

Agosto 2022

Departamento de Derecho Público

**LA IMPORTANCIA DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN MATERIA DE COMPETENCIA, A PROPÓSITO DE LA RESOLUCIÓN CONSTRUCTORAS**

La Resolución CNMC de 5 de julio de 2022, *Obra Civil 2*, ampliamente conocida como “Resolución constructoras” es una fuente inagotable de perplejidad: desde el origen del expediente, basado en un “hallazgo casual” durante el curso de una investigación con otro perímetro, al hecho de que se huya de la la calificación de las conductas sancionadas como cártel.

Desde el análisis estratégico de la defensa de las empresas, su lectura propicia alguna reflexión.

Ninguna de las empresas sancionadas, que son las principales constructoras del país parece contar, a día de hoy, con un conjunto de medidas técnicas, organizativas y de personal a los efectos de, controlar y prevenir la colusión y, en última instancia, protegerse, como permite, desde 2017, la Ley de Contratos del Sector Público (art. 72.5 LCSP), las protegerse de la imposición de prohibiciones de contratar como consecuencia de conductas anticompetitivas que puedan llevar a cabo empleados o directivos.

En concreto, ninguna de las empresas sancionadas había adoptado programas de cumplimiento normativo *ex ante*, esto es, con carácter previo a la incoación/detección de la infracción. Y eso que hubo un primer acuerdo de incoación en 2018, que caducó, y no fue hasta el 21 de julio de 2020 hasta cuando se incoó formalmente el expediente comentado.

Además, de las siete empresas sancionadas, parece que sólo cuatro trataron de invocar la virtualidad de los programas de cumplimiento que habían comenzado a implantar. Sin éxito.

Al margen de los diferentes grados de evolución y desarrollo, hay un patrón común en la valoración que, de dichos programas, efectúa CNMC: se trata de medidas con carácter informativo; no recogen un modelo sistemático de sanciones y medidas disciplinarias en caso de incumplimiento; no se han traducido en medidas concretas ni en medidas de investigación interna, etc.

En ninguno de los casos mencionados, las medidas implementadas por las empresas sirvieron, ni para apreciar atenuante de colaboración activa, ni para exonerarles de la prohibición de contratar con el sector público.

El rigor de CNMC a la hora de apreciar la seriedad de los modelos de cumplimiento normativo en Derecho de la Competencia permanece, pues, intacto, reafirmando el parámetro sentado en la Resolución CNMC *Consultoras*, de 11 de mayo de 2021, en que, por primera vez fuera sido ponderada la virtualidad de un modelo de prevención y la existencia de un compromiso genuino con el cumplimiento normativo, en aquella ocasión de INDRA.

El problema se agudiza si se repara en el doble hecho de que (a) dichas empresas tengan negocios con elevados -críticos, en ocasiones- volúmenes de contratación con las administraciones públicas y (b) de que algunas de las empresas mencionadas ya

contaran con antecedentes sancionadores (prohibición de contratar con el sector público declaradas por CNMC y suspendidas cautelarmente por la Audiencia Nacional).

La Resolución constructoras, en definitiva, vuelve a subrayar la conveniencia de que las empresas, especialmente aquéllas que contratan con lo públque, se doten de adecuados programas de cumplimiento normativo en Derecho de la competencia.