

Guía Comparada sobre Libre Competencia: caso Chile



Compliance
Internacional

●●○ NIVEL INTERMEDIO

El apego a la promoción y defensa de una competencia efectiva entre los agentes del mercado, ha representado en los últimos años un desafío para las empresas, las cuales deben autorregularse para cumplir con estos estándares legales. De este modo, diseñar e implementar un programa de compliance efectivo e integral se ha transformado en una verdadera necesidad para las compañías, las cuales están llamadas a promover, en toda la organización, una cultura de trabajo que rechace cualquier conducta que impida, restrinja o deforme la competencia en el mercado.

En la plataforma Compliance Latam, existe consciencia de las complejidades que traen aparejados los nuevos retos impuestos a las empresas, pero al mismo tiempo visualizan la gran oportunidad que tienen las compañías para cumplir con la legalidad, asumir un compromiso ético y, al mismo, potenciar la eficiencia de la organización, asegurando la estabilidad y sostenibilidad de la empresa al elaborar e implementar un compliance program que entienda su modelo de negocio y que tenga la virtud de adecuarse e integrase a la estructura corporativa.

En esta línea, los miembros de Compliance Latam, en julio del 2022 publicaron una “Guía Comparada sobre Compliance en Libre Competencia”, documento que recogió el estado de avance, problemáticas de ese momento, experiencias comparadas y los principales retos que tenía cada una de las diez jurisdicciones analizadas en materia de compliance de libre competencia.

A continuación te presentamos la sección dedicada a Chile escrita por Matías Edwards, asociado senior de la firma AZ | Albagli Zaliasnik.

Fecha	Julio 2022
Tpo. de lectura	16 min.



FUENTE: el texto de esta portadilla se elaboró a partir de la introducción de la “Guía Comparada sobre Libre Competencia” publicada por la plataforma “Compliance Legal Latam”.

Autor:

Matías Edwards, Asociado Senior
az | albagli zaliasnik



1. ¿Cuál es el marco regulatorio aplicable en materia de libre competencia en tu jurisdicción?

Las normas de defensa de la libre competencia en Chile están establecidas en el Decreto Ley N° 211 de 1973 cuyo objeto es promover y defender la libre competencia en los mercados.

La institucionalidad de libre competencia en Chile está conformada por la Fiscalía Nacional Económica (FNE), el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) y la Corte Suprema. En particular, la FNE investiga todo hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, incluyendo, entre otras, prácticas colusorias, abusos de posición dominante y operaciones de concentración que reduzcan sustancialmente la competencia en los mercados. El TDLC, por su parte, posee una función jurisdiccional, esto es, conocer y juzgar los conflictos derivados de atentados en contra de la libre competencia, como respecto de asuntos no contenciosos que puedan infringir esta normativa. Finalmente, la Corte Suprema cumple una función revisora de las decisiones dictadas por el TDLC en el ejercicio de sus funciones, por la vía del recurso de reclamación.

En este contexto, cabe destacar las modificaciones introducidas por las leyes N°19.911, de 2003, N°20.361, de 2009 y N°20.945 de 2016. La primera creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) como una judicatura colegiada e integrada por abogados y economistas expertos en la materia (3 y 2 miembros, respectivamente). La segunda, incorporó a nuestra legislación dos herramientas de combate a la colusión, a saber: la figura de la delación compensada y el otorgamiento de facultades intrusivas a la FNE para detectar conductas colusivas en el marco de investigaciones seguidas ante la autoridad. Finalmente, la tercera incorporó el tipo penal de colusión; incrementó el umbral y mecanismo de determinación de multas a infractores de la normativa de libre competencia; estableció un régimen obligatorio de control de operaciones de concentración; y creó una acción especial de indemnización de perjuicios derivadas de ilícitos anticompetitivos.

2. ¿Qué tipo de conductas sanciona la normativa de libre competencia de tu jurisdicción?

En términos amplios, nuestra normativa vigente prohíbe los siguientes grupos de conductas:

- **Acuerdos colusivos (carteles o prácticas**

concertadas): prácticas en virtud de las cuales, dos o más empresas que compiten en un mismo mercado, acuerdan aumentar o fijar precios, reducir la producción, repartirse el mercado o bloquear el ingreso de nuevos competidores, con el objetivo de incrementar los beneficios de las empresas participantes.

- **Abusos de posición dominante:** Corresponden a conductas unilaterales o de monopolización prohibidas por el derecho de la competencia, caracterizadas por la presencia de un agente que utiliza su poder de mercado con el objeto afectar la competencia por la vía de excluir competidores (abusos exclusorios) o explotar consumidores (abusos explotativos).

- **Actos de competencia desleal:** conductas destinadas a desviar la clientela de un agente de mercado a otro por medios ilegítimos, en la medida que sean realizados con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio en el mercado.

- **Interlocking directo:** Se refiere a la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí, siempre que el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las referidas empresas tenga ingresos anuales que excedan USD \$ 3.8 millones en el último año calendario.

3. En caso de incurrir en alguna conducta anticompetitiva ¿Qué tipo de sanciones contempla la normativa de libre competencia en tu jurisdicción?

El TDLC al momento de sancionar al agente económico infractor, puede adoptar las siguientes medidas:

- Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos contrarios a la competencia;
- Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en las conductas anticompetitivas;
- Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente al 30% de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción. En el evento de que no sea posible determinar las ventas ni el beneficio económico obtenido por el infractor, el Tribunal podrá aplicar multas hasta por una suma equivalente a USD\$

50 millones, aproximadamente; y

- La incorporación de programas de cumplimiento en materia de libre competencia.

Adicionalmente, tratándose de casos de carteles duros donde ya ha sido establecida la responsabilidad infraccional de sus participantes por sentencia ejecutoriada del TDLC, la FNE tiene la facultad de iniciar una acción destinada a establecer la responsabilidad penal de los responsables por el delito de colusión, pudiendo arriesgar penas de hasta 10 años de presidio, además de penas de inhabilitación para ejercer cargos de director o gerente de una sociedad anónima abierta o sujeta a normas especiales, cargos de director o gerente de empresas del Estado o en las que éste tenga participación, y cargos de director o gerente de una asociación gremial o profesional.

4. ¿La institucionalidad de libre competencia de tu jurisdicción reconoce valor a los programas de compliance en esta materia?

Si bien nuestra legislación no contempla una valoración especial de los programas de cumplimiento en materia de libre competencia, la jurisprudencia del TDLC y la Corte Suprema han considerado que su existencia al interior de las compañías infractoras puede ser considerada como una atenuante de responsabilidad infraccional en la determinación de la multa por la comisión de un ilícito anticompetitivo. Para estos efectos, debe tratarse de un programa *completo, real y serio*. Dicho de otro modo, debe ser eficaz en prevenir conductas contrarias a la libre competencia.

Por su parte, la Guía Interna para Solicitudes de Multa de la FNE reconoce que si el presunto infractor demuestra durante la investigación contar con un programa de cumplimiento en materia de libre competencia, adoptado e implementado con anterioridad a la ejecución de la conducta objeto de investigación, dicha circunstancia podría ser considerada como factor que reduzca el monto base de la multa a ser solicitada ante el TDLC, en caso de verificarse una conducta anticompetitiva como resultado de dicha investigación.

5. ¿Qué elementos debe tener un programa de compliance en libre competencia en tu jurisdicción?

De acuerdo con la Guía sobre Programas de Cumplimiento de Libre Competencia de la FNE, los elementos mínimos con los que debiesen contar este tipo de programas son:

1. **Manual:** Un Programa de Cumplimiento debiese al

menos contar con un manual escrito que contenga de manera clara y comprensible los principales aspectos del Programa;

2. **Entrenamiento:** El entrenamiento permite dar a conocer el alcance y significado del manual puesto a disposición de los trabajadores, por lo que debe encontrarse presente en todo Programa de Cumplimiento;

3. **Monitoreo y auditorías:** Esto tiene la finalidad de evaluar la efectividad y desempeño del Programa implementado, lográndose así identificar sus posibles falencias y debilidades, lo que permite perfeccionar el alcance y efecto del Programa; y

4. **Incentivos y medidas disciplinarias:** Las medidas disciplinarias deberán operar al interior de las organizaciones como una señalización clara de que la comisión de conductas contrarias a la libre competencia constituye una conducta reprochable al interior de las empresas. Por otro lado, los incentivos, motivarán una participación más activa de estos últimos en la identificación de eventuales inobservancias al Programa de Cumplimiento.

