

## COMENTARIOS DE METRO AG Y SU FILIAL, MAKRO ESPAÑA, A LA PROPUESTA DE GUÍA DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE LA CNMC

### 1. Introducción

Metro AG y su filial en España, Makro Autoservicio Mayorista ("*Makro*"), celebran la gran iniciativa de la CNMC de proponer una guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia (la "*Propuesta*" o la "*Guía*") y de someter dicha propuesta a consulta pública.

El grupo Metro y su filial en España, Makro, disponen precisamente de un programa de compliance en el que el derecho de defensa de la competencia ocupa un lugar central<sup>1</sup>, contando para el diseño, actualización, promoción y aplicación de dicho programa con abogados con experiencia en la aplicación de la normativa de defensa de la competencia tanto a nivel de la matriz como de sus filiales operativas.

Por tanto, el grupo Metro y su filial en España, Makro, disponen de un interés específico en que la CNMC otorgue el justo valor a las empresas que ya disponen de un programa eficiente de cumplimiento de la normativa de competencia y en las que el respeto de la normativa de defensa de la competencia es ya un elemento central de su cultura empresarial.

Por ello, los presentes comentarios se centrarán en particular en las referencias que la Propuesta de la CNMC hace con respecto a los programas de cumplimiento de la normativa de defensa de la competencia ex ante o ya existentes.

### 2. Análisis de la Propuesta de la CNMC con respecto a los programas de cumplimiento de defensa de la competencia ex ante

La Propuesta considera que la previsión de la exención de la prohibición de contratar con las administraciones públicas para aquellas empresas infractoras que, además de comprometerse al pago de multas e indemnizaciones, cuenten ya con un programa de cumplimiento, resultará en un impulso de las políticas de cumplimiento en España. Salvo mejor criterio, consideramos que esta exención, aunque ha de considerarse como meritoria como elemento promotor de los programas de cumplimiento, no afectaría a la gran mayoría de las empresas españolas que, o bien, no guardan ninguna relación contractual con las administraciones públicas, o bien, esta es de escasa significancia.

La Propuesta describe primeramente en su sección 2 cuál ha sido la posición del Consejo del CNMC hasta la fecha para determinar cuándo se considera "en general" que los programas de cumplimiento ex ante son eficaces, es decir, cuando éstos (i) articulen y apliquen controles internos que hayan detectado *ad intra* la conducta anticompetitiva y (ii) en el caso de los cárteles, hayan facilitado la utilización por la empresa del programa de clemencia. A sensu contrario, se entiende que la posición del Consejo no consideraría a dichos programas como eficaces cuando no hubieran conseguido detectar el cártel y/o en el caso de los cárteles, las empresas no hubieran utilizado el mecanismo de clemencia si hubiera detectado el cártel.

---

<sup>1</sup> Para una mayor referencia sobre el programa de cumplimiento del Grupo Metro se puede visitar el siguiente enlace: [https://www.metroag.de/~assets/metro/documents/company/compliance/metro-compliance-management-system-description\\_en.pdf?dl=1](https://www.metroag.de/~assets/metro/documents/company/compliance/metro-compliance-management-system-description_en.pdf?dl=1)

Continúa la Propuesta en su sección 3 señalando los criterios que la Guía consideraría esenciales para el diseño e implementación de un programa de cumplimiento eficaz que sirva a los objetivos señalados en la Guía y añade como anexo los indicadores que llevarían a la CNMC a considerar que un programa de cumplimiento es eficaz.

En su sección 4, la Propuesta describe cuál serían las consecuencias derivadas de la implementación de un programa de cumplimiento normativo eficaz. Es en este punto en el que vamos a centrar nuestras observaciones.

La Propuesta afirma en esta sección 4 que la mera implantación de un programa de cumplimiento ex ante no justifica *per se* una atenuación de la responsabilidad que deba ser considerada a los efectos de la determinación de la sanción. Sin embargo, a continuación, la Propuesta deja abierta la posible valoración, caso por caso, de la implementación de dicho programa como un elemento moderador de la sanción.

