

A 27 de febrero de 2020

A la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Referencia: **Consulta Pública del borrador de la “Propuesta de guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia”.**

D. Albert Salvador Lafuente, mayor de edad, con DNI 38510188T, en su condición de Secretario General de la World Compliance Association, constituida en Madrid en enero de 2017, y con domicilio en Paseo de la Castellana 79, 7ª planta, en 28046 Madrid,

EXPONGO

Que una vez revisado el borrador de Propuesta por un comité técnico especializado de la World Compliance Association realizamos las siguientes

OBSERVACIONES

Comentario General

Consideramos muy positiva la iniciativa de la CNMC de elaborar esta Guía, centrada en un ámbito tan importante como la competencia en los mercados.

Aunque las grandes empresas, en general, están mucho más familiarizadas con las normas de competencia, para muchas otras, en especial las pequeñas y medianas, la atención a una competencia libre, sin prácticas que la distorsionen o anulen, es algo que a veces consideran como lejano, por lo que acercarles a lo que debe ser una buena práctica competitiva y al hecho de que un programa de “compliance” debe incluir este ámbito normativo, es algo importante. De igual modo, es positivo que conozcan más y se familiaricen con los procedimientos de la CNMC en su función por garantizar la competencia en los mercados.

Asimismo, nos parece de gran utilidad práctica incluir el link con la “Guía práctica de autodiagnóstico y reporting en cumplimiento normativo, así como el Anexo con indicadores, si bien, como comentaremos más adelante, debería destacarse algo más la utilidad práctica de las guías, además de citarla como fuente de referencia, invitando al lector a su utilización.

Teniendo en cuenta este planteamiento general, los comentarios y observaciones que trasladamos pretenden tan sólo ser una pequeña contribución que aporte más claridad y coherencia al lector en relación a otras guías de compliance que pueda conocer o utilizar como referencia. Es fundamental que el lector, con unas responsabilidades y unas tareas dentro de su empresa, sean cuales sean estas, considere que el compliance

es un todo, es una actitud y un comportamiento, que engloba todos los ámbitos en los que se desarrolla la actividad de la empresa, siendo la libre competencia en el mercado una cuestión importante.

Comentarios específicos

A continuación se destacan en color rojo, para facilitar así su lectura, las frases y párrafos que se propone podrían añadirse al actual documento.

- Presentación.

- Párrafo primero. (pág.1)

Los programas de cumplimiento normativo o programas de compliance (en adelante, “programas de cumplimiento”) han experimentado un auge significativo en España 1. Aunque inicialmente su utilidad inmediata recaía fundamentalmente en el ámbito del derecho penal, las empresas han ido reconociendo el valor de estos programas para asegurar el cumplimiento normativo en ámbitos distintos al penal 2, muy particularmente, en el ámbito de las infracciones del derecho administrativo sancionador y en general en el aseguramiento ante otro tipo de riesgos relacionados con incumplimiento de normas o comportamientos contrarios a las “buenas prácticas” admitidas y asumidas como tales por la sociedad.¹

- Añadir un nuevo párrafo al final y la correspondiente Nota a pie de página. (pág. 2)

..... cumplimiento sea eficaz.

Con ello, se pretende que las empresas, sea cual sea su tamaño y su sector de actividad, implementen un programa de compliance que tenga en cuenta todos los riesgos a los que debe hacer frente la empresa en materia de cumplimiento normativo y buenas prácticas, no dejando fuera ningún aspecto, entre otros, el de respeto a las reglas de competencia en el mercado. Así, como ejemplo ilustrativo de riesgos que a veces pueden “olvidarse”, están los riesgos de la práctica del cohecho en el comercio internacional, que para muchas empresas que operan en algunos mercados es una realidad que tienen delante, con todo lo que ello implica.²

¹ Así, además de la existencia de normativas con diferentes grados de exigencias según el área geográfica, como por ejemplo en algunas normas medioambientales, hay ámbitos en los que aún no existe una normativa completamente desarrollada y las “buenas prácticas comúnmente aceptadas” son importantes para una buena imagen reputacional de una empresa; por ejemplo, en temas de seguridad de los datos, daños reputacionales, etc...

² El término de cohecho internacional ha sido claramente definido por la OCDE y es compartido por un gran número de países. De hecho, tras un pasado de aceptación como algo inevitable y hasta de tolerancia por parte de las autoridades de los países tanto importadores como exportadores, se ha generado un claro rechazo y hoy es perseguido con una clara colaboración entre los países, con implicaciones serias y punibles para las empresas que lo realizan.

- Introducción.

- Párrafo 7. Añadir dos párrafos a continuación. (pág. 3)

Para que sean verdaderamente efectivos, los programas de cumplimiento deben garantizar, a través de..... que, en su conjunto, reflejen el propósito firme de cumplimiento en la forma de trabajar del conjunto organizativo.

Más aún, el éxito de un programa de *compliance* depende, en gran medida, del grado de sensibilización y concienciación de los integrantes de la empresa. Solo cuando el conjunto de la organización es consciente de sus responsabilidades podrá aspirarse a que la cultura de cumplimiento y de mejora continua quede instalada en la organización.

Con un sistema de *compliance* bien implantado y una cierta «cultura de cumplimiento» dentro de la organización, los directivos de la empresa podrán afrontar de modo más seguro su gestión minimizando los riesgos.

