

Entrevista: La función de los programas de cumplimiento en contra de las prácticas anticompetitivas*

— Dr. Jesús Espinoza** —

* Las preguntas realizadas en la presente entrevista fueron elaboradas por Jesús Eduardo Castañeda Velásquez, estudiante de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. La transcripción de la entrevista ha sido realizada por Ingrid Huaroc Huallanca, Andrea Sotelo Molero y Camila Medina Aquize, miembros de la Comisión de Publicaciones del Equipo de Derecho Mercantil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Finalmente, la edición de la entrevista fue realizada por Andrea Sotelo Molero, miembro de la Comisión de Publicaciones del Equipo de Derecho Mercantil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

** Director de Libre Competencia del Indecopi. Máster en Derecho, Economía y Políticas Públicas. Docente en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.



En la presente entrevista, el Dr. Jesús Espinoza conversó con el Equipo de Derecho Mercantil acerca de los Programas de Cumplimiento en materia de libre competencia.

En ese sentido, el autor brinda una breve definición de los Programas de Cumplimiento en libre competencia y cómo estos se diferencian de otros programas de cumplimiento. Asimismo, expondrá la importancia de la implementación de estos programas en las empresas y el rol fundamental que tiene el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi) para la promoción de los mismos. Finalmente, expone las expectativas y principales desafíos en el desarrollo de los Programas de Cumplimiento en libre competencia.

1. ¿Qué es un Programa de Cumplimiento? ¿Qué diferencia un Programa de Cumplimiento ordinario de un Programa de Cumplimiento en libre competencia?

Un Programa de Cumplimiento es un mecanismo de autorregulación que tiene como finalidad que las organizaciones cumplan con sus obligaciones legales y voluntariamente asumidas, vale decir, con aquellos parámetros o códigos de conducta con los cuales se pueden haber comprometido. Por tanto, se busca que la integridad y el manejo ético de la empresa sean parte de la cultura de la organización y que estos valores se trasladen hacia los trabajadores que la conforman.

Ahora bien, con respecto a la diferencia entre un Programa de Cumplimiento ordinario y un Programa de Cumplimiento en libre competencia; en primer lugar, se tiene que tener presente que un Programa de Cumplimiento –indiferentemente del sector al que la organización haya prestado interés en asegurar el cumplimiento de las normas– tiene que engarzarse dentro de un sistema de gestión del cumplimiento normativo.

En ese sentido, los programas de cumplimiento no pueden ser gestionados de forma aislada; las empresas, por el contrario, deben considerarlos como parte de un todo. Entonces, en aquellas materias o sectores donde una empresa ha mirado con especial interés gestionar el cumplimiento de una norma porque podría, eventualmente, poner en riesgo a la propia organización; los programas de cumplimiento tienen que manejarse como un sistema de gestión en conjunto. Entonces, si bien es cierto que todo Programa de Cumplimiento en función a su temática puede presentar algunas

particularidades o singularidades como, por ejemplo, la diferencia en la identificación de riesgos de incumplimiento de las normas de libre competencia con la forma en la cual se identifican los riesgos en otro tipo de actividades, lo cierto es que se debe tratar que el sistema sea coherente en su todo.

2. Resumiendo lo mencionado, el Programa de Cumplimiento se trataría de un programa o sistema en conjunto que representa el cumplimiento de diversas obligaciones de tipo legal de diversas temáticas y a su vez la idea sería poder entenderlo como una suerte de sistema o conjunto: ¿es eso correcto?

Sí, es correcto. De hecho, se podrá observar en el mercado que existen empresas que tienen Programas de Cumplimiento en Libre Competencia, pero también tienen Programas de Cumplimiento en temas de anticorrupción, temas tributarios, temas de acoso laboral o lavado de activos. Por tanto, es difícil que exista un esfuerzo singular de una compañía que señale que implementará, por ejemplo, un programa de *compliance* en libre competencia únicamente.

Lo que suele ocurrir es que se tiene un interés en general de que la empresa cumpla con las leyes y normativas. Este interés suele conducir a programas de cumplimiento en material penal, pues, hoy en día, el derecho penal es donde ha cobrado mayor relevancia el cumplimiento normativo por los temas de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y, en general, los temas de cohecho internacional que preocupan a las organizaciones. Luego, las empresas se preocupan por otros tipos de infracciones en las que puedan incurrir: laborales, tributarias o, eventualmente, libre competencia.

Por tanto, los esfuerzos de las compañías por involucrarse en los temas de cumplimiento normativo no suelen ser singulares, sino suelen ser parte de un paquete normativo y la idea es gestionar el sistema de manera coherente, porque de esa manera se pueden reducir costos o se pueden lograr sinergias. Por ejemplo, es muy difícil que exista un oficial de cumplimiento exclusivamente para temas de libre competencia. Los oficiales de cumplimiento se desempeñan en todas las materias porque quieren gestionar el sistema de cumplimiento normativo de la organización en su conjunto.

Asimismo, va a haber algunas diferencias entre un Programa de Cumplimiento ordinario con res-

pecto al Programa de Cumplimiento de prácticas anticompetitivas; por ejemplo, en la identificación del riesgo u otro tipo de aspectos que mencionaré a continuación. Una singularidad en materia de libre competencia es que las infracciones suelen ser cometidas por las cabezas de la organización, a diferencia de otras infracciones o delitos que pueden ser cometidas por diversos funcionarios o empleados de la organización.

En consecuencia, el hecho de que las conductas anticompetitivas sean cometidas por quienes lideran la organización añade una singularidad que lo diferencia de otros programas de cumplimiento. Por ello, va a haber algunos casos donde se necesite un rol más protagónico del directorio, de los directores independientes o de la matriz. De igual modo, si una empresa decide administrar una línea ética al interior de la administración de su empresa, debe tener cuidado con el involucramiento del gerente general en los reportes de posibles incumplimientos o en la investigación consecuente.

Sin embargo, más allá de las diferencias entre las regulaciones cuyo incumplimiento se quiere prevenir quiero volver a la coherencia del programa, porque sin engranaje, no va a funcionar. Existen muchas cosas que son comunes a todo programa de cumplimiento y que el programa de libre competencia también lo tiene. Hay algunas singularidades, colores y matices que sí son propios de los programas de libre competencia, pero antes de las diferencias existen los rasgos comunes.

3. ¿Por qué es importante para un agente del mercado (empresa) implementar un Programa de Cumplimiento en contra de prácticas anticompetitivas?

El principal factor relevante y motivacional para que una empresa quiera implementar un Programa de Cumplimiento —considero— es el simple deseo de hacer las cosas bien, de querer tener un comportamiento ético, de realizar sus negocios de manera ética e implementar, entonces, un gobierno ético de la organización. No obstante, más allá de lo mencionado, existen otros factores como, por ejemplo, el efecto reputacional: incurrir en conductas anticompetitivas afecta la reputación de la compañía frente al público en general, tus stakeholders y tus consumidores. Cuando una empresa incurre en este tipo de conductas, muchas veces termina afectando a sus usuarios o a sus consumidores.

Por ejemplo, en una licitación, el afectado es el Estado vía el pago de sobrepagos como conse-

cuencia de la falta de competencia en la licitación. Los postores en lugar de competir por ganar el concurso público mediante una puja competitiva se coluden sobrevalorando la oferta ganadora. En otros casos, los afectados pueden ser otras empresas que son clientes de insumos u otro tipo de bienes y servicios necesarios para su proceso productivo. Finalmente, en otros casos, los afectados podrían ser consumidores finales, como nosotros, que adquirimos bienes o servicios para nuestro disfrute personal o de nuestro entorno.

Las empresas siempre repiten el famoso lema que se deben a sus clientes y/o usuarios y que estos son su razón de ser, pero si una empresa atenta contra sus propios clientes en lugar de competir y, con ello, impedir que sus clientes puedan acceder a mejores precios y a productos de mejor calidad e innovadores, no cabe duda de que no se está siendo leal con sus clientes.

Qué escenario más complejo para una organización que, en lugar de deberse a sus clientes y ofrecerles mejores productos y mejores condiciones, más bien, atente contra ellos y les impongan condiciones que no se habrían establecido en el mercado de no existir un acuerdo anticompetitivo. Además, no cabe duda que, por la gravedad de las conductas, esto genera la atención de los medios de comunicación, de la academia, y los propios usuarios generando, un efecto reputacional sobre las compañías. Por tanto, dicho efecto debería ser un factor motivacional o una razón para que las empresas implementen programas de cumplimiento y así reduzcan el riesgo de incumplimiento que acarrea estar involucrado en conductas anticompetitivas.

Por otro lado, el ordenamiento reacciona de una manera severa frente a quienes incurren en conductas anticompetitivas; por ejemplo, impone multas —las cuales pueden llegar a ser hasta el 12% de los ingresos del grupo económico y en el caso de los ejecutivos pueden llegar a ser hasta 495,000 soles hoy en día— e impone penas de cárcel. Recordemos que desde el 2020, el Congreso ha criminalizado las conductas anticompetitivas. Si una organización ha incurrido en una licitación colusoria, además, es inhabilitada para contratar con el Estado por el plazo de un año. Por último, los afectados o consumidores podrían demandar por los daños y perjuicios ocasionados.

Cuando se tiene un Programa de Cumplimiento, se reducen los riesgos de incumplir estas normas y de asumir las consecuencias, las cuales, además,



podrían atentar contra la sostenibilidad del negocio, ya que podrían poner en aprietos financieros a la compañía como consecuencia de las medidas que van a tener que asumir por haber incurrido en una conducta anticompetitiva.

Por último, tener un Programa de Cumplimiento ayuda a detectar conductas anticompetitivas que la propia organización podría haber incurrido y, con ello, le permitiría hacer uso de los mecanismos de cooperación o colaboración que la ley contempla—como el Programa de Clemencia— y ser el primero eventualmente en acudir a la autoridad, confesar haber incurrido en una conducta anticompetitiva y aportar pruebas que ayuden a acreditar la existencia de la conducta y sus perjuicios.

Resumiendo, entonces, los principales factores que responden a la pregunta del por qué sería importante para una empresa implementar el Programa de Cumplimiento serían los siguientes: 1. El deseo de querer hacer las cosas bien mediante un gobierno ético de la organización. 2. El aspecto reputacional. 3 Reducir los riesgos de incumplimiento de la normativa de libre competencia y reducir los riesgos de asumir las consecuencias que ello implica (sanciones a empresas y altos cargos ejecutivos, penas de cárcel, inhabilitación para contratar con el Estado). 4. La detección oportuna de eventuales conductas anticompetitivas al interior de la organización, lo que te brinda la oportunidad para poder acogerse a los mecanismos de cooperación o colaboración que la ley de libre competencia contempla.

4. ¿Cuáles son los elementos más importantes de un Programa de Cumplimiento en materia de conductas anticompetitivas?

Son varios los elementos por mencionar y se vuelve un poco difícil categorizar y nombrar cuál de todos sería el más relevante. Sin perjuicio de ello, en el mundo del *compliance* siempre se empieza diciendo que lo más relevante para que un programa de *compliance* funcione —y concuerdo con ello— es el compromiso real de la alta dirección de querer cumplir con la norma: si no hay un compromiso de la alta dirección de querer cumplir con la normativa de la libre competencia o de cualquier otro tipo, un Programa de Cumplimiento simplemente no va a funcionar.

Otro elemento muy importante a mencionar es el de la identificación de riesgos, pues considero que este es un tema crucial para que un Programa de Cumplimiento funcione.

Identificar riesgos permite precisamente advertir la relevancia de que los programas de cumplimiento son un trabajo multidisciplinario, pues identificar riesgos requiere el concurso de abogados, economistas, ingenieros industriales, etc; no es, por tanto, un tema exclusivo o netamente legal. Por ejemplo, la economía señala qué mercados son más propensos a la concertación o la colusión, por factores como la concentración del mercado, la inelasticidad de la demanda, altas barreras de entrada, la inexistencia de sustitutos para los consumidores, la existencia de gremios, etc.

Si cuando hablamos de riesgos, nos referimos a la probabilidad de ocurrencia de un determinado evento, la economía entonces permite identificar qué mercados son más propensos a la formación de conductas anticompetitivas. Otro factor de riesgo es la posición de dominio que una empresa pueda tener en el mercado. Existe un tipo infractor exclusivamente dispuesto en la ley para actos realizados para este tipo de empresas. Todos estos factores tienen que ser tomados en cuenta, pues son cruciales para la identificación de los riesgos que enfrentan las empresas.

En este proceso, primero se analizan los riesgos para que luego puedan ser clasificados. Los encargados del diseño del programa tienen que hacer una matriz de riesgos para clasificarlos en función del impacto que puedan causar en la organización y su probabilidad de ocurrencia, a fin de establecer prioridades. Los programas de cumplimiento pueden reducir sustancialmente los riesgos de una empresa si establecemos controles más estrictos para aquellos que podrían generar un mayor impacto a la empresa.

Para cerrar la respuesta a esta pregunta, si bien todos los elementos son relevantes, quiero destacar nuevamente la relevancia del compromiso real de cumplir y la identificación de riesgos. Ello puede marcar la diferencia entre un programa de *compliance* cosmético o de fachada y un programa efectivo para gestionar los riesgos de incumplimiento.

5. En atención a esto, ¿cuál es el rol de la alta dirección de una empresa?, ¿el compromiso que asumen puede resultar determinante para el éxito o fracaso para el Programa de Cumplimiento en materia de libre competencia?, ¿por qué?

Es determinante que los ejecutivos ejerzan un liderazgo ético. Nos encontramos en una sociedad muy caudillista en la que los líderes suelen mol-

dear la cultura organizacional. Entonces, si un líder incurre en una conducta anticompetitiva o ilegal, seguro eso va a ser replicado por otros niveles inferiores de la organización. El líder tiene que predicar con el ejemplo. Por el contrario, si desde la cabeza se incumple con la ley, podría ocurrir que toda la estructura empiece a hacer lo mismo en sus microzonas, áreas o al interior del país: los empleados habrán asumido e interiorizado que el cumplimiento de la Ley puede ser obviado cuando ello impida el logro de determinadas metas comerciales.

El involucramiento de la alta dirección en el éxito de un programa de cumplimiento es crucial. En la mayoría de los casos vistos en Indecopi en los últimos años, cuando hay una conducta anticompetitiva, es altamente probable que esté implicado el gerente general o quienes deciden los precios en la compañía, que suelen ser las cabezas, ya que estas son decisiones que impactan sobre el nivel de rentabilidad. En ese sentido, es importante que las cabezas estén comprometidas con una cultura ética y no con actos ilegales. Desde un punto formal, ese interés de la alta dirección por los programas de cumplimiento se manifiesta de diversas formas, tal como dotar de presupuesto necesario a las áreas de cumplimiento, participar en las capacitaciones, aprobar las políticas, etc. Son manifestaciones que dan cuenta que la alta dirección está comprometida con un Programa de Cumplimiento. Sin embargo, la mejor forma de verificar el compromiso de la alta dirección con el cumplimiento es en el día a día, en el momento en el cual se tienen que tomar decisiones de negocio complejas, como, por ejemplo, cuando los costos se incrementan y hay que decidir si ese incremento se traslada a los precios o cuando se tiene que alcanzar una meta de utilidades; en esos momentos, se verá si la empresa está comprometida con el cumplimiento normativo o un comportamiento ilegal.