Pese a lo anterior, la Propuesta afirma que tendrá en cuenta determinados criterios y condiciones para la eventual moderación de la sanción dependiendo de si la infracción es muy grave constitutiva de cártel o muy grave o grave no constitutiva de cártel:

- Infracciones muy grave constitutiva de cártel: La Propuesta, aunque no resulta clara, da a entender que se pueden producir las siguientes dos situaciones:
  - Primero, que la empresa detecte la infracción antes de que tenga conocimiento por la CNMC de que se ha iniciado una investigación, en cuyo caso, deberá solicitar clemencia como condición para beneficiarse de una potencial atenuación de responsabilidad.
  - Segundo, que la empresa no detecte la infracción pero tenga conocimiento por la CNMC de que se ha iniciado una investigación, entonces para poder beneficiarse de la potencial atenuación de responsabilidad, deberá colaborar activa y eficazmente con la CNMC y reconocer los hechos constatados por la CNMC.
- Infracción muy grave o grave no constitutiva de cártel: De manera similar, la Propuesta parece diferenciar dos situaciones:
  - Primero, que la empresa detecte la infracción, en cuyo caso la empresa deberá poner en conocimiento de la CNMC la infracción para poder beneficiarse de la atenuación de responsabilidad.
  - Segundo, que la empresa no detecte la infracción pero tenga conocimiento por la CNMC de que se ha iniciado una investigación, en cuyo caso y para poder beneficiarse de la atenuación de responsabilidad, la empresa deberá reconocer los hechos constatados por la CNMC, terminar inmediatamente la conducta y adoptar las decisiones que remedien los perjuicios de forma rápida y voluntaria.

- a) Incertidumbre jurídica en cuanto al tratamiento que la CNMC dará a los programas eficaces por cumplir con los criterios e indicadores de la Guía

La Propuesta no resulta clara en cuanto a cuál sería su consideración hacia aquellas empresas investigadas que cuentan con programas de cumplimiento eficientes y que cumplen con todos los indicadores de la Propuesta.

En este sentido, la Guía debería contener un mensaje taxativo y claro en el que se afirme con claridad que la implementación de un programa de cumplimiento ex ante eficiente justifica la atenuación de la responsabilidad de la empresa siempre que se cumplan los indicadores y criterios que establece.

En este sentido, no debe olvidarse que el mayor efecto en la promoción de la competencia que la Guía puede alcanzar es la instauración voluntaria por parte de las empresas de programas de cumplimiento de la normativa de defensa de la competencia ex ante eficaces. Para alcanzar tal fin, la Guía debería promocionar precisamente esto.

Difícilmente puede entenderse que resulte suficientemente incentivador para las empresas que valoren establecer un programa de cumplimiento una Guía cuyo mensaje es que, pese a cumplir todos los indicadores que la propia Guía propone y disponer de un programa eficaz, las empresas no van a poder predecir si pueden beneficiarse y en qué magnitud de una atenuación de responsabilidad, quedando ésta a la entera discrecionalidad de la CNMC.

Dicho mensaje ambiguo podría tener el efecto contrario que busca precisamente esta Guía, es decir, el de promover la implementación de programas de cumplimiento de competencia eficaces. Creemos que a falta de claros incentivos y certidumbre jurídica, esta Guía no tendría el éxito pretendido.

b) ¿Exención, circunstancia atenuante o elemento moderador en el cálculo de la sanción?

A nadie le escapa el cambio exponencial experimentado en la cultura ética empresarial en España a raíz de la entrada en vigor del nuevo artículo 31bis del Código Penal. Sin duda, una de las razones principales de tales cambios ha sido la posibilidad de exención de responsabilidad penal prevista para las personas jurídicas en los supuestos en los que hubieran implantado un programa de cumplimiento eficaz que cumpla con los criterios establecidos por el Código Penal y aclarados por la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado.

En este sentido, es incuestionable que la posibilidad ofrecida de poder evitar la sanción penal y el establecimiento de unos criterios claros para tal exención, junto la certidumbre jurídica que esto genera, ha tenido como consecuencia directa la promoción de la cultura ética empresarial de cumplimiento en España. A estos efectos, la mayoría de las grandes y medianas empresas en España disponen ya en estos momentos de programas de cumplimiento, cuentan con compliance officers, canales de denuncia, formación a sus empleados, etc.

