



HERBERT SMITH FREEHILLS SPAIN LLP

**COMENTARIOS A LA PROPUESTA DE GUÍA DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN
RELACIÓN CON LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA**

27 de febrero de 2020

Herbert Smith Freehills Spain LLP (“**HSF**”), agradece la oportunidad brindada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“**CNMC**”) de realizar comentarios a la propuesta de guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia (la “**Propuesta de Guía**” o la “**Guía**”) en el marco del periodo de consulta pública abierto por la CNMC.

Como firma especializada que presta servicios de asesoramiento para el cumplimiento de las normas de defensa de la competencia, HSF agradece la publicación de esta Guía, que muestra la voluntad de la CNMC de apostar por la prevención y la rehabilitación, a través de la adopción de programas de cumplimiento eficaces, ya sean *ex ante*, es decir, previos al inicio de una investigación, que articulen y apliquen controles internos que permitan a las empresas detectar internamente la conducta anticompetitiva; o *ex post*, es decir, programas dirigidos a evitar que la conducta infractora pueda repetirse en el futuro y que puedan considerarse como medidas apropiadas para evitar la prohibición de contratación con el sector público, en los términos recogidos en la Ley de Contratos del Sector Público¹.

La adopción de la Guía por la CNMC es una medida esperada y bienvenida, que contribuye a proporcionar a las empresas mayor certeza sobre los elementos que deben reunir los programas de cumplimiento en materia de competencia y a estimular su adopción. Existen, sin embargo, algunos aspectos que, desde nuestra experiencia, merecen una aclaración o explicación más detallada, que identificamos a continuación.

1. Los efectos de los programas de cumplimiento en relación con la prohibición de contratar con el sector público

En el apartado denominado “Presentación”, la Propuesta de Guía indica que una de las cuestiones que han dado el impulso definitivo a la CNMC para la creación de la Guía ha sido la introducción de una novedad legislativa como la prohibición de contratar con las administraciones públicas en el caso de las entidades sancionadas por infracciones graves de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (“**LDC**”).

Además, la Propuesta de Guía parece reconocer expresamente en dicho apartado que, en aplicación del artículo 72.5 de la Ley de Contratos del Sector Público, un operador económico objeto de investigación puede eludir o levantar la prohibición de contratar cuando, además de comprometerse a hacer el pago de las multas previstas en la resolución de la CNMC, ponga en marcha un programa de cumplimiento eficaz, o introduzca mejoras en el programa de cumplimiento preexistente al inicio de la investigación.

Este efecto de los programas de cumplimiento, en cuanto medida de autocorrección para eludir la prohibición de contratar, no aparece sin embargo recogido en la Guía, que solo reconoce a los

¹ 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.



programas de cumplimiento *ex post* (es decir, aquellos que se adoptan o mejoran una vez iniciado un procedimiento sancionador por la CNMC) un efecto de “*atenuación de la responsabilidad*” de la empresa investigada en relación con la determinación de la sanción y la consideración de dichos programas como “*elemento moderador de la sanción*”:

“La CNMC reitera que la mera implantación de un programa de cumplimiento, ya sea ex ante o ex post de la detección de la infracción, no justifica per se una atenuación de la responsabilidad de la empresa que deba ser considerada a los efectos de la determinación de la sanción.”

No obstante, la CNMC podría valorar, caso por caso, si la implantación de un programa de cumplimiento puede ser considerado como un elemento moderador de la sanción”.

De nuevo en el apartado 4.2 de la Propuesta de Guía, aun cuando se hace referencia a los expedientes donde pueda resultar de aplicación la prohibición de contratar prevista en el artículo 71 de la Ley de Contratos del Sector Público, solo se hace mención a un posible efecto de modulación de la eventual sanción que pudiera imponerse por la CNMC:

“El Consejo de la CNMC valorará si el diseño de dicho programa de cumplimiento o de su mejora se acomoda a las consideraciones expuestas en esta guía respecto a la eficacia de este tipo de programas a los efectos de una posible modulación de la sanción en el expediente sancionador en curso, en particular en aquellos”.

La Guía debería abordar esta cuestión e indicar expresamente que los programas de cumplimiento también pueden evitar la prohibición de contratar si cumplen los criterios para que en cada caso concreto y a la vista de las particulares circunstancias y gravedad de la infracción investigada, puedan considerarse por sí mismos o acompañados de otras medidas como apropiados para evitar que esa infracción pueda repetirse en el futuro.

