



ESTUDIO  
**Lewin**  
ABOGADOS

**MANUAL ▯ ▯ LIBRE COMPETENCIA**

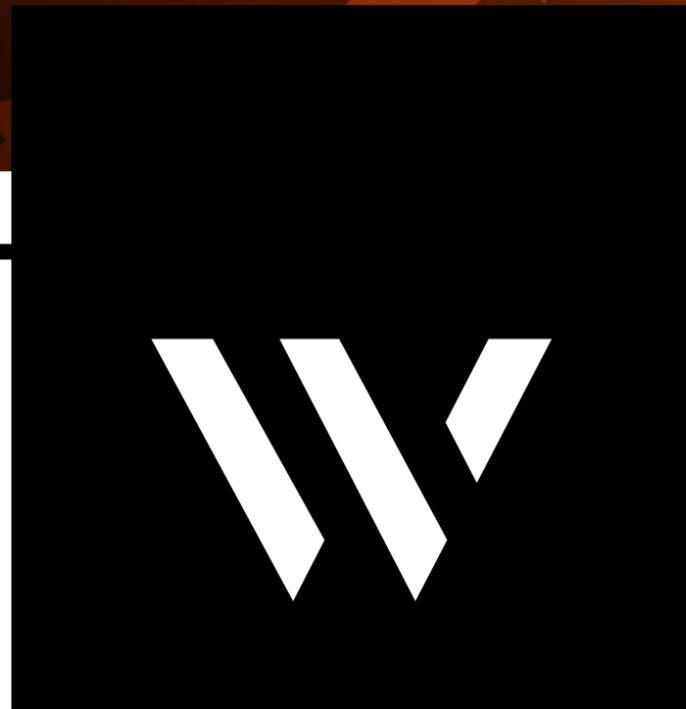
**▯ ▯ ▯ DIRECTORES**

**LIBRE COMPETENCIA PARA DIRECTORES**



## I. INTRODUCCIÓN

Una de las materias relevantes para el adecuado desarrollo de las funciones de director, dice relación con el cumplimiento de la normativa de Libre Competencia. La calidad de director trae aparejada una doble función en esta materia. En primer lugar, los directores tienen la obligación de dar estricto cumplimiento a las leyes y regulaciones, tanto externas como internas. En segundo lugar, tienen la misión de generar una cultura de cumplimiento y respeto a la normativa vigente. De esta manera, deben supervigilar, prevenir y sancionar la ocurrencia de conductas anticompetitivas, que se produzcan por alejarse de las políticas.



## **II. RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES**

Los directores también son responsables por infracciones a la Libre Competencia. Las sanciones pueden incluir tanto a la empresa como a las personas naturales involucradas, lo que incluye también a los directores. Lo anterior, aun cuando no hayan participado directamente en la conducta.

Los directores tienen deberes especiales de cuidado. Estos pueden incumplirse cuando:

1. El director esté involucrado directamente en una conducta anticompetitiva.
2. Teniendo conocimiento de una conducta anticompetitiva, el director no haya adoptado las medidas correctivas al respecto.
3. Teniendo dudas razonables de que la compañía se encuentre involucrada en una conducta anticompetitiva, el director no haya adoptado medidas preventivas al respecto.
4. Sin saber específicamente la existencia de una conducta anticompetitiva, el director debió haberlo sabido, de haber empleado un grado de diligencia mínimo y razonable.

Estos deberes de cuidado dependen de las funciones propias de cada director. A un director que tenga mayor presencia en las funciones ejecutivas y cotidianas de la empresa, les serán exigibles mayores deberes.

De esta forma, los directores deben tener un piso mínimo de conocimientos de Libre Competencia que les permita identificar las actividades riesgosas en la materia, de manera que puedan, asesoradamente, adoptar las medidas preventivas necesarias.

### **III. DESCRIPCIÓN Y CONTENIDO DE NUESTRA LEGISLACIÓN**

El principal cuerpo normativo que regula la Libre Competencia en Chile es el Decreto Ley N° 211. Su Art. 3° contiene una descripción genérica de la infracción general a la norma, sancionando al *“que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la Libre Competencia, o que tienda a producir dichos efectos”*. A continuación, nuestro texto legal señala algunos ejemplos de conductas:

