

## **OBSERVACIONES A LA PROPUESTA DE GUÍA DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN RELACIÓN CON LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

**AE&F Abogados S.L.P**

El Área de Derecho Público de *Aleman, Escalona & de Fuentes Abogados S.L.P.* asesora a empresas en el ámbito del Derecho de la Competencia, y colabora activamente con ellas en el diseño e implantación de programas de cumplimiento normativo en relación con la defensa de la competencia.

A la vista de su experiencia, y del trámite de audiencia pública al que la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en adelante, "**CNMC**") ha sometido su "*Propuesta de Guía de Programas de Cumplimiento en relación con la defensa de la competencia*" (en adelante, la "**Propuesta de Guía**") formula las siguientes **CONSIDERACIONES**.

### **1. ANTECEDENTES.- PRÁCTICA DE CNMC Y NOVEDADES LEGISLATIVAS**

La posibilidad de que CNMC valore la implantación o la existencia de un programa de cumplimiento normativo no es, en puridad, nueva, sino que viene conferida por la vía de las circunstancias atenuantes del art. 64 de la Ley de la Defensa de la Competencia ("**LDC**")<sup>1</sup>.

Sin embargo, frente a esta teórica posibilidad, la aplicación práctica de las circunstancias atenuantes por la existencia de programas de cumplimiento normativo ha sido, en pocas palabras, testimonial.

Las recientes modificaciones normativas, promovidas desde el ámbito europeo de armonización, y mencionadas expresamente en la Propuesta de Guía, han determinado la necesidad de una aproximación más efectiva y realista al fenómeno de los Programas de cumplimiento normativo o de *Compliance*.

De especial interés en esta materia son las novedades incluidas por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, "**LCSP**"). En efecto, el art. 71.1. b) LCSP impone una prohibición de contratar a las entidades que hayan "*sido sancionadas con carácter firme por infracción grave de falseamiento de la competencia*"<sup>2</sup>, mientras que el art. 72.5 LCSP exige de esta

---

<sup>1</sup> *Vid.* Resolución CNMC de 6 de septiembre de 2016 (Expedte.- S/DC/0544/ Mudanzas internacionales) en línea con las referencias a su carácter excepcional en ella contenidas mediante la remisión a la Resolución de 23 de julio de 2015, Expte. S/0482/13 Fabricantes de automóviles o, incluso a la STJUE en su sentencia de 18 de julio de 2013 (asunto C-501/11 Schindler Holding y otros/Comisión).

<sup>2</sup> La prohibición de contratar en este caso ya había sido transpuesta al ordenamiento nacional proveniente de las Directivas europeas de contratación en la Disposición Final Novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que transpuso al ordenamiento nacional la regulación de las prohibiciones de contratar con el Sector Público

prohibición<sup>3</sup>, por primera vez en nuestro sistema, a las entidades que, entre otros requisitos, acrediten haberse dotado de un programa de cumplimiento normativo.

*"No procederá, sin embargo, declarar la prohibición de contratar cuando, en sede del trámite de audiencia del procedimiento correspondiente, la persona incurso en la causa de prohibición acredite el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido declaradas responsables del pago de la misma en la citada sentencia o resolución, y la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia"*

Junto con esta novedad legislativa, debe mencionarse la reciente aprobación de la conocida como "Directiva Whistleblowing"<sup>4</sup>, por la que se armoniza la regulación de la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. La misma se encuentra dentro del plazo de transposición, ya que los Estados tienen el deber de incorporarla a sus ordenamientos jurídicos antes del 17 de diciembre de 2021.

También constituyen antecedentes normativos de la necesidad de una Guía como la que ahora elabora CNMC, tanto la conocida como Directiva ECN<sup>5</sup>, pendiente igualmente de transposición, como la disciplina del régimen de daños y perjuicios derivados de infracciones del Derecho de la Competencia, ya transpuesta<sup>6</sup>.

En la misma línea de actuación que la ahora emprendida por CNMC, en relación con la elaboración de una Guía que sirva de orientación a las entidades para formular programas eficaces de cumplimiento normativo en materia de competencia, se han situado otras Autoridades de Competencia. Destaca, junto con ejemplos de otros de países vecinos, el caso de la Autoridad Vasca de Competencia, que aprobó, para su ámbito de competencia, la Guía de Compliance en materia de Competencia (2019).

