

CONFORMITY
REGULATION
PRINCIPLES

GOVERNANCE
COMPLIANCE

FINANCIAL POLICY
COMPLIANCE STRATEGY
BOARD

PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO COMO HERRAMIENTA DE PREVENCIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS: ¿UN PROBLEMA DE INCENTIVOS?

Ignacio Oltra y Katherine González

Programas de cumplimiento como herramienta de prevención de conductas anticompetitivas: ¿un problema de incentivos?

Junio 2022



Ignacio Oltra

Abogado de la Universidad de Chile. Máster en Derecho (LL.M.) por la New York University (Estados Unidos) y la University College London (Reino Unido). Anteriormente trabajó en la Fiscalía Nacional Económica, Dirección General de Competencia de la Comisión Europea, Carey y Cía. y Clifford Chance (Madrid). Actualmente se desempeña como Legal Counsel para el Cono Sur en DiDi.



Katherine González

Abogada de la Universidad de Chile, Máster en Derecho (LL.M.) por la University College London (Reino Unido) y Magíster en Derecho (c) por la Universidad de Chile. Profesora de Derecho Civil en la Universidad de Santiago de Chile. Trabajó previamente como asociada de Bofill Escobar Silva Abogados. Actualmente se desempeña como Head of Legal en Lexgo, startup dedicada al Legal Tech.

I. INTRODUCCIÓN

Han pasado casi 15 años desde que se hiciera público el polémico caso de colusión de medicamentos, más conocido como caso *Farmacias*, que puso por primera vez a la libre competencia en las portadas de los diarios de nuestro país. A ese caso, le siguieron otros, como el cartel de productores de pollo, el del papel *tissue* y el de supermercados, los que fueron generando mayor conciencia en la ciudadanía sobre las prácticas anticompetitivas y sus daños. Estos casos propiciaron una importante reforma legal a la institucionalidad de libre competencia en 2016, que convirtió a Chile en una de las jurisdicciones con las regulaciones más completas y estrictas en cuanto a su régimen sancionatorio¹. En suma, podría decirse que hoy los casos se investigan y sancionan, la libre competencia es algo valorado por la sociedad y existe un constante debate en torno a fortalecer las atribuciones de las autoridades, lo que demostraría que el sistema funciona.

Sin embargo, conductas contrarias a la libre competencia siguen observándose en muchos sectores de nuestra economía. Según datos entregados por el Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) en su cuenta pública de 2021, el número de causas ingresadas entre el periodo de mayo de 2020 a mayo de 2021 fue de 28, casi duplicando el del año anterior²⁻³, a lo que deben adicionarse otras tantas infracciones a la libre competencia imperceptibles para las autoridades. Así, parece razonable preguntarse si el creciente énfasis en la aplicación de medidas y duras sanciones contra las prácticas anticompetitivas ha sido suficiente para disuadir su ocurrencia ¿Qué más se puede hacer para acabar con ellas?

1 El año 2016, la Ley 20.945 estableció una de las escalas de sanciones más altas a nivel comparado, tanto en lo que dice relación con las multas para sancionar prácticas anticompetitivas como con las penas de cárcel para los casos de colusión.

2 Cuenta Pública del Presidente del TDLC, 12 de mayo de 2021, <https://www.tdlc.cl/anuario/>

3 A esta lapidaria estadística hay que sumar que los bullados casos de colusión y la, a ojos de la ciudadanía, ausencia de sanciones “ejemplificadoras” en contra de los abusos cometidos en materia económica han provocado una sensación de impunidad que se hace urgente revertir.

La adopción de programas de cumplimiento⁴ efectivos se presenta como un mecanismo idóneo para prevenir y desincentivar dichas conductas. Lamentablemente, la experiencia chilena muestra que pocas empresas –en rigor las más sofisticadas– están invirtiendo el tiempo, los recursos y esfuerzos necesarios para desarrollar e implementar esta clase de programas. Esto puede deberse en parte a que las señales entregadas por la institucionalidad de libre competencia no han sido del todo coherentes en alentar a los agentes económicos a implementar voluntariamente programas de cumplimiento sólidos para prevenir conductas anticompetitivas. Muestra de aquello es el panorama que existe luego del controvertido fallo de la Corte Suprema en el caso *Supermercados*, el cual marcó distancia con lo señalado por el TDLC⁵. El Tribunal sostuvo que eventualmente los programas de cumplimiento podrían actuar como un eximente de responsabilidad, mientras que el máximo tribunal estimó que a lo sumo podrían considerarse como causal de atenuación, agregando, además, que el hecho de que se verifique una práctica anticompetitiva confirmaría la insuficiencia de dicho programa, independiente de su robustez. Esta declaración, lejos de apostar luces en relación con el valor de los planes de cumplimiento, aumentó las incertezas al respecto, desincentivando su implementación.

