

**Los Programas de *compliance* en libre competencia en  
América Latina  
Herramientas económicas y legales para mejorar su  
efectividad**

*Por Vincent Poirier – Garneau<sup>(\*)</sup>, Andrés Caro Jahncke<sup>(\*\*)</sup> y Federico A. Volujewicz<sup>(\*\*\*)</sup>*

**I. Introducción**

Habitualmente se plantea que el objetivo de cualquier programa de *compliance* es evitar o prevenir la ocurrencia de un riesgo. Siguiendo esta idea —y tal como fue contemplado por Adam Smith hace cerca de 250 años—<sup>1</sup>, puede decirse que el punto de partida para la implementación de un programa de *compliance* podría ser pensar cómo y por qué se presentan los riesgos, y comenzar desde allí a plantear la forma de evitarlos.

Ahora bien, en materia de libre competencia, los riesgos más importantes suelen darse en el día-día, en el devenir del negocio gracias a una combinación de dos simples y conocidos factores, a la falta de conocimiento acerca de la existencia de normas de libre competencia, y a la necesidad de nosotros, los seres humanos —que, a pesar de la gran evolución que tuvimos en los últimos siglos, seguimos con algunas de las características observadas por Adam Smith—, de conversar con quienes tenemos algo en común.

Es que las personas solemos acercarnos a quienes experimentan los mismos problemas o enfrentan las mismas situaciones o desafíos que nosotros; quizás con la intención de generar empatía, con la idea de unirse porque “la unión hace la fuerza” o subidos a la intención de “no lastimarse” para salir más airoso de una determinada situación.

Pero, además de los riesgos asociados a reunirse con competidores y de las “estratagemas para aumentar precios” que advertía Smith, un programa de *compliance* en libre competencia, para ser efectivo, debe ser mucho más que

---

(\*) Socio, Consultoría Económica, en Apoyo Consultoría, Lima, Perú.

(\*\*) Director de Proyectos, Consultoría Económica en Apoyo Consultoría, Lima, Perú.

(\*\*\*) Socio, De Dios & Goyena, Buenos Aires, Argentina.

<sup>1</sup> “Los comerciantes del mismo rubro rara vez se reúnen, incluso para entretenimiento y diversión, pero la conversación termina en una conspiración contra el público, o en alguna estratagema para aumentar los precios” Adam Smith, la Riqueza de las Naciones (1776).

una herramienta para evitar el riesgo que representa el contacto con competidores.

Y, como suele decirse en cada ámbito donde se habla de programas de *compliance* en libre competencia, deben ser un modo de “crear cultura de competencia”, ya que solo así se logrará efectivamente minimizar y gestionar los riesgos a futuro.

Ahora bien, si bien esto es cierto, también es cierto que un programa de *compliance* en libre competencia que se concentre únicamente en evitar el contacto con competidores, el intercambio de información sensible o que apunte únicamente a crear cultura de competencia, seguramente vaya a ocasionar varios dolores de cabeza a las empresas que están más expuestas a riesgos asociados a las normas de libre competencia.

Pero entonces, ¿cuál es la fórmula para lograr un programa de *compliance* antitrust efectivo? Existen diversas alternativas: brindar entrenamientos, crear una cultura de competencia, incentivar a los trabajadores empleados a cumplir con la norma a través de concursos, entregas de premios, comunicaciones institucionales, y el famoso “*tone at the top*”, entre otros.

La respuesta es que todos esos elementos deben confluir para que un programa de *compliance* en libre competencia pueda llamarse como tal. No obstante, aunque estén todos y representados de la mejor manera posible, lo cierto es que la experiencia a nivel internacional ha demostrado que para tener un programa de *compliance* en libre competencia, no basta con cubrir todos estos puntos, sino que debemos sustentarnos en tres pilares: políticas internas, entrenamientos y controles (Banks, 2019).

De hecho, es el último elemento, el de los controles, el que suele dejarse de lado en la práctica. Quizás en algunas jurisdicciones por el bajo nivel de *enforcement*, quizás por el poco miedo a ser “descubiertos”, o quizás por simple ignorancia de las normas en materia de libre competencia. Lo cierto es que no siempre los controles se llevan a cabo, y son éstos la pieza fundamental que, al final del día, permiten gestionar correctamente los riesgos de *compliance* en libre competencia, junto con las políticas internas y los entrenamientos.

