

**GUÍA DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN RELACIÓN CON LA
DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

10 de junio de 2020

ÍNDICE

Presentación	3
1. Introducción	4
2. Praxis de la CNMC en relación con los programas de cumplimiento	6
3. Programas de cumplimiento eficaces. Criterios de evaluación	7
A. Implicación de los órganos de administración y/o los principales directivos de la empresa	8
B. Formación eficaz.....	9
C. Existencia de un canal de denuncias.....	9
D. Independencia y autonomía del responsable de diseño y control de las políticas de cumplimiento	10
E. Identificación de riesgos y diseño de protocolos o mecanismos de control	11
F. Diseño del procedimiento interno para la gestión de denuncias y la gestión de la detección de infracciones	12
G. Diseño de un sistema disciplinario transparente y eficaz	12
4. Consecuencias derivadas de la implantación de un programa de cumplimiento eficaz en los expedientes abiertos por la CNMC	13
4.1. En relación con los programas de cumplimiento ex ante	13
4.2. En relación con los programas de cumplimiento ex post	14
4.3. Consecuencias derivadas de un programa de cumplimiento eficaz	15
ANEXO	17

GUÍA DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN RELACIÓN CON LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Presentación

Los programas de cumplimiento normativo o programas de *compliance* (en adelante, “programas de cumplimiento”) han experimentado un auge significativo en España¹. Aunque inicialmente su utilidad inmediata recaía fundamentalmente en el ámbito del derecho penal, las empresas han ido reconociendo el valor de estos programas para asegurar el cumplimiento normativo en otros ámbitos², muy particularmente, en el ámbito de las infracciones del derecho administrativo sancionador.

En el ámbito de las normas de defensa de la competencia, el impulso definitivo de las políticas de cumplimiento normativo viene de la mano de dos importantes novedades legislativas: la prohibición de contratar con las administraciones públicas en el caso del empresario sancionado por infracciones graves de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), prevista en el artículo 71.1.b) de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público³ (LCSP), y la reciente adopción de la Directiva 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, conocida también como “Directiva *Whistleblowing*”.

En lo que se refiere a la prohibición de contratar, la LCSP prevé la exclusión de las licitaciones públicas a las empresas sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia “de falseamiento de la competencia”⁴. No obstante,

¹ El impulso definitivo se produjo con la entrada en vigor del artículo 31bis del Código Penal, introducido por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que admite la posibilidad de eximirse a las personas jurídicas de su responsabilidad penal en los supuestos en los que hubieran implantado un programa de cumplimiento “eficaz”. La Circular de la Fiscalía 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015, disponible en https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2016-00001.pdf proporciona criterios para la evaluación de estos programas a los efectos del artículo 31bis del Código Penal.

² Ver, por ejemplo, las certificaciones ISO 19600:2014 compliance management systems, ISO 19601:2017 criminal compliance management systems, ISO 37001:2016 anti soborno, ISO 14001:2015 de sistemas de gestión ambiental y UNE 19602:2019 Compliance tributario.

³ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, BOE 2017 núm. 272, p. 107714. La inaplicación de la prohibición de contratar del artículo 72.5 de la LCSP es consecuencia de la transposición del artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE que incluía esta previsión y se conoce, en términos anglosajones, como medidas “*self cleaning*” (Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, DOUE 2014 L 94, p. 65).

⁴ Artículo 71.1.b) de la LCSP.

la misma Ley en el artículo 72.5 admite la posibilidad de eludir esta prohibición de contratar cuando la empresa, además de proceder o comprometerse a hacer el pago de las multas o indemnizaciones pertinentes, cuenta con un programa de cumplimiento. En concreto cuando: *“la persona incurso en la causa de prohibición acredite el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que se derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido declaradas responsables del pago de la misma en la citada sentencia o resolución, y la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia”*.

En cuanto a la Directiva *Whistleblowing*, su futura transposición implicará necesariamente una mayor concienciación en relación con las infracciones penales y administrativas, incluyendo las derivadas de las normas de defensa de la competencia y, por tanto, un mayor esfuerzo en el diseño e implementación de programas de cumplimiento precisamente en este ámbito del derecho.

Por otro lado, la CNMC lleva cuatro años explorando a través de jornadas públicas de colaboración público-privada⁵, los “Espacios Compliance” (antes “Diálogos de Compliance”), las políticas de cumplimiento, ahondando en la complementariedad entre los elementos disuasorios de la política de defensa de la competencia y las medidas preventivas en el entorno empresarial.

Por todo lo anterior, se considera oportuno en este momento impulsar las políticas de cumplimiento en relación con las normas de defensa de la competencia. Mediante la publicación de esta guía se pretende coadyuvar en este ejercicio de las empresas, dando transparencia a los criterios básicos que la CNMC considera relevantes para que un determinado programa de cumplimiento sea eficaz.

1. Introducción

La CNMC es el organismo encargado de promover y defender la competencia en el entorno empresarial español en interés de la sociedad en general. Para ello, cuenta con distintas funciones e instrumentos establecidos en la LDC⁶.

Entre sus instrumentos, destacan por su relevancia e impacto en la detección de las prácticas más nocivas los siguientes: el programa de clemencia, por el que las empresas que aportan información o documentación relevante para la detección y prueba de un cártel pueden recibir una exención o una reducción de la sanción (artículos 65 y 66 de la LDC); la posibilidad de imponer sanciones a los representantes legales y directivos que hayan participado en los acuerdos anticompetitivos detectados (artículo 63.2 de la LDC); las consecuencias que

⁵ Ver el “Espacio Compliance” de la CNMC en el enlace: <https://www.cnmc.es/cnmc-espacio-compliance>.

