

La CNMC valorará "caso por caso" si los programas de compliance son válidos para atenuar la responsabilidad empresarial

La directora de Competencia de la CNMC, Beatriz de Guindos, ha abordado por primera vez públicamente la propuesta de Guía de programas de cumplimiento de la Comisión, en un acto organizado por Herbert Smith Freehills.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) “valorará, caso por caso, si los programas de cumplimiento normativo (compliance) pueden ser considerados como un elemento moderador de la sanción pues su mera implantación por parte de la empresa infractora no justifica per se una atenuación de su responsabilidad”. Así lo ha asegurado la directora de Competencia de la CNMC, Beatriz de Guindos, en el Desayuno organizado por el despacho Herbert Smith Freehills, primer foro público en el que desde la CNMC se aborda la propuesta Guía de Programas de Cumplimiento en relación con la defensa de la competencia, en la que la Comisión recoge los elementos que considera esenciales a la hora de diseñar e implementar el compliance.

Durante el foro, moderado por Henar González, socia directora del área de Competencia y Comercio del bufete en España, De Guindos explicó que “hay diversos factores que la CNMC ha tenido en cuenta para valorar que este era el momento oportuno de abordar la Guía, como la modificación del Código Penal que regula el compliance penal para atenuar o exonerar la responsabilidad en caso de comisión de un delito; la nueva medida que permite la prohibición de contratar con la Administración Pública de las empresas que cometan infracciones de competencia; o la Directiva ‘whistleblowing’, que España debe transponer, y que obliga a incorporar canales de denuncia en las empresas”.

Señaló De Guindos que la Guía fija directrices sobre las mejores prácticas que, “si bien no deben constreñir a la CNMC, sí ofrecen unos indicadores muy claros, comúnmente aceptados para la configuración de programas eficaces 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 honorabilidad”. De este modo, y para que sean verdaderamente efectivos, subrayó que los programas implementados con carácter previo a la infracción de competencia por la compañía se considerarán eficaces cuando articulen controles internos que hayan detectado la conducta anticompetitiva y se colabore activamente con la autoridad de competencia poniendo en su conocimiento la conducta (a través del programa de clemencia) o reconociendo los hechos en el marco de una investigación.

Asimismo, avanzó que desde la CNMC “tendremos en cuenta la revisión de los programas de compliance durante la investigación en curso, o los implementados una vez que la empresa ya ha sido imputada, cuando la compañía adopte medidas para paliar los efectos de la infracción, así como medidas para que esas infracciones no se vuelvan a cometer”. De nuevo, explicó, “su mera introducción no puede considerarse sin más una circunstancia atenuante”, si bien “sí puede reflejar la voluntad cumplidora de la empresa lo que ya hemos contemplado, en determinados casos, como un elemento moderador de la sanción”.

En la misma línea, Miguel Pardo, secretario de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, dependiente del Ministerio de Hacienda, sostuvo que lo que la Ley exige a la Junta es “valorar si esas medidas son adecuadas” porque, aseguró, “un programa ex ante que no ha funcionado no tiene sentido si no se adoptan otras medidas para mitigar los daños y evitar infracciones futuras”.

Prohibición de contratar con la Administración

Asimismo, se debatió sobre la posibilidad de prohibir a las empresas sancionadas por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia que contraten con la Administración Pública, tal y como prevé la Ley de Contratos del Sector Público.

Javier Guillén, Catedrático de Derecho Administrativo y consultant en Herbert Smith Freehills, apuntó numerosas dudas en relación a

esta medida como qué organismo puede declarar la prohibición -la CNMC, el órgano de contratación o la Junta Consultiva- y, especialmente, la problemática relativa al alcance y duración de la prohibición, en tanto que “la falta de claridad de la norma” ofrece dudas sobre si debe fijarse por la CNMC o por el Ministro de Hacienda, previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Para arrojar algo de luz a estas cuestiones, Miguel Pardo, señaló que “nuestro criterio es que la prohibición de contratar se adopte por la Junta Consultiva cuando la CNMC no fije en su resolución sancionadora el alcance y la duración de la misma”. No obstante, reconoció que la redacción de la Ley de Contratos del Sector Público es “actualmente muy compleja” y avanzó que desde la Junta “recibimos muchas llamadas para consultar si las empresas sancionadas por la CNMC pueden o no contratar con las entidades que conforman el sector público”.

Por su parte, De Guindos recordó que “ninguna norma impide a la CNMC que acuerde la prohibición de contratar, si bien “hemos adoptado una posición de prudencia”, con relación a la decisión de la Comisión en varias de sus resoluciones de derivar al Ministerio la fijación del alcance y duración de la medida, teniendo en cuenta que “el marco jurídico no es claro”. Ahora bien, aseguró que “nuestra propuesta es modificar el artículo 53 de la Ley que de Defensa de la Competencia (que regula el contenido de las resoluciones del Consejo de la CNMC) para que recoja que la Comisión pueda establecer el alcance y duración de esa prohibición”. No obstante, señaló que “desde la CNMC tenemos más información del daño que una conducta empresarial puede suponer a la competencia mientras que la Junta Consultiva conoce el daño que conlleva para la Administración Pública en su conjunto que un operador se quede sin poder contratar en un mercado concreto”. Por ello, apeló a “la comunicación fundamental entre ambos organismos” sea uno u otro el que fije el alcance y duración de la prohibición, “y a la necesidad de que los informes derivados de esa comunicación sean preceptivos”.

Fuente: *Lawyer Press*