Ahora bien, la pregunta es ¿cómo llevo adelante esos controles en mi empresa? En este caso también existen diversas alternativas, como nombrar un oficial de cumplimiento, o quizás un *compliance officer* especializado en libre competencia. Es cierto, pueden surgir éstas y muchas más preguntas, pero lo cierto es que un programa sin controles nunca será suficientemente efectivo, y para eso, es necesario de un andamiaje legal y económico que permita abordar los riesgos de libre competencia de la manera más efectiva posible.

Así, el presente artículo desarrolla algunas técnicas a tener en cuenta desde el punto de vista económico a la hora de diseñar un programa de cumplimiento en materia de libre competencia, comenzando por la realización de estudios económicos, pasando por la realización de monitoreos o *screenings* de precios y/o de políticas de ventas y complementándose con otras prácticas ya conocidas,

como la realización de entrenamientos y la utilización de herramientas para crear la tan mentada cultura de competencia a lo largo de toda la compañía.

## **II. Los programas de cumplimiento y la realización de estudios económicos como herramienta de *compliance* en libre competencia**

De manera general, los programas de cumplimiento pueden tomar la forma de protocolos, políticas y/o procedimientos que las empresas implementan para garantizar que sus operaciones se ajusten a las leyes y regulaciones aplicables. Estos programas son herramientas vitales para promover una cultura de integridad y cumplimiento dentro de una organización.

En particular, los programas de cumplimiento de libre competencia están diseñados específicamente para garantizar que las empresas respeten las leyes antimonopolio o de represión de conductas anticompetitivas. Estas leyes tienen como objetivo principal proteger a los consumidores y promover la competencia, evitando prácticas que puedan resultar en una distorsión a un proceso competitivo justo.

Haciendo un paralelo con otros programas de cumplimiento, como los programas anticorrupción, ambos tienen el propósito de garantizar el comportamiento ético y legal de las empresas. Mientras que los programas anticorrupción se centran en prevenir, detectar y sancionar prácticas corruptas, como sobornos o fraude, los programas de libre competencia se enfocan en prevenir conductas anticompetitivas cuya prohibición puede ser relativa, y no necesariamente absoluta, como es el caso para temas de corrupción. Esta diferencia es fundamental porque, en el caso de prácticas anticompetitivas de abuso de posición de dominio, las conductas que se investigan no son necesariamente ilegales en sí mismas. Para muchas de estas conductas, es necesario evaluar sus efectos para determinar si son sancionables. A este tipo de prohibición se le conoce como prohibición relativa.

La dificultad de enfrentar una ley que contiene prohibiciones relativas está en la incertidumbre que estas generan. Así pues, la implementación de un programa de cumplimiento en libre competencia otorgará la ventaja adicional de brindar mayor claridad a empresas con una presencia relevante en el mercado sobre la legalidad de sus acciones comerciales.

Ahora bien, para cumplir su fin, es fundamental que los programas de cumplimiento de libre competencia se ajusten a los mercados que buscan proteger. Por ejemplo, en mercados susceptibles a la concertación, estos programas pueden concientizar a los trabajadores para evitar comunicaciones ilegales con competidores, mientras que para empresas que cuentan con algún grado de poder de mercado, estos programas pueden encausar la actividad comercial de dichas empresas para evitar que sus estrategias comerciales se conviertan en abusivas.

Además, estos programas pueden variar significativamente en su envergadura. Mientras que, para ciertas empresas, un programa exhaustivo pueda ser

necesario dado el tamaño y naturaleza del negocio, otras empresas podrían requerir estrategias mucho más específicas, que apunten a la relación con distribuidores, acuerdos de exclusividad o políticas de precios y descuentos, por ejemplo.

