

**Consulta pública CNMC: Observaciones sobre el borrador de guía de programas de cumplimento en relación con las normas de defensa de la competencia**

**Introducción:**

El Instituto de Oficiales de Cumplimiento – IOC, agradece la iniciativa de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia – CNMC , de abrir a consulta las líneas generales de la futura Guía de Cumplimiento de la CNMC en materia de Defensa de la Competencia y escuchar las aportaciones que puedan realizar las instituciones como la nuestra, que agrupa a un numero significativo de personas que lideran la función de cumplimiento en las organizaciones.

Entendemos que la guía debe orientar a las organizaciones en sus programas de cumplimiento, sin ser muy específicos puesto que el contenido de los programas de cumplimiento dependeráń de los ámbitos donde operen y los sectores y regulación a los que se vean sometidas las organizaciones. No obstante, consideramos que la Guía de Cumplimiento debe orientar a las organizaciones de la manera más clara posible, proporcionando para ello instrumentos y mecanismos que las organizaciones puedan emplear como garantía de la implantación de un programa de cumplimiento eficaz.

Adicionalmente creemos que la Guía de Cumplimiento debe recordar y precisar los beneficios que generan a las organizaciones, así́ como el tratamiento que la CNMC tiene previsto darle en el marco de futuros expedientes sancionadores. Un tratamiento que entendemos que debe ir más allá́ de “una posible modulación de la sanción”, por cuanto tal consideración no aclara su impacto real ni, por tanto, dota a la Guía de Cumplimiento de un incentivo adicional para la implantación /actualización de estos programas.

**Comentarios a la Guía:**

1. Es necesario que el documento diferencie lo que son los Programas de Cumplimiento, dirigidos a la prevención o gestión de riesgos específicos (en este caso de derivados de la normativa de Competencia) de lo que es el modelo de Control Interno de la sociedad que es en donde estos programas se incardinan[[1]](#footnote-1).

La efectividad de cualquier programa de gestión de riesgos finalmente depende entre otras del grado de implantación de un Modelo de Control adecuado y de una buena cultura empresarial

1. “*En lo que se refiere a los programas de cumplimiento ex ante, en general estos 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 (artículos 65 y 66 de la LDC) en el caso de los cárteles.*

Una de las características que debe contener cualquier programa de gestión de riesgo, tanto en el ámbito publico como en el privado, es la necesidad de continua evolución para adaptarse a las nuevas conductas y patrones de riesgo. Es materialmente imposible que cualquier programa sea capaz de identificar a priori todas las posibles conductas o patrones de riesgo que pueden producirse.

Entendemos que hablar de programas ex ante y ex post no es lo más adecuado; el programa es uno en continua evolución y si el modelo de control está bien definido cualquier programa debe alimentarse de los eventos que se produzcan para mantenerse vivo. Y es precisamente el favorecimiento de esta evolución lo que debe mostrar la conducta o la cultura de la entidad.

1. Se incluye como referencia el siguiente apartado contenido en el Guidelines Manual del United States Sentencing Comision (<https://guidelines.ussc.gov/gl/%C2%A78B2.1>)

**§8B2.1 - EFFECTIVE COMPLIANCE AND ETHICS PROGRAM**

(a) To have an effective compliance and ethics program, for purposes of subsection (f) of [§8C2.5](https://guidelines.ussc.gov/gl/%C2%A78C2.5) (Culpability Score) and subsection (b)(1) of [§8D1.4](https://guidelines.ussc.gov/gl/%C2%A78D1.4) (Recommended Conditions of Probation ― Organizations), an organization shall—

(1) exercise due diligence to prevent and detect criminal conduct; and

(2) otherwise promote an organizational culture that encourages ethical conduct and a commitment to compliance with the law.

Such compliance and ethics program shall be reasonably designed, implemented, and enforced so that the program is generally effective in preventing and detecting criminal conduct. **The failure to prevent or detect the instant offense does not necessarily mean that the program is not generally effective in preventing and detecting criminal conduct.**

1. Es muy conveniente por razones de calidad, precisión y seguridad jurídica que se unifique en la Guía la terminología relativa al **concepto de principales directivos**.