En contraposición a lo anterior, el nivel de penetración y la percepción de la importancia en la sociedad empresarial del cumplimiento con la normativa de defensa de la competencia no son ni mucho menos comparables con los sistemas de cumplimiento penales y ello pese a la muy loable e intensa actividad de la CNMC y su precursor, la antigua CNC, en sus labores no sólo de vigilancia y sanción de conductas anticompetitivas sino también de promoción de la cultura de defensa de la competencia.

A diferencia de lo que ocurre en muchos países de nuestro entorno, se puede apreciar cómo la gran mayoría de las medianas y grandes empresas españolas (con contadas excepciones como algunas empresas activas sobre todo en sectores regulados) continúan sin disponer en sus departamentos jurídicos y/o de compliance de un programa de cumplimiento eficaz enfocado al cumplimiento del derecho de defensa de la competencia.

No cabe duda que la propuesta verdaderamente eficiente y el instrumento catalizador más útil para la promoción de la cultura de defensa de la competencia en el ámbito empresarial español sería la de establecer la exención de responsabilidad de aquellas empresas que disponen de un programa de cumplimiento eficiente. Sin embargo, muy probablemente dicha previsión vaya más allá de la capacidad de acción de la CNMC a través de la Guía de Cumplimiento y pueda sólo ser implementada a través de un cambio legislativo. No obstante, ello no es óbice para que la Propuesta apueste por establecer claramente que los programas de cumplimiento eficaces por cumplir los indicadores de la Propuesta se benefician como mínimo de una circunstancia atenuante definiendo claramente el alcance de tal atenuación.

La CNMC dispone ante sí de la posibilidad de marcar un verdadero cambio en la percepción y la cultura de defensa de la competencia en España. En este sentido, la Guía debería dar un paso adelante y establecer que las empresas que dispongan de programas eficientes que cumplen los indicadores de la Guía se benefician de una reducción en el cálculo de la multa que ascienda a un tanto por ciento fijo o a ciertos umbrales, por ejemplo, de un 50% para las empresas que dispongan de programas eficientes y colaboren con la CNMC, de un 30% para las empresas que dispongan de programas que no reúnan todos los indicadores de la Propuesta pero que colaboren con la CNMC y de un 15% para las empresas que establezcan un programa de cumplimiento tras iniciarse la investigación por la CNMC y colaboren con la CNMC.

Una tal graduación de incentivos, en particular, otorgando el mayor incentivo a las empresas que dispongan ya de programas de cumplimiento eficaces por cumplir los indicadores de la Guía, podría seguramente contribuir de manera muy significativa a la promoción de la cultura de la competencia en España, aportar la necesaria seguridad jurídica y extender significativamente el establecimiento de tales programas de cumplimiento de defensa de la competencia en España.

A modo de ejemplo, en octubre de 2018 la Autoridad de Competencia italiana publicó su *Guideline on Antitrust Compliance*<sup>2</sup>, que fija precisamente porcentajes de reducción de multa según distintos escenarios, concretamente, hasta un 15% de reducción de multa para programas adecuados, hasta un 10% para programas que no sean manifiestamente inadecuados y hasta un 5% para programas manifiestamente inadecuados.

Por el contrario, determinar que los programas de cumplimiento ex ante solo pueden servir como meros elementos moderadores en el cálculo de la sanción dando absoluta discrecionalidad a la CNMC para decidir cuál sería el montante de esa reducción, podría representar una propuesta poco ambiciosa, contraria al principio de seguridad jurídica y poco eficaz a la hora de promocionar la implantación de programas de cumplimiento de defensa de la competencia en España.

- c) ¿Qué ocurre cuando las empresas disponen de programas ex ante eficaces pero no han detectado la infracción y sólo tenido conocimiento de ella a raíz del inicio de la investigación por la CNMC?

El actual redactado de la Propuesta no es claro en cuanto a cuál sería la valoración de los programas que pese a ser eficaces, es decir, cumplir con todos los indicadores recogidos en la Propuesta, no hayan detectado la conducta anticompetitiva. En este sentido, la Propuesta parece inferir que, en dichos casos, y para poder beneficiarse de la atenuación de responsabilidad, bastaría con la

---

<sup>2</sup> [https://en.agcm.it/dotcmsdoc/guidelines-compliance/guidelines\\_compliance.pdf](https://en.agcm.it/dotcmsdoc/guidelines-compliance/guidelines_compliance.pdf)

colaboración activa y eficaz con la CNMC desde el inicio de la investigación y el reconocimiento de los hechos constatados por la CNMC para el caso de los cárteles, y el reconocimiento de los hechos detectados, la terminación de la conducta y la reparación de los perjuicios para las infracciones muy graves o graves no constitutivas de cartel.

