

CNMC

PROPUESTA DE GUÍA DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN RELACIÓN CON LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Presentación

Los programas de cumplimiento normativo o programas de *compliance* (en adelante, “programas de cumplimiento”) han experimentado un auge significativo en España¹. Aunque inicialmente su utilidad inmediata recaía fundamentalmente en el ámbito del derecho penal, las empresas han ido reconociendo el valor de estos programas para asegurar el cumplimiento normativo en ámbitos distintos al penal², muy particularmente, en el ámbito de las infracciones del derecho administrativo sancionador.

En el ámbito de las normas de defensa de la competencia, el impulso definitivo de las políticas de cumplimiento normativo viene de la mano de dos importantes novedades legislativas: la prohibición de contratar con las administraciones públicas en el caso del empresario sancionado por infracciones graves de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), prevista en el artículo 71.1.b) de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público³ (LCSP), y la reciente adopción de la Directiva 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, conocida también como “Directiva de *Whistleblowing*”.

¹ El impulso definitivo se produjo con la entrada en vigor del artículo 31bis del Código Penal, introducido por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que admite la posibilidad de eximirse a las personas jurídicas de su responsabilidad penal en los supuestos en los que hubieran implantado un programa de cumplimiento “eficaz”. La Circular de la Fiscalía 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 1/2015, disponible en https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2016-00001.pdf proporciona criterios para la evaluación de estos programas a los efectos del artículo 31bis del Código Penal.

² Ver, por ejemplo, las certificaciones ISO 19600 compliance management systems, ISO criminal compliance management systems, ISO 37001 anti soborno, ISO 14001 de sistemas de gestión ambiental, futura UNE 19602 Compliance tributario.

³ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, BOE 2017 núm. 272, p. 107714. La inaplicación de la prohibición de contratar del artículo 72.5 de la LCSP es consecuencia de la transposición del artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE que incluía esta previsión y se conoce, en términos anglosajones, como medidas “*self cleaning*” (Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, DOUE 2014 L 94, p. 65).

En lo que se refiere a la prohibición de contratar, la LCSP prevé la exclusión de las licitaciones públicas a las empresas sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia “de falseamiento de la competencia”⁴. No obstante, la misma Ley en el artículo 72.5 admite la posibilidad de eludir esta prohibición de contratar cuando la empresa, además de proceder o comprometerse a hacer el pago de las multas o indemnizaciones pertinentes, cuenta con un programa de cumplimiento. En concreto cuando: *“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 se 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”*.

En cuanto a la Directiva *Whistleblowing*, su futura transposición implicará necesariamente una mayor concienciación en relación con las infracciones penales y administrativas, incluyendo las derivadas de las normas de defensa de la competencia y, por tanto, un mayor esfuerzo en el diseño e implementación de programas de cumplimiento precisamente en este ámbito del derecho.

Por otro lado, la CNMC lleva cuatro años explorando a través de jornadas públicas de colaboración público-privada⁵, los “Espacios Compliance” (antes “Diálogos de Compliance”), las políticas de cumplimiento, ahondando en la complementariedad entre los elementos disuasorios de la política de defensa de la competencia y las medidas preventivas en el entorno empresarial.

Por todo lo anterior, se considera oportuno en este momento impulsar las políticas de cumplimiento normativo en relación con las normas de defensa de la competencia. Mediante la publicación de esta guía se pretende coadyuvar en este ejercicio de las empresas, dando transparencia a los criterios básicos que la CNMC considera relevantes para que un determinado programa de cumplimiento sea eficaz.

1. Introducción

La CNMC es el organismo encargado de promover y defender la competencia en el entorno empresarial español en interés de la sociedad en general. Para ello, cuenta con distintas funciones e instrumentos establecidos en la LDC⁶.

Entre sus instrumentos, destacan por su relevancia e impacto en la detección de las prácticas más nocivas los siguientes: el programa de clemencia, por el que las empresas que aportan información o documentación relevante para la

⁴ Artículo 71.1.b) de la LCSP.

⁵ Ver el “Espacio Compliance” de la CNMC en el enlace: <https://www.cnmc.es/cnmc-espacio-compliance>.