Un punto de partida común para aquellas empresas con mayor preocupación por la exposición a riesgos en términos de libre competencia es un análisis de dominancia. Si bien parece obvio, un concepto que suele eludir a los agentes económicos sin conocimiento de la normativa de libre competencia es que una misma conducta llevada a cabo por dos empresas distintas puede ser considerada anticompetitiva en un caso y no en el otro; en efecto, el carácter “ilegal” de ciertas conductas depende del grado de dominancia (en términos económicos) del agente que efectúa dicha conducta. Más aún, la misma conducta llevada a cabo por una empresa en distintos momentos también puede llevar a conclusiones distintas sobre su legalidad, en caso haya ganado o perdido una posición dominante en el mercado donde opera.

En esta línea, las autoridades de competencia establecen que una condición necesaria para que algunas prácticas comerciales sean consideradas como anticompetitivas recae en que la empresa que las implementa ostente posición de dominio. Un ejemplo de esto ocurrió en una investigación llevada a cabo por la presunta aplicación de precios predatorios en Argentina, en la cual la autoridad consideró como condición necesaria que Garbarino — la empresa investigada— ostente posición de dominio. Dicho caso se presenta a continuación (ver Cuadro 1).

#### **Cuadro 1. Investigación a Garbarino por la presunta implementación de precios predatorios en Argentina**

En el 2017, Garbarino, que se dedica a la comercialización minorista de artículos para el hogar, electrodomésticos, electrónica e informática, fue denunciada por la Asociación Argentina de Productores Asesores de Seguros ante la CNDC —la autoridad de competencia de Argentina—. Según la denunciante, Garbarino habría incurrido en una práctica de precios predatorios al ofrecer seguros vehiculares a un precio que no podría ser igualado por sus competidores.

Como parte de su investigación, la CNDC evaluó si Garbarino contaba con posición de dominio en el mercado de seguros, al considerarlo como una condición necesaria para que una política de precios sea predatoria. En esta línea, según la autoridad, en mercados con muchos competidores la aplicación de prácticas exclusorias —como los precios predatorios— no llevaría a un debilitamiento suficiente de la competencia.

Al respecto, la autoridad encontró que Garbarino no contaba con posición de dominio dada su baja participación de mercado —que sería menor al 15%—, el alto número de competidores que operan en dicho mercado —que ascendía a 293 empresas— y la intensidad competitiva que se observa en este. Así, la autoridad concluyó que no se cumplía con una de las condiciones necesarias para que una presunta práctica de precios predatorios tuviera un efecto significativo sobre la competencia: la posición de dominio.

Fuente: Resolución 2020-66-APN-SCI#MDP. Elaboración propia.

Así, la realización de un estudio económico que permita analizar con certeza el grado de dominancia y los potenciales riesgos anticompetitivos asociados a la actividad de la empresa, ofrecerá una visión objetiva y detallada de la probabilidad de ocurrencia de un riesgo en materia de libre competencia.

Partiendo de técnicas de análisis como la definición del mercado relevante, cálculo de cuotas de mercado, barreras de entrada, y el comportamiento de competidores y consumidores, estas evaluaciones brindan una comprensión clara de la estructura de mercado.

Además, el análisis de los precedentes de las autoridades de competencia no sólo a nivel local, sino que en muchos casos a nivel regional y/o global, permitirá calibrar el nivel de poder de mercado a partir del cual podría considerarse que el estándar de dominancia ha sido alcanzado. Naturalmente, para una empresa preocupada por el cumplimiento de la normativa de competencia, la opinión y los antecedentes de la autoridad de competencia son sumamente relevantes. En ese sentido, el análisis legal sumado a un estudio económico suelen ser sumamente efectivos a la hora de determinar la probabilidad de que la autoridad encuentre dominante a la empresa y conocer el nivel de riesgo al que la empresa se encuentra expuesta.

Sin embargo, dentro del marco de un programa de cumplimiento, evaluar la existencia de una posición de dominio es solo la primera parte del trabajo. Actuar sobre la información es lo que realmente marcará la diferencia y arrojará los mejores resultados en materia de *compliance* en libre competencia.

La siguiente sección ahonda sobre las medidas específicas que las empresas pueden tomar para mitigar el riesgo de incurrir en prácticas anticompetitivas, o que puedan ser percibidas de esa manera. Además, se presentan herramientas de cumplimiento de la normativa de libre competencia para empresas que no necesariamente cuentan con dominancia, pero que se encuentran en mercados que, dadas sus características particulares, son susceptibles de ser investigados por prácticas concertadas.