En la línea con lo avanzado anteriormente, la Propuesta debería ser absolutamente clara y establecer la consecuencia exacta que se deriva de disponer de un programa eficaz por cumplir los indicadores, además de por colaborar con la CNMC y reconocer los hechos constatados. Esto supondría el aliciente necesario, no sólo para instaurar un programa de cumplimiento eficaz, sino además para que la CNMC pueda esclarecer más fácilmente las conductas investigadas durante los procedimientos sancionadores, pudiendo a su vez reducir la carga probatoria, la dedicación de recursos y muy probablemente la litigiosidad contra sus Resoluciones.

De nuevo, para poder contar con la absoluta colaboración de las empresas investigadas, la Propuesta debería otorgar los necesarios incentivos y aportar la mayor seguridad jurídica en cuanto a las consecuencias de disponer de un programa de cumplimiento ex ante.

Del mismo modo, la Propuesta debería establecer claramente a qué se refiere con “adopción de decisiones que remedien los perjuicios para la competencia de forma rápida y voluntaria, estableciendo claramente que este aspecto se refiere al orden público (libre competencia) y no al orden privado, es decir, compensar a las posibles víctimas de conductas anticompetitivas.

En el caso de que la Propuesta quiera seguir la posición actual del Consejo que sólo considera eficaz aquellos programas que detectan las infracciones, no debe olvidarse que existirán siempre casos de empresas que dispongan de programas de cumplimiento que, pese a ser plenamente eficaces y disponer de sistemas de detección, formación y denuncia, sus empleados cometan conductas anticompetitivas aun habiendo recibido la formación adecuada por el interés individual que puedan tener en la comisión del propio ilícito (e.g. bonus, remuneración, estatus, etc.). Ninguna empresa, aun disponiendo del programa más eficaz de cumplimiento dispone de un riesgo 0.

No debe olvidarse tampoco que el área del derecho de defensa de la competencia es precisamente un área sujeta a complejos análisis económicos (cálculos cuotas de mercado, eficiencias, etc.) y de especial complejidad técnica, algo que se manifiesta en las divergencias que experimentan las diferentes autoridades de competencia cuando tratan temas novedosos (MFNs, prohibición de venta en plataformas, etc.).

Aunque deban salvarse las distancias con la realidad subyacente tras los ilícitos penales para los que se prevé la exención de responsabilidad, la propia Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015 establecía que:

*“Aunque la comisión del delito puede interpretarse como una inicial muestra de la ineficacia del modelo, lo cierto es que no puede descalificarse por ello automáticamente un programa por inefectivo. El delito no invalida necesariamente el programa de prevención, que puede haber sido diseñado e implementado adecuadamente sin llegar a tener una eficacia absoluta. En atención a esta realidad, la idoneidad se establece en el articulado con carácter relativo, admitiendo como eficaz un programa que solo permite “reducir de forma significativa” el riesgo de comisión del delito, adjetivación imprecisa que obligará al juez a efectuar un difícil*

*juicio hipotético y retrospectivo sobre la probabilidad que existía de la comisión de un delito que ya se ha producido."*

De ahí que la Propuesta debería recoger también lo que ocurre en estos supuestos y debería distinguir claramente cuando, pese a poder considerarse el programa de cumplimiento como eficaz por reunir todos los indicadores establecidos por la CNMC, la empresa no detecta la infracción. En este sentido, la Propuesta debería distinguir de aquellas situaciones en que el programa es manifiestamente ineficaz (por ejemplo, por no cumplir con todos los indicadores de la Guía de cumplimiento, etc.) de aquellos en que los programas son manifiestamente eficaces.

Esta distinción podría tener como objeto y consecuencia poder separar aquellas situaciones en que los programas no son eficaces con respecto aquellas conductas que tienen una mayor afectación a la competencia y al interés público de aquellas que no lo tienen.

Tal distinción, junto con el correspondiente incentivo, podría aportar la necesaria seguridad jurídica para que las empresas decidan disponer de programas de cumplimiento de la normativa de defensa de la competencia.

