



# MOORE

LEGAL Y COMPLIANCE

## LA CNMC PUBLICA UNA GUÍA DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN RELACIÓN CON LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Los programas de cumplimiento normativo o programas de compliance (en adelante, “programas de cumplimiento”) han experimentado un auge significativo en España.

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 penal, 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 Público (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”.

Con objeto de impulsar las políticas de cumplimiento normativo en relación con las normas de defensa de la competencia, la CNMC con objeto de dar transparencia a los criterios básicos que considera relevantes para que un programa de cumplimiento sea eficaz, ha elaborado una **guía orientativa sobre programas de cumplimiento** (conocidos como *compliance programmes*) en materia de defensa de la competencia, que somete a consulta pública con el fin de recibir opiniones de los agentes interesados hasta el 29 de febrero de 2020.



La CNMC señala los elementos que considera esenciales a la hora de diseñar e implementar un programa de cumplimiento eficaz que sirva a sus objetivos señalados en la 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 evitadas.

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.

La CNMC destaca que un **programa de cumplimiento eficaz** debería incluir los siguientes elementos:

### 1. 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 empresa. 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.

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.

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.

## 2. 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.

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 cuando se produzca alguna modificación de las circunstancias.

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.

## 3. 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, 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 y 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.

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.

## 4. 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 independiente.

Para garantizar esta independencia debe tener la facultad de reportar directamente a los máximos representantes de la empresa 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.

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

## 5. 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 las organizaciones 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

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.

## 6. 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, 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.

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

## 7. 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.

## 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 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, si la implantación de un programa de cumplimiento puede ser considerado como un elemento moderador de la sanción.

Se destacan los criterios y condiciones que 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.

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.

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.