

Reflexiones sobre la aplicación práctica de la guía de la CNMC sobre programas de cumplimiento en materia de competencia

CRISTINA VILA GISBERT

Asociada principal del Grupo de Derecho de la Unión Europea y de la Competencia de Cuatrecasas (Barcelona)

IRENE MORENO-TAPIA

Socia del Grupo de Derecho de la Unión Europea y de la Competencia de Cuatrecasas (Barcelona)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. REFLEXIONES. 2.1. Sobre la eficacia de los programas de cumplimiento. 2.2. Sobre la implicación de los órganos de administración y/o los principales directivos de la empresa. 2.2.1. La formulación de una declaración pública. 2.2.2. La involucración de los directivos en una infracción en materia de competencia. 2.3. Sobre la independencia y autonomía del órgano de cumplimiento. 2.4. Sobre la integración del programa en materia de competencia en programas preexistentes. 2.5. Sobre la formación eficaz en materia de competencia. 2.6. Sobre la operativa del canal de denuncias. 2.7. Sobre los incentivos al cumplimiento y las medidas disciplinarias en caso de incumplimiento. 2.7.1. La política de incentivos. 2.7.2. Las medidas disciplinarias. 2.8. Mecanismos de evaluación de la eficacia de un programa de cumplimiento. 3. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio¹, introdujo en el ordenamiento jurídico español la responsabilidad de las personas jurídicas, pero no fue hasta que entró en vigor el artículo 31bis del Código Penal, introducido por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo², y se publicó la Circular 1/2016 de la Fiscalía³, que se produjo un auge muy significativo de los programas de cumplimiento normativo en España.

Dicho artículo 31bis admite la posibilidad de eximir a las personas jurídicas de responsabilidad penal en los supuestos en los que hubieran implantado un sistema eficaz de supervisión y control de prevención de delitos (programa de cumplimiento).

En el ámbito del derecho de la competencia, lo que ha motivado el interés de las empresas por el desarrollo de programas de cumplimiento ha sido la práctica reciente de las autoridades de competencia de imponer, en sus resoluciones sancionadoras⁴, la prohibición de contratar con la administración pública prevista en el artículo 71.1.b) de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (LCSP)⁵. Esta misma Ley prevé, en su artículo 72.5, la posibilidad de eludir esta prohibición de contratar cuando la empresa incurso en la causa de prohibición, además de proceder o comprometerse a realizar el pago de las multas o indemnizaciones pertinentes, ha adoptado “*medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras*

¹ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

² Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

³ Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

⁴ Ver las Resoluciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 14 de marzo de 2019 (Expte. S/DC/0598/16: ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECAÁNICA FERROVIARIAS); de 20 de junio de 2019 (Expte. SAMUR/02/18, TRANSPORTE ESCOLAR MURCIA); de 1 de octubre de 2019 (Expte. S/DC/0612/17: MONTAJE Y MANTENIMIENTO INDUSTRIAL), y Resoluciones de la Autoridad Catalana de la Competencia de 23 de diciembre de 2019 (Expte. 94/2018, Licitaciones Servicio Meteorológico de Cataluña); y de 21 de julio de 2020 (Expte. 100/2018, Aerobús).

⁵ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

infracciones administrativas". Estas medidas son las que deben integrar un programa de cumplimiento en materia de competencia.

Para promover el desarrollo y ayudar a las empresas a implementar un programa de cumplimiento efectivo en materia de competencia, el pasado 10 de junio de 2020, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) publicó la Guía sobre los programas de cumplimiento en relación con las normas de defensa de la competencia⁶ (la Guía).

La Guía ha sido muy bien recibida tanto por las empresas como por los profesionales dedicados al derecho de la competencia y al cumplimiento normativo, ya que ofrece indicaciones generales sobre los elementos que deben reunir los programas de cumplimiento en materia de competencia y se pronuncia sobre los efectos que dichos programas pueden tener en relación con las investigaciones de la CNMC. Según la Guía, los elementos esenciales identificados que debe reunir un programa de cumplimiento son: (A) la implicación de los órganos de administración y/o los principales directivos de la empresa; (B) la formación eficaz; (C) la existencia de un canal de denuncias; (D) la independencia y autonomía del responsable de diseño y control de las políticas de cumplimiento; (E) la identificación de riesgos y diseño de protocolos o mecanismos de control; (F) el diseño de un procedimiento interno para la gestión de denuncias y la gestión de la detección de infracciones; y (G) el diseño de un sistema disciplinario transparente y eficaz.