### **III. Herramientas para asegurar el cumplimiento de la normativa de libre competencia**

Existen diversas herramientas a utilizar a la hora de implementar un programa de *compliance* en libre competencia. No obstante a las herramientas ya conocidas, como la implementación de un programa particular en libre competencia, la realización de entrenamientos y la implementación de diversas técnicas creativas para buscar crear cultura de competencia dentro de las compañías, existen ciertas herramientas que pueden materializarse en medidas específicas que permitan a las empresas mitigar el riesgo de desarrollar prácticas anticompetitivas como parte de sus políticas comerciales.

Estas herramientas —que pueden ser tanto de corte económico como de corte legal— deben ser incorporadas en un sistema de monitoreo que permita a las empresas identificar, de manera temprana y oportuna, si alguna práctica comercial corresponde a una práctica anticompetitiva de manera que se puedan implementar las medidas correctivas necesarias. También resulta importante que estas se adapten a la realidad de cada negocio, de manera que la información obtenida de su aplicación sea relevante.

A continuación, se presentan algunos ejemplos de herramientas de corte económico y legal que pueden ser utilizadas para realizar un monitoreo adecuado de distintas prácticas comerciales, y se describe su relevancia para distintos tipos de negocios a fin de ejemplificar las maneras en que estas herramientas pueden ser personalizadas a las necesidades de distintos tipos de negocios.

#### **a. Monitoreo de acuerdos**

Una de las herramientas de corte económico que puede ser aplicada corresponde a un sistema de seguimiento y análisis de los acuerdos de exclusividad que son aplicados por una empresa. El objetivo de este tipo de herramientas consiste en monitorear los índices de cierre que se generan en los mercados donde una empresa celebra acuerdos de exclusividad a fin de identificar si estos cumplen con los umbrales establecidos por la autoridad de competencia.

La implementación de estos sistemas de monitoreo parte por definir los mercados relevantes (producto y geográfico) en los que opera la empresa bajo análisis. Una vez definidos estos mercados, se deben estimar los índices de cierre, tomando en cuenta la presencia de clientes o proveedores dentro de estos mercados a los cuales quisieran acceder empresas competidoras.

Tener información actualizada sobre los índices de cierre relacionados a sus operaciones es relevante para las empresas toda vez que esta información debería ser considerada al momento de tomar la decisión de implementar acuerdos de exclusividad adicionales. En particular, contar un sistema de monitoreo de estos índices que brinde información en tiempo real permite a los equipos comerciales poder validar, de manera inmediata, si las estrategias que están aplicando son adecuadas desde un punto de vista de la libre competencia.

La importancia de contar con sistemas de este tipo se ve reflejada en la existencia de casos en los que autoridades de competencia han investigado la aplicación de contratos de exclusividad. En estos contextos, algunas autoridades han aceptado compromisos —por parte de las empresas investigadas— que implicaban que estas reduzcan sus índices de cierre a los umbrales comúnmente aceptados. Un ejemplo de esto ocurrió en el caso del Grupo Modelo en México, que se describe a continuación (ver Cuadro 2).

<b>Cuadro 2. Investigación al Grupo Modelo por el establecimiento de contratos de exclusividad en México</b>
--