A la vista de todo ello, hay que entender la oportunidad de la iniciativa de CNMC como plenamente justificada, y el sentido de estas observaciones, como estrictamente orientadas, tanto a mejorar el modelo y la cultura de cumplimiento normativo en relación con la defensa de la competencia en España, como en

---

<sup>3</sup> La Propuesta de Guía (pág. 2) lo presente como una "posibilidad de eludir esta prohibición" cuando el tenor literal del precepto legal lo establece de manera automática

<sup>4</sup> Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión

<sup>5</sup> Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión

<sup>6</sup> Disposición Adicional Primera del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores.

lograr programas de cumplimiento efectivos y no meramente retóricos, que sirven a la finalidad para los que son legalmente concebidos, en un marco de seguridad jurídica para los operadores económicos.

## **2.- CONSIDERACIÓN GENERAL SOBRE LA PROPUESTA DE GUÍA: INADECUACIÓN AL TEJIDO EMPRESARIAL ESPAÑOL**

La mera lectura de la Propuesta de Guía permite concluir que los fundamentos de los programas de cumplimiento normativo a los que pretende servir son los de grandes corporaciones y entidades; con diversos órganos de dirección o administración; con un elevado número de trabajadores y recursos y, a las que, en buena parte, se les presupone la existencia de medidas personales, técnicas y organizativas de cumplimiento normativo ya en parte implantadas, y que ahora deberían amoldarse al estándar de exigencia de la Guía en cuanto al Derecho de la Competencia se refiere.

Esta aproximación al marco de exigencias de los programas de cumplimiento normativo no se ajusta al contexto jurídico y económico español en el que compiten las empresas, dado que aquellas entidades con más de 250 trabajadores son menos del 5 % del entramado económico nacional<sup>7</sup>.

En este sentido, tanto la Guía que finalmente se apruebe y, en especial, la doctrina de aplicación que de la misma consolide la CNMC deberán contener elementos de graduación y ponderación de esta circunstancia cuando examinen la suficiencia o no de un programa de cumplimiento.

## **3.- CRITERIOS DE EVALUACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO**

Para facilitar la lectura y seguimiento de las presentes observaciones se va a respetar el orden de tratamiento de los criterios de evaluación que introduce la Propuesta de Guía.

Es importante destacar, con carácter previo, que la Propuesta de Guía no indica expresamente que deban reunirse todos (en total 7) los criterios (del A al G) para que el programa de cumplimiento normativo pueda recibir el placet de la CNMC, y surtir los efectos deseados, tanto en cuanto a su dimensión de atenuación como de exoneración de las consecuencias jurídicas derivadas de posibles infracciones anticompetitivas.

Sin embargo, la lectura sistemática y detallada de toda la Propuesta de Guía permite llegar a la conclusión de que los criterios de evaluación se van a exigir acumulativamente. En relación con esta circunstancia, entendemos que sería conveniente atemperar el carácter acumulativo de los criterios exigidos para que los programas de cumplimiento normativo puedan adecuarse mejor al caso, las dimensiones y necesidades concretas de cada entidad.

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

---

<sup>7</sup> Cifras PYME 2019.- Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.- <http://www.ipyme.org/es-ES/ApWeb/EstadisticasPYME/Documents/CifrasPYME-enero2019.pdf>

El propósito de la Propuesta de Guía es que la cultura del cumplimiento normativo debe ser promovida e incentivada por los principales directivos de la empresa, y para ello se busca que los principales directivos deban implicarse al máximo.

En este sentido, se configura como *presunción iuris tantum* de ineficacia o poca seriedad del programa de cumplimiento normativo, el hecho de que alguno de los principales directivos de la empresa de la empresa esté involucrado en una infracción de la LDC.

Aunque formalmente la Propuesta de Guía modula la presunción remitiéndola a las circunstancias del caso concreto, sería preciso incluir garantías materiales para su aplicación.

Por ejemplo, la definición de “principal directivo” es excesivamente ambigua y, así descrita, podría ser compatible con empleados sometidos al régimen laboral común y sin contratos y/o responsabilidades sustantivas efectivas de alta dirección.

Además, es esencial para que funcione la lógica del modelo de compliance que la organización pueda demostrar, llegado el caso, que un directivo actuó quebrantando los protocolos y programas de cumplimiento, e incluso engañando a su propia Compañía, sin que por ello deba apreciarse automáticamente la ineficacia o insuficiencia de todo un modelo.

