



COMENTARIOS DE LA ASOCIACION ESPAÑOLA PARA LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA A LA PROPUESTA DE GUÍA DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN RELACIÓN CON LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA SOMETIDA A CONSULTA PÚBLICA

1. INTRODUCCIÓN

La Asociación Española para la Defensa de la Competencia (“AEDC”) agradece la oportunidad de presentar sus comentarios y reflexiones respecto a la Propuesta de Guía de Programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia (en lo sucesivo, “**la Propuesta de Guía**”), sometida a consulta pública por la CNMC desde el pasado 3 de febrero de 2020.

Los presentes comentarios han sido elaborados por un grupo de trabajo *ad hoc*, compuesto por miembros de la AEDC¹, que incluye profesionales de distintos ámbitos especializados en la aplicación práctica de la normativa de defensa de la competencia. En todo caso, las reflexiones que incluye este documento no tienen por qué representar la opinión de todos los miembros de nuestra asociación.

Esperamos que estos comentarios aporten utilidad y valor añadido a la iniciativa impulsada por la CNMC mediante la Propuesta de Guía; una iniciativa que merece nuestro aplauso, sin perjuicio de los comentarios que aquí se presentan, convencidos como estamos de la importancia de la promoción de los programas de cumplimiento de la normativa de competencia como mecanismo especialmente útil de cara a consolidar una cultura de creciente conocimiento y respeto, en nuestro país, de las citadas normas.

¹ El grupo de trabajo lo componen, en orden alfabético: Cristina Areces, Manuel Cañadas, Daniel Escoda, Enrique Fayos, Carolina Fernández-Bustillo, Joaquín de Fuentes, Elena Galán, Juan José Gisbert, Alfredo Gómez, Casto González-Páramo, Magdalena Jakubick, Fernando Las Navas, María López Ridruejo, Diana Martínez, Borja Martínez Corral, Paloma Martínez-Lage, Iliana Núñez, Miguel Orellana, Gerard Pérez Olmo, Rafael Piqueras, Javier Ramírez, Hugo Roldán, Bárbara Rivera, José Manuel Sipos, Roberto Vallina y Carlos Vérguez.

En aras de una mayor utilidad, estos comentarios no analizarán los apartados más introductorios de la Propuesta de Guía² y se centrarán directamente en abordar los apartados 3º (“*Programas de cumplimiento eficaces. Criterios de evaluación*”) y 4º (“*Consecuencias derivadas de la implantación de un programa de cumplimiento normativo eficaz en los expedientes abiertos por la CNMC*”) de la misma.

2. SOBRE LOS CRITERIOS DE EVALUACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO Y SU EFICACIA DESCRITOS EN LA PROPUESTA DE GUIA

En esta sección de los comentarios hemos considerado oportuno abordar de forma separada:

- i) Por un lado, aquellos elementos de naturaleza estructural que la Propuesta de Guía considera exigibles para reconocer valor a cualquier programa de cumplimiento. Nos referimos, en concreto, a los identificados con las letras A (Implicación de los órganos de administración y/o los principales directivos de la empresa), D (Independencia del responsable de diseño y control de las políticas de cumplimiento), F (Diseño del procedimiento interno para la gestión de denuncias y la gestión de la detección de infracciones), y G (Diseño de un sistema disciplinario transparente y eficaz) de la Propuesta de Guía. Frente al resto de elementos, estos cuatro se encuentran vinculados al sistema de cumplimiento que la empresa diseñe para asegurar el respecto a las normas de defensa de la competencia.
- ii) Por otro lado, aquellos elementos relacionados con la ejecución y control de los programas de cumplimiento identificados por la CNMC. Nos referimos a los identificados en las letras B (Formación Eficaz), C (Existencia de un canal de denuncias anónimo) y E (Identificación de riesgos y diseño de protocolos o mecanismos de control) de la Propuesta de Guía.

² Presentación y apartados 1 (“*Introducción*”) y 2 (“*Praxis de la CNMC en relación con los programas de cumplimiento*”)

Pero antes de proceder a la valoración individualizada de cada uno de estos elementos, con carácter transversal debe distinguirse entre los elementos reconocidos en la Propuesta de Guía, e identificados en cada una de las siete letras del apartado 3º, de los requisitos también identificados en el documento para acreditar la efectividad del programa de cumplimiento (y, con ello, la disposición de la autoridad a reconocer los efectos que se describen en el apartado 4º de la Propuesta de Guía).

Esta distinción es importante, ya que, si bien los elementos identificados son, a nuestro entender, razonables y necesarios en cualquier programa de cumplimiento serio, los requisitos o estándares que se incluyen (en términos generalmente absolutos) suponen un nivel de exigencia exorbitante que puede derivar, de hecho, en la ineficacia práctica de la Guía definitiva o, incluso peor, en el establecimiento de un elemento discriminatorio y arbitrario en cuanto a su apreciación, entre las empresas con medios y recursos para acometer las reformas necesarias y las que carecen de ello.

En efecto, aunque la Propuesta de Guía enfatiza la necesidad de un análisis caso a caso, este imprescindible planteamiento casuístico se diluye ante la interpretación que la autoridad hace del cumplimiento de los requisitos para validar cada uno de los elementos.

En nuestra opinión, el umbral que se establece, para una materia que puede llegar a ser muy compleja en función de la problemática que subyace en cada caso o sector empresarial, es excesivamente exigente, y parece planteado para un escenario de máximo riesgo en empresas sofisticadas y con recursos suficientes para acometer las actuaciones que parecen requerirse. Esto impediría el acceso a los beneficios derivados de la existencia de un programa de cumplimiento a multitud de empresas medianas y pequeñas, con voluntad de cumplir, pero con unas limitaciones estructurales y económicas que impiden acometer un gran número de las actuaciones que se apuntan limitando, en mucho, el impacto de la actuación de la CNMC para promover una cultura de cumplimiento.

Por ello, entendemos que el efecto práctico de la Propuesta de Guía (y su fuerza incentivadora para el despliegue de programas de este tipo) se incrementaría si cada uno de los elementos básicos se enunciase de forma general para, a continuación, plantear el resto de requisitos como ejemplos o presunciones que deben valorarse a la vista de la situación particular de la empresa. Por ejemplo, si se vincula la independencia del responsable de cumplimiento a una garantía de libertad de actuación frente a presiones del negocio, la autoridad podrá presumir la existencia de la independencia si se observan algunos de los elementos propuestos en el borrador, pero debería estar abierta a valorar

otras garantías que la empresa pueda plantearle (como, por ejemplo, un historial de actuación independiente en el pasado).

Esta definición de los elementos en dos partes (formulación general y ejemplos / presunciones) permitiría, en nuestra opinión, incrementar el efecto incentivador de la Guía definitiva. Por el contrario, la estructura actual, planteada como una lista de requisitos no solo está al alcance de unas pocas empresas, sino que puede convertirse fácilmente en una mera relación de aspectos formales diseñados más para proteger a la empresa que para inculcar una cultura de la competencia en los empleados.

De igual modo, se echa en falta una mayor concreción de los criterios que deben regir el análisis casuístico y que deberían aclararse en la Guía definitiva. En este sentido, creemos que el nivel de exigencia de la autoridad frente a un programa de cumplimiento *ex ante* debería modularse en función de dos vectores:

- (i) Recursos de la empresa: La inversión que una empresa destina a garantizar el cumplimiento con las normas de defensa de la competencia debe ser proporcional a sus recursos.
- (ii) Nivel de exposición real a potenciales infracciones: Junto con los recursos, la autoridad debería tener en cuenta el grado de exposición en que se encuentra la empresa (en función de posibles infracciones previas en el sector, naturaleza especialmente concentrada o transparente de los mercados, etc.). De nuevo, y aunque cualquier empresa en cualquier sector es susceptible de incurrir en una práctica prohibida, lo cierto es que parece razonable imponer un mayor nivel de exigencia a aquellas empresas que se encuentran ante un mayor grado de exposición.

Obviamente, si una empresa ya está en el marco de una investigación, para reconocer la eficacia de un programa *ex post* puede elevarse el umbral, aunque los recursos de la empresa deberán seguir siendo un elemento importante a la hora de aceptar aplicar la atenuante.

Dicho lo anterior, pasamos a analizar separadamente los diferentes elementos expuestos en la Propuesta de Guía como esenciales a la hora de implementar los programas de cumplimiento, y los criterios de evaluación respecto a su deseable eficacia.

2.1. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

2.1.1 Implicación de los órganos de administración y/o los principales directivos de la empresa (apartado 3.A de la Propuesta de Guía)

(i) Sobre el concepto de directivo o representante legal

La CNMC comienza indicando que todo programa de cumplimiento, para que resulte eficaz en la prevención de infracciones, así como en la detección y gestión de aquellas que no se hayan podido evitar, debe contar con el apoyo e implicación total de los directivos de la empresa en la que se ha implementado.

Consideramos oportuno matizar la definición de directivo proporcionada por la Propuesta de Guía, dado que la ausencia de definición legal en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (“LDC”) obliga a realizar un análisis casuístico de la condición de directivo o representante legal.

En este sentido, la Sentencia 95/2019 del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de enero de 2020³ manifiesta que el tipo infractor del artículo 63.2 de la LDC tiene un importante componente fáctico y que “*la simple denominación del cargo, al margen de cualquier prueba sobre las funciones, autonomía de ejercicio o responsabilidad asumida en la [empresa], no es suficiente para la consideración en este caso de "órgano directivo"*”. Se exige, por lo tanto, un análisis individualizado de las funciones directivas y autonomía de la persona física en cuestión que permita sostener que se encuentra autorizada para tomar aquellas decisiones que “*marquen, condicionen o dirijan*” la actuación de la empresa.

De otra parte, y a fin de evitar confusión, entendemos que sería adecuado que la Guía emplee en esta sección únicamente el término “empresa”, sin alternarlo con el de “persona jurídica”.

En consecuencia, propondríamos matizar el primer párrafo del bloque A del punto 3 de la Propuesta de Guía sustituyendo la actual redacción por la siguiente:

“dicha calificación podría comprender a (a) los representantes legales de la empresa, (b) los que estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la misma que marquen, condicionen o dirijan su actuación (generalmente, los

³ ID Cendoj 28079130032020100014; ECLI: ES:TS:2020:132

administradores de hecho y derecho)⁴ y (c) los que ostenten facultades de organización y control, por ejemplo, aquellos directivos que conformen el comité de dirección u órgano similar”.

(ii) Sobre la implicación del directivo en la infracción

Si bien compartimos la necesidad de que los directivos de la empresa que diseñen e implementen un programa de cumplimiento en materia de competencia se impliquen al máximo para lograr los efectos previstos en la Propuesta de Guía, entendemos importante evitar que la involucración de alguno de los principales directivos en una infracción excluya necesariamente el compromiso verdadero de la empresa con el respeto de las normas de defensa de la competencia y determinando la ineficacia del programa de cumplimiento.