⁶ Todo ello se recoge con ánimo divulgativo en la página web del organismo (<https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/que-es-la-cnmc>).

detección y prueba de un cártel pueden recibir una exención o una reducción de la sanción (artículos 65 y 66 de la LDC); la posibilidad de imponer sanciones a los representantes legales y directivos que hayan participado en los acuerdos anticompetitivos detectados (artículo 63.2 de la LDC); las consecuencias que pueden derivarse de una sanción firme por infracción de la LDC en el ámbito de la contratación pública (artículo 71.1.b de la LCSP), como las prohibiciones de contratar y, finalmente, el ejercicio de acciones de responsabilidad derivadas de infracciones contra el derecho de la competencia, sobre todo tras la transposición de la conocida como Directiva de daños⁷.

Igualmente, entre sus funciones, a los efectos de esta guía, también destaca la promoción de la competencia, incluyendo la promoción de un compromiso empresarial riguroso de cumplimiento de las normas de defensa de la competencia.

El sistema español de defensa de la competencia comprende tanto las normas de la hoy vigente LDC -con las modificaciones introducidas por la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC)-, como el acervo doctrinal de los órganos de la UE, de los órganos jurisdiccionales, de las anteriores autoridades de competencia de ámbito estatal y de las autoridades correspondientes de las Comunidades Autónomas⁸.

La observancia y el respeto de los objetivos de este sistema normativo que busca promover y defender una competencia efectiva entre los operadores económicos para el buen funcionamiento de la economía de mercado, deben ser tenidos en cuenta en la toma de decisiones y en la cultura empresarial de cualquier operador económico.

Los programas de cumplimiento coadyuvan en este cometido. Son herramientas que permiten a los operadores económicos prevenir y detectar su participación en conductas ilícitas, susceptibles de generar responsabilidad penal y administrativa y afectar a su reputación. Entre estas conductas se incluyen las prácticas contrarias a las normas de la defensa de la competencia cuya infracción genera un rechazo social en aumento por su perjuicio al bienestar del conjunto de la sociedad. Igualmente, los programas de cumplimiento podrían incentivar y reforzar la colaboración de las empresas con la CNMC en el marco del programa de clemencia previsto en los artículos 65 y 66 de la LDC.

Para que sean verdaderamente efectivos, los programas de cumplimiento deben garantizar, a través de una serie de instrumentos, mecanismos y actuaciones, la

⁷ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DOUE 2014 L 349, p. 1, implementada en el ordenamiento español mediante el 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, BOE 2017 núm. 126, p. 42820.

⁸ Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas, BOE 2002 núm. 46, p. 7148.

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 de trabajadores de la empresa, permitiendo que, desde el ámbito de sus respectivas funciones, detecten o prevengan prácticas restrictivas de la competencia. Así configurado, un programa de cumplimiento debería constituirse en una manifestación de la cultura de trabajo respetuosa con la normativa de la persona jurídica, traducida en forma de protocolos, procedimientos internos, códigos éticos, sistemas de denuncia interna y externa, etc... que, en su conjunto, reflejen el propósito firme de cumplimiento en la forma de trabajar del conjunto organizativo.

Esta guía expone determinados indicadores comúnmente aceptados para la configuración de programas de cumplimiento eficaces⁹ y se dirige al conjunto de operadores económicos que aspiren a instaurar una verdadera cultura de cumplimiento de las normas en general y de las normas de defensa de la competencia en particular. La publicación de esta guía es muestra del compromiso de la CNMC con la promoción de los programas de cumplimiento para la difusión de una cultura de competencia en España en aras del interés público.

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

El Consejo de la CNMC ha tenido la ocasión de pronunciarse en relación con los programas de cumplimiento, tanto los implementados con carácter previo a la detección de la infracción (en adelante, programas de cumplimiento *ex ante*) como los implementados o modificados para su mejora una vez que la empresa ya ha sido imputada (en adelante, programas de cumplimiento *ex post*)¹⁰.

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.

En cuanto a los programas de cumplimiento *ex post*, el Consejo de la CNMC ha mantenido una valoración positiva como se ha puesto de manifiesto en

⁹ La CNMC ha publicado autodiagnósticos digitalizados donde los operadores pueden comprobar si sus estándares son correlativos a los mejores a nivel mundial en materias tales como el Gobierno Corporativo, el cumplimiento normativo o la prevención de la corrupción. Ver el siguiente enlace: <https://arguide.cnmc.es/>.