⁶ Todo ello se recoge con ánimo divulgativo en la página web del organismo (<https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/que-es-la-cnmc>).

pueden derivarse de una sanción firme por infracción de la LDC en el ámbito de la contratación pública (artículo 71.1.b de la LCSP), como las prohibiciones de contratar y, finalmente, el ejercicio por las víctimas de infracciones de las normas de competencia de acciones de responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados, sobre todo tras la transposición de la conocida como Directiva de daños⁷.

Igualmente, entre sus funciones, a los efectos de esta guía, también destaca la promoción de la competencia, incluyendo la promoción de un compromiso empresarial riguroso de cumplimiento de las normas de defensa de la competencia.

El sistema español de defensa de la competencia comprende tanto las normas de la hoy vigente LDC -con las modificaciones introducidas por la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC)-, como el acervo doctrinal de los órganos de la UE, de los órganos jurisdiccionales, de las anteriores autoridades de competencia de ámbito estatal y de las autoridades correspondientes de las Comunidades Autónomas⁸.

La observancia y el respeto de los objetivos de este sistema normativo que busca promover y defender una competencia efectiva entre los operadores económicos para el buen funcionamiento de la economía de mercado, deben ser tenidos en cuenta en la toma de decisiones y en la cultura empresarial de cualquier operador económico.

Los programas de cumplimiento coadyuvan en este cometido. Son herramientas que permiten a los operadores económicos prevenir, detectar y reaccionar de manera temprana ante conductas ilícitas, susceptibles de generar responsabilidad penal y administrativa y afectar a su reputación. Entre estas conductas se incluyen las prácticas contrarias a las normas de la defensa de la competencia cuya infracción genera un rechazo social en aumento por su perjuicio al bienestar del conjunto de la sociedad. Igualmente, los programas de cumplimiento podrían incentivar y reforzar la colaboración de las empresas con la CNMC en el marco del programa de clemencia previsto en los artículos 65 y 66 de la LDC.

Para que sean verdaderamente efectivos, los programas de cumplimiento deben garantizar, a través del establecimiento claro de parámetros de conducta y de la puesta en práctica de las medidas organizativas para su desarrollo, la existencia de un verdadero compromiso de cumplimiento que se traslade al proceso de

⁷ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DOUE 2014 L 349, p. 1, implementada en el ordenamiento español mediante el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, BOE 2017 núm. 126, p. 42820.

⁸ Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas, BOE 2002 núm. 46, p. 7148.

toma de decisiones cotidianas tanto de las personas físicas que, en nombre o representación de hecho o de derecho de la empresa, participan en el tráfico mercantil, como del conjunto de trabajadores de la empresa, permitiendo que, desde el ámbito de sus respectivas funciones, detecten o prevengan prácticas restrictivas de la competencia. Así configurado, un programa de cumplimiento debería constituirse en una manifestación de la cultura de trabajo respetuosa con la normativa de la persona jurídica, traducida en forma de códigos éticos, políticas y procedimientos derivados, controles para contrastar su correcto funcionamiento, canales de denuncia interna y externa, etc... que, en su conjunto, reflejen el propósito firme de cumplimiento en la forma de trabajar del conjunto organizativo.

Esta guía expone determinados indicadores comúnmente aceptados para la configuración de programas de cumplimiento eficaces y se dirige al conjunto de operadores económicos que aspiren a instaurar una verdadera cultura de cumplimiento de las normas en general y de las normas de defensa de la competencia en particular. La publicación de esta guía es muestra del compromiso de la CNMC con la promoción de los programas de cumplimiento para la difusión de una cultura de competencia en España en aras del interés público.

2. Praxis de la CNMC en relación con los programas de cumplimiento

El Consejo de la CNMC ha tenido la ocasión de pronunciarse en relación con los programas de cumplimiento, tanto los implementados con carácter previo a la detección de la infracción (en adelante, programas de cumplimiento *ex ante*) como los implementados o modificados para su mejora una vez que la empresa ya ha sido investigada (en adelante, programas de cumplimiento *ex post*)⁹.

En lo que se refiere a los programas de cumplimiento *ex ante*, en general, en el caso de los cárteles, estos se consideran eficaces cuando articulan y aplican controles internos que detecten *ad intra* la conducta anticompetitiva, facilitando la utilización por la empresa del programa de clemencia (artículos 65 y 66 de la LDC) en el caso de los cárteles.

Hasta el momento, los programas de cumplimiento *ex ante* que el Consejo de la CNMC ha tenido la ocasión de analizar en el marco de expedientes sancionadores, no reunían los elementos suficientes para atenuar la responsabilidad de las empresas imputadas.

⁹ Resoluciones de la CNMC de 23 de julio de 2015, expt. S/0482/13, *Fabricantes de Automóviles*; de 17 de septiembre de 2015, expt. SNC/0036/15, *Mediaset*; de 12 de enero de 2016, expt. S/DC/0522/14, *Thyssenkrupp*; de 26 de mayo de 2016, expt. S/DC/0504/14, *AIO*; de 6 de septiembre de 2016, expt. S/DC/0544/15, *Mudanzas Internacionales*; de 8 de junio de 2017, expt. S/DC/0557/15, *Nokia*; de 26 de julio de 2018, expt. S/DC/0565/15, *Licitaciones informáticas*; y de 1 de octubre de 2019, expt. S/DC/0612/17, *Montaje y Mantenimiento Industrial*.