Por un lado, el impacto de la participación de un directivo en una infracción debe valorarse en atención al tamaño o estructura de la empresa (no es lo mismo la involucración de un directivo de una empresa con cientos de empleados y personal de alta dirección a la participación del director general de una PYME), así como al tipo de conducta desarrollada (el reproche que merece la participación en un cártel de fijación de precios no puede asemejarse, por ejemplo, al propio de la constitución de una UTE en circunstancias que no se encuentran plenamente justificadas, o un intercambio de información comercialmente sensible por sus efectos), y por tanto, no se puede extraer una conclusión categórica y generalizada de la participación de un directivo en la infracción.

Además, en el caso de que uno o varios directivos incumplieran flagrantemente las normas internas del programa de cumplimiento de la empresa, sería injusto y desproporcionado automáticamente concluir que la empresa en su conjunto no tiene cultura de *compliance*, o que no dispone de un programa de cumplimiento eficaz, puesto que la infracción ha tenido origen en el comportamiento inadecuado y desleal de uno o varios de sus directivos. En tal caso, la reputación de la empresa y la mayoría cumplidora de sus empleados se verían injustamente afectados por el comportamiento de uno o varios

⁴ Algún asociado sugiere que dicha fórmula se remplace por una referencia a aquellas personas que estén autorizadas para tomar decisiones en nombre de la empresa que tengan o puedan tener impacto en las condiciones en las que la misma opera en el mercado.

individuos. En dichos casos se podría también valorar la actuación de la empresa frente a dichos directivos incumplidores.

Tampoco puede olvidarse que es precisamente gracias al programa de cumplimiento que se produce la detección de esa infracción en la que ha podido participar un directivo o representante legal. En consecuencia, el programa instaurado es perfectamente válido y eficaz, pues logra detectar y hacer cesar una conducta anticompetitiva (sin que se deba exigir la puesta en conocimiento de la CNMC, como se explicará más adelante, para reconocer la eficacia del programa). Y, del mismo modo, el programa ha podido ser eficaz en la prevención de otra serie de conductas que no han llegado a materializarse, precisamente, gracias a las herramientas e instrumentos introducidos por el programa.

Por otro lado, la propia Propuesta de Guía reconoce efectos al diseño e implementación de un programa de cumplimiento en materia de falseamiento de la competencia con carácter posterior al inicio de un expediente sancionador. Una vez incoado un expediente sancionador, el diseño e implantación de un programa de cumplimiento en materia de competencia por parte de la empresa investigada puede dar lugar a una atenuación de la multa que se le pudiera imponer y a una exclusión de la declaración de prohibición para contratar con el sector público. Todo ello con independencia de la participación de directivos o representantes legales en la conducta investigada. Consideramos, por tanto, que la Guía definitiva debería reconocer expresamente esta posibilidad sin someterla a ninguna condición o limitación que no se encuentre prevista en la propia ley.

A pesar de que la Propuesta de Guía trata de matizar su premisa de partida (i.e., que la involucración de un directivo en una infracción excluye el compromiso de la empresa con el respeto de las normas de defensa de la competencia) indicando que se realizaría un “*análisis caso a caso*” y que la anterior circunstancia privaría de eficacia al programa “*de acuerdo con las circunstancias de cada caso (...)*”, consideramos que resulta apropiado alejarse de frases tan contundentes o categóricas y reforzar la idea de que la eficacia del programa de cumplimiento se debe analizar a la luz de las concretas circunstancias del caso. En este sentido, resultaría útil presentar esta posibilidad como uno más de los indicios que, en determinadas circunstancias, podrían apuntar a la ineficacia del programa de cumplimiento en materia de defensa de la competencia.

(iii) Sobre la política de incentivos

La Propuesta de Guía sostiene que una política de incentivos que prime comportamientos de riesgo mermaría la eficacia del programa, mientras que una política de incentivos que premie el cumplimiento del programa y castigue los incumplimientos “*incluso como causa que pudiera determinar el fin de la relación laboral*”, añadiría eficacia al programa.

En relación con lo anterior, y en línea con los comentarios generales sobre la flexibilidad deseable de la Guía definitiva, consideramos que debería eliminarse la frase antes citada y mantener únicamente una referencia general a la conveniencia de que el programa castigue los incumplimientos (como uno más de los indicios de eficacia del programa). Como la CNMC conoce, y se reitera más adelante, las consecuencias que una empresa puede establecer frente a incumplimientos de su programa de cumplimiento se encuentran limitadas por el régimen disciplinario previsto en la normativa laboral. Y, en muchas ocasiones, el despido va más allá de lo previsto en la citada normativa, lo que puede obligar a la empresa a asumir un despido disciplinario que finalmente podría ser declarado improcedente o incluso nulo por la jurisdicción social.

En definitiva, compartimos la conveniencia de que el programa prevea consecuencias frente a posibles incumplimientos como elemento de disuasión de la comisión de infracciones, pero insistimos en que cada empresa debe valorar, a la luz de la normativa laboral, cuáles son las medidas disciplinarias precisas que pueden aplicarse al empleado infractor. Por ello, consideramos que la Guía definitiva debería evitar exigir que se enumeren las medidas exactas que se pueden imponer y renunciar a señalar al despido como umbral superior de efectividad del programa de cumplimiento.

(iv) Sobre la declaración pública de los directivos

La Propuesta de Guía manifiesta que “*resulta especialmente oportuna la existencia de una declaración clara, firme y pública de los máximos representantes de la empresa*” sobre el compromiso de la empresa con el respeto de las normas de defensa de la competencia.

Compartimos este punto y los términos abiertos en los que está expresado. Cada empresa debe tener la oportunidad, ateniendo a las circunstancias del caso, de decidir qué directivos deben realizar esta declaración pública y su periodicidad. Es importante llamar la atención sobre la poca efectividad de este tipo de manifestaciones, así como el “efecto

placebo” que declaraciones constantes o recurrentes de estas características pueden generar en los empleados de una empresa.

(v) Comentarios específicos sobre los ejemplos de indicadores

En cuanto a los indicadores utilizados por la CNMC en relación con este punto, nos parece que la asistencia a las sesiones de formación, conocimiento del protocolo de denuncias, realización de pruebas de conocimientos sobre las principales normas de competencia, etc., que se encuentran previstas en el programa de cumplimiento como obligatorias para todos los empleados o directivos, debería considerarse suficiente resultando difícil incluir otro tipo de incentivos adicionales así como evaluar el respeto a las normas de competencia.

A este respecto es necesario tener en cuenta, como hemos indicado en el apartado 2 *ut supra* para la adecuada valoración de los indicadores la propia realidad de cada empresa, en particular de sus recursos (como el número de empleados) para determinar el correcto desempeño de los indicadores; p.ej. conseguir un nivel de asistencia a un curso de formación del 50% de la plantilla puede ser un éxito para una plantilla de 20.000 empleados, pero un fracaso para una plantilla de 10 empleados.

Y en cuanto a los efectos disciplinarios, como indicamos anteriormente, consideramos que no resulta apropiado incluir en la Guía la referencia expresa al despido, pues se puede entender que se trata de un umbral que debe alcanzarse para que la CNMC confirme que un programa de cumplimiento es válido y eficaz en la prevención y detección de infracciones, algo poco razonable a la vista de lo antes expuesto.

2.1.2 Independencia del responsable de diseño y control de las políticas de cumplimiento (apartado 3.D de la Propuesta de Guía)

(i) Consideraciones generales

Existen empresas que no tienen capacidad para disponer de un abogado interno (o más de uno); existen empresas españolas cuyos máximos representantes son españoles y residen en España; existen empresas internacionales cuyos máximos representantes de la empresa, además de españoles para la división y empresa local, tienen responsables a nivel internacional en el Grupo que no residen en España. En todos esos casos, las líneas

de dependencia funcional y orgánica de los abogados internos (en su función de Cumplimiento o de Asesoría Jurídica) pueden ser muy variados: dependencia orgánica pero no funcional a nivel local, dependencia directa a otros abogados del grupo a nivel internacional, etc.

En cada uno de estos casos, los diferentes elementos relativos a la independencia de la función legal deberían ser valorados y ponderados de manera diferente, dependiendo de la tipología de la empresa y particularidades de la misma.

Además, se debería ser flexible a la hora de valorar la independencia de la que goza el Responsable de Cumplimiento, y no circunscribirnos a un número exhaustivo de elementos concretos, como hace el Anexo de la Propuesta de Guía en su sección D, debiendo valorar otros elementos diferentes, o incluso medidas diferentes a las que concretamente menciona al Anexo que permitan alcanzar el mismo objetivo, o efecto equivalente, a los objetivos perseguidos.

(ii) Comentarios específicos sobre los ejemplos de indicadores

Contar con un Responsable o Unidad de Cumplimiento debería ser lógicamente tenido en cuenta como elemento positivo. La manera de demostrar la existencia de dicho Responsable de Cumplimiento debería ser flexible a través de documentación interna de la empresa y flexible en cuanto a su configuración.

En cuanto a la independencia con la que realiza sus funciones, la exhibición de acciones y actividades internas de cumplimiento llevadas a cabo por el Responsable - a través de las cuales éste informa de sus criterios y directrices a las divisiones comerciales, se enfrenta o incluso paraliza propuestas de las divisiones comerciales, todo ello por razones y criterios de derecho de la competencia - sería la forma más convincente de mostrar que realiza sus funciones con autonomía e independencia.

La dependencia jerárquica del Responsable de Cumplimiento podría también ser un elemento a tener en cuenta a la hora de valorar su independencia, examinando quienes son las personas encargadas de la evaluación/valoración anual de la trayectoria profesional del responsable de cumplimiento. Otro elemento que podría ser también valorado, en el caso de una empresa internacional, es si el responsable de cumplimiento dispone de mecanismos, cauces o resortes internos - a nivel internacional, llegado el caso -, a través de los cuales poder defender una posición jurídica contraria a la posición

comercial local, que el responsable de cumplimiento no dependa jerárquicamente de la dirección y directivos de la división comercial local, que dichos directivos locales no sean responsables de la evaluación/valoración anual de la trayectoria profesional del responsable de cumplimiento, etc.

También la condición del abogado de empresa como “abogado colegiado ejerciente” juega a favor de dicha independencia y debería considerarse como elemento positivo por la CNMC. En este sentido, el abogado de empresa en tanto que abogado ejerciente (aunque tenga una relación laboral con su empresa) tiene el derecho y el deber de actuar con libertad e independencia en cumplimiento de su misión, en las mismas condiciones que un abogado externo (vid. LOPJ, art. 542.2, Estatuto General de la Abogacía, art. 33.2 y Código Deontológico de la Abogacía Española, art. 2). Por otro lado, existe un mandato de actuación con plena independencia, pudiendo “*rechazar las instrucciones que, en contra de sus propios criterios profesionales, pretendan imponerle su cliente, sus compañeros de despacho, los otros profesionales con los que colabore o cualquier otra persona, entidad o corriente de opinión*” al tiempo que “*tiene el derecho y el deber de defender y asesorar libremente a sus clientes, sin utilizar medios ilícitos o injustos, ni el fraude como forma de eludir las leyes*”(art. 2 y 3 del Código Deontológico de la Abogacía Española).

Por otro lado, estamos de acuerdo con que tener acceso y comunicación directa con los máximos representantes de la empresa debería ser tenido en cuenta como elemento positivo.