¹⁰ Resoluciones de la CNMC de 23 de julio de 2015, expt. S/0482/13, *Fabricantes de Automóviles*; de 17 de septiembre de 2015, expt. SNC/0036/15, *Mediaset*; de 12 de enero de 2016, expt. S/DC/0522/14, *Thyssenkrupp*; de 26 de mayo de 2016, expt. S/DC/0504/14, *AIO*; de 6 de septiembre de 2016, expt. S/DC/0544/15, *Mudanzas Internacionales*; de 8 de junio de 2017, expt. S/DC/0557/15, *Nokia*; de 26 de julio de 2018, expt. S/DC/0565/15, *Licitaciones informáticas*; y de 1 de octubre de 2019, expt. S/DC/0612/17, *Montaje y Mantenimiento Industrial*.

resoluciones sancionadoras de los últimos años¹¹. Aunque, según el Consejo, su mera introducción no puede considerarse sin más una circunstancia atenuante, sí puede reflejar formalmente la voluntad cumplidora de la empresa lo que se ha contemplado, en determinados casos, como un elemento moderador de la sanción¹².

Hasta el momento, no se ha considerado suficiente para atenuar la responsabilidad ninguno de los programas de cumplimiento *ex ante* expuestos al Consejo de la CNMC en el seno de un determinado procedimiento administrativo sancionador. En adelante, a la luz de las consideraciones realizadas, se explicitan en esta guía los criterios y elementos para la valoración caso a caso de la eficacia de un programa de cumplimiento.

3. Programas de cumplimiento eficaces. Criterios de evaluación

A continuación se señalan los elementos que la CNMC considera esenciales a la hora de diseñar e implementar un programa de cumplimiento eficaz que sirva a sus objetivos señalados en esta guía: esto es, por un lado, la prevención de infracciones y, por otro lado, el establecimiento de los medios para detectar y gestionar las infracciones que no hayan podido ser evitadas¹³. Los beneficios de un programa de cumplimiento eficaz a todos los niveles (especialmente, reputacional y para la competitividad de la empresa basada en los méritos) son en general significativamente superiores a los costes en los que incurren las empresas para su implementación.

Los criterios se inspiran de forma significativa en la Guía Práctica de Autodiagnóstico y Reporting en Cumplimiento Normativo, Gobierno Corporativo y Prevención de la Corrupción elaborada por Transparencia Internacional España, cuya versión digitalizada fue realizada por la CNMC y la referida Organización internacional sin ánimo de lucro y se encuentra disponible para

¹¹ Resoluciones de la CNMC de 17 de septiembre de 2015, expt. SNC/0036/15, *Mediaset*; de 12 de enero de 2016, expt. S/DC/0522/14, *Thyssenkrupp*; y de 6 de septiembre de 2016, expt. S/DC/0544/15, *Mudanzas Internacionales*; y de 1 de octubre de 2019, expt. S/DC/0612/17, *Montaje y Mantenimiento Industrial*.

¹² Ver las Resoluciones de la CNMC de 23 de julio de 2015, expt. S/0482/13, *Fabricantes de Automóviles*; de 17 de septiembre de 2015, expt. SNC/0036/15, *Mediaset*; de 12 de enero de 2016, expt. S/DC/0522/14, *Thyssenkrupp*; de 26 de mayo de 2016, expt. S/DC/0504/14, *AIO*; de 6 de septiembre de 2016, expt. S/DC/0544/15, *Mudanzas Internacionales*; de 8 de junio de 2017, expt. S/DC/0557/15, *Nokia*; de 26 de julio de 2018, expt. S/DC/0565/15, *Licitaciones informáticas*; y de 1 de octubre de 2019, expt. S/DC/0612/17, *Montaje y Mantenimiento Industrial*.

¹³ En todo caso, las personas jurídicas de pequeñas dimensiones deben adaptar a su tamaño y particularidades el compromiso de cumplimiento normativo, de forma análoga a lo dispuesto en el apartado 5.5 de la Circular 1/2016, de 22 de enero, de la Fiscalía General del Estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

todos los operadores como instrumento de autodiagnóstico en materia de cumplimiento normativo en el siguiente enlace <https://arguide.cnmc.es>¹⁴.

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

La cultura de cumplimiento normativo debe ser promovida e incentivada por los principales directivos de la empresa¹⁵. A los efectos de esta guía se entiende por principales directivos aquellos sujetos que estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostenten facultades de organización y control dentro de la misma. Dicha calificación comprendería en todo caso a: (a) los representantes legales de la empresa, (b) los que estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica (generalmente, los administradores de hecho y derecho) y (c) los que ostenten facultades de organización y control, por ejemplo, aquellos directivos que conformen el comité de dirección u órgano similar.