En cuanto a los programas de cumplimiento *ex post*, el Consejo de la CNMC ha mantenido una valoración positiva como se ha puesto de manifiesto en resoluciones sancionadoras de los últimos años¹⁰.

Aunque, según el Consejo, su mera introducción (o la mejora de un programa de cumplimiento anterior) no puede considerarse sin más una circunstancia atenuante, sí puede reflejar formalmente la voluntad cumplidora de la empresa lo que se ha contemplado, en determinados casos, como un elemento moderador de la sanción¹¹.

En adelante, a la luz de las consideraciones realizadas, se explicitan en esta guía los criterios y elementos para la valoración caso a caso de la eficacia de un programa de cumplimiento, tanto *ex ante* como *ex post*.

3. Programas de cumplimiento eficaces. Criterios de evaluación

A continuación se señalan los criterios que la CNMC considera generalmente adecuados para el diseño e implementación de un programa de cumplimiento eficaz que sirva a los objetivos señalados en esta guía: esto es, por un lado, la prevención de infracciones y, por otro lado, el establecimiento de los medios para detectar y reaccionar ante las infracciones que no hayan podido ser evitadas¹².

Los criterios se inspiran de forma significativa en la Guía Práctica de Autodiagnóstico y Reporting en Cumplimiento Normativo, Gobierno Corporativo y Prevención de la Corrupción elaborada por Transparencia Internacional España, cuya versión digitalizada fue realizada por la CNMC y la referida Organización internacional sin ánimo de lucro y se encuentra disponible para todos los operadores como instrumento de autodiagnóstico en materia de cumplimiento normativo en el siguiente enlace <https://arguide.cnmc.es>¹³.

En todo caso, la valoración de los criterios que se exponen a continuación se realizará por la CNMC caso por caso, atendiendo especialmente a los recursos de la empresa y su nivel de exposición real o potencial a los riesgos derivados

¹⁰ Resoluciones de la CNMC de 17 de septiembre de 2015, expt. SNC/0036/15, *Mediaset*; de 12 de enero de 2016, expt. S/DC/0522/14, *Thyssenkrupp*; y de 6 de septiembre de 2016, expt. S/DC/0544/15, *Mudanzas Internacionales*; y de 1 de octubre de 2019, expt. S/DC/0612/17, *Montaje y Mantenimiento Industrial*.

¹¹ Ver las Resoluciones de la CNMC de 23 de julio de 2015, expt. S/0482/13, *Fabricantes de Automóviles*; de 17 de septiembre de 2015, expt. SNC/0036/15, *Mediaset*; de 12 de enero de 2016, expt. S/DC/0522/14, *Thyssenkrupp*; de 26 de mayo de 2016, expt. S/DC/0504/14, *AIO*; de 6 de septiembre de 2016, expt. S/DC/0544/15, *Mudanzas Internacionales*; de 8 de junio de 2017, expt. S/DC/0557/15, *Nokia*; de 26 de julio de 2018, expt. S/DC/0565/15, *Licitaciones informáticas*; y de 1 de octubre de 2019, expt. S/DC/0612/17, *Montaje y Mantenimiento Industrial*.

¹² En todo caso, las personas jurídicas de pequeñas dimensiones deben adaptar a su tamaño y particularidades el compromiso de cumplimiento normativo, de forma análoga a lo dispuesto en el apartado 5.5 de la Circular 1/2016, de 22 de enero, de la Fiscalía General del Estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

¹³ Ver también: <http://integridad.org.es/wp-content/uploads/2017/07/TI-Guia-Pract-Autodiagnostico-DIGITAL-1.pdf>

de la infracción de las normas de defensa de la competencia. Corresponde en todo caso a la empresa exponer los criterios que considera pertinentes para la valoración de la eficacia de su programa de cumplimiento, así como su idoneidad para las consecuencias oportunas en cada caso, ya sea en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, de cara a las medidas correctoras previstas en el artículo 72.5 de la LCSP, o en el marco de una terminación convencional.

En todo caso, se considera que los beneficios de un programa de cumplimiento eficaz a todos los niveles (especialmente, reputacional y para la competitividad de la empresa basada en los méritos) son en general significativamente superiores a los costes en los que incurren las empresas para su implementación.

A. Implicación de los órganos de administración y/o los principales directivos de la empresa

La cultura de cumplimiento normativo debe ser promovida e incentivada por los principales directivos de la empresa¹⁴. A los efectos de esta guía se entiende por principales directivos aquellos sujetos que estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostenten facultades de organización y control dentro de la misma. Dicha calificación comprendería en todo caso a: (a) los representantes legales de la empresa, (b) los que estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica (generalmente, los administradores de hecho y derecho) y (c) los que ostenten facultades de organización y control, por ejemplo, aquellos directivos que conformen el comité de dirección u órgano similar.

Para que el programa de cumplimiento sea eficaz, los principales directivos deben implicarse al máximo, en la medida en que son el reflejo de las políticas de las empresas y de su cultura de trabajo.

Por esta misma razón, sin perjuicio de un análisis caso a caso, el hecho de que alguno de los principales directivos de la empresa esté involucrado directamente en una infracción muy grave de la LDC podría determinar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, el carácter ineficaz del programa de cumplimiento si se concluye que su participación en la infracción excluye un compromiso verdadero con el respeto de las normas de defensa de la competencia.