 Si bien es cierto que la Guía proporciona una definición sobre lo que se entiende por principales directivos; sin embargo, a lo largo de todo el documento, ésta utiliza indistintamente una pluralidad de términos, de contornos imprecisos y no siempre coincidentes: *principales directivos*, *alta dirección* y *directivos*(y no especifica una diferenciación entre ellos), lo que induce a confusión, por indeterminación del círculo de personas afectadas. Además, la definición que la Guía facilita para el término *principales directivos* no incluye ningún concepto que los distinga de los *meros*directivos, cuando parece obvio que pretenden referirse a aquellos directivos de más elevado poder de decisión en una empresa.

1. Sería muy conveniente comentar el siguiente texto de la Guía: “*El hecho de que alguno de los principales directivos de la empresa esté involucrado en una infracción de la LDC podrá determinar de acuerdo con las circunstancias de cada caso el carácter ineficaz del programa de cumplimiento por cuanto excluye un compromiso verdadero con el respeto de las normas de defensa de la competencia*”.

Decepciona, por insuficiente, ver el **escaso efecto atenuante de responsabilidad**que la Guía atribuye a los **programas de compliance existentes** en una empresa con carácter **ex ante**, pues ni siquiera se contempla la posibilidad de su valoración o ponderación a los efectos de modulación de la posible sanción, como sí se contempla, aunque ciertamente con excesiva tibieza, para los **proyectos de cumplimiento presentados una vez iniciado el procedimiento administrativo sancionador** o para **proyectos de mejora de los programas ya existentes**, asumiendo en este último caso la insuficiencia del eventual programa existente por el solo hecho de la comisión de la infracción o su falta de detección a los efectos del programa de clemencia.

La constatación de una infracción no siempre es indicativa de la ineficacia de un programa de cumplimiento en un caso concreto. En primer lugar, riesgo cero no existe. En segundo lugar, cabe que se den en el seno de una empresa conductas aisladas deliberadamente elusivas, de engaño o fraude al programa o sistema interno de prevención normativa. En estos casos de comportamientos *outlier*, como ha reconocido el legislador penal, existencia de una conducta infractora por parte de un empleado o directivo no es reflejo del firme compromiso y esfuerzo colectivo por cumplimiento y la creación de una cultura de respeto a la ley. Por lo que parece razonable incluir en la Guía que deba ponderarse necesariamente si el programa existente se “acomoda a las consideraciones expuestas en esta guía respecto a la eficacia de este tipo de programas”; y es que es tampoco los programas implantados con posterioridad a la iniciación de un procedimiento (a los que la Guía sí que toma en consideración para modular la posible sanción) garantizan de manera absoluta la no comisión de una infracción en el futuro.

La medida que proponemos, además, está totalmente en línea con la finalidad que persigue la guía de incentivar y coadyuvar a la implantación en las empresas de programas de cumplimiento y por tanto de generalizar en el mundo empresarial una cultura de competencia.

1. Un ejemplo de lo que podría derivarse del planteamiento contenido en el documento a consulta sería que el hecho de que se siguieran cometiendo delitos en las calles, tanto de tipología ya conocida como de carácter novedoso, sería prueba evidente de un erróneo programa policial y por lo tanto de necesidad de buscar responsabilidades, cuando menos, en dicho cuerpo.
2. En relación con la **estrategia de formación** en relación **con colaboradores cercanos (socios, distribuidores, proveedores relevantes, etc.)**  debería operar límites más precisos en la Guía. La única opción razonable por parte de las empresas principales sería exigirles a estos, dada su condición de terceros, la acreditación de la existencia e implantación de planes de formación dentro de sus respectivas organizaciones y la declaración certificada del cumplimiento de la normativa de competencia. Una intromisión intensa de la empresa principal podría generar el riesgo laboral y jurídico de confundir esferas de responsabilidad y de personalidades jurídicas diferenciadas. Esta confusión se produciría si por parte de una empresa principal se llegase a asumir la formación de los empleados de sus terceros relacionados.
3. En relación con el apartado D. señalar que su contenido debería ajustarse a lo ha indicado previamente respecto a los Programas de Cumplimiento y a los Modelos de Control de las entidades.
4. Por último, en relación con las **medidas disciplinarias**, la Guía de la CNMC indica que se valorará positivamente la inclusión de cláusulas rescisorias en los contratos de la alta dirección para los casos en los que se constate una comisión de infracción de la normativa de competencia.

Desde nuestro punto de vista, y efectos de acreditar la existencia de una verdadera cultura de cumplimiento en una empresa, y por lo tanto de rechazo o penalización de comportamientos internos inadecuados en esta materia, consideramos que lo más relevante a tener en cuenta debería ser el conjunto de elementos desincentivadores de incumplimientos, y en particular las medidas de respuesta o de reacción que las empresas prevén para tales casos en el propio modelo o programa de cumplimiento. Y estas medidas no deberían reducirse solo a mecanismos contractuales tan extraordinarios como son los mecanismos de la salida de los altos directivos responsables de una infracción. Deberían también valorase por la Guía la existencia dentro las empresas, en sus programas, de **otras medidas de espectro o vocación más amplia, más cultural y de largo plazo**, insertadas no solo en su marco disciplinario, sino también en los otros ámbitos contribuyen de modo regular a moldear los hábitos y conductas de los empleados (la organización, selección de personas, evaluación del desempeño y los criterios de desarrollo de carrera).

1. Entendemos que en el entorno de la actividad empresarial no es necesario incluir cláusulas concretas de tipo disciplinario por el riesgo de conductas contrarias a la norma de Competencia, entre otros motivos:
2. Porque ya es inherente al desarrollo de la actividad empresarial la asunción de responsabilidades por las malas conductas que puedan producirse de cualquier tipo.
3. Porque, de incluirse, ¿por qué solo habría de hacerse a los contratos de alta dirección y no en todos los de todos los trabajadores que puedan estar expuestos a actuar contrariamente a lo establecido en esta regulación?
4. Porque de incluirse con motivo de la normativa de competencia, ¿por qué no debería hacerse para cualquier incumplimiento de cualquier otro tipo de regulación?
5. Porque de incluirse para los empleados de la entidad, ¿por qué no debería incluirse también en relación por ejemplo con los Auditores que debieron detectarlo y no lo hicieron, o de los asesores que pudieron efectuar un assesment incorrecto, o de los empleados públicos que pudieron tener acceso a la información y no detectaron el comportamiento o no promovieron su corrección, o ….?
6. No podemos estar más que plenamente a favor del desarrollo de programas de gestión de los distintos riesgos legales que afectan a las entidades, tanto públicos como privadas, pero entendemos que estos deben ser valorados adecuadamente teniendo en consideración (1) si están bien diseñados (2) si se están aplicando con seriedad y buena fe y (3) si se encuentran sometidos a evaluaciones periódicas para valorar su grado de efectividad, y sobre todo teniendo en cuenta que la existencia de un evento no significa por si mismo que el programa no funcione o sea ineficaz en el momento de producirse.
7. En la página 8 se dice:  “La futura transposición de la Directiva de Whistleblowing implicará la obligación de instaurar un canal de denuncias anónimo en empresas de más de 50 de trabajadores”

La Directiva mencionada no establece la obligación de instaurar un canal de denuncias anónimo, sino que traslada la decisión a los Estados miembros. La redacción del artículo 6 de la Directiva “Condiciones de protección de los denunciantes” en su apartado 2  es la siguiente:

Sin perjuicio de la obligación vigente de disponer de mecanismos de denuncia anónima en virtud del Derecho de la Unión, la presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de decidir si se exige o no a las entidades jurídicas de los sectores privado o público y a las autoridades competentes aceptar y seguir las denuncias anónimas de infracciones”.

