



CONSIDERACIONES JURISPRUDENCIALES SOBRE LA RELEVANCIA DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN EL SISTEMA CHILENO DE LIBRE COMPETENCIA

Cristián R. Reyes Cid

Consideraciones jurisprudenciales sobre la relevancia de los programas de cumplimiento en el sistema chileno de libre competencia

Mayo 2020



Cristián R. Reyes Cid

Abogado y Magíster en Derecho de la Empresa (LLM) de la P. Universidad Católica de Chile. Jefe de las Divisiones Jurídica y de Litigios de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) entre 2009 y 2012. Senior Counsel de Aninat Abogados.

I. INTRODUCCIÓN

Si bien los programas de cumplimiento han tenido un profuso desarrollo a nivel comparado, éste ha sido más bien reciente y ha ido muy de la mano de la incorporación en las legislaciones nacionales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a la que Chile se ha adherido en virtud de su membresía en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

Aun cuando existen en el mundo diversas directrices que recogen los principales elementos considerados necesarios para que un *compliance* sea estimado como adecuado¹, el presente documento realiza fundamentalmente una reseña de la evolución jurisprudencial que los programas de este tipo han experimentado desde el año 2009 hasta la fecha en nuestro sistema de libre competencia, y de la madurez que ha ido alcanzando la definición de dichos programas, especialmente en el último par de años. En la última parte, se analizan las exigencias y principales desafíos que enfrenta el *compliance* en su dimensión práctica.

II. EL CASO SUPERMERCADOS

Para muchos, la Sentencia N° 167/2019, dictada en el denominado *Caso Supermercados*², mediante la cual el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) sancionó a las principales cadenas supermercadistas por un acuerdo colusorio para fijar precios mínimos en la venta de pollo fresco, marcó diversos hitos relevantes.

Por una parte, ha sido objeto de profundo análisis, por el hecho de no haberse recopilado evidencia de contacto directo entre las empresas, sino a través de sus proveedores, lo que constituiría un caso de lo que la doctrina ha bautizado como *hub and spoke*, cuyos alcances fueron analizados de manera inédita por el Tribunal en dicho proceso judicial³, sin perjuicio que fue en el *Caso Farmacias*⁴ que se constató por primera vez este tipo de comportamiento ante dicha magistratura⁵.

1 A este respecto, destacan los “siete puntos” contemplados en United States Sentencing Commission, *Sentencing Guidelines Manual* (noviembre 2010), section 8B2.1(b), http://www.uscc.gov/Guidelines/2010_guidelines/Manual_PDF/Chapter_8.pdf, y los doce elementos indicados en OCDE, *Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* (2009), <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44176910.pdf>. También cabe mencionar, tal como lo hace la Sentencia N° 167/2019 del TDLC, el aporte doctrinario a nivel comparado, como por ejemplo el de Joseph Murphy y William Kolasky, “The Role of Anti-Cartel Compliance Programs In Preventing Cartel Behavior”, *Antitrust* 26, N° 2 (2012), 61, donde los “siete puntos” son divididos en 20 subcategorías.

2 *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras*, C-304-2016, Sentencia TDLC N° 167/2019 (2019).

3 Véanse, principalmente, los considerandos séptimo y siguientes, y decimoséptimo y siguientes.

4 *Fiscalía Nacional Económica contra Farmacias Ahumada S.A. y otros*, C-184-2008, Sentencia TDLC N° 119/2012 (2012).

5 Al efecto, cabe destacar el análisis realizado por las abogadas Carolina Bawlitza y María José Henríquez en Carolina Bawlitza y María José Henríquez, “La experiencia chilena en acuerdos Hub & Spoke”, *Desafíos de la Libre Competencia en Iberoamérica* (Thomson Reuters, 2019).

No obstante lo anterior, vale la pena detenerse en la especial importancia que le asignó este fallo a los programas de cumplimiento en libre competencia⁶, en el sentido de declarar que esta clase de *compliance* podría ser considerada como eximente, o al menos como atenuante, en caso que el programa respectivo cumpla con los requisitos de ser *serio, creíble y efectivo*.

