

COMENTARIOS DE TELEFÓNICA ESPAÑA A LA PROPUESTA DE GUÍA DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN RELACIÓN CON LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA SOMETIDA A CONSULTA PÚBLICA

Telefónica España agradece la oportunidad brindada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, “CNMC”) de presentar sus comentarios respecto a la Propuesta de Guía de Programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia sometida a consulta pública por la CNMC desde el pasado 3 de febrero de 2020.

En el marco de dicha consulta pública, Telefónica España viene a formular las siguientes reflexiones.

Telefónica España valora muy positivamente la consulta de la CNMC acerca de los programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia. En su opinión, el interés de la CNMC por los Programas de Cumplimiento ayuda a poner en valor su papel como elemento fundamental en las estrategias de cumplimiento normativo de las empresas; valor que, actualmente, llegaría a su máximo exponente en el ámbito penal en el que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 bis del Código Penal vigente, la existencia de un programa de cumplimiento tiene la configuración legal de atenuante o eximente de la responsabilidad criminal de la persona jurídica.

Por ello, para asegurar la plena efectividad de los Programas de Cumplimiento en nuestro tejido empresarial es inexcusable que exista una clara determinación y concreción, en aras de la seguridad jurídica, del efecto positivo en la atenuación de una hipotética responsabilidad de la persona jurídica en el marco del derecho administrativo sancionador. A mayor nivel de certidumbre de los efectos positivos reales y evidentes de un Programa de Cumplimiento más fácilmente se podrán movilizar recursos en las empresas -humanos y materiales- en implantarlos, y asegurando su efectividad, formando parte del ADN y de la cultura de cumplimiento de las empresas.

En el contexto de la Defensa de la Competencia, y dada la importancia que tiene para todas las compañías que operan en el mercado la existencia de una competencia efectiva en el mismo, considera Telefónica España muy acertado que la CNMC realice esta consulta, ya que, además de poner claramente en valor los Programas de Cumplimiento,

acentúa la complementariedad de los elementos disuasorios del Derecho positivo, particularmente el Derecho Administrativo sancionador y la prohibición de contratar con la Administración, con las medidas preventivas y de control que necesariamente corresponde adoptar a las compañías y que deben ser valoradas positivamente por las Autoridades, si bien se separa de los programas de cumplimiento existentes en el ámbito penal, en el sentido de que estos pueden llegar a constituir no solo una atenuante, sino incluso una eximente, mientras que, en el ámbito de la defensa de la competencia, dichos programas únicamente podrán actuar como atenuante de la responsabilidad de la empresa.

La CNMC sigue, así, los pasos de otras Autoridades de Competencia que también fomentan la adopción de Programas de Cumplimiento en materia de Defensa de la Competencia, como la *Australian Competition & Consumer Commission*. Entre las iniciativas que ha adoptado para fomentar la adopción de Programas de Cumplimiento, ha optado por facilitar en su página web diferentes modelos de Programas de Cumplimiento para que sirvan de guía a aquellas compañías que carezcan de los recursos necesarios para diseñar su propio modelo a medida.

Por su parte, la Autoridad de Competencia italiana (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*) ha emitido unas Directrices sobre los programas de Cumplimiento *antitrust*, que introducen un aspecto loable: la posibilidad de obtener una reducción de la sanción incluso en el caso de que el programa de cumplimiento haya resultado manifiestamente inadecuado, si la empresa presenta modificaciones sustanciales al mismo después del inicio del procedimiento sancionador y también en caso de que, no existiendo un programa de cumplimiento, éste se adopte con posterioridad al inicio del procedimiento sancionador (dentro de los seis posteriores al inicio).

La valoración positiva por parte de la CNMC del establecimiento de un Programa de Cumplimiento en materia de competencia constituirá, sin duda, un buen impulso para que aquellas compañías que no lo estén haciendo, revisen el grado de conocimiento y compromiso con el cumplimiento de esta materia en su organización y, en función del resultado, diseñen e implanten las medidas apropiadas para fomentar dicho conocimiento y compromiso, especialmente en aquellas áreas más expuestas, y desarrollen e implanten medidas destinadas al control y seguimiento del cumplimiento.

Para ello, resulta muy útil la introducción en la propuesta de guía de una breve referencia a aquellos requisitos que tendrían la consideración de esenciales para que un Programa

de Cumplimiento determinado pudiera ser considerado eficaz por la CNMC. En este mismo sentido, también resulta de gran utilidad el hecho de que dichos elementos se basen en los siete que habitualmente constituyen un Programa de Cumplimiento y, por lo tanto, salvada la necesaria especialización de la materia, constituyan, en definitiva, un elemento contrastado para la mayoría de las organizaciones.

Telefónica aprovecha para agradecer a la CNMC la referencia explícita a la Guía Práctica de Autodiagnóstico y Reporting en Cumplimiento Normativo, Gobierno Corporativo y Prevención de la Corrupción elaborada por Transparencia Internacional España, en relación con los posibles criterios de evaluación de las circunstancias que, llegado el caso, atendería en su valoración.

Adicionalmente, el hecho de que en otros ámbitos del Derecho se haya reconocido la valía intrínseca de los programas de cumplimiento, otorgándole el beneficio de constituir, en función de las circunstancias, la categoría de atenuante o eximente, constituye sin duda una enorme palanca para que las personas dedicadas al cumplimiento dentro de las organizaciones, puedan transmitir a la organización la necesidad de dedicar recursos financieros y humanos al establecimiento de dichos programas, que no siempre resulta sencillo. Así, se debe ser consciente de las limitaciones estructurales y económicas con que cuentan las empresas, de manera que los requisitos exigidos para que un programa de cumplimiento sea eficaz han de ser razonables y no ser de una exigencia tal que hagan muy difícil su implementación. En este sentido, ha de dotarse a las empresas de libertad suficiente a la hora de implementar programas de cumplimiento eficaces, pues nadie mejor que ellas conoce sus posibilidades y sus limitaciones.

Como compañía multinacional de gran tamaño, que se enfrenta constantemente a la complejidad regulatoria de estar presente en distintos mercados y países, a Telefónica España le preocupa no ser capaz de transmitir adecuadamente el esfuerzo que, día a día, realiza en su compromiso de cumplimiento, para lo que tiene establecidos procedimientos de prevención, detección y, en su caso, remedio, ante una conducta potencialmente irregular.

Por otro lado, en ningún caso debería un programa de cumplimiento resultar contraproducente para el mercado. Es importante en ese sentido que el programa de cumplimiento tenga la aptitud de controlar de manera eficaz y eficiente cualquier desviación en la competencia de aquellas infracciones que por ser claras son consideradas

como infracciones por objeto (cárteles, cláusulas negras...). Por contra hay que procurar evitar el riesgo de que los programas de cumplimiento terminen por lastrar la voluntad y actitud procompetitiva de las empresas por vía de sembrar miedo respecto de aquellas prácticas cuya dificultad de análisis jurídico, técnico y económico requieren conocimientos especializados que sólo pueden estar residenciados en las unidades especializadas en materia de derecho de la competencia. Así, un programa de cumplimiento que provoque el miedo de actuar entre el personal y los directivos respecto de cuestiones complicadas y no pacíficas en el ámbito doctrinal, académico y jurisprudencial puede dar lugar a la autocensura de casos conocidos como falsos negativos. De ahí que Telefónica apoye decididamente desde hace muchos años el asesoramiento interno y permanente a sus unidades de negocio por parte de un área especialista y experimentada en materia de derecho de la competencia, como muestra de su voluntad de cumplimiento en dicha materia.

En esta línea, Telefónica España considera que, igualmente, la autoridad de competencia debería valorar positivamente el compromiso manifestado por las compañías que destinan recursos a la creación de estas unidades especializadas dentro de sus organizaciones.

En cuanto a la eficacia de los programas de cumplimiento, considera Telefónica España relevante señalar que, por el hecho de que una determinada persona se salte en un momento dado los controles existentes, si bien la compañía debería acreditar que disponía de las medidas -debidamente actualizadas- necesarias para minimizar los riesgos, así como haber adoptado las medidas oportunas como consecuencia de esa infracción de los citados controles, no puede concluirse que el programa haya resultado enteramente ineficaz ni que la empresa no esté comprometida con el cumplimiento de la normativa *antitrust*, máxime si la infracción ha sido detectada gracias a la existencia del programa de cumplimiento. Y, asimismo, habrá que atender al tipo de conducta llevada a cabo, pues no merecen el mismo reproche unas que otras. Se antoja, pues, imprescindible la realización de un análisis caso a caso, del mismo modo que se hace necesario separar la responsabilidad de la persona jurídica de la responsabilidad de los empleados de la misma.

En definitiva, Telefónica España aplaude la iniciativa de la CNMC y desea que sea lo más fructífera, viable y eficaz posible para todos aquellos que puedan verse afectados por ella, si bien entiende que la misma debe de ser promovida dentro de las organizaciones

tomando como base las herramientas y los recursos que ya se han aceptado comúnmente para otras labores de cumplimiento como es el *compliance* penal, y dotándola de beneficios claros en el régimen sancionador que permitan generar los incentivos adecuados para su implementación.

Telefónica España muestra su total disponibilidad a seguir colaborando con la CNMC en lo que resulte necesario con el cometido que la referida consulta persigue.

Madrid, a 28 de febrero de 2020