Para que el programa de cumplimiento sea eficaz, los principales directivos deben implicarse al máximo, en la medida en que son el reflejo de las políticas de las empresas y de su cultura de trabajo.

Por esta misma razón, sin perjuicio de un análisis caso a 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 un compromiso verdadero con el respeto de las normas de defensa de la competencia.

La cultura de cumplimiento debe formar parte intrínseca de las políticas de gestión de la compañía. En este sentido, una política de incentivos que prime comportamientos de riesgo mermaría la eficacia al programa. Por el contrario, una política de incentivos que premie el cumplimiento del programa y castigue los incumplimientos incluso como causa que pudiera determinar el fin de la relación laboral, añadiría eficacia al programa.

En este contexto, resulta especialmente oportuna la existencia de una declaración clara, firme y pública de los máximos representantes de la empresa subrayando que el cumplimiento de las normas de defensa de la

¹⁴ Ver también: <http://integridad.org.es/wp-content/uploads/2017/07/TI-Guia-Pract-Autodiagnostico-DIGITAL-1.pdf>

¹⁵ El compromiso de los principales directivos de la empresa con el programa de cumplimiento es lo que en terminología anglosajona se denomina “*tone from the top*”. En el ordenamiento jurídico español no existe un concepto inequívoco de “directivo”. La legislación laboral suele constituir la principal referencia al diferenciar entre aquellos que se relacionan con la empresa con un contrato laboral o con un contrato de alta dirección, pero otras áreas del derecho cuentan en su legislación de referencia con definiciones propias. La LDC no contiene como tal una definición del concepto de “directivo” y sus contornos a efectos de la aplicación del artículo 63.2 de la LDC han sido delimitados por el Tribunal Supremo en, entre otras, sus sentencias núm. 430/2019, 28 de Marzo de 2019, rec. núm. 6360/2017 y núm. 1287/2019, de 1 de octubre de 2019, rec. núm. 5244/2018.

competencia no es únicamente una obligación legal, sino un elemento central de la cultura de la empresa y de la responsabilidad de esta para con sus clientes y proveedores y los consumidores en general.

B. Formación eficaz

Uno de los pilares básicos de cualquier programa de cumplimiento es la formación de todos los trabajadores de la compañía, adaptada en cada caso a su ámbito de actividad y funciones. Por ejemplo, la formación de un directivo de ventas no puede ser similar a la de un operario, pero ambos deben recibir formación relacionada con el cumplimiento de la normativa de defensa de la competencia en la medida en que pueden estar expuestos a riesgos derivados de la misma en sus respectivas unidades. Igualmente, debe valorarse la estrategia de formación en relación con colaboradores cercanos (socios, distribuidores, proveedores relevantes, etc.).

La estrategia formativa debe ser accesible, adaptable y medible, en términos de impacto e interiorización de las cuestiones ofrecidas durante la formación.

Igualmente, deben preverse sesiones de formación *ad hoc* cuando se produzca alguna modificación de las circunstancias (una modificación accionarial o de control, un nuevo proveedor, un nuevo mercado, un nuevo sistema de contratación, una nueva campaña de marketing, etc.).

Sin una formación adecuada, el resto de los elementos del programa de cumplimiento no podrán alcanzar eficacia: los órganos de administración y los principales directivos no sabrán mostrar su implicación con unas normas que desconocen, el canal de denuncias no servirá a su cometido, los riesgos no podrán ser adecuadamente identificados, etc.

No se considera eficaz una estrategia de formación estándar que se limite a esbozar unas nociones básicas sobre las normas de defensa de la competencia.

Para la consideración de su eficacia, la estrategia de formación debe abarcar sesiones adaptadas a cada unidad de trabajo en función de los riesgos específicos a los que se exponen. Igualmente, la formación debe proporcionar a los trabajadores herramientas para que puedan identificar riesgos y adoptar decisiones informadas. La estrategia y el esfuerzo formativos deben ser medibles.

C. Existencia de un canal de denuncias anónimo.

En las mejores prácticas internacionales, los canales de denuncias anónimos se han revelado como un instrumento esencial para la implementación eficaz y la gestión de un programa de cumplimiento.

Por un lado, el canal de denuncias interno permite detectar rápidamente conductas infractoras en la medida en que cualquiera (puestos intermedios,

personal de apoyo, etc.), habiendo recibido la formación adecuada, puede detectar la infracción y ponerla en conocimiento del responsable de la gestión del canal sin miedo a ser reconocido y, por tanto, sin miedo a represalias.

