



Guía de *Compliance* en Competencia

Guía SCPM – INAC – DNPC – 002

Dirección Nacional de Promoción de la Competencia
Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia

Quito, septiembre del 2021

Superintendencia de Control del Poder de Mercado Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia

Derechos reservados. Septiembre, 2021.

Aclaración: Las definiciones contenidas en este documento han sido concebidas para la implementación de la presente Guía de *Compliance* en Competencia, por lo que no son necesariamente extrapolables ni vinculantes a otros procesos que pueda llevar adelante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

**Guía de *Compliance* en Competencia.
Versión 1.0.**

**Guía SCPM – INAC –DNPC – 002.
Quito, septiembre de 2021.**

El mundo actual exige a las empresas que adopten todo tipo de buenas prácticas aplicables a su operación, existen estándares sociales, ambientales, entre otros. En esta tendencia, el *Compliance* (también llamado “cumplimiento normativo”) se presenta como una disciplina que busca dotar de mecanismos a las organizaciones para que cumplan con todo tipo de normas, tanto de orden legal, como aquellas voluntariamente asumidas, como, por ejemplo, los estándares de calidad.

En ejercicio de la atribución que esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM) tiene, ponemos a disposición de los operadores económicos la Guía de *Compliance* en Competencia, que ha sido construida con la valiosa ayuda de la Fundación Ciudadanía y Desarrollo (FCD) y de la Pan American Development Foundation (PADF), a quienes extendemos nuestro más sentido agradecimiento por su compromiso en todo el proceso de construcción del presente documento. Agradecemos también a todos quienes, de forma calificada y generosa, han participado en la construcción de este documento, en beneficio de la colectividad.

Nuestra guía de *Compliance* en Competencia busca convertirse en un aporte para los operadores económicos, sus directivos, representantes, asesores, y, en general, para todos sus miembros, en la medida en que proveerá recomendaciones de carácter orientativo para que cada organización, realizando una evaluación propia de sus riesgos, diseñe su programa de *Compliance* en Competencia. Con lo dicho, la guía pretende ser una herramienta para el efectivo cumplimiento de la legislación de competencia, por parte de los operadores económicos. El éxito de estos se basa no solo en la manera en que atienden a sus clientes, sino también en la forma en que conducen sus negocios frente a los parámetros que imponen la ley y las buenas prácticas corporativas.

Confiamos en que los operadores económicos encontrarán los beneficios de implementar un programa de cumplimiento, entre los que cabe mencionar la generación de una cultura corporativa más sólida y un compromiso de los empleados con la integridad empresarial. Finalmente, debo mencionar que la guía es una muestra sólida de lo que se puede lograr cuando existe apoyo mutuo entre los sectores público y privado. Estamos seguros de que el producto de esta colaboración cercana será de gran provecho en la relación de los operadores económicos con el régimen de competencia y las autoridades encargadas de su vigilancia.

Daniilo Sylva Pazmiño
Superintendente de Control del Poder de Mercado

Guía de *Compliance* en Competencia

Esta Guía abordará la figura del Programa de Cumplimiento (o “programa de *Compliance*”) en materia del derecho de la competencia ecuatoriano, con el objetivo de convertirse en una herramienta eficaz para prevenir el cometimiento de prácticas anticompetitivas, que se encuentran establecidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), y que se encuentran explicadas y reguladas en normativa complementaria a la LORCPM.¹ De esta forma, se pretende contribuir con un modelo de *Compliance* en Competencia adaptado a la realidad del Ecuador, con un enfoque de prevención sobre toda la normativa que debe ser cumplida por parte de todos los actores de la sociedad que pueden ser considerados como operadores económicos, conforme al artículo 2 de la LORCPM.²

La presente Guía busca orientar a los operadores económicos en la adopción e implementación de un programa de *Compliance*, informándoles sobre los beneficios que representa contar con dicho programa, como parte de su estrategia empresarial, estableciendo recomendaciones generales sobre los requisitos esenciales y los elementos que dichos programas deben incluir. Por su parte, un programa de *Compliance* sirve como herramienta para identificar los riesgos relacionados con el posible cometimiento de infracciones a la normativa ecuatoriana de competencia, con el objeto de prevenir y, de ser el caso, mitigar dichos riesgos.

En la construcción de la presente guía resaltamos las siguientes actividades:

Conversatorio virtual “Hablemos de *Compliance* en Competencia” – 3 de junio del 2021

Entrevistas a expertos – 10 de junio del 2021

Mesas de diálogo – 24 de junio y 5 de julio del 2021

Mesa de cocreación – 15 de julio del 2021

Gracias a los aportes recibidos en estas actividades, podemos afirmar que la construcción de esta guía ha sido un proceso plenamente participativo.

¹La normativa complementaria incluye el reglamento a la LORCPM, reglamentos e instructivos emitidos por la SCPM, que permiten aplicar las disposiciones legales.

²Art. 2 de la LORCPM: Ámbito.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	7
1.1. ¿Qué es la competencia y qué ventajas trae?	7
1.2. Beneficios de tener un adecuado régimen de competencia	7
1.3. Política de competencia	8
1.4. Preguntas relevantes respecto de los programas de <i>Compliance</i> en Competencia	8
1.4.1. ¿Qué es un programa de cumplimiento normativo (o <i>Compliance</i>) en Competencia?	8
1.4.2. ¿La adopción de un programa de <i>Compliance</i> en Competencia es obligatoria?	9
1.4.3. ¿Cuáles son los beneficios de un programa de <i>Compliance</i> en Competencia?	9
1.4.4. ¿La SCPM certificará Programas de <i>Compliance</i> ?	10
1.4.5. ¿Qué tipo de beneficios brinda esta Guía de <i>Compliance</i> de la SCPM?	10
2. ASPECTOS SOBRE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO (LORCPM)	11
2.1. Generalidades sobre la LORCPM	11
2.2. Importancia de cumplir la normativa de competencia y otras normas aplicables	11
2.3. Prácticas prohibidas por la LORCPM en materia de competencia	12
2.3.1. Consideraciones con respecto a los acuerdos y prácticas restrictivas	13
2.3.2. Consideraciones con respecto al abuso del poder de mercado	13
2.3.3. Consideraciones con respecto a las prácticas desleales	15
2.3.4. Consideraciones con respecto a las operaciones de concentración económica	15
2.4. Sanciones y medidas aplicables conforme a la Ley	17
2.5. Medidas que puede dictar la SCPM	19
2.6. Recursos que ofrece la LORCPM	20
2.6.1. Compromisos de cese	20
2.6.2. Procedimiento de exención y reducción del importe de multas (Programa de delación)	20
2.6.3. Denuncias de prácticas anticompetitivas	22
2.6.4. Absolución de consultas	22

3. RECOMENDACIONES Y LINEAMIENTOS PARA LA ELABORACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE UN PROGRAMA DE <i>COMPLIANCE</i> EN COMPETENCIA	23
3.1. Generación de una cultura para cumplir con la LORCPM	23
3.1.1. Compromiso	23
3.1.2. Responsabilidad de cumplir con la LORCPM	24
3.1.3. Generación de un código de conducta	24
3.1.4. Generar integración con otros programas de cumplimiento	24
3.2. Responsable del cumplimiento y asignación de recursos para este propósito	25
3.2.1. Funciones del responsable de cumplimiento del programa de <i>Compliance</i>	26
3.2.2. Recursos	26
3.3. Enfoque de riesgo	26
3.3.1. Definir la estructura organizativa	27
3.3.2. Elaboración de matriz de riesgos	27
3.3.3. Identificación de personas expuestas al riesgo	30
3.3.4. Vigencia y actualización de los programas	31
3.4. Elaboración de guías, manuales y políticas	31
3.4.1. Reglas y controles internos por cada riesgo	31
3.4.2. Capacitación del personal	32
3.5. Monitoreo, auditoría y denuncias internas	33
3.5.1. Monitoreo	33
3.5.2. Auditorías	33
3.5.3. Denuncias internas	34
3.6. Acciones disciplinarias internas	34
3.7. Evaluación del programa de <i>Compliance</i> en Competencia	35
3.8. Resumen de un programa de cumplimiento en competencia	35
4. REFERENCIAS ÚTILES PARA EL DISEÑO DE UN PROGRAMA DE <i>COMPLIANCE</i>	37
4.1. Relacionadas con la LORCPM	37
4.1.1. Instrumentos jurídicos	37
4.1.2. Resoluciones de la SCPM	37
4.1.3. Documentos de divulgación pública	37
4.2. Guías emitidas por agencias pares de competencia	36
CONTACTO CON LA SCPM	39
Bibliografía	40

1. INTRODUCCIÓN

1.1. ¿Qué es la competencia y qué ventajas trae?

Se puede definir a la competencia como la rivalidad que tienen los operadores económicos entre sí para comerciar sus productos o servicios y ganar una mayor participación en los diferentes mercados. La competencia tiene en cuenta todas las características que se presentan en un mercado (tipo de productos, niveles de inversión, costos de producción, zona geográfica y demás) ya que determinan el ambiente competitivo dentro de dicho mercado, y por ende, el grado de rivalidad que pueden o deben tener los operadores económicos que participan en él.³

Entre las mayores ventajas que tiene la competencia es que los recursos sean distribuidos y utilizados de manera eficiente en los mercados, así como, que los consumidores puedan disponer de una mayor variedad de bienes y servicios, con mejor calidad y a menores precios, permitiendo, por lo tanto, que exista un mayor nivel de bienestar económico en la sociedad.⁴

1.2. Beneficios de tener un adecuado régimen de competencia

El régimen de competencia puede entenderse como todo el conjunto de políticas y normas legales que promueven y protegen la competencia en una sociedad, en la que se encuentran involucrados las agencias o autoridades de competencia (en el caso ecuatoriano, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado – SCPM), las entidades públicas reguladoras de los sectores productivos, los operadores económicos participantes en los mercados y los consumidores de los bienes y servicios.

La aplicación adecuada del Derecho de la Competencia (es decir, de las leyes y normas relacionadas al régimen de competencia) puede traer múltiples beneficios como, entre otros, prevenir y combatir las prácticas anticompetitivas, controlar las concentraciones o fusiones económicas que pueden incrementar perjudicialmente el poder de mercado, examinar las restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados e impulsar medidas para eliminar barreras injustificadas a la competencia.

Igualmente, a través de la abogacía de la competencia se busca promover la creación de un ambiente propicio a la competencia, para lo cual se puede realizar, por ejemplo, la emisión de guías en materia de competencia para el uso de los operadores económicos, realizar capacitaciones para incrementar el conocimiento de la competencia en la sociedad, o elaborar estudios de mercado para conocer cómo están funcionando distintos sectores o mercados.

³ Dennis W. Carlton and Jeffrey Perloff, *Modern Industrial Organization* (Edinburgh Gate: Pearson Education Limited, 2015), 80-110.

⁴ "En economía, la competencia es una fuerza que tiene el mérito principal de asignar esfuerzos y recursos donde es más importante y necesarios que sean asignados". Jorge Tarziján y Ricardo Paredes, *Organización industrial para la Estrategia Empresarial* (Santiago de Chile: Pearson Educación de Chile Ltda, 2012), 6-8.