- d) Ineficiente premio a la instauración de programas de cumplimiento ex ante versus programas ex post

La Propuesta parece otorgar los mismos incentivos, es decir, la modulación en el cálculo de la sanción, a los programas de cumplimiento ex ante eficaces que hayan detectado la infracción y a los programas de cumplimiento ex post que hayan implementado o mejorado el programa de cumplimiento tras tener conocimiento de la investigación de la CNMC.

Como se puede intuir de lo ya expuesto, no parece acertado otorgar el mismo tratamiento a empresas que disponen ya de programas de cumplimiento eficaces y consolidados, en los que ya existe una cultura empresarial de cumplimiento de defensa de la competencia, con empresas que sólo han decidido dicha implementación o la mejora de dicho programa a raíz de la apertura de un procedimiento sancionador para poder beneficiarse de una sanción más reducida.

Este tratamiento similar podría tener efectos perversos y podría precisamente conducir a que, debido a la falta de claros incentivos a disponer de programas de cumplimiento ex ante, las empresas decidan sólo invertir en programas de cumplimiento cuando se enfrenten a procedimientos sancionadores.

Del mismo modo, aquellas que disponen ya de programas de cumplimiento eficaces, se verían injustamente discriminados.

- e) Detección de conducta anticompetitiva y orden en la presentación de solicitud de clemencia o puesta en conocimiento de la CNMC

Cualquier incentivo o atenuación de la responsabilidad concedida por disponer de un programa de cumplimiento eficaz ex ante debería tener muy en cuenta que dicho incentivo o atenuación de responsabilidad sea consecuente con la compensación concedida a la hora por poner la conducta detectada en conocimiento de la CNMC y colaboración con la CNMC:

- Clemencia para infracciones muy graves constitutivas de cártel: La primera solicitud de clemencia presentada a la CNMC sobre la existencia de un cártel ya garantiza la exención de multa y exige la colaboración del solicitante y el reconocimiento de los hechos. En este sentido, la atenuación de responsabilidad de disponer de un programa de cumplimiento eficaz poco aportaría como incentivo para el establecimiento de programas de cumplimiento en el caso de cárteles. Del mismo modo, hacer descansar la eficacia de un programa de cumplimiento en que una empresa detecte la infracción, guarda poco sentido, pues disponer de tal programa no aporta ningún incentivo adicional al de la solicitud de clemencia que ya prevé la exención de la multa.
- Infracciones muy graves o graves no constitutivas de cártel: La consecuencia que la Propuesta propone es simplemente la atenuación de responsabilidad o moderación del cálculo de la multa mientras que para los cárteles (la conducta más grave y perniciosa para la competencia) se prevé la posibilidad de la exención si se trata de la primera solicitud de clemencia.

En este sentido, si el objetivo de la Propuesta es la implementación de programas de cumplimiento normativo y la mejora de los programas de cumplimiento existentes, en ese caso, las empresas que dispongan ya de un programa de cumplimiento y pongan en conocimiento deberían también poder beneficiarse de una exención como sucede en los casos de las solicitudes de clemencia en caso de cárteles. Lo contrario significaría que las empresas más diligentes puedan verse seriamente afectadas simplemente por hacer lo correcto y que el efecto útil de la Guía se vea seriamente menoscabado.

No ha de olvidarse tampoco que el solo hecho de admitir la conducta y colaborar con la CNMC en la investigación expone a las empresas que así lo hagan en potenciales a mayores riesgos de recibir demandas privadas de daños por las potenciales víctimas de tales daños.

La propuesta tampoco determina qué ocurre en aquellos casos en que la empresa disponga de un programa de cumplimiento eficaz que haya detectado la conducta anticompetitiva pero no ha sido la primera empresa en comunicarlo a la CNMC. En este sentido, la Propuesta debería aclarar que para beneficiarse de la atenuación de responsabilidad lo importante es comunicarlo a la CNMC antes de que la empresa tenga conocimiento por la propia CNMC de que existe una investigación sin importar el orden de presentación es decir, sin importar si ha sido la primera, segunda o tercera empresa en comunicarlo. Del mismo modo, la atenuación de responsabilidad en el caso de cárteles cuando la solicitud de clemencia no sea la primera presentada debería agregarse como consecuencia añadida a la reducción de multa.

METRO AG

Manuel Bermúdez Caballero

Head of Competition & Compliance