Al respecto, destaca el considerando centésimo octogésimo segundo del citado fallo, que señala lo siguiente:

"(...) la implementación de un programa "real" de cumplimiento y ética va más allá del mero cumplimiento de un listado de requisitos. De hecho, los propios elementos que debieran conformarlo varían dependiendo, entre otros factores, del tamaño de la firma (lo que implica, por cierto, que en el caso de Walmart la exigencia es elevada). En esto, existe una diferencia fundamental con el régimen contemplado en el artículo 4º de la Ley N° 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas en ciertos delitos. En sede de libre competencia, lo relevante es que el programa pueda ser calificado como serio, creíble y efectivo, cuestión que no depende del número de elementos que contenga, sino que es realizada siempre de manera discrecional por la autoridad (en nuestro derecho, la FNE o este Tribunal)".

En otras palabras, el Tribunal deja en evidencia y de manera expresa el hecho de que no basta con realizar de manera formal un programa de cumplimiento, en el que se contemple un listado de requisitos generales y transversales (como podría suceder tratándose de la responsabilidad penal de las personas jurídicas), sino que es necesario que dicho programa sea acorde a la realidad concreta de la empresa que lo desarrolle, considerando al efecto factores tales como su tamaño.

Tal consideración debe ser complementada por la cita efectuada por el mismo fallo, en su considerando centésimo septuagésimo cuarto:

"Que, ante todo, conviene recordar que esta magistratura ha fomentado y promueve constantemente los programas de cumplimiento y ética como la vía esencial para asegurar el apego a la normativa y detectar el mal comportamiento al interior de los agentes económicos. Esto proviene de reconocer, como señalan dos autores, que "las empresas no son simplemente individuos grandes; ellas están conformadas por una complicada conjunción de individuos, departamentos, culturas, motivaciones, y todos los otros elementos que constituyen una sociedad. Ninguna compañía, y ninguna sociedad en la historia de la humanidad, ha sido capaz de controlar la conducta de todos sus miembros en todas sus acciones. Simplemente castigando a una organización porque uno o más de sus miembros hace algo malo tiene sentido sólo si sirve para prevenir el mal comportamiento [...] Si una compañía usa la debida diligencia para prevenirlo, entonces el castigo no tiene una función disuasiva, y deviene sólo en un amoral ejercicio de levantamiento de ingresos" (Ted Banks y Joe Murphy, "The International Law of Antitrust Compliance", Denver Journal of International Law & Policy, vol. 40, 2012, p. 377)".

En este sentido, el TDLC es realista en cuanto a estimar que un programa de cumplimiento no necesariamente implicará eliminar toda posibilidad de infracciones anticompetitivas, pero sí podría ser una eximente o al menos una atenuante de responsabilidad *si una compañía usa la debida diligencia para prevenirlo*.

⁶ Definidos en Chile por la FNE como "aquellas políticas, procedimientos, directrices y mecanismos adoptados por un agente económico para dar cumplimiento a la normativa vigente en materia de libre competencia". FNE, Material de Promoción N° 3 (2012), 6.

Fue bajo criterios como los indicados que, en el caso en comento, el Tribunal finalmente aplicó respecto de Walmart “una rebaja prudencial a la multa base ascendente a un 15% de ésta”⁷, por considerar que dicha compañía sí había realizado un programa de cumplimiento adecuado y no así la empresa Cencosud, demandada que había desarrollado una defensa similar en tal sentido.

Sin embargo, la Corte Suprema, en su reciente fallo de reclamación, no estimó lo mismo⁸. Si bien –en términos generales– confirmó el fallo del TDLC y compartió los criterios señalados sobre esta materia, a su juicio, el programa de cumplimiento implementado por Walmart no fue suficiente. Al respecto, la Corte señaló:

“(...) como acertadamente viene resuelto, un plan de cumplimiento completo, real y serio exige un examen también desde el punto de vista de su efectividad. En este sentido, un instrumento que reúna todos estos requisitos necesariamente será eficaz en prevenir conductas contrarias a la libre competencia. Por el contrario, la verificación de una práctica anticompetitiva como aquella reprochada en estos antecedentes, que se extendió por, a lo menos 4 años según el requerimiento de la FNE, deja en evidencia que las directrices impuestas por las empresas requeridas no resultaron idóneas o eficaces en el cumplimiento de la finalidad preventiva que las caracteriza, circunstancia que deja de manifiesto, por un lado, la necesidad de su perfeccionamiento y, por otro, el merecimiento de una sanción” (C. quincuagésimo primero).