1.3. Política de competencia

La política de competencia son las acciones y estrategias que se efectúan para promover y proteger la competencia, la cual busca garantizar el funcionamiento competitivo de los mercados, así como, proteger tanto a consumidores como a operadores económicos de comportamientos anticompetitivos.⁵

Una apropiada política de la competencia **incorpora las políticas gubernamentales** que pueden ser aplicadas para mejorar la competencia en los mercados nacionales y locales (liberalización del comercio internacional, inversión extranjera y desregulación económica) y, por otro lado, una **legislación de competencia** que prevé las prácticas anticompetitivas de las empresas y la necesaria intervención del gobierno en el mercado.⁶

En términos generales, la política de competencia tiene como importantes objetivos:

- 1) Permitir un mayor acceso al mercado para nuevos competidores;
- 2) Proteger la competencia a través de la sanción de conductas anticompetitivas y ser un elemento disuasorio para evitar que se cometan prácticas anticompetitivas futuras;
- 3) Fomentar la eficiencia de las empresas y el bienestar para los consumidores y proveedores;⁷
- 4) Establecer condiciones de equidad en los mercados; y,
- 5) Promover la integración de los mercados, al favorecer la eliminación de barreras regulatorias que impidan un libre tránsito y circulación de los productos y servicios dentro de los países y entre estos.⁸

1.4. Preguntas relevantes respecto de los programas de *Compliance* en Competencia

1.4.1. ¿Qué es un programa de cumplimiento normativo (o *Compliance*) en Competencia?

Un programa de *Compliance* puede ser definido como el conjunto de medidas internas (políticas, procedimientos, entre otros) que adopta un operador económico para diagnosticar, prevenir, evitar y minimizar el riesgo de incurrir en incumplimientos tanto legales

⁵ Martín Urbano, Pablo, y Sánchez Gutiérrez, Juan Ignacio, y "La política de competencia, crecimiento y globalización." Contabilidad y Negocios 9, no. 17 (2014):84. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=281632446007>

⁶ Claudia Curiel, Diseño de un Modelo de Abogacía de la Competencia en el Contexto de la Implantación de las Políticas de Competencia en América Latina (New York: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, 2000), 6-7, https://unctad.org/es/Docs/itcdclpmisc12_sp.pdf

⁷ Ana Julia, Jatar y Luis Tinero, Competition Policy in the Andean countries: a policy in search of its place (Washington DC: Organization of American States, 1997), 1.

⁸ Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE), "Política de Competencia en México", COFECE, 26 de marzo de 2020, https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/07/GuiaExpositor_Politica_de_Competencia.pdf

como de principios corporativos, como producto de sus actividades, las de sus socios y colaboradores.⁹

De esta manera, un programa de *Compliance* en competencia resulta ser un programa implementado por los operadores económicos para cumplir adecuadamente con el Derecho de Competencia que le es aplicable (sea a nivel nacional o internacional), y para el fomento de una cultura de competencia bajo buenas prácticas por parte de dichas organizaciones.

En tal virtud, una mejor comprensión de las normas de competencia y, en particular, un programa de cumplimiento efectivo que se centre en crear una cultura ética en esta materia permite:

- a. Prevenir y evitar infracciones a la LORCPM;
- b. Reducir riesgos y contingencias;
- c. Mitigar riesgos materializados;
- d. Precautelar la estabilidad laboral de empleados y directivos;
- e. Generar seguridad y certidumbre empresarial;
- f. Proteger intereses comerciales y la reputación empresarial.

1.4.2. ¿La adopción de un programa de *Compliance* en competencia es obligatoria?

La creación, implementación, control y cumplimiento de un programa de *Compliance* en Competencia no es obligatoria, sin embargo, es altamente recomendable por los beneficios que puede significarle al operador económico que lo implemente y, en consecuencia, al mercado; es de exclusiva responsabilidad de cada operador económico que decida implementarlo, por lo cual, es importante aclarar que la SCPM no obliga a los operadores económicos a la implementación o cumplimiento de un programa de *Compliance*. Esto deja a salvo la posibilidad de que las autoridades de control y resolución de competencia en el Ecuador,¹⁰ en un caso en particular, dispongan o recomienden la adopción de un programa de *Compliance*.

1.4.3. ¿Cuáles son los beneficios de un programa de *Compliance* en competencia?

Entre los principales beneficios de poseer un programa de *Compliance* en Competencia podemos resaltar:¹¹

- Evitar multas económicas y sanciones por parte de la autoridad;
- Evita incumplimientos internos. Esto debido a que el personal y directivos tendrán un apropiado conocimiento sobre las actuaciones que deben tener para cumplir debidamente con la norma de competencia;

⁹ Indecopi, Guía de programas de cumplimiento de las normas de libre competencia (Lima: Indecopi, 2019), 9.

¹⁰ La SCPM, la Comisión de Resolución de Primera Instancia y/o los órganos de investigación de la SCPM.

¹¹ Indecopi, Guía de programas de cumplimiento de las normas de libre competencia (Lima: Indecopi, 2019), 12-13.

- La detección oportuna de posibles contravenciones de la norma de competencia, así como la debida actuación o subsanación ante dichas infracciones;
- La mejora reputacional del operador económico en cuanto a su cumplimiento de las leyes, lo que le otorga una mejor imagen de seriedad y responsabilidad de sus actuaciones en el mercado;
- En algunos países, contar con programas de cumplimiento podría ser una ventaja para el operador económico que participe dentro de un proceso de compras públicas.
- La SCPM podría considerar como atenuantes la implementación, aplicación, control y cumplimiento de los programas de *Compliance* en los operadores económicos que se encuentren en proceso de investigación.

En concreto, los beneficios de los programas de cumplimiento en materia de Competencia se traducen en el establecimiento de un sistema ordenado para el operador económico, a través de políticas concretas y manuales o metodologías, que apoyen a la delimitación de responsabilidades, y la prevención y eliminación de malas prácticas corporativas. Es importante tener un programa robusto que además cuente con una fase de monitoreo y mejora continua.

1.4.4. ¿La SCPM certificará programas de *Compliance*?

La SCPM no certificará programas de *Compliance* por lo que el contenido será de exclusiva responsabilidad del operador económico que lo implemente, de forma voluntaria, o por así haberlo dispuesto o recomendado alguna de las autoridades de competencia.

1.4.5. ¿Qué tipo de beneficios brinda esta Guía de *Compliance* de la SCPM?

El principal beneficio que otorga la presente guía es la ayuda que da a los operadores económicos para la construcción de su propio programa de *Compliance* en competencia, lo cual permite prevenir conductas anticompetitivas y otras acciones que también pueden ser sujetas a sanción (por ejemplo, la falta de entrega de información solicitada por la SCPM); es decir, cumple una función de control ex ante de posibles perjuicios para los operadores económicos.

Como parte de la promoción del uso de programas de *Compliance*, la SCPM podría considerar como atenuantes la implementación, aplicación, control y cumplimiento de los programas en los operadores económicos; de la misma forma, y de manera inversa, el inadecuado diseño o implementación de un programa de *Compliance* podría tomarse como un agravante dentro de una investigación por parte de la autoridad.¹²

¹² La valoración del programa de *Compliance* dependerá de la etapa en la que se encuentra el procedimiento de investigación, siempre y cuando la valoración de los hechos investigados y todos los elementos del expediente permitan dicho análisis, en concordancia con la normativa vigente.

En función de lo indicado, es posible señalar que la finalidad de esta Guía es brindar recomendaciones básicas para aquellos operadores económicos que estén trabajando en la implementación de un programa de cumplimiento en materia de competencia.

2. ASPECTOS SOBRE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO (LORCPM)

2.1. Generalidades sobre la LORCPM

En resumen, y de manera general, el objeto de la Ley es prevenir y tomar acciones de control y sanción sobre aquellas conductas que son consideradas anticompetitivas, como el abuso del poder de mercado, los acuerdos colusorios y las prácticas desleales, en procura de mercados más eficientes y del bienestar de los consumidores.¹³

Están sometidos a las disposiciones de la Ley, en general, las personas, organizaciones o empresas que realicen cualquier tipo de actividad económica; estas pueden ser personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que participen en todo o en parte del territorio nacional, o que sean parte de un gremio.¹⁴

Es muy importante resaltar que la costumbre (mercantil o no) de un operador económico no podrá ser invocada para la exoneración o exención de las conductas contrarias a la Ley.¹⁵

2.2. Importancia de cumplir la normativa de competencia y otras normas aplicables

Los operadores económicos deben tener claro que una cultura de respeto a las normativas de competencia económica permite prevenir fundamentalmente el cometimiento de posibles prácticas anticompetitivas. La observancia a la legislación de competencia debe ser inherente en las actividades de mercado que realizan los operadores económicos. Por tanto, el prestigio y éxito de estos dependerá no únicamente de la calidad de bienes y servicios que oferten a sus clientes, sino también del cumplimiento cabal de las leyes.

Asimismo, los operadores económicos deben tener en cuenta que la globalización del mercado impone a las empresas reglas de juego más estrictas, por lo que una cultura de cumplimiento normativo evitará que las empresas incurran en infracciones que conlleven sanciones onerosas que pongan en riesgo sus capitales y permanencia en el mercado.

El cumplimiento de las normativas que rigen las actividades de mercado recae en todos los que integran la empresa, y principalmente en los directivos de la misma. Por lo tanto, deberán estar conscientes directivos y trabajadores que infringir dichas normativas puede generar consecuencias graves para la empresa y para ellos, como por ejemplo, multas económicas, pérdidas de empleos, e incluso, de configurarse los supuestos previstos en la normativa penal, sanciones en esta materia.

¹³ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011, art. 1.

¹⁴ *Ibíd.*, art. 2.

¹⁵ *Ibíd.*, art. 3.

En tal sentido, puede ser muy contraproducente o perjudicial que los operadores económicos pongan en riesgo todo el esfuerzo realizado en sus negocios, por el simple hecho de inobservar las leyes de competencia económica.

Si bien las normativas de competencia en cierta medida son difíciles de entender, cabe señalar que existen reglas básicas que los operadores económicos deben conocer y respetar. Es fundamental contar siempre con la asesoría legal de un profesional en la materia.

Es importante, además, indicar que la LORCPM establece mecanismos idóneos para que las empresas denuncien posibles prácticas anticompetitivas que afecten la sana competencia y el bienestar general de los consumidores.

2.3. Prácticas prohibidas por la LORCPM en materia de competencia

De manera general, las prácticas prohibidas por la LORCPM en materia de competencia, son las siguientes:

Abuso del poder de mercado: Se entiende por abuso del poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, afectan negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general. Por su parte, se comprende como *poder de mercado* a la capacidad (individual o colectiva) de los operadores económicos de influir significativamente en el mercado.^{16,17,18}

Abuso del poder de mercado en situación de dependencia económica: Se refiere a cualquier trato de explotación por parte de uno o varios operadores económicos hacia sus clientes o proveedores que estén en situación de dependencia económica con respecto a dichos operadores.¹⁹

Acuerdos y prácticas prohibidas: Son aquellos acuerdos o prácticas colectivas de parte de dos o más operadores económicos, que puedan ser perjudiciales a la competencia, y afectar negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.²⁰

¹⁶ *Ibíd.*, art. 9.

