[Proyecto]

Guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia

Indecopi

Setiembre 2019



GUÍA DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA

Participaron en la elaboración del documento los siguientes miembros de la Secretaria Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia:

Jesús Eloy Espinoza Lozada
Secretario Técnico

María Luisa Egúsquiza Mori
Consultora

David Jesús Fernández Flores
Consultor

Victor Ricardo Ayvar Ayvar
Profesional en Derecho

Sofía Guadalupe Rivera Alvarado
Practicante Pre Profesional

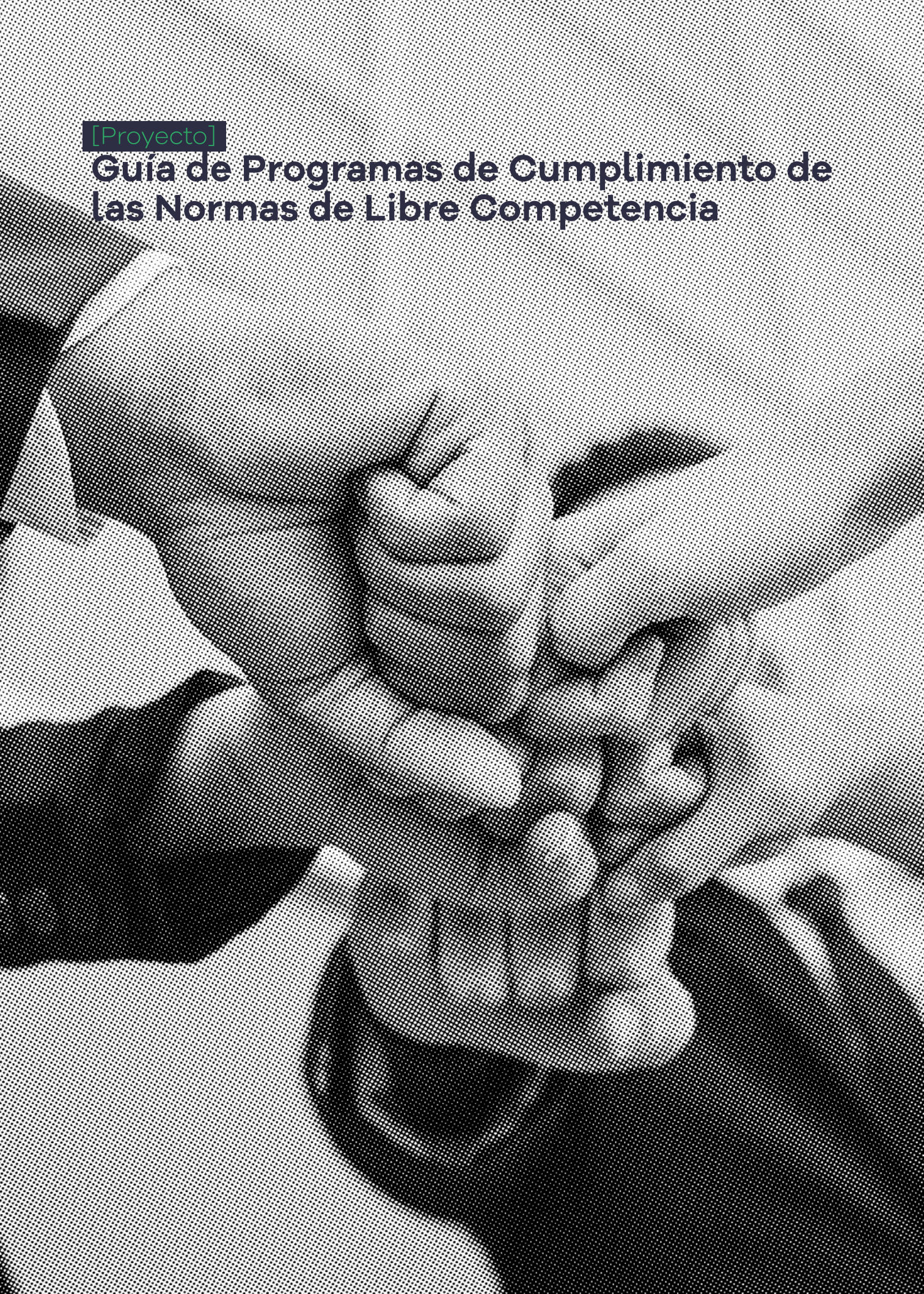
Indecopi
Calle de la Prosa 104, San Borja, Lima, Perú.
Teléfono: (51-1) 2247800, anexo 3101.
www.Indecopi.gob.pe

ÍNDICE

1. Introducción *07*
2. ¿Qué es un Programa de Cumplimiento? *09*
2.1. Los Programas de Cumplimiento en general *09*
2.2. Los Programas de Cumplimiento en materia de libre competencia *09*
3. Beneficios del Programa de Cumplimiento para los agentes económicos *12*
4. Los costos de incumplir *14*
5. Requisitos esenciales de un Programa de Cumplimiento *15*
5.1. Compromiso real de cumplir *15*
5.2. Identificación de riesgos, tanto actuales como potenciales *16*
5.3. Procedimientos y protocolos internos *17*
5.4. Capacitaciones para los trabajadores *19*
5.5. Actualización constante del Programa y acciones ante un incumplimiento *21*
5.6. Procedimientos para consultas y denuncias *21*
6. ¿Qué elementos incluye un Programa de Cumplimiento? *22*
6.1. Manual de libre competencia *22*
6.2. Oficial o Comité de cumplimiento *23*
6.3. Monitoreo y auditorías *25*
6.4. Incentivos para los trabajadores *26*
6.5. Medidas disciplinaria *27*
7. Implementación del Programa de Cumplimiento en función del tamaño de la empresa *28*
8. Buenas prácticas relacionadas con la implementación de Programas de Cumplimiento *30*
9. ¿Si existe una infracción, el Programa de Cumplimiento aún es útil para la empresa? *33*
9.1. Detener la infracción en la etapa más temprana *33*
9.2. Colaboración oportuna con la autoridad, beneficiándose de una posible exoneración o reducción de la multa *33*
9.3. Atenuante del cálculo de la multa *33*
10. Los programas de cumplimiento como medidas correctivas dictadas por la Comisión *34*
11. Consideraciones para el dictado de medidas correctivas de Programas de Cumplimiento por parte de la Comisión *37*
12. Resumen para un Programa de Cumplimiento efectivo *39*
13. Cómo contactar a la Comisión *39*
14. Bibliografía *40*
ANEXO A *43*
Ejemplo de identificación de riesgos

[Proyecto]

Guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia



GLOSARIO

1. **Abuso de la posición de dominio**: Cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, lo que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

2. **Agentes económicos u organizaciones:** Personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro, que en el mercado oferten y demanden bienes o servicios.

3. **Alta dirección:** Persona o grupo de personas que dirigen y controlan una organización al más alto nivel[1].

4. **Cártel:** Infracción tipificada en el artículo 11.2 de la Ley de Libre Competencia, consistente en acuerdos entre agentes competidores para limitar entre sí la competencia sobre precios, cantidades o condiciones de comercialización de sus productos en los mercados en que compiten, incluyendo restricciones a la competencia en procesos de selección públicos. También se consideran bajo esta definición las decisiones o recomendaciones emitidas en el marco de asociaciones gremiales que tienen el mismo objeto o efecto.

5. **Comisión:** Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, órgano con autonomía técnica y funcional encargado del cumplimiento del TUO de la Ley de Libre Competencia.

6. **Cumplimiento:** Actuación de conformidad con las obligaciones legales en materia de libre competencia.

7. **Indecopi**: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

8. **Medidas correctivas:** Medidas accesorias a la imposición de sanciones administrativas que tienen por finalidad reestablecer el proceso competitivo o prevenir la comisión de conductas anticompetitivas[2]. Estas medidas no tienen finalidad punitiva.

9. **Prácticas colusorias horizontales:** Los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como: la fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio; el reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas; la concertación o coordinación de ofertas, posturas o abstención de estas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; entre otras[3].

10. **Prácticas colusorias verticales**: Los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como los indicados anteriormente para las prácticas colusorias horizontales[4].

11. **Política:** Intenciones y direcciones expresadas formalmente por la alta dirección de una organización[5].

1 INSTITUTO NACIONAL DE CALIDAD - INACAL. Norma Técnica Peruana NTP ISO 19600:2017. Sistemas de gestión de cumplimiento. Directrices, página 2.
2 Artículo 49 del TUO de la Ley de Libre Competencia.
3 Artículo 11 del TUO de la Ley de Libre Competencia.
4 Artículo 12 del TUO de la Ley de Libre Competencia.
5 INACAL. Op. Cit., página 3.

12. **Procedimiento**: Forma específica de llevar a cabo una actividad o proceso, para el control de riesgos identificados en una organización[6].

13. **Programa de Cumplimiento:** Programa de Cumplimiento en materia de libre competencia.

14. **Riesgo:** La probabilidad de que alguna conducta contraria a la normativa de libre competencia se materialice, en atención a las características particulares de la organización y de sus diferentes líneas de negocio.

15. **Secretaría Técnica:** Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, órgano con autonomía técnica que realiza la labor de instructor del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas; y, que emite opinión sobre la existencia de la conducta infractora.

16. **TUO de la Ley de Libre Competencia:** Decreto Supremo N° 030-2019-PCM, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

17. **UIT:** Unidades Impositivas Tributarias.

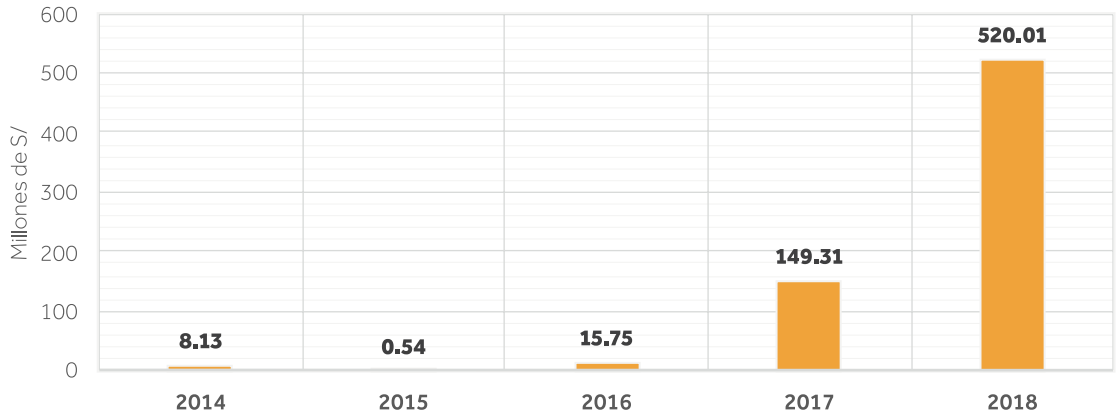
6 *Ibídem*, página 4.

I. INTRODUCCIÓN

La Comisión se encuentra encargada, entre otras funciones, de investigar, perseguir y sancionar conductas anticompetitivas (abuso de posición de dominio y prácticas colusorias horizontales y verticales) con la finalidad de promover la eficiencia económica en beneficio de los consumidores.

La normativa en materia de libre competencia faculta a la Secretaría Técnica a iniciar procedimientos de oficio, los cuales pueden concluir con la imposición de multas superiores a mil (1 000) Unidades Impositivas Tributarias (UIT)[7]. En los últimos años, la actividad de fiscalización de la Secretaría Técnica se ha intensificado. Como consecuencia de ello, se advierte un incremento significativo en el número de casos resueltos y multas impuestas por parte de la Comisión.

Gráfico N° 1: Multas impuestas por la Comisión entre 2014 y 2018*



*Algunas de las multas incluyen descuentos por colaboración, han sido modificadas por el Tribunal del Indecopi y/o se encuentran en apelación.
Fuente: Comisión de Defensa de la Libre Competencia
Elaboración propia

Asimismo, el marco normativo cuenta con mecanismos que facilitan la detección y sanción de las conductas anticompetitivas, tales como la exoneración o reducción de la sanción por aporte de pruebas antes del inicio de procedimiento sancionador[8] y recompensas económicas a aquellas personas que brinden información para detectar infracciones[9].

Sin embargo, la labor de fiscalización a cargo de la Secretaría Técnica y de la Comisión debe estar acompañada de acciones que, desde el sector privado, ayuden a prevenir la comisión de conductas anticompetitivas, a fin de evitar el costo social que estas ocasionan.

De acuerdo con la economía conductual, existen factores que influyen en la toma de decisiones de las personas de infringir la ley, los cuales pueden ser sesgos cognitivos (por ejemplo, estos atajos mentales pueden consistir en una mayor valoración del *status quo* o el *sobre optimismo*, el cual implica la subestimación de la probabilidad de ser detectado por la autoridad), cultura organizacional, entre otros[10]

7 La multa de hasta 1 000 UIT podrá ser impuesta en caso que la infracción sea calificada como muy grave. Sin embargo, la multa no deberá superar el doce por ciento (12%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión (Literal c) del numeral 46.1 del artículo 46 del TUO de la Ley de Libre Competencia).
8 Artículo 26 del TUO de la Ley de Libre Competencia.
9 Artículo 28 del TUO de la Ley de Libre Competenci.a
10 Richard H. McAdams y Thomas S. Ulen. "Behavioral criminal law and economics". En: "John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper N. 440-2008", página 17.

De esa manera, la disuasión de conductas anticompetitivas a través de la imposición de multas, como principal mecanismo, puede resultar insuficiente, en tanto que no se ocupa de la moralidad del comportamiento regulado e impone únicamente un costo por el incumplimiento. En tal sentido, es necesario contar con medidas adicionales antes (*ex ante*) de la comisión de la infracción[11].

Este esfuerzo de prevención se ha visto traducido en otras legislaciones como las de Estados Unidos, Canadá, Francia, Reino Unido, Chile, Brasil y la Comunidad Europea, las cuales han emitido lineamientos de **Programas de Cumplimiento,** aplicables a los agentes económicos con el fin de evitar la comisión de conductas anticompetitivas[12].

Los Programas de Cumplimiento en materia de libre competencia son herramientas de autorregulación que tienen por finalidad crear una cultura organizacional de cumplimiento de las normas de libre competencia, a fin de evitar la comisión de infracciones en esta materia.