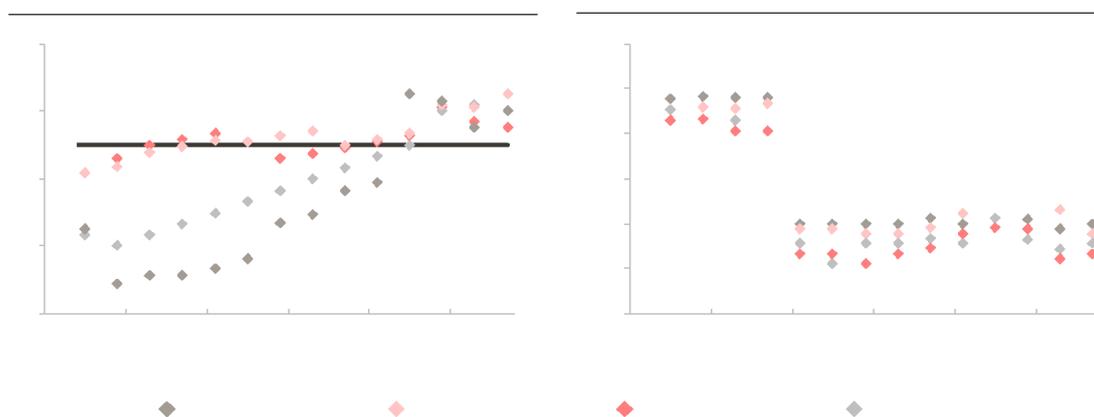
En el 2010, el Grupo Modelo, que se dedica a la producción y comercialización de cervezas, fue denunciado por Miller, Domo y Gape ante la Cofece —la autoridad de competencia de México—. Según las denunciantes, el Grupo Modelo habría incurrido en prácticas monopólicas al establecer contratos de exclusividad con sus clientes del canal minorista mediante los cuales les prohibían la venta de cervezas de otras marcas a cambio de recibir beneficios por parte del Grupo Modelo (por ejemplo, descuentos o préstamos). Como parte de su investigación, la Cofece encontró que, si bien los contratos de exclusividad establecidos por el Grupo Modelo generaban algunas ganancias de eficiencia, estas no eran suficientes para compensar el efecto negativo sobre la competencia generada por estos acuerdos. En particular, la Cofece encontró que estos acuerdos generaban una barrera para la entrada de nuevos competidores en el mercado de “servicios de distribución y comercialización y venta de bebidas normalmente conocidas como cervezas.” Dado ello, el Grupo Modelo ofreció algunos compromisos cuyo objetivo era corregir la práctica que denunciada. Entre ellos, se comprometió a reducir, de manera gradual, el porcentaje de puntos de venta minorista con los cuales establecía contratos de exclusividad a 25%. Este umbral fue aprobado por la Cofece en la medida que lo consideraba congruente con lo establecido en otras jurisdicciones, como la Unión Europea y Estados Unidos, para los cuales cita un umbral de 30%.

Fuente: Resolución del expediente DE-012-2010. Elaboración propia.

## b. **Screening de precios**

Otra herramienta de corte económico que pueden utilizar las empresas corresponde al análisis (o *screening*) de precios. El *screening* de precios consiste en analizar el comportamiento de los precios de determinados productos a fin de identificar posibles patrones que podrían ser indicativos de la realización de prácticas anticompetitivas. Algunos de estos patrones son la convergencia entre precios o la existencia de guerras de precios (ver Figura 1).

**Figura 1. Ejemplos de patrones que podrían ser identificados en un *screening* de precios**



Este tipo de patrones corresponden a aquellos que son evaluados por las autoridades de competencia cuando analizan casos de concertación de precios. En esta línea, el Indecopi —la autoridad de competencia en Perú—, ha considerado como evidencia relevante para sancionar casos de colusión horizontal el haber observado patrones de precios como aquellos mencionados anteriormente. Esto se ve ejemplificado en la investigación realizada en el mercado de gas natural vehicular (GNV) que se presenta a continuación (ver Cuadro 3).

**Cuadro 3. Investigación en el mercado de GNV por presunta colusión horizontal**

En el 2017, el Indecopi sancionó a 63 empresas que se dedican a la comercialización de GLP en el Perú por la comisión de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de acuerdo de fijación de precios y condiciones comerciales durante el período entre 2011 y 2015.

Como parte de su análisis, el Indecopi revisó la evolución de los precios establecidos por estas empresas a fin de determinar si existían patrones que pudieran indicar la existencia de las prácticas presuntamente cometidas. A partir de este análisis la autoridad detectó dos patrones que consideró que se encontraban alineados a su hipótesis colusoria:

- **Paralelismo de precios:** La autoridad identificó incrementos comunes entre distintas empresas en fechas determinadas, los cuales se encontraban alineados con la evidencia documental (comunicaciones).
- **Menor dispersión de precios:** La autoridad observó una menor dispersión entre los precios establecidos por las empresas investigadas en diferentes zonas, en comparación a la dispersión observada fuera del período colusorio.

Sobre la base de este análisis, —y del análisis de comunicaciones realizadas entre las empresas investigadas— la autoridad concluyó que se había realizado un acuerdo de fijación de precios y procedió a sancionar a las empresas investigadas por un monto total de S/459 millones —que equivale a US\$140 millones aproximadamente tomando en cuenta el tipo de cambio<sup>1/</sup> a la fecha de la resolución—.

1/ Se toma el tipo de cambio promedio del 2017 según el Banco Central de Reserva del Perú. Fuente: Resolución 104-2018/CLC-INDECOPI. Elaboración propia.

Además, como parte de un *screening* de precios se analiza la evolución de variables que sean relevantes para la formación de los precios del producto analizado (por ejemplo, precios de insumos). Esto con el objetivo de identificar si existen potenciales patrones que podrían ser percibidos como indicativos de una práctica anticompetitiva que, en realidad, puedan ser explicados por otros factores.

A diferencia del sistema de monitoreo de acuerdos de exclusividad mencionado anteriormente, el *screening* de precios actúa como una herramienta de análisis *ex-post*. Esto se explica porque la información analizada corresponde a información histórica de los precios que ya fueron implementados y de la evolución de otros factores relevantes.

Así, la utilidad de un *screening* de precios recae en que permite a las empresas identificar, de manera oportuna, cualquier práctica anticompetitiva que se podría estar realizando de tal manera que se puedan implementar las medidas correctivas necesarias. Además, la información producida como parte de un *screening* puede ser utilizada como un insumo para la defensa en una eventual investigación, como se describe en la siguiente sección.

### c. Procesos de revisión y difusión permanente

Además de las herramientas de monitoreo y *screening* expuestas previamente, la efectividad de un programa de cumplimiento efectivo depende de la implementación de procesos que aseguran e incentivan la revisión y difusión permanente de los lineamientos a seguir para cumplir con las normas en libre competencia.

El primer paso, o la primera herramienta, consiste en comenzar por un análisis de riesgos que permita conocer aquellos que enfrenta la compañía en su actividad diaria, desde decisiones de autoridades de competencia, denuncias o investigaciones de mercado impulsadas por las agencias, en las que la empresa u otras empresas del sector se han visto involucradas.

Por su parte, no existe programa de *compliance* en libre competencia efectivo sin considerar el contexto actual: es decir, cada contexto económico distinto, cambiante o diferente, requiere de un programa determinado, o, dicho de otro modo, un programa de 10 años de antigüedad difícilmente pueda tratar los mismos riesgos que se presentan hoy en mercados que enfrentan cambios constantes, sea desde el punto de vista regulatorio, como desde el punto de vista económico.

A su vez, la creación de estándares y procedimientos es sin dudas el medio para que un programa pueda plantearse como efectivo desde el inicio. Resulta esencial emitir guías concisas y precisas, promover la idea del compromiso con el cumplimiento de las normas en materia de libre competencia y aterrizar un mensaje claro: no se tolerarán incumplimientos a las normas de defensa de la competencia.

La educación, la difusión del conocimiento, también es fundamental. Como se mencionó, la realización de entrenamientos a **todas** las áreas de la compañía, que sean simples, claros y en un lenguaje que permita a todas las personas entender de qué se trata, qué es la defensa de la competencia, por qué protegemos la competencia, cuáles son sus beneficios y cuales son los pilares sobre los que se basa un esquema de competencia.

La realidad es que, difícilmente una organización (o algún empleado) que no comprende estos conceptos pueda alguna vez entender por qué las sanciones por incumplir las normas de competencia son tan altas y por qué las agencias de competencia del mundo son cada vez más determinantes en las economías de los países.

Finalmente, los incentivos y la evaluación son otros elementos fundamentales que, entre otros, se suman a los pilares de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia. Incentivos por cumplir, incentivos por difundir, donde la creatividad debe estar a la orden del día, seguidos de la evaluación constante, no sólo de las políticas *“in force”* en la compañía, sino de una verdadera evaluación a las personas que forman parte de la empresa, para poder analizar también el alcance de las políticas orientadas a la libre competencia y del trabajo de los oficiales de cumplimiento en esta materia (también conocidos como *“antitrust compliance officers”*).