¹⁷ Se debe mencionar que el obtener o reforzar el poder de mercado no se configura por sí mismo como una cuestión nociva para la competencia, salvo que atente contra la eficiencia económica, el bienestar general, o los derechos de los consumidores o usuarios, lo que constituirá una conducta sujeta a control, y de ser el caso, a la aplicación de sanciones establecidas en la LORCPM.

¹⁸ Para más referencias sobre abuso de poder de mercado se puede revisar la guía que la SCPM ha dictado en <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2021/08/Gu%C3%ADa-para-la-investigaci%C3%B3n-de-conductas-de-abuso-del-poder-de-mercado.pdf>

¹⁹ *Ibíd.*, art. 10.

²⁰ *Ibíd.*, art. 11.



Prácticas desleales: Se considera como desleal toda práctica contraria a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, que puedan ser perjudiciales a la competencia, y afectar negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.^{21,22}

Operaciones de concentración económica: Se entiende por concentración económica al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos, a través de actos como las fusiones, transferencia de efectos, adquisiciones, vinculaciones de administración común, u otro tipo de actos semejantes;²³ la razón de ser de controlar las concentraciones económicas es para analizar y prevenir las operaciones de este tipo que puedan crear, modificar, o reforzar el poder de mercado. Si bien una concentración económica no es per se una conducta anticompetitiva, las operaciones obligatorias de concentración que no hayan sido notificadas a la SCPM pueden ser sancionadas e intervenidas.

A continuación, se aborda de manera más detallada varias consideraciones de cada una de las prácticas anticompetitivas antes señaladas.

2.3.1. Consideraciones con respecto a los acuerdos y prácticas restrictivas

De acuerdo con la Ley, los acuerdos y prácticas restrictivas pueden consistir, entre otros, en los siguientes:

- Fijar de manera concertada precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, y similares;
- Repartir, restringir, limitar, o controlar concertadamente la producción o comercialización de bienes o servicios, los clientes, las zonas geográficas, o las fuentes de abastecimiento;
- Los acuerdos entre proveedores y compradores en compras públicas, con el afán de favorecer injustificadamente a uno o varios operadores económicos.²⁴

Cabe mencionar que podrán ser consideradas como acuerdos y prácticas restrictivas **por objeto**,²⁵ aquellas conductas entre operadores económicos del mismo eslabón de la cadena productiva o de comercialización, que directa o indirectamente:

- a) Fijen precios;
- b) Limiten la producción, distribución y/o comercialización; o,
- c) Repartan mercados, sea geográficos, de productos y/o consumidores;

²¹ *Ibíd.*, art. 25.

²² Para más información, se recomienda revisar la guía que la SCPM ha dictado para la aplicación de conductas desleales <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2020/05/Gui%CC%81a-de-pra%CC%81cticas-desleales-20.5.2020.pdf>

²³ *Ibíd.*, art. 14.

²⁴ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011, art. 11.

²⁵ "Por objeto" quiere decir que no se necesita demostrar sus efectos en el mercado, sino que es suficiente demostrar que hubo un acuerdo anticompetitivo para ser considerado como un acto sancionable.

d) También podrán ser consideradas aquellas conductas colusorias en procesos de contratación o subastas públicas.²⁶

No obstante, los acuerdos y prácticas restrictivas estarán exentos de sanción si cumplen de manera integral las siguientes condiciones:

1. La práctica permite a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas;
2. La práctica no impone restricciones que no sean indispensables; y,
3. La práctica no otorga a los operadores económicos la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.²⁷

2.3.2. Consideraciones con respecto al abuso del poder de mercado

Los abusos del poder de mercado son aquellas conductas anticompetitivas que realizan uno o varios operadores económicos con poder de mercado, con la finalidad de:

- Sacar arbitrariamente a un operador económico del mercado, o impedirle su acceso;
- Establecer precios explotativos (es decir, que pueden ser considerados como excesivamente altos) o predatorios (que son aquellos que están por debajo de sus costos);
- Establecer injustificadamente ventajas exclusivas en favor de uno o varios operadores económicos;
- Imponer obligaciones o condiciones que no guardan relación congruente con la venta del producto o del servicio;
- Negar de forma injustificada el acceso a redes o infraestructuras consideradas como *facilidades esenciales*²⁸ a otros operadores económicos
- Fijar injustificadamente precios de reventa;
- Abusar de un derecho de propiedad intelectual.

De esta forma, existen en general dos tipos de conductas de abuso del poder de mercado:

- **Prácticas exclusorias** son aquellas que pretenden dificultar o restringir el ingreso o permanencia de otros competidores en el mercado.
- **Prácticas explotativas** mediante las cuales se causa un grave daño a los clientes (por ejemplo, mediante el cobro de precios muy elevados).

²⁶ Reglamento de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Registro Oficial 697, Suplemento, 07 de mayo de 2012, art. 8.

²⁷ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011, art. 12.

²⁸ Una facilidad esencial es un activo o infraestructura indispensable para comerciar un producto o servicio en el mercado.

2.3.3. Consideraciones con respecto a las prácticas desleales

Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica que sea contrario a los usos honestos, en el ejercicio de cualquier actividad económica, concepto que abarca actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras.

De acuerdo con la LORCPM, se consideran prácticas desleales las siguientes:

- a) Actos de confusión
- b) Actos de engaño
- c) Actos de imitación
- d) Actos de denigración
- e) Actos de comparación
- f) Explotación de reputación ajena
- g) Violación de secretos empresariales
- h) Inducción a la infracción contractual
- i) Violación de normas
- j) Prácticas agresivas de acoso.²⁹

En aquellos casos relacionados con propiedad intelectual, la SCPM tendrá competencia cuando exista una afectación al interés general, caso contrario, esta competencia es de la autoridad nacional de propiedad intelectual.

2.3.4. Consideraciones con respecto a las operaciones de concentración económica

Conforme a la Ley, en caso de que una operación de concentración económica cree, modifique o refuerce el poder de mercado, la SCPM podrá denegar la operación de concentración o determinar medidas o condiciones para que la operación se lleve a cabo.

Si la operación de concentración se realizó sin previa notificación o mientras no se haya expedido la correspondiente autorización, la SCPM podrá ordenar las medidas de desconcentración, o medidas correctivas, o el cese del control por un operador económico sobre otro u otros, cuando el caso lo amerite, a más de la sanción económica correspondiente.

A su vez, los operadores económicos están obligados a notificar una operación de concentración (horizontal o vertical), siempre que se cumpla una de las siguientes condiciones:

²⁹ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011, art. 27.

a. Que el volumen de negocios total en el Ecuador del conjunto de los partícipes supere (en el ejercicio contable anterior a la operación) el monto de Remuneraciones Básicas Unificadas (RBU) vigentes que se muestra a continuación:^{30,31}

Tipo de operación de concentración económica	RBU	Millones de USD al año 2021
Instituciones del sistema financiero nacional y de mercado de valores	3'200.000	1.280,0
Entidades de seguro y reaseguro	214.000	85,6
Resto de operadores económicos	200.000	80,0

b. En el caso de concentraciones que involucren operadores económicos que se dediquen a la misma actividad económica, y que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante del producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.³²

En los casos en los cuales las operaciones de concentración no cumplan cualquiera de las condiciones anteriores, no se requerirá autorización por parte de la SCPM. Sin embargo, la SCPM podrá solicitar de oficio o a petición de parte que los operadores económicos involucrados en una operación de concentración la notifiquen, en los términos que disponga la Ley.

³⁰ Junta de Regulación de la LORCPM, Resolución 009 – Fijar los umbrales del monto de volumen de negocios total en el Ecuador, del conjunto de los partícipes en una operación de concentración económica sobre el cual se debe cumplir con el procedimiento de notificación previa, <https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/12/Resoluci%C3%B3n-No.-009-Umbrales-de-Concentraci%C3%B3n.pdf>.

³¹ A efectos de la resolución indicada debe entenderse como Salario Básico Unificado.

³² Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011, art. 16.

2.4. Sanciones y medidas aplicables conforme a la Ley

La SCPM impondrá las siguientes sanciones a los operadores económicos que infrinjan la LORCPM:

	Por volumen de negocios	Si no es posible determinar volumen de negocios
Infracciones leves	Hasta 8% del volumen de negocios	Entre 50 a 2.000 RBU
Infracciones graves	Hasta el 10% del volumen de negocios	Entre 2.001 a 40.000 RBU
Infracciones muy graves	Hasta el 12% del volumen de negocios	Más de 40.000 RBU

Fuente: Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, art. 79
Elaboración: Superintendencia de Control del Poder de Mercado, 2021

Además de las sanciones antes señaladas, cuando el infractor sea una persona jurídica y haya incurrido en infracciones muy graves, **se podrá imponer una multa de hasta 500 RBU a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos** que hayan intervenido en la práctica anticompetitiva.

La SCPM podrá imponer multas de manera sucesiva e ilimitada en caso de reincidencia de prácticas anticompetitivas, por lo que en estos casos los **umbrales del 8%, 10% y 12% del volumen de negocios total del infractor no serán aplicables.**

Adicionalmente, si la SCPM determinare que los beneficios obtenidos como resultado de una conducta son superiores a los umbrales antes señalados, **se sancionará a los infractores con un monto idéntico al de dichos beneficios.**

Por último, quien no suministrare a la SCPM la información que haya solicitado, o si se hubiere suministrado información incompleta o incorrecta, la sanción será **de hasta 500 RBU.**

Para más información sobre los criterios usados por la SCPM para la determinación del importe de la multa por el cometimiento de infracciones a la LORCPM, acceder al siguiente enlace: <https://www.scpm.gob.ec/sitio/no-007-vigente-nueva-metodologia-para-calculas-multas-por-infracciones-a-la-lorcpm>

Para fijar el importe de las sanciones se tendrán en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias agravantes y atenuantes:



Agravantes

- La comisión reiterada de infracciones tipificadas en la LORCPM.
- La posición de responsable o instigador de la infracción.
- La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas.
- La falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectora de la SCPM.

Atenuantes

- La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción.
- La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas.
- La realización de actuaciones tendientes a reparar el daño causado.
- La colaboración activa y efectiva con la SCPM.

Fuente: Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, arts. 81, 82
Elaboración: Superintendencia de Control del Poder de Mercado, 2021

Además de las sanciones que la SCPM pueda imponer por infringir la Ley, la SCPM podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo, prevenir, impedir, suspender, corregir o revertir una conducta anticompetitiva, y evitar que dicha práctica se produzca nuevamente.

Sanciones penales relacionadas con las conductas previstas por la LORCPM

Las conductas anticompetitivas pueden estar relacionados a delitos a ser investigados y sancionados en el ámbito penal. Existen sanciones con penas privativas de libertad a los actos que impliquen:

- Circulación de información restringida
- Estafa
- Engaño al consumidor en la calidad de los productos o servicios vendidos
- Pánico económico
- Agiotaje

Los referidos tipos son solo algunos de los casos que, luego de la respectiva sustanciación por la justicia penal, podrían ser considerados como cometidos por las personas, en el curso de una investigación en materia de competencia. Según el artículo 72 de la LORCPM, la SCPM tiene la obligación de remitir a la Fiscalía General del Estado copia de un expediente cuando considere que existen indicios de responsabilidad penal.

En este ámbito es muy importante manifestar que mediante la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal (COIP) en materia anticorrupción se ha introducido en el COIP importantes reformas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre ellas, la consideración de que la confesión espontánea de delitos, colaboración en investigación, reparación de daños y la implementación de programas de *Compliance*

se consideran atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica en delitos relacionados con la corrupción, cohecho, corrupción entre privados, etc.

Por lo indicado, un programa de *Compliance* puede constituir una herramienta útil para evitar que los operadores económicos incurran también en hechos que puedan ser considerados delitos.

Sanciones civiles (pago de daños y perjuicios a afectados)

Aquellas personas que hayan sufrido daños o perjuicios a causa de una práctica anticompetitiva pueden interponer acciones judiciales para obtener una indemnización. Las acciones se tramitarán ante los jueces de lo civil, en juicio sumario.³³

2.5. Medidas que puede dictar la SCPM

La SCPM puede ordenar la aplicación de medidas correctivas o preventivas que estime convenientes en cualquiera de los casos relacionados con infracciones a la LORCPM.

Medidas correctivas

Además de la sanción que se imponga, la SCPM podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo, prevenir, impedir, suspender, corregir o revertir una conducta contraria a la LORCPM.

Las medidas correctivas podrán consistir, entre otras, en:

- a) El cese de la práctica anticompetitiva, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos;
- b) La realización de actividades o la celebración de contratos, tendientes a restablecer el proceso competitivo, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos; o,
- c) La inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos.³⁴

Medidas preventivas

Las medidas preventivas serán aplicadas antes o en cualquier estado del procedimiento de investigación, estas tienen por objeto preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere, o asegurar la eficacia de la resolución definitiva de la SCPM.

La LORCPM prevé que la SCPM podrá aplicar medidas preventivas, a fin de preservar las condiciones de competencia y evitar posibles daños. Entre estas, puede dictar las siguientes. **(a)** orden de cese de la conducta; **(b)** imposición de condiciones; **(c)** suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida; **(d)** adopción de comportamientos positivos; y **(e)** cualquier otra que se considere pertinente.

³³ *Ibíd.*, art. 71.

³⁴ *Ibíd.*, art. 73.

Las medidas preventivas deben ser adoptadas con criterios de intensidad, proporcionalidad y necesidad, atendidos los daños que buscan evitar.³⁵

2.6. Recursos que ofrece la LORCPM

La LORCPM otorga a la SCPM las herramientas para reducir o interrumpir los posibles daños de las conductas anticompetitivas, entre las cuales se encuentran los compromisos de cese, los beneficios de exención o reducción del importe de multas, así como, la realización de denuncias ante la SCPM o de consultas sobre la aplicación de la LORCPM.

2.6.1. Compromisos de cese

Los compromisos de cese permiten a los operadores económicos investigados, relacionados o denunciados presentar una propuesta de compromiso por medio de la cual se comprometen en cesar la conducta objeto de la investigación y a subsanar, de ser el caso, los daños, perjuicios o efectos que hayan producido, que produzcan o que puedan producir en el mercado relevante y en los consumidores sus prácticas anticompetitivas.³⁶

Los operadores económicos que deseen acogerse a un compromiso de cese deberán seguir los lineamientos del *"Instructivo para la Gestión y Ejecución de los Compromisos de Cese en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado"* y presentar su contenido conforme al artículo 8 de dicho Instructivo.

Más información sobre el proceso de compromisos de cese puede encontrarse en el siguiente enlace: <https://www.gob.ec/scpm/tramites/solicitud-compromiso-cese-cometimiento-presuntas-practicas-anticompetitivas>.

2.6.2. Procedimiento de exención y reducción del importe de multas (Programa de delación)

La LORCPM contempla un programa de beneficios de exención o reducción del importe de multas para aquellos operadores económicos o individuos que admitan ante la SCPM haber incurrido en prácticas anticompetitivas y, además, colaboren con la autoridad para detectar y sancionar estas prácticas.

Este programa tiene como finalidad facilitar la detección de las prácticas anticompetitivas, así como brindar una alternativa a las empresas que han optado por cumplir con las normativas de competencia, a efectos de prevenir y evitar sanciones graves que pudieran poner en riesgo la permanencia en el mercado de los operadores económicos.

En este sentido, el programa de exención y/o reducción del importe de la multa permite disminuir entre el 20% hasta el 100% de las multas, dependiendo, entre otros factores, del orden de llegada.³⁷

³⁵ *Ibíd.*, art. 62.

³⁶ *Ibíd.*, arts. 89, 93.

³⁷ *Ibíd.*, arts. 83, 84

Se puede eximir de la multa a la persona natural o jurídica que cumpla cualquiera de las dos siguientes condiciones:

- Sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la SCPM, le permitan ordenar el desarrollo de una inspección en relación con una infracción del artículo 11 (Acuerdos y Prácticas Restrictivas), siempre y cuando en el momento no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma;
- Sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la SCPM, le permitan comprobar una infracción del artículo 11, siempre y cuando, en el momento, la SCPM no disponga de elementos de prueba suficiente para establecer la existencia de la infracción.

El resto de operadores que deseen cooperar podrán solamente optar por una reducción de la multa de hasta el 50%, según el caso.

Quienes pretendan obtener una exención o reducción de la multa deberán cumplir con los siguientes requisitos:

1. Cooperar plena, continua y diligentemente con la SCPM, en los términos que se establezcan reglamentariamente, a lo largo de todo el procedimiento administrativo de investigación.
2. Poner fin a su participación en la presunta infracción en el momento en que facilite los elementos de prueba, excepto en aquellos supuestos en los que la SCPM estime necesario que dicha participación continúe con el fin de preservar la eficacia de una inspección.
3. No haber destruido elementos de prueba relacionados con la solicitud de exención, ni haber revelado, directa o indirectamente, a terceros distintos de la SCPM, su intención de presentar esta solicitud o su contenido.
4. No haber adoptado medidas para obligar a otras empresas u operadores económicos a participar en la infracción.

Una vez presentada la solicitud de exención o reducción de la multa por parte de un operador económico se debe seguir el siguiente procedimiento:

1. Evaluación de la solicitud de exención o reducción del importe de la multa;
2. Reuniones con el solicitante para el acuerdo de las condiciones de cooperación;
3. Suscripción del acuerdo de colaboración;
4. Emisión del informe de beneficios;
5. Decisión de otorgamiento de beneficios de exención o reducción del importe de la multa.³⁸

³⁸ Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Instructivo para el Otorgamiento de Beneficios de Exención o Reducción del Importe de la Multa de la SCPM, Registro Oficial 52 de 02 de octubre de 2019, art. 5.

Los interesados podrán presentar su solicitud por medio de un correo electrónico a programadelacion@scpm.gob.ec; en dicha solicitud, deberán señalar de manera expresa su deseo de acogerse al programa y proporcionar sus datos de contacto conforme al artículo 6 del Instructivo señalado anteriormente.

Para mayor referencia, se puede consultar el siguiente enlace: <https://www.scpm.gob.ec/sitio/programa-de-delacion/>

2.6.3. Denuncias de prácticas anticompetitivas

Cualquier persona que tenga un interés legítimo podrá denunciar ante la SCPM prácticas anticompetitivas. Para ello, deberá presentar un escrito de denuncia en la Secretaría General de la SCPM o en sus oficinas a nivel nacional. Debe estar dirigida al Superintendente de Control del Poder de Mercado y describir lo siguiente:

Contenido de la denuncia
a) El nombre y domicilio del denunciante;
b) Identificación de los presuntos responsables;
c) Una descripción detallada de la conducta denunciada, indicando el período aproximado de su duración o inminencia;
d) La relación de los involucrados con la conducta denunciada;
e) Los datos de identificación de los involucrados conocidos por el denunciante, incluyendo entre otros sus domicilios, números de teléfono y direcciones de correo electrónico, si las tuvieran y, de ser el caso, los datos de identificación de sus representantes legales; la falta de uno o más requisitos del presente literal no invalida la denuncia;
f) Las características de los bienes o servicios objeto de la conducta denunciada, así como de los bienes o servicios afectados; y,
g) Los elementos de prueba que razonablemente tenga a su alcance el denunciante.

Fuente: Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, art. 54
Elaboración: Superintendencia de Control del Poder de Mercado, 2021

La Intendencia correspondiente verificará que la denuncia reúna los requisitos establecidos en el artículo 54 de la LORCPM; si la denuncia no cumple los requisitos establecidos, se otorgará al denunciante el término de tres (3) días para que la aclare o complete, mientras que si no cumple con lo requerido, dentro del término señalado se ordenará su archivo. Para mayor información, puede revisar el siguiente link: <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2019/10/denuncias.pdf>

2.6.4. Absolución de consultas

Cualquier operador económico podrá solicitar por escrito a la SCPM una absolución de consulta en materia de competencia económica en relación con la aplicación de la LORCPM.

³⁹ La opinión formal es emitida por la SCPM y tiene efecto vinculante para el consultante.

³⁹ *Ibíd.* art. 38 núm. 20.

3. RECOMENDACIONES Y LINEAMIENTOS PARA LA ELABORACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE UN PROGRAMA DE COMPLIANCE EN COMPETENCIA

3.1. Generación de una cultura para cumplir con la LORCPM

Todo programa de cumplimiento debe propender a prevenir, identificar y erradicar toda conducta anticompetitiva que afecte a consumidores y competidores. Para el efecto, se debe formar una cultura y política corporativa para prevenir y mitigar riesgos y posibles sanciones, así como para mejorar el conocimiento de los procesos de la empresa.⁴⁰ En este sentido, para crear una verdadera cultura de cumplimiento es recomendable incorporar políticas y lineamientos que abarquen todo tipo de materias como por ejemplo corrupción, derechos humanos, comunicación, protección de datos, etc. De esta manera se asegura que el operador económico actúe de manera ética en todos los ámbitos y situaciones en las que se encuentre, entre ellas, las relacionadas con el Derecho de Competencia.

Esta cultura de cumplimiento constituye la base de todo programa de *Compliance*. En este sentido, el programa de cumplimiento en Competencia es una herramienta que permite mejorar las prácticas competitivas de los operadores económicos, considerando elementos de buena práctica corporativa, principios éticos y valores. Por lo indicado, resulta recomendable realizar esfuerzos para que dicho programa se convierta en parte de la cultura corporativa, al margen del valor que tiene para evitar sanciones. La actual tendencia mundial dicta que los operadores económicos desarrollen sus operaciones en un entorno guiado por valores corporativos y bajo el compromiso interno de cumplir con la ley, para beneficio de la empresa, de sus consumidores o usuarios, y de la sociedad.

En la creación de una cultura de cumplimiento, el órgano de dirección y administración de los operadores económicos juegan un papel clave, ya que ellos son quienes promoverán los valores éticos de la empresa y darán el impulso necesario para que los demás miembros de la organización se sumen a esta iniciativa. Para generar y sostener una cultura corporativa de cumplimiento es necesario que las acciones de los órganos directivos, así como de los trabajadores, reflejen los compromisos éticos de la empresa.

En función de lo expuesto, la SCPM recomienda considerar los siguientes aspectos para generar una cultura de cumplimiento.