Aunque la Guía constituye un buen punto de partida para el diseño de un programa de cumplimiento de competencia, hubiera sido ideal que desarrollara con un mayor grado de concreción de algunas de las recomendaciones que incluye. Sin vocación de exhaustividad, en este artículo aportaremos unas cuantas reflexiones concretas surgidas a raíz de la aplicación práctica de la Guía en este primer medio año después de su publicación y algunas propuestas sobre cómo implementar alguna de las acciones.

⁶ Guía de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre los programas de cumplimiento en relación con las normas de defensa de la competencia, de 10 de junio de 2020. La Guía se encuentra disponible aquí: <https://www.cnmc.es/ca/node/381678>.

Como se analizará a continuación, la redacción actual de Ley 15/2007, de 3 de julio de 2017, de Defensa de la Competencia (LDC) constituye una limitación a la eficacia que la CNMC puede reconocer a los programas de cumplimiento. Si la LDC otorgara de forma expresa a la CNMC la capacidad de exonerar de responsabilidad a aquellas empresas que pongan en conocimiento de la Autoridad la comisión de una infracción del derecho de la competencia detectada en virtud de un programa de cumplimiento, la Guía podría haber realizado una apuesta más ambiciosa y concreta respecto de los efectos de la implementación de un programa de estas características. Con ello, se habría logrado un mayor alineamiento entre los intereses perseguidos por la CNMC en materia de promoción y cumplimiento del derecho de la competencia y los incentivos de las empresas para implementar un programa eficaz.

Por último, en un sistema de aplicación pública del derecho de la competencia en manos de una multiplicidad de autoridades de competencia (CNMC y autoridades autonómicas), habría sido deseable la publicación de una Guía que reflejara una visión consensuada entre todas ellas para facilitar el desarrollo e implementación de una cultura empresarial de cumplimiento con las normas de competencia⁷.

2. REFLEXIONES

2.1. Sobre la eficacia de los programas de cumplimiento

En sus apartados 2 y 3, la Guía incluye unas reflexiones generales sobre la eficacia que las empresas pueden esperar de sus programas de cumplimiento en el contexto de un procedimiento administrativo sancionador, como medida correctora prevista en el artículo 72.5 de la LCSP (prohibición de contratar), o en el marco de una terminación convencional (artículo 52 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia), y en su

⁷ Ver, en este sentido, la Guía de Compliance en materia de competencia de la Autoridad Vasca de la Competencia (2019). Puede consultarse la Guía aquí: https://www.competencia.euskadi.eus/z02-contprof/es/contenidos/informacion/guias_gidak/es_guias/guias.html.

apartado 4 desarrolla, con algo más de detalle, las consecuencias derivadas de la implantación de un programa de cumplimiento eficaz en el marco de los expedientes abiertos por la CNMC.

La Guía distingue entre programas implementados con carácter previo a la detección de una infracción (*ex ante*) y programas introducidos o modificados para su mejora una vez que la empresa ya está siendo investigada (*ex post*).

Por un lado, la CNMC considera que un programa de cumplimiento *ex ante* será eficaz cuando contribuya a prevenir y a detectar *ad intra* conductas anticompetitivas y, como consecuencia, facilite la utilización del programa de clemencia (artículos 65 y 66 de la LDC) cuando se identifiquen conductas constitutivas de cártel. En estos supuestos, además de las consecuencias previstas por el programa de clemencia, el único efecto que se prevé en la Guía es la atenuación de la responsabilidad que pueda derivarse para las empresas en términos de reducción adicional de la sanción, ya que legalmente la CNMC no está habilitada para resolver sobre la exoneración de dicha responsabilidad.

Para aquellos supuestos no constitutivos de cártel, la Guía considera que la puesta en conocimiento de la autoridad de una infracción que haya podido ser descubierta gracias al programa de cumplimiento podrá ser considerado a los efectos de atenuar la responsabilidad de la compañía, llegando incluso a quedar exonerada del pago de la sanción.

Por otro lado, en lo que respecta a los programas de cumplimiento *ex post*, la Guía únicamente les atribuye la capacidad de modular la sanción, sin que su existencia lleve aparejado un porcentaje concreto de reducción máximo de la sanción, como sí ocurre en otras jurisdicciones⁸.