Este artículo pretende, en primer lugar, ilustrar los beneficios atribuidos a la implementación de programas de cumplimiento al interior de las empresas y, especialmente, la posición de nuestras autoridades de libre competencia respecto a los efectos judiciales que puede imputárseles ante una conducta ilícita. En segundo lugar, se planteará el problema de la falta de incentivos suficientes que tendrían las compañías para invertir en desarrollar un programa de cumplimiento sólido tras el caso *Supermercados*, para luego revisar en términos generales posibles alternativas para mitigar dicho problema.

A modo de prevención, este trabajo no se hace cargo del estándar exigido para que los programas de cumplimiento produzcan sus efectos judiciales. Al respecto, asumimos que éstos deben cumplir con las características de seriedad, credibilidad y efectividad, sin entrar a analizar sus requisitos mínimos.

II. EL ENFORCEMENT NO DEBE SOLO PERSEGUIR LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES, SINO CAMBIAR LOS VALORES NORMATIVOS DENTRO DE LAS EMPRESAS

El denominado *enforcement* descansa bajo la premisa de que los destinatarios de la regulación calculan la utilidad económica de cumplir o incumplir las reglas⁶. De este modo, se asume que los individuos y organizaciones responden racionalmente ante un castigo a uno de sus pares o que el mismo agente infractor no cometerá nuevamente la falta por el impacto de la sanción previa. Bajo este planteamiento, la aplicación de multas altas frente a infracciones a la regulación por parte de las autoridades a cargo del *enforcement* desincentivaría la reincidencia en dichas infracciones. Un ejemplo sería la persecución e imposición de sanciones penales por conductas colusivas en la política de competencia⁷. Se podría suponer, entonces,

4 Los programas de cumplimiento o *compliance* en materia de libre competencia son políticas internas, procedimientos, mecanismos y acciones concretas que permiten a los agentes económicos prevenir y minimizar el riesgo de cometer conductas ilícitas, susceptibles de generar responsabilidad y afectar su reputación. FNE, “Guía Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia”, 2012, <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Programas-de-Cumplimiento.pdf>

5 Sentencia TDLC N° 167/2019 y Sentencia Corte Suprema Rol N° 9361/2019.

6 George J. Stigler, “*The Optimum Enforcement of Laws*”, *The Journal of Political Economy* 36, N° 1 (1970), 526, <https://www.nber.org/system/files/chapters/c3626/c3626.pdf>; P. Fenn y C.G. Veljanovski, “A Positive Economic Theory of Regulatory Enforcement”, *The Economic Journal* 98, N° 393 (1988), 1055, <https://academic.oup.com/ej/article-abstract/98/393/1055/5188271?redirectedFrom=fulltext>

7 Richard Whish y David Bailey, *Competition Law* (Oxford: Oxford University Press, 9th ed., 2018).

que con una mayor persecución, con el tiempo se podría verificar que se detecten menos conductas anticompetitivas. Pero este no parece ser el caso⁸. Aparentemente, el modelo tradicional de *enforcement* en materia de libre competencia (en términos de imponer multas y sanciones individuales) es insuficiente. Dicha estrategia, por sí sola, no genera un compromiso real de cumplimiento voluntario por parte de los destinatarios de la regulación, porque no aborda directamente la percepción social de la moralidad del comportamiento que se está regulando⁹.

