

Comentarios a la Propuesta de Guía de programas de cumplimiento de la CNMC

Se valora muy positivamente el procedimiento de información pública abierto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**) y la invitación a formular observaciones. Asimismo, se considera muy adecuada la iniciativa de elaborar una Guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia. Se trata de una cuestión de especial relevancia para las empresas que potencialmente pueden estar sometidas a una investigación de la CNMC.

Los comentarios a la *Propuesta de Guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia (Propuesta de Guía)* se centran en aquellas cuestiones en las que se estima necesaria una reconsideración de la postura manifestada o una aclaración o mayor precisión del contenido. Por tanto, los comentarios se refieren a apartados específicos de la Propuesta de Guía.

3. Programas de cumplimiento eficaces. Criterios de evaluación.

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

En la Propuesta de Guía se indica que el hecho de que alguno de los “principales directivos” de la empresa esté involucrado en una infracción de la LDC podría determinar el carácter ineficaz del programa de cumplimiento, por cuanto se excluiría un compromiso verdadero con el respeto de las normas de defensa de la competencia.

Se considera adecuado que se defina de forma rigurosa el concepto de “directivos principales”. En efecto, es posible que una determinada infracción pueda cometerse a resultas del comportamiento de un empleado, con mayor o menor responsabilidad en la empresa, que actúa al margen de las directrices elaboradas para asegurar el cumplimiento de la LDC.

No obstante, la CNMC debería mostrarse especialmente cuidadosa a la hora de concluir que un programa de cumplimiento es ineficaz cuando se produce un incumplimiento de la LDC por parte de un “directivo principal”. La propia Propuesta de Guía indica que habría que realizar un análisis caso por caso y atender a las circunstancias particulares. Pueden darse situaciones en las que, a pesar de que tanto la empresa como sus máximos representantes hayan declarado de manera clara, firme y pública que el cumplimiento de la LDC es un elemento central de la cultura de la empresa, y que se haya implantado un programa de cumplimiento eficaz e idóneo, una determinada persona tome decisiones en las que soslaye sus obligaciones. Debería diferenciarse el compromiso de la empresa por el cumplimiento de la normativa de competencia del posible incumplimiento por un directivo que, aun teniendo una responsabilidad “principal”, está

desobedeciendo el objetivo de cumplimiento normativo declarado por la empresa. El incumplimiento de las normas de competencia por parte de un directivo, especialmente si la empresa tiene una gran dimensión, no debería penalizar a la empresa en su conjunto hasta el punto de no tenerse en cuenta en absoluto la existencia de un programa de cumplimiento.

Debe tenerse en cuenta a este respecto que en materia penal la persona jurídica es eximida de responsabilidad si se acredita que, antes de cometerse un delito, había adoptado un programa de cumplimiento. Así, de acuerdo con el Código Penal, se exime a la persona jurídica de responsabilidad por la comisión de un delito por parte del personal directivo o de los empleados en caso de que se demuestre que el órgano de administración había adoptado, antes de la comisión del delito, un programa de cumplimiento eficaz (apartados 2 y 4 del artículo 31bis). La evolución en esta materia tiende a dar cada vez mayor relevancia jurídica a efectos de determinación de la responsabilidad a la implantación de un programa de cumplimiento. De hecho, uno de los elementos de la reforma del Código Penal del año 2015¹ consistió precisamente en que la implantación de los programas de cumplimiento pasó de ser un atenuante a un eximente de responsabilidad de las personas jurídicas. No existen motivos para ser más riguroso en el ámbito de la normativa de competencia que en el del Derecho penal a la hora de otorgar validez y efectos jurídicos a los programas de cumplimiento.

Por otro lado, habría que aclarar con especial detalle en qué consiste que el directivo esté “involucrado” en una infracción. Para llegar a la conclusión de que la empresa no ha demostrado un compromiso verdadero por el cumplimiento de la normativa de competencia, la participación en la infracción del directivo debería ser directa y palmaria. Lo lógico es que, en todo caso, se llegue a esa conclusión únicamente en los supuestos en los que en la Resolución sancionadora se pruebe que el directivo ha intervenido en la infracción en el sentido del artículo 63.2 LDC.

Apartado B. Formación eficaz

Del texto de la Propuesta de Guía parece desprenderse la obligación de que la formación alcance a todos los empleados de la empresa. No obstante, esta obligación sería desproporcionada. Dado que la Propuesta de Guía reconoce la necesidad de adaptar la formación al ámbito de actividad y funciones, ello debe implicar que la obligación de formación alcance únicamente a aquellos empleados cuya actividad pueda suponer un riesgo de incumplimiento de la normativa de competencia. Esta circunstancia es especialmente relevante en los casos de empresas de gran dimensión o aquellas en las que una proporción importante de los empleados desarrolla tareas sin implicación en la actividades o políticas comerciales y, en consecuencia, sin riesgo de incurrir en una

¹ Artículo único.20 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

infracción. La empresa debe poder excluir de la formación a aquellos empleados que, por la función que desarrollan, no es necesario que reciban formación sobre defensa de la competencia.

En la Propuesta de Guía se indica que debe valorarse la estrategia de formación de colaboradores cercanos (socios, distribuidores, proveedores relevantes, etc.). En principio una empresa no debería ser responsable de los actos que lleven a cabo los colaboradores que actúan con independencia y autonomía respecto de la empresa, por lo que exigir que la formación alcance este nivel para considerar como válido el programa de cumplimiento parece, en principio, desproporcionado. Todo ello, sin perjuicio de que la empresa incite a sus propios empleados a detectar e informar de cualquier sospecha de infracción por esos agentes económicos de las normas de la competencia, a fin de tomar las medidas oportunas.

En la Propuesta de Guía se indica que la actividad formativa debe ser “medible”. Debería aclararse cuáles son los criterios que deben utilizarse para medir la formación².

La Propuesta de Guía indica asimismo que no se considera eficaz una estrategia de formación que se limite a esbozar unas nociones básicas sobre las normas de defensa de la competencia. Sin embargo, debe asumirse que, en función del nivel de responsabilidades, en algunos casos sí debería ser suficiente con impartir con carácter periódico a determinados empleados unas nociones básicas sobre la normativa de competencia.

Apartado G. Diseño de un sistema disciplinario transparente y eficaz

En la Propuesta de Guía se indica que resulta relevante que se diseñe un sistema disciplinario transparente y eficaz. Se subraya la necesidad de que las medidas disciplinarias puedan llegar al despido. Asimismo, se señala que las medidas tienen que ser visibles e identificables para el resto de los empleados.

En relación con el marco disciplinario, debe dejarse constancia de que la legislación laboral, eminentemente protectora del empleado, puede impedir en determinadas ocasiones la adopción de medidas extremas como el despido. La jurisdicción laboral muestra un especial rigor a la hora de considerar acreditados los supuestos de despido disciplinario contemplados en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores o de aceptar las sanciones impuestas por las empresas a los trabajadores en virtud del artículo 58 del referido texto, incluso en supuestos de directivos que han sido imputados o sancionados por la CNMC en aplicación del artículo 63.2 LDC. En consecuencia, normalmente será difícil para la empresa conseguir que se acepte que la participación

² En los ejemplos de indicadores comúnmente aceptados para examinar la eficacia de un programa de cumplimiento la Propuesta de Guía alude al número de horas y porcentaje de personal formado. Pero no existen indicaciones adicionales sobre esta cuestión.

del empleado en la infracción es una justificación válida para tomar medidas disciplinarias severas. Para modificar esta situación sería conveniente reformar la normativa laboral o cuando menos concienciar a los jueces laborales sobre la relevancia que tiene la legislación en materia de defensa de la competencia.