¹⁴ El compromiso de los principales directivos de la empresa con el programa de cumplimiento es lo que en terminología anglosajona se denomina “*tone from the top*”. En el ordenamiento jurídico español no existe un concepto inequívoco de “directivo”. La legislación laboral suele constituir la principal referencia al diferenciar entre aquellos que se relacionan con la empresa con un contrato laboral o con un contrato de alta dirección, pero otras áreas del derecho cuentan en su legislación de referencia con definiciones propias. La LDC no contiene como tal una definición del concepto de “directivo” y sus contornos a efectos de la aplicación del artículo 63.2 de la LDC han sido delimitados por el Tribunal Supremo en, entre otras, sus sentencias núm. 430/2019, 28 de Marzo de 2019, rec. núm. 6360/2017 y núm. 1287/2019, de 1 de octubre de 2019, rec. núm. 5244/2018.

La cultura de cumplimiento debe formar parte intrínseca de las políticas de gestión de la compañía. En este sentido, una política de incentivos que prime comportamientos de riesgo podría mermar la eficacia al programa. Por el contrario, 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, podría añadir eficacia al programa.

En este contexto, resulta especialmente aconsejable la existencia de una declaración clara, firme y pública de los principales directivos de la empresa subrayando que el cumplimiento de las normas de defensa de la competencia no es únicamente una obligación legal, sino un elemento central de la cultura de la empresa y de la responsabilidad de esta para con sus clientes y proveedores y los consumidores en general.

B. Formación eficaz

Uno de los pilares básicos de cualquier programa de cumplimiento es la formación de los trabajadores de la compañía, adaptada en cada caso a su ámbito de actividad y funciones. Por ejemplo, la formación de un directivo de ventas no debería ser similar a la de un operario, pero ambos deberían recibir formación relacionada con el cumplimiento de la normativa de defensa de la competencia en la medida en que pueden estar expuestos a riesgos derivados de la misma en sus respectivas unidades. Igualmente, debería valorarse la estrategia de formación en relación con colaboradores cercanos (socios, distribuidores, proveedores relevantes, etc.).

La estrategia formativa debería ser accesible, adaptable, medible y verificable, en términos de impacto e interiorización de las cuestiones ofrecidas durante la formación.

Igualmente, deberían preverse sesiones de formación *ad hoc* cuando se produzca alguna modificación de las circunstancias (una modificación accionarial o de control, un nuevo proveedor, un nuevo mercado, un nuevo sistema de contratación, una nueva campaña de marketing, etc.).

Sin una formación adecuada, es dudoso que el resto de los elementos del programa de cumplimiento puedan alcanzar eficacia: los órganos de administración y los principales directivos no sabrían mostrar su implicación con unas normas que desconocen, el canal de denuncias no serviría su cometido, los riesgos no podrían ser adecuadamente identificados, etc.

En principio, no se considera eficaz una estrategia de formación estándar que se limite a esbozar unas nociones básicas sobre las normas de defensa de la competencia.

C. Existencia de un canal de denuncias

En las mejores prácticas internacionales, los canales de denuncias internos se han revelado como un instrumento esencial para la implementación eficaz y la gestión de los programas de cumplimiento.

Por un lado, el canal de denuncias interno permite detectar rápidamente conductas infractoras en la medida en que cualquiera (puestos intermedios, personal de apoyo, etc.), habiendo recibido la formación adecuada, puede detectar la infracción y ponerla en conocimiento del responsable de la gestión del canal.

Por otro lado, representa una medida disuasoria para los trabajadores y directivos de la empresa ante la facilidad de detección de la infracción y traslado de esta al responsable del canal de denuncias.

El canal de denuncias interno se retroalimenta de una estrategia de formación eficaz. Sin formación, la eficacia del canal de denuncias se ve mermada. A la inversa, por mucha formación que se proporcione, si no existe una vía de denuncia accesible, no podrán detectarse fácilmente las prácticas identificadas.

Igualmente, la gestión del canal de denuncias interno debe poder proteger al denunciante de posibles represalias. La posibilidad de mantener el anonimato en el procedimiento de denuncia a través del canal, normalmente permitiría aumentar la eficacia del programa de cumplimiento en la medida en mitiga dicho riesgo de represalias.

La futura transposición de la Directiva de *Whistleblowing* implicará la obligación de instaurar un canal de denuncias en empresas de más de 50 de trabajadores. En lo que respecta a la LDC, es fundamental que el canal de denuncias abarque también las infracciones del derecho de la competencia y que las infracciones desveladas a través de este instrumento encuentren el cauce adecuado conforme a los criterios de esta guía.

D. Independencia y autonomía del responsable de diseño y control de las políticas de cumplimiento

Debe nombrarse un responsable directo del diseño del programa y de su ejecución que tenga plenas garantías y recursos para poder desarrollar sus funciones de forma independiente y autónoma ¹⁵ (en adelante, “responsable de cumplimiento”).

La facultad del responsable de cumplimiento de reportar directamente al órgano de administración cuestiones relacionadas con el seguimiento del programa de cumplimiento (por ejemplo, detección de infracciones y gestión de estas) constituye generalmente una evidencia significativa de su independencia. Igualmente, el responsable de cumplimiento debería poder asesorar con plena independencia en el proceso de toma de decisiones de

¹⁵ En derecho comparado se conoce esta figura por el término anglosajón “*compliance officer*”.

los órganos de gobierno de la empresa en el ámbito de las cuestiones relacionadas con sus funciones.

El responsable de cumplimiento debería contar con los recursos humanos y financieros necesarios en función del tamaño y características de la empresa u organización.

No obstante, el objetivo del programa de cumplimiento debe ser, en última instancia, trasladar a los trabajadores la primera barrera de control de las prácticas anticompetitivas, de forma que todos y cada uno de ellos se hagan responsables del cumplimiento de las normas en el ámbito de sus funciones. El programa de cumplimiento debe aspirar a proporcionar a cada uno de los trabajadores de la empresa criterios para ayudarlos tanto en la toma de decisiones como en la identificación de riesgos en el ámbito de sus funciones.

E. Identificación de riesgos y diseño de protocolos o mecanismos de control

Cualquier programa de cumplimiento debería poder evaluar, esto es, identificar, analizar y valorar, de forma específica, en el seno de cada empresa y de cada unidad que la compone, los riesgos a los que se encuentran expuestas. Es lo que comúnmente se denomina “mapa de riesgos”.

El mapa de riesgos debería señalar al menos: (1) las áreas de negocio, los procesos de negocio y las personas de la organización más expuestas a posibles infracciones de las normas de competencia; (2) la probabilidad de que la infracción en cuestión llegue a materializarse; y (3) el impacto que la infracción tendría en la empresa y en su personal (sanciones a la empresa, sanciones de los directivos, reputación, prohibición de contratar con las administraciones públicas, indemnizaciones por daños y perjuicios, costes legales, etc.).

Desde la perspectiva de las normas de defensa de la competencia, los riesgos a los que se enfrentan, por ejemplo, una empresa en un sector regulado, una empresa en el sector agroalimentario, una empresa manufacturera o una empresa del sector farmacéutico, son dispares.

Detectados los riesgos, para que el programa de cumplimiento sea eficaz, es preciso diseñar lo que se conoce en el ámbito del cumplimiento como “matriz de controles”, esto es, los protocolos y mecanismos para la prevención, detección y reacción temprana ante los riesgos, minimizando la materialización del riesgo en el proceso de toma de decisiones ahí donde se ha identificado.

Es aconsejable que la matriz de controles incluya medidas que garanticen el control o seguimiento del respeto de la política de cumplimiento de la empresa por parte de los trabajadores y directivos y que estas sean medibles y verificables.

El sistema de identificación de riesgos y diseño de protocolos debe prever su constante actualización. Al igual que sucede en relación con la formación,

cualquier acontecimiento que conlleve nuevos riesgos para la empresa u organización (por ejemplo, la adquisición de una nueva empresa o negocio, un cambio accionarial o de control, el desarrollo de una nueva línea de negocio o de un nuevo mercado, un cambio de doctrina jurisprudencial, etc.) aconseja la actualización del mapa de identificación de riesgos y de la matriz de controles.

F. Diseño del procedimiento interno para la gestión de denuncias y la gestión de la detección de infracciones

Para la consideración de su eficacia, el programa de cumplimiento debería contemplar mecanismos internos para (a) solicitar asesoramiento en relación con una práctica de cuya licitud se albergan dudas, incluso con carácter urgente y (b) advertir sobre la existencia de sospechas o constatación de infracciones. Estos mecanismos deberían ser ágiles y accesibles para todos los trabajadores de la empresa.

Igualmente, el programa de cumplimiento debería incluir un procedimiento específico, preestablecido y conocido, para la gestión de las infracciones o la sospecha de infracciones que se hayan detectado, ya sea a través de denuncias internas o externas, ya sea a través de los propios mecanismos del programa de cumplimiento incluidos en su matriz de controles.

Este procedimiento específico debería garantizar, por un lado, el análisis adecuado y expedito de las situaciones de riesgo (por ejemplo, confiando su dirección y gestión en personas con capacidad suficiente para ello en términos de independencia y autonomía, permitiendo la colaboración y coordinación con otras áreas, etc.); y, por otro lado, la protección de los denunciantes o personas que hayan revelado las conductas o sospechas en cuestión. En este sentido, el sistema podría incluir medidas de protección contra las posibles represalias similares a las recogidas en la Directiva de *Whistleblowing*.

La detección temprana de la infracción solo es útil si realmente se adoptan medidas adecuadas para ponerles fin y extraer las consecuencias oportunas.

G. Diseño de un sistema disciplinario transparente y eficaz

La ausencia de consecuencias derivadas de decisiones de riesgo o la ausencia de su visibilidad, merma la eficacia general de cualquier programa de cumplimiento.

Un programa de cumplimiento eficaz normalmente contempla tanto medidas disciplinarias como consecuencia de las desviaciones del programa o de la infracción de las normas, como posible incentivos dirigidos al cumplimiento o incluso a la colaboración en el marco del programa. En todo caso, las medidas previstas deberían ser previsibles y transparentes para el conjunto de miembros de la organización.

Las sanciones podrían abarcar desde una reducción de los ingresos del sujeto infractor (desactivación del plan de incentivos económicos del trabajador) hasta la limitación de las posibilidades de promoción e incluso el despido. En el caso de los directivos, cuando así sea posible de acuerdo con la normativa laboral, se valora positivamente la conclusión de contratos de alta dirección que incluyan cláusulas rescisorias por la constatación de la comisión de infracciones de la LDC por parte de las autoridades competentes.