Por otro lado, representa una medida disuasoria para los trabajadores y directivos de la empresa ante la facilidad de detección de la infracción y traslado de esta al responsable del canal de denuncias.

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 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. En lo que respecta a la LDC, es fundamental que el canal de denuncias abarque también las infracciones del derecho de la competencia y que las infracciones desveladas a través de este instrumento encuentren el cauce adecuado conforme a los criterios de esta guía.

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

Debe nombrarse un responsable directo del diseño del programa y de su ejecución que tenga plenas garantías y recursos para poder desarrollar sus funciones de forma independiente¹⁶ (en adelante, “responsable de cumplimiento”).

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.

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

No obstante, el objetivo del programa de cumplimiento debe ser, en última instancia, trasladar a los trabajadores la primera barrera de control de las prácticas anticompetitivas, de forma que todos y cada uno de ellos se hagan

¹⁶ En derecho comparado se conoce esta figura por el término anglosajón “*compliance officer*”.

responsables del cumplimiento de las normas en el ámbito de sus funciones. El programa de cumplimiento debe aspirar a proporcionar a cada uno de los trabajadores de la empresa criterios para ayudarlos tanto en la toma de decisiones como en la identificación de riesgos en el ámbito de sus funciones.

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

Cualquier programa de cumplimiento debe analizar de forma específica, en el seno de cada empresa y de cada unidad que la compone, los riesgos a los que se encuentran expuestas. Es lo que comúnmente se denomina “mapa de riesgos”.

En este sentido, el mapa de riesgos debe señalar 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 (sanciones a la empresa, sanciones de los directivos, reputación, prohibición de contratar con las administraciones públicas, indemnizaciones por daños y perjuicios, costes legales, etc.).

Desde la perspectiva de las normas de defensa de la competencia, los riesgos a los que se enfrentan, por ejemplo, una empresa en un sector regulado, una empresa en el sector agroalimentario, una empresa manufacturera o una empresa del sector farmacéutico, son dispares.

Detectados los riesgos, 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.

Estos protocolos o mecanismos deben introducir medidas que garanticen el control o seguimiento del respeto de la política de cumplimiento de la empresa por parte de los trabajadores y directivos. Igualmente, también deben incluir instrumentos para poder evaluar dicho respeto a los efectos de activar las consecuencias positivas o negativas pertinentes.

En efecto, para la eficacia del programa, es esencial la continua evaluación de éste, por ejemplo, controlando las acciones de formación y la interiorización de los conceptos mediante simulacros evaluables, haciendo un seguimiento de las denuncias planteadas y su resolución, promocionando iniciativas personales en torno al cumplimiento, etc.

El sistema de identificación de riesgos y diseño de protocolos debe prever su constante actualización, con especial hincapié en el área de formación. En particular, cualquier acontecimiento que conlleve nuevos riesgos para la empresa u organización (por ejemplo, la adquisición de una nueva empresa o negocio, un cambio accionarial o de control, el desarrollo de una nueva línea de negocio o de un nuevo mercado, un cambio de doctrina jurisprudencial,

etc.) debe conllevar una actualización del mapa de identificación de riesgos y de los protocolos asociados a él para la toma de decisiones.

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

Para la consideración de su eficacia, el programa de cumplimiento debe contemplar mecanismos internos para (a) solicitar asesoramiento en relación con una práctica de cuya licitud se albergan dudas, incluso con carácter urgente y (b) advertir sobre la existencia de sospechas o constatación de infracciones. Este mecanismo debe ser ágil y accesible para todos los trabajadores de la empresa.

Igualmente, el programa de cumplimiento debe incluir un procedimiento específico para la gestión de las infracciones o la sospecha de infracciones, ya sea a través de denuncias internas o externas, ya sea a través de los propios mecanismos de control del programa de cumplimiento.

Este procedimiento debe poder garantizar el análisis adecuado de las situaciones de riesgo así como la protección de los denunciantes o personas que hayan puesto en conocimiento del responsable de cumplimiento normativo de la empresa las conductas en cuestión. Debe incluir por tanto un sistema que proteja al denunciante de las posibles represalias en línea con las obligaciones que al respecto se establecen en la Directiva de *Whistleblowing*.

La detección temprana de la infracción solo es útil si realmente se adoptan medidas adecuadas para ponerles fin y extraer las consecuencias oportunas.

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

La ausencia de consecuencias derivadas de decisiones de riesgo o la ausencia de su visibilidad merma la eficacia general de cualquier programa de cumplimiento.

Es preciso que el programa contemple medidas disciplinarias relevantes como consecuencia de las desviaciones del programa o de la infracción de las normas y que dichas medidas sean visibles e identificables para el resto de los trabajadores de la empresa. Las sanciones pueden abarcar desde una reducción de los ingresos (desactivación del plan de incentivos económicos del trabajador) hasta la limitación de las posibilidades de promoción e incluso el despido. En el caso de los directivos, se valora muy positivamente la conclusión de contratos de alta dirección que incluyan cláusulas rescisorias por la constatación firme de la comisión de infracciones de la LDC por parte de las autoridades competentes.

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

La existencia de un programa de cumplimiento efectivo y eficiente es útil porque previene la participación en infracciones y permite detectar las infracciones que no hayan podido evitarse, así como gestionar las consecuencias de una determinada infracción.

La CNMC reitera que la mera implantación de un programa de cumplimiento, ya sea *ex ante* o *ex post* de la detección de la infracción, no justifica *per se* una atenuación de la responsabilidad de la empresa que deba ser considerada a los efectos de la determinación de la sanción.

No obstante, la CNMC podría valorar, caso por caso, si la implantación de un programa de cumplimiento puede ser considerado como un elemento moderador de la sanción.

Los criterios y condiciones que se recogen a continuación podrían ser tenidos en cuenta por la CNMC para la eventual moderación de la sanción a la luz del programa de cumplimiento expuesto por la empresa imputada:

1. En relación con los programas de cumplimiento *ex ante*

Se trata de aquellas situaciones en las que la empresa disponía de un programa de cumplimiento con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador por la CNMC. Conviene diferenciar dos tipos de situaciones en función de si existe o no la posibilidad de acudir a la CNMC en el marco del programa de clemencia.

• Infracción muy grave constitutiva de cártel

En el caso de que se detecte una infracción de cártel como consecuencia de los mecanismos introducidos en el programa de cumplimiento, la CNMC considera que 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 de la competencia, pudiendo ser considerada a los efectos de atenuar su responsabilidad, tal y como establece la LDC.

Igualmente, la colaboración activa y eficaz con la CNMC desde el inicio de una investigación y su conocimiento por la empresa de una posible infracción de las normas de competencia constitutiva de un cártel, junto con el reconocimiento de los hechos constatados por la CNMC, constituye también una evidencia del compromiso de la empresa con el cumplimiento de las normas de defensa de la competencia, pudiendo ser considerados a los efectos de atenuar su responsabilidad.

• Infracción muy grave o grave no constitutiva de cártel

En el caso de que se detecte una infracción distinta de cártel como consecuencia de los mecanismos introducidos en el programa de cumplimiento, la CNMC considera que la puesta en conocimiento de la autoridad de competencia dicha infracción constituye la evidencia del compromiso de la empresa con el

cumplimiento de las normas de defensa de la competencia, pudiendo ser considerado a los efectos de atenuar su responsabilidad, tal y como establece la LDC.

Igualmente, en el caso de que la infracción de las normas de competencia haya sido detectada por la CNMC, se considera que (a) el reconocimiento de los hechos detectados, (b) la terminación inmediata de la conducta y (c) la adopción de decisiones que remedien los perjuicios de la misma para la competencia de forma rápida y voluntaria desde el inicio de la investigación y su conocimiento por la empresa (por ejemplo, modificando la estrategia comercial o las cláusulas controvertidas) constituye también una evidencia del compromiso de la empresa con el cumplimiento de las normas de defensa de la competencia, pudiendo ser considerado a los efectos de atenuar su responsabilidad.

2. En relación con los programas de cumplimiento *ex post*

Una vez detectada la infracción de las normas de competencia e iniciado el procedimiento administrativo sancionador, la empresa podrá presentar un proyecto de diseño de programa de cumplimiento o un proyecto de mejora del programa de cumplimiento que pudiera tener la empresa con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador.

El Consejo de la CNMC valorará si el diseño de dicho programa de cumplimiento o de su mejora se acomoda a las consideraciones expuestas en esta guía respecto a la eficacia de este tipo de programas a los efectos de una posible modulación de la sanción en el expediente sancionador en curso, en particular en aquellos expedientes donde pueda resultar de aplicación la prohibición de contratar prevista en el artículo 71 de la LCSP.