Sumado a lo ya expuesto, para que un Programa de Cumplimiento sea efectivo, debe cumplir con cuatro requisitos copulativos:

- **Real compromiso a cumplir:** Esta característica debe traducirse en la creación de políticas internas y externas del agente económico acorde a la normativa de libre competencia que reflejen una cultura de compromiso de la compañía en la materia;

- **Identificar riesgos, tanto actuales como potenciales:** Este ejercicio implicará efectuar un estudio detallado de los riesgos y determinar medidas para eliminarlos o mitigarlos, según corresponda. Cada uno de ellos deberán clasificarse en atención a su grado y ser revisados periódicamente, en consideración a posibles cambios en las condiciones de competencia en el mercado en que inciden;

- **Crear estructuras y procedimientos internos acordes con la normativa de libre competencia:** El diseño de políticas comerciales, metas e incentivos internos del agente económico deben estar alineados con la normativa de libre competencia y el compromiso de cumplirla. De igual manera, deben establecerse vías de comunicación idóneas para que los colaboradores de una organización puedan denunciar posibles incumplimientos del Programa de Cumplimiento adoptado.

- **Involucramiento directo de la plana ejecutiva como del directorio del agente económico;** y

- **El encargado de llevar a cabo el Programa de Cumplimiento debe gozar de autonomía e independencia,** y responder ante los altos ejecutivos o, idealmente, ante el Directorio.

6. ¿En tu jurisdicción se exige contar con un oficial de cumplimiento especializado en libre competencia?

De acuerdo con nuestra normativa, no es obligatorio contar con un oficial de cumplimiento especializado en materia de libre competencia. No obstante ello, dentro de la Guía de Programas de Cumplimiento de la FNE, se recomienda fuertemente su incorporación en el marco del diseño de este tipo de programas de cumplimiento.

Ahora bien, cabe señalar que la jurisprudencia reciente del TDLC (*caso supermercados; caso ampollas*) ha obligado a los agentes económicos involucrados en casos de colusión a implementar programas de cumplimiento en materia de libre competencia, en los cuales se exige la incorporación de un oficial de cumplimiento experto en libre competencia, dotado de autonomía e independencia de la entidad infractora.

7. ¿Cómo aporta valor a las compañías contar con un programa de compliance en libre competencia?

Los Programas de Cumplimiento aportan valor a las empresas en diversas perspectivas, a saber:

(i) *En primer lugar, el compliance promueve una cultura de cumplimiento normativo enfocada en el respeto y promoción de la normativa antitrust, elevando el comportamiento competitivo de las firmas en los mercados;*

(ii) *En segundo término, un programa de cumplimiento de libre competencia serio, creíble y efectivo permite evitar riesgos asociados a la comisión de conductas anticompetitivas por parte de las compañías y sus colaboradores. Como consecuencia de ello, se mitiga la posibilidad ser objeto de millonarias multas, penas privativas de libertad y otras sanciones.*

(iii) *En tercer lugar, mediante un programa de cumplimiento de libre competencia real, serio y efectivo, una empresa puede evitar verse expuesta al daño reputacional que implica participar de este tipo de ilícitos.*

(iv) *Por último, un programa de cumplimiento de libre*

competencia real, serio y efectivo posibilita que una compañía potencialmente infractora opte a una reducción de multas, en caso de ser sancionada.

8. ¿Cuáles son las primeras acciones que debería tomar una empresa que quiere incorporar un programa de compliance de libre competencia?

- En primer término debe existir la decisión y compromiso transversal de la empresa de instaurar una cultura de cumplimiento en materia de libre competencia al interior de la organización.

- Luego, deberán revisarse los procesos y prácticas comerciales de las compañías, en orden a determinar si algunos de ellos están expuestos a convertirse en posibles atentados a la libre competencia o importan un riesgo de esta naturaleza para las empresas. Ello, tomando especial consideración los mercados donde se desenvuelven estos agentes económicos y escuchando a los colaboradores que están involucrados cotidianamente en el proceso de toma de decisiones y ejecución de políticas competitivas de las compañías.

- Con esta información, se podrán identificar brechas y proponer medidas de mejoras y políticas de cumplimiento que busquen mitigar los riesgos a la competencia detectados. De este modo, será posible diseñar un programa de compliance adecuado a la naturaleza, características y dinámicas de competencia de las empresas involucradas.