1. En esa misma página 8, el documento de la CNMC en el apartado dedicado a la “Independencia del responsable de diseño y control de las políticas de cumplimiento”, señala: “Para garantizar esta independencia debe tener la facultad de reportar directamente a los máximos representantes de la empresa (órganos de administración y principales directivos) las cuestiones relacionadas con el seguimiento del programa de cumplimiento (por ejemplo, detección de infracciones y gestión de estas) así como de exigir al órgano de dirección y a los principales directivos medidas para el correcto diseño e implantación del programa (medidas estratégicas, laborales -por ejemplo, diseño de incentivos-, disciplinarias, etc.). Igualmente, el responsable de cumplimiento debe poder asesorar en el proceso de toma de decisiones de los órganos de gobierno de la empresa con plena independencia”.

Parece demasiado pretencioso asumir que el Responsable de Cumplimiento pueda tener capacidad de “exigir al órgano de dirección” cualquier tipo de actuación. El Responsable de Cumplimiento habrá de alertar sobre los incumplimientos y, en su caso, sugerir las modificaciones que estime conveniente; pero, en cualquier caso, tales comunicaciones serían actuaciones que quedan lejos de la exigencia prevista en el texto.

1. Finalmente algunas sugerencias respecto a la cultura de cumplimiento:
2. Podría instarse a las empresas y organizaciones a que, en caso de contar con un Código ético o de conducta, introduzcan en su articulado codificado un punto expreso, referente al compromiso de todos los integrantes de la organización con una cultura eficaz del cumplimiento y de defensa de la libre competencia.
3. Conviene reforzar el compromiso con esta cultura del cumplimiento no sólo con programas formativos y de control puntuales o aislados, sino con una política de permanente "actualización" y "puesta al día continua" de la competencia en compliance en las organizaciones.
4. También, sería importante que en los comités de control disciplinarios se contase con la participación y presencia real y concreta de algún profesional especializado en la cultura de cumplimiento.
5. Sería muy recomendable el establecimiento de un sistema de refuerzo o motivación positivo de tipo o carácter interno para quienes muestren un grado mayor de compromiso con la cultura de cumplimiento y la libre competencia en la organización. Por ejemplo, una medida concreta estribaría en incluir como indicio positivo en la evaluación del personal la realización o participación del sujeto de alguna acción formativa vinculada con el cumplimiento y la libre competencia, así como la inclusión de ello en la política de incentivos retributivos.

Madrid 28 de Febrero de 2020



**Información sobre el Instituto de Oficiales de Cumplimiento – IOC**

El Instituto de Oficiales de Cumplimiento (IOC), es una Asociación sin animo de lucro, que agrupa actualmente a más de 500 profesionales de Cumplimiento, encontrándose entre ellos los Oficiales de Cumplimiento (Compliance Officers) de la gran mayoría de las principales empresas Españolas.

Los Oficiales de Cumplimiento (Compliance Officers) son profesionales cualificados, de prevención, detección y asesoramiento, que desarrollan la función de Cumplimiento (Compliance) en las Unidades encargadas de ello, dentro de las Organizaciones.

El incremento en el volumen, la complejidad y la variabilidad de las obligaciones de cumplimiento que afectan a las organizaciones han hecho imprescindible, disponer tanto de estructuras para facilitar su cumplimiento, como de personal cualificado para operarlas. La extrapolación de las obligaciones legales para asumir los compromisos éticos que reclama la sociedad, han contribuido a incrementar las necesidades de Cumplimiento, acelerando la evolución de una función que se percibe como factor clave de buen gobierno corporativo.

Un sistema de gestión de Cumplimiento eficaz, ayuda a la organización a alcanzar sus objetivos, de manera sostenible en el tiempo y permite a la organización, asegurar y demostrar su compromiso de cumplir con los requisitos legales, los códigos de la industria y los estándares de la organización, así como con los estándares de buen gobierno corporativo, las mejores prácticas, la ética y las expectativas de la sociedad en general.

Mayor información en la pagina web de la Asociación: [www.iocumplimiento.org](http://www.iocumplimiento.org),

1. Sería recomendable que se revisase cómo ​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​​The Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO) – [www.coso.org](http://www.coso.org) - define este modelo de Control Interno para que el documento resulte consistente con el estándar internacional en la materia y con las mejores prácticas internacionales. [↑](#footnote-ref-1)