⁸ La Guía sobre cumplimiento en el ámbito de la competencia publicada por la *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (Italia) establece porcentajes concretos de reducción de las sanciones. En particular, esta Guía prevé una reducción general de hasta el 5% de la sanción en el caso de los programas de cumplimiento *ex post* desarrollados de forma concreta y efectiva y presentados a la Autorità dentro de los plazos establecidos en la Guía. La versión en inglés de esta Guía puede encontrarse aquí: https://en.agcm.it/dotcmsdoc/guidelines-compliance/guidelines_compliance.pdf.

La tabla siguiente resume las consecuencias que, según el apartado 4 de la Guía de la CNMC, pueden derivarse de la implantación de un programa de cumplimiento eficaz en el marco de un expediente abierto por la CNMC.

		Consecuencias derivadas de la implantación de un programa de cumplimiento eficaz en los expedientes abiertos por la CNMC	
		Existencia de un programa de cumplimiento <i>ex ante</i>	Implementación de un programa de cumplimiento <i>ex post</i>
Infracción muy grave constitutiva de cártel	Solicitud de exención o reducción (arts. 65 y 66 de la LDC)	<ul style="list-style-type: none"> - Beneficios derivados del programa de clemencia: <ul style="list-style-type: none"> • exención total o reducción de la sanción; y • elusión de la prohibición de contratar - Modulación de la sanción al margen de la reducción de la sanción ex art. 66 LDC 	- Modulación de la sanción en el expediente en curso
	Otros supuestos	- Modulación de la sanción	

		Consecuencias derivadas de la implantación de un programa de cumplimiento eficaz en los expedientes abiertos por la CNMC	
		Existencia de un programa de cumplimiento <i>ex ante</i>	Implementación de un programa de cumplimiento <i>ex post</i>
Infracción muy grave no constitutiva de cártel	Colaboración con la CNMC en la detección e investigación de la infracción	<ul style="list-style-type: none"> - Modulación de la sanción (con posible exención total del pago de la sanción) - Declaración de eficacia del programa con posibilidad de eludir la prohibición de contratar 	- Modulación de la sanción en el expediente en curso
	Otros supuestos	<ul style="list-style-type: none"> - Modulación de la sanción - Declaración de eficacia del programa con posibilidad de eludir la prohibición de contratar 	

Fuente: Elaboración propia.

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito penal, en que se prevé que el programa de cumplimiento pueda comportar una exoneración de responsabilidad, la Guía de la CNMC opta por un limitado efecto atenuante de la responsabilidad que no alcanza a la exoneración, debido a la inexistencia de una habilitación legal expresa. De ello se deriva una incongruencia legislativa en la medida en que un programa de cumplimiento puede conllevar una exoneración de responsabilidad en el ámbito del derecho penal, pero no se prevé la consecuencia análoga en el marco de una infracción del derecho de la competencia.

Por ello, en ausencia de una modificación de la LDC en este sentido, la atenuación de la responsabilidad genérica prevista en la Guía podría verse como un aliciente insuficiente para que las empresas realicen los esfuerzos necesarios para implementar un programa efectivo en materia de compe-

tencia y todavía menos, para lograr que estas empresas comuniquen a la CNMC las prácticas anticompetitivas detectadas como consecuencia de estos programas.

Más allá del valor intrínseco de un programa de cumplimiento como elemento promotor de una cultura de cumplimiento normativo y herramienta idónea de detección temprana de infracciones, la ponderación de las ventajas y consecuencias concretas que una empresa puede obtener de la cooperación con la CNMC tras la detección de una práctica anticompetitiva en su seno resulta, a día de hoy, desfavorable para la CNMC.

Si bien la introducción del programa de clemencia en la LDC en el año 2007 logró incentivar la cooperación con la CNMC de muchas empresas, la tendencia ha ido a la baja a medida que se ha incrementado la litigiosidad civil para reclamar daños y perjuicios derivados de ilícitos de competencia. Siendo esto así en relación con los cárteles, en los casos de conductas para las que el programa de clemencia no está disponible, la cooperación con las autoridades de competencia es todavía menos atractiva para las empresas, ya que únicamente pueden aspirar a lograr una reducción de la sanción, pero no a librarse de otras consecuencias como, por ejemplo, el impacto reputacional que se deriva de la incoación de un expediente sancionador. Es por ello que una empresa puede razonablemente preferir adoptar medidas internas necesarias para poner fin de inmediato a la conducta detectada antes que acudir a una autoridad de competencia sin ninguna garantía de indemnidad administrativa ni frente a la jurisdicción civil. En el proceso de decisión de cómo proceder, pueden tener influencia distintos factores como la dimensión de la conducta detectada, las dudas jurídicas sobre su legalidad, la cobertura o no del programa de clemencia, etc. y la más que probable facultad que se reconocerá a las autoridades de competencia españolas de priorizar aquellos asuntos que desea investigar por indicarlo la Directiva 2019/1 (Directiva ECN+)⁹.

