

El compliance de Competencia: una herramienta imprescindible

Las empresas investigadas que cuenten con un programa de cumplimiento específico, un compliance de Competencia serio y riguroso, quedarán exoneradas de la prohibición de contratar.

El compliance de Competencia está llamado a convertirse en una herramienta que no puede faltar en las empresas, especialmente cuando contraten con el sector público. La reciente Resolución de Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el caso conocido como Consultoras (S/DC/627/18), y que fue adoptada el 11 de mayo de 2021, así lo confirma (en adelante, Resolución CNMC Consultoras).

Las prohibiciones de contratar con el sector público existen, en nuestro ordenamiento jurídico, desde antiguo, aunque, desde el año 2015, el legislador, homologándose con Europa, las amplió para los casos en los que las empresas hubieran sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia (...), de falseamiento de la competencia [actual art. 71.1.c) Ley 9/2017, de 8 de noviembre, Contratos con el Sector Público, LCSP].

Basta, pues, una sanción por infracción de la Ley de Defensa de la Competencia para que devenga automáticamente la consecuencia de la incapacidad para contratar con el sector público, que puede durar hasta 3 años. Al margen de que pueda abrirse un ulterior procedimiento administrativo para delimitar los contornos de la prohibición (duración y alcance), no hay duda de que la pretensión de automatismo está en el espíritu del modelo legal.

Sin importar el incalculable e irreparable daño reputacional, o quizá por ello, así lo entiende CNMC desde la primera vez que aplicó la previsión, en la Resolución de 14 de marzo de 2019 en el caso conocido como Electrificación y Electromecánica Ferroviarias (S/DC/598/16). Y así lo ha reconocido la Audiencia Nacional, que por ello ha desactivado el automatismo legal admitiendo suspensiones cautelares en los procesos judiciales instados por las empresas contra aquella Resolución.

Emulando lo que sucede con el compliance penal, el legislador español arbitró en 2017 la posibilidad de que las empresas que cuenten con específicas medidas técnicas, organizativas y de personal (lo que se llama modelo de compliance) puedan quedar exoneradas de la prohibición de licitar. Estas medidas, denominadas de self cleaning, permiten a la empresa conjurar las exclusiones de la contratación con lo público, y ello cuando, como sucede en muchas ocasiones, el propio ilícito de competencia es debido al comportamiento desleal o negligente de alguno de sus empleados o directivos.

La Resolución CNMC Consultoras ha reafirmado esta virtualidad de manera que, a la única empresa (INDRA) que ya contaba con un programa de cumplimiento específico, un compliance de Competencia serio y riguroso, del que se había dotado ya en 2019, la ha exonerado de la prohibición de contratar.

La propia Resolución CNMC Consultoras deja la puerta abierta a que otras empresas puedan restañar su honorabilidad, y ver en un futuro alzada la imposición de la prohibición de contratar que, de momento, pesa sobre ellas. Y ello si, a la vista de la opción que también concede la LCSP (art. 72), adoptan un modelo de compliance de Competencia igual de riguroso. En estos casos, el camino de la exoneración será más largo y tedioso, pues dicho modelo habrá de ser ponderado por la Junta de Contratación Consultiva del Estado, en diálogo con la propia Autoridad de Competencia, sin que haya precedentes claros de actuación a los que aferrarse.

En este nuevo escenario, las empresas que no cuenten todavía con estos programas de cumplimiento tienen a su favor el hecho de que la CNMC ya ha aprobado una Guía con directrices sobre el modelo (junio de 2020). Además, la Resolución que ahora se comenta la aplica por primera vez, consolidando así el parámetro al que las empresas deben atenerse si quieren, como parece aconsejable, dotarse de esa herramienta jurídica de defensa frente a conductas indebidas, descuidadas o poco informadas de sus directivos o empleados.

En el debate entre negocio y Derecho, que tanta tensión concita en el día a día de las empresas, no resulta fácil para el sector del negocio entender la idiosincrasia del Derecho de la Competencia, pero sí es más intuitivo apreciar el efecto letal que para muchas compañías puede tener que se les impida contratar con el sector público hasta 3 años.

Ana Ruiz Legazpi. Abogada del Departamento de Derecho Público de Alemany, Escalona & De Fuentes

Fuente: *Expansión*