3.1.1. Compromiso

Para implementar y cumplir íntegramente un programa de *Compliance* es fundamental que el operador económico se comprometa a generar en el entorno de la empresa una cultura de cumplimiento normativo. Esta cultura debe fomentarse esencialmente en sentido vertical, es decir, los primeros en demostrar la importancia de un programa de

⁴⁰ De este mejor conocimiento y desarrollo de los procesos de la empresa, se deriva la consecuencia de que ante posibles errores, omisiones o irregularidades, se puede tener un mejor control de daños interno y externo. Ver: Superintendencia de Industria y Comercio Colombia, Guía para facilitar al sector empresarial el Cumplimiento legal de sus obligaciones y derechos en Materia del marco jurídico de protección al Consumidor y competencia económica (Colombia: Superintendencia de Industria y Comercio Colombia, 2018), 48.

esta naturaleza deben ser los directivos de la empresa. Esta conducta por parte de los directivos de la empresa enviará un mensaje contundente a sus empleados respecto de la importancia que tiene para la empresa, implementar y practicar un programa de cumplimiento normativo.

3.1.2. Responsabilidad de cumplir con la LORCPM

El cumplimiento de la LORCPM por parte de los operadores económicos estriba principalmente en reconocer la importancia de establecer entre sus miembros una cultura de respeto a la ley. Esto se logrará a través de programas permanentes de concienciación a los directivos y empleados de la empresa, sobre los beneficios que supone adoptar una cultura de cumplimiento normativo. Los operadores económicos deberán estar conscientes de que el respeto y acatamiento a la normativa de competencia evitará que se vean inmersos en conflictos legales que pongan en riesgo el patrimonio y buen nombre de la empresa.

3.1.3. Generación de un código de conducta

Muchos operadores económicos cuentan con códigos de conducta, los cuales son manifestaciones de sujeción voluntaria que permiten mejorar sus buenas prácticas de mercado. Es necesario que la normativa y los principios en materia de competencia sean incorporados al código de conducta y demás normativa interna del operador económico.

De esta manera, el código de conducta se constituye en la piedra angular del programa de cumplimiento, ya que en este se plasman los valores o principios rectores del operador económico. Estos principios deben ser interiorizados por los administradores y colaboradores de la empresa. Es importante que el Código de Conducta sea aceptado por todos los colaboradores de la organización, actuales y futuros. Además, se deben implementar herramientas y capacitaciones para verificar que todos los miembros de la organización entienden el objetivo y los beneficios del Código de Conducta. De esta manera, el cumplimiento no solo se queda en la teoría sino que también se lleva a la práctica.

3.1.4. Generar integración con otros programas de cumplimiento

Algunos operadores económicos cuentan con programas de cumplimiento normativo en diferentes materias, como penal, ambiental, seguridad y salud ocupacional, entre otros; a efectos de optimizar recursos, estos operadores podrían integrar a sus programas de cumplimiento normativo existentes el cumplimiento del régimen de competencia.

Es importante mencionar que, aunque no es necesario contar con distintos programas de cumplimiento específicos por cada tema, en pro de la mejora continua, se pueden ir incorporando nuevas temáticas a los programas ya existentes.

Esto no solo evitará la dispersión normativa, sino que contribuirá a que los programas de cumplimiento sean integrales y que el efecto positivo en la empresa sea mayor.

3.2. Responsable del cumplimiento y asignación de recursos para este propósito

La efectividad de un programa de cumplimiento dependerá en gran medida de la persona o personas responsables que sean asignados a vigilar el cabal cumplimiento del mismo, en la forma de, por ejemplo, un oficial o de un comité de cumplimiento. Estos deberán contar con la experticia, independencia y autoridad suficiente para la supervisión y seguimiento del programa de cumplimiento. El oficial de cumplimiento debe ser visto como un aliado estratégico que, además de velar por el cumplimiento, absuelve dudas de los colaboradores.

El nombramiento del o los responsables del programa de cumplimiento normativo deberá considerar necesariamente la dimensión y el alcance de la empresa. No es lo mismo implementar un programa de *Compliance* en una corporación con varias filiales, que en una pequeña empresa. En este sentido, los operadores económicos deberán realizar la designación de responsables, dependiendo del caso, observando un principio de proporcionalidad, y de optimización de recursos.⁴¹

Lo más recomendable es que las funciones de responsable del cumplimiento las realice un departamento especializado. Sin embargo, en el caso de operadores económicos de menor tamaño, el departamento legal -en caso de existir- puede desarrollar y supervisar el programa de cumplimiento. También es posible que, por afinidad con los objetivos del programa, sean otros departamentos de la organización, como los de control de riesgos o de auditoría, quienes realicen las funciones en una forma apropiada.

Adicionalmente, se debe asegurar que la(s) persona(s) responsable(s) del programa de *Compliance* esté(n) libre(s) de conflictos de interés, según lo determine la empresa. Este aspecto también se contrarresta con un programa de cumplimiento, a través de políticas y formularios respecto de conflictos de interés.

Lo fundamental en este ámbito, es que él o los responsables del programa de cumplimiento normativo cuente(n) con el respaldo de la alta dirección y de los órganos de gobierno de la empresa, con quienes deberá(n) mantener comunicación directa.

⁴¹ El principio de proporcionalidad tiene como objetivo adaptar la confección de un Programa de *Compliance* para las empresas, de acuerdo con su tamaño, estructura y necesidades concretas, de modo que no tengan por qué emplear los mismos requisitos y condicionantes que los diseñados para las grandes corporaciones. Ver: Iberley, El principio de proporcionalidad en *Compliance*, 2018. https://www.iberley.es/temas/principio-proporcionalidad-compliance-62769?_cf_chl_captcha_tk__=pmd_58d4e9ba82ff38aa8fb65a78460ed01d4e33d68f-1627322710-0-gqNtZGzNAyKjcnBszQh6

En el caso de PYMES es posible que no se cuente con los recursos necesarios para contar con un área legal responsable del programa de manera independiente. Pero, es probable que cuenten con un encargado de finanzas o de la administración, quien podría asumir la responsabilidad del programa de cumplimiento. Ver: Comisión de Competencia de la Cámara de Comercio Internacional, Kit de herramientas de la ICC para el cumplimiento de la normatividad de competencia económica (Paris: ICC, 2015), 17.

3.2.1. Funciones del responsable de cumplimiento del programa de Compliance

Es fundamental que el responsable de cumplimiento sea una persona con la independencia suficiente para investigar, sancionar y tomar acciones dentro del programa de cumplimiento. El responsable tendrá, entre otras, las siguientes funciones:

1. Supervisar el diseño y la implementación del programa de cumplimiento;
2. Asegurar que el programa de cumplimiento está conforme con los objetivos y la política de la organización;
3. Proporcionar asesoramiento al personal de la organización sobre los temas de competencia;
4. Identificar los riesgos del operador económico;
5. Informar sobre el desempeño del programa al órgano de gobierno y a la alta dirección;
6. Receptar las denuncias e iniciar los procesos de investigación, según sea el caso;
7. Evaluar y supervisar el desempeño del programa de cumplimiento.

3.2.2. Recursos

El programa debe contar con recursos financieros, humanos y tecnológicos adecuados y proporcionales al tamaño y riesgo operativo de la empresa, a fin de que garantice el diseño, la implementación y el mantenimiento del mismo. Un programa de cumplimiento efectivo constituye una inversión rentable, ya que no solo reduce riesgos, evitando que el operador económico tenga que afrontar procesos investigativos ante la SCPM, así como multas o sanciones, sino que también favorece su reputación.

3.3. Enfoque de riesgo

Como se ha expuesto, infringir la LORCPM genera riesgos de diversa índole. En este sentido, es necesario identificar y prevenir los riesgos a los que se expone el operador económico. Para ello, es necesario tomar en cuenta los siguientes aspectos:

Cuadro de riesgos de violar la LORCPM	
<p>Infraacciones leves</p> <p>Multa de hasta el 8% del volumen de negocios</p>	<ol style="list-style-type: none"> a. Presentar a la SCPM la notificación de la concentración económica fuera de los plazos previstos en el artículo 16. b. No notificar una concentración requerida de oficio por la SCPM, según lo previsto en el artículo 16. c. No cumplir con las medidas correctivas dispuestas en virtud de los artículos 73 y siguientes de esta Ley. d. Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución de la SCPM. e. Incurrirán en infracción leve las autoridades administrativas o cualquier otro funcionario que hubiere admitido o concedido recursos administrativos, que se formulen con el ánimo de o que tengan como resultado el impedir, restringir, falsear, o distorsionar la competencia, o retrasar o impedir la aplicación de las normas previstas en esta Ley. f. No someterse a una inspección ordenada de acuerdo con lo establecido en esta Ley. g. Incurrirá en infracción leve quien presentare una denuncia falsa, utilizando datos o documentos falsos, con el propósito de causar daño a la competencia, sin perjuicio de las demás acciones civiles y penales que correspondan. h. La obstrucción por cualquier medio de la labor de inspección de la SCPM.

<p style="writing-mode: vertical-rl; transform: rotate(180deg);">Infracciones graves</p>	<p>Multa de hasta el 10% del volumen de negocios</p>	<p>a. El desarrollo de conductas colusorias en los términos previstos en el artículo 11 de esta Ley, cuando las mismas consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas u operadores económicos que no sean competidores entre sí, reales o potenciales.</p> <p>b. El abuso del poder de mercado tipificado en el artículo 9 que no tenga la consideración de muy grave.</p> <p>c. El falseamiento del régimen de competencia mediante prácticas, actos desleales en los términos establecidos en el artículo 27 de esta Ley.</p> <p>d. La ejecución de una operación de concentración sujeta a control, antes de haber sido notificada a la SCPM; o antes de que haya sido autorizada de conformidad con lo previsto en esta Ley.</p> <p>e. La utilización infundada, deliberada y reincidente de incidentes legales o judiciales, o recursos administrativos, que impidan, restrinjan, falseen, o distorsionen la competencia, o retrasen o impidan la aplicación de las normas previstas en esta Ley.</p> <p>f. No haber cumplido con las medidas correctivas dispuestas en virtud de esta Ley, tratándose de abuso del poder de mercado o acuerdos y prácticas restrictivas.</p> <p>g. No haber cumplido con los compromisos adquiridos de conformidad con esta Ley.</p> <p>h. Suministrar a la SCPM información engañosa o falsa.</p>
<p style="writing-mode: vertical-rl; transform: rotate(180deg);">Infracciones muy graves</p>	<p>Multa de hasta el 12% del volumen de negocios</p>	<p>a. El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 11 de esta Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas u operadores económicos competidores entre sí, reales o potenciales.</p> <p>b. El abuso del poder de mercado tipificado en el artículo 9 de esta Ley cuando el mismo sea cometido por una o más empresas u operadores económicos que produzca efectos altamente nocivos para el mercado y los consumidores o que tengan una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos.</p> <p>c. La ejecución de actos o contratos efectuados por el operador económico resultante de una operación de concentración sujeta a control, antes de haber sido notificada a la SCPM; o antes de que haya sido autorizada de conformidad con lo previsto en esta Ley.</p> <p>d. Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución de la SCPM, tanto en materia de abuso del poder de mercado, conductas anticompetitivas y de control de concentraciones</p>
<p>*Cuando el infractor sea una persona jurídica y haya incurrido en infracciones muy graves se podrá imponer una multa de hasta 500 RBU a cada uno de sus representantes o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, según el grado de intervención o participación de dichos representantes o directivos.</p> <p>* Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto.</p>		

Fuente: Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, arts. 78 y 79

Elaboración Superintendencia de Control del Poder de Mercado, 2021

3.3.1. Definir la estructura organizativa

El primer paso para la identificación de riesgos es definir los procedimientos internos, así como determinar las personas encargadas de cada uno de los procesos, las atribuciones y responsabilidades de cada miembro de la organización.

3.3.2. Elaboración de matriz de riesgos

La elaboración de una matriz de riesgos permite identificar de manera adecuada y oportuna los principales riesgos que corre la empresa de cometer una práctica anticompetitiva o de otros incumplimientos que también pueden ser sancionables, como

por ejemplo, la falta de colaboración con la SCPM en la entrega de información solicitada, o una incorrecta actuación del personal de la organización si es sujeto a una inspección o allanamiento por parte de la autoridad. Con base en dicha matriz, se pueden diseñar y gestionar acciones por parte de la empresa que permitan aminorar la ocurrencia o los impactos de los riesgos, y a su vez, planificar y ejecutar actividades, tanto de prevención como de subsanación, si alguno o varios de los riesgos se concretan en la práctica.

Resulta muy importante realizar una apropiada categorización de los riesgos con el fin de priorizar las acciones que ameritan mayor observación y cuidado para la oportuna previsión de prácticas u omisiones que puedan ser sancionables por parte de la autoridad; es muy común que se adopte un sistema de valoración de riesgos de tipo cualitativo que los clasifique como “alto”, “medio” o “bajo”,⁴³ aunque la empresa también puede considerar otras metodologías que tengan en cuenta parámetros cuantitativos.

Tómese en cuenta que los tipos de riesgos pueden ser de distinta índole, y que, conforme se revisó en el punto 3.3, las infracciones a la normativa legal de competencia pueden acarrear diferentes montos de multas, dado que ciertas prácticas pueden ser consideradas más graves que otras. Asimismo, las diferentes acciones de control y monitoreo deben ser debidamente adaptadas a los riesgos pertinentes, para que la respuesta de la empresa sea la más oportuna y efectiva posible ante la activación (potencial o real)⁴⁴ de un riesgo. Adicionalmente, se debe asignar a los responsables más adecuados para la ejecución de este tipo de acciones; por otra parte, se recomienda que las medidas de control y monitoreo sean medibles y verificables.⁴⁵

Los riesgos pueden depender de varias consideraciones, como el tamaño de la empresa, si se pertenece a un gremio o algún tipo de asociación más amplio, la influencia que puede tener la organización en el mercado, las propias características de la empresa, el mercado en el que participa, el tipo de conducta o incumplimiento que puede ser sancionable, el directivo o personal a cargo de cierta actividad, y demás factores que deben ser identificados por la propia empresa para su caso particular.^{46,47}

También cabe mencionar que la matriz de riesgos amerita una revisión periódica y continua de parte de la organización para que siempre esté adaptada a las condiciones actuales, tanto de la normativa vigente como de la propia posición de la empresa en el mercado; visto de otra manera, la matriz debe tener la suficiente flexibilidad para que pueda ser adecuada a cualquier cambio de los aspectos legales, así como a la inherente evolución del sector en la que la empresa participa.⁴⁸

A continuación, a manera de referencia, se presenta un ejemplo de una posible matriz de riesgos:

⁴³ World Compliance Association, Guía de implementación de *compliance* para pymes: Manual práctico de implementación, 2019, 65.

⁴⁴ Fiscalía Nacional Económica, Programas de cumplimiento de la normativa de libre competencia (Chile: FNC, 2012), 7.

⁴⁵ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Guía de Programas de Cumplimiento en relación con la defensa de la competencia (España: CNMC, 2020), 11.

⁴⁶ Comisión Federal de Competencia Económica, Recomendaciones para el cumplimiento de la Ley Federal de Competencia Económica dirigidas al sector privado (México: COFECE, 2015), 26.

⁴⁷ Indecopi, Guía de programas de cumplimiento de las normas de libre competencia (Lima: Indecopi, 2019), 16.

⁴⁸ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Guía de Programas de Cumplimiento en relación con la defensa de la competencia (España: CNMC, 2020), 26.

Ejemplo de matriz de riesgos

Tipo de Riesgo	Descripción del Riesgo Inherente (riesgo existente previo a cualquier acción)	Probabilidad de ocurrencia (1=poco probable ;...; 5=altamente probable)	Impacto (1=muy bajo impacto ;...; 5=muy alto impacto)	Calificación del Riesgo (Fórmula: Probabilidad x Impacto)	Valoración del Riesgo (mayor a 9=Alto; entre 4 y 9=Medio; hasta 3=Bajo)	Acciones de Control y/o Prevención	Responsable de las Acciones	Identificación de Riesgos Residuales (riesgos que persisten o que se presentan a pesar de las acciones adoptadas)	Acciones de Revisión y/o Subsanación
Acuerdos y prácticas restrictivas	Fijar precios de los productos junto con otras empresas de mi mismo sector o mercado	2	5	10	Alto	Capacitación a los directivos sobre los riesgos de acordar precios con otras empresas	Gerente General	Se tiene prevista una reunión con el gremio de productores, donde en la agenda se incluye una revisión de los niveles de producción y de precios para los próximos dos (2) años	Abstenerse de participar en la reunión, o proponer al gremio la exclusión de la agenda de cualquier discusión y acuerdo de cantidades y/o precios entre empresas
Abuso del Poder de Mercado	Negarse a proveer insumos a ciertas empresas de manera injustificada	3	3	9	Medio	Abstenerse en general de negar la venta de insumos (con posibles excepciones que puedan ser justificadas a la luz de la LORCPM)	Gerente de Ventas	La empresa ha incrementado su participación en el mercado del 20% al 35% en los últimos cinco (5) años, por lo que podría ser considerado como que ha aumentado también su poder de mercado	En años anteriores la empresa podía no ser considerada de tener poder de mercado por su pequeño tamaño, por lo que dada su participación actual debe preparar capacitaciones respecto al abuso del poder de mercado y sus consecuencias
Infraacciones que no constituyen una práctica anticompetitiva	No se cumple con la entrega de información solicitada por la SCPM	1	3	3	Bajo	Revisión continua de las solicitudes realizadas por la SCPM	Director Jurídico	Se tiene una solicitud de información que ha vencido su plazo de entrega	Atender de manera inmediata la entrega de información

También se puede identificar los riesgos del operador económico mediante la formulación de preguntas sencillas, tales como:

Contexto de la organización	(marcar si aplica)
¿Conocen los colaboradores el régimen de competencia y los comportamientos que este regula?	
¿Participa la organización en reuniones con gremios?	
¿Participan los miembros de la organización en eventos de la industria (ferias, exposiciones, seminarios, etc.)?	
¿Es frecuente en la organización que los empleados cambien de una empresa a otra?	
¿Tiene la organización los mismos proveedores que sus competidores?	
¿Suele la organización celebrar "acuerdos de colaboración" o similares, con sus competidores?	
¿Participa la organización en compras públicas?	
¿Sigue la organización de algún modo el comportamiento de precios de sus competidores?	
¿Mantiene la organización sistemas de distribución con algún tipo de exclusividad?	
¿Recomienda precios a sus socios de negocios?	
¿Ejerce la organización una presión fuerte a su fuerza de ventas y/o socios de negocios para que consigan clientes a cualquier costo?	
¿Mantiene condiciones comerciales diferentes para los clientes, sin que existan políticas y procedimientos por escrito, y aprobados en forma previa a la aplicación de tales condiciones?	
¿Distribuye productos o presta servicios de forma exclusiva?	
¿Suele la organización disminuir sus precios, incluso por debajo del costo?	
¿Incrementa sus precios de forma particularmente alta, bajo la certeza de que los volúmenes de venta se mantendrán en niveles similares?	
¿Realiza publicidad de sus productos de forma agresiva, a menudo sin contar con sustentos para sus reclamos publicitarios?	
¿La organización tiene en su consejo de administración/directorio a un miembro que forma parte de otro operador económico que es competidor en el mismo mercado?	

Fuente y elaboración: Superintendencia de Control del Poder de Mercado, 2021

La cantidad de respuestas afirmativas a estas preguntas, y a otras que la organización o sus asesores en materia de cumplimiento determinen, podría ser un indicador de qué tan robusto debe ser el programa de *Compliance* en Competencia.

3.3.3. Identificación de personas expuestas al riesgo

Si bien se espera que todos los colaboradores de un operador económico conozcan y participen en los programas de cumplimiento, es necesario mantener identificadas quiénes son las personas que, en razón de las funciones que desempeñan, se encuentran en situaciones que representan un riesgo significativo de infringir la normativa de competencia. Para estos efectos, resulta de utilidad la matriz de riesgos y cuestionario que constan, a manera de sugerencia, en el apartado anterior, pues permiten identificar la naturaleza de las diferentes prácticas anticompetitivas previstas en la LORCPM y ubicar a los colaboradores que se relacionan con competidores, clientes y proveedores, como el

personal de ventas o de marketing, así como quienes participan en asociaciones, entre otras situaciones.

3.3.4. Vigencia y actualización de los programas

Los programas de *Compliance* deben ser revisados periódicamente, a fin de que consideren cambios normativos o de cualquier aspecto del contexto del mercado, y que puedan tener alguna incidencia en la matriz de riesgos levantada inicialmente. Estos aspectos pueden incluir cambios en la cuota de mercado que mantiene el operador económico, movimientos de personal (en especial si se ha contratado personal que trabajaba con competidores), cambios en el giro de negocio, entre otros. Por lo indicado, se recomienda hacer una evaluación periódica que dé cuenta de posibles cambios.⁴⁹

3.4. Elaboración de guías, manuales y políticas

El programa de cumplimiento precisa de políticas institucionales claras que encaminen el desarrollo del programa. De igual forma, el programa debe apoyarse en una normativa interna tales como guías o manuales que desarrollen aspectos específicos de la cultura de cumplimiento del operador económico. También, es posible crear manuales que profundicen temas en materia de competencia que han sido abordados en las capacitaciones.

Estos manuales deben tener una inspiración práctica, y estar redactados en un lenguaje sencillo y que sea comprensible para todos los miembros del operador económico. Son una herramienta que permiten a los trabajadores identificar posibles riesgos, procedimientos internos, y posibles sanciones ante el incumplimiento de la normativa de competencia, con lo cual resulta recomendable que los colaboradores sean capacitados sobre sus disposiciones y asuman una responsabilidad concreta de su cumplimiento. Sobre este tema, la SCPM recomienda considerar lo siguiente:

3.4.1. Reglas y controles internos por cada riesgo

Los operadores económicos deberán establecer procedimientos, reglas de actuación y controles internos para cada riesgo, teniendo como referencia precisamente la matriz de riesgo. Esta acción permitirá a la empresa intervenir de manera inmediata cuando existan alertas de posible incumplimiento a la normativa de competencia. Por ejemplo, el operador económico que cuente con licencia única para la provisión de un bien, y que se niega a proveer su producto a un cliente, deberá establecer en qué casos puede justificadamente negarse a vender; si el operador económico participa en algún gremio deberán definirse un procedimiento de actuación para participar en foros, pues el intercambio de información que se da en ellos, puede ser propicio para conductas colusorias.

⁴⁹ El diagnóstico periódico y permanente es clave para el buen desempeño del programa de cumplimiento. Si bien la periodicidad deberá ajustarse a las necesidades del operador económico, se recomienda que sea de manera anual a fin de actualizar los controles internos y propiciar la mejora continua del programa.

3.4.2. Capacitación al personal

La capacitación continua y permanente sobre el funcionamiento del programa de *Compliance*, los valores corporativos, la cultura organizativa, buenas prácticas competitivas, normativa en materia de competencia, entre otros, son fundamentales para el sostenimiento del programa. De esta forma, las capacitaciones a todos los trabajadores, administradores y órganos directivos permiten que todos los miembros del operador económico conozcan y participen en las distintas fases del programa de cumplimiento, y formen parte activa de la cultura de cumplimiento de la organización.

Todos los trabajadores, y especialmente aquellos que laboren en áreas de mayor riesgo o que se relacionen con operadores económicos competidores, deben ser capacitados periódicamente en temas relacionados con la implementación y monitoreo del programa de cumplimiento. Estas capacitaciones deberán ser evaluadas con el propósito de medir el desempeño de los trabajadores y su grado de conocimiento respecto del programa.⁵⁰

A continuación se presentan, con carácter orientativo, los posibles contenidos de capacitaciones para diferentes públicos:

Personal	Capacitación
Trabajadores nuevos	Principios éticos del operador económico Cultura empresarial del operador económico Documentos principales: Código de conducta, Programa de <i>Compliance</i> , Políticas de la empresa.
Trabajadores en plantilla	Estructura organizativa Prevención de riesgos Funcionamiento del canal de denuncias Régimen disciplinario y sancionador Buenas prácticas competitivas Temas o legislación en materia de competencia
Directivos y mandos intermedios	Las conductas expuestas a potenciales riesgos, según el área y funciones de cada miembro de la empresa.
Responsable de cumplimiento	Métodos de trabajo para desarrollar y controlar los procedimientos y directrices del programa.

Fuente: World *Compliance* Association, 2019
Elaboración: Superintendencia de Control del Poder de Mercado, 2021

Como parte del deber de capacitación permanente, todos los operadores económicos deben conocer sus derechos y obligaciones, como en el caso de una inspección o allanamiento de la SCPM, a fin de evitar las sanciones que se aplican a quienes se oponen u obstruyen dichas diligencias. Por ejemplo, el operador económico deberá cerciorarse de que la información que consta en el documento que dispone la diligencia sea la correcta; y en el caso de allanamiento, deberá asegurarse de que la orden de dicha diligencia haya sido dispuesta por la autoridad competente (juez). Además, es fundamental que el operador económico colabore íntegramente durante la ejecución de la diligencia de inspección o allanamiento.

3.5. Monitoreo, auditoría y denuncias internas

Para que el programa de *Compliance* sea efectivo, su implementación y cumplimiento deben ser sometidos a vigilancia continua; será entonces clave de éxito que se cuente con un programa de monitoreo permanente, junto con una auditoría adecuada y canales apropiados para denuncias internas. Es recomendable que un programa sea auditado y/o actualizado integralmente en forma periódica, para evaluar su eficacia o vigencia conforme a los cambios que pueden darse a la normativa.

3.5.1. Monitoreo

El monitoreo consiste en supervisar de manera continua la implementación, gestión y resultados del programa de cumplimiento, con la finalidad de controlar el correcto desarrollo del programa. De igual forma, el monitoreo busca que se cumplan con los objetivos del programa y que las acciones de los trabajadores, administradores y órgano directivo se enmarquen en el programa de cumplimiento y sean congruentes con los principios éticos y valores organizativos.

Para la vigilancia continua se recomienda el uso de indicadores como KRI (*Key Risk Indicators*)⁵¹ y KPI (*Key Performance Indicators*)⁵² para evaluar la eficacia y la eficiencia del programa de cumplimiento que ha sido implementado por el operador económico.

3.5.2. Auditorías

Los programas de cumplimiento normativo deben contar con auditorías periódicas, con la finalidad de que el operador económico pueda detectar oportunamente si el programa se está cumpliendo íntegramente o, en su defecto, está sufriendo alguna desviación. Esto le permitirá a la empresa corregir inmediatamente aquello que no se está cumpliendo. Las auditorías resultan ser particularmente importantes para aquellos operadores económicos con elevados niveles de riesgo.

De igual manera, es importante señalar que las auditorías no solo permiten la detección de incumplimientos en el programa de *Compliance*, sino que además coadyuvan en generar alertas de posibles conductas anticompetitivas. Por lo tanto, las auditorías juegan un rol importante en los programas de cumplimiento normativo, ya que permiten prevenir y corregir a tiempo cualquier inobservancia del operador económico.

⁵¹ KRI es una medida para indicar la presencia potencial, nivel o tendencia de un riesgo, proporcionan una señal temprana y oportuna de una exposición al riesgo creciente en diversas áreas de la empresa. Ver: PwC, Indicadores Clave de Riesgo (KRI). <https://www.pwc.com/ve/es/publicaciones/assets/PublicacionesNew/Boletines/Indicadores%20claves%20de%20riesgo-oct2020.pdf>

⁵² Son indicadores que se definen con base en el desempeño histórico de la organización, sus unidades y operaciones clave, Permiten monitorear el desempeño de la organización y sus principales operaciones. Ver: PwC, Indicadores Clave de Riesgo (KRI). <https://www.pwc.com/ve/es/publicaciones/assets/PublicacionesNew/Boletines/Indicadores%20claves%20de%20riesgo-oct2020.pdf>

Si producto de una auditoría se detecta el cometimiento de posibles conductas contrarias a la competencia, el responsable de la auditoría deberá comunicar inmediatamente a los directivos de la empresa, para que estos a su vez procedan en la forma establecida en la Ley.

Para que una auditoría de programa de cumplimiento normativo alcance los resultados esperados, es fundamental que la persona asignada a realizar dicha auditoría cuente con absoluta autonomía para asegurar la transparencia de su trabajo y la efectividad de lo auditado. En tal virtud, es aconsejable acudir a auditores externos de manera periódica.⁵³

3.5.3. Denuncias internas

Los programas de cumplimiento requieren un canal de denuncias que permita a los colaboradores, administradores y órgano directivo, así como a terceras partes interesadas que actúen sobre la base de una creencia razonable, poner en conocimiento del responsable del programa, presuntos incumplimientos de las políticas y directrices de la organización, o realizar consultas sobre actuaciones futuras. Los canales de denuncia deben garantizar la confidencialidad, siendo altamente recomendable que permitan mantener en el anonimato a los denunciantes.

Se recomienda que el canal de denuncias sea adaptado a las necesidades y recursos del operador económico. Por ejemplo, en un operador económico que cuente con pocos recursos el canal de denuncias podrá ser implementado a través de un correo electrónico administrado por el responsable del programa; mientras que aquellos operadores económicos que cuenten con mayor posibilidad financiera, podrán utilizar páginas web, líneas telefónicas, software especializado, entre otros.

Independientemente del mecanismo usado, es fundamental que el canal de denuncias se maneje preservando la debida confidencialidad, con el propósito de evitar represalias o que se dificulte la labor de investigación y sanción a los posibles responsables del incumplimiento. El número de denuncias presentadas puede constituir un indicador de la efectividad del programa, ya que demuestra que los trabajadores conocen cuáles prácticas ponen en riesgo al operador económico; por otro lado, evidencia el compromiso del órgano directivo de no tomar represalias ante posibles denuncias.

3.6. Acciones disciplinarias internas

Los programas de cumplimiento normativo deberán establecer, en la medida de lo posible, acciones disciplinarias, para quienes por acción u omisión incumplan las políticas de *Compliance* asumidas responsablemente por la empresa. Para tal efecto, el operador económico deberá nombrar a un responsable que cuente con la autoridad necesaria para aplicar las sanciones que correspondan. En estos casos, es recomendable que estas tareas sean aplicadas por el área de recursos humanos. Esta forma de proceder sirve para disuadir comportamientos que atenten contra el desarrollo del programa, al tiempo que son un signo visible de un auténtico compromiso de la organización.

Asimismo, se recomienda que las organizaciones categoricen las medidas disciplinarias con criterios de proporcionalidad y progresividad en la aplicación, a efectos de que los colaboradores conozcan claramente cuáles serían las sanciones de las que podrían ser objeto, en caso de incumplir el programa de *Compliance*, y que sirvan como disuasorios de futuros incumplimientos.

Las sanciones disciplinarias se deben aplicar a cualquier miembro del operador económico, sin distinción alguna respecto a su cargo o función dentro de la organización.

Se recomienda establecer incentivos para fortalecer la cultura de la competencia; así, el cumplimiento y participación activa en el programa puede ser considerado como un factor que impacte de manera positiva en las evaluaciones que se realicen a los colaboradores.

3.7. Evaluación del programa de *Compliance* en competencia

La evaluación periódica permite determinar en qué medida el programa de cumplimiento ha contribuido a mejorar las prácticas competitivas del operador económico, establecer el grado de cumplimiento de las políticas implementadas, así como identificar los aspectos del programa que deben ser fortalecidos o mejorados.

De esta forma, se pueden establecer indicadores que ayuden a medir la eficacia y eficiencia del programa de cumplimiento, tales como: **i)** número de denuncias presentadas, **ii)** número de capacitaciones a trabajadores, **iii)** cumplimiento de objetivos del programa, **iv)** sanciones impuestas, **v)** nivel de satisfacción de los miembros de la organización con el programa de *Compliance* entre otros.

La evaluación del programa de cumplimiento se puede desarrollar mediante dos tipos de evaluaciones, una ordinaria o periódica, que es aquella que se ejecuta cada cierto tiempo (mensual, trimestral, anual); y la evaluación extraordinaria, realizada cuando ocurren circunstancias internas o externas que afectan el nivel de riesgo del operador económico.⁵⁴ De esta forma, los resultados de la evaluación constituyen un nuevo punto de partida para el rediseño del programa, ya que permite fortalecer ciertos aspectos de este.

3.8. Resumen de un programa de cumplimiento en competencia

Para facilitar la revisión de los aspectos más importantes a tener en cuenta en la elaboración de un programa de *Compliance* en Competencia, a continuación, se detallan los elementos que lo componen, con una indicación de los puntos más importantes:

⁵⁴ World *Compliance* Association, Guía de implementación de *Compliance* para pymes: Manual práctico de implementación, 2019.



Elementos	Puntos más importantes
Generar una cultura de cumplimiento de la Ley	<ul style="list-style-type: none">• El operador económico se comprometa a generar en el entorno de la empresa una cultura de cumplimiento normativo.• Estar conscientes de que el respeto y acatamiento a la normativa de competencia evitará que se vean inmersos en conflictos legales.• El código de conducta se constituye en la piedra angular del programa de cumplimiento.• Generar integración con otros programas de cumplimiento.
Responsable del cumplimiento y asignación de recursos para este propósito	<ul style="list-style-type: none">• El nombramiento del o los responsables del programa de cumplimiento normativo deberá considerar necesariamente la dimensión y el alcance de la empresa.• Es fundamental que el responsable de cumplimiento sea una persona con la independencia suficiente para investigar, sancionar y tomar acciones dentro del programa.• El programa debe contar con recursos financieros, humanos y tecnológicos adecuados y proporcionales al tamaño y riesgo operativo de la empresa.
Enfoque de riesgos	<ul style="list-style-type: none">• Identificar los diversos riesgos por infringir la LORCPM.• Elaborar una matriz de riesgos.• Identificar los riesgos del operador económico mediante la formulación de preguntas sencillas.• Identificar las personas que, en razón de las funciones que desempeñan, se encuentran en situaciones que representan un riesgo significativo de infringir la normativa de competencia.• Los programas de <i>Compliance</i> deben ser revisados periódicamente, a fin de que consideren cambios normativos o de cualquier aspecto del contexto del mercado.
Elaboración de guías, manuales y políticas	<ul style="list-style-type: none">• El programa debe apoyarse en una normativa interna, tales como guías o manuales que desarrollen aspectos específicos de la cultura de cumplimiento.• Establecer procedimientos, reglas de actuación y controles internos para cada riesgo.• Todos los trabajadores, y especialmente aquellos que laboren en áreas de mayor riesgo o que se relacionen con operadores económicos competidores, deben ser capacitados periódicamente.
Monitoreo, auditoría y denuncias internas	<ul style="list-style-type: none">• El monitoreo busca que se cumplan con los objetivos del programa y que las acciones de los trabajadores, administradores y órgano directivo se enmarquen en el programa.• Las auditorías juegan un rol importante en los programas de cumplimiento normativo, ya que permiten prevenir y corregir a tiempo cualquier inobservancia del operador económico.• Se recomienda que el canal de denuncias sea adaptado a las necesidades y recursos del operador económico, independientemente del mecanismo se debe observar el principio de proporcionalidad.
Acciones disciplinarias internas	<ul style="list-style-type: none">• El operador económico deberá nombrar a un responsable que cuente con la autoridad necesaria para aplicar las sanciones que correspondan. En estos casos, es recomendable que estas tareas sean aplicadas por el área de recursos humanos.• Las sanciones disciplinarias se deben aplicar a cualquier miembro del operador económico, sin distinción alguna respecto a su cargo o función dentro de la organización.
Evaluación	<ul style="list-style-type: none">• Permite determinar en qué medida el programa de cumplimiento ha contribuido a mejorar las prácticas competitivas del operador económico, establecer el grado de cumplimiento de las políticas implementadas, así como identificar los aspectos del programa que deben ser fortalecidos o mejorados.

Fuente: Comisión Federal de Competencia Económica, 2015

Elaboración: Superintendencia de Control del Poder de Mercado, 2021

4. REFERENCIAS ÚTILES PARA EL DISEÑO DE UN PROGRAMA DE COMPLIANCE

En esta sección se muestran diversas referencias documentales de acompañamiento que pueden ser útiles en la elaboración de un programa de *Compliance*.

4.1. Relacionadas con la LORCPM

4.1.1. Instrumentos jurídicos

Esta sección contiene un listado de los principales instrumentos que conforman el marco jurídico en materia de competencia en el Ecuador:

- Constitución de la República del Ecuador
- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado
- Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado
- Resoluciones de la Junta de Regulación del Poder de Mercado
- Resoluciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

4.1.2. Resoluciones de la SCPM

La ciudadanía puede conocer los razonamientos y la argumentación del SCPM en los casos que resuelve. Las resoluciones se encuentran disponibles en un buscador del portal oficial institucional: <https://www.scpm.gob.ec/sitio/resoluciones-scpm/>

Asimismo, la SCPM dicta otros tipos de instrumentos que prestan utilidad para el cumplimiento del marco normativo por parte de los operadores económicos:

- Recomendaciones
- Exhortos
- Guías de la SCPM

4.1.3. Documentos de divulgación pública

La SCPM publica documentos dirigidos a distintos públicos que proporcionan información sobre cómo opera la política de competencia:

- Estudios de mercado
- Informes especiales
- Campañas informativas

4.2. Guías emitidas por agencias pares de competencia

Esta sección presenta un listado de documentos generados por autoridades de competencia de otras jurisdicciones y organismos internacionales. Estos pueden servir como un apoyo adicional para implementar programas de cumplimiento en materia de competencia.

Al respecto, es importante comentar que se incluyen solamente como una referencia, dado que están adaptadas a las realidades de cada uno de sus países. Las recomendaciones contenidas en esos documentos son responsabilidad exclusiva de quien los emite y obedece a las características de sistemas normativos específicos.

- Guía de Competencia – Fiscalía Nacional Económica de Chile.
- Guía de programas de cumplimiento de las Normas de Libre Competencia – Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de Propiedad Intelectual de Perú.
- Guía para facilitar al sector empresarial el cumplimiento legal de sus obligaciones y derechos en materia del marco jurídico de protección al consumidor y competencia económica – Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia.
- Recomendaciones para el cumplimiento de la Ley Federal de Competencia Económica dirigidas al sector privado – Comisión Federal de Competencia Económica de México.
- Guía de Programas de Cumplimiento en relación con la defensa de la competencia – Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España.

CONTACTO CON LA SCPM

Para dudas sobre el alcance de esta Guía de *Compliance* en Competencia, así como de las atribuciones que la SCPM ejerce, ponemos a su disposición los siguientes canales de comunicación:

Sitio web: <https://www.scpm.gob.ec/sitio/>
Correo electrónico: secretaria.general@scpm.gob.ec
Teléfono: (593 2) 395 6010
Dirección: Av. de los Shyris N44-93 y Río Coca, Edificio Ocaña, Quito-Ecuador

Invitamos a que siga a la SCPM en sus redes sociales:

Facebook: <https://www.facebook.com/SCPMEc/>
Twitter: @SCPM_Ec
LinkedIn: Competencia Ecuador SCPM

Bibliografía

- Carlton, Dennis y Jeffrey Perloff. *Modern Industrial Organization*. Edinburgh Gate: Pearson Education Limited, 2015.
- Comisión de Competencia de la Cámara de Comercio Internacional. *Kit de herramientas de la ICC para el cumplimiento de la normatividad de competencia económica*. Paris: ICC, 2015.
- Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE). "Política de Competencia en México". COFECE. 26 de marzo de 2020. https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/07/GuiaExpositor_Politica_de_Competencia.pdf
- Comisión Federal de Competencia Económica. *Recomendaciones para el cumplimiento de la Ley Federal de Competencia Económica dirigidas al sector privado*. México: COFECE, 2015.
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. *Guía de Programas de Cumplimiento en relación con la defensa de la competencia*. España: CNMC, 2020.
- Curiel, Claudia. *Diseño de un Modelo de Abogacía de la Competencia en el Contexto de la Implantación de las Políticas de Competencia en América Latina*. New York: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, 2000. https://unctad.org/es/Docs/itcdclpmisc12_sp.pdf
- Fiscalía Nacional Económica. *Programas de cumplimiento de la normativa de libre competencia*. Chile: FNC, 2012.
- Iberley. *El principio de proporcionalidad en Compliance*. 2018. https://www.iberley.es/temas/principio-proporcionalidad-Compliance-62769?__cf_chl_captcha_tk__=pmd_58d4e9ba82ff38aa8fb65a78460ed01d4e33d68f-1627322710-0-gqNtZGzNAyKjcnBszQh6
- Indecopi. *Guía de programas de cumplimiento de las normas de libre competencia*. Lima: Indecopi, 2019.
- Jatar, Ana Julia y Luis Tinero. *Competition Policy in the Andean countries: a policy in search of its place*. Washington DC: Organization of American States, 1997.
- Junta de Regulación de la LORCPM. *Resolución 009 – Fijar los umbrales del monto de volumen de negocios total en el Ecuador, del conjunto de los partícipes en una operación de concentración económica sobre el cual se debe cumplir con el procedimiento de notificación previa*. <https://www.planificacion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/12/Resoluci%C3%B3n-No.-009-Umbrales-de-Concentracion-.pdf>.

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial 555, Suplemento, 13 de octubre de 2011.

PWC, Indicadores Clave de Riesgo (KRI). <https://www.pwc.com/ve/es/publicaciones/assets/PublicacionesNew/Boletines/Indicadores%20claves%20de%20riesgo-oct2020.pdf>

Reglamento de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Registro Oficial 697, Suplemento, 07 de mayo de 2012.

Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Instructivo para el Otorgamiento de Beneficios de Exención o Reducción del Importe de la Multa de la SCPM, Registro Oficial 52 de 02 de octubre de 2019.

Superintendencia de Industria y Comercio Colombia. Guía para facilitar al sector empresarial el Cumplimiento legal de sus obligaciones y derechos en Materia del marco jurídico de protección al Consumidor y competencia económica. Colombia: Superintendencia de Industria y Comercio Colombia, 2018.

Tarziján, Jorge y Ricardo Paredes. Organización industrial para la Estrategia Empresarial. Santiago de Chile: Pearson Educación de Chile Ltda, 2012.

Urbano, Martín y Juan Ignacio Sánchez Gutiérrez. "La política de competencia, crecimiento y globalización". Contabilidad y Negocios 9, no. 17 (2014):84. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=281632446007>.

World Compliance Association. Guía de implementación de *Compliance* para pymes: Manual práctico de implementación, 2019.

Aprobado:

Danilo Sylva Pazmiño

Superintendente de Control del Poder de Mercado

Ricardo Freire Granja

Intendente General Técnico

Daniel Granja Matovelle

Intendente Nacional de Abogacía de la Competencia (e)

Revisado:

Paulo Maruri Jiménez

Director Nacional de Promoción de la Competencia

Elaborado:

Kimberly Triviño Rodríguez

Analista de Promoción de la Competencia

Cristian Romero Mendoza

Experto Zonal de Apoyo Técnico

Agradecimientos especiales:

Fundación Ciudadanía y Desarrollo (FCD) y Pan American Development Foundation (PADF).

Grazia De La Torre (Universidad Espíritu Santo); **Luis Moro** (World Compliance Association); **Daniel Robalino** (Instituto Ecuatoriano de Derecho de la Competencia); **Emilio Gallardo** (Cámara de Industrias de Guayaquil); **Ariana Ostaiza y Rosemary Vélez** (Cámara de Comercio de Guayaquil); **Verónica Vivanco** (Cámara Artesanal de Pichincha); **Pablo Zambrano** (Cámara de Industrias y Producción); **Patricia Alvear** (Lex Advisor Ecuador); **Carlos Andretta** (Carmigniani Pérez Abogados); **Bruce Horowitz, Eduardo Esparza y Esteban Vivero** (Dentons Paz Horowitz); **María Rosa Fabara y Daniel Castelo** (Fabara Abogados); **Alba Lema** (SMC Compliance); **María Isabel Machado** (Falconí Puig Abogados); **Luis Marín, Ricardo Peñaherrera y Ana María Terán** (Lexvalor Abogados); **Luis Montes** (BCComply); **Santiago Reyes, Gabriel Galarza y Cristina Jaramillo** (Compliance Ecuador); **Javier Salazar, Geovanni Nacimba, y Krystel Zamora** (EY Ecuador); **Francisco Santillán** (Santillán Abogados); **Ricardo Velasco** (Pérez Bustamante & Ponce); **Arody Perdomo y Antonella Involto** (OLX Ecuador).