- 3. Programas de cumplimiento eficaces. Criterios de evaluación. Párrafo 2.(pág. 5)

Los criterios se inspiran de forma significativa en la Guía Práctica de Autodiagnóstico y Reporting en Cumplimiento Normativo, Gobierno Corporativo y Prevención de la Corrupción elaborada por Transparencia Internacional España, cuya versión digitalizada fue realizada por la CNMC y la referida Organización internacional sin ánimo de lucro y se encuentra disponible para todos los operadores como instrumento de autodiagnóstico en materia de cumplimiento normativo en el siguiente enlace <https://arguide.cnmc.es>¹⁴. Hay que destacar que este tipo de ejercicio de autodiagnóstico resulta de gran ayuda ya que aporta una primera visión útil sobre el modo de enfocar el planteamiento de un programa de *compliance*, por lo que se recomienda consultarlo. De hecho, en el Anexo se incluyen detallados algunos ejemplos de indicadores útiles a tener en consideración.

- 3.C. Existencia de un canal de denuncias anónimo. Añadir párrafo al final. (pág.8)

..... conforme a los criterios de esta guía.

En cualquier caso, debería incluirse la recomendación de establecer canales de denuncia especializados que permitan la "anonimización" del denunciante, a la vez que la comunicación directa entre el denunciante y el responsable de la recepción de las denuncias, con objeto de obtener detalles importantes y mayor información a efectos de la valoración de la denuncia y una posterior investigación más efectiva que permitan identificar los incumplimientos y por lo tanto el funcionamiento efectivo "ex ante" del programa de cumplimiento.

- 3.D Independencia del responsable de diseño y control de las políticas de cumplimiento. Añadir frase a párrafo primero y añadir dos párrafos a continuación del tercero. (pág.8)

Debe nombrarse un responsable directo del diseño del programa y de su ejecución que tenga plenas garantías y recursos para poder desarrollar sus funciones de forma independiente¹⁶ (en adelante, “responsable de cumplimiento”). **Será nombrado directamente por el órgano de gobierno de la organización, que al mismo tiempo deberá aprobar unas medidas de protección a la posición frente a posibles represalias, que garanticen su independencia y autonomía real en el seno de la organización.**

Para garantizar esta independencia debe tener la facultad de reportar directamente
la empresa con plena independencia.

Además, el responsable de cumplimiento debe contar los recursos humanos y
u organización.

Debería fijarse como criterio de valoración de la evidencia real del cumplimiento de este apartado el aspecto retributivo asignado a la posición, siendo un criterio aceptado que la posición debería tener una retribución fija no inferior al promedio de la retribución para las posiciones directivas de nivel similar que existan dentro de la organización.

La posición debería estar libre de conflictos de intereses en cuestiones como, ausencia de relaciones de hasta el segundo grado de consanguinidad con miembros de la organización, no ocupar otras posiciones en la organización que tengan riesgos relevantes en materia de competencia, no tener modelos retributivos variables vinculados a los resultados económicos, etc.

- 3. E Identificación de riesgos y diseño de protocolos o mecanismos de control.
Añadir frases a continuación del primer párrafo y una palabra en el segundo(pág 9)

Cualquier programa de cumplimiento debe analizar de forma específica, en el seno de cada empresa y de cada unidad que la compone, los riesgos a los que se encuentran expuestas. Es lo que comúnmente se denomina “mapa de riesgos”, **aunque sería más correcto llamarle "matriz de riesgos". El término "mapa de riesgos" hace referencia a una expresión gráfica no detalladas de los riesgos mientras que la matriz individualiza la identificación, evaluación y análisis de los riesgos en materia de competencia de la organización.**

En este sentido, el mapa o matriz de riesgos debe señalar

- Añadir dos nuevos párrafos a continuación del párrafo 3.

..... empresa del sector farmacéutico son dispares.

Una vez identificados los riesgos, esto es la probabilidad de que determinados hechos ocurran, es preciso priorizar estos en función de su probabilidad y del impacto en el negocio. Esto permitirá enfocar mejor los programas de control y, en su caso, las medidas correctoras y los planes de contingencia si proceden.

Para la identificación, evaluación y análisis de riesgos, la organización deberá seguir criterios y procedimientos definidos. En este sentido sería aconsejable su orientación hacia los estándares internacionales más asentados en esta materia como pueden ser COSO ERM o ISO 31000.

Detectados los riesgos para que el programa.....

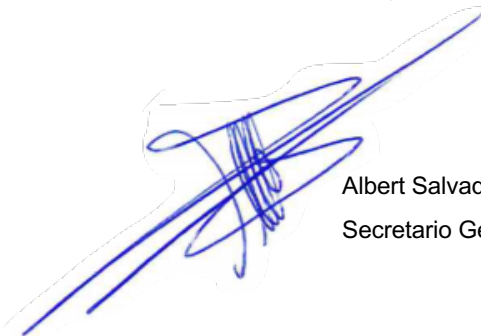
3. H. Evaluación del Programa de cumplimiento. Nuevo apartado (pág. 10).

Debería establecerse una evaluación interna periódica de la eficacia del programa de cumplimiento, realizada con criterios objetivos, mediante la incorporación de medidas como auditorías internas, establecimiento de indicadores SMART sobre los diferentes elementos del programa, etc. Asimismo, debería fijarse el contenido mínimo de los aspectos o elementos que deberían ser reportados y evaluados, al menos anualmente, por el órgano de gobierno de la organización.

COMENTARIO FINAL

Entendemos que estas sugerencias mejoran el borrador de la Propuesta que, sin duda, va a contribuir a reforzar la cultura de compliance entre las empresas e instituciones en España.

Madrid, 27 de febrero de 2020



Albert Salvador Lafuente
Secretario General WCA