

COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Referencia: CONSULTA PÚBLICA PROPUESTA GUÍA DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN RELACIÓN CON LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En relación con el asunto de referencia, acompaño a este escrito en la representación que ostento de ENDESA, S.A. según se acredita mediante copia de la escritura de poder que se acompaña, observaciones al borrador de "*Guía de Programas de Cumplimiento en relación con la Defensa de la Competencia*" elaborado por esa Comisión y puesto a disposición sometido a consulta pública en virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia y el artículo 37 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

En Madrid a 21 de febrero de 2020

Por Endesa, S.A.


Asesoría Jurídica Corporativa y Cumplimiento


Rafael Adrián Bernal

COMENTARIOS de ENDESA, S.A. (y sociedades Grupo ENDESA) A LA PROPUESTA CNMC DE GUÍA DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN RELACIÓN CON DEFENSA DE LA COMPETENCIA

I.- PLANTEAMIENTO GENERAL

1. En términos generales se considera una medida positiva la propuesta de una guía en materia de programas de cumplimiento ("**Propuesta de Guía**") en relación con la defensa de la competencia por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("**CNMC**") en línea con lo actuado desde hace años por otras autoridades en el entorno internacional¹.

2. Consistencia con Normativa internacional existente.- La relevancia y eficacia de los programas de cumplimiento han sido objeto de reconocimiento generalizado, no sólo en materia penal (UNE 16601 y UNE-ISO 37001) como la propia CNMC señala en su Propuesta de Guía, sino - aunque todavía no con carácter certificable- también en un ámbito general del cumplimiento normativo, estableciéndose principios y criterios de valoración internacionalmente aceptados que luego son traspuestos a otros ámbitos (p. e. además del mencionado *penal* y *antisoborno*, el de la reciente norma UNE 19602 en materia tributaria o el proyecto en materia de canales de denuncia 37002),

En ese sentido, sería deseable por la Propuesta de Guía: (a) una revisión de la terminología y criterios de definición y valoración de los programas de cumplimiento aplicados en la Propuesta de Guía, para un acercamiento a las referidas normas de certificación internacional, que si bien no son de obligado cumplimiento, si son un referente generalmente aceptado y utilizado en las principales empresas del mundo como acreditación de buenas prácticas corporativas; y (b) una consideración positiva de la existencia de empresas con programas de cumplimiento certificados (aunque no específicamente de competencia por no existir actualmente) como elemento calificador de las conductas supuestamente infractoras, que incorporan procesos de verificación de conductas que sí pueden afectar a la competencia.

Ese acercamiento de la Propuesta de Guía a criterios de normalización internacionales generalmente aceptados, supondría, además, facilitar la aplicación con mayor eficacia en empresas multinacionales que desarrollan su actividad en varias jurisdicciones con normativa diferente, pero con dichos criterios de normalización comunes.

3. Cumplimiento Normativo Integrado.- Por lo demás, la implantación de Programas de Cumplimiento Normativo en materia de Competencia pueden ver eliminados alguno de los beneficios apuntados por la CNMC en la Propuesta de Guía, si en lugar de constituir un mecanismo apto de promoción de defensa de la competencia se convierte en "requisito" o "formalismo" más que se une a los ya existentes dentro de las empresas en otras materias: penal y *antisoborno*, protección de datos, tributario o buen gobierno corporativo, por citar sólo algunas.

La proliferación de normativa "*soft law*" como la referida, resulta contraproducente en las organizaciones cuando carecen de una adecuada integración y se convierten en sistemas de control "por silos" que sobrecargan de trabajo redundante a las empresas.

¹ Ver por ejemplo en Europa: "L'Autorité française de la concurrence" (si bien aprobó un primer programa modelo en 2012 que fue, sin embargo, derogado en 2017); Competition & Market Authority o la más reciente revisión de la "Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigations" del US Department of Justice – Antitrust Division de julio de 2019

Sería, en ese sentido deseable, de nuevo, el recurso a una terminología y procedimientos comunes en la Propuesta de Guía que permitan la existencia de “cumplimientos normativos integrados” dentro de los que, por supuesto, se encontraría el de competencia, y que éstos fueran valoradas positivamente por le CNMC.

4. Modulación de la sanción por infracciones.- Relacionado con lo señalado en el Apartado 2 anterior, aunque las autoridades de la Unión Europea en su momento se expresaron desfavorablemente² a considerar la existencia de programas de cumplimiento como elementos atenuantes de la responsabilidad en proceso de infracción a la normativa de la competencia, sería deseable que esa CNMC, ahondado en anteriores resoluciones³ aproximase en este momento los criterios de valoración de las sanciones a los aplicables en materia penal en virtud del artículo 31bis del Código Penal, donde la existencia de “*modelos de organización y gestión que incluya medidas de vigilancia y control idóneas*” puede ser considerado un motivo de exención⁴ o atenuación de la responsabilidad⁵ dependiendo del momento de su implantación.

Tal posibilidad se apunta a nuestro juicio razonablemente con el apartado 2 de la Propuesta de Guía, si bien debería profundizarse en la objetivación de su aplicación en línea con lo establecido por otras autoridades de competencia de otros países⁶ en sistemas más arraigados de cumplimiento normativo.

De otra forma podríamos llegar a la paradoja en donde en caso de una infracción en materia de competencia, si ésta reviste naturaleza penal –por ejemplo por afectar a los mercados o los consumidores de los artículos 278 y ss. del Código Penal- la empresa autora podría ver atenuada o exenta su responsabilidad, mientras que si los hechos revisten naturaleza de infracción administrativa, no.

5. Referencia a la normativa de Canales de denuncia.- Se coincide que la reciente aprobación de la Directiva 2019/1937 “*relativa a la protección de las personas que informen de infracciones sobre Derecho de la Unión*” constituye un elemento de referencia que debe ser tomado en la Propuesta de Guía por esa CNMC a la hora de valorar la idoneidad de los programas de cumplimiento en materia de competencia.

Ello no obstante, se hacen algunas consideraciones al respecto: (a) la Directiva 2019/1937 debe todavía ser objeto de implementación en cada uno de los Estados Miembros antes del 15 de mayo de 2021, y aunque efectivamente establece unos elementos comunes, se reconoce que éstos “*podrán introducir o mantener disposiciones más favorable a los derechos de los informantes que los establecidos en la misma*”⁷; (b) algunas Organizaciones No Gubernamentales como “Transparencia Internacional” –que ha inspirado a esa CNMC en el establecimientos de criterios en la Propuesta de Guía⁸- o el “National Whistleblower Center”, han criticado alguno de los aspectos de la Directiva 2019/1937 por considerarlos, insuficientes o, en ocasiones, incluso contrarios los principios internacionales generalmente aceptados por los Estados Miembros y (c) en noviembre de 2016 la ISO creó un grupo de trabajo para examinar la viabilidad de una nueva norma internacional de estándares específica sobre canales de

² Discurso antiguo Comisario Sr. Almunia 25 octubre 2010 o Casos T-101/05 y T-111/05 BASF y UCB (parágrafo 52) y Caso T-138, Shindler Holding (parágrafo 282)

³ Decisión de 6 de septiembre de 2016 en el caso S/dc/0544/14 Mudanzas Internacionales

⁴ Art.31 bis. 2.1º CP

⁵ Art. 31 quater (d) CP

⁶ Competition & Market Authority o US Department of Justice – Antitrust Division

⁷ Art.19 Directiva 2019/1937

⁸ Apartado 3 de la Propuesta de Guía

denuncia, que ha ido desarrollando sus labor hasta la preparación de un primer borrador en julio de 2019 de lo que se ha denominado “ISO 37002”, cuya publicación se espera para el año 2021⁹.

Quiere ello decir, que las consideraciones sobre valoración de los canales de denuncia (“whistleblowers”) contenidas en la Propuesta de Guía deberán ser aplicados con prudencia y tomando en consideración las más que previsibles modificaciones normativas y de normalización que se van a producir en los próximos meses.

II.- SOBRE LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN CONTENIDOS EN LA PROPUESTA DE GUIA

Seguidamente se refieren de forma concisa algunos comentarios a los criterios de valoración contenidos en la Propuesta de Guía siguiendo la división de apartado A a F contenido en su Apartado 3.

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

(i) La Propuesta de Guía contiene una definición de “principales directivos” que no resulta coincidente con terminologías empleadas en otras disposiciones, como por ejemplo el Código Penal¹⁰, la Ley de Sociedades de Capital, o las referidas disposiciones internacionales de normalización de donde podría derivar un régimen de calificación de infracciones y de responsabilidad dispares.

(ii) La Propuesta de Guía establece que “*el hecho de que alguno de los principales directivos esté involucrado en una infracción de la LDC podrá determinar...el carácter ineficaz del programa de cumplimiento por cuanto excluye un compromiso verdadero con el respeto de las normas de defensa de la competencia*”. Se considera que esta “presunción” resulta excesiva en cuanto que por un lado la referencia a “*estar involucrado*” parece ambigua y por otro, la participación de una sola persona de la organización en una infracción parece excesiva para desvirtuar la efectividad de todo un programa.

B. Formación Eficaz

Sin comentarios.

C. Existencia de canales de denuncia anónimos

A este respecto, ver lo señalado en el apartado I-4 de estos comentarios. Más concretamente hay que indicar que la Directiva 2019/1937 no establece expresamente como hace la Propuesta de Guía la necesidad de existencia de “canales de denuncia anónimos”, sino que se limita a señalar que los procedimientos de denuncia internos deben incluir “*cauces para recibir denuncias que estén diseñados, establecidos y gestionados de tal forma que garantice la confidencialidad de la identidad de los informantes y se impida el acceso al personal no autorizado*”¹¹.