Fomentar el cumplimiento debería ser, por tanto, una prioridad para cualquier autoridad de libre competencia. Considerando los recursos limitados de las autoridades, las mismas debiesen alentar activamente a las empresas para que asuman un papel más central en el cambio de valores normativos y garanticen esfuerzos genuinos de cumplimiento que complementen el ejercicio del *enforcement*¹⁰. El enfoque debiese estar en cómo promover una cultura corporativa de cumplimiento y no simplemente un miedo al incumplimiento¹¹. El cumplimiento motivado por el miedo a la sanción es transitorio. Solo el cumplimiento motivado por una cultura de integridad corporativa puede mantenerse en el tiempo. En este contexto, el establecimiento de incentivos suficientes para la adopción progresiva de programas de *compliance* creíbles, serios y efectivos al interior de las compañías se muestra como un mecanismo idóneo para contribuir a la creación de dicha cultura¹².

III. CONSECUENCIAS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN CHILE

Hace ya 10 años, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) emitió su “Guía de Programas de Cumplimiento”¹³, destinada a poner en conocimiento de los agentes económicos las características mínimas con las que debe contar un programa de *compliance* efectivo, así como las consecuencias que se siguen de su adopción. En esa oportunidad, la FNE reconoció la idoneidad de los programas de cumplimiento como mecanismo para, por un lado, prevenir la participación de las empresas en conductas ilícitas y, por otro, permitir detectar aquellas que no hayan podido evitarse, así como tomar acciones tempranamente para mitigar los daños ante una determinada infracción.

De acuerdo con la autoridad de competencia, un adecuado programa de cumplimiento constituye una medida preventiva que puede permitir evitar la comisión de conductas susceptibles de ser calificadas como un ilícito de competencia al interior de los agentes económicos. Esto redundaría en la reducción del riesgo de ser investigado por la FNE –dado que las soluciones pueden adoptarse incluso antes que una fiscalización siquiera se verifique–, así como también de ser acusado y condenado al pago de multas y eventuales indemnizaciones de perjuicios¹⁴. Ahora bien, en aquellos casos en que aun existiendo un programa de

8 Véase nota al pie n° 2.

9 Karen Yeung, *Securing Compliance: A Principled Approach* (London: Hart Publishing, 2004); Robert Baldwin, *Rules and Government* (Oxford: Clarendon Press Oxford, 1995).

10 Ian Ayres y John Braithwaite. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate* (New York: Oxford University Press, 1995).

11 Neil Gunningham, “Enforcement and Compliance Strategies” en *The Oxford Handbook of Regulation*, eds. Robert Baldwin, Martin Cave y Martin Lodge (Oxford: Oxford University Press, 2010).

12 Anne Riley y Daniel D. Sokol, “Rethinking compliance”, *Journal of Antitrust Enforcement* 3, N° 1, 31, <http://awa2015.concurrences.com/IMG/pdf/ssrn-id2475959.pdf>

13 FNE, “Guía Programas de Cumplimiento de la Normativa de la Libre Competencia”, 2012.

14 Cristián Reyes, “Consideraciones jurisprudenciales sobre la relevancia de los programas de cumplimiento en el sistema chileno de libre

cumplimiento igualmente tiene lugar una infracción, las medidas que el propio programa diseñe permiten identificar adecuadamente cualquier conducta anticompetitiva y controlar la ocurrencia de potenciales daños¹⁵. Bajo tal escenario, la referida Guía de la FNE señala los distintos beneficios procedimentales de implementar un programa de *compliance*: un uso oportuno del beneficio de delación compensada, mayores oportunidades para celebrar un acuerdo extrajudicial con la FNE y una eventual rebaja de multa¹⁶. Es este último beneficio el que permite hablar de los programas de cumplimiento como elemento moderador de la sanción de la empresa infractora.

La posibilidad de acceder a una reducción de la multa en estos casos fue desarrollada por la FNE en su “Guía Interna para Solicitudes de Multa” de 2019¹⁷, con la que buscó transparentar las pautas a las que debe sujetarse a la hora de determinar la cuantía de las multas a solicitar en sus requerimientos¹⁸. En concordancia con los principios establecidos en la última modificación al Decreto Ley 211 (DL 211)¹⁹, la FNE declaró que la aportación de información dentro del contexto de un programa de *compliance* constituye evidencia de la colaboración del infractor durante la investigación, pudiendo tomarse en cuenta a los efectos de atenuar su responsabilidad²⁰. Adicionalmente, y confirmando este criterio, la autoridad fue un paso más allá al disponer que en aquellas situaciones en las que la empresa demuestre haber implementado uno de estos programas de manera *ex ante* a la ejecución de la práctica ilícita, ello puede considerarse como circunstancia independiente para rebajar el monto de la multa a solicitar. Lo anterior, siempre y cuando concurren las siguientes condiciones²¹:

