

Asociación Española de Banca	
Fecha salida	28-02-2020 10:53
Registro	RS-2020-00219
RS-2020-00219	

En relación con la PROPUESTA DE GUÍA DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN RELACIÓN CON LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA, adjunto se remite el informe de esta Asociación en la confianza de que serán consideradas las observaciones contenidas en el mismo.

En Madrid, 28 de febrero de 2020



COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

COMENTARIOS DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE BANCA (AEB) A LA CONSULTA PÚBLICA DE LA CNMC SOBRE UNA PROPUESTA DE GUÍA DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN RELACION CON LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

OBSERVACIONES GENERALES

Con carácter general, la AEB apoya la iniciativa adoptada por la CNMC de publicar una Guía de Programas de Cumplimiento en relación con la defensa de la competencia (PCC).

La publicación de la Guía y los distintos eventos que la CNMC organiza regularmente dentro del marco de "*Espacio Compliance*" muestran el compromiso de dicho organismo con la promoción de una cultura de cumplimiento de la normativa en aras del interés público.

Con el fin de que la Guía sirva para el propósito para el que se ha elaborado y aporte seguridad jurídica a las empresas, se realizan las siguientes sugerencias:

- **SOBRE LOS CRITERIOS PARA VALORAR LA EFECTIVIDAD DE LOS PCC**

La CNMC ha realizado el esfuerzo de sistematizar una serie de criterios de evaluación para que el diseño e implementación de un programa de cumplimiento sea eficaz y sirva a los objetivos señalados en la Guía. En este sentido, en el borrador de Guía se indica claramente que los indicadores son los comúnmente aceptados para la configuración de programas de cumplimiento eficaces, no tratándose por tanto de un listado cerrado de cara a evaluar su eficacia.

Se considera necesario recoger en el documento el reconocimiento de que los programas de vigilancia y prevención de infracciones dependen de múltiples factores, tales como el tamaño de la empresa, su estructura organizativa interna y de gestión o los mercados donde opere, entre otras. Además, debe reconocerse que no todos los criterios serán relevantes en el análisis de todos los casos.

Por otra parte, cuando se evalúa la eficacia y robustez de un programa de cumplimiento normativo, es preciso reconocer la realidad de que ningún programa es eficaz, en el sentido de que no puede asumirse que si el programa adoptado por la empresa no es capaz de detectar una infracción en un caso concreto, debe considerarse que el mismo no es eficaz.

Resulta importante que la CNMC sea consciente de esta realidad, y que la misma quede reflejada en la Guía, tal y como lo hacen algunas autoridades de referencia en materia antitrust como el Departamento de Justicia de EEUU, al indicar en su política actual de evaluación de programas de cumplimiento en materia de competencia que "*a pesar de que el mejor resultado es evitar que se produzcan infracciones de la normativa, ningún*

programa de cumplimiento puede evitar nunca toda actividad ilegal de los empleados de una corporación”¹.

- SOBRE EL VALOR DE LOS PCC A LA HORA DE DETERMINAR EL IMPORTE DE LA SANCIÓN POR INFRACCIÓN DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Se considera necesario que la Guía aborde la consideración que pueden tener los programas de cumplimiento adoptados tanto antes de la apertura de un expediente sancionador (ex ante) como después (ex post) de cara a modular la sanción que pudiera imponerse a la empresa infractora de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC).

En concreto, se considera que la Guía debe señalar con mayor claridad y sin ningún tipo de duda que la CNMC tendrá en cuenta los esfuerzos genuinos de cumplimiento realizados por las empresas antes del inicio de un expediente sancionador a la hora de imponer la sanción, con independencia de que no hayan podido evitar la infracción en el caso concreto, del mismo modo que el Código Penal, en su artículo 31 bis, establece que la existencia de tales medidas antes de la comisión de un delito puede ser una circunstancia eximente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Asimismo, resulta necesario que la Guía reconozca positivamente los esfuerzos ex post; esto es, que la adopción de medidas destinadas al compliance de competencia o bien el refuerzo de determinados aspectos de un programa de cumplimiento ya existente después del inicio del expediente sancionador se consideren como circunstancia atenuante del importe de la eventual sanción, en línea con el artículo 31 quater del Código Penal.

Dado que el derecho administrativo disciplinario se inspira en los principios del derecho penal, y que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha confirmado que las multas por prácticas restrictivas tienen una naturaleza penal (asunto Menarini²), debe admitirse una aplicación analógica de lo dispuesto por la normativa penal al derecho de la competencia en cuanto a la valoración de los esfuerzos de cumplimiento.

Esta posición no implica reconocer la simple existencia de un programa de cumplimiento sin más como una circunstancia que reduzca el importe de una eventual sanción, como ya ha señalado la CNMC en varios expedientes. El sistema de exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas previsto en el Código Penal tampoco va en el sentido de un reconocimiento automático.

Se trata de reconocer y, en su caso, valorar si previamente a la comisión de la infracción la empresa había adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión apto, bien para prevenir la infracción, bien para reducir de forma significativa el riesgo de

¹ <https://www.justice.gov/atr/page/file/1182001/download> (página 3).

² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de septiembre de 2011, asunto A. Menarini Diagnostics Srlc. Italia.

su comisión. No se trataría de una valoración automática sino que la CNMC la realizaría caso por caso, de acuerdo con las pruebas concretas que la empresa aportara.

Limitar la posibilidad de que se reduzca el importe de una eventual sanción a las medidas de cumplimiento adoptadas una vez que se ha incoado un expediente sancionador, o darles el mismo valor que a las medidas adoptadas por la empresa ex ante puede lanzar un mensaje equivocado de cara a la promoción de la cultura de competencia en interés público.

Además, implica que empresas con un fuerte programa de cumplimiento que cometen una infracción son tratadas de la misma manera que las empresas sin dicho programa, lo que resulta discriminatorio para aquéllas que asignan importantes recursos y esfuerzos al mismo.

Por último, en línea con lo que hacen otras autoridades de nuestro entorno, por ejemplo la AGCM en Italia en la Guía sobre programas de cumplimiento publicada en septiembre de 2018³, se considera útil que la Guía establezca una referencia del porcentaje en el que podría verse reducida la multa en el caso de que la CNMC considerara de forma positiva los mecanismos de prevención y control implementados por la empresa bien ex ante o bien ex post.

Madrid, 28 de febrero de 2020

³ Versión en inglés disponible en: https://en.agcm.it/dotcmsdoc/guidelines-compliance/guidelines_compliance.pdf