La Propuesta de Guía –quizá en línea con el artículo 24 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que lo permite expresamente- va más allá de lo establecido en la mencionada directiva (que no impone el anonimato) y está por tanto sujeta a lo que se establezca en su trasposición al derecho español.

⁹ Y sobre su valoración nos remitimos a lo señalado en el apartado I- 2 de estos comentarios.

¹⁰ Art.31bis 1.(a)

¹¹ Art.5.1 8ª) Directiva 2019/1937



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

Bajo este epígrafe, además de lo indicado la Propuesta de Guía debería valorar, de acuerdo con los principios básicos de los programas de cumplimiento más avanzados¹²:

- (i) la separación entre la función del “diseño y verificación” (no control) del programa, que correspondería al “responsable de cumplimiento”, de la función de “control” propiamente dicho del programa, que debería recaer en la Dirección o Unidad de Auditoría;
- (ii) necesidad de que el programa de cumplimiento partiera de una “política” y “procedimientos” de cumplimiento de competencia que, bajo responsabilidad del “responsable de cumplimiento” fueran objeto de difusión y susceptibles formación en toda la organización;
- (iii) esas “políticas” y “procedimientos” deberían estar basados en los principios de (a) establecimiento y (b) mejora (con mantenimiento, desarrollo, implementación y evaluación) de normas de cumplimiento de competencia adecuadas de acuerdo con los estándares internacionales actualmente existentes;

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

A nuestro juicio, en este apartado se confunden –dicho sea con todos los respetos– dos aspectos distintos de los programas de cumplimiento (en este caso de competencia): el diseño (y su revisión y actualización) del mapa de riesgos, con otras funciones como son la “formación” “seguimiento de denuncias” “promoción de iniciativas personales” que son actuaciones diversas al diseño y aplicación de un sistema de control de riesgos.

Un adecuado diseño de “políticas” y “procedimientos” como se ha indicado en el apartado D anterior, es lo que permite diferenciar los aspectos citados dentro del proceso de control del cumplimiento normativo (en este caso de competencia) para una correcta atribución de responsabilidades y controles permitiendo, en definitiva, su ponderación.

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

En relación con este apartado se realizan las siguientes consideraciones:

- (i) Este apartado entremezcla dos aspectos que, de nuevo, deben ser diferenciados dentro de los procesos de cumplimiento: (a) por un lado, el asesoramiento en materia de competencia, que naturalmente es función del “responsable de cumplimiento” y (b) la gestión de infracciones o sospecha de las mismas. Ambos deben ser “ágiles y accesibles” como se indica en la Propuesta de Guía, pero el tratamiento de las segundas es lo que realmente da eficacia a un sistema de cumplimiento, particularmente a la luz de los principios expuestos en la Directiva 2019/1937.
- (ii) el párrafo tercero de este apartado trata conjuntamente “garantizar el análisis adecuado de las situaciones de riesgo” y “la protección de los denunciantes”, cuando el primero es un aspecto que se refiere a la “identificación y diseño de los mecanismos de control” (referidos en el apartado E de la Propuesta de Guía) y el segundo, propiamente al funcionamiento de canales de denuncia (referidos en el apartado C de la Propuesta de Guía)
- (iii) en relación con la gestión de las infracciones (o sospechas de infracciones) se habla de la necesidad de “procedimientos...a través de denuncias internas o externas...o a través de los propios mecanismos de control de los programas de cumplimiento” con una referencia posterior

¹² En materia Penal y Antisoborno y de Protección de Datos, por ejemplo.

a la protección de los denunciantes “en línea con las obligaciones que al respecto establece la Directiva de whistleblowing”.

La redacción resulta a nuestro juicio confusa en cuanto que (a) por la referencia a “denuncias internas o externas” parece entenderse a que éstas pueden proceder de personal de dentro o fuera de la empresa interesada —en contraposición a la existencia de canales de denuncia internos o externos, como diferencia la Directiva 2019/1937¹³ y (b) de ser así, hay que señalar la propia citada Directiva únicamente confiere especial protección a determinadas personas, no a todo tipo de denunciantes (sean estos “internos” o “externos”) y bajo ciertas condiciones¹⁴.

A este respecto, hubiera sido deseable incluir en la Propuesta de Guía una referencia expresa, como incluye la Directiva 2019/1937 a que los canales de denuncia deben ser accesibles a “cualquier persona que trabaje la supervisión y la dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores” a quienes se deben prestar las garantías referidas en la citada Directiva¹⁵ en cuanto que, además de los propios trabajadores, son una fuente relevante de información sobre infracciones, en este caso al derecho de la competencia¹⁶.