En relación con ello, en la Propuesta de Guía se valora positivamente la inclusión en los contratos de alta dirección de cláusulas rescisorias por la “*constatación firme de la comisión de infracciones*”. No obstante, el plazo para constatar la firmeza de una resolución de la CNMC –si se entiende como tal la firmeza judicial– puede ser excesivamente amplio. Por ello en principio no debería tener que esperarse para adoptar medidas disciplinarias a que los tribunales confirmaran la resolución.

Por otro lado, la existencia de una amenaza seria de medidas disciplinarias, así como su visibilización, puede ser contraproducente a efectos de facilitar la colaboración del trabajador en la investigación de los hechos. El hecho de que el trabajador tenga inseguridad sobre su permanencia en el puesto de trabajo por la potencial adopción de medidas disciplinarias reduce en gran medida los incentivos a reconocer su participación en una infracción y revelar información sobre los hechos objeto de investigación. Así pues, la exigencia de un régimen disciplinario severo y de transparencia en la imposición de sanciones puede dificultar la colaboración que la empresa pueda prestar a la CNMC y, en particular, el funcionamiento del programa de clemencia. Por ello sería necesario reconocer que puede existir un régimen de clemencia interno en la empresa para aquellos trabajadores que colaboren en la investigación.

Creemos necesario recoger en la Guía que la exigencia de que las medidas disciplinarias sean visibles e identificables para el resto de los trabajadores de la empresa deba: (i) respetar en todo caso los derechos personales del empleado al que se aplican las medidas disciplinarias; y (ii) evitar entrar en colisión con la necesidad de secreto que exige la participación de una empresa en el programa de clemencia, permitiéndose, por ejemplo, retrasar la publicidad al momento en que ya no sea necesario mantener ese secreto.

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

Se considera positivo que la CNMC acepte valorar, caso por caso, si la implantación de un programa de cumplimiento, ya sea *ex ante* o *ex post*, puede ser un elemento moderador de la sanción.

Programas de cumplimiento *ex ante*

En la Propuesta de Guía se indica que en los casos de **infracción muy grave constitutiva de cártel** se valorará atenuar la responsabilidad si la empresa ha informado de la infracción a través del programa de clemencia. También se podría atenuar la

responsabilidad en los casos en los que la empresa reconozca los hechos constatados por la CNMC. Del contenido de la Propuesta de Guía se desprende que la CNMC parece excluir la posibilidad de atenuar la responsabilidad por motivos distintos de la mera aplicación de la normativa de clemencia o del reconocimiento de los hechos. Cualquier fallo en el programa de cumplimiento se entiende por la CNMC como una falta de eficacia del programa o de compromiso de la empresa.

Esta postura debería flexibilizarse de manera similar a lo que sucede en materia penal (véase el artículo 31bis del Código Penal). No se puede condicionar la atenuación de la responsabilidad por la existencia de un programa de cumplimiento a su infalibilidad. En efecto, en la propia Circular de la Fiscalía General del Estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas citada por la CNMC³ se indica que la detección de delitos no está expresamente incluida en la enunciación ni en los requisitos de los programas de cumplimiento (apdo. 5.6). En la Circular se afirma que cualquier programa de prevención, por eficaz que sea, soportará un cierto riesgo residual de comisión de delitos. Como se ha explicado anteriormente, precisamente la reforma del Código Penal ha supuesto pasar de la consideración de los programas de cumplimiento *ex post* como atenuante a la consideración de los programas de cumplimiento *ex ante* como eximente (y atenuante en caso de acreditación parcial). El Derecho penal otorga, en consecuencia, una gran relevancia a los programas de cumplimiento *ex ante*. En este sentido, como se ha indicado, es posible que la infracción de la normativa de competencia provenga del comportamiento aislado de un empleado, que ha desatendido las directrices elaboradas por la empresa destinadas a asegurar el cumplimiento de las normas de competencia. En un supuesto de este tipo, y al margen de que la empresa colabore a través del programa de clemencia o reconozca los hechos, la CNMC debería tener en cuenta, para atenuar la responsabilidad, la existencia de un programa de cumplimiento. Sobre todo si la empresa puede acreditar la existencia de un programa de cumplimiento sólido y que el empleado no ha seguido las directrices que le han sido transmitidas de forma reiterada.

La Propuesta de Guía también parece descartar que se pueda tener en cuenta la existencia de un programa de cumplimiento en los casos de **infracción muy grave o grave no constitutiva de cártel**. También en estos casos debería permitirse a la empresa demostrar que el incumplimiento de las normas de defensa de la competencia se ha debido al comportamiento de un empleado que no ha respetado el programa de cumplimiento.

La valoración por la CNMC del programa de cumplimiento a efectos de atenuar la responsabilidad debe realizarse en ambos casos (tanto si la infracción es constitutiva de cártel como si no lo es) al margen del reconocimiento de los hechos investigados, sobre

³ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015 (FIS-C-2016-00001).

los que las empresas pueden mostrar una legítima discrepancia. No debería condicionarse una valoración positiva del programa de cumplimiento a efectos de atenuación de la sanción, al reconocimiento de los hechos, pues se trata de dos variables distintas que deben tenerse en cuenta de forma cumulativa para el cálculo de la sanción. No son interdependientes.

Programas de cumplimiento *ex post*

Este apartado se refiere a los supuestos en los que, una vez iniciado un expediente sancionador, la empresa investigada pone en conocimiento de la CNMC la posible implantación de un programa de cumplimiento o la modificación del que la empresa hubiera implantado con anterioridad. La Propuesta de Guía indica que el Consejo de la CNMC valorará la eficacia del proyecto de diseño del programa a los efectos de una posible modulación de la sanción. Además, señala que esto tendrá relevancia en caso de que pudiera resultar de aplicación la prohibición de contratar prevista en el artículo 71 de la LCSP.

Sería conveniente que se detallaran los distintos pasos que tendrá este procedimiento de comprobación de la eficacia de los programas de cumplimiento. En la Propuesta de Guía se indica (i) que las empresas presentarán un proyecto de diseño de programa de cumplimiento; (ii) que el Consejo de la CNMC valorará si se acomoda a la Guía; y (iii) que una vez implementado el programa o su mejora la empresa deberá –en un plazo no superior a seis meses– remitir una declaración certificando la implementación del programa. Habría que clarificar cuándo puede presentarse el proyecto y ante quién (Consejo o Dirección de Competencia) y en qué momento valorará el Consejo si el programa se acomoda a la guía. No está claro si esta decisión se tomará en la resolución final que adopte el Consejo sobre la práctica investigada o en un momento distinto. En relación con esto, sería también necesario precisar cuándo empieza a correr el plazo de seis meses para presentar la declaración que certifica la implementación del programa. No está claro si la valoración del proyecto forma parte del procedimiento sancionador o si discurre como un procedimiento paralelo. Dado que en teoría la CNMC debería tener en cuenta el programa a efectos de atenuar la sanción, lo lógico es que en todo caso la valoración finalice antes de que se adopte la resolución sancionadora. Si no fuera así, en la resolución sancionadora podría condicionarse la aplicación de una reducción en el importe de la sanción a la aprobación por parte del Consejo en un plazo determinado de la idoneidad del programa de cumplimiento.

Por otra parte, dado que la propia Propuesta de Guía se refiere a la aplicación de la prohibición de contratar prevista en el artículo 71 de la LCSP, sería también conveniente que la CNMC confirmara que la presentación de un proyecto de diseño de un programa de cumplimiento durante el transcurso del procedimiento sancionador podría conducir

a que se eximiera a la empresa de la prohibición de contratar, del mismo modo que está sucediendo en la actualidad con las empresas beneficiarias del programa de clemencia.

También sería conveniente que la Guía incluyera información sobre el procedimiento que se seguirá en caso de que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado solicite a la CNMC que valore si un programa de cumplimiento se ajusta a lo establecido en el artículo 72.5.2º de la LCSP. En particular, sería conveniente que la Guía informara sobre las posibilidades de formular alegaciones ante la CNMC cuando lleve a cabo la valoración a instancias de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

Madrid, 28 de febrero de 2020