4. Consecuencias derivadas de la implantación de un programa de cumplimiento eficaz en los expedientes abiertos por la CNMC

La existencia de un programa de cumplimiento efectivo es útil porque previene la participación en infracciones y permite detectar aquellas que no hayan podido evitarse, así como reaccionar tempranamente ante una determinada infracción.

La CNMC reitera que la mera implantación de un programa de cumplimiento, ya sea *ex ante* o *ex post* a la detección de la infracción, no justifica *per se* una atenuación de la responsabilidad de la empresa que deba ser considerada a los efectos de la determinación de la sanción.

No obstante, la CNMC podría valorar, caso por caso, si la preexistencia de un programa de cumplimiento, su mejora o su implantación posterior, tras el inicio de la investigación por la autoridad de competencia, puede ser considerado un elemento moderador de la sanción como atenuante de su responsabilidad.

En todo caso, en general, la CNMC normalmente valorará más positivamente un programa de cumplimiento eficaz *ex ante* que la promesa cierta de implantación o mejora de un programa de cumplimiento *ex post*.

La CNMC podrá valorar la eficacia de un programa de cumplimiento y, en particular, de las medidas reactivas que pueda incluir en lo que se refiere a la colaboración activa y eficaz con la autoridad una vez detectada la infracción, en particular, en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, de cara a las medidas correctoras previstas en el artículo 72.5 de la LCSP o en el marco de una terminación convencional.

4.1. En relación con los programas de cumplimiento *ex ante*

En este apartado se contemplan aquellas situaciones en las que la empresa disponía de un programa de cumplimiento con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador por la CNMC. Conviene diferenciar 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.

4.1.1. Infracción muy grave constitutiva de cártel

A. Solicitud de exención o reducción de la multa en virtud de los artículos 65 y 66 de la LDC.

La CNMC considera que la puesta en conocimiento de la autoridad de dicho cártel o su colaboración a través del programa de clemencia conforme a la

establecido en los artículos 65 y 66 de la LDC 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.

B. Otros supuestos

En el caso de que la empresa no se haya acogido al programa de clemencia en virtud de los artículos 65 y 66 de la LDC, su colaboración activa y eficaz con la CNMC desde el inicio de una investigación junto con el reconocimiento de los hechos constatados por la CNMC, constituye 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.

4.1.2. Infracción muy grave o grave no constitutiva de cártel

A. Colaboración en la detección e investigación de la infracción

La CNMC considera que la puesta en conocimiento de la autoridad de una infracción que haya podido ser descubierta gracias al programa de cumplimiento, se haya iniciado o no un procedimiento sancionador, junto con su colaboración activa y eficaz, constituye 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, llegando incluso a quedar exonerado del pago de la multa¹⁶.

B. Otros supuestos

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 (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 responsabilidad¹⁷.

4.2. En relación con los programas de cumplimiento ex post

Una vez detectada la infracción de las normas de competencia e iniciado el procedimiento administrativo sancionador, la empresa podrá 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 de la investigación de la CNMC.

¹⁶ Ver la Resolución de la CNMC. de 26 de julio de 2018, en el expediente S/DC/0596/16, Estibadores Vigo.

¹⁷ Ver la Resolución de la CNMC de 29 de octubre de 2019, en el expediente S/0629/18, Asistencia Técnica Vaillant.

El proyecto de programa de cumplimiento o de mejora del programa de cumplimiento ex ante deberá ser presentado a la Dirección de Competencia lo antes posible y, en todo caso, antes de la notificación de la propuesta de resolución.

La CNMC valorará si el diseño de dicho programa de cumplimiento o de su mejora, así como su colaboración activa y eficaz durante el procedimiento, incluyendo el reconocimiento de los hechos, se acomoda a las consideraciones expuestas en esta guía respecto a la eficacia de este tipo de programas a los efectos de una posible modulación de la sanción en el expediente sancionador en curso, sin perjuicio del artículo 72.5 de la LCSP.

Una vez implementado el nuevo programa de cumplimiento o la mejora del anterior, la empresa deberá remitir en un plazo no superior a seis meses desde la adopción de la resolución que ponga fin al expediente, o en el plazo previsto en los compromisos adoptados en un procedimiento de terminación convencional, una declaración de sus representantes legales certificando la implementación del programa de cumplimiento o la mejora cuyo diseño fue expuesto a la CNMC.

4.3. Consecuencias derivadas de un programa de cumplimiento eficaz

En los supuestos previstos en los apartados anteriores, sin perjuicio de la valoración caso por caso, la CNMC contempla la posibilidad de que se concreten las siguientes consecuencias derivadas de la preexistencia, implementación o mejora de programas de cumplimiento efectivos conforme a los criterios establecidos en esta Guía:

- En los supuestos de hecho recogidos en el **apartado 4.1.1.A**, las empresas, además de los beneficios derivados del programa de clemencia previsto en los artículos 65 y 66 de la LDC (inmunidad o reducción de multas, así como la elusión de la prohibición de contratar con las administraciones públicas prevista en el artículo 71.1 de la LCSP, conforme al artículo 72.5 de la misma ley), verán reflejada en la resolución sancionadora la atenuación de su responsabilidad en la infracción, a los efectos que pudieran resultar oportunos. Dicha atenuación de la responsabilidad puede tener reflejo en la sanción que se imponga a la empresa, con independencia de la reducción de la sanción prevista en el artículo 66 de la LDC.
- En los supuestos de hecho recogidos en el **apartado 4.1.1.B**, se valorará la modulación de la sanción que eventualmente pudiera corresponderle a la empresa conforme a la atenuación de su responsabilidad derivada del programa de cumplimiento.
- En los supuestos de hecho recogidos en el **apartado 4.1.2.A**, las empresas verán reflejada en la resolución sancionadora la atenuación de su responsabilidad en la infracción, a los efectos que pudieran resultar oportunos. Dicha atenuación de la responsabilidad puede tener reflejo en

la sanción que se imponga a la empresa, sin perjuicio de la posibilidad de que la resolución no contemple sanción alguna¹⁸. Igualmente, la declaración de eficacia del programa de cumplimiento de la empresa infractora por parte de la CNMC en la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador, podrá tener efectos en otros procedimientos administrativos, en concreto, los procedimientos ante la Junta Consultiva de Contratación a los efectos del artículo 72.5 de la LCSP.

- En los supuestos de hecho recogidos en el **apartado 4.1.2.B**, se valorará la modulación de la sanción que eventualmente pudiera corresponderle a la empresa conforme a la atenuación de su responsabilidad derivada del programa de cumplimiento¹⁹. Igualmente, la declaración de eficacia del programa de cumplimiento de la empresa infractora por parte de la CNMC en la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador, podrá tener efectos en otros procedimientos administrativos, en concreto, los procedimientos ante la Junta Consultiva de Contratación a los efectos del artículo 72.5 de la LCSP.
- En los supuestos de hecho recogidos en el **apartado 4.2**, se valorará la modulación de la sanción que eventualmente pudiera corresponderle a la empresa conforme a la atenuación de su responsabilidad derivada del programa de cumplimiento.

¹⁸ Ver la Resolución de la CNMC de 29 de octubre de 2019, en el expediente S/0629/18, Asistencia Técnica Vaillant.

¹⁹ Ver la Resolución de la CNMC de 26 de julio de 2018, en el expediente S/DC/0596/16, Estibadores Vigo.

ANEXO

EJEMPLO DE INDICADORES COMUNMENTE ACEPTADOS PARA EXAMINAR LA EFICACIA DE UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO

Para más ejemplos consultar <https://arguide.cnmc.es> y <https://evaluacioncompliance.cnmc.es/>

A. Implicación de los órganos de administración y de los principales directivos de la empresa

- ¿Su empresa cuenta con un programa específico, completo y actualizado de prevención de infracciones de las normas de defensa de la competencia aprobado por los principales directivos?
- ¿Existe una declaración pública de los principales directivos de tolerancia cero en relación con las normas para la defensa de la competencia ?
- ¿Su compañía posee un sistema de incentivos que promueva y fomente el cumplimiento de las normas y políticas para la defensa de la competencia ?
- ¿Su compañía incluye el cumplimiento de las normas de defensa de la competencia y de las previsiones en el programa de cumplimiento para eludir el incumplimiento como un elemento esencial de las instrucciones del empresario a los efectos disciplinarios e, incluso, de un posible despido?
- ¿Su empresa promueve y desarrolla en la organización una cultura de cumplimiento normativo en pro de la libre competencia?
- ¿Participa la unidad de cumplimiento en decisiones estratégicas, como por ejemplo, en fusiones y adquisiciones o en el diseño de nuevas estrategias de negocio?

B. Formación eficaz

- ¿Su empresa cuenta con un plan anual de formación sobre el programa de cumplimiento en el área de competencia dirigido a todos los miembros de la empresa: empleados, alta dirección y miembros del órgano de administración?
- ¿Existe trazabilidad de la mencionada formación?

- ¿Su compañía cuenta con formación sobre integridad corporativa y cumplimiento normativo para terceros que se relacionan con la empresa?
- ¿Su empresa ha puesto en marcha campañas de sensibilización para sus trabajadores, miembros del órgano de administración y alta dirección en relación con la defensa de la competencia?
- ¿Su empresa actualiza y revisa su plan de formación en el área de las normas de defensa de la competencia de forma periódica (al menos anualmente) y lo adapta a los principales cambios normativos y jurisprudenciales?
- ¿Su empresa publica las actividades de formación en el área de defensa de la competencia (número de horas y porcentaje de personal formado)?

C. Existencia de un canal de denuncias anónimo.

- ¿Su empresa ha establecido un canal de denuncias para los empleados (whistleblowing channel)?
- ¿Su canal de denuncias garantiza el anonimato del denunciante?
- ¿Su empresa cuenta con un reglamento o protocolo sobre funcionamiento, contenido y límites de su canal de denuncias?
- ¿Su compañía dispone de un programa de capacitación para informar periódicamente a los trabajadores sobre qué tipo de infracciones se pueden denunciar y cuáles no y sobre el funcionamiento correcto del canal?
- ¿Permite su canal interno denunciar posibles comportamientos contrarios al derecho de la competencia?
- ¿En el contrato de sus trabajadores se incluye una cláusula sobre la obligación de denunciar a través de dicho canal cualquier conducta inidónea de la cual puedan ser testigos?
- ¿Su empresa cuenta con algún canal para consultas distinto al de denuncias, (v. gr. canal informativo o para otras incidencias) y funciona adecuadamente?
- ¿Su empresa realiza encuestas periódicas a los trabajadores para medir su nivel de conocimiento y conciencia sobre el canal de denuncias, así como la eficacia del mismo?