En definitiva, la referida sentencia de segunda instancia duplicó las multas impuestas a las empresas involucradas, “sin perjuicio de la obligación de adoptar un programa de cumplimiento, en los términos ya establecidos por la sentencia recurrida”.

III. UNA CONSTANTE EVOLUCIÓN

El pronunciamiento dictado por el TDLC en el *Caso Supermercados*, ratificado con ciertos matices por la Corte Suprema, da cuenta clara de la evolución que ha experimentado dicho Tribunal en materia de *compliance*. De hecho, aun cuando en el mismo *Caso Farmacias* la conciliación celebrada entre la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y una de las requeridas, que fue aprobada por el Tribunal (2009), contó con el compromiso de establecer un programa de cumplimiento; lo cierto es que hubo a lo largo del tiempo diversos hitos que colaboraron en dar impulso a la creciente implementación de esta clase de programas en el ámbito de la libre competencia.

En efecto, a fines del mismo 2009 se dictó la Ley N° 20.393, que estableció la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y marcó tendencia en la realización de programas de prevención y cumplimiento a nivel empresarial, dado que la misma norma señala que implementar un modelo en tal sentido podría constituir una causal de atenuación de la responsabilidad penal⁹, e incluso de exención de la misma¹⁰.

7 Considerando ducentésimo trigésimo cuarto.

8 *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras*, Rol N° 9.361-2019, Sentencia Corte Suprema (8 de abril de 2020).

9 Véase, particularmente, el numeral 3) del artículo 6° de la ley, en relación a su artículo 4°.

10 Véase los incisos primero y tercero del artículo 3° de la misma ley, en relación también al artículo 4°.

Fue tanto el impacto de dicha norma que el Material de Promoción N° 3 de la FNE (2012), sobre programas de cumplimiento en libre competencia¹¹, adoptó y adaptó diversos aspectos de la citada ley, especialmente en materia de evaluación de riesgos, nombramiento de un oficial de cumplimiento y sistema de denuncias, entre otros.

A nuestro entender, la referida Guía de la FNE ha sido plenamente armónica con los criterios desarrollados por el TDLC a lo largo de los años, los que más bien han sido precisiones y especificaciones destinados a hacer de manera concreta y efectiva que los programas de cumplimiento se realicen no como una mera formalidad, sino de manera seria. Al respecto, destaca lo señalado en la referida Guía, en cuanto a los requisitos copulativos que debe cumplir esta clase de programas, respecto de los cuales el mismo documento realiza el respectivo desarrollo:

“En opinión de la FNE, para que un Programa de Cumplimiento sea efectivo, debe cumplir con cuatro requisitos copulativos: (i) real compromiso de cumplir con la normativa de libre competencia; (ii) la identificación de actuales y posibles riesgos que enfrenta el agente económico; (iii) mecanismos y procedimientos internos acordes al compromiso de cumplimiento adquirido; y, (iv) la participación de Gerentes y/o Directores en el Programa de Cumplimiento”¹².

De manera consecuente, el TDLC fue incorporando en sus fallos ciertos deberes en el mismo sentido, especialmente en los casos *Pollos*¹³⁻¹⁴ y *Ginecólogos*¹⁵; hasta que derivó en obligar derechamente la implementación de un programa de cumplimiento en el *Caso Asfaltos II*¹⁶. En este último fallo, a su vez, el Tribunal –mediante el voto de prevención de algunos de sus ministros– expresó que esta clase de programas podría operar como una atenuante de responsabilidad en el evento que se produzca “una infracción a la libre competencia sin conocimiento de los ejecutivos superiores, órganos de administración y propietarios de la empresa”, o bien una agravante “si existiendo tal programa y estando por ello la ilicitud de una conducta más claramente en conocimiento de tales personas, ellas igualmente infringen las normas de defensa de la libre competencia”. Además, en otro voto de prevención, en el referido fallo se sostuvo que un adecuado *compliance* debiera contemplar elementos adicionales a los señalados por la FNE, tales como:

- Entregar una copia de la sentencia a los directores, gerentes, subgerentes y, en general, a los ejecutivos o empleados con alta responsabilidad ejecutiva, de administración y de toma de decisiones en materia comercial.