⁹ Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior. (DOUE 14.1.2019 L 11/3).

Por todo ello, es de esperar que, aunque la Guía de la CNMC consiga motivar a empresas a mejorar o a desarrollar programas de cumplimiento en materia de competencia, puede resultar difícil que ello redunde en un incremento de casos sometidos al control de las autoridades de competencia. En este sentido, es probable que el interés en la implementación de programas de cumplimiento en este ámbito se concentre fundamentalmente en empresas afectadas por investigaciones de las autoridades de competencia y sobre las que puede llegar a imponerse una prohibición de contratar con la administración pública.

2.2. Sobre la implicación de los órganos de administración y/o los principales directivos de la empresa

No cabe duda de que la cultura de cumplimiento normativo debe ser asumida, promovida e incentivada por sus órganos de administración y dirección (enfoque *top-down*). Por ello, la Guía exige que los principales directivos de una compañía se involucren en el desarrollo de un programa de cumplimiento eficaz, en la medida en que son el reflejo de las políticas y cultura empresarial.

2.2.1. La formulación de una declaración pública

Para reforzar la implicación de los principales directivos de una compañía con el cumplimiento, la Guía aconseja la realización de una declaración clara, firme y pública de los principales directivos de la empresa subrayando que el cumplimiento de las normas de defensa de la competencia es un elemento central de la cultura empresarial.

Si bien es cierto que una declaración de estas características es útil para garantizar que el compromiso con el cumplimiento normativo permee en una organización, la Guía de la CNMC no concreta quiénes deben suscribir esta declaración, qué debe entenderse por declaración pública, cuál debe ser su contenido mínimo, ni cuándo o con qué frecuencia debe realizarse.

En este sentido, la Guía parece sugerir que un pronunciamiento formal por parte de los órganos directivos no es suficiente por sí solo, sino que esta adhesión a las normas en materia de competencia también debe reflejarse

simultáneamente en un programa de cumplimiento exhaustivo y eficaz, y debe ser coherente con los actos y comportamientos de los directivos que la suscriben de manera sostenida en el tiempo. Por ello, consideramos que el momento oportuno para realizar esta declaración pública es tras la adopción o actualización de un programa comprensivo en materia de competencia que ilustre un compromiso efectivo de la dirección empresarial con el cumplimiento normativo en este ámbito.

2.2.2. *La involucración de los directivos en una infracción en materia de competencia*

En este apartado de la Guía, se afirma que el hecho de que alguno de los principales directivos de la empresa esté involucrado directamente en una infracción muy grave de la LDC podría determinar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, *“el carácter ineficaz del programa de cumplimiento si se concluye que su participación en la infracción excluye un compromiso verdadero con el respeto de las normas de defensa de la competencia”*.

En nuestra opinión, este supuesto de ineficacia debería limitarse exclusivamente a aquellos casos en los que la conducta no ha sido detectada por la compañía y la conducta de dicho directivo puede calificarse de dolosa o negligente, ya que la involucración de un directivo en una práctica anti-competitiva no puede entenderse necesariamente como la falta de eficacia del programa de cumplimiento si, por ejemplo, esta práctica se ha detectado gracias a los mecanismos de control previstos (mediante un protocolo de control reforzado sobre directivos o el canal de denuncias).

En la medida en que el programa de cumplimiento ha permitido detectar esta conducta de un directivo y ponerla en conocimiento de una autoridad de competencia, las consecuencias que deberían desprenderse de dicha cooperación deberían ser exclusivamente las establecidas en el programa de clemencia (artículos 65 y 66 de la CNMC) y en el artículo 72.5 de la LCSP. Carecería de sentido declarar que un programa de cumplimiento de una empresa es ineficaz y, por tanto, carece de consecuencias en el marco de un expediente sancionador, cuando este programa ha permitido la presentación de una solicitud de clemencia a la que la LCSP otorga la capacidad de impedir la declaración de la prohibición de contratar.

2.3. Sobre la independencia y autonomía del órgano de cumplimiento

La constitución de un órgano de cumplimiento y el nombramiento de un responsable de cumplimiento deben ir acompañados de la dotación de recursos humanos y financieros, y de garantías necesarios para desarrollar sus funciones de forma independiente y autónoma. Por independencia debe entenderse la capacidad de actuar con neutralidad en la toma de decisiones, es decir, poder decidir libremente y sin presiones o potenciales represalias, contando también con un protocolo específico para resolver posibles conflictos de interés. Por su parte, la autonomía guarda relación con las capacidades funcionales del órgano (garantía de iniciativa en sus funciones y capacidad de acceder a las personas, documentos e información necesarios para el desempeño de las tareas que tiene asignadas).

La Guía de la CNMC considera que las facultades del responsable de cumplimiento de reportar directamente al órgano de administración cuestiones relacionadas con el seguimiento del programa de cumplimiento, y de asesorar a los órganos de gobierno en la toma de decisiones en el ámbito de las cuestiones relacionadas con sus funciones constituyen una evidencia significativa de su independencia.

Coincidimos en que estas facultades contribuyen a garantizar la independencia del órgano de cumplimiento y de su responsable en el ejercicio de funciones, pero puede resultar excesivamente ambicioso exigir que sean escuchados y tengan capacidad para asesorar a los órganos de gobierno en todas aquellas decisiones que puedan guardar relación con las funciones del órgano de cumplimiento, ya que ello podría dificultar la tarea de los órganos de gobierno.

2.4. Sobre la integración del programa en materia de competencia en programas preexistentes

El desarrollo de programas de cumplimiento en materia penal lleva unos cuantos años de ventaja a la implementación de estos programas en el ámbito del derecho de la competencia.

Partiendo de una visión integral del cumplimiento normativo, sería deseable evitar que los programas de cumplimiento de distintos ámbitos (penal, competencia, medioambiente, y otros) se acaben convirtiendo en compartimentos estancos y provoquen una proliferación normativa excesiva y, en ocasiones, redundante. Por ello, puede resultar interesante para muchas empresas la inclusión de la parte relativa a la normativa de competencia en un programa preexistente.

La Guía no se pronuncia sobre la imbricación de un programa de cumplimiento en materia de competencia en el contexto de un programa preexistente, pero en la práctica no debería existir ningún impedimento para que varias de las recomendaciones incluidas en la Guía de la CNMC se implementen mediante la ampliación del alcance de funciones de elementos de los que ya dispone la compañía¹⁰. Consideramos que ello es perfectamente factible en el caso del órgano de cumplimiento, respecto del que pueden ampliarse las funciones para incluir las conductas cubiertas por el derecho de la competencia, y también en relación con el canal de denuncias.

Esta integración entre programas también es deseable de cara a su comunicación interna en la organización, pues facilitará a los empleados y directivos de la compañía la identificación de todo el cuerpo normativo y de formación interna que les son de aplicación.

2.5. Sobre la formación eficaz en materia de competencia

Como acertadamente señala la Guía de la CNMC, uno de los pilares básicos de cualquier programa de cumplimiento es la formación de los trabajadores. Al respecto, la Guía aboga por una formación extensible a todos los trabajadores, adaptada en cada caso a su ámbito de actividad y funciones, y también a colaboradores cercanos (socios, distribuidores, proveedores). Asimismo, el programa de formación debe ser accesible, adaptable, medible y verificable, en términos de impacto e interiorización del contenido impartido.

¹⁰ La Guía de *Compliance* en materia de competencia de la Autoridad Vasca de la Competencia de 2019 sí concibe el programa de cumplimiento en materia de competencia como un ítem más de un programa de cumplimiento integral.

Coincidimos plenamente con la CNMC en el valor otorgado a la formación en materia de competencia para prevenir y mejorar la detección de comportamientos anticompetitivos. Sin una formación adecuada, práctica y adaptada a las funciones desarrolladas por sus destinatarios, difícilmente desplegarán sus efectos otras medidas como los controles reforzados para contactos con competidores, el canal de denuncias o la implicación de los principales directivos en el cumplimiento normativo.

Sin perjuicio de ello, aunque la concienciación (*awareness*) sobre la relevancia de la normativa de competencia puede predicarse de toda la organización, la exigencia de extender la formación a todo el personal de una empresa y a colaboradores ajenos a la misma es desproporcionada y poco realista. Para que realmente sea eficaz, una formación debe ir destinada a aquellos empleados y directivos que pertenezcan a las áreas de negocio expuestas en mayor o menor medida a los riesgos de competencia. Poca eficacia tendría una formación dirigida a empleados con ningún grado de exposición frente a riesgos en materia de competencia.

En relación con el efecto expansivo de la actividad formativa propuesto por la Guía, consideramos poco realista exigirle a una empresa intervenir o valorar el nivel de formación en materia de competencia de sus socios o proveedores ajenos a su organización. Otras medidas, como la recomendación de seleccionar a socios, proveedores y clientes en atención a su compromiso con el cumplimiento en materia de competencia, pueden lograr un efecto similar y menos intrusivo.

De cara a la implementación de un programa de formación eficaz, habría sido especialmente útil que las recomendaciones de la Guía hubieran incluido propuestas más concretas acerca del contenido cualitativo de la formación, su formato, frecuencia y mecanismos de evaluación. En este sentido, para poder diseñar un programa de formación eficaz, deberán identificarse las necesidades formativas concretas de una organización en función del grado de exposición a riesgos de competencia que puede predicarse de cada grupo profesional. Para que la formación permita detectar conductas anticompetitivas dentro de una compañía, entendemos necesario que ésta no se limite a la transmisión de conocimientos generales sobre el derecho de la competencia, sino que debe ir acompañada de ejemplos prácticos adaptados a la realidad de cada división de negocio y de un foro en el que puedan com-

partirse dudas sobre la compatibilidad de determinados comportamientos con la normativa aplicable.

2.6. Sobre la operativa del canal de denuncias

Como es habitual en los programas de cumplimiento normativo, la CNMC aboga por la existencia de un canal de denuncias como requisito indispensable para la plena eficacia de un programa de cumplimiento en materia de competencia. Un canal de denuncias, que esté acompañado de un buen sistema de formación, es una herramienta especialmente útil para detectar conductas que se producen en el seno de una organización y dar una respuesta ágil y adecuada. Al mismo tiempo, la facilidad en el uso del canal de denuncias y el incremento de la capacidad de detección de prácticas anticompetitivas en la empresa actúan como medidas disuasorias y de prevención para los trabajadores y directivos.

Uno de los puntos clave para garantizar la eficacia de los canales de denuncias es la existencia de mecanismos de protección al denunciante frente a posibles represalias. En este contexto, se enmarca la Directiva 2019/1937 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión¹¹ (también conocida como Directiva *whistle blowing*), que desarrolla las normas mínimas comunes a nivel de la Unión Europea que garantizan una protección efectiva de los denunciantes en lo que respecta a aquellos actos y ámbitos en los que sea necesario reforzar la aplicación del Derecho, y en los que las infracciones del Derecho de la Unión puedan provocar graves perjuicios al interés público.

El artículo 6.2 de la Directiva deja en manos de los Estados Miembros decidir si se requiere a las entidades jurídicas de los sectores privado y público que acepten y tramiten denuncias anónimas de infracciones que entren en el ámbito de aplicación de la Directiva. Estando la Directiva todavía pendiente de transposición en el ordenamiento jurídico español, la Guía de la CNMC recomienda que, con el fin de aumentar la eficacia del programa,

¹¹ Directiva (UE) 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. (DOUE 26.11.2019 L 305/17).

los canales de denuncias internos prevean el anonimato en el procedimiento de denuncia.

Aunque no se prevea una obligatoriedad de contemplar la presentación de denuncias anónimas, este puede ser un mecanismo especialmente útil en el caso de conductas en el ámbito del derecho de la competencia, en el que las consecuencias de dichas conductas pueden ser muy graves para toda la organización. Además de este requisito, también debe garantizarse que el acceso a los canales de denuncias sea lo más sencillo posible y que la presentación de quejas no se vea condicionada por excesivas trabas formales.

Para un buen funcionamiento del canal de denuncias, deberá contarse también con un procedimiento interno eficaz de gestión de las denuncias recibidas. En el ámbito de competencia, este procedimiento deberá garantizar la posibilidad de dar un tratamiento urgente a aquellas denuncias que puedan requerir una actuación inmediata por parte de la organización.

