



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

En el marco de la consulta pública elaborada por la CNMC sobre la PROPUESTA GUÍA DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN RELACIÓN CON LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA, AOP quiere hacer los siguientes comentarios, con independencia de los que pudieran hacer sus compañías asociadas a título individual.

1. Es muy conveniente por razones de calidad, precisión y seguridad jurídica que se unifique en la Guía la terminología relativa al **concepto de principales directivos**.

Si bien es cierto que la Guía proporciona una definición sobre lo que se entiende por principales directivos; sin embargo, a lo largo de todo el documento, ésta utiliza indistintamente una pluralidad de términos, de contornos imprecisos y no siempre coincidentes: *principales directivos*, *alta dirección* y *directivos* (y no especifica una diferenciación entre ellos), lo que induce a confusión, por indeterminación del círculo de personas afectadas. Además, la definición que la Guía facilita para el término principales directivos no incluye ningún concepto que los distinga de los meros directivos, cuando parece obvio que pretenden referirse a aquellos directivos de más elevado poder de decisión en una empresa.

2. Sería muy conveniente comentar el siguiente texto de la Guía: *“El hecho de que alguno de los principales directivos de la empresa esté involucrado en una infracción de la LDC podrá determinar de acuerdo con las circunstancias de cada caso el carácter ineficaz del programa de cumplimiento por cuanto excluye un compromiso verdadero con el respeto de las normas de defensa de la competencia”*.

Decepciona, por insuficiente, ver el **escaso efecto atenuante de responsabilidad** que la Guía atribuye a los **programas de compliance existentes** en una empresa con carácter **ex ante**, pues ni siquiera se contempla la posibilidad de su valoración o ponderación a los efectos de modulación de la posible sanción, como sí se contempla, aunque ciertamente con excesiva tibieza, para los **proyectos de cumplimiento presentados una vez iniciado el procedimiento administrativo sancionador o para proyectos de mejora de los programas ya existentes**, asumiendo en este último caso la insuficiencia del eventual programa existente por el solo hecho de la comisión de la infracción o su falta de detección a los efectos del programa de clemencia.

La constatación de una infracción no siempre es indicativa de la ineficacia de un programa de cumplimiento en un caso concreto. En primer lugar, riesgo cero no existe. En segundo lugar, cabe que se den en el seno de una empresa conductas aisladas deliberadamente elusivas, de engaño o fraude al programa o sistema interno de prevención normativa. En estos casos de comportamientos *outlier*, como ha reconocido el legislador penal, existencia de una conducta infractora por parte de un empleado o directivo no es reflejo del firme compromiso y esfuerzo colectivo por cumplimiento y la creación de una cultura de respeto a la ley. Por lo que parece razonable incluir en la Guía



que deba ponderarse necesariamente si el programa existente se “acomoda a las consideraciones expuestas en esta guía respecto a la eficacia de este tipo de programas”; y es que es tampoco los programas implantados con posterioridad a la iniciación de un procedimiento (a los que la Guía sí que toma en consideración para modular la posible sanción) garantizan de manera absoluta la no comisión de una infracción en el futuro.

La medida que proponemos, además, está totalmente en línea con la finalidad que persigue la guía de incentivar y coadyuvar a la implantación en las empresas de programas de cumplimiento y por tanto de generalizar en el mundo empresarial una cultura de competencia.

3. En relación con la **estrategia de formación** en relación **con colaboradores cercanos (socios, distribuidores, proveedores relevantes, etc.) (stockholders)** debería operar límites más precisos en la Guía. La única opción razonable por parte de las empresas principales sería exigirles a estos, dada su condición de terceros, la acreditación de la existencia e implantación de planes de formación dentro de sus respectivas organizaciones y la declaración certificada del cumplimiento de la normativa de competencia. Una intromisión intensa de la empresa principal podría generar el riesgo laboral y jurídico de confundir esferas de responsabilidad y de personalidades jurídicas diferenciadas. Esta confusión se produciría si por parte de una empresa principal se llegase a asumir la formación de los empleados de sus terceros stockholders.

4. Por último, en relación con las **medidas disciplinarias**, la Guía de la CNMC indica que se valorará positivamente la inclusión de cláusulas rescisorias en los contratos de la alta dirección para los casos en los que se constate una comisión de infracción de la normativa de competencia.

Desde nuestro punto de vista, y a efectos de acreditar la existencia de una verdadera cultura de cumplimiento en una empresa, y por lo tanto de rechazo o penalización de comportamientos internos inadecuados en esta materia, consideramos que lo más relevante a tener en cuenta debería ser el conjunto de elementos desincentivadores de incumplimientos, y en particular las medidas de respuesta o de reacción que las empresas prevén para tales casos en el propio modelo o programa de cumplimiento. Y estas medidas no deberían reducirse solo a mecanismos contractuales tan extraordinarios como son los mecanismos de la salida de los altos directivos responsables de una infracción. Deberían también valorarse por la Guía la existencia dentro las empresas, en sus programas, de **otras medidas de espectro o vocación más amplia, más cultural y de largo plazo**, insertadas no solo en su marco disciplinario, sino también en los otros ámbitos contribuyen de modo regular a moldear los hábitos y conductas de los empleados (la organización, selección de personas, evaluación del desempeño y los criterios de desarrollo de carrera).

Madrid, 28 de febrero de 2020