La Comisión apuesta por la implementación de Programas de Cumplimiento efectivos, que se adapten a todo tipo de organización y cuya implementación no sea percibida por las empresas como un costo, sino como una inversión.

A fin de garantizar su sostenibilidad, se promueve que el Programa de Cumplimiento en materia de libre competencia sea incorporado en uno de mayor envergadura, que aborde la gestión de riesgos de incumplimientos de normas de diversas materias, de manera simultánea. Asimismo, se promueve que dicho programa se inserte en la dinámica propia de la actividad económica de las organizaciones.

En ese contexto, la **Guía de Programa de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia** tiene por finalidad generar mayores incentivos para que los agentes económicos, por su propia iniciativa, adopten una política de cumplimiento de la normativa de libre competencia y que esta sea difundida e interiorizada por todos sus trabajadores. Se busca generar un cambio en la cultura de las organizaciones y la actitud de las personas que trabajan en ellas, a través de la implementación de Programas de Cumplimiento completos y adaptados a las circunstancias particulares de cada empresa.

La presente guía tiene como objetivo informar y orientar a los agentes económicos respecto de los beneficios de contar con un Programa de Cumplimiento. Asimismo, brindar certeza sobre los requisitos esenciales y los elementos que dichos programas deben incluir a fin de ser efectivos.

Cabe precisar que los lineamientos de la presente guía no son de obligatorio cumplimiento, por lo que no es mandatorio que los agentes económicos cuenten con un Programa de Cumplimiento**,** pero sí altamente recomendable.

Finalmente, esta guía tiene por finalidad proporcionar lineamientos a la Comisión para el dictado de Programas de Cumplimiento como medidas correctivas, en mérito a lo dispuesto en el literal e) del artículo 49° del TUO de la Ley de Libre Competencia.

11 Wouter P.J. Wils, "Is criminalization of EU competition law the answer?" En: World Competition: Law and Economics Review. Volúmen 28, No 2. 2005, página 117.

12 OECD. "Policy Roundtables. Promoting Compliance with Competition Law 2011". Página 12.
Disponible en: http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf

2. ¿QUÉ ES UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO?

2.1. Los Programas de Cumplimiento en general

Los Programas de Cumplimiento en general constituyen mecanismos de autorregulación que tienen por finalidad garantizar que las organizaciones (empresas e instituciones públicas) cumplan con sus obligaciones legales de manera sostenible. Para ello, se busca que la integridad y el cumplimiento eficaz sean parte de la cultura de la organización y de la actitud de las personas que trabajan en ella[13].

Estos programas pueden ser definidos como el conjunto de medidas internas (políticas, procedimientos, directrices y mecanismos) adoptadas por un agente económico que le permite prevenir y minimizar el riesgo de infringir la ley, derivado de sus propias actividades, sus socios y sus colaboradores (trabajadores).

De esa manera, al contar con un Programa de Cumplimiento, los agentes económicos deben procurar generar un cambio en su cultura organizacional ya que solamente así sus colaboradores cumplirán con la ley o reportarán el riesgo de incumplirla aun cuando se encuentren bajo presión o reciban la orden de infringirla[14]. Sus colaboradores sabrán que la organización tiene una expectativa y estándares respecto a su comportamiento.

Los Programas de Cumplimiento son aplicables a diversas materias[15], tales como las normas sobre el lavado de activos, corrupción de funcionarios, tributario, medio ambiente, laboral, libre competencia, entre otros[16]. En una organización, es recomendable que todos los Programas de Cumplimiento implementados se encuentren comprendidos en uno de mayor envergadura, el cual aborde las diversas materias de manera simultánea.

Al respecto, es necesario precisar que no existe un modelo único de Programa de Cumplimiento aplicable a todos los agentes económicos. Este debe ser elaborado y ejecutado sobre la base de las necesidades, características y circunstancias de cada uno de ellos[17].

Finalmente, es preciso señalar que los Programas de Cumplimiento serán exitosos en la medida que sean efectivos y se inserten en la dinámica empresarial. Sin embargo, su implementación no garantiza que se elimine completamente el riesgo del incumplimiento de las leyes, pero sí permitirá identificar los riesgos de incumplimiento y tomar medidas para enfrentarlos.

2.2. Los Programas de Cumplimiento en materia de libre competencia

La normativa sobre libre competencia en el Perú se encuentra principalmente contenida en el TUO de la Ley de Libre Competencia, el cual tiene por objeto prohibir y sancionar las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

Dicha norma establece las conductas que atentan contra la libre competencia y que resultan sancionables, las cuales consisten en:

13 INACAL. Op. Cit., página xii.
14 CÁMARA INTERNACIONAL DE COMERCIO (International Chamber of Commerce). "The ICC Antitrust Compliance Toolkit", 2013, página 4. Disponible en: https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2013/04/ICC-Antitrust-Compliance-Toolkit-ENGLISH.pdf
15 Al respecto, ver la Ley 30424, el Decreto Legislativo 1352, el Decreto Supremo 044-2018-PCM y la Ley 30737.
16 OECD. Op. Cit., página 12.
17 Ibídem, página 13.

Conductas sancionables por el TUO de la Ley de Libre Competencia

Prácticas colusorias horizontales: aquellos acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas entre dos o más competidores respecto de alguna variable de competencia en el mercado[18].



Prácticas colusorias verticales: los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia[19].



Abuso de posición de dominio: aquellas conductas unilaterales efectuadas por un agente económico que ostenta posición dominante en un determinado mercado relevante y que utiliza dicha posición para restringir la competencia por razones diferentes a una mayor eficiencia económica[20].



Cabe señalar que, de acuerdo con el TUO de la Ley de Libre Competencia, la empresa infractora y sus funcionarios se exponen a las siguientes sanciones como consecuencia de la realización de las referidas conductas anticompetitivas:

Personas sancionables por el TUO de la Ley de Libre Competencia

EMPRESAS



Multas de hasta el 12% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor o su grupo económico relativos a todas sus actividades económicas correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la fecha de la sanción[21].

EJECUTIVOS



Multas de hasta 100 Unidades Impositivas Tributarias

(S/ 420,000.00 aproximadamente[22]) aplicables los representantes legales del infractor o a las personas que integran sus órganos de dirección o administración, según se determine su responsabilidad en los ilícitos cometidos[23].

En atención a ello, los Programas de Cumplimiento en libre competencia deben contar con mecanismos para que los agentes económicos puedan prevenir, detectar y tomar acción oportuna ante la ocurrencia de estas prácticas anticompetitivas.

18 Ver el numeral 1 del artículo 11 del TUO de la Ley de Libre Competencia.
19 Ver el numeral 1 del artículo 12 del TUO de la Ley de Libre Competencia.
20 Ver el artículo 10 del TUO de la Ley de Libre Competencia.
21 Ver el numeral 1 del artículo 46 del TUO de la Ley de Libre Competencia.
22 El valor de la UIT en el 2019 es de S/ 4,200.
23 Ver el numeral 3 del artículo 46 del TUO de la Ley de Libre Competencia.

En otras legislaciones, las agencias de competencia (como las de Estados Unidos, Canadá, Francia, el Reino Unido, Chile y la Comunidad Europea) han emitido guías para los agentes económicos, respecto a los beneficios y las características mínimas con las que debe contar un Programa de Cumplimiento, para que pueda cumplir con su finalidad de prevención.

Es de común entendimiento para las agencias de competencia que, si bien se pueden emitir orientaciones e información sobre los Programas de Cumplimiento, no corresponde la "aprobación" de programas individuales[24].

Finalmente, como se ha mencionado, no existe un modelo único de Programa de Cumplimiento, por lo que es recomendable que los agentes económicos consideren sus propias necesidades, características y circunstancias al momento de evaluar qué tan complejo y oneroso debe ser su programa.

Sin embargo, es necesario señalar que, si bien los agentes económicos de menor magnitud podrían optar por Programas de Cumplimiento menos costosos y complejos, ello no debe enervar su efectividad.

En cualquier caso, los Programas de Cumplimiento deberán contar con los requisitos esenciales previstos en la sección 5 de la presente guía, a fin de ser considerados como efectivos y obtener los beneficios que conlleva su correcta implementación.

Programa de cumplimiento ordenado a la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble

Los Programa de Cumplimiento no son aplicables de manera exclusiva a empresas, sino que también pueden ser implementados por otro tipo de organizaciones, como las asociaciones gremiales, por ejemplo. Las organizaciones deberán adecuar su Programa de Cumplimiento, a sus propias necesidades y características.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, mediante sentencia N° 145/2015, sancionó a la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y a veinticinco médicos, por haber celebrado y ejecutado un acuerdo destinado a fijar precios mínimos de las prestaciones médicas de consulta y procedimientos quirúrgicos de su especialidad en el sistema privado de salud, en las comunas de Chillán, Chillán Viejo y San Carlos de la Provincia de Ñuble. A través de dicha asociación, se habría materializado el alza generalizado de precios, lo cual habría afectado el mercado de la salud privada y a los pacientes que demandaban esos servicios.

Además de las sanciones pecuniarias impuestas por el Tribunal, este ordenó que la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble implemente un Programa de Cumplimiento en materia de libre competencia, el cual debía cumplir con los requisitos previstos en la "Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia" elaborada por la Fiscalía Nacional Económica.

Al respecto, dispuso que el programa debía ajustarse a las necesidades y características propias de dicha asociación, contar con la participación activa de sus máximos dirigentes, quienes debían nombrar a un encargado interno del programa y cumplir con las características de seriedad y completitud, a fin de que este sea efectivo.

Fuente: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, 2015, Sentencia N° 145/2015 del 1 de abril de 2015.

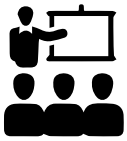
24 Al respecto, ver: Comisión Europea. "La importancia de cumplir", 2012, página 18. Disponible en: https://publications.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/78f46c48-e03e-4c36-bbbe-aa08c2514d7a y Fiscalía Nacional Económica de Chile. "Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia", 2012, página 5. Disponible en: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Programas-de-Cumplimiento.pdf

3. BENEFICIOS DEL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO PARA LOS AGENTES ECONÓMICOS

Los beneficios que se enumeran a continuación únicamente podrán ser alcanzados si el agente económico cuenta con un Programa de Cumplimiento serio, completo (conforme a sus particularidades) y efectivo[25]:



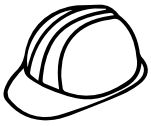
Prevención de infracciones y los costos que estas generan.



Reducción de los costos del cumplimiento al establecer de manera más clara los límites para la actuación del personal.



Reducción del riesgo de exposición de los colaboradores a responsabilidades.



Detección y control de daños.



Mejora reputacional.



Detección de conductas anticompetitivas cometidas por otros agentes en el mercado

- **Prevención de infracciones y los costos que estas generan. -** Este es el principal beneficio y objetivo de los Programas de Cumplimiento. Las empresas evitarán asumir los costos de las multas, medidas correctivas y responsabilidad civil (indemnización por daños y perjuicios) e, incluso, los costos de tener que defenderse en un procedimiento administrativo o judicial, derivados de infracciones a la normativa de libre competencia.

- **Reducción de los costos del cumplimiento al establecer de manera más clara los límites para la actuación del personal.-** La información y capacitación brindada a los trabajadores generará que estos tengan mayor conocimiento en materia de libre competencia.

  De esa manera, sabrán cómo actuar y reaccionar frente a potenciales situaciones de riesgo y, por ende, tendrán mayor certeza de la legalidad y/o ilegalidad de su actuar. Al contar con un Programa de Cumplimiento, los colaboradores sabrán cuál es el procedimiento que deben de seguir a efectos de informarse y/o esclarecer sus dudas respecto al incumplimiento de la ley, ante la posibilidad o certeza de la comisión de una infracción por parte de ellos mismos u otros trabajadores.

- **Reducción del riesgo de exposición de los colaboradores a responsabilidades.-** El contar con un Programa de Cumplimiento efectivo reducirá el riesgo de que los trabajadores que ejerzan la dirección, gestión o representación de los agentes económicos se encuentren involucrados en un procedimiento sancionador por prácticas anticompetitivas y, por ende, sean susceptibles de ser sancionados[26].

25 Estos beneficios se encuentran en línea principalmente con los detallados en las guías de Canadá ("Corporate Compliance Programs"), Chile ("Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia") y Brasil ("Guidelines Competition Compliance Programs"). Se puede acceder a estos documentos a través de los siguientes enlaces, respectivamente: https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03927.html, http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Programas-de-Cumplimiento.pdf y http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/compliance-guidelines-final-version.pdf.

26 Ver artículo 2 del TUO de la Ley de Libre Competencia.

- **Detección y control de daños.-** La implementación del Programa de Cumplimento no elimina completamente la probabilidad de que los agentes económicos incurran en infracciones. En caso exista alguna contravención a la normativa de libre competencia, ésta podrá ser detectada de manera oportuna, en virtud de los protocolos internos implementados para esos efectos.

  En ese supuesto y frente a un caso de cártel, los agentes económicos podrán solicitar a la Comisión, acogerse al programa de clemencia que prevé beneficios de exoneración y reducción de la sanción, con un mejor orden de prioridad[27].

  Finalmente, en caso el agente se encuentre involucrado en un procedimiento administrativo sancionador iniciado por la Secretaría Técnica, este podrá acreditar que cuenta con un Programa de Cumplimiento efectivo, lo cual podría ser considerado como un factor atenuante de la multa a imponer (Ver sección 9.3 de la presente Guía).

- **Mejora reputacional.-** Contar con un Programa de Cumplimiento podría ser utilizado por los agentes económicos a efectos de evidenciar la seriedad y responsabilidad de su actuación en el mercado. Especialmente, si se tiene en consideración que la contravención a la normativa de libre competencia tiene efectos perjudiciales en los consumidores.

  Asimismo, esa imagen proyectada por los agentes económicos podría generar confianza en los inversionistas, socios comerciales, clientes, proveedores y consumidores que también valoren la operación ética y conforme a ley.

  En esta misma línea, la promoción de un Programa de Cumplimiento también puede mejorar la habilidad de los agentes en contratar y retener talento preocupado por su imagen, reputación y por el cumplimiento de la ley.

- **Detección de conductas anticompetitivas cometidas por otros agentes en el mercado.-** El conocimiento y capacitación de los trabajadores genera que estos puedan estar en capacidad de identificar posibles indicios de que otros agentes económicos, tales como competidores, proveedores, distribuidores o clientes puedan estar contraviniendo la normativa de libre competencia.

  En este supuesto, los agentes podrían informar a la Secretaría Técnica de posibles indicios de conductas anticompetitivas o, de ser el caso, presentar una denuncia al haber sido perjudicados por otros agentes.

27 La primera empresa en acogerse al programa puede ser beneficiada con la exoneración de la sanción bajo determinadas condiciones. Sin embargo, posteriores solicitantes solo podrán recibir una reducción de la sanción. Al respecto, ver el artículo 26 del TUO de la Ley de Libre Competencia y la Guía del Programa de Clemencia, aprobada por Resolución N° 059-2017/CLC-INDECOPI. Esta última se encuentra disponible en el siguiente enlace:https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/438150/Gu%C3%ADa+del+Programa+de+Clemencia/bacfcc6a-4637-6581-e9fd-de2271646a5c .

4. LOS COSTOS DE INCUMPLIR

A continuación, se enumeran las consecuencias (costos) de contravenir la normativa en libre competencia[28]:



Multas y otras consecuencias para los agentes económicos



Mala reputación y consecuencias colaterales



Sanciones a ejecutivos involucrados en la práctica anticompetitiva

- **Multas y otras consecuencias para los agentes económicos.-** En caso que un agente económico cometa una infracción a la normativa de libre competencia, este podría verse sujeto a multas, medidas correctivas y, posteriormente, a pagar una indemnización por daños y perjuicios (responsabilidad civil).

  Asimismo, en caso la conducta anticompetitiva haya consistido en un cártel en un proceso de contratación con el Estado[29], sería inhabilitado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)[30].

- **Mala reputación y consecuencias colaterales.-** El solo hecho de encontrarse involucrado y sometido a un procedimiento administrativo sancionador por prácticas anticompetitivas, puede generar mala reputación y, en ese contexto, puede implicar pérdidas de clientes, oportunidades de negocios, inversiones, disminución de las ventas, valor de mercado, la hostilidad de clientes y consumidores al sentirse engañados, entre otras consecuencias.

  Además, es importante considerar los costos propios del procedimiento. Ello, en tanto los agentes deberán invertir tiempo y recursos económicos destinados a los honorarios de abogados y, de ser el caso, economistas.

- **Sanciones a ejecutivos involucrados en la práctica anticompetitiva.-** Los trabajadores que ejerzan la dirección, gestión o representación de los agentes económicos que se encuentren involucrados en un procedimiento sancionador por prácticas anticompetitivas son susceptibles de ser sancionados por la Comisión.

  De manera ilustrativa, en el año 2017, la Comisión sancionó a tres empresas que concertaron el precio del balón de gas entre el 2008 y el 2011. Además de las responsabilidades atribuidas a las personas jurídicas, sancionó a siete de sus ejecutivos con multas ascendentes a un total de S/. 631 702,88[31]. La Comisión impuso el máximo tope legal a un ejecutivo que participó en la conducta anticompetitiva (multa de 100 UIT).

28 Estas consecuencias se encuentran en línea principalmente con las detalladas por la Comisión Europea en el documento "La importancia de cumplir", al cual puede accederse a través del siguiente enlace: https://publications.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/78f46c48-e03e-4c36-bbbe-aa08c2514d7a.

29 Ver Guía para Combatir la Concertación en las Contrataciones Públicas en el siguiente enlace: https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/2961200/Gu%C3%ADa+de+Libre+Competencia+en+Compras+P%C3%BAblicas/

30 Segunda Disposición Complementaria Final del TUO de la Ley de Libre Competencia.

31 Ver: Resolución 100-2017/CLC-INDECOPI. La apelación de esta resolución se encuentra en trámite ante la Sala Especializada en Defensa de la Competencia.

Caso de concertación de precios de balones de gas a nivel nacional

Entre el 2008 y el 2011, tres empresas conformaron un cártel para fijar concertadamente el precio del balón de gas de Gas Licuado de Petróleo (GLP) en las presentaciones de 10, 15 y 45 kg. Este cártel impuso a sus distribuidores (o mayoristas) incrementos (sobreprecios) que, por ejemplo, alcanzaron valores entre S/. 0,23 y S/. 1,00 para el balón de 10 kg (principal producto afectado). Estos sobreprecios a sus distribuidores ocasionaron incrementos en los precios de venta al público y afectaron al consumidor final.

El cártel se realizó de manera secreta, a través de coordinaciones realizadas entre directores, gerentes generales, gerentes comerciales, y otros funcionarios de las empresas. Por ello, además de sancionarse a las empresas involucradas, se sancionó a las personas naturales, conforme puede observarse a continuación:

Funcionario	Empresa	Multa (S/)	Multa ($)
Gerente General	Empresa 1	405 000,00	125 077,21
Presidente del Directorio	Empresa 1	68 312,63	21 097,17
Gerente General	Empresa 2	44 500,97	13 743,35
Dirección General	Empresa 2	44 500,97	13 743,35
Gerente General	Empresa 3	60 599,60	18 715,13
Gerente Comercial Envasado	Empresa 3	6 591,53	2 035,68
Jefe de Ventas Envasado	Empresa 3	2 197,18	678,56
Total:		**631 702,88**	**195 090.45**

Fuente: Comisión de Defensa de la Libre Competencia, 2017, Resolución N° 100-2017/CLC-INDECOPI del 18 de diciembre de 2017 (En apelación).

5. REQUISITOS ESENCIALES DE UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO

Los agentes económicos solamente podrán recibir los beneficios indicados en la sección 3 de la presente guía, si sus Programas de Cumplimiento son efectivos.

Para ello, independientemente del tamaño de la organización que los implemente, los Programas de Cumplimiento deberán cumplir con los siguientes requisitos esenciales:

5.1. Compromiso real de cumplir[32]

El compromiso real de cumplir se evidencia en el involucramiento de las más altas jerarquías[33] del agente económico y la asignación de recursos económicos adecuados y suficientes para mitigar los riesgos que se hayan identificado. Asimismo, el Oficial o Comité de Cumplimiento (ver sección 6.2. de la presente guía) debe tener autonomía, autoridad y encontrarse en un alto rango en la estructura organizacional del agente económico para el desarrollo de sus funciones[34].

32 Este requisito se encuentra en línea con las guías de Canadá ("Corporate Compliance Programs"), Chile ("Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia"), Francia ("Framework-Document of 10 Februay 2012 on Antitrust Compliance Programmes") y la Comisión Europea ("La importancia de cumplir"). Estos documentos pueden encontrarse en los siguientes enlaces, respectivamente: https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03927.html http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Programas-de-Cumplimiento.pdf http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/framework_document_compliance_10february2012.pdf https://publications.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/78f46c48-e03e-4c36-bbbe-aa08c2514d7a.

33 *"El respaldo de las más altas jerarquías es imprescindible para el éxito de un Programa de Cumplimiento en materia de libre competencia. La División ha reconocido que, si la gerencia general no respalda activamente y genera una cultura de cumplimiento, la compañía tendrá un programa fachada y no uno efectivo."* Traducción libre de "Support of the program from the company's top management is critical to the success of an antitrust compliance program. The Division has recognized that '[i]f senior management does not actively support and cultivate a culture of compliance, a company will have a paper compliance program, not an effective one'". Departamento de Justicia – División de Libre Competencia de los Estados Unidos. "Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigation", julio 2019, página 5. Disponible en: https://www.justice.gov/atr/page/file/1182001/download

34 *Ibídem*, página 6.

Además, es aconsejable que, sin perjuicio de la labor del Oficial o Comité de Cumplimiento, se asigne a un funcionario de la alta dirección del agente económico para que asuma la supervisión y seguimiento del programa. Esa designación dará mayor visibilidad a la implementación del Programa de Cumplimiento y resaltará su importancia como aspecto fundamental de la política empresarial.

Finalmente, cabe indicar que presentar valores, principios y protocolos internos a los colaboradores, pero no actuar en aras de su total cumplimiento, socava seriamente la credibilidad del Programa de Cumplimiento y reduce sus potenciales beneficios.

5.2. Identificación de riesgos, tanto actuales como potenciales[35]

El segundo requisito esencial para la implementación del Programa de Cumplimiento es la identificación de riesgos de incumplimientos de la normativa en libre competencia.

A partir de la identificación de los riesgos, el agente económico conocerá el alcance de las acciones que deberá adoptar para evitar la ocurrencia de una infracción. En ese análisis, se podrán identificar las áreas expuestas de mayor riesgo, calificar a los trabajadores por el nivel de riesgo al que se encuentren expuestos, tomar conocimiento de prácticas comerciales que necesitan ser modificadas, entre otros.

Para dicho efecto, es necesario que el agente económico considere dos factores de evaluación: la probabilidad hipotética de la ocurrencia de los riesgos y los efectos que estos pueden generar, para la empresa y sus trabajadores. Se recomienda que los riesgos se califiquen en "alto", "medio" y "bajo", a fin de establecer prioridades en las acciones a implementar[36].

Los riesgos variarán por cada agente económico. Para ello, se deberán tomar en cuenta las siguientes consideraciones[37]:

- **Tamaño del agente económico.-** Los riesgos que afronta un agente económico con menos recursos y personal son distintos a los que afronta, por ejemplo, una empresa con operaciones en varias ciudades del país y/o a nivel internacional.

- **Grado de influencia o poder que el agente ejerce dentro del mercado en que participa.-** Por ejemplo, ostentar una posición de dominio genera riesgos de incumplimientos distintos a otras empresas que no poseen esta condición.

- **Características y particularidades del agente económico.-** Por ejemplo, ser miembro de una asociación, tener trato frecuente con los competidores, antecedentes de la empresa, ser una empresa multiproducto que participa en diferentes mercados, entre otros.

- **Mercado en el que participa.-** Por ejemplo, altos índices de concentración, homogeneidad en los productos o servicios ofertados, la presencia de altas barreras a la entrada, la inelasticidad de la demanda, el escaso poder de negociación de los clientes y/o proveedores, así como la existencia de antecedentes de conductas anticompetitivas si en el mercado en cuestión y/o en otros similares.

35 Este requisito se encuentra en línea con las guías de Estados Unidos ("Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigations"), Canadá ("Corporate Compliance Programs") y Chile ("Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia"). Estos documentos pueden encontrarse en los siguientes enlaces, respectivamente: https://www.justice.gov/atr/page/file/1182001/download, https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03927.html y http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Programas-de-Cumplimiento.pdf.

36 Al respecto, ver: Fiscalía Nacional Económica de Chile. "Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia", 2012, página 8. Disponible en: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Programas-de-Cumplimiento.pdf

37 Estos elementos a tomar en cuenta se encuentran en línea con los detallados por la Fiscalía Nacional Económica de Chile al enumerar los factores a considerar para la elaboración de un Programa de Cumplimiento. Ver: Ibídem, página 6.

Caso de colusión en el mercado de comercialización de papel higiénico y otros productos de papel tissue

La Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi acreditó que dos empresas realizaron una práctica colusoria horizontal en la modalidad de fijación concertada de precios y otras condiciones comerciales, en la comercialización de papel higiénico y otros productos de papel tissue, en el periodo 2005 a 2014.

Debido a la gravedad y a los efectos significativos sobre el funcionamiento del mercado, además de las sanciones pecuniarias impuestas, la Comisión ordenó la implementación de un Programa de Cumplimiento por parte de las empresas infractoras.

Entre otras obligaciones, ordenó que el Programa de Cumplimiento debía incluir de manera obligatoria la ***identificación, evaluación, mitigación y revisión de riesgos de incumplimiento a la normativa de libre competencia.***

Para acreditar para el cumplimiento de esa obligación, las empresas debían realizar las siguientes acciones:

- *Proponer una consultora (persona jurídica) especialista en competencia, la cual tendría como función identificar las áreas donde existieran riesgos de que se incumpla la normativa de libre competencia. Para ello, debería utilizar una matriz de riesgos y proponer medidas para contrarrestarlos.*
- *El gerente general, directores o las personas a cargo de la consultora propuesta no podían tener relación con los gerentes generales o directivos de las empresas hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad o haber sido abogado, asesor o representante legal de las empresas en los últimos cinco años.*
- *El programa propuesto debía contener el perfil de las personas a cargo de la consultoría y un conjunto exhaustivo de las tareas que la consultora debería realizar, así como los plazos de entrega de los informes correspondientes.*
- *Entre las funciones de la consultora se encontraría la elaboración de un reporte anual de identificación de riesgos, el cual sería reportado al gerente general de la empresa, para que este disponga su implementación; al Oficial de Cumplimiento, para su supervisión y a la Secretaría Técnica.*
- *La implementación de las medidas necesarias para la mitigación y revisión de riesgos sería reportada por el gerente general a la Secretaría Técnica.*
- *El procedimiento de identificación, evaluación, mitigación y revisión de riesgos debería repetirse una vez al año, por los cuatro años siguientes a la emisión de la resolución de la Comisión.*

Fuente: Comisión de Defensa de la Libre Competencia, 2017, Resolución N° 010-2017/CLC-INDECOPI del 22 de marzo de 2017.

5.3. Procedimientos y protocolos internos[38]

Los procedimientos y protocolos internos deben encontrarse siempre en línea con el compromiso asumido al contar con un Programa de Cumplimiento en materia de libre competencia.

Estos deben ser diseñados de la manera más relevante y precisa para las operaciones del día a día del agente económico. Por ejemplo, si un agente participa de licitaciones del Estado se puede contar con un listado de "qué hacer y qué no" en estos procesos; o, también podrían tomarse medidas para que los empleados que realizan las compras de los proveedores que son a la vez competidores, sean distintos de los trabajadores encargados de las ventas.

38 Ver nota al pie 35.

Asimismo, la organización podría implementar procedimientos y protocolos internos para: (i) la identificación de riesgos de incumplimiento de las normas de libre competencia; (ii) el desarrollo de auditorías y monitoreos, (iii) asistencia a reuniones con agentes económicos de la competencia y a reuniones de asociaciones gremiales; (iv) la determinación de precios y otras condiciones comerciales; (v) el manejo confidencial de información comercial; (vi) el reporte de presuntos incumplimientos, entre otros.

La organización debe tomar medidas razonables para comunicar periódicamente y de una manera sencilla sus procedimientos y protocolos a sus trabajadores. Los medios de difusión pueden ser escritos, a través de comunicaciones formales (comunicados, memorandos, publicaciones institucionales), u orales, a través de mensajes transmitidos en las capacitaciones a los trabajadores, reuniones de trabajo, entre otros. En cualquier caso, es recomendable que las comunicaciones sean realizadas por funcionarios de la alta dirección, ya que ello reforzará el compromiso institucional por el respeto a la ley.

La periodicidad de la comunicación puede variar, debido a la identificación de nuevos riesgos, a las circunstancias vinculadas con los procedimientos y protocolos o por el ingreso de nuevos trabajadores a la organización.

Finalmente, es recomendable que todas las estructuras organizacionales, así como las metas comerciales y beneficios se encuentren alineados al compromiso asumido con el Programa de Cumplimiento.

Ejemplos de procedimientos y protocolos internos

La autoridad de competencia de Canadá presenta una serie de ejemplos de procedimientos y protocolos internos que podrían ser implementados por las empresas, para el control y/o mitigación de los riesgos de incumplimiento a las normas de libre competencia.

Entre otros, los ejemplos son los siguientes:

- *Garantizar que los trabajadores a cargo de las compras a través de proveedores que son a la vez competidores, sean distintos de los trabajadores a cargo de las ventas y/o el marketing de la empresa.*
- *Establecer como requisito que los trabajadores cuenten con aprobación y hayan sido capacitados en el Programa de Cumplimiento, de manera previa, a su participación en reuniones comerciales en las que participen agentes económicos de la competencia.*
- *Limitar la participación de los trabajadores de la empresa a reuniones comerciales en las que solo participen trabajadores de empresas con Programas de Cumplimiento implementados.*

Fuente: Competition Bureau Canada, "Corporate Compliance Programs", 2015, página 15. Disponible en: https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03927.html

5.4. Capacitaciones para los trabajadores[39]

La capacitación es un requisito esencial en la implementación de un Programa de Cumplimiento, ya que no sólo permite difundir información relevante a los trabajadores que forman parte de la organización sobre el contenido del programa, sino que también genera un espacio de diálogo y motivación para el desarrollo de una cultura de cumplimiento a nivel organizacional.

Asimismo, la capacitación genera que los colaboradores desarrollen sus labores con claridad respecto a qué se encuentra permitido por la normativa de libre competencia y puedan encontrarse en una mejor situación para resistir presiones (internas o externas) para incumplir[40].

No existe un método estándar a seguir para obtener una capacitación exitosa. Es necesario que cada agente económico disponga de una estrategia de capacitación, de acuerdo con las características de su organización.

Sin perjuicio de ello, se recomienda tomar en cuenta las siguientes consideraciones:

- **Dotar de contenido motivacional a las capacitaciones:** La implementación del Programa de Cumplimiento busca generar una cultura de cumplimiento en la organización. De esa manera, las capacitaciones no solo deben verse reducidas al traslado de información, sino que deben motivar a los trabajadores a seguir la política de cumplimiento que inspira al programa[41].

- **Capacitar a todos los trabajadores de la organización.-** Sin perjuicio de que se priorice la capacitación del personal de las áreas identificadas como de mayor riesgo (ver sección 5.2 de la presente guía), es recomendable que todos los trabajadores sean capacitados sobre los alcances del programa.

  Para estos efectos, se recomienda incluir un módulo sobre conductas en materia de libre competencia, en los programas de formación regulares de los trabajadores de la organización.

- **Requerir los servicios de asesores calificados en temas de libre competencia, para el dictado de las capacitaciones.-** Siempre que sea posible, se recomienda que las capacitaciones se encuentren a cargo de un profesional especializado con experiencia en derecho de la competencia.

- **Adoptar un enfoque casuístico.-** Es altamente recomendable que las capacitaciones tengan un contenido fundamentalmente casuístico y se desarrollen de manera didáctica e interactiva, con la propuesta de casos hipotéticos, en función de los riesgos identificados en la organización[42].

---

39 Este requisito se encuentra en línea con las guías de Estados Unidos ("Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigations"), Canadá ("Corporate Compliance Programs"), Francia ("Framework-Document of 10 Februay 2012 on Antitrust Compliance Programmes") y la Comisión Europea ("La importancia de cumplir"). Estos documentos pueden encontrarse en los siguientes enlaces, respectivamente: https://www.justice.gov/atr/page/file/1182001/download, https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03927.html, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/framework_document_compliance_10february2012.pdf y https://publications.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/78f46c48-e03e-4c36-bbbe-aa08c2514d7a.

40 CÁMARA INTERNACIONAL DE COMERCIO (International Chamber of Commerce), Op. cit., página 25.

41 Sobre la importancia del contenido motivacional de las capacitaciones, ver: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD, por sus siglas en inglés). "Promoting compliance with competition law: Do compliance and ethics programs have a role to play?, 2011, página 11. Disponible en: http://www.oecd.org/regreform/sectors/48849071.pdf

42 Al respecto, la enseñanza en base a casos hipotéticos es una herramienta fundamental para el aprendizaje en nuestros días. A modo de ejemplo, la Harvard Business School, pionera en este sistema, utiliza el Case Method (método casuístico), reconociéndolo como "uno de los aspectos más destacados de la experiencia en dicha escuela de negocios. Dicho sistema implica una innovación educativa que presenta los mayores desafíos que enfrentan las empresas líderes con las limitaciones y falta de información encontrada en casos reales vinculados a los negocios, colocando al estudiante en la toma de decisiones". Disponible en: https://www.hbs.edu/mba/academic-experience/Pages/the-hbs-case-method.aspx. Por otro lado, el Centro de Negocios de la Pontificia Universidad Católica del Perú (CENTRUM Católica Graduate Business School) también aplica este método de enseñanza. Así, en su Guía y Manual de Casos de Negocio en Educación Ejecutiva señala que un "caso de negocio es una explicación detallada de una situación real de negocio, describiendo el dilema del protagonista, quién es una persona real con un trabajo real y que enfrenta un problema real (...)".Disponible en: http://cdn.centrum.pucp.education/centrum/uploads/2016/05/24160650/03_D-14-03-03_guia-manual-casos-negocio_V10.pdf

- **Emplear métodos de capacitación presenciales o virtuales.-** Con la finalidad de garantizar mayor cobertura de las capacitaciones, estas se podrán realizar de manera presencial o virtual. Sin embargo, en el caso de las capacitaciones dirigidas a los trabajadores de las áreas de mayor riesgo, se recomienda optar por la modalidad presencial, a fin de que se puedan absolver sus dudas de manera más efectiva.

- **Evaluar el desempeño de los trabajadores en mérito a las capacitaciones.-** Las evaluaciones periódicas son un elemento clave para el éxito del Programa de Cumplimiento. A través de ellas, se examina periódicamente el nivel de reconocimiento de los trabajadores con respecto a la legislación, las políticas de la empresa y otros procedimientos relacionados[43].

  Los resultados de las evaluaciones permitirán replantear la frecuencia de las capacitaciones, de ser el caso.

Finalmente, se debe tomar en consideración que las capacitaciones no solo están referidas a las charlas de capacitación, seminarios o eventos, sino que se trata de un proceso permanente. Por ello, se puede difundir mensajes vinculados con el contenido del Programa de Cumplimiento, a través de correos electrónicos, mensajes de intranet, materiales informativos, entre otros.

Caso de concertación de precios de venta de gas natural vehicular (GNV) en Lima Metropolitana y Callao

La Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, en primera instancia, determinó la responsabilidad de sesenta y tres (63) empresas y veintinueve (29) de sus funcionarios, por acordar el incremento de precios del GNV en Lima Metropolitana y Callao, entre 2011 y 2015.

Debido a la gravedad y a los efectos significativos sobre el funcionamiento del mercado, además de las sanciones pecuniarias impuestas, la Comisión ordenó la implementación de un Programa de Cumplimiento por parte de las empresas infractoras.

Entre otras obligaciones, el Programa de Cumplimiento debía incluir de manera obligatoria la ***capacitación de los trabajadores de las empresas sancionadas, sobre la normativa en materia de libre competencia,*** *la cual debía cumplir con las siguientes condiciones mínimas:*

- *Debe ser de alcance general sobre la normativa de libre competencia; y, en particular, sobre los alcances del pronunciamiento emitido por la Comisión.*
- *Implica la presentación de un plan de capacitación anual, implementado por una universidad, el cual debe incluir un curso sobre la libre competencia en el Perú y la explicación sobre el contenido de la decisión emitida por la Comisión.*
- *Deben enfatizarse las consecuencias, tanto corporativas como personales, de infringir la normativa en materia de libre competencia, así como los beneficios existentes por colaborar con la autoridad.*
- *Debe estar dirigida al personal de la empresa que participe en el diseño, la ejecución o la supervisión de la política comercial, en particular, en lo que concierne a la decisión o fijación de precios.*
- *Debe repetirse, una vez al año, durante la vigencia del programa de cumplimiento para el nuevo personal y para aquellos que no hayan aprobado el curso.*
- *Después de la capacitación, los participantes deberían firmar una carta en la que expresen que: (i) han leído, entienden y se encuentran de acuerdo con acatar la normativa de libre competencia y (ii) no haber tomado conocimiento de alguna violación a la normativa de libre competencia o que, si lo hicieran, la reportarían al Oficial de Cumplimiento.*
- *En caso las empresas acrediten que no pueden solventar el costo de la capacitación, esta sería realizada por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi.*

Fuente: Comisión de Defensa de la Libre Competencia, 2018, Resolución N° 104-2018/CLC-INDECOPI del 31 de diciembre de 2018 (En apelación).

43 CÁMARA INTERNACIONAL DE COMERCIO (International Chamber of Commerce), "Promoting antitrust Compliance: The Various approaches of National Antitrust Authorities", página 26. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/icc_comparative_study_en.pdf

5.5. Actualización constante del Programa y acciones ante un incumplimiento[44]

Es importante que el agente económico documente el desarrollo de su Programa de Cumplimiento y revise su desempeño a través de monitoreos y/o auditorías. La periodicidad de estas revisiones permitirá al agente económico mejorar de manera continua para poder alcanzar los objetivos del cumplimiento del programa[45] y evidenciará la seriedad en su implementación.

Asimismo, de ser el caso, le permitirá acreditar ante la Comisión que el incumplimiento consistió en un hecho aislado y no ordenado por la organización, como argumento de defensa en un procedimiento administrativo sancionador.

Como se ha mencionado, los riesgos inicialmente identificados para un programa cambian por distintos factores (por ejemplo, por el ingreso de nuevos productos al mercado, variación de los porcentajes de participación, constitución de asociaciones, nuevas barreras de entrada, cambios regulatorios o jurisprudenciales, participación en una fusión, entre otros). Debido a ello, es necesario evaluar periódicamente los riesgos actuales y potenciales, así como analizar si estos han variado.

Si se realizan conductas ilegales o existió un riesgo elevado para su ocurrencia, el agente económico debe tomar medidas razonables que respondan esta contingencia para prevenir conductas similares en el futuro, lo cual incluye hacer modificaciones al Programa de Cumplimiento[46].

No existe una periodicidad y formalidad específica para la evaluación de los Programas de Cumplimiento por parte de los agentes económicos, eso dependerá de las características comerciales y necesidades de cada uno de ellos.

5.6. Procedimientos para consultas y denuncias[47]

Es imprescindible que los colaboradores del agente económico tengan conocimiento de a quién contactar y qué medios podrán emplear cuando surjan situaciones de potenciales infracciones o frente a la ocurrencia efectiva de estas.

A título de ejemplo, se pueden emplear sistemas internos o externos de consultas y denuncias, el correo electrónico, teléfono, página web, entre otros. Los colaboradores deben conocer cuál es el protocolo que deben seguir ante estas circunstancias. Cabe resaltar que estos canales de comunicación deben ser confidenciales y deben permitir al encargado del Programa actuar con prontitud.

Es recomendable que el funcionario encargado de la absolución de consultas y denuncias sea el Oficial de Cumplimiento. En caso se decida no designar a uno, el agente económico debería asegurarse que el funcionario encargado sea uno de alto rango dentro de la organización.

---

44 Este requisito se encuentra en línea con las guías de Estados Unidos ("Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigations"), Canadá ("Corporate Compliance Programs") y la Comisión Europea ("La importancia de cumplir"). Estos documentos pueden encontrarse en los siguientes enlaces, respectivamente: https://www.justice.gov/atr/page/file/1182001/download, https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03927.html y https://publications.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/78f46c48-e03e-4c36-bbbe-aa08c2514d7a.

45 CÁMARA INTERNACIONAL DE COMERCIO (International Chamber of Commerce). "The ICC Antitrust Compliance Toolkit", 2013. Op. Cit., página 68.

46 La necesidad de medidas y remedios como un factor importante para los Programas de Cumplimiento ha sido reconocida por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Al respecto, ver: Departamento de Justicia – División de Libre Competencia de los Estados Unidos, Op. Cit., página 12.

47 Este requisito se encuentra en línea con las guías de Estados Unidos ("Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigations"), Canadá ("Corporate Compliance Programs"), Francia ("Framework-Document of 10 Februay 2012 on Antitrust Compliance Programmes") y la Comisión Europea ("La importancia de cumplir"). Estos documentos pueden encontrarse en los siguientes enlaces, respectivamente: https://www.justice.gov/atr/page/file/1182001/download, https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03927.html, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/framework_document_compliance_10february2012.pdf y https://publications.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/78f46c48-e03e-4c36-bbbe-aa08c2514d7a.

Asimismo, en el supuesto en el que un colaborador desee denunciar al funcionario que precisamente está encargado de absolver las denuncias y consultas, el agente económico debería contar con mecanismos para derivar la denuncia a otro funcionario, al directorio, o a la casa matriz, de ser el caso.

Es importante señalar que un ambiente laboral en el que se motive a los colaboradores a expresar sus preocupaciones, dudas y alertas por presuntas infracciones o infracciones probadas, puede ser decisivo para la efectividad del Programa de Cumplimiento.

Caso de concertación de precios y de asignación de cuotas de participación de mercado en la comercialización de productos tissue

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, mediante sentencia N° 160/2017, sancionó dos empresas, por haber celebrado y ejecutado acuerdos con el objeto de asignarse cuotas de participación de mercado y de fijar precios de venta de sus productos tissue desde el año 2000 hasta diciembre de 2011, lo cual afectó el mercado nacional de la comercialización mayorista de tissue en el canal de venta masivo.

Además de la sanción pecuniaria impuesta a una de las empresas, el Tribunal ordenó que ambas implementen un Programa de Cumplimiento en materia de libre competencia, el cual debía cumplir con los requisitos previstos en la "Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia" elaborada por la Fiscalía Nacional Económica.

Entre otras obligaciones, las empresas debían designar a un Oficial de Cumplimiento, quien se desempeñaría en el cargo a tiempo completo y reportaría sus acciones al Directorio de la empresa.

El mencionado funcionario estaría a cargo, entre otras obligaciones, de **mantener una línea de denuncia anónima** *que permita a cualquier empleado revelar directamente ante él, eventuales infracciones a las normas de defensa de la libre competencia.*

Fuente: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, 2017, Sentencia N° 160/2017 del 28 de diciembre de 2017.

6. ¿QUÉ ELEMENTOS INCLUYE UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO?

El nivel de eficacia de los Programas de Cumplimiento se incrementará al incluir la mayor cantidad de elementos que se señalan a continuación. De esa manera, a mayores riesgos identificados por los agentes económicos, se recomienda incluir el mayor número de elementos en el programa.

6.1. Manual de libre competencia

El agente económico deberá plantear y desarrollar una estrategia de cumplimiento de acuerdo con su situación particular, la cual será expuesta de forma clara, concisa y por escrito, a través de un Manual de libre competencia[48].

El Manual de Libre Competencia estará dirigido a todos los trabajadores de la organización. Este deberá incluir la descripción de los requerimientos de la legislación aplicable, la identificación de las obligaciones a cargo de los trabajadores, su aplicación práctica, las consecuencias frente a su incumplimiento, así como proporcionar vías de consultas y denuncias confidenciales (salvaguardando la identidad del informante) ante

48 Comisión Europea, "La importancia de cumplir". Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2012, página. 14. Disponible en: https://publications.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/78f46c48-e03e-4c36-bbbe-aa08c2514d7a.

la sospecha de una infracción a la normativa de libre competencia[49]. Se recomienda ilustrar la explicación con ejemplos prácticos vinculados con la actividad económica de la organización.

Con la finalidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones previstas en el Manual, se sugiere tomar en consideración lo siguiente:

- **Empleo de lenguaje sencillo y enfoque práctico.-** Es importante que las obligaciones que se encuentran a cargo de los trabajadores se expresen de manera clara y sencilla, a fin de garantizar su cabal comprensión. Con fines didácticos, se podría emplear una lista de "ACCIONES PROHIBIDAS" y "ACCIONES ESPERADAS", frente a las situaciones de riesgo identificadas por la organización.

- **Articulación con los Códigos de Conducta o Reglamentos Internos de la organización. -** A fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones previstas en el Manual, se sugiere incorporar dichas obligaciones en los Códigos de Conducta o Reglamentos Internos de la organización, a fin de establecer sanciones disciplinarias en caso de incumplimiento.

- **Difusión del Manual a todos los trabajadores.-** El impacto del Manual se puede ver limitado si no es comunicado y explicado adecuadamente a los trabajadores de la organización, con especial énfasis a aquellos que laboran en áreas expuestas a mayor riesgo.

  Para la difusión del Manual se pueden emplear los correos institucionales, la página web de la empresa, el intranet, entre otros. Asimismo, se puede solicitar que los trabajadores suscriban una declaración de haber accedido al contenido del Manual y haber comprendido sus alcances.

6.2. Oficial o Comité de cumplimiento

Si bien la alta dirección de la organización debe ser responsable de patrocinar y promover una cultura de cumplimiento sostenible, la implementación del programa puede delegarse a una persona designada (Oficial de cumplimiento u otro oficial apropiado)[50] o a un órgano colegiado, en el cual el responsable será el Presidente del Comité de Cumplimiento, quien deberá formar parte de la estructura jerárquica más alta de la organización.

La persona o personas designadas deberán contar con la experiencia adecuada y la formación necesaria para el cumplimiento de su función. Asimismo, debido a la responsabilidad clave en la implementación del Programa de Cumplimiento, se recomienda que la alta dirección garantice que este reciba capacitación frecuente en la materia.

Las funciones a cargo del Oficial o Comité de cumplimiento son las siguientes:

- **Identificación y supervisión de los riesgos del agente económico.-** De manera conjunta con la alta dirección, el Oficial o Comité de Cumplimiento deberá participar en la identificación de los riesgos que enfrenta el agente económico y en el diseño de las medidas (procedimientos y protocolos internos) para afrontarlos (Ver sección 5.2 y 5.3 de la presente guía).

  Una vez identificados los riesgos y las medidas aplicables, deberá supervisar el cumplimiento de estas últimas.

49 Fiscalía Nacional Económica de Chile. Op. Cit., página 12.
50 Cámara Internacional de Comercio (International Chamber of Commerce). "The ICC Antitrust Compliance Toolkit" Op. Cit., página 10.

- **Asignación de responsabilidades derivadas del Programa de Cumplimiento a todos los trabajadores.-** El Oficial o Comité de Cumplimiento deberá identificar los roles y obligaciones del personal de la organización, en el marco del Programa de Cumplimiento implementado. Para mayor efectividad, se recomienda incluir las funciones identificadas, dentro de la descripción de los puestos de trabajo.

- **Asesoramiento sobre la implementación del Programa de Cumplimiento.-** Los trabajadores de la organización contactarán al Oficial o Comité de Cumplimiento a fin de que este absuelva sus dudas sobre la implementación del programa, en caso surjan situaciones de potenciales infracciones o frente a la certeza de la ocurrencia de estas (ver sección 5.6 de la presente guía).

- **Reporte periódico del desempeño del Programa de Cumplimiento.-** Una buena práctica en la labor del Oficial o Comité de Cumplimiento es elaborar reportes periódicos sobre el desarrollo del programa. Es recomendable que, como mínimo, se elabore un reporte anual al respecto.

  Sin perjuicio de ello, el Oficial o Comité de Cumplimiento deberá reportar de manera inmediata a la alta dirección, en caso de ocurrencia de presuntos incumplimientos, incumplimientos probados o frente a la identificación de nuevos riesgos que debe afrontar el agente económico.

Finalmente, a fin de garantizar el desarrollo de las funciones señaladas, es necesario que la alta dirección garantice que el Oficial o Comité de Cumplimiento se encuentre dotado de independencia funcional, visibilidad, que reporte directamente a la alta dirección y que cuente con los recursos financieros y humanos necesarios para el cumplimiento de sus funciones[51].

51 Competition Bureau of Canada ("Corporate Compliance Programs"), 2015, página 11. Disponible en: https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03927.html.

Caso Apple v. United States of America

El Juez de Distrito del Estado de Nueva York halló responsable a la empresa Apple Inc, por haber facilitado información para la concertación de precios en el mercado de comercialización de e-books.

El Juez del Distrito impuso una medida correctiva que incluía cuatro aspectos: (i) conductas prohibidas, (ii) conductas requeridas, (iii) la designación de un ***Oficial de Cumplimiento*** *(Antitrust Compliance Officer); y, (iv) la designación de un* ***monitor externo de cumplimiento*** *(External Compliance Monitor).*

La ***designación del Oficial de Cumplimiento*** *tendría por finalidad mejorar los procedimientos internos de la empresa, para prevenir la comisión de conductas anticompetitivas. Las principales funciones a su cargo serían las siguientes:*

- *Entregar una copia de la sentencia a los funcionarios de la alta dirección de la empresa y los empleados involucrados, directa o indirectamente, con el funcionamiento de la iBookStore.*
- *Asegurarse de que todas las personas involucradas en el funcionamiento de iTunes y el App Store, reciban la capacitación adecuada sobre los requerimientos y alcances de la sentencia emitida.*
- *Obtener una declaración de los implicados, en la que se acredite que se encuentran informados del contenido de la sentencia y su voluntad de cumplirla, además de no haber tomado conocimiento de violaciones a lo expuesto en la sentencia ni alguna otra conducta anticompetitiva.*
- *Dirigir una auditoría anual sobre libre competencia.*
- *Informar a los trabajadores de Apple que pueden comunicar sobre la posible violación a los alcances de la sentencia o a las leyes de libre competencia.*
- *Tomar acción inmediata al tener conocimiento de una posible violación a los requerimientos de la sentencia o a las normas de libre competencia.*

Por otro lado, el ***nombramiento de un monitor externo de cumplimiento,*** *tenía por finalidad que la Corte seleccione a una persona externa a la estructura de Apple Inc, a fin de garantizar que esta cumpla con la medida correctiva ordenada.*

Fuente:
13-3741-cv, United States of America v. Apple Inc. United States District Court of New York, julio de 2013.
13-3741-cv, 13-3748-cv, 13-3783-cv, 13-3857-cv, 13-3864-cv, 13-3867-cv, United States Court of Appeals for the Second Circuit, agosto de 2014.

6.3. Monitoreo y auditorías[52]

Los agentes económicos deben evaluar el desarrollo del Programa de Cumplimiento, de manera permanente o periódica, con la finalidad de garantizar que los riesgos que enfrentan se encuentren controlados. Para ello, se podrán realizar monitoreos o auditorías.

- El **monitoreo** es un proceso permanente a cargo del Oficial o Comité de Cumplimiento (ver sección 6.2 de la presente guía), que tiene por finalidad evaluar el desempeño de un Programa de Cumplimiento, desde un enfoque preventivo.
- Una **auditoría** es un proceso sistemático, independiente y documentado[53], que tiene por finalidad obtener evidencias y evaluarlas de manera objetiva con el fin de determinar el grado de cumplimiento de los criterios de evaluación del programa. Se recomienda que esta labor se encuentre a cargo de asesores externos.

52 Este elemento se encuentra en línea con lo recomendado por la Fiscalía Nacional Económica de Chile. Op. Cit., página 14.
53 INACAL. Op. Cit., página 7

La auditoría podrá realizarse de manera periódica, *ad hoc* o por la ocurrencia de una presunta infracción a la normativa de libre competencia.

En ambos casos, desde la perspectiva que corresponda, se evalúan los siguientes aspectos: la identificación de riesgos y su actualización, el funcionamiento de las líneas de denuncia y consultas entre la empresa y sus trabajadores, la difusión de la política de cumplimiento por parte de la alta dirección, la implementación de los procedimientos y protocolos internos para el control o mitigación de riesgos identificados, entre otros.

Los resultados de la evaluación deberán ser documentados mediante reportes de monitoreo o auditoría. En los reportes se deberán advertir las fortalezas y falencias del Programa de Cumplimiento.

Finalmente, es importante que la alta dirección garantice que las personas a cargo de los monitoreos y auditorías tengan acceso a toda la información que requieran (contratos comerciales con clientes, correos electrónicos del personal a cargo del área comercial[54], grabaciones de reuniones, entre otros). Asimismo, que estas puedan realizar inspecciones inopinadas a las áreas materia de evaluación.

6.4. Incentivos para los trabajadores

Los agentes económicos pueden optar por el uso de estímulos e incentivos para motivar la participación de los trabajadores en la identificación de conductas riesgosas o prohibidas y en la implementación del Programa de Cumplimiento, en general[55].

Por ejemplo, se pueden adoptar las siguientes medidas:

- **Reconocimiento a la proactividad y muestra de interés en el cumplimiento del Programa.-** Por ejemplo, se podrían otorgar reconocimientos honoríficos u otras formas de reconocimiento social, premios materiales, beneficios laborales, bonos, sorteos entre los más destacados, entre otras opciones.

  En caso los empleadores opten por utilizar esta medida para incentivar el cumplimiento de las normas de libre competencia, la selección de los colaboradores merecedores del reconocimiento debe ser objetiva.

  Para dicho efecto, se pueden considerar como criterios: (i) participación en capacitaciones voluntarias; (ii) calificaciones en evaluaciones; y, (iii) la frecuencia en la utilización de la línea de consultas (para reportar situaciones de riesgo, consultas u otro aspecto relacionado al programa de cumplimiento).

- **Recordatorios respecto al cumplimiento[56].-** Estos avisos podrían realizarse a través de correos electrónicos, *pop-ups* al iniciar sesión o ingresar al sistema de la empresa, entre otros medios; y, deberían ser personalizados, en lo posible. Asimismo, se debería de evitar que estos recordatorios se vuelvan rutinarios e idénticos en forma ya que podrían perder su efecto con el tiempo.

54 Competition Bureau Canada ("Corporate Compliance Programs"), 2015, Op. Cit., página 20. Sobre los mecanismos de monitoreo, verificación y de reporte, la referida Autoridad recomienda: "Planifica y realiza ejercicios de verificación, ya sea con cita previa o sin previo aviso, para confirmar si una empresa, o área de una empresa, o personal, está cumpliendo con la ley de competencia; estos ejercicios pueden incluir una revisión de archivos impresos y de computadora (especialmente correos electrónicos y otros sistemas de mensajes electrónicos) del personal que está en condiciones de involucrarse o estar expuesto a conductas en incumplimiento potencial de las leyes".
Disponible en: https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03927.html.

55 La importancia de los incentivos también es resaltada por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos. Al respecto, ver: Departamento de Justicia – División de Libre Competencia de los Estados Unidos. Op. Cit., página 12.

56 Esta medida para lograr el cumplimiento normativo ha sido implementada en materia tributaria. Por ejemplo, esta experiencia fue desarrollada en Kosovo por el Banco Mundial. Al respecto, ver el material "Promoting tax compliance in Kosovo with Behavioral insights" del Banco Mundial, en el siguiente enlace: http://documents.worldbank.org/curated/en/747661551725011887/pdf/135032-WP-PUBLIC-Kosovo-Tax-Compliance.pdf.

Se recomienda que estos se realicen especialmente en los periodos en los que se haya identificado mayor riesgo (por ejemplo, en caso las ventas de los productos sufran incrementos estacionales para periodos como navidad, fiestas patrias, entre otros).

- **Enviar comparativos sobre el uso de la línea de consultas.-** La empresa podría enviar comparativos respecto al uso de esta herramienta por parte de los trabajadores. Por ejemplo, a través de un correo electrónico personalizado en el que se indique un mensaje como "*Utilizas la línea de consultas en un 70% menos que el resto de tus compañeros de área y en un 30% menos que el resto de los colaboradores de la empresa*".

6.5. Medidas disciplinarias

Cuando se detecte una infracción, el agente económico debe tomar medidas y poner fin de inmediato a la conducta infractora. Es necesario que investigue el incidente y, de ser probado, deberá notificar a la autoridad competente[57].

Es importante señalar que las organizaciones no solamente deben accionar medidas disciplinarias cuando un colaborador o gerente infrinja la normativa de libre competencia, sino también cuando uno de estos no haya tomado las medidas necesarias para prevenir o detectar la conducta infractora, dependiendo del cargo que este ocupe[58].

Las medidas disciplinarias deben seguir un proceso interno establecido y conocido. Por ello, el agente económico debe desarrollar un código disciplinario interno. Esto es importante no solo para fines de disuasión, sino también como un reflejo del compromiso real de su empresa para integrar y fomentar una cultura de cumplimiento.

La política disciplinaria deberá ser aplicada en igualdad de condiciones a todos los empleados de la organización y, en particular, a los altos ejecutivos, quienes no deben estar protegidos contra medidas disciplinarias en caso de que infrinjan las reglas. La organización debe procurar que el proceso interno no contravenga la legislación laboral, y de ser posible, debe ser verificado por un asesor jurídico.

Al respecto, es importante que, en aras de la transparencia, la organización establezca y ponga a disposición de los empleados los principios que regirán las investigaciones internas sobre el Código de Conducta, los cuales podrían ser los siguientes: (i) confidencialidad; (ii) imparcialidad y objetividad de todos los investigadores; (iii) integridad personal y competencia de los investigadores; y, (iv) protección contra represalias[59].

Asimismo, se podrán establecer factores atenuantes y agravantes para la determinación de responsabilidad por parte de los trabajadores. A título de ejemplo, se podría considerar como factores atenuantes que el trabajador coopere con la investigación interna, que no ocupe un rol gerencial o que haya actuado de buena fe; mientras que se podría aplicar un factor agravante si el trabajador no coopera o divulga información importante para la investigación, entre otros supuestos que establezca la organización.

57 Cámara Internacional de Comercio (International Chamber of Commerce), "Promoting antitrust Compliance: The Various approaches of National Antitrust Authorities", Op. Cit., página 27.

58 Competition Bureau Canada, Op. Cit. página 20.

59 Cámara Internacional de Comercio (International Chamber of Commerce). "The ICC antitrust compliance toolkit. Practical antitrust compliance tools for SMEs and large companies", página 42. Disponible en: https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2013/04/ICC-Antitrust-Compliance-Toolkit-ENGLISH.pdf

7. IMPLEMENTACIÓN DEL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO EN FUNCIÓN DEL TAMAÑO DE LA EMPRESA

Como se señaló anteriormente, no existe un modelo único de Programa de Cumplimiento aplicable a todos los agentes económicos. Este debe ser elaborado y ejecutado sobre la base de las necesidades, características y circunstancias de cada uno de ellos.

En sede nacional, para efectos del modelo de prevención, se ha clasificado a los agentes económicos en función de sus ventas anuales, o en defecto de dicha información o en caso de organizaciones sin fines de lucro, según el número de trabajadores con los que cuente[60].

A consideración de la Comisión, la implementación de un Programa de Cumplimiento efectivo que permita acceder a sus beneficios (ver sección 3 de la presente guía), independientemente del tamaño de la organización que la implemente, deberá cumplir necesariamente con los requisitos esenciales del programa (ver sección 5 de la presente guía).

Es decir, los Programas de Cumplimiento, en todos los casos, deberán cumplir con:

- Evidenciar el compromiso real de cumplimiento por parte de la alta dirección.
- Identificar los riesgos de incumplimiento, actuales y potenciales.
- Establecer procedimientos y protocolos internos para controlar o mitigar los riesgos identificados.
- Capacitar a sus trabajadores sobre el alcance del programa.
- Evaluar y actualizar de manera constante el programa.
- Establecer contactos y procedimientos para consultas y denuncias.

Sin embargo, en relación con los elementos de los Programas de Cumplimiento desarrollados en la sección 6 de la presente guía, se espera que las grandes y medianas empresas cumplan con la implementación de todos ellos; mientras que el resto de las empresas deberán implementarlos de acuerdo a las características propias de su organización.

A título de ejemplo, dichas empresas podrán adecuar los alcances de los elementos del programa de la siguiente manera:

- Los encargados de la gestión de la empresa se encargarán del manejo del programa, en lugar de un Oficial o Comité de Cumplimiento designado exclusivamente para esos efectos.
- De ser el caso, el Oficial o Comité de Cumplimiento está conformado por personal a dedicación parcial para esas funciones.

60 Cuadro N° 1: Clasificación de las empresas para efectos del modelo de prevención*

Clasificación de la empresa	***Ventas anuales (UIT=S/ 4200.00)***	***Columna equivalente $***	***Número de trabajadores***
Gran empresa	Superiores a 2300 UIT	2 872 435.33	Más de 250
Mediana empresa	Superiores a 1700 UIT y hasta el monto máximo de 2300 UIT	2 123 104.37 2 872 435.33	De 51 hasta 250
Pequeña empresa	Superiores a 150 UIT y hasta el monto máximo de 1700 UIT	187 332.74 2 123 104.37	De 11 hasta 50
Micro empresa	Hasta el monto de 150 UIT	187 332.74	De uno hasta 10

Fuente: Decreto Supremo N° 002-2019-JUS, Reglamento de la Ley N° 30424, Ley que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas
Elaboración propia
* Clasificación utilizada en materia penal. No es una clasificación vinculante.

- No se elabora un Manual de Libre Competencia propio, sino que se emplea uno elaborado por otro agente económico de características similares[61].
- Se difunde entre sus trabajadores la información elaborada por la Secretaría Técnica o la Comisión, sobre la normativa en libre competencia.

Caso de concertación de precios del gas licuado de petróleo (GLP) vehicular en la ciudad de Chimbote

La Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, en primera instancia, determinó la responsabilidad de dieciséis (16) empresas de combustible, por acordar el incremento del precio de venta de GLP vehicular, entre junio de 2012 y febrero de 2014, en la ciudad de Chimbote.

Además de las sanciones impuestas a las empresas, la Comisión ordenó la implementación de un Programa de Cumplimiento, el cual comprendía obligaciones de capacitación a sus trabajadores, la designación de un Oficial de Cumplimiento, entre otros.

Dada la naturaleza de las empresas sancionadas, las cuales son unidades menores de hidrocarburos (grifos y estaciones de servicios principalmente), se estableció que las capacitaciones al personal se podían realizar bajo los siguientes parámetros:

- ***La capacitación sería dictada en la ciudad de Lima por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi.*** *Esta incluiría aspectos fundamentales del Derecho de la Competencia, como el ámbito de aplicación de la ley de la competencia, el detalle de las conductas prohibidas, los efectos lesivos que generan y las posibles medidas a imponerse.*

- *Los funcionarios y directivos de las empresas involucradas en la conducta, así como aquellos que ocupan actualmente tales cargos, deberían recibir la capacitación.*

- *Una vez culminada la capacitación, cada participante debería suscribir una declaración en la cual expresen que han leído, entienden y se encuentran de acuerdo con acatar la normativa de libre competencia. Por último, se realizaría una evaluación sobre los conocimientos obtenidos. En caso algún funcionario no apruebe satisfactoriamente la evaluación, volvería a recibir dicha capacitación en un plazo de sesenta días hábiles posteriores, y así sucesivamente.*

Fuente: Comisión de Defensa de la Libre Competencia, 2017, Resolución N° 099-2017/CLC-INDECOPI del 7 de diciembre de 2017 (En apelación).

61 Siempre que dicho manual sea de libre acceso y se incluyan las citas y referencias correspondientes.

8. BUENAS PRÁCTICAS RELACIONADAS CON LA IMPLEMENTACIÓN DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

La Comisión invoca a los agentes económicos a considerar los lineamientos de la presente guía como la base mínima para el diseño de sus Programas de Cumplimiento.

Se les exhorta a perfeccionar el uso de sus herramientas y a compartir sus experiencias de implementación con la Secretaría Técnica y la Comisión, a fin de que estas sean replicadas por otros agentes económicos.

Sin perjuicio de lo anterior, se han identificado una serie de buenas prácticas correspondientes al cumplimiento de cada uno de los requisitos esenciales de un Programa de Cumplimiento en materia de libre competencia, las cuales se listan a continuación:

8.1. Compromiso real de cumplir:

- La responsabilidad respecto del cumplimiento de la normativa de libre competencia y, en particular, del Programa de Cumplimiento elaborado con dicho objetivo, debe recaer sobre la gerencia de la empresa y, en última instancia y de ser el caso, sobre su directorio.

- La gerencia general debe manifestar al resto de la organización de forma anual y expresa su compromiso con el Programa de Cumplimiento, así como solicitar un reporte anual a los gerentes de las distintas áreas de la empresa, respecto de las medidas adoptadas en función de dicho objetivo.

- Los reportes y planes referidos al Programa de Cumplimiento deben ser revisados y validados por la gerencia general y, de ser el caso, por el directorio de la empresa.

- Las penalidades por infracciones relacionadas al Programa de Cumplimiento deben de ser aplicables a todos los funcionarios de la empresa, independientemente de su posición dentro de la organización.

- Vincular la remuneración de la gerencia y, de ser el caso, de los directores de la organización, a la correcta implementación del Programa de Cumplimiento.

- La gerencia debe participar en las actividades de capacitación relacionadas al Programa de Cumplimiento, dirigidas al resto de trabajadores de la empresa.

- El funcionario encargado de la correcta implementación del Programa de Cumplimiento debe responder directamente a la gerencia general o, de ser el caso, al directorio de la empresa.
- Las causales para la remoción de dicho funcionario deben de estar expresa y precisamente tipificadas en su contrato de trabajo.

8.2. Identificación de riesgos actuales y potenciales:

- Contratar de forma periódica a especialistas externos que se encarguen de la realización de auditorías para la identificación de potenciales riesgos de infracción a las normas de competencia relacionados con las actividades de la organización.

- Incluir en las auditorías documentos internos y externos, datos del mercado y entrevistas a funcionarios de diferentes niveles dentro de la organización. De ser posible, incluir también entrevistas a terceros con los que se mantenga una relación comercial (por ejemplo, representantes de los proveedores, distribuidores y/o puntos de venta).

- Los recursos destinados al Programa de Cumplimiento deben de ser distribuidos de forma tal que se privilegie a aquellas áreas de la organización que representen un mayor riesgo de incumplimiento.

8.3. Procedimientos y protocolos internos:

- El Programa de Cumplimiento debe contar con un manual escrito que incluya de forma clara y comprensible sus principales aspectos, el cual debe ser dado a conocer a todo el personal de la entidad, en especial a aquellas personas que se vean expuestas a mayores riesgos debido a la labor que realicen dentro de la organización.

- El manual del Programa de Cumplimiento debe de estar a disposición de los trabajadores de manera permanente y ser de fácil acceso (por ejemplo, en la intranet de la entidad).

- Los diferentes procedimientos, protocolos internos y lineamientos relacionados al Programa de Cumplimiento deben de ser transmitidos a los empleados de la empresa a través de los diferentes medios de comunicación interna (por ejemplo, foros, videos, folletos, e-mails o la intranet), de manera que pasen a formar parte de la cultura organizacional.

- Se debe capacitar periódicamente al personal respecto de los diferentes procedimientos, protocolos internos y lineamientos relacionados al Programa de Cumplimiento.

- Se debe solicitar al personal un acuse de recibo, por escrito, de los documentos e información relacionados al Programa de Cumplimiento.

8.4. Capacitaciones para los trabajadores:

- Todos los nuevos trabajadores deben de ser informados sobre el Programa de Cumplimiento como parte de su capacitación inicial en la empresa.

- Todos los trabajadores de la organización, y en particular aquellos que laboren en áreas de mayor riesgo, deben de ser capacitados anualmente y de forma presencial con relación a la implementación del Programa de Cumplimiento. Dichas capacitaciones pueden ser reforzadas a través de medios electrónicos.

- La participación del personal en los entrenamientos debe de ser certificada y evaluada de alguna forma.

- Las capacitaciones deben ser conducidas por personas especializadas en temas de libre competencia.

- El entrenamiento de los trabajadores de la empresa que se relacionen con otros competidores debe ser reforzado, de manera que estos tengan conocimiento del tipo de información que puede ser compartida en dichas interacciones.

8.5. Actualización constante del programa y acciones ante un incumplimiento:

- Se deben realizar actividades de monitoreo al interior del agente económico, para evaluar la efectividad y desempeño del Programa de Cumplimiento implementado, de manera que se puedan identificar y corregir sus posibles falencias y debilidades.

- Se debe designar a un comité vinculado a la gerencia encargado de hacer seguimiento a la correcta implementación del Programa de Cumplimiento, así como de la identificación de oportunidades de mejora.

- Realizar siempre una auditoría en el caso que medie una denuncia respecto a una infracción o posible infracción a las normas de libre competencia.

- Las auditorías deben incluir pesquisas de campo, en las que se verifique el cumplimiento de la normativa de libre competencia por parte de los representantes de la empresa (especialmente, quienes se encuentren a cargo de las ventas), en sus interacciones con otros agentes económicos.

- Se debe documentar cada una de las acciones e iniciativas dirigidas a la implementación del Programa de Cumplimiento, de manera que se fortalezca su evaluación continua y la identificación de oportunidades de mejora.

8.6. Procedimientos para consultas y denuncias:

- Se deben de establecer vías de comunicación idóneas para que los trabajadores puedan dar a conocer a sus respectivos supervisores y/o jefaturas aquellas conductas o políticas de la organización que pudiesen ser contrarias a la normativa de libre competencia.

- El sistema de denuncias debe ser claro y contemplar, como mínimo, dos procedimientos: uno destinado a regular vías para que los trabajadores realicen internamente la denuncia correspondiente y otro dirigido a establecer los pasos a seguir por las jefaturas al recibir una denuncia.

- Se debe garantizar que en caso el denunciado sea el gerente general, este no podrá conocer de la denuncia ni participar de la evaluación de la misma. En dicho caso, quien tome conocimiento y se encuentre a cargo de la evaluación de la denuncia debería ser una instancia superior, como el Directorio o la Gerencia de la Matriz en caso se trate de una empresa transnacional. Ello con el objetivo de otorgar un adecuado tratamiento a la denunciada presentada.

- Se debe garantizar la confidencialidad en el procedimiento de denuncia interna, por ejemplo, a través de la implementación de una línea directa anónima.

- Se debe asegurar a los trabajadores que no existirá ninguna consecuencia negativa por parte de la organización ni de algún otro empleado por el hecho de denunciar una potencial infracción a las normas de libre competencia o de plantear alguna consulta relativa al Programa de Cumplimiento.

- Bajo ninguna circunstancia se puede tomar algún tipo de represalia contra aquellos trabajadores que denuncien conductas potencialmente contrarias a las normas de libre competencia o planteen alguna consulta relacionada.

Se exhorta a los agentes económicos a seguir las buenas prácticas mencionadas, para la correcta y eficiente implementación de los Programas de Cumplimiento al interior de sus organizaciones.

9. ¿SI EXISTE UNA INFRACCIÓN, EL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO AÚN ES ÚTIL PARA LA EMPRESA?

La implementación de un Programa de Cumplimiento por parte de un agente económico no elimina la posibilidad de ocurrencia de infracciones a la normativa de libre competencia. Los Programas de Cumplimiento no son infalibles.

Debido a ello, si a pesar de contar con un Programa de Cumplimiento se produce una infracción, el agente económico debe actuar con la mayor prontitud. Para ello, deberá identificar las causas del incumplimiento, corregirlas e implementar los ajustes necesarios para retomar al estado de cumplimiento de la normativa.

9.1 Detener la infracción en la etapa más temprana

Si se produce la contravención a una norma de libre competencia, el Programa de Cumplimiento permitirá detectar en el menor tiempo posible dicha conducta y, de manera oportuna, limitar los daños que esta ocasione al mercado[62].

9.2. Colaboración oportuna con la autoridad, beneficiándose de una posible exoneración o reducción de la multa

Frente a la detección oportuna del incumplimiento, el agente económico podría acogerse a los beneficios de exoneración o reducción de la sanción previstos en la normativa de la materia para quienes colaboran con la detección y sanción de cárteles vía el programa de clemencia[63].

Para dicho efecto, los agentes económicos podrán presentar a la Secretaría Técnica toda la información concerniente a la infracción, la cual será obtenida en la investigación interna realizada en el marco del Programa de Cumplimiento.

9.3. Atenuante del cálculo de la multa

A nivel comparado, se advierte la importancia de que la autoridad de competencia considere como factor atenuante del cálculo de la multa del agente económico infractor que este contara con un Programa de Cumplimiento efectivo e implementado en su organización durante la comisión de la infracción.

Por ejemplo, la legislación brasilera permite la reducción de las multas si los agentes económicos acreditan haber contado con un Programa de Cumplimiento efectivo al momento de haberse incurrido en la infracción[64]. De igual manera, en el caso de Chile[65], se admite la posibilidad de que se considere la implementación de un Programa de Cumplimiento en caso el infractor presente un requerimiento de reducción de la sanción a ser impuesta[66].

De otro lado, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos publicó en julio de 2019 el documento "*Evaluación de Programas de Cumplimiento Corporativos en Investigaciones Criminales de Libre Competencia*".

62 Comisión Europea, "La importancia de cumplir", Op. Cit., página. 17.

63 Artículo 26 del TUO de la Ley de Libre Competencia.

64 Al respecto, ver el material "Guidelines for Competition Compliance programs" en el siguiente enlace: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/compliance-guidelines-final-version.pdf.

65 Al respecto, ver el material "Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia" en el siguiente enlace: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Programas-de-Cumplimiento.pdf.

66 Adicionalmente, en dicha línea, la Korea Fair Trade Commission promueve, como incentivo, que las empresas que implementen Programas de Cumplimiento podrán verse beneficiadas con la reducción de sanciones por las prácticas anticompetitivas en las que se encuentren involucradas (Al respecto, ver: International Chamber Commerce, "Promoting Antitrust Compliance: The Various Approaches of National Antitrust Authorities", Página 6. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/icc_comparative_study_en.pdf.

En la referida guía, se reconoce por primera vez en Estados Unidos que contar con un Programa de Cumplimiento en materia de libre competencia puede tener un impacto positivo en la reducción de la multa a imponer[67].

Sin embargo, a manera de contraste, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea mantiene una posición contraria al respecto, pues sostiene que la recompensa ideal hacia el agente económico por implementar un programa de cumplimiento debería ser la inexistencia de conductas anticompetitivas, pero no una reducción de la multa por la participación en un cártel que tuvo lugar pese a todo[68].

De esa manera, en caso de que el agente económico infractor acredite la implementación de un Programa de Cumplimiento efectivo[69], evidenciando que la infracción constituye un hecho aislado y que se actuó respecto a esta situación de manera rápida y oportuna, esto podría ser tomado en cuenta por la Comisión, a efectos de atenuar la sanción a ser impuesta.

Se recomienda considerar que, para efectos de acreditar que la organización cuenta con un Programa de Cumplimiento efectivo, esta deba contrastar y fundamentar ante la Comisión respecto al contenido y desarrollo de su programa implementado, con los requisitos esenciales indicados en la sección 5 de la presente guía y, de acuerdo a sus particularidades (ver Cuadro 1), los elementos indicados en la sección 6.

De esta manera, la Comisión en caso adopte el criterio de considerar como atenuante el haber contado de manera previa con un Programa de Cumplimiento, debería evaluar si el Programa de Cumplimiento con el que cuenta la organización era una "*programa fachada*" o si, por el contrario, era efectivo.

Cabe señalar que, siguiendo la línea del Departamento de Justicia de Estados Unidos, se debe presumir que el agente económico cuenta con un "*programa fachada*" cuando personal de altos cargos participó, avaló o fue negligente (por ejemplo, respecto a la labor de supervisión) respecto al incumplimiento[70].

10. LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO COMO MEDIDAS CORRECTIVAS DICTADAS POR LA COMISIÓN

El numeral 49.1 del artículo 49 del TUO de la Ley de Competencia establece que, además de las sanciones por infracciones a dicha norma, la Comisión puede dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo o prevenir la comisión de conductas anticompetitivas, entre las cuales se encuentra el desarrollo de programas de capacitación y de eliminación de riesgos de incumplimiento de la normativa sobre libre competencia[71].

Desde octubre de 2016 a la fecha, la Comisión dictó medidas correctivas consistentes en la implementación de Programas de Cumplimiento para los agentes involucrados en prácticas colusorias horizontales. Estos casos son los siguientes:

67 Departamento de Justicia – División de Libre Competencia de los Estados Unidos. Op. Cit., página 15.
68 Caso Schindler Holding y otros vs Comisión (C-501/11). Disponible en: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=139754&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=38899 y Caso BASF y UCB vs Comisión (T-101/05). Disponible en: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=71530&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3893141
69 Es decir, que cumpla con los requisitos esenciales y adecúe a su estructura los elementos propios del Programa.
70 Departamento de Justicia – División de Libre Competencia de los Estados Unidos. Op. Cit., página 14.
71 Modificación realizada por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1396, publicado el 07 septiembre 2018.

Cuadro N° 2: Medidas correctivas de implementación de Programas de Cumplimiento, dictadas por la Comisión

Mercado supervisado	Tipo de infracción	¿En qué consistió la infracción?	Resumen del contenido mínimo del Programa para cada empresa infractora
Productos farmacéuticos, a nivel nacional[72]	Práctica colusoria horizontal	Fijación concertada de precios de treinta y seis (36) productos farmacéuticos y afines, de enero de 2008 a marzo del 2009.	• Capacitación anual sobre la normativa en libre competencia por un especialista. • Identificación y mitigación de riesgos (medidas para contrarrestarlos) por un especialista. • Identificación de un especialista a cargo de facilitar el cumplimiento a la normativa.
Papel higiénico y otros productos de papel tissue[73], a nivel nacional.	Práctica colusoria horizontal	Fijación concertada de precios y otras condiciones comerciales del papel higiénico y otros productos de papel tissue, entre los años 2005 a 2014	• Capacitación anual sobre la normativa en materia de libre competencia, implementado por una universidad. • Identificación, evaluación, mitigación y revisión de riesgos de incumplimiento a la normativa por una consultora (persona jurídica). • Designación de un Oficial de Cumplimiento que facilite el cumplimiento a la normativa.
Gas licuado de petróleo (GLP) vehicular[74], en la ciudad de Chimbote	Práctica colusoria horizontal	Fijación concertada del precio de venta del GLP vehicular, entre junio de 2012 y febrero de 2014.	• Capacitación sobre la normativa en materia de libre competencia, a cargo de la Secretaría Técnica. • Designación de un Oficial de Cumplimiento. • Deber de información previa sobre las reuniones de la asociación de la que forman parte las empresas sancionadas.
Balones de gas a nivel nacional[75]	Práctica colusoria horizontal	Fijación concertada de precio del balón de gas de 10, 15 y 45 Kg., entre los años 2008 a 2011	• Capacitación anual sobre la normativa en materia de libre competencia, implementado por una universidad. • Identificación, evaluación, mitigación y revisión de riesgos de incumplimiento a la normativa por una consultora (persona jurídica). • Designación de un Oficial de Cumplimiento que facilite el cumplimiento a la normativa.
Gas licuado de petróleo (GLP) vehicular[76], en la ciudad de Chiclayo	Práctica colusoria horizontal	Fijación concertada del precio de venta del GLP vehicular, entre diciembre de 2009 y noviembre de 2014	• Capacitación sobre la normativa en materia de libre competencia, a cargo de la Secretaría Técnica. • Designación de un Oficial de Cumplimiento.

72 Ver: Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI del 12 de octubre de 2016 y Resolución 0738-2017/SDC-INDECOPI.
73 Ver: Resolución 010-2017/CLC-INDECOPI del 22 de marzo de 2017 y Resolución 0190-2018/SDC-INDECOPI del 4 de septiembre de 2018.
74 Ver: Resolución 099-2017/CLC-INDECOPI del 7 de diciembre de 2017 (En apelación).
75 Ver: Resolución 100-2017/CLC-INDECOPI del 18 de diciembre de 2017.
76 Ver: Resolución 101-2017/CLC-INDECOPI del 18 de diciembre de 2017 (En apelación).

Mercado supervisado	Tipo de infracción	¿En qué consistió la infracción?	Resumen del contenido mínimo del Programa para cada empresa infractora
Combustibles líquidos, en Chimbote[77]	Práctica colusoria horizontal	Fijación concertada del precio de venta del diésel y gasoholes, entre mayo de 2012 y octubre de 2014	• Capacitación sobre la normativa en materia de libre competencia, a cargo de la Secretaría Técnica. • Designación de un Oficial de Cumplimiento. • Deber de información previa sobre las reuniones de la asociación de la que forman parte las empresas sancionadas.
Gas Natural Vehicular (GNV) en Lima Metropolitana y Callao[78]	Práctica colusoria horizontal	Fijación concertada del precio de venta del GNV, entre julio de 2011 y mayo de 2015	• Capacitación anual sobre la normativa en materia de libre competencia, implementado por una universidad. • Establecimiento de un programa de detección, neutralización y reporte de riesgos de incumplimiento de dicha normativa, que incluye la designación de un Oficial de Cumplimiento independiente.

Fuente: Comisión de Defensa de la Libre Competencia
Elaboración propia

Como se puede observar, los elementos comunes en las medidas dictadas son: (i) capacitar a los trabajadores de las empresas infractoras, sobre las normas en materia de libre competencia; (ii) identificar, evaluar, mitigar y evaluar los riesgos de incumplimiento a la normativa; y, (iii) designar a un especialista u oficial de cumplimiento a fin de facilitar el cumplimiento de la normativa.

Por último, en el 2018, la Comisión sancionó a seis empresas navieras por haberse repartido, entre el 2001 y 2012, clientes (fabricantes o importadores de automóviles y camiones) para el transporte marítimo de vehículos de diversas marcas[79].

En este caso, la Comisión no ordenó la implementación de un Programa de Cumplimiento. Sin embargo, al identificar que los agentes económicos sancionados contaban con Programas de Cumplimiento implementados en el extranjero, dispuso que estos realicen acciones complementarias a fin de comunicar a sus trabajadores acerca de la importancia de cumplir con las normas de la libre competencia y detectar y contrarrestar riesgos de incumplimiento de tales normas.

77 Ver: Resolución 049-2018/CLC-INDECOPI del 3 de setiembre de 2018 (En apelación).
78 Ver: Resolución 104-2018/CLC-INDECOPI del 31 de diciembre de 2018 (En apelación).
79 Ver: Resolución 030-2018/CLC-INDECOPI del 14 de mayo de 2018 (En apelación).

11. CONSIDERACIONES PARA EL DICTADO DE MEDIDAS CORRECTIVAS DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO POR PARTE DE LA COMISIÓN

El objetivo principal de la presente guía es establecer los requisitos mínimos y elementos que forman parte de los Programas de Cumplimiento, a fin de incentivar a los agentes económicos a que los implementen de manera voluntaria.

Sin perjuicio de lo anterior, en el marco de sus funciones, la Comisión puede ordenar como medida correctiva (regla de conducta obligatoria) la implementación de un Programa de Cumplimiento.

Para ello, deberá evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida. De esa manera, deberá fundamentar la medida correctiva en relación con las características de la gravedad de la infracción[80] y del tamaño del agente económico que cometió el ilícito, conforme al Cuadro 1 de la presente guía.

Adicionalmente, para el ejercicio de esa potestad, se deberán considerar los siguientes lineamientos:

- ***Primer escenario:*** *Si los agentes económicos contaban con un Programa de Cumplimiento durante la comisión de la infracción.*

  A efectos de determinar la pertinencia del Programa de Cumplimiento, la Comisión, antes o en su pronunciamiento final, requerirá al agente económico lo siguiente:

  (i) Explicar y sustentar las causas por las cuales el Programa de Cumplimiento implementado falló.

  (ii) Contrastar y fundamentar el contenido de su Programa de Cumplimiento implementado, con los requisitos esenciales y elementos desarrollados en las secciones 5 y 6 de la presente guía.

  En atención a la información obtenida, la Comisión puede ordenar al agente económico adaptar su Programa de Cumplimiento a la presente guía.

  La orden de adecuación debe incluir necesariamente medidas que mitiguen los errores u oportunidades de mejora de la versión anterior. La finalidad de esa exigencia es minimizar riesgos y evitar la ocurrencia de nuevas infracciones.

  Por ejemplo, si la infracción fue cometida por un colaborador que no contaba con un entrenamiento adecuado, se debería de replantear el público objetivo, la periodicidad, modalidad y/o contenido de las capacitaciones, así como la efectividad de sus evaluaciones.

- ***Segundo escenario:*** *Si los agentes económicos implementan un Programa de Cumplimiento durante la investigación de la Secretaría Técnica de la Comisión.*

  A efectos de determinar la pertinencia del Programa de Cumplimiento, la Comisión, antes o en su pronunciamiento final, requerirá al agente económico contrastar y fundamentar el contenido de su Programa de Cumplimiento implementado, con los requisitos esenciales y elementos desarrollados en las secciones 5 y 6 de la presente guía.

  En caso la Comisión considere que el Programa de Cumplimiento presentado es suficiente, no dictará como medida correctiva contar con uno nuevo, en tanto este ya se encuentra implementado. Por el

80 Conforme a los criterios previstos en el artículo 47 del TUO de la Ley de Competencia.

contrario, si determina que este es insuficiente, emitirá como medida correctiva la orden de implementar un Programa de Cumplimiento acorde con los requisitos esenciales y elementos de la presente guía.

Es necesario señalar que este escenario (implementar un Programa de Cumplimiento durante la investigación) se ha producido anteriormente, en una de las investigaciones seguidas por la Secretaría Técnica.

Caso navieras

En el 2018, la Comisión sancionó a seis empresas navieras transnacionales[81] por haberse repartido clientes (fabricantes o importadores de automóviles y camiones) para el transporte marítimo de vehículos de diversas marcas, entre el 2001 y 2012.

Las empresas infractoras, ***a la fecha del pronunciamiento, ya habían implementado programas de cumplimiento en el extranjero****. Adicionalmente, se identificó que existían dificultades para que la Secretaría Técnica y la Comisión administren un programa de cumplimiento en relación con empresas que no tienen sede nacional.*

Debido a ello, se dictó como medida correctiva acreditar en un plazo no mayor de 30 días hábiles (de consentida o confirmada la resolución), el desarrollo de programas de cumplimiento o acciones concretas para informar a sus funcionarios acerca de la importancia de cumplir con las normas de libre competencia y para detectar y contrarrestar riesgos de incumplimiento de tales normas. En caso las empresas no hubiesen acreditado dentro del plazo, la Comisión podría haber impuesto los términos del Programa de Cumplimiento.

Fuente: Comisión de Defensa de la Libre Competencia, 2018, Resolución N° 030-2018/CLC-INDECOPI del 14 de mayo de 2018 (En apelación).

- ***Tercer escenario:*** *Si los agentes económicos infractores no contaban con un Programa de Cumplimiento al momento de incurrir en la infracción o no implementaron uno durante la investigación de la Secretaría Técnica*

  En ese supuesto, la Comisión ordenará la implementación de un Programa de Cumplimiento por parte de los agentes económicos infractores en los términos previstos en la presente guía.

Finalmente, como parte del Programa de Cumplimiento, la Comisión debe exigir a los agentes económicos infractores que estos cuenten con mecanismos de notificación a la Secretaría Técnica, en caso que se produzcan incumplimientos a la normativa de libre competencia.

La notificación se deberá realizar en el menor plazo posible y deberá incluir el reporte de las acciones implementadas o por implementarse en atención al referido incumplimiento. Dependiendo de las acciones tomadas por la organización ante la ocurrencia de la infracción como la presentación de una solicitud de exoneración de sanción oportuna (Clemencia tipo A), la Secretaría Técnica evaluará la remoción y reemplazo del Oficial de Cumplimiento.

81 Ver nota al pie 75.

12. RESUMEN PARA UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO

Los lineamientos de la presente guía no son de obligatorio cumplimiento, por lo que no es mandatorio que los agentes económicos cuenten con un Programa de Cumplimiento**,** pero sí altamente recomendable, para acceder a sus beneficios (ver secciones 3 y 9.3).

Uno de los beneficios más resaltantes de los Programas de Cumplimientos es su potencial para la prevención de la comisión de infracciones a las normas de libre competencia. Sin embargo, aun cuando las infracciones se produzcan, la implementación del Programa de Cumplimiento permitirá que el agente económico pueda colaborar con la Secretaría Técnica en sus investigaciones, con los beneficios que ello conlleva.

Asimismo, tal como se encuentra previsto en la sección 9.3 de la presente guía, la Comisión podrá considerar a la implementación de un Programa de Cumplimiento efectivo, como factor atenuante para la imposición de las sanciones, en caso adopte ese criterio.

Un Programa de Cumplimiento efectivo, independientemente del tamaño de la organización que lo implemente, debe cumplir con los siguientes requisitos esenciales (ver sección 5): (i) Compromiso real de cumplir, (ii) identificación de riesgos (tanto actuales como potenciales), (iii) procedimientos y protocolos internos, (iv) capacitaciones para los trabajadores, (v) actualización constante del programa y acciones ante un incumplimiento, y (vi) procedimientos para consultas y denuncias. Las organizaciones pueden considerar el listado de buenas prácticas expuesto en la sección 8, en tanto estas permitirán optimizar la eficacia de los programas implementados.

Los agentes económicos también deberán tomar en consideración los siguientes elementos del Programa de Cumplimiento, los cuales facilitan el cumplimiento de los requisitos esenciales: (i) Manual de libre competencia, (ii) Oficial o Comité de cumplimiento, (iii) monitoreo y auditorías, (iv) incentivos para los trabajadores, y (v) medidas disciplinarias.

Al respecto, se espera que las grandes y medianas empresas (ver Cuadro 1) cumplan con la implementación de todos los elementos del Programa de Cumplimiento, mientras que el resto de organizaciones, de menor envergadura, deberían implementarlos de acuerdo a las características propias de su organización.

Finalmente, la Comisión promueve que el Programa de Cumplimiento en materia de libre competencia sea incorporado en uno de mayor envergadura que aborde de manera simultánea la gestión de riesgos de incumplimientos de normas de diversas materias (por ejemplo, lavado de activos, corrupción de funcionarios, tributario, medio ambiente, laboral, libre competencia, entre otros).

13. CÓMO CONTACTAR A LA COMISIÓN

Para consultas sobre el alcance de la presente guía, cualquier persona podrá contactarse con la Secretaría Técnica, en el horario de lunes a viernes, de 8:30 a.m. a 5:30 p.m., a través de los siguientes medios:

Teléfono: (511) 2247800, anexo 3101
Correo electrónico: st-clc@indecopi.gob.pe
Dirección: Calle de la Prosa 104, San Borja, Lima 41

Anexos

ANEXO A: Ejemplo de identificación de riesgos

14. BIBLIOGRAFÍA

- ALMUNIA, Joaquín, "*Compliance and Competition Policy. Discurso presentado en "Businesseurope & US Chamber of Commerce. Competition conference*", 2010.
  Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-586_en.htm?locale=en

- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE COMPLIANCE, "Libro blanco sobre la función de Compliance", 2017.
  Disponible en: https://www.asociacioncompliance.com/wp-content/uploads/2017/08/Libro-Blanco-Compliance-ASCOM.pdf

- ASOCIACIÓN DE SEGUROS Y GESTORES DE RIESGO EN INDUSTRIA Y COMERCIO, "*A structured approach to Enterprise Risk Management (ERM) and the requeriments of ISO 31000*", 2010. Disponible en: https://www.theirm.org/media/886062/ISO3100_doc.pdf

- AUTORIDAD DE LA COMPETENCIA (AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE) – FRANCIA, "*Framework-Document of 10 February 2012 on Antitrust Compliance Programmes", 2012*. Disponible en: http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/framework_document_compliance_10february2012.pdf

- Banco Mundial, "*"Promoting tax compliance in Kosovo with Behavioral insights", 2019*. Disponible en: http://documents.worldbank.org/curated/en/747661551725011887/pdf/135032-WP-PUBLIC-Kosovo-Tax-Compliance.pdf

- BUSINESSEUROPE, "*Business Compliance with competition rules"*, 2011. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/businesseurope_compliance_en.pdf

- CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO, "*Strengthening private sector capacities for competition compliance"*, 2016. Disponible en: https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd39_en.pdf

- COMISIÓN BÚLGARA DE LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA. CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO, "*Guidelines for implementing competition advocacy"*,
  Disponible en: https://unctad.org/meetings/en/Contribution/ccpb_SCF_AdvocacyGuidelines_en.pdf

- CÁMARA INTERNACIONAL DE COMERCIO, "*The ICC Antitrust Compliance Toolkit", 2013*. Disponible en: https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2013/04/ICC-Antitrust-Compliance-Toolkit-ENGLISH.pdf

- CÁMARA INTERNACIONAL DE COMERCIO, "*Promoting Antitrust Compliance: The Various Approaches of National Antitrust Authorities*". Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/icc_comparative_study_en.pdf

- CÁMARA INTERNACIONAL DE COMERCIO, "*Compliance as an antitrust law enforcement tool*". Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/icc_compliance_general_en.pdf

- COMISIÓN EUROPEA, "*Compliance matters. What companies can do better to respect EU competition rules*", 2012. Disponible en: https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/78f46c48-e03e-4c36-bbbe-aa08c2514d7a/language-en

- Competition Bureau Canada (Agencia de Competencia de Canadá), "Corporate Compliance Programs", 2015. Disponible en: https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03927.html

- CONSEJO ADMINISTRATIVO DE DEFENSA ECONÓMICA – BRASIL, "*Guidelines Competititon Compliance Programs. Guidelines on the structuring and benefits of adopting competition compliance programs*". *Disponible en:* http://en.cade.gov.br/topics/publications/guidelines/compliance-guidelines-final-version.pdf/view

- DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA, "*Evaluation of Corporate Compliance Programs*", *abril de* 2019. Disponible en: https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download

- Departamento de Justicia – División de Libre Competencia de los Estados Unidos. *"Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigation"*, julio 2019. Disponible en: https://www.justice.gov/atr/page/file/1182001/download

- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA – CHILE, "*Programas de cumplimiento de la normativa de libre competencia*", 2012. Disponible en: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Programas-de-Cumplimiento.pdf

- INSTITUTO NACIONAL DE CALIDAD (INACAL), Norma Técnica Peruana NTP ISO 19600-2017. Sistemas de gestión de cumplimiento. Directrices, 2017.

- INSTITUTO NACIONAL DE CALIDAD (INACAL), Norma Técnica Peruana NTP ISO 31000-2018. Gestión del riesgo. Directrices, 2018.

- MC ADAMS, Richard H. y Thomas S. ULEN. "Behavioral criminal law and economics". En: "John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper N. 440-2008".

- MESA REDONDA DE JEFES OFICIALES (CHIEF OFFICERS ROUND TABLE), "*Annex 2 – CLO Compliance "Blue Print" and covering letter"*, 2010. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/clo_blue_print_en.pdf

- MURPHY, Diana E., "*The Federal Sentencing Guidelines for Organizations: A Decade of Promoting Compliance and Ethics*", 2002, Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=358741

- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE), OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODOC), GRUPO DEL BANCO MUNDIAL, "Ética Anticorrupción y Elementos de Cumplimiento. Manual para Empresas", 2013. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2014/Etica-Anticorrupcion-Elementos-Cumplimiento.pdf

- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE), "*Competition Law Compliance. Antitrust Compliance and Corporate Governance*". Ponencia presentada en Moscú, el 26 de enero de 2017. Disponible en: https://www.oecd.org/corporate/ca/Competition-Compliance-English.pdf

- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE), "*Policy Roundtables. Promoting Compliance with Competition Law*", 2011. Disponible en: http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf

- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE), *"Promoting compliance with competition law: Do compliance and ethics programs have a role to play?"*, 2011. Disponible en: http://www.oecd.org/regreform/sectors/48849071.pdf

- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE), *""Behavioural insights and public policy. Lessons from around the world"*, 2017. Disponible en: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/behavioural-insights-and-public-policy_9789264270480-en#page125

- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE), *""Behavioural insights. Reducing water consumption"*, 2017. Disponible en: http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/BI%20cards%20II%20to%20IV.pdfpolicy_9789264270480-en#page125

- RED INTERNACIONAL DE COMPETENCIA, "*Anti-Cartel Enforcement Manual*", 2012. Disponible en: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/CWG_ACEMAwarenessOutreachCompliance.pdf

- RED INTERNACIONAL DE COMPETENCIA, "*Report on the Agency Effectiveness Project. Second Phase – Effectiveness of Decisions*", 2009. Disponible en: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/AEWG_AEReportDecisions22009.pdf

- RED INTERNACIONAL DE COMPETENCIA, "*Ethics Rules in Competition Agencies. ICN Agency Practice Manual*", 2016. Disponible en: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/AEWG_APMEthics.pdf

- RED INTERNACIONAL DE COMPETENCIA, "*Competition Agency Practice Manual. Chapter 2: Effective Project Delivery*", 2012. Disponible en: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/AEWG_APMProjectDelivery.pdf

- STEPHAN, Andreas, "*Hear no evil, see no evil: Why Antitrust Compliance Programmes may be Ineffective at Preventing Cartels*", 2009. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1432340

- WILS, Wouter P.J., "Is criminalization of EU competition law the answer?" En: World Competition: Law and Economics Review. Volumen 28, No 2. 2005.

- ZIGELSKI, Sabine (Senior Competition Expert OECD Competition Division), *"Competition Law Compliance. Antitrust Compliance and Corporate Governance"*, 2017. Disponible en: https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ru/Documents/finance/sabine-zigelski-oecd-competition-compliance-26-january-en.pdf

ANEXO A

Ejemplo de identificación de riesgos

Actividad/ Riesgo	Riesgos inherentes			Controles actuales					Riesgo residual			Análisis y hallazgos	Acciones post evaluación
	Impacto (1-4)	Probabilidad (1-4) basado en la evaluación preliminar	Riesgo bruto	Control 1: Acción de alta dirección	Control 2: Capacitación	Control 3: Guías, orientación	Control 4: Asesoría legal	Control 5: Procesos en cascada	Impacto (1-4)	Probabilidad (1-4)basado en la evaluación preliminar	Riesgo neto		
Actividades prohibidas de manera expresa en el Código de Conducta													
Participación en cárteles	4	4	16						4	4	16		
Intercambio indebido de información sensible	3	4	12						3	1	3		
Otras actividades que implican riesgos anticompetitivos													
Abuso de posición de dominio	3	3	9						3	3	9		

Fuente: International Chamber of Commerce-ICC
Elaboración propia






Indecopi
El Perú Primero
Indecopi
Radio Indecopi
www.indecopi.gob.pe/radio
www.indecopi.gob.pe