2.7. Sobre los incentivos al cumplimiento y las medidas disciplinarias en caso de incumplimiento

2.7.1. La política de incentivos

Uno de los puntos de la Guía que más dudas plantea en cuanto a su implementación es la propuesta relativa a incorporar *“una política de incentivos que premie el cumplimiento del programa y castigue los incumplimientos”*.

En la práctica, muchas empresas se cuestionan la conveniencia de establecer un sistema de incentivos que premie el cumplimiento normativo cuando la adhesión a las leyes es una conducta predicable y de obligado cumplimiento para todos los ciudadanos. En este sentido, y a la espera de que este punto sea interpretado por las autoridades de competencia en resoluciones futuras, parece ser que los únicos tipos de incentivos que encajarían en esta recomendación serían los reconocimientos públicos a los empleados que hayan mostrado un grado de compromiso especial en el cumplimiento normativo (por ejemplo, valorando la asistencia a todas las formaciones impartidas en materia de competencia, los resultados obtenidos en los mecanis-

mos de evaluación de dichas formaciones, y el uso habitual de los canales de consulta puestos a su disposición).

En el contexto de la consulta pública abierta por la CNMC sobre el borrador de Guía, alguna de las contribuciones presentadas sugería la posibilidad de incluir, como indicio positivo en la evaluación del personal, la realización o participación del sujeto de alguna acción formativa vinculada con el cumplimiento y la libre competencia, así como la inclusión de ello en la política de incentivos retributivos. Aunque la vinculación del compromiso con el cumplimiento normativo a incentivos de naturaleza económica puede ser una herramienta útil para fomentar un mayor grado de cumplimiento, resulta difícil de objetivar y adecuar a la normativa laboral una política de incentivos de tipo retributivo para premiar el cumplimiento normativo.

La Guía de la Autoridad Italiana de la Competencia propone configurar estos incentivos como parte de los objetivos que se fijan a los empleados, de modo que su cumplimiento o incumplimiento puedan tener un impacto en la evaluación de los trabajadores e, indirectamente, en la remuneración que perciben. No obstante, dicha Guía tampoco ofrece más detalle acerca de qué parámetros medibles pueden tenerse en cuenta a estos efectos.

2.7.2. Las medidas disciplinarias

Además de los incentivos a los que nos hemos referido en el apartado anterior, la Guía condiciona la eficacia del programa de cumplimiento a la existencia también de consecuencias, en forma de medidas disciplinarias, para aquellos empleados que hayan infringido lo dispuesto en las leyes o en el propio programa de cumplimiento. La CNMC señala que estas medidas pueden abarcar “desde una reducción de los ingresos del sujeto infractor hasta la limitación de las posibilidades de promoción e incluso el despido” y exige que sean previsibles y transparentes para el conjunto de miembros de la organización.

Cuando se intenta trasladar esta recomendación al sistema disciplinario de una empresa surgen muchas dificultades prácticas, ya que este planteamiento puede verse afectado, en ocasiones, por las limitaciones establecidas en la normativa laboral. Estas dificultades se perciben especialmente

en el caso de las empresas de mayor tamaño, para las que la adopción de estas medidas requiere de un acuerdo con los representantes sindicales y una negociación colectiva que suele producirse cada 3-5 años. Además, los juzgados de lo social se han mostrado especialmente exigentes a la hora de acreditar los supuestos de despido disciplinario del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores¹² o de validar sanciones a los trabajadores en virtud de lo dispuesto en el artículo 58 del referido texto, incluso cuando se trataba de directivos sancionados por la CNMC de forma individual por su participación en una práctica anticompetitiva. Por ello, parece difícil convencer a las empresas para que introduzcan medidas disciplinarias severas para casos de infracción de la normativa de competencia cuando su efecto disuasorio es limitado en atención a los pronunciamientos de la jurisdicción social.

Otras cuestiones prácticas que surgen a la hora de diseñar un sistema disciplinario en materia de competencia se refieren a la propia necesidad de prever medidas específicas con motivo de incumplimientos de esta normativa cuando el régimen disciplinario general ya contempla un sistema de faltas gradual y consecuencias aparejadas apto para castigar incumplimientos de este tipo. Aun asumiendo que resulta conveniente adoptar un sistema disciplinario específico en materia de infracciones de competencia, la Guía no ofrece soluciones específicas sobre qué medidas concretas son las más adecuadas para sancionar este tipo de infracciones; la aplicación temporal de estas medidas; la aplicación de medidas disciplinarias a contratos mercantiles; y qué consecuencias proceden en el caso de un empleado que ha participado en estas prácticas pero ha cooperado con la empresa en su detección.

Por todo ello, existe el riesgo de que la introducción de un sistema disciplinario muy severo desincentive la cooperación de los trabajadores en la detección de prácticas contrarias al derecho de la competencia *ad intra* y puede menoscabar los incentivos perseguidos por otros elementos esenciales del programa de cumplimiento como el canal de denuncias.

¹² Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

2.8. Mecanismos de evaluación de la eficacia de un programa de cumplimiento

La Guía considera que los siete elementos identificados y desarrollados en la misma son adecuados para el diseño e implementación de un programa de cumplimiento eficaz en materia de competencia que sirva para prevenir, detectar infracciones y reaccionar frente a aquellas que no hayan podido ser evitadas.

Para poder evaluar si un determinado programa reúne los requisitos fundamentales para ser calificado de eficaz, la CNMC, en colaboración con Transparencia Internacional, ha puesto a disposición de todos los operadores un instrumento de autodiagnóstico en materia de cumplimiento¹³ y un instrumento de evaluación de la función de cumplimiento¹⁴. Asimismo, la Guía incorpora un Anexo, a modo de cuestionario, con un ejemplo de los indicadores comúnmente aceptados para examinar la eficacia de un programa de cumplimiento. Desde nuestra perspectiva, todos estos materiales son especialmente útiles para autoevaluar la idoneidad de un programa de cumplimiento en materia de competencia.

Como complemento de estas herramientas de autodiagnóstico, resulta también interesante disponer de un listado de parámetros cuantificables que sirvan para evaluar el uso efectivo que se hace de los distintos instrumentos de los que consiste el programa de cumplimiento. A modo de ejemplo, sugerimos realizar un análisis de (i) las denuncias y consultas recibidas anualmente a través del canal de denuncias, el plazo medio para su tramitación y resolución, así como su contenido; (ii) las conductas contrarias a la normativa de competencia detectadas y su naturaleza; (iii) las sesiones de formación impartidas (horas de formación y asistentes); y (iv) las acciones de divulgación del programa de cumplimiento y los elementos que lo integran.

¹³ <https://arguide.cnmc.es>.

¹⁴ <https://evaluacioncompliance.cnmc.es/>.

3. CONCLUSIONES

La Guía publicada el pasado 10 de junio de 2020 por la CNMC constituye un punto de partida útil para las empresas que deseen implementar un programa de cumplimiento en materia de competencia. No obstante, algunas de las recomendaciones incluidas en la Guía son excesivamente ambiciosas o requieren de un mayor grado de concreción y de flexibilidad en cuanto a su desarrollo.

Al margen de las bondades intrínsecas asociadas al cumplimiento normativo, consideramos que la CNMC debería realizar una apuesta todavía más decidida en el reconocimiento de la eficacia de los programas de cumplimiento para lograr una cooperación más estrecha e intensa entre empresas y autoridades de competencia.

Como expone la Guía, hasta el momento, los programas de cumplimiento *ex ante* que el Consejo de la CNMC ha tenido la ocasión de analizar en el marco de expedientes sancionadores, no reunían los elementos suficientes para atenuar la responsabilidad de las empresas imputadas. En cuanto a los programas de cumplimiento *ex post*, el Consejo de la CNMC ha mantenido una valoración positiva¹⁵ de su existencia, pero en muy pocas ocasiones les ha reconocido un valor concreto como atenuante de la responsabilidad.

En este sentido, tanto las empresas como los asesores en materia de cumplimiento esperarán a la expectativa de la interpretación que de esta Guía realicen las autoridades de competencia en el marco de los expedientes sancionadores que tramiten y las consecuencias que se deriven de los programas que cumplan con sus recomendaciones.

Bibliografía

Aportaciones a la consulta pública sobre la propuesta de Guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia de la Comisión (febrero de 2020).
Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigations, Departamento de Justicia de los Estados Unidos (julio de 2019).

¹⁵ 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 1 de octubre de 2019, expt. S/DC/0612/17, Montaje y Mantenimiento Industrial.

Guía sobre los programas de cumplimiento en relación con las normas de defensa de la competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (10 de junio de 2020).

Guía de Compliance en materia de competencia de la Autoridad Vasca de la Competencia (2019).

Guidelines on Antitrust Compliance de la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (2018).

Editorial Tirant