En relación con la consideración de merma de la eficacia del programa la existencia de política de incentivos que primen el comportamiento de riesgos, así como con la correlativa necesidad de castigar los incumplimientos “incluso con el fin de la relación laboral” debería incorporarse la sensibilidad jurídica que impone el Derecho laboral vigente.

No resultado ajustado a Derecho que la Guía definitiva contemple como criterio vertebrador de la eficacia de un programa, la adopción de medidas disciplinarias que puedan determinar, para la empresa, el incumplimiento del Derecho laboral o, lo que es lo mismo, que puedan compeler a la obligatoria imposición de sanciones laborales, despidos o desistimientos que determinen sentencias de condena para al empresa en el Orden Jurisdiccional Social.

Sobre la existencia de una declaración clara, firme y pública de los máximos representantes de la empresa subrayando el cumplimiento de las normas de defensa de la compañía, la Propuesta de Guía entra en contradicción con prácticas precedentes de CNMC en las que, por ejemplo, no ha conferido ningún valor como compromiso con las reglas de la competencia, declaraciones (emails) remitidos por el Presidente de una Compañía a sus primeros niveles de dirección<sup>8</sup>. ¿Debe entenderse que ahora sí se reconoce valor a manifestaciones de esta naturaleza?

## **B-. Formación eficaz**

El valor que la Propuesta de Guía confiere a la formación eficaz para que los programas de cumplimiento normativo cumplan con su cometido, no puede sino compartirse.

---

<sup>8</sup> S/DC/0565/15 Licitaciones aplicaciones informáticas

Sin embargo, la extensión de los deberes y los compromisos de formación que la Propuesta de Guía impone a las empresas en relación con terceros (colaboradores cercanos: socios, distribuidores, proveedores relevantes, etc) parece desproporcionada. En tal sentido, impone una carga desmedida a las empresas para el cumplimiento de un fin, el de prevención, que puede alcanzarse igualmente por medios menos gravosos (por ejemplo, informando de la existencia del Código Ético o del Manual de Cumplimiento Normativo o similares).

De otro lado, impartir formación sobre el cumplimiento normativo de una empresa a los trabajadores de otra, puede comportar irregularidades o complejidades desde el punto de vista, tanto del Derecho del trabajo, como de la necesidad de proteger información comercial y confidencial.

### **C-. Canal de denuncias anónimo.**

La Propuesta de Guía contiene, como criterio determinante para medir la suficiencia de un Programa de Cumplimiento, la existencia de un canal anónimo de denuncia.

Esta exigencia no matizada, y planteada en términos absolutos, que se fundamenta en la experiencia de las mejores prácticas y en la Directiva *Whistleblowing*, puede comportar una serie de contradicciones jurídicas.

En primer lugar, la inclusión como obligatorio a los efectos de la Guía proyectada del canal de denuncias puede comportar un acto de autoridad pública de aplicación directa de una Directiva, la *Whistleblowing*, y ello cuando todavía se está en fase de transposición y no se dan los elementos jurisprudenciales necesarios para que se deriven los efectos directos que pretende extraer CNMC.

Por otro lado, esta extracción del mandato normativo de incluir canal de denuncias no tendría acomodo claro para las empresas de menos de 50 trabajadores.

Por ello, se cree conveniente una redacción más amortiguada sobre la exigencia de anonimato, de manera que no sea un obstáculo a la eficacia del programa el hecho de que el mismo contemple, por ejemplo, la coexistencia de canales de denuncia, de manera que el trabajador o denunciante pueda libremente optar por una fórmula u otra; siempre, por supuesto, que en ambos casos se articulen las debidas garantías de que no va a haber represalias. En este sentido, cabe pensar, por ejemplo, que la identificación del denunciante puede contribuir, por ejemplo, a aplicar las medidas de incentivo que la propia Propuesta de Guía anima a implantar como parámetro de medición del compromiso de una empresa con el cumplimiento normativo.

Además, la existencia de un canal de denuncias anónimo debería ser compatible con la posibilidad de que los órganos internos de la entidad encargados de la investigación puedan requerir información adicional, con garantía, en su caso, del anonimato. Nótese que una correcta instrucción puede ser crítica dentro de una Compañía a efectos de cumplir con los requerimientos legales laborales para el ejercicio de la potestad disciplinaria, que la propia Propuesta de Guía exige.