Ahora bien, no consideramos estrictamente necesario que sea el Responsable de Cumplimiento quien deba tener acceso a los máximos representantes de la empresa. Por ejemplo, si el responsable de cumplimiento está integrado en una estructura bajo un/a Director/a del Equipo Jurídico, y en el caso de empresas internacionales, bajo una estructura jurídica internacional, lo relevante es que algún miembro del Equipo Jurídico (su Directora o Director, y no necesariamente el propio Responsable de Cumplimiento) tenga acceso y comunicación directa con el órgano de administración y/o los principales directivos de la empresa con capacidad y facultad para trasladar su análisis jurídico en materia de Derecho de la Competencia.

Lo realmente importante es poder demostrar que en la empresa existe una verdadera cultura de *compliance*, que el Responsable del programa de cumplimiento realiza sus funciones con la mayor autonomía e independencia conforme a la estructura organizativa

y funcional que la propia empresa haya decidido dotarse a sí misma y que las decisiones de finalmente adopte la empresa al máximo nivel hayan tenido en cuenta los criterios del citado Responsable de Cumplimiento. Dichos criterios podrán haber sido transmitidos a la dirección de la empresa por el propio Responsable de Cumplimiento, por el/la Directora/a del Servicio Jurídico, o cualquier otra persona u órgano interno.

Independientemente de quién lo haga en unos u otros foros, se debería valorar positivamente la regularidad con la que se comuniquen criterios o directrices, o se informe de paralizaciones de propuestas comerciales o situaciones problemáticas desde la perspectiva del derecho de la competencia, a los altos directivos de la empresa, y /o a los diferentes departamentos, unidades o comités comerciales.

Consideramos que el papel de responsable de cumplimiento en el área de defensa de la competencia se puede desarrollar por un abogado interno integrado en la Asesoría Jurídica de la Empresa, ya que tiene un buen conocimiento y comprensión del negocio de la empresa, al asesorar diariamente de forma muy cercana a todos los colectivos de las distintas unidades que conforman la empresa, conociendo en profundidad los riesgos que surgen (o podrían surgir) en el día a día del negocio. Este abogado interno no es necesario que deba integrarse en el equipo de *Compliance Officer*, permitiendo un reparto de responsabilidades. En efecto, mientras que el responsable de cumplimiento en el área de defensa de la competencia realizaría una labor de asesoramiento y se involucraría en caso de detectarse algún posible incumplimiento, el *Compliance Officer* tendría una labor más de desarrollo de la concienciación interna y prevención; pero el modelo viceversa podría ser también igual de válido (de hecho en este punto hay opiniones diversas entre miembros de la asociación).

En relación con los recursos materiales a disposición de la función de cumplimientos, consideramos positivo el hecho de que la empresa sea capaz de demostrar que invierte recursos, humanos y materiales, en un programa de cumplimiento. Ahora bien, consideramos innecesaria la exigencia de que exista una partida presupuestaria “propia” siempre y cuando se cubran los gastos inherentes al programa definido, tales como los gastos de desplazamiento para dar formaciones, gastos para crear módulos de formación on-line, gastos de abogados externos, etc., gastos que varían de año en año. Ninguna función, ni siquiera el Consejero Delegado o el Consejo de Administración, escapan a la necesidad de toda empresa de tener una cuenta de resultados única, que puede verse sometida a restricciones en todos y cada uno de los Departamentos en caso de crisis u

otras situaciones de restricciones presupuestarias conjuntas.

Algunos miembros de la asociación no consideran necesaria la protección de la función de cumplimiento frente a la propia organización o la gestión de los posibles conflictos de interés, puesto que el criterio del responsable de cumplimiento no tiene que ser necesariamente correcto, y ni siquiera el que se recabe a expertos externos, que en ocasiones difieren entre ellos. Como se ha mencionado, lo realmente importante es poder demostrar que el responsable del programa realiza sus funciones con la mayor autonomía e independencia, y que las decisiones de finalmente adopte la empresa hayan involucrado y tenido en cuenta los criterios del responsable de cumplimiento. Asimismo, una sobreprotección del responsable de cumplimiento podría ser contraproducente. Obviamente, si ante situaciones de flagrante incumplimiento identificadas por el responsable de cumplimiento, los órganos de administración o principales directivos desoyen y actúan en contra de los criterios del responsable, la consecuencia automática será la inexistencia de cultura de *compliance* en dicha empresa y que su Programa de Cumplimiento no será real ni eficaz ni comprometido.

Otros miembros de la asociación en cambio consideran que el responsable de cumplimiento a efectos de defensa de la competencia no debería ser diferente a la concepción estructural, organizativa y funcional que existen para otras áreas de cumplimiento normativo, como es el caso del Delegado de Protección de Datos como responsable de cumplimiento en el área de protección de datos personales. Así pues, conforme al artículo 38.3 del Reglamento (UE) 2016/679: *“El responsable y el encargado del tratamiento garantizarán que el delegado de protección de datos no reciba ninguna instrucción en lo que respecta al desempeño de dichas funciones. No será destituido ni sancionado por el responsable o el encargado por desempeñar sus funciones. El delegado de protección de datos rendirá cuentas directamente al más alto nivel jerárquico del responsable o encargado”*. Y conforme al artículo 37.2 del Reglamento (UE) 2016/679, los grupos de empresas pueden designar un único Delegado de Protección de Datos para todo el grupo, siempre que sea fácilmente accesible desde cada unidad del grupo.

2.1.3 *Diseño del procedimiento interno para la gestión de denuncias y la gestión de detección de infracciones (apartado 3.F de la Propuesta de Guía)*

El diseño de un procedimiento interno debería referirse no solo a la gestión de denuncias y detección de infracciones sino también al asesoramiento ordinario. Ambos procedimientos son las dos caras de la misma moneda; por un lado, el asesoramiento ordinario permite la prevención de la infracción mientras la gestión de denuncias y detección de infracciones una corrección *ex post*.

Es a través de este mecanismo de asesoramiento ordinario como se detectan en un estado inicial conductas que, por su arraigo, complejidad o su novedad, son percibidas de buena fe como correctas desde el punto de vista de las normas de competencia. Por tanto, el programa de cumplimiento debería diseñar un procedimiento y dedicar, también, los medios necesarios para que este asesoramiento ordinario esté disponible, sea accesible y se pueda llevar a cabo de forma eficaz, con independencia de su denominación formal y su ubicación en la estructura organizativa de las empresas.

Asimismo, la adopción de las medidas adecuadas para poner fin a una conducta potencialmente contraria a las normas de competencia, detectada tempranamente, y puestos los medios para la remoción de sus posibles efectos restrictivos en el mercado, debería ser suficiente para considerar eficaz un programa de cumplimiento sin que la empresa se vea obligada a poner en conocimiento de las autoridades de competencia los hechos detectados.

Esta cuestión es de especial relevancia al no estar previsto en derecho español un procedimiento administrativo que garantice los derechos de quien se auto inculpa más allá del procedimiento de clemencia previsto para los cárteles. En todo caso ¿Cómo se produciría formalmente ese reconocimiento? ¿Qué sucedería con infracciones sobre las que existan dudas razonables por ejemplo por depender de parámetros tan discutibles como la cuota en un mercado cuya definición no está clara o una posición de dominio que depende de la consideración de la existencia de barreras de entrada? ¿Cuáles serían las consecuencias de este reconocimiento para el infractor o posibles terceros interesados? ¿iniciará la CNMC un procedimiento sancionador contra la empresa que se auto inculpa? ¿llegará la CNMC a dictar una resolución de compromisos o sancionadora por la conducta confesada? ¿podría la CNMC dar traslado de dicha confesión a otras autoridades de competencia?

En nuestra opinión, y salvo lo específicamente previsto para el caso de participación en cárteles, no debería condicionarse la eficacia de un programa de cumplimiento a una confesión/auto incriminación ante la autoridad de competencia, siempre y cuando se ponga fin a la posible infracción detectada tempranamente.

Sería conveniente, creemos, aclarar las diferencias entre el procedimiento para “advertir sobre la existencia de sospechas o constatación de infracciones” y el procedimiento específico para “la gestión de las infracciones o la sospecha de infracciones, ya sea a través de denuncias internas o externas, ya sea a través de los propios mecanismos de control del programa de cumplimiento”.

La protección de los denunciantes no debería impedir, a través de los medios que se estimen necesarios para garantizar su anonimato, que el responsable de cumplimiento solicite al denunciante una ampliación de los datos aportados en la denuncia.

En cuanto al resto de las cuestiones referidas a este apartado nos parece necesario que de forma expresa se declare que los procedimientos se deberán ejecutar respetando los límites previstos en el resto del ordenamiento jurídico (protección de los derechos de los trabajadores, protección de datos, presunción de inocencia, derecho a no declarar contra uno mismo, etc.).

2.1.4 Diseño de un sistema disciplinario transparente y eficaz (apartado 3.G de la Propuesta de Guía)

En cuanto a los indicadores en relación con el diseño de un sistema disciplinario transparente y eficaz, no debe olvidarse que éste también tendrá que ser respetuoso de la legislación aplicable al caso dependiendo del estatuto de los empleados. La exigencia de un sistema disciplinario efectivo debe, por lo tanto, ser compatible con la normativa laboral que actualmente limita (y mucho) la posibilidad de aplicar las sanciones contra los empleados sin incurrir en una vulneración de los derechos de los trabajadores.

En todo caso, sin perjuicio de esta consideración, un sistema de *compliance* sí debería contar con un marco disciplinario claro, que permita a los trabajadores conocer las consecuencias personales que puede implicar una vulneración de la normativa de competencia.

La valoración de la eficacia y transparencia de este sistema podría hacerse mediante el análisis del número de expedientes iniciados y finalmente sancionados por infracción de la normativa de competencia, en incumplimiento del programa de *compliance* o de las obligaciones que derivan de él; la ratio de conversión de denuncias en sanciones en general; la ratio de conversión de denuncias en sanciones en el caso de directivos; la ratio que indique la proporción entre el número de infracciones descubiertas de manera interna y de manera externa; o el tiempo medio transcurrido entre el momento del descubrimiento de la infracción y el de la sanción.

2.2. ELEMENTOS REFERIDOS A LA EJECUCIÓN Y CONTROL DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

2.2.1 Formación eficaz (apartado 3.B de la Propuesta de Guía)

i) Sobre el alcance de la obligación de impartir formación

El primer párrafo de este apartado de la Propuesta de Guía sugiere que debe valorarse “*la estrategia de formación en relación con colaboradores cercanos (socios, distribuidores, proveedores relevantes, etc.)*”. En este sentido, entendemos que de la redacción actual podría interpretarse como una obligación de las empresas de impartir formación a sus colaboradores cercanos.

Esta obligación con carácter general resultaría desproporcionada a nuestro modo de ver, puesto que se estaría trasladando a algunas empresas la obligación y el coste de formar a empleados de otras compañías. Además, ello resultaría de muy difícil cumplimiento práctico en muchos casos, por ejemplo, para empresas que empleen un gran número de colaboradores o que cambien de colaboradores con frecuencia, además de requerir la participación proactiva de estos.