11 También conocido como “Guía de Compliance”. FNE, *Guía de Compliance* (2012), <https://www.fne.gob.cl/advocacy/herramientas-de-promocion/programa-de-cumplimiento/>.

12 FNE, *Guía de Compliance* (2012), 7.

13 *Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros*, C-236-2011, Sentencia TDLC N°139/2014 (2014).

14 Entre otras consideraciones, el número Dos de dicho voto de minoría señala: “Entender que, habida cuenta no solo de la gravedad y extensión del cartel acreditado en autos, sino además de la circunstancia de tratarse de un modo de hacer las cosas en el mercado que se ha convertido en la forma habitual o natural de desenvolverse las Requeridas en el mismo, al punto de instituirse en una verdadera cultura de la colusión, no puede dejar de verse con preocupación que, con independencia de las multas y medidas establecidas en esta sentencia, dicha actitud hacia la competencia no se erradique del todo en lo sucesivo, razón por la cual consideran apropiado imponer a cada una de las Empresas Avícolas Requeridas la obligación de establecer, implementar y ejecutar de forma permanente, a su costa y por a lo menos cinco años contados desde la fecha en que la sentencia quede ejecutoriada, un plan de cumplimiento y buenas prácticas competitivas administrado por terceros independientes y ajenos al control y a la gestión de cada una de ellas, del que deba darse cuenta formal y detalladamente a la Fiscalía Nacional Económica con una periodicidad a lo menos trimestral”.

15 *Requerimiento de la FNE contra la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros*, C-265-2013, Sentencia TDLC N° 145/2015 (2015).

16 *Requerimiento de la FNE contra asfaltos chilenos S.A. y otros*, C-280-2014, Sentencia TDLC N° 148/2015 (2015).

- Obtener una declaración jurada en la que dichos ejecutivos indiquen que han leído y entendido este fallo, y que no se encuentran en conocimiento de ninguna violación a las leyes que protegen la libre competencia.
- Llevar a cabo al menos dos auditorías de libre competencia durante el período de cinco años contado desde que la sentencia se encuentre ejecutoriada.
- Proveer anualmente un reporte escrito a la Fiscalía Nacional Económica que dé cuenta de la ejecución del programa de cumplimiento.

Por su parte, el denominado *Caso Papeles*¹⁷ mostró una mayor madurez jurisprudencial en esta materia, llegando incluso a imponer la obligación de adoptar un programa de cumplimiento a ambas requeridas, pese a que éstas se habían acogido a delación compensada, y en términos muy similares a los establecidos en el segundo voto de prevención contenido en el fallo del *Caso Asfaltos*, recién citado. En este sentido, la Sentencia N° 160/2017 fue meridianamente clara en indicar cuáles son sus precedentes directos en materia de *compliance*, señalando –antes de precisar las acciones mínimas que dichas empresas debían realizar– lo siguiente:

“Ducentésimo decimonoveno: Que en virtud de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 3° del D.L. N° 211 y en línea con lo establecido en las sentencias N° 145 y N° 148, se impondrá como medida, en forma adicional a la multa impuesta, en el caso de SCA, y de manera exclusiva, en el caso de CMPC, la obligación de adoptar un programa de cumplimiento en materia de libre competencia que satisfaga los requisitos establecidos en la “Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia” (material de promoción N° 3) elaborada por la Fiscalía Nacional Económica, de junio de 2012”.

