

**OBSERVACIONES REALIZADAS POR DELOITTE LEGAL EN
RELACIÓN AL SOMETIMIENTO A CONSULTA PÚBLICA DE LA
“PROPUESTA DE GUÍA DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN
RELACIÓN CON LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA”**

1. INTRODUCCIÓN

Desde DELOITTE LEGAL agradecemos la oportunidad de presentar observaciones y sugerencias de mejora en relación a la *Propuesta de Guía de Programas de cumplimiento en relación con la Defensa de la Competencia* (en adelante, la “Propuesta de Guía”), sometida a consulta pública por la CNMC desde el pasado 3 de febrero de 2020.

Dichas observaciones, en la medida en que, según la Motivación de la consulta pública accesible a través de la página *web* de la CNMC, la futura Guía tendrá el objeto de “*prevenir y detectar su participación en conductas ilícitas, susceptibles de generar responsabilidad penal y administrativa*”, han sido desarrolladas por un grupo de trabajo compuesto por especialistas, tanto en cumplimiento normativo, como en defensa de la competencia y prevención de riesgos penales. Asimismo, para su confección se ha tenido en cuenta, de un lado, lo dispuesto en la Ley de Defensa de la Competencia, el Código penal y demás normas de aplicación; y, de otro, los estándares en materia de cumplimiento normativo derivados de la Norma ISO 19600, de Sistemas de Gestión de Compliance y la Norma española UNE 19601 sobre Sistemas de Gestión de Compliance penal.

Esperamos que estas observaciones ayuden a enriquecer de la mejor forma posible la antedicha Propuesta de Guía, a fin de que los programas de cumplimiento de competencia descritos en las mismas logren la máxima efectividad posible.

**2. OBSERVACIONES REALIZADAS EN RELACIÓN AL APARTADO 3:
PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EFICACES. CRITERIOS DE
EVALUACIÓN.**

A continuación procederemos, siguiendo el mismo esquema de la Propuesta de Guía, a centrarnos únicamente en las observaciones o aspectos de mejora a incluir en cada uno de los puntos contenidos en el referido apartado 3.

a. Implicación de los órganos de administración y/o principales directivos de la empresa

Entendemos que la “*declaración clara, firme y pública de los máximos representantes subrayando el cumplimiento de las normas de defensa de la competencia*” a la que hace referencia la guía en a partir de su pág. 5, debería traducirse en la asunción por parte de las organizaciones de una Política de Competencia que, entre otras, y en línea con la Norma ISO 19600 (*vid.* apartado 5.2) deberá:

- ser adecuada;
- proporcionar un marco de referencia para el establecimiento de los objetivos de Compliance;
- incluir el compromiso de cumplir los requisitos aplicables; e
- incluir el compromiso de mejora continua del sistema de gestión de Compliance.

La política de competencia a establecer en cada organización deberá ir en línea con los valores, objetivos y estrategia de la organización, debiendo ser respaldada además por el órgano de gobierno correspondiente según la naturaleza de cada organización.

Se recomienda igualmente la revisión de los Códigos Éticos y/o de Cumplimiento, al objeto de estar alineados con los valores y principios de la organización en materia de competencia, incluyendo en su caso pautas de conducta específicas para prevenir dichos riesgos.

Finalmente, el modelo deberá de establecer las obligaciones y responsabilidades concretas, tanto de los órganos de administración como de los principales directivos, para asegurar el adecuado cumplimiento del mismo en el seno de la organización.

b. Formación eficaz

Las acciones formativas y de comunicación efectivamente repercuten en una concienciación de los miembros de las entidades, y además aportan una finalidad probatoria de la diligencia debida ejercida, suponiendo una evidencia de la comunicación y el traslado de las pautas y normativa interna.

Por ello, hoy en día se ha convertido en un requisito más que debe ser valorado a la hora de realizar la verificación de cualquier modelo de cumplimiento. Precisamente por este motivo, y si bien respetando en todo momento la normativa laboral aplicable, las organizaciones deberían asegurarse de:

- a) Incluir en sus programas de formación módulos específicos en relación con el riesgo de competencia

Tal y como anticipa la Propuesta de Guía, éstos deberán ser ajustados a los perfiles, responsabilidades y riesgos asociados a los distintos colectivos profesionales, debiendo guardarse además registro documentado de la superación de cada uno de los cursos.

- b) Más allá de directivos y empleados, las organizaciones deberán asegurarse de que cualquier tercero que pueda actuar en nombre de la organización o trasladarla riesgos concretos en materia de competencia como consecuencia de la actividad desempeñada por cuenta de la organización, haya recibido la oportuna formación.
- c) Como complemento de lo anterior, deberá valorarse positivamente, como muestra del compromiso de la organización con los objetivos del programa, la realización de actividades de comunicación periódicas relacionadas con riesgos de competencia específicos, con los distintos elementos del modelo, o fomentando el uso del mismo para la detección de potenciales incumplimientos (canales de denuncias).

c. Existencia de un canal de denuncias anónimo

No se han identificado sugerencias de mejora.

d. Independencia del responsable del diseño y control de las políticas de cumplimiento

Sin perjuicio del nombramiento *ex profeso* de un responsable u órgano directo que asuma la responsabilidad en cuanto al diseño y supervisión del modelo, entendemos que se debería admitir expresamente la posibilidad de asignar esas funciones a otro ya creado y que legal u organizativamente ya tenga encomendada la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica. Este segundo supuesto podrá darse especialmente en casos de en los que una organización ya cuente con este tipo de estructuras organizativas (entidades de gran tamaño o cotizadas, por ejemplo).

A los efectos de asegurar la independencia del mismo entendemos que los requisitos señalados por la Propuesta de Guía podrían verse completados con, al menos, los siguientes:

- i. Órgano creado en el seno de la persona jurídica, lo que facilitará el contacto diario con el funcionamiento de la propia organización.
- ii. Debe contar con poderes autónomos dentro de la organización que le otorguen la autoridad necesaria para garantizar el correcto funcionamiento del programa. Es por ello que, además, debe contar con capacidad para acceder a los procesos internos, información necesaria y actividades realizadas en cualquiera de las direcciones o áreas de la entidad.
- iii. Debe ser independiente del órgano de administración de la organización, evitando así cualquier injerencia en el desarrollo de sus funciones.
- iv. Dada su función de seguimiento y control, sus integrantes deben ser independientes de la propia actividad sujeta a fiscalización. Ello les otorgará una visión objetiva de la normativa y funcionamiento de la entidad, permitiéndoles de este modo una correcta supervisión de los controles internos de la persona jurídica.
- v. Para conseguir los máximos niveles de autonomía e independencia, se recomienda que exista una separación operacional entre el órgano de administración / negocio y los integrantes del órgano de supervisión y control, que preferentemente no deben ser administradores o, al menos, no en su totalidad.

- vi. Constituye una mejor práctica establecer un modelo descentralizado que cuente con tres líneas de defensa.
- vii. Debe contar con suficiente formación en la materia de cara al desarrollo de las funciones de supervisión y control del modelo.
- viii. Sus componentes deben contar con las siguientes características:
 - (a) Autonomía e independencia
 - (b) Profesionalidad
 - (c) Dedicación
 - (d) Honradez
 - (e) Integridad
 - (f) Compromiso con el Modelo
 - (g) Habilidades de comunicación y capacidad de influencia
 - (h) Prestigio
 - (i) Competencia necesaria

Asimismo, es necesario que los miembros del órgano de supervisión y control tengan otorgada la capacidad necesaria para el desarrollo de sus funciones de supervisión y seguimiento, sin recabar para ello ningún tipo de autorización previa.

e. Identificación de riesgos y diseño de protocolos o mecanismos de control

(i) En cuanto a los mapas de riesgo

Coincidiendo plenamente con que el punto de partida de todo modelo de cumplimiento parte del diseño de un “mapa de riesgos” que establezca las áreas de negocio y de la organización más expuestas, entendemos que, al objeto que el mismo esté lo más ajustado a la realidad y sector de cada organización, debería contener:

- (a) Identificación de las concretas actividades desempeñadas por sus directivos, empleados o dependientes, que pudieran desembocar, en su caso, en una infracción de cumplimiento. Todo ello, teniendo en cuenta además el sector en el que opera la propia organización.

- (b) Esta identificación necesariamente deberá hacerse extensiva a todas las áreas y a todas las actividades desarrolladas por la sociedad, señalándose, en su caso, posibles eventos de riesgo concretos para cada riesgo penal identificado.
- (c) A partir de dicho análisis se podrán identificar, tanto los distintos potenciales incumplimientos aparejados a la actividad de la entidad, como las áreas y procesos entre las que los mismos pueden ser originados. Adicionalmente, será necesario justificar siempre el porqué de la inclusión o no del riesgo en cuestión.
- (d) Adicionalmente, será necesaria una priorización de dichos riesgos, tanto desde el punto de vista inherente (teniendo en cuenta cómo puede impactar una eventual sanción administrativa –en función del importe de la sanción económica a la organización o a sus directivos, del daño reputacional, o de la posibilidad de otro tipo de medidas accesorias a imponer como la publicación de la sanción en medios de comunicación, etc.– así como la probabilidad de ocurrencia –en función de si el riesgo se da en muchas o pocas áreas, si es un riesgo que aplica únicamente en la alta dirección o en todo tipo de empleados, si afecta a alguna de las actividades principales de la compañía, etc.–) y el residual (en función del nivel de control con que cuenta la compañía para evitar en la medida de lo posible la materialización del riesgo). Fruto de esta priorización, deberá resultar siempre una mayor exposición a aquellos riesgos directamente relacionados con la actividad y objeto social de la entidad.

(ii) En cuanto al diseño de protocolos y mecanismos de control

Una vez identificados los riesgos de competencia, deberá adecuarse el oportuno sistema de control que los mitigue, que debería estar formado por políticas, procedimientos y controles. El objetivo de este requisito en muchas ocasiones no es tanto la elaboración de nuevas políticas o procedimientos, como la identificación de aquellas que ya forman parte del modelo de control interno de toda organización.

Este modelo parte, en primer lugar, de la definición de un organigrama y una adecuada asignación de funciones y responsabilidades de cada área / departamento. Es decir, clarificar dentro de la organización quién es el responsable de cada uno de los procesos de la misma: quién o quiénes tienen capacidad para decidir sobre la contratación con terceros; quién o quiénes son los responsables de la prevención de riesgos laborales; quién

o quiénes de la comercialización productos y servicios a clientes, etc.

Muchas organizaciones cuentan así con descripciones de funciones de las áreas y puestos de trabajo. Estas descripciones pueden verse completadas en ocasiones con flujogramas establecidos en una compañía para regular un proceso concreto, como por ejemplo, la contratación de un proveedor, o la autorización para formar una *joint venture* con un socio de negocio.

Una vez definido el reparto de roles y responsabilidades, el siguiente paso será la determinación de aquellos procedimientos y controles que aseguran que éstas se ejecutan de forma ética y adecuada y, en su caso, conforme a la normativa que resulte de aplicación. Éstos podrán llegar a ser de muy distinta naturaleza:

- (i) Controles de tipo normativo, compuestos por aquellas políticas, normas o reglamentos adoptados en el seno de la compañía para regular la actividad diaria de la empresa. Por lo general, este grupo de normas abarcará desde la más genérica, fundamental y aplicable a toda la compañía –un Código Ético o de Conducta, por lo general, que recoja los valores fundamentales y principios inspiradores de la compañía–, a otras más específicas, aplicables quizás únicamente a algunas áreas de la empresa y con la finalidad de cubrir únicamente algunos riesgos específicos de cumplimiento.
- (ii) Ahora bien, para poder hablar de diligencia suficiente, no basta el establecimiento de principios éticos o pautas de actuación genéricas definidas en políticas de cumplimiento de alto nivel. Es indispensable que éstas vayan acompañadas de otro tipo de medidas de control mucho más concretas y efectivas. Tales como:
 - a. Controles de tipo procedimental, que describan y regulen procesos específicos de la empresa, con la finalidad de asegurar el correcto desempeño de las distintas actividades que puedan afectarla. Es el caso, v. gr., del procedimiento de autorización para la presentación de una oferta frente a la administración, el establecimiento de una relación de negocio con determinado socio.
 - b. También cabría señalar aquellos controles operativos, que en última instancia, coadyuvarían de forma eficaz a asegurar el cumplimiento de los dos anteriores.

Como se puede ver, todas estas medidas resultarán esenciales para la

acreditación del debido control sobre los empleados, que van desde el establecimiento de máximas o valores programáticos, hasta la implantación de controles específicos destinados al aseguramiento efectivo de dichos principios.

(iii) Diligencia debida

En el ámbito de la prevención del derecho de la competencia, uno de los puntos críticos a tener en cuenta por los modelos de cumplimiento será la supervisión sobre las relaciones que las organizaciones establecen con terceros (socios de negocio, proveedores, etc.), para evitar que una eventual restricción de la competencia a través de las relaciones mantenidas con los mismos.

(iv) En cuanto a la supervisión y seguimiento

Como cualquier modelo de cumplimiento, se hace necesario hacer un seguimiento del sistema de gestión para asegurar que se alcanza el desempeño de cumplimiento. Para ello, será preciso establecer un plan de seguimiento continuo, definiendo los procesos, programas y recursos del seguimiento y la información que se debe recoger.

Dicha labor de supervisión deberá enmarcarse siempre teniendo en cuenta una diferenciación clara de las denominadas tres líneas de defensa: i) los gestores de la primera línea de defensa asumen los riesgos y poseen los controles; ii) las áreas de la segunda línea de defensa realizan una supervisión independiente de las actividades de gestión de riesgos de la primera línea en el marco de las políticas y límites establecidos por el órgano de administración; y iii) como tercera línea de defensa, se encuentra Auditoría Interna, área independiente que evalúa el sistema de gestión de riesgos de competencia en el presente caso.

(v) Supervisión y seguimiento en relación con filiales

Resulta necesario el establecimiento de las medidas oportunas que contribuyan al establecimiento de medidas de diligencia de debida respecto de las sociedades dependientes, diferenciando, por un lado, el establecimiento de medidas para las sociedades bajo control, y, por otro lado, aquellas medidas que deben seguirse para las sociedades no controladas por la organización.

(vi) Recursos

Deberán asignarse recursos humanos, económicos y tecnológicos, tanto para la implementación del modelo, como para la supervisión y mejora continuas.

(vii) Información y documentación

La información relativa al modelo de cumplimiento deberá estar lo suficientemente documentada en cuanto a con los principales elementos del mismo, así como mantiene adecuada y apropiadamente archivada.

f. Diseño del procedimiento interno para la gestión de denuncias y la gestión de la detección de infracciones

Como si se tratara de una investigación forense de carácter “privado”, el procedimiento regulador de las denuncias e investigaciones deberá garantizar, entre otros, los siguientes derechos:

- a) Presunción de inocencia hacia el denunciado.
- b) Ausencia de represalias hacia el denunciante.
- c) Confidencialidad de la información generada a lo largo de la investigación de la denuncia.
- d) Como si se tratara de un proceso administrativo o penal, pero aplicado al ámbito de una investigación privada, deberán tenerse en cuenta principios y garantías tales como: imparcialidad, igualdad de armas entre las partes, proporcionalidad, etc.