a) Que de los antecedentes acompañados durante la investigación aparezca que se trata de un programa de cumplimiento serio y eficaz, conforme a las directrices y lineamientos de la FNE y de la jurisprudencia del TDLC y la Corte Suprema, de manera tal que represente un compromiso real de adecuar el comportamiento del agente económico a la normativa de libre competencia;

b) Que las personas naturales presuntamente involucradas en la infracción por parte del agente económico en cuestión hayan sido hechas partícipes, en forma seria y real, del referido programa de cumplimiento; y,

competencia”, *Investigaciones CeCo* (mayo 2020), 8, https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/05/Reyes_Consideraciones-jurisprudenciales-sobre-la-relevancia-de-los-programas-de-cumplimiento-en-el-sistema-chileno.pdf

15 Pontificia Universidad Católica de Chile, Programa UC Libre Competencia, “Efectos de la implementación de un programa de cumplimiento ante una infracción a la normativa de competencia”, Antitrust Position Paper N° 2, 2021, 4, https://librecompetencia.uc.cl/images/Investigacion/Antitrust_Position_Papers/Mayo_2021/APP_N°_2_-_Compliance_-_Mayo.pdf

16 FNE, “Guía Programas de Cumplimiento de la Normativa de la Libre Competencia”, 2012, 17.

17 FNE, “Guía Interna para Solicitudes de Multa”, 2019, <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/08/Gu%C3%ADa-de-multas.pdf>

18 Sin perjuicio de la pretensión sancionatoria que ejerza la FNE, la determinación de la multa que finalmente se imponga corresponde al TDLC y a la Corte Suprema.

19 DL 211, artículo 26, inciso final: “Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en caso que lo hubiese; la gravedad de la conducta; el efecto disuasivo; la calidad de reincidente por haber sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez años; la capacidad económica del infractor, y la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación” (el destacado es nuestro).

20 La propia FNE precisó en la aludida Guía que la adopción de un programa de *compliance* nunca puede constituir una causal de exención de responsabilidad de la compañía infractora.

21 FNE, “Guía Interna para Solicitudes de Multa”, 2019, 12.

c) Que el programa contemple medidas preventivas específicas respecto de aquellos atentados a la libre competencia que son objeto del requerimiento.”

De esta forma, la FNE otorgó orientación relevante en relación con los programas de *compliance*, que se tradujo en mayores certezas para motivar a una gama más amplia de empresas a dedicar tiempo y recursos a instaurar una verdadera cultura de cumplimiento de las normas de defensa de la competencia. Sin embargo, las pautas entregadas en las Guías referidas deben necesariamente complementarse con la jurisprudencia del TDLC y la Corte Suprema en la materia, la que, sin embargo, ha entregado directrices disímiles respecto a cómo debe valorarse un programa de cumplimiento “serio, creíble y efectivo”, como veremos a continuación.

IV. MÉRITO DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO: ¿ATENUANTES O EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD INFRAACCIONAL?

La importancia de los programas de *compliance* como mecanismos eficientes y efectivos para prevenir y detectar prácticas anticompetitivas ha sido destacada en numerosos precedentes judiciales del TDLC, en los que incluso se ha impuesto su adopción obligatoria como medida correctiva junto con las sanciones derivadas propiamente de la conducta anticompetitiva²². Pero no fue hasta los fallos del TDLC y, posteriormente, de la Corte Suprema en el caso *Supermercados* que se analizó la posibilidad de que un programa de cumplimiento preexistente pudiera actuar como una atenuante o eximente de responsabilidad de las empresas infractoras, fallos que representan las dos visiones que existen sobre el tema.

En un procedimiento que terminó con la sanción a las tres principales cadenas de supermercados del país por haber participado en un cartel *hub-and-spoke*, en 2019 el TDLC afirmó que un programa de *compliance* “serio, creíble y efectivo” adoptado con anterioridad a la presentación del requerimiento²³ puede actuar como un atenuante de responsabilidad por las conductas anticompetitivas cuya comisión se hubiere probado en juicio. De acuerdo con el TDLC, existiría incluso la posibilidad, aunque con un alto estándar de exigencia, de que un programa de cumplimiento exonere de responsabilidad, dado que el incumplimiento normativo sólo da origen a responsabilidad cuando éste es culpable. Así, afirma el TDLC, un programa de *compliance* que reúne ciertos atributos mínimos permitiría calificar la comisión de una práctica ilícita como un hecho imposible de haber podido impedir empleando los debidos resguardos²⁴.