Asimismo, entendemos que, en la medida que los programas de cumplimiento en materia de competencia se conviertan en una práctica habitual de mercado, resultará innecesario y redundante impartir formación a otras compañías, puesto que las mismas ya contarán con su propio programa de cumplimiento.

Por todo ello, sugerimos matizar la redacción de este punto para señalar, en su lugar, que la empresa comunicará a sus colaboradores cercanos la existencia de un programa interno de cumplimiento de la normativa de defensa de la competencia y el compromiso de la empresa con esta materia. Propondríamos la siguiente redacción alternativa en la Guía definitiva:

*“Igualmente, debe valorarse la **comunicación** a los colaboradores cercanos (socios, distribuidores, proveedores relevantes, etc.) del compromiso de la empresa con la normativa de defensa de la competencia, así como la existencia de un programa de cumplimiento en esta materia”⁵.*

ii) *Sobre la necesaria actualización de los programas formativos*

En el tercer párrafo de esta sección de la Propuesta de Guía se establece, bajo el término “*debe*”, la aparente obligación de implementar sesiones de formación *ad hoc* cuando se produzca alguna modificación de las circunstancias, incorporando como ejemplo cambios en la estructura accionarial de la compañía, la existencia de un nuevo proveedor, un nuevo mercado, etc.

Coincidimos con la CNMC en la necesidad de que la formación de los trabajadores de una compañía en materia de cumplimiento deba adaptarse caso por caso, evitando el recurso a programas de formación en materia de competencia estandarizados, y que ésta se actualice periódicamente de acuerdo con los mecanismos establecidos al efecto.

Sin embargo, entendemos que, en su redacción actual, la obligación impuesta a las empresas resulta excesiva, puesto que supone la realización de sesiones de formación ante *cualquier* modificación de circunstancias que acontezca en la compañía. En nuestra opinión, únicamente una modificación de las circunstancias de tal relevancia que altere el mapa de riesgos o lo incremente sustancialmente debiera conllevar la obligación de realizar sesiones de formación “*ad hoc*”.

El mencionado riesgo debiera ser valorado, caso por caso, en atención a las circunstancias concretas y de la empresa en cuestión. Por ejemplo, el hecho de que se produzca un cambio de control en una compañía no debería conllevar, *per se*, la necesidad de impartir

⁵ El apartado B del Anexo que contiene ejemplos indicadores debería ser modificado también de manera consistente a la redacción propuesta.

una formación específica en derecho de la competencia, salvo cuando dicho cambio de control viniera acompañado de cambios en la estrategia comercial de la empresa u otras modificaciones similares. Tampoco determinadas actividades del día a día de la empresa (como la contratación de nuevos proveedores) debieran implicar, en toda circunstancia, la necesidad de una formación específica. En este sentido, el listado de ejemplos podría resultar innecesario o incluso llevar a confusión, por lo que proponemos su eliminación.

Por lo anterior, en aras de promover la eficacia del programa y garantizar su proporcionalidad, proponemos la siguiente redacción alternativa:

*“Igualmente, deben preverse sesiones de formación ad hoc cuando se produzca alguna modificación **relevante** de las circunstancias en la empresa que, tras valorarse por el responsable de cumplimiento de la misma, pudiera alterar el mapa de riesgos de comisión de prácticas anticompetitivas por sus empleados.”*

iii) *Sobre el objeto concreto de la formación*

En el quinto párrafo de este apartado de la Propuesta de Guía se hace referencia a que una formación que se limite a nociones básicas sobre las normas de defensa de la competencia no se considera eficaz.

Entendemos que una formación genérica no es suficiente, pero consideramos que sería bueno aclarar qué debe incluir una formación para que se considere eficaz, al tiempo que se deja suficiente flexibilidad para que cada empresa adapte la formación a sus propias necesidades. Todo ello se logra relacionando el contenido de la formación con el mapa de riesgos de cada empresa. Proponemos por tanto añadir la siguiente redacción a dicho párrafo, en la Guía definitiva:

“En este sentido, el contenido de la formación será acorde al mapa de riesgo de la empresa, debiendo por tanto reflejar de forma específica los riesgos a los que se encuentra expuesta, asimismo tendrá en cuenta las áreas del negocio y de la organización que se han identificado como más expuestas.”

“Asimismo, los riesgos detectados se tendrán en cuenta a la hora de diseñar la estrategia y el contenido del programa de formación.”

iv) Sobre el objetivo de la formación

Por último, al final de este apartado de la Propuesta de Guía se hace referencia a que el objetivo de la formación debe ser el de *“proporcionar a los trabajadores herramientas para que puedan identificar riesgos y adoptar decisiones informadas.”*

A este respecto, se considera quizás demasiado ambicioso, y no carente de riesgos, esperar que el objetivo de la formación impartida permita a los trabajadores, cualquiera que sea su nivel dentro de la organización y su titulación y formación profesional, “adoptar decisiones informadas”, so pena de generar una situación de paranoia que pueda llevar a la paralización de la toma de decisiones en la empresa perjudicial para el dinamismo competitivo

Desde nuestro punto de vista, el objetivo de la estrategia formativa específica dentro de los programas de cumplimiento de la normativa de competencia debe perseguir facilitar a los trabajadores, en función de su posición y nivel de responsabilidad, información sobre los riesgos a los que pudiera enfrentarse su organización, de los controles establecidos para prevenirlos y de los canales internos adecuados para poder tomar una decisión coherente razonable y ajustada a la normativa vigente, tal como esté siendo interpretada por la práctica decisional de la CNMC, la CE y la jurisprudencia aplicable.

Así, la finalidad última de esta formación será que dichos empleados puedan identificar aquellas circunstancias en las que podrían plantearse eventualmente una materialización de alguno de los riesgos para ponerlo en conocimiento de la persona o departamento identificado a tal efecto por la empresa a través del cauce establecido al efecto (generalmente el departamento o responsable jurídico y/o de *compliance*, o buzón de denuncias). Pretender que la formación permita a los trabajadores a título individual realizar una valoración de la concurrencia y entidad del riesgo, así como tomar decisiones informadas sobre las mismas plantea muy importantes dificultades prácticas.

Por lo anterior, propondríamos la siguiente redacción alternativa de este párrafo en la Guía definitiva:

“(…) la formación debe proporcionar a los trabajadores herramientas para que puedan identificar una posible materialización del riesgo y canalizar sus dudas o denuncias a través de los mecanismos establecidos al efecto.”

2.2.2 *Existencia de un canal de denuncias anónimo (apartado 3.C de la Propuesta de Guía)*

Entendemos que en este apartado debiera incluir aspectos relevantes para hacer de esta herramienta una medida realmente eficaz. A este respecto, hemos identificado elementos útiles incluidos en la *Guía de Compliance en materia de competencia* de la Autoridad Vasca de Competencia⁶. A la vista de los mismos, sugerimos:

- En el párrafo quinto de este apartado, se debiera modificar la mención de “**empresas**” cuando se indica la obligación de instaurar un canal de denuncias anónimo en *empresas* de más de 50 trabajadores por “**entidades jurídico-privadas**”, para que sea coherente con la redacción de la Directiva 2019/1937 *Whistleblowing*.
- Podría resultar conveniente incluir una mención a la importancia de crear una *atmósfera de confianza* entre los responsables del programa de cumplimiento y el resto de la organización. Para ello, (i) el empleado denunciante debe tener la seguridad de que el *Compliance Officer* actuará con independencia, de manera imparcial y al servicio de la libre competencia, con el aval de la alta dirección de la empresa; y (ii) debe haber transparencia sobre quién gestiona el canal de denuncia, cómo se protege la confidencialidad del denunciante; y cuál es el procedimiento que se va a seguir tras la denuncia.
- Sugerimos que se incluya que la respuesta a toda denuncia interna debe ser rápida.
- Finalmente, debiera mencionarse que, para que el canal de denuncia sea utilizado, es necesario que, dentro del proceso de cambio cultural, la empresa colabore en la superación de la anticuada imagen social negativa sobre la figura del denunciante o delator.

Por último, en relación con los indicadores referidos en este apartado contemplados el Anexo de la Propuesta de Guía, algunos asociados consideran exorbitado el requisito de hacer público el número de denuncias recibidas, pudiendo ser sustituido por el número de actuaciones realizadas en el ámbito de la aplicación del programa de cumplimiento.

⁶Documento disponible en la web:

http://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/guias_gidak/es_guias/Gu%C3%ADa%20de%20Compliance%20en%20materia%20de%20competencia.pdf.

Asimismo, y por las razones expuestas en el apartado 2.2.1i), el canal de denuncias debería tener carácter interno y limitarse a tramitar las denuncias dentro de la organización, dejando a criterio de la empresa y de las circunstancias concretas, la posibilidad de incorporar a la cadena de suministro y otros grupos de interés.

2.2.3 Identificación de riesgos y diseño de protocolos o mecanismos de control (apartado 3.E de la Propuesta de Guía)

Hemos comparado los indicadores del anexo de la Propuesta de Guía con las directrices y orientaciones de varias certificaciones de AENOR que consideramos se parecen más al objeto de la Propuesta de Guía (ISO 19600, ISO 19601 e ISO 37001), con la intención de, en la medida que no fuera sustancialmente más gravoso para las empresas, intentar objetivar la validación de los programas de cumplimiento implantados por las empresas bajo los estándares internacionales de la ISO cuando hayan sido debidamente certificados.

Lo cierto es que ambos grupos de indicadores y directrices/orientaciones son muy parecidos en cuanto a sus líneas básicas, y no hemos identificado ningún aspecto “manifiestamente mejorable” en la propuesta de la CNMC o cuya alineación fuese “muy recomendable”.

Observamos que para poder dar cumplimiento a la mayor parte de las recomendaciones de la Guía se requerirá una inversión considerable de recursos además de soporte externo, por lo que únicamente resultan factibles en la práctica para empresas de un tamaño considerable que cuenten con departamentos legales y de *compliance*, suponiendo una carga muy gravosa para medianas y pequeñas empresas.

Por ello, entendemos que la Guía debería recoger diferentes grados de exigencia en lo que se refiere a la identificación de riesgos, el diseño de protocolos y mecanismos de control atendiendo al tamaño y los recursos de la empresa. A tal fin, recomendamos que se valore la posibilidad de publicar directrices o recomendaciones específicas, o al menos matizar donde corresponda, en función de los diferentes tipos de empresas (en principio, en atención a su tamaño, pero podrían identificarse otros aspectos como sector al que pertenece, por ejemplo).

En este sentido, la autoridad de competencia australiana (ACCC) tiene aprobadas distintas guías segmentadas por tamaño de empresa y agrupadas en cuatro niveles que van desde el nivel 1 para “microempresas” al nivel 4 para “grandes corporaciones”.

