

PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA – ASPECTOS PRINCIPALES

Mediante Resolución N° 006-2020/CLC-INDECOPI del 3 de junio de 2020, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la “Comisión”) aprobó la “Guía de Programa de Cumplimiento de las normas de libre competencia” (en adelante, la “Guía”). Esta Guía incorpora altos estándares basados en los Lineamientos de Compliance de otros países. Estos estándares se aprecian en la exigencia de los programas propuestos, que incluyen además de la capacitación, exámenes y protocolos, la identificación y mitigación de riesgos, canales de denuncia confidenciales adecuados, un oficial de cumplimiento con capacidad de acción, así como **auditorías periódicas y la exigencia de asegurar “compromiso real” de la empresa con su implementación.**

Así, para cumplir su propósito, es necesario que los Programas de Cumplimiento sean trabajados por especialistas en libre competencia y desarrollados en profundidad, considerando la realidad del mercado donde opera la empresa.



Los principales aspectos de esta Guía son los siguientes:

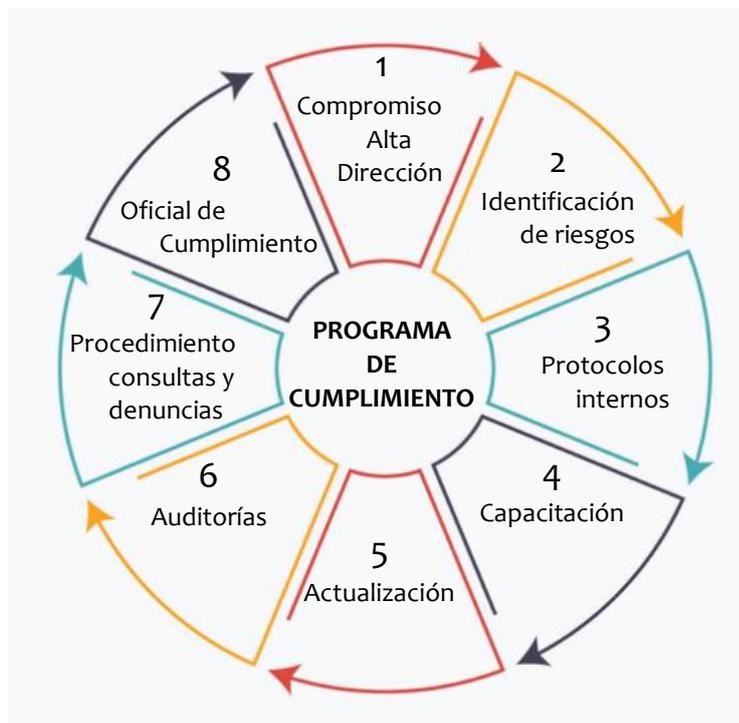
Programa de Cumplimiento como posible atenuante de la multa

La Guía, por primera vez destaca que implementar un programa de cumplimiento adecuado y acorde a los estándares requeridos, será un atenuante ante una investigación por infracción a las normas de libre competencia. El Anexo D de la guía indica que para que se considere atenuante deberá cumplirse las siguientes condiciones

- La empresa deberá contar con un Programa de Cumplimiento al momento de incurrir en la conducta anticompetitiva
- La Alta Dirección de la empresa no haya participado en la conducta anticompetitiva (lo contrario indicaría falta de compromiso con su adecuada implementación).
- Que se haya reportado la conducta al Indecopi antes del inicio de una investigación
- El Programa de Cumplimiento cuenta con los componentes esenciales.

De cumplir con estos criterios, la Comisión podrá otorgar una reducción del 5% al 10% de la multa que le hubiese resultado aplicable. La posibilidad de que los Programas de Cumplimiento actúen como atenuantes fue confirmada además por el Presidente de Indecopi en el acto de presentación de la Guía.

Elementos esenciales del Programa de Cumplimiento



La Guía exige considerar ocho elementos esenciales en el Programa de Cumplimiento (sección 4 de la Guía), los cuales se detallan en el gráfico¹. Entre los más relevantes podemos destacar los siguientes:

Capacitación

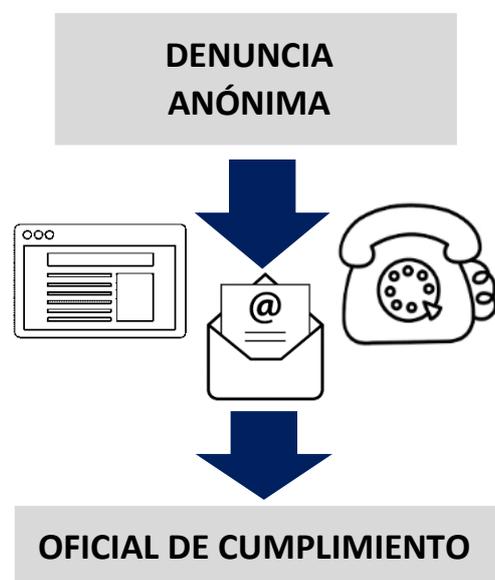
El entrenamiento continuo es una característica esencial del Programa de Cumplimiento. Las capacitaciones son más efectivas cuando tienen un sentido eminentemente práctico, presentando casos vinculados al sector donde la empresa opera o similares. Se mencionó que la presentación de ejemplos de

prácticas anticompetitivas (detectadas y sancionadas) en pares de otras industrias, e identificando a título personal a ejecutivos de su mismo nivel, contribuye a que se internalice el riesgo de ser investigado y sancionado. Así, se refuerza la necesidad de contar con Programas de Cumplimiento elaborados “a la medida” de cada empresa, y que se actualicen constantemente de acuerdo a la dinámica del sector.

En nuestra experiencia, las capacitaciones permiten a los ejecutivos aprender a identificar situaciones donde se presentan conductas anticompetitivas y a reconocer éstas, evitando exponer a la empresa y al propio personal, a graves sanciones. Además, les enseña a reaccionar adecuadamente para evaluarlas y rechazarlas aplicando los protocolos existentes.

Oficial de Cumplimiento

El Oficial de Cumplimiento cuenta con un rol preponderante en el Programa de Cumplimiento, pues es el encargado de su implementación y el canal directo para el reporte de posibles conductas anticompetitivas. Este reporte debe realizarse a través de un *hot-line* que garantice el anonimato del denunciante, y debe contarse con diversos canales de comunicación (teléfono, email, página web, entre otros). Este *hot-line* debe estar claramente establecido y ampliamente difundido entre los colaboradores de la empresa. El oficial de cumplimiento debe reaccionar oportunamente para analizar el riesgo anticompetitivo reportado y mitigarlo.