Aun cuando el fallo del TDLC marcaba un hito en la historia del *compliance* en Chile, en 2020 la Corte Suprema, conociendo de los recursos de reclamación presentados, discrepó respecto del rol que cumplen los programas de cumplimiento. Junto con considerar que en materia de libre competencia no procede exonerar de responsabilidad a una empresa en tanto dicha posibilidad no está contemplada expresamente en la ley, el máximo tribunal estimó que la verificación de una conducta anticompetitiva, aun existiendo un programa de *compliance* robusto, revela que el mismo no es idóneo o eficaz para prevenir conductas infraccionales²⁵. En otras palabras, un programa de cumplimiento, en el mejor de los casos, puede ser

22 Casos *Asfaltos II* (TDLC Sentencia N° 148/2015), *Papel Tissue* (TDLC Sentencia N° 160/2017), *Inyectables* (TDLC Sentencia N° 165/2018), *Supermercados* (TDLC Sentencia N° 167/2019), *Navieras* (TDLC Sentencia N° 171/2019), *Sueros* (TDLC Sentencia N° 172/2020) y, más recientemente, *Fuegos* (TDLC Sentencia N° 179/2022).

23 Este criterio fue confirmado recientemente por el TDLC en su fallo del caso *Fuegos* (TDLC Sentencia N° 179/2022).

24 TDLC Sentencia N° 167/2019. Considerandos 174°-183°.

25 Corte Suprema Sentencia Rol N° 9361/2019. Considerando 51°.

considerado efectivo para posibilitar una atenuación de la responsabilidad. Y para que aquello ocurra, tal programa tiene que impedir la conducta anticompetitiva, pues de lo contrario demostraría que la empresa infractora no ha hecho todo lo posible para evitar incurrir en el ilícito.

Como queda de manifiesto, la decisión de la Corte Suprema limitó de manera importante el valor del *compliance* y confirmó el escenario de incerteza en el que se encuentran los agentes económicos al respecto, dificultando la internalización de la libre competencia en su cultura organizacional.

V. AUSENCIA DE INCENTIVOS CLAROS PARA ADOPTAR PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO QUE PERMITAN PREVENIR CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

Pese a existir consenso en relación con la utilidad de los programas de *compliance* para prevenir y detectar tempranamente prácticas anticompetitivas, el mensaje entregado por nuestra institucionalidad en el caso *Supermercados* pareciera ser el contrario, dejando en evidencia que no existirían suficientes incentivos para incorporar voluntariamente, a través de tales programas, una cultura de competencia al interior de las empresas.

En efecto, bajo el escenario actual, si bien las aludidas Guías de la FNE establecen los elementos esenciales que un programa de cumplimiento debe contener para cumplir con las características de seriedad, credibilidad y efectividad y, así, justificar una reducción de la multa, el aludido fallo del TDLC es claro al señalar que dicha calificación será siempre realizada de forma *ex post*, discrecional y caso a caso por la autoridad²⁶⁻²⁷, y solamente, como indica la Corte Suprema, en el contexto de un procedimiento infraccional por una práctica anticompetitiva que precisamente podría dar cuenta de que el programa resultó ser inadecuado e ineficaz como mecanismo de prevención. Paradójicamente, se exige que el plan de cumplimiento prevenga la infracción, esto es, que sea anterior a su ocurrencia, pero la idoneidad de dicho plan sólo se califica luego de verificada aquella, cuando nada más queda por hacer. La conjugación de estas señales con direcciones contradictorias podría atentar contra el sistema, ya que establecería un estándar en extremo formalista, demasiado alto y casi inalcanzable para que el *compliance* pueda atenuar la responsabilidad²⁸.

De esta forma, como bien advierten algunas expertas²⁹, el problema estaría radicado en la oportunidad y el procedimiento aplicado por nuestras autoridades de libre competencia para revisar la idoneidad de los programas de cumplimiento. Lo anterior, pues un enfoque de análisis *ex post* como el recién descrito podría significar la negación del *compliance* como herramienta preventiva para evitar que se produzcan o puedan repetirse comportamientos ilícitos, desincentivando su adopción. Esta perspectiva, en definitiva, no se condice con lo que el Estado precisamente debiera promover: que los agentes económicos diseñen y pongan

26 TDLC Sentencia 167/2019. Considerando 182°.

27 En todo caso, dicha discrecionalidad que el TDLC se atribuye, no debe confundirse con arbitrariedad. La FNE, el TDLC y la Corte Suprema establecen requisitos para entender como adecuado un programa de cumplimiento y, en consecuencia, la determinación de idoneidad al tenor de dichos requisitos en ningún caso es arbitraria o injusta.

28 ABA – CeCo. “Antitrust Compliance in Latin America”, 2022, 21, <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/04/Informe-ABA-CeCo-Compliance-en-Latinoamerica.pdf>

29 Carolina Bawlitza y Sofía O’Ryan, “Compliance y Libre Competencia: Tareas pendientes”, CeCo (25 de agosto de 2021), https://centrocompetencia.com/compliance-y-libre-competencia-tareas-pendientes/#_ftn2

en práctica programas de cumplimiento idóneos de forma *ex ante*. Se trata, así, de una cuestión de medios, más que de resultados³⁰. Así las cosas, urge promover correcciones que estimulen su implementación.

VI. PROPUESTAS PARA OTORGAR MAYORES CERTEZAS

Como hemos señalado, la revisión tardía de los programas de cumplimiento por las autoridades de competencia impide a la sociedad disfrutar de las ventajas de la prevención de ilícitos anticompetitivos que caracteriza a los programas de cumplimiento. Esta situación impacta a todo el universo de posibles conductas contrarias a la libre competencia que pueden ocurrir en los mercados, pero es especialmente preocupante tratándose de prácticas unilaterales, no sólo porque están excluidas de los beneficios de la delación compensada, sino porque definir la frontera entre una práctica agresiva y otra abusiva es una tarea que exige un análisis profundo³¹, lo que dificulta su detección y prueba³². La adopción de planes de cumplimiento oportunamente examinados aparece como una oportunidad para la prevención y detección temprana de dichas infracciones.

Más allá de que la llave a la descrita falta de certezas pueda pasar por establecer legalmente que este tipo de programas puede actuar como eximente o atenuante de responsabilidad –como lo señala la Corte Suprema³³–, cabe preguntarse si la calificación *ex post* de la idoneidad de los programas de *compliance* es el procedimiento adecuado para hacer frente a este problema. Al respecto, el reemplazo de la actual revisión *ex post* por procedimientos que promuevan tanto el examen de estos programas por parte de la autoridad administrativa como la calificación de su idoneidad de forma *ex ante* al acaecimiento del ilícito que se pretende prevenir³⁴ aparece como una razonable solución al problema de la falta de incentivos efectivos para la implementación de planes de cumplimiento. Desde la perspectiva institucional, podemos encontrar algunas fórmulas en esa dirección, tanto en el plano nacional –aunque en materia de protección al consumidor–, como a nivel comparado:

a. Modelo en materia de protección al consumidor.

En general, se entiende que no corresponde a las autoridades de libre competencia la aprobación previa de programas individuales adoptados por una empresa³⁵. Sin embargo, nada obstaría a que dicha calificación de idoneidad quedara entregada a una entidad acreditada y capacitada por la agencia persecutora. Esta es la fórmula planteada en nuestro país por la Ley 19.496 de protección de los derechos de los consumidores (LPDC).

30 Matías Belmonte, “El *compliance* y los carteles: ¿por qué un buen programa no exonera de responsabilidad?”, CeCo (1 de diciembre de 2021), https://centrocompetencia.com/belmonte-compliance-y-carteles-por-que-un-buen-programa-no-exonera-responsabilidad/#_ftnref8

31 Lorena Pavic y Juan Enrique Coeymans, “Descuentos Multiproductos (“bundled discounts”) ¿Práctica exclusoria o competencia agresiva?” en *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Santiago: Thomson Reuters, 2011) 222.

32 A estas dificultades, se suma que, aun cuando dichas acciones logran atravesar la rígida barrera de admisibilidad impuesta por los tribunales, su resolución tampoco deviene en la aplicación de mayores sanciones. Para muestra, en los últimos siete años, sólo tres acciones dirigidas a perseguir abusos unilaterales fueron acogidas, y en ninguno de dichos casos se impuso sanción al condenado. María José Henríquez y Benjamín González, “Libre competencia: Al rescate de las sanciones a las conductas unilaterales”, *Estado Diario*, 13 de julio de 2021, <https://estadodiario.com/columnas/libre-competencia-al-rescate-de-las-sanciones-a-las-conductas-unilaterales/>

33 Corte Suprema Sentencia Rol N° 9361/2019. Considerando 51°.

34 Carolina Bawlitza, “Programas de Cumplimiento, Libre Competencia”, (Webinar *Libre competencia en Chile: ¿Cómo fortalecerla?*, 13 de enero de 2022), <https://www.youtube.com/watch?v=oeIts-Fwlq8>

35 Comisión Europea, Dirección General de Competencia, “La importancia de cumplir: qué pueden hacer las compañías para respetar mejor las normas de competencia de la UE”, 2013, 18, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/60596> y FNE, “Guía Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia”, 2012, 5.

Al respecto, para determinar si los programas de cumplimiento adoptan las recomendaciones del Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) y respetan la LPDC, dicha agencia promueve la revisión *ex ante* de la suficiencia de los planes, labor ejecutada por terceros independientes –entidades cuya “competencia técnica e integridad profesional ha sido previamente acreditada ante el Servicio–³⁶. Este mecanismo, por una parte, asegura la independencia del SERNAC, y por la otra, legitima el resultado de dicha auditoría. Luego, la circunstancia de que la empresa cuente, *ex ante*, con un programa de cumplimiento aprobado por el SERNAC es considerada “colaboración sustancial” del eventual infractor en los términos del artículo 24, inciso cuarto, letra c) de la LPDC, lo que constituye un atenuante de la sanción que eventualmente se imponga.

La adopción de un procedimiento como el descrito en nuestra institucionalidad de libre competencia sería perfectamente posible. En efecto, ambos sistemas comparten como fin común la protección del consumidor en el mercado, lo que redundaría en su complementariedad³⁷. A esto se suma que el artículo 26 del DL 211 consagra expresamente la “colaboración” del presunto infractor como causal de atenuación de la multa que deberá imponérsele. La adopción de un programa de cumplimiento cuya idoneidad sea calificada de manera *ex ante* configuraría dicha colaboración, pudiendo considerarse como causal de atenuación de responsabilidad. Así, no sería necesario una reforma legal para atribuir expresamente a los programas de cumplimiento el carácter de atenuante de responsabilidad, en tanto el denominado “derecho común del funcionamiento de los mercados”³⁸ ya lo ha hecho, otorgándole certeza a las industrias en ese sentido.

b. Incentivos a la adopción de planes de cumplimiento a nivel comparado.

La experiencia en el mundo respecto a la valoración de los programas de *compliance* es disímil³⁹. No obstante, es posible observar en los últimos años un esfuerzo importante por parte de las autoridades de competencia con miras a promover la implementación de planes de cumplimiento, pudiéndose encontrar algunos casos notables en Latinoamérica⁴⁰.

En Colombia, por ejemplo, si bien la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) no se ha pronunciado formalmente sobre la posibilidad de entregar beneficios a las empresas que cuenten con programas de cumplimiento, en la práctica sí incentiva su implementación, ofreciendo reducciones de multa y el cierre de la investigación⁴¹. Como parte de dichos incentivos, en 2020 la SIC impulsó la dictación de una norma técnica junto con el Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación (ICONTEC)⁴², con el fin de proporcionar los requisitos mínimos para el establecimiento de buenas prácticas en línea con la normativa y los principios de la libre competencia. Según ha señalado la autoridad colombiana, las empresas pueden solicitar ante el ICONTEC la certificación de sus programas de cumplimiento, mientras que la SIC puede orientar a las

36 Circular Interpretativa sobre Procedimiento de Aprobación de Planes de Cumplimiento del Artículo 24, inciso cuarto, Letra c) de la Ley 19.496.

37 OECD, “The Interface between Competition and Consumer Policies” (2008), 8, <http://www.oecd.org/regreform/sectors/40898016.pdf>

38 Virginia Rivas “Interacciones entre la libre competencia y la protección al consumidor: buscando un diálogo para el mejor funcionamiento de los mercados”, *Investigaciones CeCo* (julio 2020), 4, https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/07/Rivas_Interacciones-entre-la-libre-competencia-y-la-protección-al-consumidor.pdf

39 OECD, OECD Competition Committee Discussion Paper, “Competition Compliance Programmes” (Junio 2021), <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-compliance-programmes.htm>

40 ABA – CeCo. “Antitrust Compliance in Latin America”, 2022.

41 *Ibid.*, 21, 31.

42 ICONTEC, “Requisitos para el establecimiento de buenas prácticas de protección para la libre competencia” (NTC 6378:2020), 2020, <https://tienda.icontec.org/gp-requisitos-para-el-establecimiento-de-buenas-practicas-de-proteccion-para-la-libre-competencia-ntc6378-2020.html>

compañías que lo requieran en el cumplimiento de los requisitos contenidos en la norma técnica⁴³.

Otro caso interesante es el de Perú, donde el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) ha fijado los requisitos –aunque difíciles de cumplir– que deben observar los programas de *compliance* para considerarse efectivos, así como el porcentaje de reducción de multa que aquellos podrían permitir, según el grado de cumplimiento⁴⁴. En este sentido, para no dejar espacio a dudas, el INDECOPI ha reconocido que los planes de cumplimiento implementados de manera *ex ante* tienen la capacidad de reducir la multa entre un 5% y un 10%⁴⁵. Como señala el mismo INDECOPI en su Guía sobre la materia, la determinación de un rango de porcentaje de reducción de la multa a través de instrumentos de *soft law* es una práctica común de las agencias de competencia⁴⁶, que parece ir en la línea correcta si el objetivo es entregar señales claras a los agentes del mercado.

VII. REFLEXIONES FINALES

El *enforcement* ha demostrado ser insuficiente por sí solo como herramienta para alcanzar los beneficios de la libre competencia en los mercados, sobre todo en lo que se refiere a la persecución y sanción de las conductas unilaterales. La aplicación de multas altas no desincentiva la reincidencia; solo el cumplimiento voluntario puede mantenerse en el tiempo. En ese contexto, la implementación de planes de cumplimiento serios, creíbles y efectivos aparece como un mecanismo preventivo capaz de promover la creación de una cultura de integridad corporativa al interior de las empresas.

En efecto, nuestras autoridades de competencia han confirmado en reiteradas oportunidades la eficacia de los programas de cumplimiento como mecanismo para prevenir, detectar y mitigar los daños de un ilícito anticompetitivo. Sin embargo, su posición ha sido vacilante en lo que respecta a los efectos de su implementación –atenuante o eximente de responsabilidad–, a lo que se suma la falta de una oportunidad apropiada para calificar las características de seriedad, credibilidad y efectividad de tales programas. La incerteza jurídica, por una parte, y una estéril revisión *ex post*, por la otra, impiden acceder a la función preventiva del *compliance*, desincentivando su adopción.

En este escenario, resulta esencial explorar soluciones que permitan otorgar mayores certezas. El procedimiento de calificación y aprobación previa de los planes de cumplimiento desarrollado por el SERNAC, que beneficia al eventual infractor con la rebaja de la sanción, se presenta como una alternativa razonable de implementar en sede de libre competencia. Lo mismo ocurre con los incentivos consagrados en el derecho comparado, ya sea por la vía normativa o administrativa, los cuales permiten promover la implementación de planes de cumplimiento al interior de las empresas.

43 ABA – CeCo. “Antitrust Compliance in Latin America”, 2022, 16-17.

44 *Ibíd.*, 21, 23.

45 INDECOPI, “Guía del Programa de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia”, 2020, Sección 7.3, <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/4663202/Guía+de+Programas+de+Cumplimiento+de+las+Normas+de+Libre+Competencia/>

46 *Ibíd.* 42.



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:

Ignacio Oltra y Katherine González "Programas de cumplimiento como herramienta de prevención de conductas anticompetitivas: ¿un problema de incentivos?", *Investigaciones CeCo* (junio 2022),
<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