En ese sentido, es necesario recordar que las empresas no deben coordinar sus políticas de precios o comerciales con la competencia para evitar la formación de conductas anticompetitivas, ni tampoco deben informarse entre ellas sobre los movimientos de precio que realizarán en el futuro.

6. ¿Indecopi ejerce un rol de cumplimiento en contra de prácticas anticompetitivas que adoptan las empresas?

El rol del Indecopi en materia de cumplimiento depende de la situación de la empresa. Su primer

rol es de promoción para que las empresas adopten Programas de Cumplimiento voluntariamente y se autorregulen. El segundo rol se manifiesta cuando las empresas incurren en una infracción a las normas de libre competencia, supuesto en el cual para asegurar que la infracción no vuelva a ocurrir, el Indecopi exige programas de *compliance* obligatorios. Esto no solo ocurre en Perú, sino también en Chile, Colombia y Brasil (en casos de compromisos de cese). En esos casos, se han impuesto reglas de conducta vía medidas correctivas para el diseño y ejecución de programas de cumplimiento.

7. A nivel nacional, ¿se conoce cuántas empresas han implementado un Programa de Cumplimiento en materia de libre competencia? En caso de que la respuesta sea afirmativa, ¿se prevé que dicho número se incremente en los próximos años?, ¿por qué?

Es difícil contar con un número exacto, pues Indecopi no tiene un registro de las empresas que cuentan con un Programa de Cumplimiento. Sin embargo, es posible brindar algunas aproximaciones a partir de las dos encuestas realizadas por Indecopi, en conjunto con Ipsos, en los años 2019 y 2021.

Ipsos entrevistó a los ejecutivos de las 3,000 compañías más grandes del país. Dentro de la muestra, se encontraban principalmente ejecutivos de primera línea (gerentes generales, comerciales, entre otros) a quienes se les realizó la siguiente pregunta: ¿tu empresa ha implementado medidas para asegurar el cumplimiento de las normas de libre competencia? En el 2019, el 49% respondió de manera afirmativa, mientras que en el 2021, el porcentaje aumentó a un 60%. Si bien esto no nos brinda una cifra exacta, nos permite concluir que, en la actualidad, existe un mayor número de empresas que poseen medidas para asegurar el cumplimiento de las normas de Libre Competencia.

Hoy en día, existe un mayor interés sobre los programas de cumplimiento no solo a consecuencia de la promoción realizada por el Indecopi o por los programas de *compliance* obligatorio, sino también por todos los profesionales (abogados, economistas, entre otros) inmersos en el mundo de la competencia y el *compliance*, quienes han hecho un gran esfuerzo en promover los programas de cumplimiento: esto resulta en un esfuerzo público-privado que ha logrado el aumento en el porcentaje de empresas que cuentan con programas de cumplimiento.



8. A nivel internacional, ¿qué nos indica la experiencia en legislación de otros países de la región respecto al Programa de Cumplimiento en materia de libre competencia?, ¿existe alguno en particular que podamos tomar con referente?, ¿por qué?

El interés de las agencias de competencia por apostar por los programas de cumplimiento es un común denominador tanto en los países desarrollados como en los países de la región. Actualmente, podemos encontrar guías o manuales de cumplimientos en países como Francia, Reino Unido, Chile, España, entre otros. Por ejemplo, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos (“DOJ”) cuenta con un procedimiento para evaluar la eficacia de los programas de cumplimiento en materia *antitrust* y define cuáles son sus componentes esenciales.

En ese sentido, Estados Unidos siempre será considerado como un país referente en temas de libre competencia y *compliance*. Si bien muchos señalan que las exigencias del Departamento de Justicia de los Estados Unidos pueden ser muy estrictas, esta rigurosidad obedece a la preocupación por parte de las autoridades y expertos de la implementación de “programas fachadas”. En consecuencia, buscan que estos programas de cumplimiento sean diseñados de manera eficaz para así poder reducir el riesgo de incumplimiento de las normas de libre competencia.

En la guía “Programa de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia” aprobada por Indecopi, se evidencian muchas referencias a la experiencia comparada de otros países, a sus lineamientos o guías, que en su momento sirvieron como parámetros para la construcción, diseño e implementación de programas de cumplimiento en sus países de origen.

9. En el Perú, ¿cuáles son las expectativas para el desarrollo de programas de cumplimiento en materia de libre competencia dentro de los próximos años?, ¿cuáles son los principales retos y oportunidades que se pueden avizorar?

La expectativa es que cada vez más empresas apuesten por los programas de cumplimiento: que exista un mayor interés por una cultura de cumplimiento que permita a las empresas reducir el riesgo de exposición a las conductas anticompetitivas. En ese sentido, se busca que las empresas perciban a los

programas no como un gasto, sino como una inversión, pues de esta manera evitan riesgos que de concentrarse generarán secuelas que pueden afectar directamente la viabilidad del negocio.

El primer reto es lograr que los programas de cumplimiento se conviertan en mecanismos eficaces para reducir el riesgo de exposición de incumplimiento a las normas de libre competencia. Ello porque existe la genuina preocupación de que las empresas busquen implementar un programa de cumplimiento de fachada para simplemente decir que tienen programas de este tipo. Puede existir diferentes motivos que lleven a una empresa a implementar un programa: los atenuantes de responsabilidad, la mejora de la imagen frente a consumidores, proveedores o en general el propio mercado. Lo cierto es que cualquier esfuerzo en esta materia debe ser saludado. El segundo reto es lograr que adopten las mejores prácticas contenidas en la “Guía de Programas de Cumplimiento” aprobada por Indecopi, que busca convertirse en un referente técnico en esta materia.

Para lograr tales objetivos, el programa debe tener un enfoque multidisciplinario: si bien los abogados han tomado un rol protagónico en el desarrollo del *compliance*, no es un trabajo exclusivamente legal. No cabe duda la relevancia de la participación de los abogados, pues si hablamos de infracciones es el profesional llamado a identificar qué tipo de conductas están prohibidas y cuál será el impacto de su incumplimiento en la organización. Sin embargo, hay aspectos como la identificación y la gestión de riesgo o la elaboración de matrices donde el trabajo de los economistas e ingenieros cobra mayor relevancia. En consecuencia, un tercer reto a considerar es que debe asegurarse la participación de un equipo multidisciplinario para el diseño e implementación de un Programa de Cumplimiento.

Otro gran reto es que no solo las empresas, sino también las asociaciones de empresas, cuenten con un Programa de Cumplimiento. Esto debido a que las asociaciones pueden ser utilizadas en algunos casos como vehículos para la realización de conductas anticompetitivas. En consecuencia, existe un riesgo implícito en un gremio de juntar a gerentes de empresas competidoras y que la asociación sea utilizada como un canal para la realización de conductas anticompetitivas. Los programas de cumplimiento gremiales pueden minimizar ese riesgo.

Finalmente, los programas de cumplimiento calzan bien para los grandes negocios que lo perci-

ben como una inversión. Sin embargo, su costo es más difícil de ser afrontado por empresas de menor tamaño. En ese sentido, el gran reto para el mundo del *compliance* es tratar de que las medianas y pequeñas empresas implementen estos programas. Para lograr ello, un primer paso es reducir el con-

tenido de los programas de cumplimiento a sus aspectos más esenciales en estos casos. Es mejor tener un programa de cumplimiento acotado y adaptado al tamaño de estas empresas que un programa ideado para grandes organizaciones que no será implementado por su alto costo.