A partir del aludido trío de sentencias judiciales, y luego con los casos *Inyectables*¹⁸, *Navieras*¹⁹ y *Suero Fisiológico*²⁰, el TDLC fue delineando cada vez más los requisitos mínimos que a su juicio debiera contener un adecuado plan de cumplimiento, los que en *Supermercados* se reseñan de manera clara y nítida en su considerando final, ratificado por la Corte Suprema:

“Ducentésimo trigésimo noveno: Que el programa de cumplimiento y ética antes impuesto tendrá una duración de cinco años y deberá contemplar, como mínimo, las siguientes acciones:

a) Dentro de 30 días hábiles contados desde que esta sentencia se encuentre ejecutoriada, el directorio de cada requerida deberá constituir un Comité de Cumplimiento integrado a lo menos por un director independiente, en los términos del artículo 50 bis de la Ley 18.046 de Sociedades Anónimas. Este Comité deberá estar establecido en los estatutos sociales y se encargará de proponer al directorio el nombramiento y remoción del Oficial de Cumplimiento señalado en la letra b) de este considerando, así como de velar por el buen cumplimiento de sus deberes;

b) Nombrar, dentro de 30 días hábiles contados desde la constitución del Comité a que alude la letra anterior, a un Oficial de Cumplimiento encargado de velar especialmente por el respeto de las normas

17 *Requerimiento de la FNE contra CMPC Tissue S.A. y otra*, C-299-2015, Sentencia TDLC N° 160/2017 (2017).

18 *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Fresenius y Otros*, C-312-2016, Sentencia TDLC N° 165/2018 (2018).

19 *Requerimiento de la FNE contra CCNI S.A. y otras*, C-292-2015, Sentencia TDLC N° 171/2019 (2019).

20 *Requerimiento de la FNE contra Industrial y Comercial Baxter de Chile Ltda. y Otra*, C-321-2017, Sentencia TDLC N° 172/2020 (2020).

de defensa de la libre competencia al interior de cada compañía. El Oficial de Cumplimiento será designado y removido conforme a lo dispuesto en la letra anterior, y deberá desempeñarse a tiempo completo en tal cargo y reportar sus acciones directamente al Directorio de la respectiva empresa. El nombramiento del Oficial de Cumplimiento deberá recaer en una persona externa a la compañía y ser informado a la Fiscalía Nacional Económica;

c) Entregar, dentro de noventa días hábiles contados desde que esta sentencia se encuentre ejecutoriada, una copia de ella a los directores, gerentes, subgerentes y, en general, a los ejecutivos o empleados con alta responsabilidad ejecutiva, de administración y de toma de decisiones en materia comercial (ventas, definición de políticas de precios, formulación de cotizaciones en procesos de licitación o cotización u otra equivalente). La misma obligación regirá respecto de toda persona involucrada en la colusión sancionada en esta sentencia que aún desempeñe funciones en la respectiva compañía. En el evento que una persona asuma uno de esos cargos con posterioridad al transcurso de ese plazo se le deberá entregar una copia de esta sentencia junto con la suscripción del contrato respectivo o de la aceptación del cargo, según fuere el caso;

d) Obtener, de parte de las personas señaladas en la letra c) precedente, una declaración jurada en la que se indique que han leído y entendido este fallo, y que no se encuentran en conocimiento de ninguna violación a las leyes que protegen la libre competencia en la empresa. Dicha declaración deberá efectuarse, por primera vez, dentro del plazo de noventa días hábiles contados desde que esta sentencia quede ejecutoriada. Luego deberá efectuarse anualmente, durante los cinco años siguientes a la fecha en que esta sentencia quede ejecutoriada;

e) Proveer anualmente una capacitación comprensiva en materia de libre competencia. Dicha capacitación deberá otorgarse a: (i) las personas señaladas en la letra c) precedente y (ii) toda otra que el Oficial de Cumplimiento estime pertinente. El entrenamiento deberá ser efectuado por un abogado o economista externo y experto en libre competencia. La capacitación deberá incluir siempre un relato del contenido de esta sentencia. Esta medida tendrá una duración obligatoria de cinco años contados desde que esta sentencia quede ejecutoriada;