Al objeto de cumplir con todo lo anterior, las organizaciones deberán establecer los oportunos procedimientos de reporte de información, especificando a quién, cómo y cuándo se deben reportar los asuntos, así como los plazos existentes. Asimismo, deberán garantizar (i) la efectividad de las acciones llevadas a cabo, (ii) la capacidad de las personas encargadas de la investigación, (iii) el necesario reflejo de la implicación y cooperación de otras áreas, y (iv) la confidencialidad de la denuncia, la investigación y la resolución.

g. Diseño de un sistema disciplinario transparente y eficaz

Un procedimiento disciplinario debe de tener por objetivo:

- (a) Asegurar el adecuado cumplimiento de los Códigos Éticos y/o de Cumplimiento

de las organizaciones, junto con el resto de normas y procedimientos internos de supervisión, vigilancia y control destinados a prevenir el riesgo de cumplimiento.

- (b) Describir los regímenes sancionadores existentes en las organizaciones.
- (c) Determinar las pautas de actuación de los distintos departamentos de la organización en el marco de la aplicación de los distintos regímenes disciplinarios de aplicación tras la detección de una potencial infracción o incumplimiento por parte de un directivo, empleado o tercero.

A partir de lo anterior, los procedimientos disciplinarios deberán estar en perfecta consonancia, tanto los distintos regímenes sancionadores establecidos en los convenios colectivos de aplicación, así como con la normativa legal vigente. A mayor abundamiento:

- (a) Será necesario verificar el régimen sancionador de aplicación para aquellos colectivos no sujetos a ningún convenio de aplicación (v.gr., personal de alta dirección, administradores, terceros con los que se mantenga una relación exclusivamente mercantil).
- (b) También se deberán tener en cuenta medidas sancionadoras a aplicar respecto de otros potenciales terceros o socios de negocio, cuando el incumplimiento venga incardinado en la relación que podamos tener con ellos (v.gr., en una *joint venture*).

Finalmente, como complemento de todo lo anterior, también sería recomendable el establecimiento de mecanismos de evaluación que permitan la remuneración, promoción y mejora de condiciones de empleados y directivos, además de por el desempeño profesional, por el buen desempeño íntegro y ético.

3. OBSERVACIONES REALIZADAS EN RELACIÓN AL APARTADO 4: *CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA IMPLANTACIÓN DE UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO EFICAZ EN LOS EXPEDIENTES ABIERTOS POR LA CNMC.*

A continuación procederemos a indicar las observaciones o aspectos de mejora a incluir

en el referido apartado 4, tanto en lo que se refiere a la valoración de los programas de cumplimiento *ex ante* como de los programas de cumplimiento *ex post*.

a. En relación con los programas de cumplimiento ex ante

La Propuesta de Guía identifica los programas de cumplimiento *ex ante* con “*aquellas situaciones en las que la empresa disponía de un programa de cumplimiento con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador por la CNMC*”, pasando a diferenciar a continuación dos supuestos en función de si la conducta en cuestión es constitutiva de un cártel o no:

(i) Infracción muy grave constitutiva de cártel

En este caso, la CNMC señala dos tipos de efectos o beneficios:

- (a) Una “atenuación de responsabilidad” en el caso de que se detecte una infracción de cártel como consecuencia de un programa de cumplimiento y se ponga en conocimiento de la CNMC a través del programa de clemencia.

En este caso, creemos que sería deseable dotar de mayor concreción al concepto de “atenuación de responsabilidad”, más allá de los beneficios intrínsecos al propio programa de clemencia. En particular, creemos conveniente que la Propuesta de Guía defina cuál es el beneficio específico de un programa de cumplimiento en términos de “atenuación de responsabilidad” para las empresas a las que se concede la exención del pago de la multa, por una parte, y para las empresas a las que se concede la reducción del pago de la multa por otra (por ejemplo, si las empresas pueden esperar un porcentaje adicional de reducción al previsto en el artículo 66 LDC o que se les otorgue un porcentaje en la franja alta de las horquillas previstas en dicho artículo).