#### **IV. Beneficios de implementar medidas que buscan asegurar el cumplimiento de la normativa de libre competencia**

Las herramientas mencionadas líneas arriba son algunos ejemplos de estrategias de cumplimiento de la normativa de libre competencia. Es importante señalar que el beneficio que se pueda obtener de estas estrategias dependerá del contexto específico de cada empresa. Por ejemplo, un programa de cumplimiento aplicado por una empresa que no está siendo investigada o que no tiene conocimiento de alguna mala práctica por parte de sus colaboradores puede traer beneficios de distinta índole a los que se generarían para una empresa que está siendo investigada, o que ha descubierto una contingencia legal relacionada con una práctica anticompetitiva.

A continuación, se presentan los principales beneficios que pueden obtener las empresas al implementar medidas que buscan asegurar el cumplimiento de la normativa de libre competencia.

##### **a. La reducción de la probabilidad de incurrir en prácticas anticompetitivas**

Una de las mayores ventajas de adoptar medidas proactivas de cumplimiento es que permite a las empresas evitar incurrir en conductas que puedan ser consideradas anticompetitivas. Además, al tener un programa de cumplimiento sólido, la empresa se posiciona de tal manera que disuade a los competidores de proponer la participación en prácticas ilícitas.

En muchas ocasiones, el daño más relevante para una empresa investigada es el reputacional. Los procedimientos sancionadores de libre competencia suelen tomar varios años, por lo que, incluso si la empresa es finalmente absuelta, esto no la resarce por los daños reputacionales generados por la investigación en sí misma. En esta línea, la OFT —que era, hasta el 2014, la autoridad de competencia del Reino Unido— encontró que la principal razón detrás de la decisión de las empresas para implementar medidas de cumplimiento en materia

de libre competencia era evitar el daño reputacional que una investigación implica (OFT, 2010).

Además, es importante notar que, en investigaciones por prácticas concertadas, las autoridades de competencia recogen comunicaciones de las empresas imputadas con la finalidad de encontrar elementos probatorios de una colusión. Un protocolo adecuado de respuestas ante comunicaciones de competidores puede disuadir a estos malos competidores de volverse a comunicar, reduciendo así la probabilidad de que algún trabajador vaya a prestarse a coludir con la competencia.

#### **b. La detección temprana de prácticas anticompetitivas y la implementación de medidas correctivas**

Si bien el objetivo principal es prevenir, también es fundamental poder detectar tempranamente cualquier posible inconducta por parte de los trabajadores de una empresa. Al establecer protocolos de revisión y control, la empresa tiene la capacidad de identificar rápidamente prácticas anticompetitivas, permitiéndole detenerlas de manera oportuna.

En esta línea, la CNMC —la autoridad de competencia en España— considera que los programas de cumplimiento deben permitir a los agentes económicos, no solo prevenir la realización de conductas ilícitas, si no también reaccionar ante ellas de manera temprana (CNMC, 2020). Dicha reacción se materializa como la implementación de acciones correctivas que pueden abarcar la aplicación de sanciones a las personas involucradas y la revisión de protocolos internos.

#### **c. El dimensionamiento de la exposición que tiene una empresa ante una eventual investigación**

Al ser consciente y activo en el monitoreo de las posibles prácticas que atenten contra la libre competencia, la empresa puede tener un claro entendimiento de su exposición y riesgo ante una eventual investigación. Esto permite a la organización estar mejor preparada y, en caso de ser necesario, tomar decisiones informadas sobre cómo gestionar estos riesgos.

Además, las capacitaciones brindadas como parte de un programa de cumplimiento aseguran que el conocimiento sobre la exposición y los riesgos asociados a una eventual investigación sea transversal a los distintos colaboradores de una empresa. De esta manera, también se desincentiva el desarrollo de prácticas anticompetitivas en todos los niveles de la compañía.

#### **d. La preparación para enfrentar una eventual investigación**

En el eventual escenario en que una empresa sea objeto de investigación, contar con un programa de cumplimiento y todas las evidencias y registros relacionados puede ser de inmensa utilidad. Estos insumos pueden formar parte fundamental de la defensa de la empresa, demostrando su compromiso con la normativa y las acciones tomadas para garantizar el cumplimiento.

Por ejemplo, los hallazgos de un *screening* de precios y, en particular, el análisis de la evolución de variables que son relevantes en la formación de precios, puede permitir a una empresa explicar algunos patrones que podrían aparentar estar relacionados con prácticas anticompetitivas.

#### e. La graduación de la multa

El reconocimiento de los programas de cumplimiento por parte de las autoridades de competencia es cada vez más común. De hecho, de acuerdo con la OCDE, el número de jurisdicciones que reconocen los programas de cumplimiento ha aumentado considerablemente desde 2011 (OECD, 2021) (ver Tabla 1).

**Tabla 1. Reconocimiento de los programas de cumplimiento**

	2011	2021
<b>Jurisdicciones que reconocen</b>	Australia, Dinamarca, Corea, México, Nueva Zelanda, Noruega, Reino Unido, Estados Unidos	Australia, Brasil, Canadá, Chile, Alemania, Hong Kong; China, Hungría, India, Italia, Japón, Malasia, Perú, Rumanía, Singapur, España, Suiza, Reino Unido, Estados Unidos
<b>Jurisdicciones que no reconocen</b>	Canadá, Francia, Alemania, Unión Europea, Bulgaria, Rumanía, Rusia	Bulgaria, Unión Europea, Finlandia, Francia, Grecia, Corea, México, Suecia, Turquía

Fuente: Programas de cumplimiento en el Derecho de la Competencia (OECD, 2021).

Nota: el listado no representa un estudio completo de todas las jurisdicciones a nivel mundial. Elaboración propia.

Incluso, en algunas jurisdicciones, la existencia de un programa de cumplimiento puede ser considerada por la autoridad como un factor atenuante al momento de establecer la multa. Por ejemplo, en el Perú, la autoridad de competencia puede evaluar una reducción de la multa de entre 5% y 10% si la empresa sancionada cuenta con un programa de cumplimiento de libre competencia que fue elaborado previo a la investigación (CECO, 2022).

## V. Conclusiones

El funcionamiento adecuado de los mercados —un ingrediente esencial para un crecimiento sostenible y próspero de la economía— requiere de una competencia efectiva entre las empresas que los conforman. Sin embargo, existen elementos que dificultan dicha competencia efectiva, tanto derivados de factores humanos como de presiones corporativas (metas comerciales, incentivos, entre otros). Estos elementos pueden originar riesgos de incumplimiento de las normas de libre competencia, los cuales han sido descritos

en este artículo. Son precisamente estos riesgos los que motivan la existencia de programas de cumplimiento en materia de libre competencia.

Existe un amplio abanico de herramientas para detectar y mitigar riesgos, como el monitoreo y *screening* de precios. Sin embargo, el ingrediente más importante para la implementación efectiva de un programa de cumplimiento de libre competencia consiste en tener procesos de detección y socialización permanentes, ya que solo de esta manera una empresa puede inculcar una cultura de cumplimiento que se ve reflejada en la toma de decisión y actuación a todos los niveles.

Finalmente, más allá de los numerosos beneficios que se desprenden de un programa de cumplimiento para una empresa, una consciencia pro-competitiva generalizada y compartida puede resultar esencial a la permanencia y prosperidad del modelo económico “de mercados” concebido por Smith hace tantos años.

## VI. Bibliografía

Banks, T. (2019). The Antitrust Compliance Handbook. ABA Section of Antitrust Law.

CECO. (2022). Antitrust Compliance in Latin America. Obtenido de <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/04/Informe-ABA-CeCo-Compliance-en-Latinoamerica.pdf>

CNMC. (2020). Guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia. Obtenido de [https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor\\_contenidos/Competencia/Normativas\\_guias/202006\\_Guia\\_Compliance\\_FINAL.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/Normativas_guias/202006_Guia_Compliance_FINAL.pdf)

OECD. (2021). Programas de Cumplimiento con el Derecho de la Competencia. Obtenido de <https://www.oecd.org/competition/latinamerica/programas-de-cumplimiento-con-el-derecho-de-la-competencia.pdf>

OFT. (2010). Drivers of Compliance and Non-compliance with Competition Law. Obtenido de <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a7c87c3ed915d48c2410606/oft1227.pdf>

Smith, A. (1776). La Riqueza de las Naciones.

Citar: elDial DC32F2

copyright © 1997 - 2023 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina

