

COMENTARIOS A LA PROPUESTA DE GUÍA DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN RELACIÓN CON LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA PLANTEADA POR LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC)

Introducción. –

En fecha 3 de febrero de 2020 la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC) en virtud de la disposición adicional tercera de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 37 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sometió a consulta pública su borrador de guía de programas de cumplimiento en relación con las normas de defensa de la competencia.

Los comentarios respecto al borrador de guía de programas de cumplimiento en materia de defensa de la competencia incluidos en el presente documento seguirán el orden establecido en la propia propuesta de la CNMC, y no se hará alusión a aquellos apartados respecto los cuales EJASO – ETL GLOBAL no tenga nada que aportar al objeto de contribuir de forma útil al propósito común que se persigue.

Los apuntes incluidos en el presente escrito se realizan desde el máximo respeto, y siempre con la intención de contribuir en el logro de una guía de programas de cumplimiento que posibilite la consideración de estos como eficaces y relevantes en la aplicación de las normas de defensa de la competencia.

Finalmente, con carácter previo EJASO ETL GLOBAL quiere dejar constancia de que, al igual que la CNMC, considera que es un buen momento para impulsar las políticas de cumplimiento normativo en relación con las normas de defensa de la competencia pues, los operadores están preparados para asumir en primera persona un “*verdadero compromiso de cumplimiento*”, piedra angular de todo programa de cumplimiento eficaz.

Aportaciones de EJASO ETL GLOBAL al borrador de guía de programas de cumplimiento en relación con las normas de derecho de la competencia de la CNMC

2. Praxis de la CNMC en relación con los programas de cumplimiento

En la página 4 del borrador, la CNMC afirma que, en general, los programas de cumplimiento *ex ante* solo se consideran eficaces cuando articulan y aplican controles internos que hayan detectado *ad intra* la conducta anticompetitiva, facilitando la utilización del programa de clemencia, en el caso de los cárteles.

En nuestra opinión, puede darse situaciones en las que una organización tenga instaurado un programa de cumplimiento eficaz, pero no haya detectado la conducta anticompetitiva en un determinado momento.

No se debe descartar un programa de cumplimiento *ex ante* por el mero hecho de no haber detectado una infracción. A nuestro juicio, se debe analizar caso por caso el programa de cumplimiento existente en las organizaciones, y el resultado de este análisis debiera ser la única razón que fundamente o no la aplicación de un atenuante de responsabilidad.

EJASO ETL GLOBAL considera que el objetivo marcado de “tasa de error cero” es excesivo e inalcanzable, la eficacia de los programas de cumplimiento debe contextualizarse, no objetivarse en el sentido de negar la misma ante la mera existencia de una infracción de las normas de competencia. La relación infracción – ineficacia no debe ser directa o automática. Ni tan siquiera en el ámbito de lo programas de cumplimiento penales se lleva a cabo este planeamiento.

Asimismo, se considera que el logro de un verdadero compromiso de cumplimiento debe seguir un proceso de desarrollo y partir de esta exigencia tan elevada de éxito puede desincentivar que los operadores opten por dotarse de un programa de cumplimiento, como primer paso para detectar, corregir o evitar prácticas contrarias a las normas de competencia. Si se parte de una exigencia tan elevada, algunos operadores pueden no ver el incentivo añadido de dotarse de un programa de

cumplimiento, siendo muy importante en la promoción de la competencia que se inicie este proceso.

3. Programas de cumplimiento eficaces. Criterios de evaluación

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

La CNMC sostiene que, sin perjuicio de un análisis caso por caso, 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 la existencia de un “compromiso verdadero” con el respeto de las normas de defensa de la competencia.

EJASO ETL GLOBAL considera que este análisis caso por caso es el adecuado para la promoción de la competencia que se pretende con el impulso de los programas de cumplimiento, siendo replicable en general para el análisis de la eficacia de un programa *ex ante*, en el sentido destacado en referencia al apartado anterior.

Esto es, se considera que la eficacia de un programa de cumplimiento no puede rechazarse por el simple hecho de que la empresa haya realizado alguna de las prácticas prohibidas por las normas de la competencia, siendo importante el análisis singular, caso a caso. Detectado el error que propició la práctica ilícita se podrá determinar si se está o no en presencia de un programa de cumplimiento eficaz.

- **3. B. Formación eficaz**

EJASO ETL GLOBAL está de acuerdo con lo manifestado por la CNMC en este apartado. La formación debe estar adaptada perfectamente a la situación de la empresa, a su ámbito de actividad y funciones.

Por otro lado, como se dice en el borrador, la formación debe ser adecuada al nivel de exposición al riesgo de los empleados ostenten por ello, la elaboración de un mapa de

riesgos es fundamental para adaptar la formación a las necesidades reales de cada unidad de trabajo de la empresa.

EJASO ETL GLOBAL entiende que la consideración o no de un programa de cumplimiento como eficaz debe basarse en el “acierto” de los instrumentos de cumplimiento de los que se dota, no de la evitación de toda práctica ilícita. No debe ser una valoración de resultado sino de medios. Si los medios de los que se dota el programa son eficaces, éste también lo será.

- **3. C. Existencia de un canal de denuncias anónimo**

Al igual que la CNMC, creemos que el anonimato debe estar aceptado como método de denuncias. No obstante, aunque pueda ser evidente, es oportuno resaltar que las denuncias también pueden ser nominativas. De hecho, que la denuncia sea nominativa puede ser un requisito para poder acceder a las recompensas contempladas en el sistema de *bonus* de la sociedad.

Por otro lado, EJASO ETL GLOBAL considera que, más allá del carácter anónimo o no de las denuncias, los programas de cumplimiento deben contener, a través del desarrollo de un reglamento interno, un protocolo transparente de instrucción. El eventual denunciante debe conocer no sólo que su denuncia será anónima, sino que debe tener plena constancia del procedimiento que va a seguir ésta y, además, las consecuencias que la constatación de la existencia de un ilícito debe tener en el seno de la empresa.

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

En el párrafo tercero de este apartado consideramos apropiado añadir lo siguiente (en negrita):

“Además, el responsable de cumplimiento debe contar los recursos humanos y financieros necesarios en función del tamaño y características de la empresa u

organización, y siempre en función de los objetivos pretendidos, que deberán ir en consonancia con el mapa de riesgos elaborado previamente.”

EJASO ETL GLOBAL considera que el mapa de riesgos es el punto de partida que permite a la sociedad tener una visión acerca de las exigencias que debe tener su programa de cumplimiento eficaz. Evidentemente, tanto el nivel de exposición, como el posible impacto de las conductas, influirán decisivamente en la cantidad de recursos humanos y financieros que la organización deba invertir en el programa.

En consecuencia, el tamaño y características de la empresa son elementos que cuantifican los recursos humanos y financieros de los que debe disponer el responsable de cumplimiento, pero no los únicos, ni tan siquiera los más importantes, pues bajo nuestro criterio lo esencial es el “mapa de riesgos” al que debe hacerse frente.

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

La CNMC destaca que el diseño del “mapa de riesgos” de la empresa debe responder a un análisis pormenorizado de la situación individual y particular de ésta. EJASO ETL GLOBAL muestra su conformidad con este planteamiento. Sin menoscabo de ello, EJASO ETL GLOBAL considera que el dinamismo que debe acompañar a todo programa de cumplimiento eficaz exige, además del establecimiento de protocolos adecuados, acciones para su monitorización.

En consecuencia, todo protocolo de control debe ir acompañado de un protocolo de seguimiento que permita su adaptación dinámica a las necesidades de la empresa, en constante evolución.

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

Opinamos que, además del sistema disciplinario, debería incluirse en este apartado la existencia de incentivos como, por ejemplo, la posibilidad de que los empleados

puedan obtener una mejor evaluación de su desempeño en función de su actitud hacia el programa de cumplimiento de la empresa.

Los estímulos positivos suelen ser más eficaces porque ayudan a mejorar la percepción de los empleados acerca de los programas de cumplimiento, lo que lleva aparejado que se genere una auténtica cultura de cumplimiento con mayor facilidad. Además, al vincular la evaluación del desempeño del trabajador con el respeto por los programas de cumplimiento, se consigue que los empleados tengan una actitud más proactiva al respecto, tomando así parte en la actividad de control, que convertirá el programa en un programa eficaz.

4. Consecuencias derivadas de la implantación de un programa de cumplimiento normativo eficaz en los expedientes abiertos por la CNMC.

EJASO ETL GLOBAL valora muy positivamente la posibilidad de que la implantación de un programa de cumplimiento pueda ser considerado por la CNMC un elemento moderador de la sanción aun cuando la propia finalidad de estos programas, esto es, la generación de una verdadera cultura de cumplimiento parece estar más vinculada a la consideración como circunstancia atenuante de la responsabilidad, aunque sólo sea en los supuestos de programas *ex ante*.

En el supuesto de programas de cumplimiento *ex post*, es decir, cuando la empresa ofrece a la CNMC un proyecto de programa de cumplimiento eficaz o de mejora de un programa ya existente una vez iniciado el procedimiento sancionador, EJASO ETL GLOBAL considera que, analizada caso a caso la propuesta de la empresa, la conclusión de que ésta es adecuada debe conllevar como primera consecuencia la no imposición de la prohibición para contratar con las administraciones públicas pues, a través de esta medida se incentivará a las empresas a adoptar dichos programas de cumplimiento.

Finalmente, EJASO ETL GLOBAL considera que el simple hecho de que la empresa se dote de un programa de cumplimiento es positivo *per se*, sin que quepa presuponer que la finalidad de su conducta es crear una apariencia de cumplimiento. Se entiende que el programa de cumplimiento es una herramienta esencial para la promoción de la

competencia. Por esta razón, consideramos que debe incentivarse la implantación de un programa de cumplimiento, bien incidiendo en la valoración de la eventual responsabilidad de la empresa en un ilícito, bien a través de la moderación de la sanción impuesta, lógicamente, cuando se pueda atribuir al mismo el adjetivo de eficaz.

En Madrid a 27 de febrero de 2020.

EJASO ETL GLOBAL