CONDUCTA	TEXTO LEGAL	DESCRIPCIÓN
<p><b>Carteles, colusión, acuerdos entre competidores y prácticas concertadas</b></p>	<p><i>Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación...</i></p> <p><i>...Así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.</i></p>	<p>Acuerdos que involucran competidores y que recaen en fijar precios de venta, asignarse cuotas de producción o de mercado, reparto de zonas geográficas, la distribución de licitaciones, así como también el hacer fracasar dichos procesos y el boicot a competidores, proveedores o clientes, actuales o potenciales. Para su ocurrencia no requiere un acuerdo expreso, sino que basta cualquier acción que implique la sustitución de interés individual por un interés común entre los competidores.</p> <p>La forma más fácil de incurrir en esta conducta consiste en casos de intercambios de Información Comercialmente Sensible.</p>

CONDUCTA	TEXTO LEGAL	DESCRIPCIÓN
<b>Abuso de posición dominante</b>	<i>La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.</i>	<p>Conductas unilaterales realizadas por uno o más agentes económicos que tengan posición dominante en el mercado, que tienen como fin excluir a actuales o potenciales competidores o explotar a proveedores, distribuidores, clientes o consumidores.</p> <p>Para su sanción, se requiere que el actor (1) tenga poder de mercado y (2) que haya abusado de dicho poder de mercado, mediante una conducta anticompetitiva. Los actores con poder de mercado tienen un especial deber de cuidado que consiste en no incurrir en conductas que excluyan a competidores o exploten a proveedores, distribuidores, clientes o consumidores.</p>



CONDUCTA	TEXTO LEGAL	DESCRIPCIÓN
<b>Abuso de posición dominante</b>		<b>Poder de mercado:</b> Capacidad de una empresa para comportarse con algún grado -mayor o menor- de independencia del resto de los agentes en el mercado, incluyendo proveedores y clientes, manteniendo algún grado de control sobre ciertas variables competitivas. Desde el punto de vista económico, una empresa tendrá una posición dominante si tiene la capacidad para fijar el precio de mercado o para excluir o disuadir la entrada de competencia. Para determinarla, existen algunos criterios que pueden resultar indiciarios de su existencia, entre los cuales se encuentran (i) el mantener una participación de mercado superior al 35%; o (ii) el duplicar la participación de mercado estimada del competidor más cercano.

CONDUCTA	TEXTO LEGAL	DESCRIPCIÓN
<b>Abuso de posición dominante</b>		<p><b>Abusos:</b> Una empresa que ostente poder de mercado debe evitar la adopción de restricciones verticales tales como la fijación de precios de reventa, relaciones comerciales exclusivas, Cláusulas de Nación Más Favorecida, ventas o compras atadas, empaquetamientos, entre otras. Asimismo, debe evitar la comercialización de productos o servicios bajo los costos variables medios por un periodo prolongado con la intención de excluir competidores y recuperar las pérdidas irrogadas (precios predatorios), la discriminación arbitraria de precios u otras condiciones relevantes de comercialización, negarse injustificadamente a contratar con algún agente, entre otras.</p>

CONDUCTA	TEXTO LEGAL	DESCRIPCIÓN
<p><b>Interlocking de directores y Participaciones Minoritarias</b></p>	<p><i>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 tengan ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las cien mil unidades de fomento en el último año calendario. Con todo, sólo se materializará esta infracción si transcurridos noventa días corridos, contados desde el término del año calendario en que fue superado el referido umbral, se mantuviere la participación simultánea en tales cargos.</i></p>	<p><b>Interlocking directo:</b> Situación en que un director o ejecutivo relevante es a la vez director o ejecutivo relevante en dos empresas competidoras en forma simultánea. Esta situación está prohibida expresamente.</p> <p><b>Interlocking indirecto:</b> Situaciones en que, por ejemplo, (1) un director o ejecutivo relevante tiene el mismo cargo en otras empresas, cuyos directores son a la vez directores o ejecutivos relevantes de empresas competidoras, (2) un director o ejecutivo relevante de una empresa matriz tiene el mismo cargo en otra empresa matriz, donde ambas subsidiarias son competidoras entre sí, (3) un ejecutivo que tiene acceso a información comercialmente sensible de la empresa tiene un cargo idéntico o similar en</p>

CONDUCTA	TEXTO LEGAL	DESCRIPCIÓN
<p><b>Interlocking de directores y Participaciones Minoritarias</b></p>	<p><i>La adquisición, por parte de una empresa o de alguna entidad integrante de su grupo empresarial, de participación, directa o indirecta, en más del 10% del capital de una empresa competidora, considerando tanto sus participaciones propias como aquellas administradas por cuenta de terceros, deberá ser informada a la Fiscalía Nacional Económica a más tardar sesenta días después de su perfeccionamiento. El Fiscal Nacional Económico podrá instruir investigación respecto de dichos actos con el objeto de comprobar infracciones al artículo 3°.</i></p>	<p>otra empresa competidora. Esta situación no está prohibida expresamente, pero puede ser sancionable si genera riesgos o efectos anticompetitivos.</p> <p><b>Participaciones Minoritarias:</b> La adquisición de participaciones minoritarias (de más de un 10%) en la propiedad de empresas competidoras, de forma directa o indirecta, debe ser informada a la Fiscalía Nacional Económica. Dicha adquisición no constituye una conducta que sea castigada por la legislación, pero la omisión de informar a la Fiscalía Nacional Económica sobre la misma, dentro del plazo legal, sí lo es.</p>

CONDUCTA	TEXTO LEGAL	DESCRIPCIÓN
<p><b>Operaciones de Concentración y Gun-Jumping</b></p>	<p><i>El Decreto Ley N° 211 define las operaciones de concentración como "todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos que no formen parte de un mismo grupo empresarial y que sean previamente independientes entre sí, cesen en su independencia en cualquier ámbito de sus actividades mediante alguna de las siguientes vías:</i></p> <p><i>a) Fusionándose, cualquiera que sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión.</i></p> <p><i>b) Adquiriendo, uno o más de ellos, directa o indirectamente, derechos</i></p>	<p><b>Control de fusiones:</b> El control de fusiones analiza si es que operaciones de concentración (típicamente fusiones, adquisiciones, Joint Ventures o compra de activos) pueden generar efectos anticompetitivos en el mercado. Si los producen, la operación podría ser aprobada sujeta al cumplimiento de ciertas condiciones, o ser bloqueada.</p> <p><b>Gun-Jumping:</b> No notificar una operación de concentración en forma previa a su materialización, perfeccionarla en forma previa a su autorización, o no dar cumplimiento a las condiciones impuestas por la autoridad o materializar una operación prohibida podrá configurar una infracción cuya sanción será perseguida por la Fiscalía Nacional Económica.</p>

CONDUCTA	TEXTO LEGAL	DESCRIPCIÓN
<b>Operaciones de Concentración y Gun-Jumping</b>	<p><i>que le permitan, en forma individual o conjunta, influir decisivamente en la administración de otro.</i></p> <p><i>c) Asociándose bajo cualquier modalidad para conformar un agente económico independiente, distinto de ellos, que desempeñe sus funciones de forma permanente.</i></p> <p><i>d) Adquiriendo, uno o más de ellos, el control sobre los activos de otro a cualquier título.”</i></p>	



## **IV. INFORMACIÓN COMERCIALMENTE SENSIBLE**

La Fiscalía Nacional Económica ha definido información comercialmente sensible como “toda aquella información estratégica de una empresa que, de ser conocida por un competidor, influiría en sus decisiones de comportamiento en el mercado”. Otra forma de considerarla es como toda información o antecedente que no está disponible públicamente en el mercado y cuya obtención permite anticipar la estrategia competitiva que desplegará la competencia.

Ejemplos de este tipo de información son las estrategias o políticas de precios, los costos, los volúmenes de compra, niveles de stock, políticas de descuentos o promociones, proyectos de desarrollo, entre otras, ya sea información sobre antecedentes presentes o futuros.

Los intercambios de información comercialmente sensible pueden verificarse en forma directa o indirecta. Tienen lugar de forma directa cuando se materializan entre empresas competidoras, mediante sus ejecutivos, en cualquier instancia (asociaciones gremiales, mesas de trabajo, etc.). Tienen lugar de forma indirecta cuando son realizados en las relaciones que tiene la empresa con proveedores, distribuidores o clientes, y estos envían información comercialmente sensible de competidores de la empresa.

Los intercambios de información comercialmente sensible entre competidores – sean en forma directa o indirecta - generan una disminución de la intensidad competitiva en los mercados, y, por tanto, generan un riesgo de colusión, y pueden ser sancionables. Consecuentemente, situaciones de intercambio de información comercialmente sensible deben ser evitadas a todo evento.



## V. SANCIONES

CONDUCTAS	SANCIONES
Comunes	<p>(i) Multas hasta un máximo del equivalente al 30% de las ventas de la línea de negocios asociada a la conducta durante el período que dure la infracción o hasta el doble del beneficio obtenido con la ejecución de la conducta y, en aquellos casos en que no se pueda determinar ninguna de las reglas anteriores hasta un equivalente de 60.000 Unidades Tributarias Anuales (aproximadamente USD 60 millones). Son solidariamente responsables del pago de las multas los directores, administradores y cualquier persona natural que se haya beneficiado y participado en las conductas, y las multas aplicadas a personas naturales no pueden ser financiadas por la empresa o sus dueños, de manera directa o indirecta.</p> <p>(ii) La modificación o terminación de los actos, convenciones, contratos, entre otros, que den origen a las conductas.</p> <p>(iii) La disolución de las entidades involucradas.</p> <p>(iv) Indemnización de perjuicios.</p>

CONDUCTAS	SANCIONES
<p><b>Carteles duros</b></p> <p><b>Gun-Jumping</b></p>	<p>(i) Penas de presidio desde 3 años y un día hasta 10 años, contemplando un año de prisión efectiva;</p> <p>(ii) La inhabilitación para contratar con el Estado por un periodo de hasta 5 años; e</p> <p>(iii) Inhabilitación para el ejercicio de cargos de director o gerente en empresas del Estado o las que éste tenga participación.</p> <p>Gun-Jumping Multa por cada día de atraso de 20 Unidades Tributarias Anuales (aproximadamente USD 16.500)</p>



#### **IV. ENTIDADES ENCARGADAS DE VELAR POR LA LIBRE COMPETENCIA**

La Fiscalía Nacional Económica (FNE) es un servicio público encargado de llevar investigaciones, ya sea mediante denuncias o de oficio, de eventuales conductas anticompetitivas, y de realizar el control preventivo de fusiones y operaciones de concentración.

El TDLC es un tribunal especial e independiente compuesto tanto por abogados como por economistas, que es el encargado de conocer y juzgar las acciones de competencia interpuestas tanto por la FNE como por particulares, ya sea en casos de requerimientos o demandas, o recursos interpuestos cuando la FNE bloquea una fusión.

La Corte Suprema es la encargada de revisar las sentencias del TDLC, mediante el recurso de reclamación.



#### **IV. CONSIDERACIONES PRÁCTICAS PARA EL EJERCICIO DEL CARGO DE DIRECTOR**

##### **1. En la supervisión del cumplimiento de la normativa de Libre Competencia:**

- (a)** Revisar la información relativa al programa de cumplimiento en materia de Libre Competencia desarrollado por cada empresa, a partir de reportes periódicos del Oficial de Cumplimiento, en caso de que haya.
- (b)** Tener presente las actualizaciones permanentes de las matrices de riesgo, de las labores de monitoreo, de los informes de auditoría en relación con los controles implementados, de las capacitaciones y manuales disponibles para los colaboradores.
- (c)** Asegurar la asignación de recursos necesarios para desarrollar las medidas de prevención en esta materia cuando corresponda la aprobación del presupuesto anual.
- (d)** Participar activamente de las capacitaciones u otras actividades que desarrolle la empresa en materias de Libre Competencia.

(e) Establecer una política de canalización de dudas, determinación de cursos de acción, generación de incentivos para el cumplimiento y recepción de denuncias de incumplimiento de los protocolos de Libre Competencia, manteniendo la confidencialidad en relación con quienes hayan realizado estas últimas.

## 2. En el marco de las funciones periódicas:

(f) Información financiera y de gestión: Poner especial atención a ciertos patrones que podrían ser indiciarios de algún tipo de conducta

anticompetitiva. Por ejemplo, márgenes de categorías de productos que se mantengan estables en el tiempo o que no se condicen con el contexto económico, márgenes o utilidades supernormales, participaciones de mercado estables en el tiempo, cambios abruptos en los indicadores señalados, entre otras.

(g) Información comercialmente sensible:

A. Informes, presentaciones y documentos que se envíen al directorio: Asegurar y corroborar que todos los datos relativos a información de mercado contengan la fuente de la cual hayan

sido obtenidos o en las que se basan las proyecciones en ellos contenidas, para asegurar que ha sido obtenida de manera legítima y que no corresponda a información comercialmente sensible recibida de otro competidor.

**B.** No solicitar información que no sea lícito obtener. Se debe evitar dar la sensación de que se está solicitando algo que va más allá de lo debido. Asimismo, no se deben ofrecer contactos para acceder a información que no debiera manejar la empresa por tratarse de información comercialmente sensible.

**C.** En las actas de las sesiones de directorio en que se haga referencia a información de la competencia, debe quedar establecido claramente el origen de ésta.

**D.** Tener presente el deber de reserva de la información a la que se accede con razón del cargo de director. Los antecedentes conversados en las reuniones específicas no deberían ser divulgados en otras instancias, ya que no todos los demás miembros de la empresa podrían tener acceso a ella.

### **3. En otras actividades:**

**(h)** Participación en asociaciones gremiales: Debido a que uno de los mayores riesgos está asociado al intercambio de información comercialmente sensible, se debe (i) solicitar la entrega de la tabla de temas a tratar en la reunión de forma previa. De esta forma, se puede saber si hay algunas materias a ser tratadas que puedan conllevar mayores riesgos; (ii) si la conversación se desvía a temas que incluyen información comercialmente sensible, detener inmediata y activamente la conversación y, si no se accede al cambio de tema, abandonar la sala. (iii) En caso de discrepar de alguna medida, dejar constancia de este hecho en el acta de la reunión y, en caso de no recibir el acta, dejar constancia por algún medio formal de la oposición a la discusión y del retiro de la sala. En general, se sugiere tener en consideración las recomendaciones contenidas en la Guía sobre Asociaciones Gremiales de la FNE.

(i) Otras instancias de intercambio de información comercialmente sensible:

**A.** Tener presente que, en instancias formales fuera de la compañía, y especialmente en instancias informales, no puede divulgarse información concerniente a información comercialmente sensible de la empresa.

**B.** Cualquier situación en la que haya existido el riesgo de intercambio de información comercialmente sensible de un competidor, ya sea entregándose o recibéndola, debe ser informada inmediatamente a la gerencia legal o a los asesores legales respectivos.

#### 4. Respetto al Interlocking de directores:

(j) Se debe mantener informadas a la compañía en que se desempeñe el cargo de director de todas las otras entidades en las que se mantenga un cargo similar, de manera que se pueda revisar la existencia de potenciales

casos de Interlocking de directores, sean éstos directos o indirectos, y de ser necesario revisar sus efectos.

(k) Debe tenerse un especial deber de cuidado en casos que alguna de las empresas en que se tenga un cargo similar decida ampliarse a otros rubros, toda vez que pueden hacer variar situaciones anteriores respecto a Interlocking de directores al desafiar nuevos mercados con nuevos actores en él.

(l) Debe existir conocimiento de la malla empresarial de la empresa, de manera de tener una mayor claridad respecto de la participación en mercados a nivel de empresas matrices o subsidiarias, que pudieran llegar a generar algún caso de Interlocking.

(m) En el caso de reorganizaciones internas que puedan implicar absorciones de filiales, fusiones con otras compañías al interior del grupo de empresas, entre otras, se debe revisar si los negocios absorbidos o que pasan a ser parte del directorio del que se forma parte no den lugar a un caso de Interlocking directo.

(n) En caso de existir algún tipo de Interlocking indirecto, se debe ser muy cuidadoso con la información que se maneje de cada empresa que pueda ser considerada empresa competidora.

## 5. En relación con Operaciones de Concentración:

**(o)** Las compañías que se encuentren en tratativas preliminares de una operación de concentración deben estar previamente asesoradas legalmente en el marco de una operación proyectada. Por más preliminares que las conversaciones sean, en ciertos casos es necesario adoptar resguardos en forma inmediata.

**(p)** Se deben adoptar los resguardos necesarios para evitar una materialización en los hechos de una operación de concentración antes de su aprobación, toda vez que constituye una conducta sancionable. Tales medidas pueden comprender acuerdos de confidencialidad, protocolos para el intercambio de información con motivo de procesos de evaluación, la generación de Clean Teams, sistemas de reporte para evitar conocimiento de cierto tipo de información, entre otras. Al mismo tiempo, se debe evitar iniciar operaciones conjuntas, realizar cambios de directores o ejecutivos, compartir riesgos, realizar negociaciones conjuntas, u otro tipo de injerencia decisiva entre ambas compañías hasta que la operación haya sido autorizada por la Fiscalía Nacional Económica.

**(q)** Tras perfeccionarse una operación de concentración, se debe cerciorar de que no se dé lugar a una situación de Interlocking o de adquisición de participaciones minoritarias que deba ser notificada a la FNE.



*La información contenida en esta publicación no constituye asesoría legal por Estudio Lewin Abogados o cualquiera de sus miembros.  
Para cualquier materia específica considere asesorarse legalmente.*

ESTUDIO  
**Lewin**  
ABOGADOS

[WWW.ESTUDIOLEWIN.CL](http://WWW.ESTUDIOLEWIN.CL)



+56 2 2595 2714  
+56 9 8959 3498



GRAL. JOHN O'BRIEN 2221, OF. 61,  
VITACURA, SANTIAGO, CHILE.



ADMINISTRACION @ESTUDIOLEWIN.CL



ESTUDIOLEWIN