G. Diseño de un sistema disciplinario transparente y eficaz.

Como señala la Propuesta de Guía, es un principio generalmente aceptado en la normativa internacional¹⁷ la recomendación de actuaciones disciplinarias en caso de incumplimiento de la normativa de cumplimiento.

Ahora bien, este planteamiento puede verse afectado, en ocasiones, con las limitaciones establecidas en la normativa laboral (general o convencional de empresas o sectores determinados) que son reacios —o directamente contrarios— a aceptar la inclusión de sanciones genéricas y/o rigurosas (como el despido) para conductas como las descritas en la propuesta de Guía.

Estas dificultades se ven incrementadas en las empresas de mayor tamaño donde (a) su implantación precisa del acuerdo con los representantes sindicales y (b) la negociación colectiva tiene lugar cada 3-5 años, periodo durante el cual será difícil su implantación.

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

Dada la obligada aplicación analógica de las garantías del Derecho Penal en el ámbito del Derecho Administrativo, se plantea la necesidad de realizar una interpretación integradora de ambos ámbitos del derecho, de modo que si concurren los elementos previstos en el artículo 31 bis del Código Penal, no debería descartarse la posibilidad de que la introducción de un programa de cumplimiento eficaz sea tenido en cuenta como circunstancia atenuante. Y todo ello de forma adicional y al margen de las situaciones específicas de atenuación de la responsabilidad del infractor identificadas en la Guía y que, entre otras cuestiones, se refieren a supuestos de solicitud de clemencia o a la posible iniciación de un procedimiento de terminación convencional.

¹³ Capítulo II y II de la Directiva

¹⁴ Art.2 Directiva 2019/1937 “*Ámbito de Aplicación personal*”

¹⁵ Capítulo IV de la Directiva

¹⁶ Un 10% de las denuncias de ciertos delitos tiene origen en “proveedores” según el “Report to the nations sobre Occupational fraud de la Association of Certified Fraud Examiners” (2018)

¹⁷ Vid. apartado 7.3.2.1.(e)

Ciertamente, la CNMC ha reconocido que la analogía con el artículo 31.bis del Código Penal no debe aplicarse de forma automática pero sí sería, sin embargo, deseable que en la Guía se especifique, con la misma claridad que en el ámbito penal, los casos en los que la existencia de un programa *ex ante* de cumplimiento pueda ser tenido como circunstancia atenuante. Y todo ello sin perjuicio de la posibilidad de modular la sanción en los supuestos en los que el eventual infractor proponga un programa de cumplimiento *ex post*, tal y como ha sido establecido en algunos precedentes¹⁸.

En efecto, a pesar de que la CNMC finalmente no admitió la implementación a posteriori del Programa de Cumplimiento como circunstancia atenuante por no concurrir los elementos que exige el Código Penal, esto es, que los hechos acreditados no permitan concluir la existencia previa de un Programa de cumplimiento robusto y eficaz, ésta valoró muy positivamente su implementación posterior, al modificar a la baja la sanción impuesta en su decisión.

Por tanto, en el Expediente S/DC/0544/14 Mudanzas Internacionales es la primera vez que la CNMC realiza una valoración de este tipo sobre los Programas de Cumplimiento al reducir el importe de la sanción impuesta a una de las sociedades infractoras por la adopción de un protocolo de este tipo, a pesar de que no llegue a considerarlo como una circunstancia atenuante. Pero a pesar de ello, es muy relevante señalar que la CNMC realiza especial hincapié en la valoración del diseño y de la eficacia de estos Programas para que no se configuren como una medida de mejora de la imagen empresarial, lo que pone de manifiesto la relevancia de su correcta proyección y posterior evaluación.

En este sentido, esto demuestra la necesidad y la importancia de disponer e implementar un Programa de cumplimiento normativo eficaz y contrastado, para que abra el camino para que la utilidad y la seguridad que ofrecen dichos Programas se vea reflejada en otras ramas del derecho administrativo y que, incluso, puedan llegar a ser considerados como una eximente de la responsabilidad jurídica.

En esta línea, en Italia, el Decreto Legislativo 231/2001, de 8 de junio de 2001, sobre “Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica”, en su artículo 6 establece, de modo expreso, la exención para las personas jurídicas que adopten modelos de organización y de gestión idóneos para prevenir delitos de la especie de los cometidos. Entre las exigencias del sistema de Cumplimiento se incluye: la individualización de las actividades de riesgo en función de la empresa, el desarrollo de protocolos específicos, la individualización de la modalidad de gestión de los recursos financieros, el desarrollo de obligaciones de información y la previsión de un específico sistema disciplinario.

¹⁸ Véanse Resoluciones dictadas en los expedientes S/DC/0612/17, Montaje y Mantenimiento Industrial y S/DC/0544/15 Mudanzas Internacionales.