f) Llevar a cabo al menos dos auditorías de libre competencia durante el período de cinco años contado desde que esta sentencia se encuentre ejecutoriada. Las auditorías deberán comprender, como mínimo, una revisión de: (i) las casillas de correo electrónico corporativos y los registros de llamados a través de teléfonos corporativos de las personas señaladas en la letra c) precedente; (ii) los incentivos establecidos en los contratos de trabajos; (iii) la participación de la compañía en procesos de licitación o cotización; (iv) la participación de la compañía en asociaciones gremiales; y, (v) la política interna de libre competencia de la compañía;

g) Mantener una línea de denuncia anónima que permita a cualquier empleado revelar directamente ante el Oficial de Cumplimiento eventuales infracciones a las normas de defensa de la libre competencia; y,

h) Proveer anualmente un reporte escrito a la Fiscalía Nacional Económica que dé cuenta de la ejecución del programa de cumplimiento. Dicho reporte deberá ser enviado durante los cinco años siguientes a la fecha en que quede firme la presente sentencia”.

Además de lo señalado hasta ahora, cabe mencionar que con la modificación introducida al Decreto Ley N° 211 en el año 2016²¹, que entregó a la FNE el análisis de las operaciones de concentración, la verificación de las medidas de mitigación aprobadas en diversos casos, ha redundado también en la implementación de programas de cumplimiento, de modo que –más que una carga formal– éstos se han convertido en una oportunidad para hacer bien las cosas al interior de los agentes económicos.

²¹ Ley N° 20.945, que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia, publicada en el Diario Oficial con fecha 30 de agosto de 2016.

IV. HACIA UNA CULTURA DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

En la práctica, la realización de estos programas de cumplimiento no siempre ha sido fácil, dado que en algunos casos no se entiende su principal función, que es la prevención de eventuales conductas anticompetitivas, ni su utilidad concreta. Es tarea del equipo a cargo clarificar, transmitir y enfatizar estos y otros aspectos dudosos, para que las empresas y personas naturales identifiquen el sentido de las actividades que se realicen en este contexto y también el riesgo de incumplir las normas antimonopolios.

En efecto, constituye todavía una verdadera cruzada lograr que los destinatarios del *compliance* internalicen el hecho de que una adecuada prevención en libre competencia reduce, por ejemplo, el riesgo de ser investigado por la FNE por comportamientos dudosos, escenario que siempre implica pérdidas de tiempo y recursos, además de la afectación de la imagen reputacional de los involucrados, incluso en el caso de que la respectiva investigación sea finalmente archivada. Adicionalmente, se reduce el riesgo de ser demandado ante el TDLC y ser condenado al pago de multas y a la indemnización de eventuales perjuicios, así como también la imposición de regulaciones asimétricas o excesivas.

Por lo mismo, en la implementación de estos programas no es extraño detectar reacciones tan diversas, que van desde quienes no toman conciencia de la importancia de dichas medidas, hasta otros que creen que el *compliance* finalmente los inmoviliza en su actuar. Así las cosas, es frecuente que altos ejecutivos deleguen en subalternos las tareas y capacitaciones asociadas a este procedimiento y que, a la inversa, en ocasiones se mantenga el *compliance* en esferas que no lleguen a impedir que –por ejemplo– la fuerza de ventas de una empresa tome conciencia sobre qué está permitido hacer en su actividad diaria. También existe, en muchos casos, cierta desconfianza por parte de algunos ejecutivos al momento de hacer un diagnóstico del funcionamiento de la entidad respectiva, lo cual exige otorgar anticipadamente garantías de confidencialidad y confianza en los entrevistados y aportantes de antecedentes, y elaborar informes, reportes y demás documentos que sigan el mismo criterio.

A nuestro entender, la realización de programas de cumplimiento no sólo involucra una posible eximente, atenuante o incluso agravante de responsabilidad, según fuere el caso. Se trata más bien de incorporar una *cultura de competencia* al interior de los agentes económicos, de modo tal que todos sus estamentos tengan internalizadas las conductas prohibidas y riesgosas, y conozcan los procedimientos a seguir, incluso en caso de dudas internas.

Como punto de partida, los elementos mínimos a considerar en la realización de esta clase de *compliance*, se encuentran disponibles, principalmente, en el Material de Promoción N°3 de la FNE y en la Sentencia N° 167/2019 del TDLC, a los que hemos hecho referencia. Entre ellos, cabe destacar la necesidad de establecer una duración mínima del programa; la existencia de un oficial de cumplimiento que sea preferentemente una persona externa a la empresa y reporte sus acciones directamente al Directorio; la capacitación periódica de los trabajadores; la realización de auditorías, y la mantención de un canal de denuncias.

Recogiendo los criterios jurisprudenciales y administrativos relacionados con este tópico, no cabe duda de que un adecuado programa no debiera reducirse a la mera realización de charlas. Un *compliance* óptimo debiera contener actividades tales como reuniones con diversos ejecutivos y trabajadores, con el objeto de identificar eventuales riesgos de acuerdo a la realidad concreta de la respectiva empresa; revisión de contratos y otros antecedentes escritos; elaboración de un informe que resuma el diagnóstico y contenga las recomendaciones respectivas; elaboración de un Manual de Compliance y actualización de las normas internas de la empresa; y monitoreo permanente de su observancia, entre otros.

Coherente con ello, el nombramiento de un oficial de cumplimiento no debiera ser una mera formalidad, puesto que dicho funcionario debiera estar efectivamente encargado de la supervisión permanente del cumplimiento de las normas y principios de libre competencia al interior de la empresa, y de elaborar reportes periódicos en tal sentido.

Del mismo modo, el buzón o canal de denuncias que es recomendable implementar al interior de la empresa, debiera dar garantías suficientes para, por ejemplo, salvaguardar la confidencialidad de la identidad de los denunciantes, a fin de que efectivamente se recoja toda inquietud o comportamiento que pudiere ser incluso meramente dudoso, de modo de adoptar oportunamente las medidas necesarias para corregir o prevenir situaciones riesgosas o derechamente ilegales.

En todo caso, en nuestra opinión, un adecuado programa no debiera implicar necesariamente esfuerzos adicionales significativos al interior de las empresas, especialmente aquellas que tienen menores recursos, dado que –por ejemplo– esta materia podría ser incorporada a la matriz de riesgos que debieran realizar los auditores internos o externos en virtud de otras normativas, y/o a las tareas que pudieren desarrollarse en virtud de modelos de prevención de delitos o de *compliance* en asuntos tales como derecho del consumidor y medio ambiente.

Todo lo anterior debiera verse complementado con la asesoría de profesionales conocedores en materia de libre competencia, que evalúen el diseño, la efectividad y la eficacia del programa respectivo, y que recojan de manera oportuna las tendencias que tanto la autoridad administrativa como judicial vayan estableciendo a lo largo del tiempo.

Al respecto, cabe citar lo dispuesto en el considerando centésimo octogésimo séptimo de la Sentencia N° 167/2019 del TDLC:

“(...) en línea con lo establecido en el derecho comparado, las posibilidades de reconocimiento siempre serán mayores en el caso de una firma que cuenta con un programa serio, creíble y efectivo preexistente, que en el caso de una que espera al inicio de una investigación antes de implementar o mejorar su programa”.

Aun así, cabe reconocer que el reciente fallo de segunda instancia de la Corte Suprema deja una pregunta sin responder, que va más allá incluso del caso concreto en que fue dictada: ¿A partir de qué punto será considerado como suficiente un programa de cumplimiento para dicha Corte? A nuestro entender, el hecho que de todos modos se verifique una conducta anticompetitiva no es sinónimo de ausencia de un plan de cumplimiento *completo, real y serio*, con tal que se demuestre que la respectiva demandada realizó sus mejores esfuerzos para prevenir la comisión del ilícito. Por ello, los futuros casos que lleguen a dicha instancia serán claves para esclarecer de mejor manera esta interrogante, ojalá sin desincentivar la realización de *compliance* al interior de empresas, asociaciones gremiales, organismos estatales y otros agentes económicos que ineludiblemente requieren incorporar esta clase de programas.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Cristián R. Reyes Cid, "Consideraciones jurisprudenciales sobre la relevancia de los programas de cumplimiento en el sistema chileno de libre competencia", *Investigaciones CeCo* (mayo, 2020), <http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile