



APORTACIONES DE LA COMISIÓN GALEGA DA COMPETENCIA A LA CONSULTA PÚBLICA PARA ELABORAR “PROPUESTA DE GUÍA DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN RELACIÓN CON LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA”

1.- Antecedentes y presentación

El pasado 3 de febrero de 2020, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) abrió una consulta pública para elaborar una guía sobre programas de cumplimiento, partiendo para ello de documento de trabajo el título “PROPUESTA DE GUÍA DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN RELACIÓN CON LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA”.

2.- Consideraciones preliminares

Lo primero que quiere subrayar esta Comisión Galega da Competencia (en adelante, CGC) es la importancia de esta iniciativa pues considera que la prevención de prácticas anticompetitivas y la promoción de los valores de la competencia son una de las principales misiones de las Autoridades de Competencia.

Aunque los denominados “Programas de Cumplimiento” o de “Compliance (siguiendo la terminología anglosajona) sean, en sí mismos un instrumento de gestión empresarial, su punto de partida, como acertadamente se recoge en la propuesta de la CNMC se haya en el compromiso de la más alta dirección de las empresas en el cumplimiento de las normas, en este caso, las normas de la competencia, dicho compromiso constituye la piedra angular de cualquier norma que pretenda ser eficaz pues ello es más viable cuando sus destinatarios son conscientes de su importancia y utilidad.

La CGC quiere dejare también constancia de su compromiso con todas aquellas iniciativas que permitan promover el funcionamiento eficiente de los mercados para



lo que considera esencial que las Autoridades de competencia trabajen juntos en ese objetivo y sumen esfuerzos. En este sentido, aunque hubiera sido muy interesante que la presente propuesta hubiera sido elaborada en colaboración con las demás Autoridades españolas de la competencia, visibilizando el Sistema Español de Defensa de la Competencia, término que acuñó en su día el documento que dio origen a la actual Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia, Ministerio de Economía y Hacienda, 20 de enero de 2005). La apertura de este debate público permite enriquecer el documento presentado con las aportaciones que desde todas las perspectivas posibles se trasladen a la CNMC.

Sentadas estas premisas esta Comisión Galega da Competencia quiere destacar tanto la oportunidad del documento como su contenido concreto, así como por el hecho, especialmente relevante, de ofrecer una visión general acerca de la posición del Consejo de la CNMC sobre los Programas de Cumplimiento y sus potenciales efectos ante la eventualidad de un procedimiento administrativo sancionador.

3.- Reflexión sobre aspectos concretos de la propuesta.

a) La necesidad de incluir el Compliance Antitrust en el Sector Público

La primera observación que nos gustaría realizar hace referencia a su “ámbito de aplicación”, pues si bien se hace una aportación muy relevante respecto de las “prohibiciones de contratar” recogida en la viente 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 (LCSP), no estará de más un mención expresa y clara respecto de la importancia de que el Sector Público asumirá el compromiso que supone la elaboración de Programas de Cumplimiento, en especial, en materia de Defensa y Promoción de la Competencia.

De este modo consideramos oportuno que la guía propuesta no se limite únicamente a las empresas sino que debería incluir también expresamente al Sector Público, no





sólo por su capacidad de actuación como operador económico sino que como regulador debe contribuir a la promoción de la competencia y, en ámbitos específicos como la contratación pública consideramos esencial que las Administraciones Públicas se aporten elementos que contribuyan a una contratación pública más eficiente y pro competitiva como la vigente LCSP recoge de forma expresa, ya desde su Artículo 1 (“Objeto y finalidad), en que se afirma:

“1. La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.”.

Esta afirmación de principio se concreta, entre otros, en el Artículo 132 LCSP (“Principios de igualdad, transparencia y libre competencia”) que señala:

“1. Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad.

En ningún caso podrá limitarse la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta.

2. La contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios.



3. Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las Comunidades Autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta Ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.