Finalmente, entendemos que las recomendaciones de la Guía, en lo que se refiere al diseño de protocolos y mecanismos de control, son un tanto genéricas. Debiera valorarse la posibilidad de incorporar las mejores prácticas de ciertas autoridades extranjeras con sistemas de defensa de la competencia similares al nuestro. Se recoge un resumen de los elementos más destacables para su valoración en la tabla a continuación:

JURISDICCIÓN	MEDIDAS
Reino Unido	<ul style="list-style-type: none"> - La página web oficial propone un “quiz” para comprobar el nivel de conocimiento de empleados, que puede ser útil para empresas con menos recursos o más pequeñas. -Códigos de conducta. - Sistema de “reporting” y autorización de cualquier contacto previsible con competidores. - Sistemas de seguimiento de contactos con competidores. - Canal alternativo al de denuncias para plantear dudas, de manera confidencial, en relación con el Derecho de la competencia.
Francia	<ul style="list-style-type: none"> - Publicación de códigos de conducta en relación con cumplimiento normativo de competencia en la web para demostrar públicamente la adhesión a los principios rectores.
Italia	<ul style="list-style-type: none"> - Sistema de incentivos: no sólo aplicar medidas disciplinarias a los infractores, sino incentivar a los que hagan uso de los sistemas y herramientas del <i>compliance</i> (denuncias veraces, acudir a formaciones etc.). En particular, hincapié en el sistema de incentivos para el <i>Compliance Programme Manager</i>. - Depósito de informes: para que las empresas puedan beneficiarse una reducción de las multas por su programa de cumplimiento, deben depositar en la autoridad de competencia un informe explicativo: <ul style="list-style-type: none"> a. Con las razones por las que el programa es adecuado para la prevención de las infracciones de la competencia. b. Las iniciativas concretas puestas en marcha por la empresa para la aplicación/ejecución efectiva y eficiente del programa. c. Cualesquiera otros documentos que demuestren que el compromiso de la empresa es real.

3. SOBRE LAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA IMPLANTACIÓN DE UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO EFICAZ EN LOS EXPEDIENTES ABIERTOS POR LA CNMC

3.1. CONSIDERACIONES GENERALES

La CNMC admite expresamente en la introducción del apartado 4 de su Propuesta de Guía que *“la existencia de un programa de cumplimiento efectivo y eficiente es útil porque previene la participación en infracciones y permite detectar las infracciones que no hayan podido evitarse, así como gestionar las consecuencias de una determinada infracción”*.

La AEDC no puede sino compartir plenamente dicha reflexión, convencidos como estamos de que la progresiva implementación en las empresas españolas de programas de cumplimiento de la normativa de competencia resulta el mejor instrumento para promover una cultura empresarial de respeto a la libre competencia, perfectamente complementario con la esencial labor disuasoria llevada a cabo por las autoridades de defensa de la competencia.

Ello justifica, en buena medida, el notable esfuerzo que dedica la propia CNMC a desarrollar en esta misma Propuesta de Guía los criterios de evaluación de la eficacia de todo programa de cumplimiento; algo que hace con no poco detalle en el apartado 3 y en el Anexo de la Propuesta de Guía, ya analizados previamente en este documento de observaciones.

Sin embargo, dicho esfuerzo por promover la implementación de programas de cumplimiento realmente eficaces por las empresas resulta, a nuestro modo de ver, algo incoherente con el planteamiento que hace la propia autoridad, en el apartado 4º de la misma Propuesta de Guía, respecto a las consecuencias, para esas mismas empresas, de implementar un programa de cumplimiento. O dicho de otro modo, con los incentivos reales que la CNMC asocia a todo programa de cumplimiento normativo voluntariamente adoptado por toda empresa.

Una incoherencia que resulta especialmente llamativa en el caso de las indicaciones respecto a los programas de cumplimiento *ex ante* (apartado 4.1 de la Propuesta de Guía), o aquellos que una empresa haya implementado de forma voluntaria y con anterioridad a cualquier proceso de investigación por parte de la autoridad de defensa de la competencia.

A nuestro modo de ver, la Propuesta de Guía adolece de un importante problema, cual es la falta de incentivo real aparente para las empresas asociado a la implementación de un programa de clemencia, teniendo en cuenta el planteamiento de la CNMC, que **apenas confiere valor intrínseco a los citados programas de cumplimiento**, y se limita principalmente a:

- i) vincular sus efectos o consecuencias con las de los mecanismos ya existentes de clemencia (solicitudes de exención o reducción de sanciones)⁷, sin que al respecto se identifique mayor beneficio para las empresas – al margen de los propios efectos de la clemencia - que hayan implementado un programa de cumplimiento incluso antes del inicio de toda investigación; y
- ii) señalar su posible consideración, sin concreción alguna, para la eventual “*moderación de la sanción*” o “*atenuación de responsabilidad*”, sin especificar, por ejemplo, en qué circunstancias y hasta qué punto podrían ser considerados una circunstancia atenuante de las previstas por el art. 64.3 LDC, o podrían motivar un enfoque diferenciado, por ejemplo, en la eventual imposición de una prohibición de contratar con la Administración por infracción de la LDC, regulada en la LCSP⁸.

⁷ O con mecanismos aun no existentes en España, pero de probable implementación a corto o medio plazo, como la transacción (que también conlleva una reducción de la sanción por aceptación de los cargos), a imagen y semejanza del sistema de transacciones (*settlements*) actualmente existente a nivel europeo.

⁸ Algo que el propio Consejo de la CNMC ha insinuado en su reciente Resolución de 1 de octubre de 2019, expediente S/DC/612/17, *Montaje y Mantenimiento Industrial*, al descartar (pág. 172) la aplicación de atenuantes previstos en la LDC por la implementación de programas de cumplimiento (en ese caso, *ex post*), “*sin perjuicio del valor que tales programas de cumplimiento deban tener en el marco de lo previsto en el artículo 72.5 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP)*”.

Desde la AEDC entendemos que, en ausencia de deseables medidas legislativas al respecto⁹, una apuesta decidida por una mayor penetración de la cultura de cumplimiento de la normativa de competencia en el mundo empresarial requeriría de una **toma de posición más clara y contundente, por parte de la CNMC, respecto a las ventajas concretas que para toda empresa puede tener el implementar - o al menos intentarlo - un programa (eficaz) de cumplimiento normativo, especialmente cuando esto se haga antes de que se inicie cualquier actuación investigadora por parte de la CNMC.**

Resulta, de hecho, sorprendente, que incluso parezca más favorable al administrado, a la vista de lo indicado en la Propuesta de Guía, esperar al inicio de una investigación para, en su caso, implementar un programa de cumplimiento (*ex post*), dada la mayor concreción de las posibles ventajas que puede tener su puesta en marcha en ese momento, frente a la ausencia aparente de ventajas tangibles en caso de haberlo implementado, de forma prudente, con anterioridad a toda labor investigadora. A continuación, desarrollaremos con detalle estas aparentes contradicciones de la Propuesta de Guía, tanto en lo referido a las infracciones constitutivas de cártel como aquellas que no lo son.

Un planteamiento carente de incentivos que también se aleja, de hecho, del enfoque con que la normativa penal vigente en España aborda este tipo de programas de cumplimiento, y ello a pesar de que la citada normativa penal tiene por objeto castigar comportamientos mucho más reprochables socialmente que los ilícitos administrativos que representan, actualmente, las infracciones de la LDC (por lo que las medidas incentivadoras del cumplimiento normativo en el ámbito de la LDC podrían perfectamente inspirarse en lo acometido a nivel de normativa penal).

A tal respecto, recordemos que el artículo 31*bis*.4º del Código Penal, en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, indica que se puede eximir de responsabilidad penal a la empresa por los delitos cometidos por su trabajadores “*si antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*”.

⁹ Nuestra opinión sería que debería aprovecharse la ventana legislativa que se abre con la trasposición a derecho nacional de la Directiva 2019/1 *ECN+*, para acometer una reforma de la LDC – al margen de otras leyes– que positivizara y consolidara la consideración de la implementación de programas de cumplimiento como los abordados en esta Propuesta – también *ex post*, pero fundamentalmente *ex ante* – como circunstancia específica atenuante de la infracción, adicional a otras circunstancias y mecanismos ya actualmente previstos en la LDC.

Por su parte, el artículo 31^{quater} del mismo Código penal prevé expresamente la circunstancia atenuante de responsabilidad penal en caso de que, una vez cometido un delito, pero antes del comienzo del juicio oral, la empresa haya adoptado “*medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica*”.

En definitiva, la normativa penal sí confiere un valor intrínseco – y muy importante – al hecho de dotarse, *ex ante* o *ex post*, de mecanismos empresariales dirigidos a fomentar el cumplimiento normativo a nivel interno; y ello con independencia de que dichos mecanismos lleven a la empresa, en su caso, a auto inculparse ante las autoridades penales, o que exista una colaboración con la autoridad en el marco de una investigación, etc. (extremos que en su caso podrán valorarse, igualmente, por las autoridades penales). En el caso de las medidas adoptadas *ex ante*, la ventaja de las mismas puede llegar a traducirse en la exención de responsabilidad penal para una empresa. En caso de medidas adoptadas *ex post*, las ventajas tienen forma de atenuantes concretas e indiscutibles.

Sin embargo, en el ámbito sancionador de la normativa de competencia, la CNMC se centra principalmente, en la Propuesta de Guía, en exponer las bondades teóricas de los programas de cumplimiento, y en aconsejar medidas dirigidas a reforzar su eficacia, sin incluir incentivos realmente relevantes para las empresas que consideren la implementación de este tipo de mecanismos internos (especialmente antes del inicio de toda investigación). Algo, por cierto, que entra incluso en cierta contradicción con el contenido de alguna Resolución del propio Consejo de la CNMC, en el que se ha enfatizado la ausencia de medidas *ex ante* como argumento aparentemente relevante para no considerar como atenuante la existencia de programas de cumplimiento como las aquí abordadas¹⁰.

Cierto es que la posición de la CNMC no difiere en exceso de la de otras autoridades a nivel europeo o internacional, pero también lo es que existen autoridades de países cercanos, como la *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* italiana, que han hecho recientemente una apuesta, como veremos, mucho más decidida por la promoción

¹⁰ Véase, por ejemplo, la antes citada Resolución de 1.10.2019, expediente S/DC/612/17, *Montaje y Mantenimiento Industrial*, en la que el Consejo recuerda (pág. 172) que “*esta Sala ha tenido la oportunidad de señalar que cuando no hay constancia de la existencia de un programa de cumplimiento previamente a la infracción, que efectivamente hubiera articulado y aplicado controles internos que previeran conductas anticompetitivas, no cabe deducir el genuino compromiso de la empresa a los efectos de valorarlo como atenuante.*” A sensu contrario, esta reflexión debería interpretarse que las medidas adoptadas *ex ante* sí reflejan un compromiso de la empresa que pudiera valorarse como atenuante.

efectiva de este tipo de mecanismos de prevención interna de infracciones dirigida a las empresas de su país.

Apuestas que pasan por la implementación de medidas concretas – con reducción concreta del importe de sanciones, por ejemplo – asociadas a la existencia de programas de cumplimiento voluntariamente implementados por las empresas, especialmente cuando dicha implementación se ha llevado a cabo *ex ante*, previamente a toda labor investigadora.

Creemos que ese sería el camino adecuado a seguir por parte de la CNMC y por ello nos permitiremos aconsejar un ligero cambio de enfoque de la Guía definitiva en lo referido a las consecuencias de la implementación de los programas de cumplimiento.