- (b) Una “atenuación de responsabilidad” a través de la colaboración activa y eficaz con la CNMC junto con el reconocimiento de los hechos constatados por la autoridad.

Este supuesto también plantea ciertas dudas que sería conveniente resolver. Por una parte, sería deseable una concreción acerca de si la “colaboración activa y eficaz” se corresponde simplemente con la atenuante del artículo 64.3 d) LDC o si las empresas que cuenten con un programa de cumplimiento eficaz puede

razonablemente esperar algún beneficio adicional. Por otra parte, sería necesario replantearse la inclusión del requisito de que la empresa reconozca los hechos constatados por la CNMC, particularmente cuando de este reconocimiento no se deriva un beneficio evidente y automático para las empresas (como sí sucede en el procedimiento de transacción comunitario – *settlement*), y a la vista del impacto que dicho reconocimiento pudiera tener en otros ámbitos como es el caso de las reclamaciones de daños al amparo de los artículos 71 LDC y siguientes.

(ii) Infracción muy grave o grave no constitutiva de cártel

En este caso, la Propuesta de Guía señala como beneficio también una posibilidad para las empresas de “atenuar su responsabilidad” mediante la puesta en conocimiento de la autoridad de dicha infracción que ha sido detectada como consecuencia de los mecanismos introducidos en un programa de cumplimiento.

Este escenario también plantea serias dudas de interpretación que sería conveniente clarificar, tanto en lo que se refiere al procedimiento adecuado para la puesta en conocimiento de la infracción (no queda claro si se trata de una suerte de “auto-denuncia” al albur del artículo 49 LDC u otro tipo de mecanismo), como al valor añadido adicional en términos de incentivos para las empresas que decidan seguir esta vía, particularmente cuando los beneficios *ex post* de los programas de cumplimiento, como veremos a continuación, parecen tener incluso más peso que los programas de cumplimiento *ex ante*.

b. En relación con los programas de cumplimiento ex post

Desde DELOITTE LEGAL valoramos de manera muy favorable el hecho de que la Propuesta de Guía reconozca la posibilidad de presentar un proyecto de diseño o mejora de programa de cumplimiento una vez detectada la infracción de las normas de competencia e iniciado el procedimiento administrativo sancionador correspondiente.

No obstante, consideramos recomendable que la CNMC dote de mayor concreción a la Propuesta de Guía en relación con los siguientes aspectos: (i) cuáles serán los parámetros para la valoración del programa *ex post*, incluyendo el procedimiento o mecanismos para dicha valoración, regulándose la relación y cooperación entre la Dirección de Competencia, el Consejo de la CNMC y, en su caso, la Junta Consultiva de Contratación del Estado; (ii) cuál sería el impacto en el procedimiento administrativo sancionador

incoado en términos de suspensión y cómputo de plazos; (iii) cuál es el momento procedimental oportuno para la presentación del programa de cumplimiento *ex post*; o (iv) cómo se lleva a cabo la vigilancia y seguimiento de un programa de cumplimiento declarado eficaz por la CNMC.

Asimismo, en lo que respecta al impacto de la adopción de este tipo de programa en relación con una eventual prohibición de contratar a declarar en procedimiento separado iniciado por la Junta Consultiva de Contratación del Estado, consideramos necesario que se regule un mecanismo de colaboración de ésta con la CNMC que garantice que puede existir una adecuada protección del derecho de audiencia de las empresas mediante un diálogo activo y constructivo en relación a la adecuación y eficacia del programa propuesto. Esto es, que de forma similar a las conversaciones que pueden mantenerse en el contexto de una terminación convencional en relación con los compromisos propuestos por las partes, también exista la oportunidad de realizar las modificaciones oportunas a los programas de cumplimiento que se hubieran planteado, después de haber recibido sugerencias o recomendaciones por parte de la CNMC, en su caso.