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

Con carácter general, el planteamiento reflejado en la Propuesta de Guía sobre la independencia del responsable del diseño y del cumplimiento normativo de una entidad parece adecuado con los estándares que ya son generalmente aceptados.

No obstante, no puede dejar de apuntarse que, si bien, hay referencias a la variable del tamaño de la empresa, lo cierto es que en el desarrollo de la propuesta parece referirse el estándar de independencia al de grandes corporaciones, con existencia de distintos órganos de gobierno, y la dotación del responsable con una serie de recursos propios que no encaja con el modelo más habitual de entidad o empresa en España.

En cuanto a la autonomía o independencia funcional, se exige que el responsable de cumplimiento normativo *“exija al órgano de dirección y a los principales directivos medidas para el correcto diseño e implantación del modelo”* e incluye entre ellas medidas laborales, tales como el diseño de incentivos y las disciplinarias, por ejemplo.

Sin perjuicio del evidente papel que el responsable de cumplimiento deba asumir en el diseño estratégico y en el marco disciplinario de una compañía, creemos que no es posible ni adecuado condicionar la organización interna de las empresas, hasta el punto de obligar a atribuir la capacidad de decisión y/o de propuesta, de medidas disciplinarias al responsable de unidad de cumplimiento.

En tal sentido, en la adopción de decisiones disciplinarias, las entidades tienen que velar por el cumplimiento no sólo de las normas del Derecho de la Competencia sino del respeto a las normas del Derecho laboral, que no tienen menor jerarquía normativa ni importancia social y económica que las primeras.

No debe olvidarse, por parte de CNMC, que el Ordenamiento Jurídico es un todo orgánico, en el que no puede hacerse primar por órganos sectoriales, el ordenamiento jurídico particular que aplican, convirtiéndolo en una suerte de “plus Derecho”.

Para acoger esta realidad normativa, la Guía que finalmente adopte la CNMC también debería contemplar modelos alternativos de toma de decisión disciplinaria, en las que se garantice la participación del responsable de cumplimiento normativo por fórmulas diferentes que permita a una organización adoptar decisiones con mayores garantías de legalidad.

Por ejemplo, la atribución de la decisión al responsable del Área de Recursos Humanos o del Comité disciplinario oportuno, si tienen suficiente rango, previo informe del responsable de cumplimiento normativo.

## **E-. Identificación de riesgos y diseño de protocolos o mecanismos de control**

En general, las exigencias en torno al mapa de riesgos que contiene la Propuesta de Guía son las razonables en la elaboración de los programas de cumplimiento normativo en la actualidad. Si bien, de nuevo, las mismas están pensadas para grandes corporaciones más que para entidades de tamaño más frecuente.

En todo caso, lo importante en este punto es que el análisis sobre la identificación de riesgos y la suficiencia y/o existencia de mecanismos de control verse sobre la realidad material de su existencia y no sobre la acumulación de previsiones

meramente protocolarias, formales o burocráticas que pretenden, simplemente, generar la impresión de control pero que terminan convirtiéndose, en la práctica diaria, inoperativas.

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

En relación con este punto, nos remitimos a lo ya indicado en el apartado C.- y en lo que comentaremos en el apartado 4, cuando nos ocupemos de las consecuencias del programa, y donde cuestionemos la vinculación estructural a la clemencia de la eficacia de los programas de cumplimiento normativo.

La exigencia de que los programas contemplen mecanismos internos para solicitar asesoramiento en relación con una práctica cuya licitud pueda albergar dudas, incluso con carácter urgente, debe merecer una valoración positiva.

Sin embargo, el carácter interno de la comunicación que contempla como opción la Propuesta de Guía tiene un reflejo en cuanto a las garantías de confidencialidad y del secreto profesional que pueden convertirlo en ineficaz o inútil si no hay cambios tendentes a considerar confidenciales, frente a hipotéticas actuaciones de CNMC, las comunicaciones internas de la entidad en las que intervienen los propios abogados y no jurídicos externos.

También sería deseable una mayor precisión en cuando al término “denuncias externas” pues, en el contexto en el que se vierte, no es fácil comprender si se refiere a denuncias que terceros hayan formulado a una determinada entidad sobre el comportamiento de alguno de sus miembros, o si por el contrario se refiere a reportes de comportamientos inadecuados de miembros de otras entidades, competidoras por ejemplo, que se denuncian en el seno de la entidad para la que se trabaja.

#### **G-. Diseño de un sistema disciplinario transparente y eficaz**

En relación con el diseño de un sistema disciplinario, es imprescindible que, tanto la Guía definitiva como la actuación de CNMC, comprendan que el marco de actuación de la potestad disciplinaria de una entidad está estrechamente constreñida a la regulación que de la materia contiene tanto el Estatuto de los Trabajadores como los Convenios Colectivos como, en general, la normativa laboral vigente.

Además, la CNMC no puede desconocer la interpretación que de las mismas formula la jurisdicción social en sus resoluciones

Esto es así especialmente en lo que atañe al despido, pero también hay garantías materiales y formales que tener en cuenta, ex legislación laboral, para la adopción de las demás medidas disciplinarias.

Este extremo resulta de crucial importancia. Es habitual que las decisiones disciplinarias, y en especial el despido, decretado por una empresa tras haber detectado incumplimientos deshonestos, inapropiados o ilícitos de sus empleados, sean recurridas en los Tribunales de la Jurisdicción Social y que estos puedan terminar declarando, por ejemplo, improcedente el despido.

En estos casos, el efecto deslegitimador del programa de cumplimiento normativo preocupa mucho a las empresas que se ven forzadas, en ocasiones, a readmitir a sus

trabajadores, o indemnizarlos, como consecuencia de un ejercicio del exigente sistema disciplinario adoptado, en la línea de lo impone CNMC, pero que luego es apreciado como desmedido o desproporcionado por los Jueces y Tribunales de la Jurisdicción Laboral.

Es preciso, por tanto, que CNMC sea sensible a esta realidad y a este contexto jurídico, económico y social.

#### **4. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA IMPLANTACIÓN DE UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO EFICAZ**

Aparentemente, la Propuesta de Guía contiene una modulación o gradación de las consecuencias de la implantación del programa en función de dos criterios que operan, consecutivamente, en relación con: (a) si el mismo se ha adoptado e implantado con anterioridad a la existencia de un expediente sancionador y (b) si la infracción que se discute es la de cártel o no.

También en apariencia, la Propuesta de Guía asigna una única y genérica consecuencia jurídica posible, a apreciar o no según cada caso, que es la "moderación", "atenuación", de la responsabilidad. De manera que *a priori* se da un tratamiento unitario de la posibilidad de exención del pago de la multa; reducción del pago de la multa; atenuación de sanción; y no imposición de la prohibición de contratar que, como explicaremos, no tiene en todos los casos encaje en el actual marco legal

Con base en estas consideraciones generales, nuestra Observación versará sobre las siguientes cuestiones

##### **4.1. Programa ex ante y programa ex post: necesidad de ulterior definición**

La Propuesta de Guía no diferencia con precisión cuándo se entiende que el programa es adoptado ex ante y cuándo ha sido adoptado ex post.

De la lectura de la regulación proyectada parece desprenderse que el momento diferenciador es el del inicio del procedimiento administrativo sancionador y que, por tanto, hasta ese momento, que parece equipararse al de incoación del expediente, la adopción de cualquier programa tendría la consideración de ex ante.

Sin embargo, en la práctica, no es infrecuente que CNMC inicie materialmente los procedimientos mucho antes, no sólo en el momento en que decide efectuar, por ejemplo, alguna inspección, sino durante los largos periodos de tramitación en los que a veces incurre en fase de Información reservada.

Sería conveniente que se precise si la existencia de una Información reservada, o la petición o el requerimiento de determinada información, por ejemplo, son compatibles con la adopción de un programa ex ante.

Adicionalmente hay que entender que en ocasiones una entidad "incoada" en un procedimiento sancionador no conoce con exactitud qué hechos, sobre qué concreto mercado y en relación con qué materias puede estar enfocándose la investigación, por lo que la activación del programa de cumplimiento normativo puede entrañar dificultades que la tornan inviable en la práctica.



Esto es así, de nuevo, cuando las tareas de investigación en el seno de una compañía topan con las limitaciones del Derecho laboral. No es extraño que la real composición de lugar acaezca con la comunicación del Pliego de Concreción de Hechos, por lo que entendemos conveniente que se proyecte, aunque sea parcialmente, la consideración de programa de cumplimiento adoptado ex ante (o la adecuación o revisión del mismo) a aquéllas que se hayan producido con carácter posterior a la notificación del Pliego de Concreción de Hechos y, en todo caso, anteriores al de la Propuesta de Resolución.

#### **4.2. Improcedencia de vincular la eficacia del modelo de prevención ex ante a la existencia de clemencia: incertidumbre jurídica**

De la lectura del punto 4 de la Propuesta de Guía se desprende que sea cual sea la hipótesis que se contemple en relación con el Programa de cumplimiento adoptado ex ante, se condiciona su eficacia a la autoinculpación mediante el programa de clemencia

En efecto, en relación con los programas ex ante y en relación con la infracción muy grave constitutiva de cártel *"la puesta en conocimiento de la autoridad de dicho cártel a través del programa de clemencia constituye la evidencia del compromiso de la empresa con el cumplimiento de las normas de defensa ..."*.

Lo mismo se predica para los programas ex ante relativos a infracciones muy graves o graves no constitutivas de cártel en las que, se dice, que la CNMC considera *"que la puesta en conocimiento de la autoridad de competencia de dicha infracción constituye la evidencia del compromiso de la empresa en el cumplimiento de las normas de competencia"*.

El hecho de que la Propuesta de Guía mencione -como mera posibilidad- *"constituye también una evidencia del compromiso de la empresa con el cumplimiento de las normas"* la colaboración con CNMC o el reconocimiento de los hechos constatados por CNMC, no obstaculiza la lectura priorizadora de la autoinculpación vía clemencia.

Este condicionamiento fáctico de la virtualidad o eficacia de los programas de cumplimiento a la existencia de una autoinculpación, se explica desde la óptica del beneficio que comporta para el ejercicio de las funciones de control y supervisión de la CNMC, pero a la hora de supeditar la eficacia y/o validez de un programa de cumplimiento normativo hay que tener en cuenta ciertas limitaciones legales.

La principal barrera legal a la propuesta de CNMC proviene del hecho indiscutido, e indiscutible, de que el modelo de programa de clemencia sólo es factible, en nuestro sistema jurídico, si la infracción que se comunica es constitutiva de cártel. La literalidad del art. 65 LDC, y en conexión con él, el art. 66 LDC no admite, *lege data*, otra interpretación,

*"Artículo 65. Exención del pago de la multa.*

*1. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores, la Comisión Nacional de la Competencia eximirá a una empresa o a una persona física del pago de la multa que hubiera podido imponerle cuando:*

*a) Sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión Nacional de la Competencia, le permitan ordenar el desarrollo de una inspección en los términos establecidos en el artículo 40 en relación con un cártel, ... o*

*b) Sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Comisión Nacional de la Competencia, le permitan comprobar una infracción del artículo 1 en relación con un cártel, ...”*

Nótese que una interpretación de este calado toca con la línea de flotación de los derechos fundamentales de los particulares y que, en principio, es posible que se compense la cooperación con la Autoridad de Competencia, incluso a través de la autoinculpación, con la renuncia a todo ello anudada al derecho fundamental a no declarar contra uno mismo. Pero en tanto la compensación, esto es, la exención de la multa o en su caso la reducción de la misma, es un mecanismo excepcional, esta compensación sólo puede producirse en los supuestos habilitados legalmente para ello.

CNMC no tiene, en otras palabras, facultades legales para exonerar o reducir las multas asociadas a las infracciones de competencia con base en el programa de clemencia, cuando no se está ante un cártel. Por esta razón, no es de recibo exigir como “*la evidencia*” del compromiso de las entidades que las mismas se acojan a un programa que la Ley vigente no pone a su alcance. De seguirse manteniendo esta exigencia, la condición de la Propuesta de Guía es de imposible cumplimiento, e ilegal por ser *contra legem*.

El mismo requerimiento o exigencia (autoinculpación) para la obtención de beneficios jurídicos de muy distinta intensidad (exención si procede clemencia vs atenuación si no procede), es una ordenación que carece de objetividad y razonabilidad.

Adicionalmente a todo ello, y sin perjuicio de la promoción del programa de clemencia que, incluso, las propias leyes contemplan (art. 72.5 LDC), entendemos que sería más útil y apropiado con la idea del compromiso en el cumplimiento normativo que se valore la eficiencia del programa de cumplimiento con parámetros diferentes, alternativos y/o complementarios, al de la clemencia.

Entre muchos ejemplos que confiere la práctica, puede ser que la empresa haya adoptado un modelo de cumplimiento normativo ex ante pero no haya sido capaz de detectar a tiempo de acudir a la clemencia una determinada infracción, acaecida años antes de que se iniciara el procedimiento administrativo.

También se debe tener en cuenta que el funcionamiento del programa de cumplimiento normativo pueda tener condicionada su actuación por la existencia de un proceso jurisdiccional penal que afecte, directa o indirectamente, al objeto de la autoinculpación. Colocar el estándar de eficacia del programa en estos casos en la clemencia puede comprometer no sólo la prejudicialidad penal sino, también, los resortes de la autoinculpación penal a la que no se extienden los beneficios de modulación o exoneración de la LDC en los que piensa CNMC.

En conclusión, sin perjuicio de eventuales modificaciones futuras *lege ferenda*, lo cierto es que en la actualidad no es posible jurídicamente que la Guía definitiva, en tanto acto adoptado por una Autoridad pública que reviste la naturaleza de *soft law*,

identifique como “la evidencia” del compromiso en el cumplimiento normativo que las entidades se acojan a un programa de clemencia en supuestos que la Ley no lo permite.

Complementariamente a todo ello, la vinculación de cualquier atisbo de eficacia del Programa de cumplimiento a la existencia de una autoinculpación deriva en la necesidad de que sea la propia entidad la que autocalifique la conducta como cártel a los obvios efectos de poder subsumir la petición en el marco legal.

Es generalmente conocido y aceptado, incluso por la propia CNMC, que el concepto de cártel se está aplicando de manera flexible y laxa para cubrir estos supuestos, a petición de los solicitantes, pero esta consideración de pragmatismo institucional es incompatible con los principios y garantías constitucionales y legales de los procedimientos sancionadores.

No puede olvidarse que la calificación jurídica de una infracción es una norma de orden público, no disponible por las partes, y que debe ser interpretada con objetividad por la Autoridad pública sin separarse del principio de legalidad.

La protección del solicitante de clemente no puede comprometer la (auto) calificación como cártel de lo que jurídicamente no lo es, pues lesiona muchas de las facetas del derecho de defensa y del principio de legalidad sancionadora de otros posibles investigados, y entraña, de nuevo, la enorme inseguridad jurídica de relegar la interpretación de las normas jurídicas a las partes privadas que se pueden beneficiar de ellas.

#### **4. 3.- La absoluta indefinición de las consecuencias jurídicas anudadas a la implantación de un Programa de cumplimiento**

La Propuesta de Guía se refiere con términos excesivamente vagos a las consecuencias jurídicas que las entidades pueden esperar de la implantación de Programas de cumplimiento normativo.

En general se refieren a ellas como un “*elemento moderador de la sanción*”, “*factor de atenuación de la responsabilidad*” sin ulterior concreción.

Tangencialmente menciona un efecto de “modulación de la sanción”, con especial referencia a “*aquellos expedientes donde pueda resultar de aplicación una prohibición de la sanción de contratar*”, pero no se pronuncia sobre el crítico efecto que los programas de clemencia están llamados a cumplir, ope legis, en relación con la prohibición de contratar misma, como medida limitativa de derechos que es aunque no sea técnicamente sancionadora.

Es preciso que la Guía que se apruebe definitivamente incluya una identificación y precisión de las consecuencias jurídicas anudadas a la adopción de programas de clemencia y que introduzca algunos parámetros de guía u orientación al que puedan amoldarse las entidades para obtener la exoneración prevista expresamente en la Ley.

Habida cuenta de que los mecanismos legales de moderación o atenuación de la responsabilidad tienen las vías de articulación muy acotadas, se precisa mayor información en relación con:

- El modo, los casos y la intensidad con que la adopción de los Programas de cumplimiento va a incidir en la exoneración de la sanción económica y, en su caso, de reducción del importe de la multa ex. art 65 LDC.

En este punto es imprescindible que la Guía definitiva diferencie cuándo la entidad se puede acoger a esta posibilidad (casos de cártel) y cuándo no (los demás)<sup>9</sup>.

- El modo, los casos y la intensidad con que la adopción de los mencionados Programas va a comportar una atenuación de la responsabilidad, ex art. 63 LDC y, en concreto, a través de qué eventuales presupuestos colaborativos.
- El modo, los casos y la intensidad con que la adopción de tales Programas de cumplimiento va a incidir en la declaración/imposición de medidas de prohibición de contratar.

Habida cuenta de que éste es un elemento esencial del nuevo marco legislativo, merece atención individualizada. *Vid.* Apartado 4.4.

En relación con todo ello, y ante la imprecisión del modelo sometido a consulta, cabe deducir que las ventajas de adopción de Programas de cumplimiento normativo ex ante quedan desdibujadas, por lo que sería necesario una mayor precisión al respecto.

Sólo así se promoverá realmente la prevención y trabajará en la línea de evitar la tentación de evitar poner en marcha programas ex ante, de costosa implantación, pero inciertos efectos, y esperar a la articulación de programas ex post sólo con el fin de obtener exoneraciones, especialmente, de prohibiciones de contratar.

#### **4. 4.- La virtualidad de los Programas de Cumplimiento en relación con las prohibiciones de contratar**

La realidad jurídica, extremadamente controvertida en la actualidad, relativa a las prohibiciones de contratar derivadas de las sanciones en el ámbito del Derecho de la competencia, está ausente de la Propuesta de Guía.

Llama la atención la referencia sólo tangencial a la toma en consideración de los programas, adoptados ex post, cuando está en juego la imposición de una medida de tal naturaleza, pero la propia proyección del Programa de Cumplimiento en relación con estas medidas, está necesitada de una revisión en profundidad.

El tenor del art. 72.5 LCSP no deja lugar a la duda, y obliga a que la Guía que se apruebe definitivamente incorpore muchos elementos de regulación o previsión sobre los que la propuesta guarda silencio.

---

<sup>9</sup> Se recuerda, adicionalmente, y en relación con la conexión entre solicitud de clemencia, apreciación de la suficiencia de los Programas de cumplimiento y reconocimiento de los beneficios de exoneración y atenuación que, *lege data*, la CNMC también carece de facultades para exonerar de la prohibición de contratar a quien ha solicitado clemencia. Ni la LCSP lo prevé ni la LDC lo contempla

Se mencionan algunos:

- En primer lugar, debe incorporarse que el elemento potestativo o facultativo en cuanto a la apreciación de los efectos moduladores o atenuantes que impregna toda la Propuesta de Guía debe tamizarse, en el caso de las prohibiciones de contratar, por el hecho de que el art. 72.5 LDC *mandata* el efecto exoneratorio.

*"No procederá, sin embargo, declarar la prohibición de contratar cuando, (se) acredite ..., la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas ...."*

- En segundo lugar, el art. 72. 5 LCSP incluye la posibilidad de exoneración con efectos retroactivos, y por tanto, que se declare la no procedencia de la prohibición de contratar cuando el Programa de cumplimiento normativo se haya adoptado no sólo con posterioridad a la iniciación del procedimiento sancionador, sino tras su conclusión.
- En tercer lugar, la CNMC no es la única Autoridad pública con facultades de apreciación y de valoración de la suficiencia de un Programa de cumplimiento normativo, pues como es conocido, el art. 72.3 LCSP se la atribuye igualmente al Ministerio de Hacienda y a la Junta de Contratación Consultiva del Estado.

Nada se dice en la Propuesta de Guía sobre los necesarios mecanismos de colaboración al respecto.

- En cuarto lugar, es preciso que en CNMC se articule un mecanismo para que, en el caso de que se produzca la aplicación del art. 72. 5 LCSP, la mera existencia de una Resolución sancionadora genere los efectos prácticos indeseados de poner en riesgo de exclusión a empresas españolas de licitaciones públicas sometidas a disciplina europea (Sistemas de exclusión y detección precoz), cuando han sido exoneradas de la correspondiente prohibición de contratar en España a la vista de la suficiencia de su Programa de Cumplimiento.



Fdo.- Ana Ruiz Legazpi

Firmado digitalmente por: f02ac625-  
e92b-44f5-8889-6c9a08988e04  
Fecha y hora: 28.02.2020 11:05:32

Fdo.- Joaquín de Fuentes Bardají