Una vez implementado el nuevo programa de cumplimiento o la mejora del anterior, la empresa deberá remitir en un plazo no superior a seis meses una declaración de sus representantes legales certificando la implementación del programa de cumplimiento o la mejora cuyo diseño fue expuesto a la CNMC.

ANEXO

EJEMPLO DE INDICADORES COMUNMENTE ACEPTADOS PARA LA EXAMINAR LA EFICACIA DE UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO

Para más ejemplos consultar <https://arguide.cnmc.es>

A. Implicación de los órganos de administración y de los principales directivos de la empresa

- ¿Su empresa cuenta con un programa específico, completo y actualizado de prevención de infracciones de las normas de defensa de la competencia aprobado por los principales directivos?
- ¿Existe una declaración pública de los principales directivos de tolerancia cero en relación con las normas para la defensa de la competencia?
- ¿Su compañía posee un sistema de incentivos que promueva y fomente el cumplimiento de las normas y políticas para la defensa de la competencia?
- ¿Su compañía incluye el cumplimiento de las normas de defensa de la competencia y de las previsiones en el programa de cumplimiento para eludir el incumplimiento como un elemento esencial de las instrucciones del empresario a los efectos disciplinarios e, incluso, de un posible despido?
- ¿Su empresa promueve y desarrolla en la organización una cultura de cumplimiento normativo en pro de la libre competencia?
- ¿Participa la unidad de cumplimiento en decisiones estratégicas, como por ejemplo, en fusiones y adquisiciones o en el diseño de nuevas estrategias de negocio?

B. Formación eficaz

- ¿Su empresa cuenta con un plan anual de formación sobre el programa de cumplimiento en el área de competencia dirigido a todos los miembros de la empresa: empleados, alta dirección y miembros del órgano de administración?
- ¿Existe trazabilidad de la mencionada formación?

- ¿Su compañía cuenta con formación sobre integridad corporativa y cumplimiento normativo para terceros que se relacionan con la empresa?
- ¿Su empresa ha puesto en marcha campañas de sensibilización para sus trabajadores, miembros del órgano de administración y alta dirección en relación con la defensa de la competencia?
- ¿Su empresa actualiza y revisa su plan de formación en el área de las normas de defensa de la competencia de forma periódica (al menos anualmente) y lo adapta a los principales cambios normativos y jurisprudenciales?
- ¿Su empresa publica las actividades de formación en el área de defensa de la competencia (número de horas y porcentaje de personal formado)?

C. Existencia de un canal de denuncias anónimo.

- ¿Su empresa ha establecido un canal de denuncias para los empleados (whistleblowing channel)?
- ¿Su canal de denuncias garantiza el anonimato del denunciante?
- ¿Su empresa cuenta con un reglamento o protocolo sobre funcionamiento, contenido y límites de su canal de denuncias?
- ¿Su compañía dispone de un programa de capacitación para informar periódicamente a los trabajadores sobre qué tipo de infracciones se pueden denunciar y cuáles no y sobre el funcionamiento correcto del canal?
- ¿Permite su canal interno denunciar posibles comportamientos contrarios al derecho de la competencia?
- ¿En el contrato de sus trabajadores se incluye una cláusula sobre la obligación de denunciar a través de dicho canal cualquier conducta inidónea de la cual puedan ser testigos?
- ¿Su empresa cuenta con algún canal para consultas distinto al de denuncias, (v. gr. canal informativo o para otras incidencias) y funciona adecuadamente?
- ¿Su empresa realiza encuestas periódicas a los trabajadores para medir su nivel de conocimiento y conciencia sobre el canal de denuncias, así como la eficacia del mismo?

- ¿Su empresa facilita en su informe consolidado o en su página web corporativa datos cuantitativos sobre el número de denuncias recibidas?
- ¿Su canal de denuncias se encuentra también disponible para su cadena de suministro y otros grupos de interés?
- ¿Coordina la unidad o departamento de cumplimiento la gestión de las denuncias recibidas a través de los distintos canales de denuncia?