2. Criterios de evaluación de los programas de cumplimiento eficaces

La Propuesta de Guía hace pivotar la eficacia de los programas de cumplimiento sobre la formación a todos los trabajadores de la compañía como pilar básico, adaptada en cada caso a su ámbito de actividad y funciones, formación que además debe ser accesible, adaptable y medible.

La Propuesta de Guía también señala que se valorará la estrategia de formación en relación con colaboradores cercanos, como pueden ser socios, distribuidores o proveedores relevantes. Sin embargo, la Propuesta de Guía no proporciona ninguna indicación de cómo la empresa en cuestión puede proporcionar o asegurarse que estos colaboradores cercanos cuentan con la formación apropiada, ni se recoge nada al respecto en el Anexo. Sería de agradecer que la Propuesta de Guía incluyera alguna indicación más detallada de lo que se espera de las empresas en relación con este punto es sus programas de cumplimiento.

3. Criterios para determinar la eficacia de los programas de cumplimiento ex ante

La Propuesta de Guía hace referencia a los llamados programas de cumplimiento *ex ante*, es decir, previos al inicio de una investigación, que articulen y apliquen controles internos que permitan a las empresas detectar internamente la existencia de conductas anticompetitivas. En relación con los criterios a tener en cuenta para determinar la eficacia de este tipo de programas de cumplimiento, el apartado 2 de la Propuesta de Guía establece que “*en general, estos programas solo se consideran eficaces cuando articulan y aplican controles internos que hayan detectado ad intra la conducta anticompetitiva, facilitando la utilización por la empresa del programa de clemencia*”.



De la lectura de este apartado parece desprenderse que la CNMC solo consideraría eficaces los programas de cumplimiento *ex ante* de las empresas solicitantes de clemencia, y no los programas de cumplimiento que puedan tener implementados con carácter previo al inicio del procedimiento sancionador aquellas empresas investigadas por la comisión de conductas anticompetitivas que no hayan solicitado clemencia o que no puedan solicitar clemencia, por no estar involucradas en una conducta de cartel. La Propuesta de Guía añade, a continuación, 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, lo que puede generar confusión.

Es importante, en este sentido, que la CNMC pueda tomar en consideración todos los programas de cumplimiento atendiendo a sus características y el esfuerzo de cumplimiento de cumplimiento de la normativa de defensa de la competencia que pudieran haber realizado. En caso contrario, si ya se excluye la posibilidad de que la CNMC tome en consideración este esfuerzo si no hay solicitud de clemencia o si solo un directivo está involucrado, se podría llegar a un efecto contrario al que se persigue con la Propuesta de Guía, que es estimular la adopción de estos programas para expandir la cultura de cumplimiento.

El resultado al que se podría llegar si no se aclararan suficientemente estos aportados es precisamente el desincentivo de las empresas a la implantación de programas de cumplimiento de competencia *ex ante*, es decir, con carácter previo a la incoación de una investigación, dada la escasa, o más bien nula, eficacia que parecía concederles la CNMC si no se trata de las solicitantes de clemencia o de empresas respecto de las que, además, no se haya considerado que ninguno de sus directivos tomó parte en la infracción investigada.

4. Criterios para determinar la eficacia de los programas de cumplimiento *ex post*

En relación con los programas de cumplimiento *ex post* también es preciso aclarar el momento concreto del procedimiento en el que dicho programa puede presentarse a la CNMC. La Propuesta de Guía simplemente señala que, una vez implementado el nuevo programa de cumplimiento o la mejora del anterior, *“la empresa deberá remitir en un plazo no superior a seis meses una declaración de sus representantes legales certificando la implementación del programa de cumplimiento o la mejora cuyo diseño fue expuesto a la CNMC”*.

Sin embargo, esta previsión no permite determinar en qué momento concreto del procedimiento sancionador corresponde la presentación a la CNMC del programa de cumplimiento. Entendemos que las empresas deberán conocer previamente las infracciones que se le imputan, por lo que debería permitirse la presentación del proyecto de diseño y mejora del programa de cumplimiento una vez que, al menos, se haya emitido y notificado el Pliego de Concreción de Hechos.