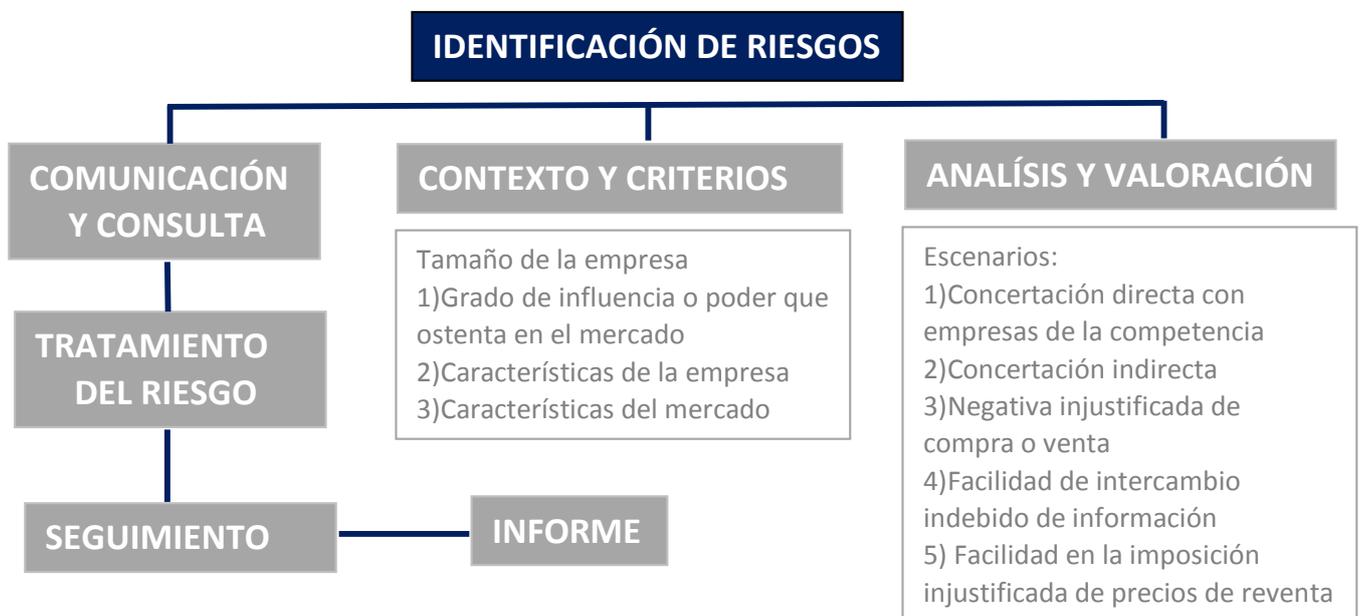
¹ Los elementos varían según el tipo de empresa, siendo diferenciados para Grandes empresas y PYMES. Las PYMES solo deben de cumplir con los componentes 1), 2), 4) y 8).

Más allá de reaccionar frente a situaciones específicas, el oficial de cumplimiento debe participar en el monitoreo y mitigación de riesgos dentro de la empresa, así como en su diagnóstico, promoviendo la actualización permanente de la matriz de riesgos. Finalmente, este agente tiene un rol de comunicador, sirviendo de interlocutor autorizado para evaluar posibles riesgos y protocolos de acción (Do's & Dont's).

Para cumplir su labor el Oficial de Cumplimiento debe conocer a fondo el giro de negocio de la compañía, sus competidores, los determinantes del precio, los sistemas de distribución, y entender el negocio y los objetivos de la empresa en su integridad.

Identificación de riesgos

El programa de cumplimiento debe identificar las áreas de la empresa donde pueden presentarse riesgos de conducta anticompetitiva y establecer medidas para su mitigación. Así, se requiere evaluar la eficacia de las medidas adoptadas, analizar el riesgo residual que pueda existir y realizar el seguimiento respectivo. Esta identificación de riesgos debe ser cuidadosa y rigurosa, y debe considerar los siguientes aspectos (sección 4.2 de la Guía):



Para ello, es recomendable realizar una matriz de riesgos a la medida de la empresa. que identifique estos riesgos específicos, determine su intensidad y minimice la probabilidad de ejecución de conductas anticompetitivas. Con esta base, deben desarrollarse protocolos internos para el manejo de los riesgos identificados. Así, los colaboradores podrán identificar potenciales conductas anticompetitivas, conocer el curso de acción y reaccionar adecuadamente, para evitar incurrir en estas prácticas o tomar medidas correctivas.

Para que esta matriz sea efectiva y considere realmente las áreas de mayor riesgo, debe ser elaborada por especialistas que sepan identificar las conductas anticompetitivas y que comprendan el funcionamiento de la empresa. Ello, sin perjuicio de mantener una cercana coordinación con los ejecutivos de ésta. La matriz precisa de un conocimiento integral de los procesos comerciales de la Compañía y la identificación de las personas que toman las decisiones en la cadena de mando.

Estos son algunos ejemplos de identificación de riesgos según la Guía:

- 1) En Gremios: los cambios de regulaciones pueden motivar la realización de conductas potenciales anticompetitivas.
- 2) Existencia de antecedentes de conductas anticompetitivas en la industria. Por ejemplo, acuerdos en licitaciones.
- 3) Altos índices de concentración en el mercado: ello debido a la homogeneidad de los productos, existencia de altas barreras a la entrada, elasticidad de la demanda, poder de negociación, entre otros.

Por último, una evaluación integral requiere un análisis de las diferentes líneas de negocio de la empresa y su sensibilidad para la competencia, así como la efectividad de los protocolos y los compromisos éticos adoptados. Todos estos elementos harán la diferencia cuando la Comisión evalúe los atenuantes por contar con un Programa de Cumplimiento.

Auditorías al Programa de Cumplimiento

La Guía indica que el Programa de Cumplimiento debe estar sujeto a una **constante evaluación**, cuyos resultados deben ser reportados mediante reportes de auditoría. Esta auditoría debería realizarse por asesores externos, con cierta periodicidad (se recomienda que sea anual), y podrá realizarse dentro de un programa preestablecido o por la ocurrencia de una conducta riesgosa.

Este elemento deja claro que no es suficiente implementar un Programa de Cumplimiento, debe comprobarse que el mismo funciona y es efectivo.

Beneficios de contar con un Programa de Cumplimiento

Indecopi resalta los beneficios que obtiene la empresa por contar con este tipo de Programa. Destaca entre otros, los siguientes:

- Prevención de infracciones y los costos que estas generan
- Reducción de los costos de cumplimiento para la actuación del personal
- Reducción del riesgo de exposición de los trabajadores a responsabilidades
- Detección y control de daños (oportunamente)
- Mejora reputacional
- Detección de conductas anticompetitivas cometidas por otras empresas en el mercado

Además, debe resaltarse la posibilidad de acudir a un Programa de Clemencia (colaboración con la autoridad), para denunciar la existencia de una conducta anticompetitiva y evitar o reducir de manera importante la eventual multa, ante la detección temprana de una conducta anticompetitiva. Ello resguardará no solo el patrimonio de la empresa sino el de los colaboradores de la misma, quienes también están expuestos a altas multas en su patrimonio personal por su participación en la comisión de prácticas anticompetitivas. Por ejemplo, la Guía cita el caso de concertación en el mercado de balones de gas (2008-2011), en el cual se sancionó a los ejecutivos con multas ascendentes a un total de S/. 456 246.

Necesidad de un Programa de Cumplimiento en el marco de la crisis COVID-19

En el contexto de la pandemia actual, la presión por generar ventas y la vulnerabilidad de los controles en el trabajo remoto puede generar mayores riesgos de conductas anticompetitivas. Ello debería tenerse en cuenta a fin de considerar si es necesario desarrollar protocolos especiales para las circunstancias actuales. Además, debe asegurarse la adecuada difusión del contenido del Programa de Cumplimiento, pues ello garantiza que los colaboradores se encuentren capacitados para afrontar situaciones de riesgo.

Por último, debe destacarse la importancia de que INDECOPI refuerce su accionar para defender la libre competencia, promoviendo la debida comprensión e internalización de estas reglas en la comunidad empresarial. Que la autoridad declare oficialmente que contar con un programa de cumplimiento efectivo constituirá un atenuante frente a la existencia inadvertida de prácticas anticompetitivas, constituye un importante incentivo para que las empresas prioricen la adopción de este tipo de programas.

El nivel de las multas aplicadas por la Comisión en los últimos años se ha incrementado tremendamente. Es de interés de las propias empresas contar con programas de compliance con componentes de entrenamiento, identificación y mitigación de riesgos efectivos para evitar las severas consecuencias de que se les involucre en procedimientos de investigación de conductas anticompetitivas.

El texto completo de la Guía puede descargarse con el siguiente enlace: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/4663202/Gu%C3%ADa+de+Programas+de+Cumplimiento+de+las+Normas+de+Libre+Competencia/>



Consultora Legal y Económica

Jirón Monterrey N° 405 Oficina 704
Chacarilla del Estanque, Surco – Lima

www.comercia.com.pe

Jose Antonio de la Puente L.

Socio

jdelapuate@comercia.com.pe

Jhans A. Panihuara A.

Analista legal

jpanihuara@comercia.com.pe