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

- ¿Su compañía cuenta con una persona física, departamento o unidad de cumplimiento (por ejemplo, “responsable de cumplimiento”) ?
- ¿Dicho responsable de cumplimiento tiene plena autonomía e independencia para la realización de sus funciones?
- ¿Su empresa posee un estatuto o reglamento de funcionamiento interno sobre las funciones, competencias, y límites del responsable de cumplimiento ?
- ¿Dicho responsable de cumplimiento mantiene comunicación directa con el órgano de administración y los principales directivos?
- ¿El responsable de cumplimiento cuenta con una partida presupuestaria propia?
- ¿El responsable de cumplimiento cuenta con los recursos financieros, humanos, tecnológicos y materiales suficientes para el desempeño de sus funciones?
- ¿Su empresa dispone de protocolos para gestionar adecuadamente potenciales conflictos de interés entre el responsable de cumplimiento y otras unidades o departamentos, como por ejemplo recursos humanos, asesoría jurídica o auditoría interna?
- ¿El contrato del responsable de cumplimiento contiene una cláusula específica de actuación y protección para sí mismo frente a una decisión de no actuar o no investigar por parte de los órganos de administración o los principales directivos en contra del criterio del responsable de cumplimiento ?

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

- ¿Su compañía cuenta con un diagnóstico detallado de los potenciales riesgos reales en cumplimiento normativo?
- ¿Su sociedad cuenta con un cuestionario concreto y especializado en materia de defensa de la competencia para la elaboración de un mapa de riesgos en relación con sus colaboradores?
- ¿El programa de cumplimiento de su empresa incluye un informe sobre los principales riesgos derivados de las normas de defensa de la competencia y de las medidas adoptadas para prevenirlos?
- ¿Su empresa prevé la revisión del mapa de riesgos cuando acaecen cambios significativos como, por ejemplo, cambios en la estructura de la compañía, modificaciones accionariales o de control, cambios legislativos y jurisprudenciales relevantes?
- ¿Su compañía gradúa sus controles en función de cada riesgo?
- ¿Su empresa realiza una revisión periódica de su mapa de riesgos (al menos anual)?
- ¿Su empresa realiza informes específicos de monitorización del programa de cumplimiento específicamente en lo que se refiere a las normas de defensa de la competencia?
- ¿Su empresa ha desarrollado un sistema propio de indicadores medibles para evaluar la eficacia y evolución de cada uno de los elementos del programa de cumplimiento así como de la cultura empresarial de cumplimiento y está este en consonancia con los riesgos de incumplimiento a los que la compañía se enfrenta (por tipo, área o departamento, frecuencia, ejecutores, etc.)?
- ¿Su compañía lleva a cabo una revisión, actualización y mejora periódica (de carácter al menos anual) de su programa de cumplimiento específico en el área del derecho de defensa de la competencia?
- ¿Su compañía detalla las competencias del órgano de administración en la supervisión de los riesgos derivados de infracciones de las normas de defensa de la competencia?

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

- ¿Su empresa ha establecido un procedimiento o protocolo de investigaciones internas en materia de cumplimiento.?

- ¿Dicho procedimiento interno de investigación salvaguarda la intimidad personal y la protección de datos personales?
- ¿Su empresa posee algún documento o programa específico para formar o informar a los trabajadores sobre sus derechos durante un proceso de investigación en caso de denuncia?
- ¿Su empresa cuenta con normas, procedimientos y controles sobre la investigación de hechos, denuncias o conductas en sus filiales o en otras zonas geográficas donde opera?
- ¿En caso de que exista una investigación interna sobre un hecho acaecido como consecuencia de una denuncia, su empresa encarga a una empresa externa su gestión en aquellos casos en que se estime oportuno?
- ¿Su empresa o la empresa externa dedicada a gestionar las investigaciones internas, posee técnicas de aseguramiento de la prueba?
- ¿Su compañía cuenta con un sistema de protección y custodia de la información en procesos de investigaciones internas?
- ¿Su compañía colabora activamente con la autoridad de competencia desde el momento en que tiene conocimiento de una posible infracción, reconociendo los hechos detectados, terminando inmediatamente la conducta y adoptando medidas que remedien los perjuicios de la misma para la competencia de forma rápida y voluntaria?

G. Diseño de un sistema disciplinario transparente y eficaz

- ¿Su empresa ha establecido un régimen disciplinario interno?
- ¿Su política disciplinaria es clara y transparente, respetuosa de la legislación laboral y con medidas proporcionadas, eficaces y suficientemente disuasorias?
- ¿Su empresa ha diseñado un sistema para constituir comité(s) disciplinario(s) para casos especialmente graves, complejos o de gran entidad?
- ¿En su empresa se ha informado periódica y convenientemente a todos los empleados de la existencia y contenido del régimen sancionador interno?

- ¿Los contratos de alta dirección incluyen cláusulas rescisorias en el caso de participar en prácticas prohibidas por la normativa de defensa de la competencia?