3.2. EN RELACION CON LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EX ANTE (APARTADO 4.1 DE LA PROPUESTA DE GUÍA)

La CNMC identifica estas situaciones, en su Propuesta de Guía, como aquellas “*en las que la empresa disponía de un programa de cumplimiento con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador por la CNMC*”.

A este respecto, la CNMC distingue entre dos tipos de situaciones, “*en función de si existe o no la posibilidad de acudir a la CNMC en el marco del programa de clemencia*”. Abordaremos por separado ambos supuestos, como lo hace la propia autoridad.

i) *Efectos del programa de cumplimiento ex ante en caso de infracción muy grave constitutiva de cártel*

La CNMC señala en su Propuesta de Guía, en primer lugar, que “*En el caso de que se detecte una infracción de cártel como consecuencia de los mecanismos introducidos en el programa de cumplimiento, la CNMC considera que la puesta en conocimiento de la autoridad de dicho cártel a través del programa de clemencia constituye la evidencia del compromiso de la empresa con el cumplimiento de las normas de defensa de la competencia, pudiendo ser considerada a los efectos de atenuar su responsabilidad, tal y como establece la LDC*”.

Este primer supuesto plantea las dudas o cuestiones:

- En casos de acceso a la **exención del pago de la multa (artículo 65 LDC)**, por ser la empresa la primera en poner en conocimiento de la CNMC los hechos, y asumiendo que dicha empresa cumple los requisitos de la LDC al efecto para beneficiarse de la exención del pago de la multa, no queda muy claro cuál sería el beneficio para dicha empresa de tener un programa de cumplimiento y en qué consistiría la ‘atenuación de la responsabilidad’ que según el texto de la Propuesta de Guía puede que se le reconozca (ya que dicha atenuación no se asegura), cuando por aplicación del artículo 65 LDC a dicha empresa no se le va a imponer multa alguna.

En cualquier caso, si en la práctica este supuesto va a ser equiparable a una situación en la que el cártel se detecte (y se ponga en conocimiento de la CNMC) por una empresa que no tiene programa de cumplimiento o que, incluso teniéndolo, el cártel se detecta por otras razones no conectadas con dicho programa, no parece que la implementación previa de un programa de cumplimiento eficaz aporte un beneficio adicional alguno a esa empresa.

- En casos de acceso a la **reducción del pago de la multa (artículo 66 LDC)**, por ser la empresa la segunda, tercera, etc. en aportar valor añadido significativo a la CNMC sobre el cártel, sería recomendable clarificar en el texto que la detección del cártel y la comunicación a la CNMC de la información con valor añadido puede aportar una atenuación de la responsabilidad de dicha empresa **adicional** a la que pueda obtener toda empresa – tenga o no programa de cumplimiento implementado - por cumplir los requisitos específicos del artículo 66 LDC.

Es decir, sería importante aclarar que si la empresa fue la segunda en aportar dicho valor añadido y, en consecuencia, le corresponde por aplicación directa de la LDC una reducción de entre el 30 y 50% de la multa que en otro caso se le impondría, el hecho de haber detectado el cártel gracias al programa de cumplimiento le reportará una atenuación de responsabilidad especial, que se traducirá en una reducción adicional, por poner un mero ejemplo, de entre un 5-15% de la multa. Así, si a dicha empresa se le concede un 50% por aplicación del programa de clemencia, esa reducción podrá verse incrementada hasta un 55% o 65% por haberse detectado el cártel gracias al programa de cumplimiento. Ello constituiría

una forma palpable de recompensar a las empresas (mediante la moderación de la sanción) por disponer de un programa de cumplimiento eficaz¹¹.

En caso contrario, si la implementación de un programa de cumplimiento normativo eficaz no da lugar a algún tipo de moderación de la multa que se prevé imponer, adicional a la prevista por el programa de clemencia, no se aprecia qué nuevo beneficio específico aporta la Propuesta a las empresas en este concreto contexto (más allá de los obvios beneficios generales referidos en el primer párrafo de la sección 4ª de la Propuesta).

Lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de que el programa de cumplimiento deba ser eficaz en línea con los Criterios de Evaluación recogidos en la sección 3ª de la Propuesta de Guía y la lista de indicadores de la eficacia de estos programas recogida el Anexo.

La Propuesta de Guía señala asimismo, respecto a los casos de cártel, que *“Igualmente, la colaboración activa y eficaz con la CNMC desde el inicio de una investigación y su conocimiento por la empresa de una posible infracción de las normas de competencia constitutiva de un cártel, junto con el reconocimiento de los hechos constatados por la CNMC, constituye también una evidencia del compromiso de la empresa con el cumplimiento de las normas de defensa de la competencia, pudiendo ser considerados a los efectos de atenuar su responsabilidad.”*

Este segundo supuesto, dentro del escenario de infracciones de cártel, plantea igualmente algunas dudas que sería recomendable clarificar para la mayor seguridad jurídica de las empresas.

- En principio, parece que este supuesto de colaboración activa y eficaz podría referirse a un escenario en el que, si bien en el marco de un cártel, la empresa no puede acogerse al programa de clemencia (por ejemplo, por no poder aportar valor añadido suficiente). Y ello porque la redacción de este párrafo replica literalmente

¹¹ Si bien es cierto que esta solución podría requerir de una modificación de la actual literalidad del art. 66 LDC. En caso de no modificarse la ley en ese sentido, si se incorporase la existencia del programa de cumplimiento *ex ante*, sería aconsejable prever que cuando se aplique dicha atenuante a consecuencia de un programa de cumplimiento se situará a la empresa en el umbral superior del arco de reducción (es decir, en el caso de ser la segunda, cerca del 50% de reducción, y la tercera cerca del 30%).

la recogida como uno de los ejemplos de circunstancias atenuantes del artículo 64.3 LDC, en concreto, su apartado d), que se refiere a “*colaboración activa y eficaz con la CNMC*” pero que también indica “...*llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa*”. No obstante, sería recomendable aclarar este extremo.

- En cuanto a la *colaboración activa y eficaz*, surge la cuestión de si, en efecto, nos encontramos simplemente ante la atenuante del referido artículo 64.3.d) LDC y, en tal caso, qué beneficio adicional podría obtener la empresa a la que se reconozca dicha atenuante por el hecho de disponer, además, de un programa de cumplimiento normativo eficaz implementado *ex ante* (circunstancia que, se entiende, sigue siendo un requisito ya que de lo contrario carecería de lógica insertar este párrafo en la sección sobre ‘Consecuencias derivadas de la implantación de un programa de cumplimiento’ de la Propuesta). Sin embargo, en este párrafo ni siquiera se hace mención alguna a la existencia de un programa de cumplimiento, por lo que parece faltar una conexión entre la implementación de dicho programa y la posible consecuencia de la atenuación de la responsabilidad a la que se refiere toda esta sección 4ª de la Propuesta.

En todo caso, aunque la CNMC no se refiera a la atenuante del artículo 64.3.d) LDC, resultaría conveniente que aclarara si en el marco de esta colaboración cabría tomar en consideración factores adicionales para atenuar las sanciones, en combinación con la efectiva implantación de un programa de cumplimiento. Por ejemplo, en el marco de licitaciones públicas, la CNMC podría valorar una suerte de *colaboración activa y eficaz ex ante*, teniendo en cuenta, a modo ejemplificativo, factores como la transparencia, realización de consultas a la Administración y el respeto previo a sus resoluciones, con la finalidad de atenuar una eventual multa por infracción del derecho de la competencia.

- Sin perjuicio de lo anterior, este supuesto parece exigir de manera cumulativa que, además de dicha *colaboración activa y eficaz*, la empresa reconozca los hechos constatados por la CNMC, para obtener, en su caso (ya que esta consecuencia no se asegura), una posible atenuación de la responsabilidad.

Dada la novedad de la referencia al “reconocimiento de los hechos” al que se refiere este párrafo, sería recomendable aclarar si se trata de un requisito similar al recogido en la Comunicación de la Comisión Europea sobre el procedimiento de transacción (*settlements*). Si tal fuera el caso, cabe recordar que, en ese marco europeo, el reconocimiento de los hechos permite obtener una reducción casi automática de la sanción, lo que obviamente sería bienvenido por las empresas. Si no fuera el caso, sería conveniente aclarar el alcance de ese reconocimiento de hechos.

- En cualquier caso, de nuevo, cabe plantearse qué tipo y nivel de atenuación puede, en su caso, obtener la empresa a la vista de que ha de cumplir con los requisitos de (i) *colaboración activa y eficaz*, (ii) reconocimiento de los hechos y – probablemente – (iii) tenencia de un programa de cumplimiento eficaz.

Por ello, sería igualmente recomendable que la Guía definitiva aclarase de manera específica el alcance de la posible atenuación (aunque no sea automática y deba valorarse caso por caso), partiendo de la base de que (i) el artículo 64.3.d) ya prevé como circunstancia atenuante la *colaboración activa y eficaz* (con la reducción de multa inherente a la misma) con la CNMC, (ii) el reconocimiento de hechos conlleva en el ámbito europeo una reducción automática de la multa, si se cumplen determinadas condiciones y, en su caso, (iii) la empresa dispone de un programa de cumplimiento eficaz.

Dado la acumulación de factores y requisitos que han de cumplirse, parece razonable interpretar que la ventaja debería ser superior a la de una mera atenuante.

ii) *Efectos del programa de cumplimiento ex ante en caso de infracción muy grave o grave no constitutiva de cártel*

A este respecto, la CNMC señala en su Propuesta de Guía que “*En el caso de que se detecte una infracción distinta de cártel como consecuencia de los mecanismos introducidos en el programa de cumplimiento, la CNMC considera que la puesta en conocimiento de la autoridad de competencia dicha infracción constituye la evidencia*

del compromiso de la empresa con el cumplimiento de las normas de defensa de la competencia, pudiendo ser considerado a los efectos de atenuar su responsabilidad, tal y como establece la LDC.”

En opinión de la AEDC, este segundo supuesto también plantea importantes dudas interpretativas que sería recomendable que la CNMC aclarase en la versión definitiva del texto, para dotar de mayor seguridad jurídica a las empresas:

- En primer lugar, la Propuesta de Guía no aclara a través de qué medio y procedimiento podría una empresa informar a la CNMC de una infracción distinta de cártel cometida por ella misma. En efecto, fuera del ámbito del programa de clemencia, la LDC no parece contemplar la posibilidad de que una empresa se auto inculpe de la comisión de una infracción de la normativa de competencia. En este sentido, la figura de la denuncia que contempla el artículo 49 de la LDC y 25.1(c) del RDC o el buzón de colaboración de la CNMC no parecen diseñados para la puesta en conocimiento de la autoridad de una infracción por parte de la propia infractora. Tampoco existe, como es sabido, la posibilidad de plantear consulta previa alguna sobre la legalidad de una determinada conducta en fase de proyecto (por ejemplo, confirmando la aplicabilidad de la exención individual prevista por el art. 1.3 LDC).
- En segundo lugar, y como cuestión de mayor relevancia, la Propuesta de Guía no especifica en qué medida y términos se podrá atenuar la responsabilidad de la empresa que informe a la CNMC de una infracción no de cártel cometida por ella misma, lo que plantea dudas sobre los incentivos que puede generar para que una empresa se acoja a esta figura.

En este sentido, la Propuesta de Guía tampoco aclara si la referida atenuación de responsabilidad va más allá de (i) la circunstancia atenuante contemplada en el artículo 64.3(d) de la LDC; y/o (ii) de la “*modulación de la sanción*” que pueda concederse a las empresas que implementen un programa de cumplimiento *ex post*, de conformidad con lo establecido en el apartado 4.2 de la Propuesta.

De lo contrario, la implementación de un programa de cumplimiento *ex ante* no aportaría a las empresas ningún beneficio adicional y, por tanto, es probable que las infractoras prefiriesen esperar, en su caso, a la incoación del procedimiento

sancionador por parte de la CNMC, que solo serviría para confirmar la existencia de indicios de infracción, para cooperar entonces de manera efectiva y eficaz con la autoridad y/o implementar un programa de cumplimiento *ex post*.

- En tercer lugar, otra cuestión a valorar en relación con este escenario y los incentivos que puede generar esta figura es si se deberían modificar (a) el artículo 73.4 de la LDC (excepción al principio de la solidaridad en el marco de compensaciones por daños); y (b) el artículo 72.5 de la LCSP (excepción a la prohibición de contratar, tal y como lo está interpretando la CNMC¹²) para equiparar a las empresas que se auto inculpen de infracciones de la LDC distintas al cártel a través de esta figura con los solicitantes de clemencia.

Por otro lado, la CNMC también señala, en su Propuesta de Guía, que *“Igualmente, en el caso de que la infracción de las normas de competencia haya sido detectada por la CNMC, se considera que (a) el reconocimiento de los hechos detectados, (b) la terminación inmediata de la conducta y (c) la adopción de decisiones que remedien los perjuicios de la misma para la competencia de forma rápida y voluntaria desde el inicio de la investigación y su conocimiento por la empresa (por ejemplo, modificando la estrategia comercial o las cláusulas controvertidas) constituye también una evidencia del compromiso de la empresa con el cumplimiento de las normas de defensa de la competencia, pudiendo ser considerado a los efectos de atenuar su responsabilidad.”*

Este escenario plantea igualmente algunas dudas que desde la AEDC sugerimos se aclaren en el texto definitivo de la Guía:

- La Propuesta de Guía no clarifica si la atenuación de responsabilidad en este supuesto es igual o en qué medida y términos es diferente a (a) la que puede concederse a una empresa que informó *motu proprio* a la CNMC de la comisión de una infracción de la LDC distinta al cártel, de conformidad con el párrafo primero comentado anteriormente; (b) la circunstancia atenuante contemplada en

¹² Véase, por ejemplo, la antes referida Resolución en el asunto *Montaje y Mantenimiento Industrial*, en la que el Consejo de la CNMC señala que *“deben necesariamente quedar fuera de la prohibición de contratar los solicitantes de clemencia de acuerdo con la previsión contenida en el artículo 72.5 de la LCSP”* (pág. 174).

el artículo 64.3(d) de la LDC; y/o (c) la “*modulación de la sanción*” que pueda concederse a las empresas que implementen un programa de cumplimiento *ex post*.

- Las condiciones cumulativas que contempla este escenario parecen conjugar una mezcla de los requisitos del procedimiento europeo de transacción (reconocimiento de los hechos) y del procedimiento nacional de terminación convencional (adopción de medidas correctoras).

En este sentido, como se ha expuesto anteriormente en el comentario respecto a las infracciones de cártel, el procedimiento europeo de transacción permite obtener una reducción casi automática de la sanción si la empresa procede al reconocimiento de los hechos investigados.

Por otra parte, el artículo 52 de la LDC permite la terminación convencional de un procedimiento sancionador (respecto a infracciones distintas al cártel) sin que se impongan sanciones cuando la empresa ofrece compromisos que resuelven los efectos sobre la competencia de los hechos investigados.

De conformidad con lo anterior, sería recomendable que el texto definitivo de la Guía establezca el alcance de la posible atenuación de responsabilidad en ambos escenarios, en especial para aquellos en los que la empresa decide voluntariamente y de forma rápida la terminación inmediata de la conducta y la adopción de decisiones que remedien los perjuicios de la misma, de manera similar a lo señalado anteriormente respecto a las infracciones de cártel, dado que es el primordial objetivo que debe perseguir la normativa de competencia.

En todo caso, la acumulación de factores y requisitos previstos en la Propuesta hace que parezca razonable interpretar que la ventaja para la empresa deba ser superior a la de una mera atenuante, de conformidad con el artículo 64.3(d) de la LDC.

iii) Algunas reflexiones adicionales sobre el tratamiento propuesto a los programas de cumplimiento ex ante, a la vista del panorama internacional

Como hemos indicado anteriormente, aun aplaudiendo la presente iniciativa para la promoción de la competencia, consideramos que la CNMC debería ir un paso más allá, muy en particular, en relación con la consideración de los programas de cumplimiento normativo *ex ante* como elemento a tenerse en cuenta para la atenuación de la responsabilidad de las empresas que se enfrentan a una sanción, en aras de incentivar su implementación.

Más aún si observamos los instrumentos de los que se han dotado otros países de nuestro entorno y, muy especialmente, Estados Unidos, Reino Unido e Italia, en los que la existencia de un programa de *compliance* se tiene en cuenta como atenuante (objetivo y cuantificable), siempre que se cumplan ciertos requisitos tasados.

Tal es el caso de los ejemplos que se indican a continuación:

- En el caso de **Estados Unidos**, el Departamento de Justicia ha elaborado un instrumento *soft-law* en el que se incluyen unos criterios de evaluación para programas de cumplimiento normativo en casos de investigaciones por infracciones *antitrust* y en el que, específicamente, se incluye una reducción de 3 puntos en la sanción a aplicar a la empresa, en caso de que ésta hubiese implantado un programa efectivo de cumplimiento normativo.¹³

Dicha reducción no aplica en casos en los que la empresa se haya demorado indebidamente en denunciar la conducta ilegal a la autoridad competente. Así, se recoge como presunción *iuris tantum*, que un programa no habrá sido efectivo si el personal directivo o que disponga de autoridad haya participado en el comportamiento infractor.

¹³ Véanse las *Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigations* publicadas por el Departamento de Justicia de la división de defensa de la competencia estadounidense en julio de 2019 (Disponible en: <https://www.justice.gov/atr/page/file/1182001/download>), Capítulo 9, sección A, páginas 14-15.

- Del mismo modo, en el **Reino Unido** la *Competition & Markets Authority* publicó el 18 de abril de 2018 una guía con relación a los criterios utilizados por la Autoridad para determinar el importe de la sanción a imponer a una empresa. En relación con las circunstancias atenuantes a considerar, la citada guía tiene en cuenta “*pasos adecuados que se hayan dado con vistas a asegurar el cumplimiento de los Artículos 101 y 102 y del Capítulo I y Capítulo II de las prohibiciones*” (la traducción es nuestra).¹⁴ En dicho sentido, en el pie de página adyacente a dicha aserción, se indica que la Autoridad británica podrá considerar una reducción de hasta el 10% de la sanción a imponer si la empresa investigada proporciona pruebas de sus actividades de cumplimiento normativo (y dichas actividades cumplan una serie de requisitos).

Las actividades de *compliance* serán consideradas como atenuante cuando la compañía demuestre que se dieron los pasos necesarios y adecuados, en atención al tamaño del negocio en cuestión, para conseguir un claro e inequívoco compromiso con las normas de la competencia.

- De igual forma, en **Italia** la *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* publicó el 25 de septiembre de 2018 una guía sobre cumplimiento normativo en la defensa de la competencia en la que también se establecen unos criterios de evaluación para que un programa de cumplimiento normativo *ex ante* pueda considerarse como un atenuante.¹⁵

La gran novedad de esta guía estriba en que no sólo contempla reducciones (de hasta el 15%) para programas de cumplimiento normativo que hayan sido efectivos, sino que también se podrán beneficiar los programas que hayan sido “*no manifiestamente inadecuados*” (hasta el 10%), o “*manifiestamente inadecuados*” (hasta el 5%),

¹⁴ Véanse la *CMA's guidance as to the appropriate amount of a penalty*, publicado por la autoridad de la competencia británica el 18 de abril de 2018 (Disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/700576/final_guidance_penalties.pdf), página 13.

¹⁵ Véanse las *Linee guida sulla compliance Antitrust* publicadas por la autoridad de la competencia italiana el 25 de septiembre de 2018 (Disponibles en inglés en: https://en.agcm.it/dotcmsdoc/guidelines-compliance/guidelines_compliance.pdf), sección V.

siempre que la empresa en cuestión introduzca cambios en el programa para corregir las deficiencias que presente¹⁶.

- Finalmente, otros países como Brasil, Corea del Sur, Canadá, Chile, India o Israel también han introducido mecanismos similares de promoción de los programas de cumplimiento normativo.

Creemos que una regulación similar a la de estos países incentivaría en gran medida que las empresas pusiesen un mayor empeño en desarrollar programas de *compliance* eficaces para detectar posibles infracciones relacionadas con el derecho de la competencia.

A la vista de lo anterior, proponemos a la CNMC que considere las siguientes medidas, de cara a la mejora de su Propuesta de Guía en lo referido al tratamiento de los programas de cumplimiento *ex ante*:

- Consideración de la existencia de un programa de cumplimiento normativo *ex ante* como un atenuante, bien a través de su configuración *ex lege* mediante la propuesta de reforma de la LDC y su inserción en los criterios del artículo 64.3, o mediante su establecimiento en un instrumento de *soft law* como la Propuesta analizada. A este respecto, creemos muy conveniente que se especifique o concrete los efectos que éste puede tener en la responsabilidad de las empresas en cuestión. Nuestra recomendación sería que se incluyera un porcentaje de reducción de la sanción en caso de existir programas de cumplimiento *ex ante*, a imagen y semejanza de lo que prevé alguno de los instrumentos internacionales recién mencionados.

¹⁶ Dichas directrices ya han tenido aplicación práctica en algún precedente. Por ejemplo, en su Resolución de 17 de julio de 2019 en el Expediente **1805 - Prezzi Del Cartone Ondulato**, la AGCM concedió (i) una reducción del 15% del importe base de la sanción a una empresa por haber reforzado tras la incoación del expediente sancionador su programa de cumplimiento implementado *ex ante* (dicha empresa, en todo caso, se acogió al programa de clemencia y no fue finalmente sancionada); y (ii) una reducción del 5% del importe base de la sanción a diversas empresas investigadas por implementar un programa de cumplimiento *ex post*. Asimismo, en sus Resoluciones de 24 de abril de 2019 en el Expediente **1814 - Intesa nelle gare per l'assegnazione dei diritti internazionali del calcio in TV** y de 18 de septiembre de 2019 en el Expediente **1822 - Gara Consip servizi di Gestione Integrata della Salute e Sicurezza**, la AGCM concedió una reducción del 5% del importe base como circunstancia atenuante a diversas empresas que implementaron programas de cumplimiento *ex post*.

- Indicación de qué requisitos debe reunir un programa de cumplimiento normativo para poder considerarse como atenuante. Entendemos que los criterios de evaluación tenidos en cuenta en la propia Propuesta pueden servir como factores a tener en cuenta para este propósito.
- Entendemos que podría ser interesante contemplar una posible reducción de la multa también en casos en los que el programa de *compliance* no hubiese sido adecuado para prevenir infracciones, siempre que la empresa sancionada presente medidas para asegurar la efectividad del mismo, de forma a similar a lo que prevé la guía de la autoridad italiana.

3.3. EN RELACION CON LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EX POST (APARTADO 4.2 DE LA PROPUESTA DE GUÍA)

La AEDC acoge de forma muy positiva la propuesta de la CNMC de que, una vez incoado el procedimiento sancionador, la empresa incoada pueda "*presentar un proyecto de diseño de programa de cumplimiento o un proyecto de mejora del programa de cumplimiento que pudiera tener la empresa con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador*" (en su conjunto, el "**Programa Ex Post**").

Siendo la prohibición de contratar con la Administración pública una medida que puede resultar más gravosa para las empresas sancionadas por la CNMC que la propia sanción pecuniaria, el efecto de los Programas Ex Post sobre dicha prohibición, y cómo presentarlos procedimentalmente constituye, sin duda, una de las cuestiones de mayor interés para las empresas de esta Propuesta de Guía de la CNMC.

Sería, por tanto, un desarrollo muy bienvenido que se incorporasen previsiones concretas en la Guía que finalmente apruebe la CNMC al objeto de proporcionar cierto grado de seguridad jurídica a las empresas que contemplen la adopción de un Programa Ex Post a efectos de ser eximidas de la prohibición de contratar con la Administración.

De este modo, con carácter general, entendemos que la Guía definitiva debería recoger una referencia expresa al artículo 72.5 LCSP y a la previsión normativa prevista en dicha

disposición de que un Programa *Ex Post* en materia de competencia tiene el efecto -junto con el pago de multas- de enervar la prohibición de contratar con la Administración que prevé el artículo 71 LCSP.

A continuación planteamos una serie de propuestas adicionales sobre las previsiones a incluir en la Guía dirigidas a concretar de qué modo la presentación de un Programa *Ex Post*: i) Puede introducirse y articularse en el actual procedimiento sancionador regulado por la LDC, así como sus correlativos efectos jurídicos (*vid.* apartado 1 *infra*); y ii) Puede influir en la prohibición de contratar *ex* artículo 71 de la LCSP tras la resolución del procedimiento sancionador por infracciones del derecho de la competencia (*vid.* apartado 2 *infra*).

i) Encaje procedimental de los Programas Ex Post en el marco del procedimiento sancionador regulado por la LDC

Desde nuestro punto de vista serían bienvenidas las siguientes precisiones:

- **Momento procedimental de la presentación:** debería especificarse en qué momento del procedimiento sancionador ante la CNMC puede la empresa presentar el proyecto de Programa *Ex Post* (esto es, el proyecto de diseño del programa de cumplimiento o las mejoras en el programa de cumplimiento que ya tuviera).

Entendemos que sería recomendable que el Programa *Ex Post* pudiera presentarse en cualquier momento de la tramitación del procedimiento sancionador en sede administrativa, siempre que fuera antes de la resolución del mismo por el Consejo de la CNMC. Consideramos asimismo que es importante, al objeto de evitar que se desincentive la presentación del Programa *Ex Post*, que ello no suponga admitir la participación o culpabilidad en la conducta que ha provocado la incoación del procedimiento, ni presuponga su calificación jurídica o reconocimiento de falta de debida diligencia por parte de la empresa incoada (en similar sentido a lo que ocurre en la actualidad con las solicitudes de inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional de expedientes sancionadores).

- **Valoración del Programa *Ex Post*:** debería especificarse quién y en qué momento se valorará si el diseño de dicho Programa *Ex Post* presentado se acomoda a las consideraciones expuestas en la Guía.

Entendemos que, a la luz de la estructura normativa de la LDC y los medios disponibles, todo Programa *Ex Post* debería siempre presentarse en primera instancia ante la Dirección de Competencia de la CNMC para su valoración inicial (ello también contribuiría a asegurar un enfoque consistente y homogéneo en su valoración), con los siguientes efectos en términos procedimentales:

- (i) Si se hubiera presentado durante la fase de instrucción del expediente, la Dirección de Competencia de la CNMC debería valorar el Programa *Ex Post* e incluir dicha valoración en su Propuesta de Resolución, junto con su propuesta sobre el impacto en el importe de la eventual multa.
- (ii) En el supuesto de que el Programa *Ex Post* se presentara durante la fase de resolución, la Dirección de Competencia de la CNMC debería acusar su recepción e informar al Consejo de la CNMC de este hito con carácter inmediato al objeto de elaborar su informe y elevarlo a dicho Consejo.

Cabría precisar que corresponderá a la Dirección de Competencia emitir y elevar un informe al Consejo que se pronuncie sobre si el Programa *Ex Post* se ajusta o no a las consideraciones expuestas en la Guía, a efectos de que tal valoración pueda también recogerse en la Resolución que ponga fin al expediente.

Para una adecuada valoración del Programa *Ex Post*, entendemos que sería recomendable que tanto la Dirección de Competencia (durante la fase de instrucción), como el Consejo de la CNMC (durante la fase de resolución y al haber sido informado de su presentación), pudieran realizar observaciones sobre la adecuación del programa de cumplimiento a sus expectativas, permitiendo a la empresa realizar, si lo considera conveniente, aquellos ajustes que considere oportunos para disipar las objeciones de la Dirección o del Consejo. Por este

motivo, entre otros, debería, asimismo, habilitarse la posibilidad de suspender el cómputo del plazo máximo para resolver el expediente sancionador¹⁷.

Por su parte, el Consejo de la CNMC deberá incorporar en su Resolución que ponga fin al expediente sancionador los dos elementos siguientes:

- (i) Una valoración del Programa *Ex Post* presentado, que incluya un análisis de si se ajusta o no a las consideraciones expuestas en la Guía: ya sea a la vista de la valoración del mismo contenida en la Propuesta de Resolución la Dirección de Competencia, si la contuviera; o bien directamente –previo informe de la Dirección de Competencia- si la empresa hubiera presentado su programa de cumplimiento con posterioridad a la Propuesta de Resolución; y
 - (ii) La determinación sobre el impacto específico que la presentación del Programa *Ex Post* tiene en la posible modulación de la sanción –en particular, su consideración como circunstancia atenuante en la cuantía de la multa- y al pronunciarse eventualmente sobre la prohibición de contratar prevista en el artículo 71 de la LCSP.
- **Vigilancia de la Resolución:** debería especificarse que, en el caso de considerarse que el Programa *Ex Post* se ajusta a las consideraciones expuestas en la Guía, la Resolución que ponga fin al expediente sancionador deberá limitarse a recoger en su parte dispositiva la obligación de remitir en un plazo no superior a seis meses una declaración de sus representantes legales certificando la implementación del programa de cumplimiento o la mejora cuyo diseño fue expuesto a la CNMC

Es decir, el requisito contenido en la actual Propuesta de Guía, según el cual la empresa deberá remitir en un plazo no superior a 6 meses dicha declaración de sus representantes legales, debería entenderse como un requisito a efectos de la vigilancia posterior del cumplimiento de la Resolución, y no un requisito para que el Consejo de la CNMC establezca en su Resolución que la empresa debe quedar exenta de la prohibición de contratar.

¹⁷ A este respecto, cabe señalar que no sería estrictamente necesario modificar la actual redacción de la LDC para acomodar la anterior suspensión en la medida en que podrá subsumirse en el supuesto del artículo 37.4 de la LDC.

ii) Posible consideración del programa Ex Post como eximente de la prohibición de contratar ex artículo 71 de la LCSP tras la resolución del procedimiento sancionador por infracciones del derecho de la competencia.

Como punto de partida, creemos que la Guía debería abordar de forma expresa y específica la posibilidad –reconocida en la LCSP– de que una empresa no se vea sujeta a una prohibición de contratar cuando haya diseñado un programa de cumplimiento (conforme con los elementos generales previstos en la Propuesta de Guía) con posterioridad a la Resolución sancionadora del Consejo de la CNMC.

Desde la AEDC creemos que la Guía definitiva debería referirse a esta cuestión y, en concreto:

- Aclarar que, si la empresa ya ha presentado ante la CNMC el diseño de su programa de cumplimiento o mejora del mismo y el Consejo de la CNMC lo ha valorado favorablemente, estableciendo en su Resolución que la empresa debe quedar exenta de la prohibición de contratar con la Administración al amparo de lo previsto en el artículo 72.5 LCSP, ello sea tenido en cuenta directamente en el eventual procedimiento ante la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (“JCCPE”), incluso sin que la empresa tenga que presentar y defender su programa ante dicho organismo, aplicando ésta directamente el criterio expresado por la CNMC.
- Mencionar claramente que no procederá declarar la prohibición de contratar a las empresas que hayan sido sancionadas por la CNMC siempre que, con posterioridad a la Resolución (y no solo de manera previa a la misma), diseñen o implanten un programa de cumplimiento que cumpla con los principios establecidos en la Propuesta de Guía¹⁸.
- Aclarar que el artículo 72 LCSP ofrece dos opciones a las empresas: (i) presentar el programa de cumplimiento en el eventual procedimiento en el que se establezca el alcance y duración de la prohibición de contratar, (segundo párrafo del artículo 72.5 LCSP); (ii) como también solicitar la revisión de la prohibición de contratar una vez que ha sido declarada (tercer párrafo del artículo 72.5 LCSP).

¹⁸ En su caso, previa certificación por parte de la propia CNMC o Junta Consultiva.

- Prever una colaboración entre la CNMC y la JCCPE de manera que, en el eventual procedimiento que inicie la Junta pueda intervenir la CNMC para analizar la eficacia del programa de cumplimiento propuesto por la empresa sancionada –y tras haberse impuesto la prohibición de contratar–, otorgando trámite de audiencia al interesado. El trámite de audiencia debería ser de, al menos, quince días. También convendría prever un trámite de alegaciones a la eventual evaluación o recomendación que efectúe la CNMC, pudiendo acompañar esas alegaciones de las modificaciones que se estimen oportunas al programa de cumplimiento.
- En el caso de que se solicite la revisión de una declaración de la prohibición de contratar, convendría aclarar que dicha prohibición podría suspenderse hasta que se resuelva sobre la idoneidad del programa de cumplimiento y la solicitud de revisión de la prohibición de contratar.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Los presentes comentarios de la AEDC pretenden poner encima de la mesa una serie de reflexiones principalmente dirigidas a consolidar la promoción, ya impulsada por la CNMC, de la implementación de los programas de cumplimiento de la normativa de competencia en el panorama empresarial de nuestro país.

Nuestro objetivo principal es que la promoción de estos programas impulsada por la CNMC mediante su Guía definitiva sea lo más provechosa, viable y eficiente posible para todos los actores implicados en este proceso (las empresas, sus asesores, la propia autoridad, etc.).

La AEDC muestra su disposición absoluta a seguir colaborando con la CNMC en lo que resulte necesario con el citado objetivo.

* * * * *

www.aedc.es