Sería, pues conveniente afirmar la importancia de la evaluación de riesgos en campos tan sensibles como el de la citada contratación pública, incorporando, por ejemplo, , por ejemplo, modelos de check-list en materia de contratación pública, siguiendo un documento equivalente aprobado por la Autoridad de la Competencia del Canadá.

b) Clarificación del concepto de empresa

Aunque es una cuestión habitual, no resulta improcedente en el presente caso que la guía incorporase una aclaración del singular carácter que el término empresa y operador económico tiene en el Derecho de la Competencia, al objeto de recordar que no solo las “empresas” en su acepción convencional resultan sujetas al Derecho de la Competencia, cuyo ámbito de aplicación se extiende a entidades como corporaciones de Derecho público y otras entidades que ostentan un estatus singular (vease así en colegios profesionales, entes reguladores de denominaciones de origen e indicaciones geográficas protegidas, federaciones deportivas)

En este campo, las Autoridades de la Competencia pueden tomar un papel activo, de impulso de los Programas de Cumplimiento también en estas entidades, cuya actuación en los mercados es muy relevante. En este sentido, esta CGC quiere



recordar que en su reciente Resolución 9/2019 – ARQUITECTOS DE GALICIA, de 26 de diciembre de 2019, finalizada por el procedimiento de terminación convencional, incluyó entre los compromisos que pusieron fin al expediente, entendemos que de forma innovadora, el de:

“3.- La elaboración y puesta en marcha de un Programa de Cumplimiento en materia de Competencia”.

De este modo, el Colegio Oficial de Arquitectos de Galicia (COAG) será uno de los primeros, sino el primero en plasmar su compromiso con el cumplimiento de las normas de la competencia que se traslada no solo a la propia institución colegial, sino lo que es más importante, a todos sus colegiados y a las empresas que interactúan con ellos en la actividad económica.

c) Mención expresa del papel de las Autoridades Autonómicas de la Competencia

Es preciso destacar también que aunque el presente documento esté elaborado por la Dirección de Promoción de la Competencia y será, en su día, aprobada la versión final por el Pleno de la CNMC, está destinado a tener una aplicación general dentro de un sistema que, construido sobre la base de las competencias exclusivas (CNMC/Autoridades Autonómicas de la Competencia), la propia importancia del tema y el valor que representa el liderazgo ejercido por la CNMC hace necesario, o al menos oportuno, que las menciones a la CNMC, con excepción, tal vez de las que se refieran en exclusiva a su Consejo, aclaren las idénticas atribuciones de las Autoridades Autonómicas de la Competencia, en el marco de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia. y su desarrollo, implícito, por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el que la propia norma encuentra su existencia.



d) Aportaciones singulares

En el segundo párrafo de la sección “Introducción” de la propuesta de guía se afirma:

“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 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 de acciones de responsabilidad derivadas de infracciones contra el derecho de la competencia, sobre todo tras la transposición de la conocida como Directiva de daños⁷. ”

Si bien es cierto que el tenor literal del Artículo 63.2 podría pensar que las sanciones que se pueden imponer a representantes y directivos se producen únicamente en el supuesto de “acuerdos anticompetitivos” (“2. Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión”), en término “decisión” podría entenderse que ampara la imposición de dichas sanciones si los citados representantes legales o directivos impulsan otras prácticas restrictivas como las recogidas en los artículos 2 y e LDC. Esta sería una cuestión que en una futura reforma de la LDC debería contemplarse que se recoja de forma explícita.

En el mismo contexto, en la nota 15:

“115 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. [...]”

En relación con las líneas destacadas podría precisarse que, con carácter general, los administradores están vinculados a las sociedades mediante contratos mercantiles y no laborales y que los contratos de “alta dirección” se enmarcan igualmente en el ámbito laboral como relación laboral de carácter especial, conforme al Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección. La práctica es sin embargo muy compleja en la práctica y son muy frecuentes los conflictos por solapamiento de funciones y el carácter de la relación jurídica establecida en el seno de las empresas.

4.- Conclusiones globales sobre la propuesta

Esta Comisión Galega da Competencia no puede finalizar este breve comentario sin manifestar en primer lugar, el apoyo a la iniciativa emprendida por la CNMC con la elaboración de esta guía que, como la aprobada recientemente por la autoridad vasca de la Competencia, contribuyen no solo a la promoción de la competencia sino que ofrecen instrumentos específicos destinados a mejorar la eficiencia de las empresa y los operadores económicos que pasa, necesariamente, por el respeto de las normas de la competencia cuyo alcance y consecuencias debemos todos contribuir a trasladar a la sociedad.

En segundo lugar, la importancia de la colaboración y coordinación entre las Autoridades de competencia en España haciendo realmente efectivo el “Sistema español de Defensa de la Competencia”.

Finalmente, la oportunidad de mejora que para el sistema representa la oportunidad de reformar la vigente normativa (incluida la citada Ley 1/2002), como consecuencia



de la transposición de la Directiva 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior.