**ASUNTO: “Consulta pública guía de cumplimiento”**

A la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) en relación con la invitación a la consulta pública sobre el documento denominado **PROPUESTA DE GUÍA DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN RELACIÓN CON LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA**,elaborado por la CNMC:

Con carácter previo, es mi deseo dar la enhorabuena al trabajo realizado por la CNMC, no solo en relación con el documento de referencia en el encabezamiento, sino también con las jornadas públicas de colaboración denominadas “Espacios Compliance” (antes “Diálogos de Compliance”), donde se ha compartido el conocimiento y, sobre todo, las experiencias ya existentes, tanto en el sector público como en el privado, de programas de cumplimiento normativo y responsabilidad social.

A continuación, llevaré a cabo una serie de valoraciones personales al documento para su consideración por parte de la CNMC.

**EN PRIMER LUGAR**, sobre la efectividad de estos programas, como indica la CMNC, para que sean verdaderamente efectivos, los programas de cumplimiento deben garantizar, a través de una serie de instrumentos, mecanismos y actuaciones, la existencia de un verdadero compromiso de cumplimiento que se traslade al proceso de toma de decisiones cotidianas tanto de las personas físicas que, en nombre o representación de hecho o de derecho de la empresa, participan en el tráfico mercantil, como del conjunto del personal de la empresa, permitiendo que, desde el ámbito de sus respectivas funciones, en materia de competencia, detecten o prevengan prácticas restrictivas.

Si recordamos cuál fue el resultado de la aplicación de la primera norma que introdujo en nuestro ordenamiento la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, nos vendrá a la memoria el fracaso de su aplicación fundamentalmente basado -según un amplio sector doctrinal- en lo incompleto y confuso de la norma en muchos de sus aspectos esenciales, motivo por el cual, escasos cinco años después, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, acometió una importante modificación del art. 31 bis, cuyo **éxito** posiblemente haya derivado de dos factores:

* De la novedosa regulación de los programas de cumplimiento normativo que introduce el artículo 31 bis del Código Penal, con un contenido más o menos detallado de cuáles deben ser los elementos que lo componen.
* De la cultura del enfoque de riesgos, transparencia y responsabilidad activa que se ha introducido en los últimos años en nuestro ordenamiento jurídico y que obliga a las empresas a adoptar modelos de cumplimiento de las normas legales basados en la ***gestión de riesgos*** (minimizando los riesgos jurídicos, económicos y de prestigio o reputación), en la ***transparencia*** de su funcionamiento para las autoridades y la ciudadanía (mejorando la sostenibilidad y la confianza de inversores, consumidores y la sociedad en general) y en la ***aplicación de medidas apropiadas y eficaces*** que garanticen **no solo la observancia de las obligaciones sino también su demostración** cuando lo soliciten las autoridades.

En mi opinión, estas deberían ser características inequívocas de cualquier programa de cumplimiento normativo en materia de competencia.

**EN SEGUNDO LUGAR**, el documento analizado parte de la existencia de una “**Hoja de ruta**” para la elaboración de los programas de cumplimiento normativo en materia de defensa de la competencia, similar a la hoja de ruta recomendada por la Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, que contenga los elementos que deben formar parte del programa de prevención.

Asimismo, de la lectura del documento elaborado por la CNMC, pueden enumerarse los siguientes **elementos que deben formar parte del programa**, a los que añado otros y alguna opinión particular:

* Una ***decisión clara e inequívoca*** de los órganos de Dirección de la entidad, en el cual sea visible el compromiso y apoyo de la alta dirección de la compañía en el modelo de cumplimiento normativo en el ámbito de las normas de defensa de la competencia. En este punto es fundamental la implicación del Consejo de Administración y de los principales órganos ejecutivos de una empresa para trasladar una cultura de cumplimiento al resto de la compañía.
* Un ***mapeo de los riesgos*** (o mapa de riesgos), señalando las áreas de negocio y de la organización más expuestas a posibles infracciones de las normas de competencia, la probabilidad de que la infracción en cuestión llegue a materializarse y el impacto que la infracción tendría en la empresa y en su personal.
* ***Protocolos, políticas y procedimientos*,** dado que una vez detectados los riesgos y según se indica en el documento analizado, para que el programa de cumplimiento sea eficaz, es preciso diseñar protocolos o mecanismos de actuación que minimicen la materialización del riesgo en el proceso de toma de decisiones ahí donde se ha identificado.
* En este punto, y aunque el documento analizado no lo menciona expresamente, creo que el camino correcto sería la elaboración de un ***código ético de competencia*** que reúna los principios básicos de donde surjan posteriormente las políticas, procedimientos y protocolos de actuación.

Este código y los protocolos, políticas y procedimientos que desarrollan sus principios, son precisamente los elementos que conforman los procesos que apoyan o sirven a la formación de la voluntad de la persona jurídica y de adopción y de ejecución de decisiones de su personal y de su Dirección, bajo los estándares éticos que fundamentan el programa.

Sin lugar a dudas, el código ético debería ser aceptado tanto por el personal de plantilla como por la Dirección de la empresa y en el caso de terceros, debería exigible la aceptación de una parte específica del mismo (relaciones con terceros) a los proveedores.

* ***Mecanismos de control, seguimiento y evaluación del respeto del código ético, las políticas protocolos y procedimientos*** por parte del personal y por parte del personal directivo, a los efectos de activar las consecuencias positivas o negativas pertinentes y en su caso, tras analizar la casuística de incumplimientos, proceder a las mejoras oportunas del programa.
* Un ***órgano de cumplimiento*** cuyo tamaño dependerá del tamaño de la organización o empresa (una persona que ocupe el lugar de “oficial de cumplimiento”, o una persona responsable directa del programa y su ejecución o un comité) y que se encargará de la supervisión general del programa y velará porque este funcione adecuadamente en todos sus aspectos y quizás muy en particular, informando, concienciando y asesorando al personal; garantizando la realización de las auditorías correspondientes; cooperando cuando proceda con la autoridad de control (CNMC); e informando puntual, exacta y adecuadamente a la Dirección sobre los resultados del programa y necesidades de actuación en relación con el mismo.

Obviamente, entre las cualidades de las personas que formen parte del órgano de cumplimiento, se debe contemplar su independencia, imparcialidad, cualificación profesional y capacidad para desempeñar las funciones que se le asignen y reconozcan. Además, debe disponer de los recursos y medios de cualquier naturaleza para poder desarrollar sus funciones.

* Un ***canal o sistema de denuncias*** que permita informar sobre incumplimientos normativos o del código ético, políticas, procedimientos y protocolos o simplemente sobre la sospecha de dichos incumplimientos, ya sea a través de denuncias internas o externas, garantizando la confidencialidad en las comunicaciones (llamadas telefónicas, correos electrónicos) y la protección no solo del denunciante frente a posibles represalias en línea con las obligaciones que al respecto se establecen en la Directiva de *Whistleblowing*, sino también de los denunciados, frente a posibles denuncias falsas o frente a los efectos secundarios derivados de investigaciones y análisis que concluyan la inexistencia de conductas contrarias a código ético y normas internas o incumplimientos e infracciones legales.

En mi opinión, el canal debe obviamente admitir denuncias anónimas, pero también debe permitir que el denunciante, si así lo desea, pueda identificarse y proporcionar sus datos de contacto.

* Un ***sistema disciplinario*** específico que contemple las consecuencias disciplinarias (en su sentido amplio) de las infracciones e incumplimientos del programa por los sujetos y terceros obligados, que necesariamente deberá tener en cuenta las sanciones para el personal laboral de la empresa, el personal directivo y en su caso, terceros con quien se mantienen relaciones comerciales o jurídicas, de forma que las sanciones pueden abarcar desde medidas laborales (como limitación de las posibilidades de promoción y despido) hasta cláusulas rescisorias de contratos con terceros proveedores.

En este punto, la responsabilidad a exigir debería ser más exigente en los supuestos en los que la conducta infractora fuera llevada a cabo por personal de Dirección e incluso, siguiendo el modelo del programa del artículo 31 bis del Código Penal, cuando la conducta redunde principalmente en beneficio de la sociedad.

* Un ***específico programa de formación*** que, como indica el documento analizado, no puede constituirse por una formación estándar que se limite a esbozar unas nociones básicas sobre las normas de defensa de la competencia. Por el contrario, la formación debe plantearse en el marco de los planes de formación anual, esto es, estableciendo los objetivos de la formación en base a los elementos normativos que conforman el programa, detectando las necesidades de cada grupo al que se dirige la formación y su perfil así como funciones del puesto, exigiendo una calidad en los contenidos, determinando el cronograma, periodos y duración así como la modalidad más idónea en cada caso.

Se deberá evaluar los resultados obtenidos para mejora de la formación futura y se deberán utilizar indicadores para la medición de las acciones formativas, como, por ejemplo, mediante cuestionarios de satisfacción y de grado de aprendizaje de los conocimientos recibidos para ver en qué medida han sido asimilados.

Como indica la CNMC, el canal de denuncias interno se retroalimenta de una estrategia de formación eficaz. Sin formación, la eficacia del canal de denuncias se ve mermada. A la inversa, por mucha formación que se proporcione, si no existe una vía de denuncia accesible, no podrán identificarse fácilmente las prácticas detectadas.

La formación de los sujetos obligados es esencial en este tipo de programas, dada la abundancia de normas para ellos, la complejidad de la materia que se les comunica y la finalidad que tiene la formación dirigida a modificar prácticas adquiridas o incluir nuevas formas de actuación que, a buen seguro, requerirán un proceso de adaptación “en el hacer habitual”.

* Añadido a lo anterior, y aunque el documento de la CNMC no lo menciona, en mi opinión es tan importante la formación interna del personal como ***el desarrollo de las acciones necesarias para llevar a cabo la comunicación pública del programa a través de canales de comunicación de la entidad (fundamentalmente web y redes sociales)*** para dar la oportunidad a las personas interesadas (a la sociedad en general) de conocer la existencia de los canales de denuncia y posibilidad de denunciar hechos y situaciones contrarias a la competencia que pudieran conocer.

Considero que la finalidad de estos programas es alcanzar la excelencia en la cultura de la ética en el mundo empresarial y en la medida en que la sociedad ya tiene voz en otros ámbitos institucionales (fundamentalmente en el sector público) a través de las normas de transparencia, derecho a saber y gobierno abierto, la comunicación e información pública de la existencia de estos programas empresariales a la sociedad no solo constituye una práctica ventajosa para su funcionamiento, sino también, para la reputación e imagen de la empresa.

* La ***estandarización de controles y auditorias*** periódicas estableciendo al efecto medios y plazos, entendiendo que ambos dos tipos de evaluación son necesarios necesaria en la medida en que permiten contar con criterios de valoración de funcionamiento del programa y del grado de compromiso de las entidades con los mismos.
* Un **reglamento de funcionamiento,** donde se aglutine la regulación de todos los elementos anteriores dado que, el hecho de que los elementos que componen el programa sean tantos y se encuentren tan íntimamente ligados unos con otros, se hace preciso elaborar un “reglamento de funcionamiento” del programa de cumplimiento normativo en materia de defensa de la competencia a través del cual se definan claramente las bases del programa, sus componentes y sus normas básicas de funcionamiento.
* Finalmente, todo programa, visto lo anterior, conllevará una dotación presupuestaria y una ***inversión en recursos financieros****,* como no puede ser de otra forma, habida cuenta del coste que ello va a suponer, visto el conjunto de elementos que lo componen y los cambios organizativos y estructurales que su implantación va a suponer.

**EN TERCER LUGAR** y para terminar, vistos los elementos que a priori se aconseja contenga un programa de cumplimiento normativo en relación con la defensa de la competencia, a continuación haré un resumen de aquellas cuestiones que considero deben ser evaluadas.

1. Como he mencionado al inicio, valoro como condición esencial que, como cualquier otro programa similar, los programas de cumplimiento normativo en defensa de la competencia deben ser ***transparentes*** en relación con su funcionamiento, contener ***medidas apropiadas, eficaces y verificables*** que garanticen su funcionamiento y estar ***documentados***.

Esto supone que **los registros auditables** del programa deberán ser cuanto mayores, mejor. Véase por ejemplo respecto de las personas que ejerzan roles y cargos la aceptación de los mismos, la aceptación del personal de plantilla y directivo del cumplimiento del código, normas, procedimientos y políticas, la aceptación de los proveedores de aquellas partes del programa a que deben sujetar la ejecución de sus prestaciones, el registro de las personas que realizan la formación, el registro de los controles, etc.

1. Considero un riesgo que aboca al fracaso la eficacia del programa el hecho de que la entidad que proceda a su implantación ya disponga de **otros programas de cumplimiento normativo** en otros ámbitos (penal, de protección de datos, de responsabilidad empresarial o social…) y no se lleve a cabo una gestión integrada de todos ellos, dado que, mi experiencia en la realización de auditorías de cumplimiento normativo es que la sobresaturación de políticas, normas y códigos para los empleados deriva en la confusión sobre los marcos de aplicación de las mismas así como en una abundancia que lleva al agotamiento informativo.

Esto se complica aún más cuando estos programas se comparten a nivel global dentro de un grupo multinacional con distintos roles de asignación de funciones, distintos canales de denuncia e investigación y distintas normas legales reguladoras de los programas. En el marco de la formación de los sujetos obligados y los controles de cumplimiento, consolidar un diálogo entre las partes afectadas por ello contribuirá a la eficacia y mejora del programa.

1. Es posible que, en determinadas ocasiones, la **conveniencia de externalizar algunos elementos o componentes de estos programas** sea un elemento esencial para su buen funcionamiento (canal de denuncias, acciones de formación) así como para apoyo a los responsables internos del programa. Esta externalización obviamente debe ser garantizada mediante los oportunos contratos de servicio, confidencialidad y encargo de tratamiento de datos.
2. Una de las tareas que en mi opinión es imprescindible externalizar es la de la **realización de auditorías periódicas** contratando mediante procedimientos que garanticen la libre concurrencia, a terceros proveedores. Incluso sería óptimo procurar la variación de los proveedores contratados dado que, una materia como la que es objeto de estudio, donde la doctrina y jurisprudencia tienen un peso tan importante como la normativa existente, la variedad de indicadores, puntos de vista, y *“saber hacer”* en las auditorías es un elemento muy importante para detectar deficiencias y enriquecer los programas.
3. Las **certificaciones sobre la idoneidad del programa** expedidas por empresas o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones evidentemente supondrán un elemento adicional más de la adecuación del programa a la normativa vigente, por lo que, en su caso, podrá valorarse.
4. Finalmente, los programas internos para la denuncia de irregularidades en el ámbito empresarial han sido objeto de análisis por las autoridades de control en materia de protección de datos tanto por el extinto Grupo de Trabajo sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales establecido por la directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 octubre de 1995 (GTA29) como por la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD)[[1]](#footnote-1).

En este sentido y aunque la doctrina existente ha variado el criterio en algunos aspectos, una conclusión es importante: **los programas de denuncia de irregularidades deben establecerse cumpliendo con las normas de protección de datos de la Unión Europea**, dado que la puesta en marcha de estos programas está basada en el tratamiento de datos personales.

En este sentido, la implantación de medidas de protección de datos no solo es importante en el canal de denuncias (en el entendimiento general en este punto se suele centrar la atención del cumplimiento de la normativa de protección de datos dado que han generado una profusa doctrina al respecto), sino también, en el resto de procesos de tratamiento de datos personales que se lleva a cabo respecto de todas las personas involucradas en el programa (sujetos obligados, responsables del programa, denunciantes, denunciados y otros terceros).

Entre las medidas de cumplimiento de la normativa de protección de datos, encontramos algunas más polémicas que otras, como por ejemplo, la puesta en práctica de procesos de “screening” o verificación de datos de los candidatos a puestos de trabajo en la entidad (incluyendo antecedentes penales) que no quedan claramente resueltas por la normativa vigente y que teniendo en cuenta la corta vigencia del Reglamento Europeo de Protección de Datos y la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, deberán ser concretadas a la luz de la jurisprudencia de los tribunales competentes, doctrina de las autoridades de control y del Comité Europeo de Protección de Datos.

Lo cierto es que, la normativa de protección de datos requiere que, en el proceso de diseño del programa de cumplimiento normativo en materia de defensa de la competencia ya se lleve a cabo un análisis de los riesgos (normativo y de seguridad) que para los derechos y libertades de las personas interesadas supondrá la puesta en práctica del programa (e incluso posiblemente una evaluación de impacto en la protección de datos) a partir del cual, el propio análisis nos indique cuáles son los riesgos del programa y medidas a implantar para su erradicación o en su caso, minimización.

Entre estas medidas a tener en cuenta, van a tener un papel fundamental los principios de privacidad desde el diseño, seguridad, confidencialidad, licitud y transparencia, para la creación de un registro de las actividades, la elaboración de una política de privacidad del programa, la determinación de la base legítima de los tratamientos a realizar, la información a las personas interesadas, la concreción de los destinatarios de los datos, las garantías a adoptar para la externalización de todo o una parte del programa, la gestión de los derechos, la política de retención y conservación de datos y el expurgo de los datos cuyo tratamiento está limitado por la normativa.

Y todo ello, como exigen las normas, bajo la «responsabilidad proactiva» del responsable del tratamiento que no solo debe responder del cumplimiento sino ser capaz de demostrarlo.

**Ana Marzo Portera**

**Abogado**

**EQUIPO MARZO, S.L.U.**

1. Véase al efecto el Dictamen 1/2006 sobre la aplicación de las normas de la UE relativas a la protección de datos a programas internos de denuncia de irregularidades en los campos de la contabilidad, controles contables internos, asuntos de auditoría, lucha contra el soborno, delitos bancarios y financieros; Informe 2007-0128 sobre la creación de sistemas de denuncias internas en las empresas (mecanismos de “whistleblowing”) y Guía para la protección de datos en las relaciones laborales publicada por la AEPD en 2009 al objeto de que se adopten las medidas adecuadas que legitimen el uso de un recurso de esta naturaleza (sistemas de denuncia) en el seno de una organización. [↑](#footnote-ref-1)