- ¿Su empresa facilita en su informe consolidado o en su página web corporativa datos cuantitativos sobre el número de denuncias recibidas?
- ¿Su canal de denuncias se encuentra también disponible para su cadena de suministro y otros grupos de interés?
- ¿Coordina la unidad o departamento de cumplimiento la gestión de las denuncias recibidas a través de los distintos canales de denuncia?

D. Independencia del responsable de diseño y control de las políticas de cumplimiento

- ¿Su compañía cuenta con una persona física, departamento o unidad de cumplimiento (por ejemplo, “responsable de cumplimiento”) ?
- ¿Dicho responsable de cumplimiento tiene plena autonomía e independencia para la realización de sus funciones?
- ¿Su empresa posee un estatuto o reglamento de funcionamiento interno sobre las funciones, competencias, y límites del responsable de cumplimiento ?
- ¿Dicho responsable de cumplimiento mantiene comunicación directa con el órgano de administración y los principales directivos?
- ¿El responsable de cumplimiento cuenta con una partida presupuestaria propia?
- ¿El responsable de cumplimiento cuenta con los recursos financieros, humanos, tecnológicos y materiales suficientes para el desempeño de sus funciones?
- ¿Su empresa dispone de protocolos para gestionar adecuadamente potenciales conflictos de interés entre el responsable de cumplimiento y otras unidades o departamentos, como por ejemplo recursos humanos, asesoría jurídica o auditoría interna?
- ¿El contrato del responsable de cumplimiento contiene una cláusula específica de actuación y protección para sí mismo frente a una decisión de no actuar o no investigar por parte de los órganos de administración o los principales directivos en contra del criterio del responsable de cumplimiento ?

E. Identificación de riesgos y diseño de protocolos o mecanismos de control

- ¿Su compañía cuenta con un diagnóstico detallado de los potenciales riesgos reales en cumplimiento normativo?
- ¿Su sociedad cuenta con un cuestionario concreto y especializado en materia de defensa de la competencia para la elaboración de un mapa de riesgos en relación con sus colaboradores?
- ¿El programa de cumplimiento de su empresa incluye un informe sobre los principales riesgos derivados de las normas de defensa de la competencia y de las medidas adoptadas para prevenirlos?
- ¿Su empresa prevé la revisión del mapa de riesgos cuando acaecen cambios significativos como, por ejemplo, cambios en la estructura de la compañía, modificaciones accionariales o de control, cambios legislativos y jurisprudenciales relevantes?
- ¿Su compañía gradúa sus controles en función de cada riesgo?
- ¿Su empresa realiza una revisión periódica de su mapa de riesgos (al menos anual)?
- ¿Su empresa realiza informes específicos de monitorización del programa de cumplimiento específicamente en lo que se refiere a las normas de defensa de la competencia?
- ¿Su empresa ha desarrollado un sistema propio de indicadores medibles para evaluar la eficacia y evolución de cada uno de los elementos del programa de cumplimiento así como de la cultura empresarial de cumplimiento y está este en consonancia con los riesgos de incumplimiento a los que la compañía se enfrenta (por tipo, área o departamento, frecuencia, ejecutores, etc.)?
- ¿Su compañía lleva a cabo una revisión, actualización y mejora periódica (de carácter al menos anual) de su programa de cumplimiento específico en el área del derecho de defensa de la competencia?
- ¿Su compañía detalla las competencias del órgano de administración en la supervisión de los riesgos derivados de infracciones de las normas de defensa de la competencia?

F. Diseño del procedimiento interno para la gestión de denuncias y la gestión de la detección de infracciones

- ¿Su empresa ha establecido un procedimiento o protocolo de investigaciones internas en materia de cumplimiento?

- ¿Dicho procedimiento interno de investigación salvaguarda la intimidad personal y la protección de datos personales?
- ¿Su empresa posee algún documento o programa específico para formar o informar a los trabajadores sobre sus derechos durante un proceso de investigación en caso de denuncia?
- ¿Su empresa cuenta con normas, procedimientos y controles sobre la investigación de hechos, denuncias o conductas en sus filiales o en otras zonas geográficas donde opera?
- ¿En caso de que exista una investigación interna sobre un hecho acaecido como consecuencia de una denuncia, su empresa encarga a una empresa externa su gestión en aquellos casos en que se estime oportuno?
- ¿Su empresa o la empresa externa dedicada a gestionar las investigaciones internas, posee técnicas de aseguramiento de la prueba?
- ¿Su compañía cuenta con un sistema de protección y custodia de la información en procesos de investigaciones internas?
- ¿Su compañía colabora activamente con la autoridad de competencia desde el momento en que tiene conocimiento de una posible infracción, reconociendo los hechos detectados, terminando inmediatamente la conducta y adoptando medidas que remedien los perjuicios de la misma para la competencia de forma rápida y voluntaria?

G. Diseño de un sistema disciplinario transparente y eficaz

- ¿Su empresa ha establecido un régimen disciplinario interno?
- ¿Su política disciplinaria es clara y transparente, respetuosa de la legislación laboral y con medidas proporcionadas, eficaces y suficientemente disuasorias?
- ¿Su empresa ha diseñado un sistema para constituir comité(s) disciplinario(s) para casos especialmente graves, complejos o de gran entidad?
- ¿En su empresa se ha informado periódica y convenientemente a todos los empleados de la existencia y contenido del régimen sancionador interno?

- ¿Los contratos de alta dirección incluyen cláusulas rescisorias en el caso de participar en prácticas prohibidas por la normativa de defensa de la competencia?