

VC *Vive* **Compliance** *Magazine*



OLGA PONTES
CHIEF COMPLIANCE OFFICER,
ODEBRECHT S.A.

“LIDERAR Y TRANSFORMAR DURANTE LA CRISIS”

“Los desafíos del área de Compliance, independientemente de si la empresa ha sufrido un daño reputacional significativo o no, pero especialmente para aquellos que lo han sufrido, va mucho más allá de la implementación de un programa de Compliance robusto y efectivo”

COMPLIANCE Y LIBRE COMPETENCIA: Tareas Pendientes.



Carolina Bawlitza F.
Chile

Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Posgrado en Economía de la Competencia por la Universidad de Los Andes, Magister en Derecho de los Negocios y Diplomada en Compliance Corporativo por la Universidad Adolfo Ibáñez en Chile. Trabajó previamente en la Fiscalía Nacional Económica y como Counsel en DLA Piper Chile. Actualmente es Oficial de Cumplimiento de libre competencia en SMU S.A. Integrante de la red ProCompetencia de Chile.



Sofía O'Ryan
Chile

Abogada, Universidad de Chile. LLM en Libre Competencia en King's College of London. Previamente fue coordinadora de las divisiones antimonopolio y de fusiones en la Fiscalía Nacional Económica. Actualmente es Counsel en DLA Piper Chile. Integrante de la red ProCompetencia de Chile.

En junio pasado conocimos los resultados de una encuesta de la Red Procompetencia en la que expertos de libre competencia evalúan los resultados del enforcement en Chile^[1], dando cuenta de importantes espacios de mejora, particularmente en lo que se refiere a conductas unilaterales. No es ningún secreto que hasta la fecha los esfuerzos de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) han estado focalizados en la persecución de carteles, decisión difícil de cuestionar considerando el costo del enforcement, la limitación de recursos disponibles para esos efectos y los graves perjuicios que acarrea la colusión. Pero lo cierto es que el enforcement no es la única herramienta que disponemos en la búsqueda por alcanzar los beneficios que genera la libre competencia en los mercados. Tal y como reconoce la propia FNE en su "Guía de Programas de Cumplimiento" del año 2012: "Los Programas son un mecanismo eficiente y efectivo de prevención, de detección y de control de daños, ya que brindan pautas internas acerca de las correctas formas de reacción, permitiendo así la no ocurrencia o la reducción de los efectos negativos del actuar anticompetitivo tanto para la empresa como para la sociedad".

Dicha declaración efectuada hace casi 10 años por la FNE ha sido ratificada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) en diversos fallos en los que incluso ha impuesto la implementación obligatoria de estos programas por parte de determinadas compañías^[2]. Sin embargo, y habiendo transcurrido poco más de un año desde el fallo de la Corte Suprema en el caso de la FNE contra Cencosud S.A. y otras^[3], cabe preguntarse si existen suficientes incentivos para la implementación voluntaria de estos programas por parte de los agentes económicos. Ello, considerando especialmente que junto con declarar que la mera existencia de un programa de compliance no puede ser eximente de responsabilidad (revirtiendo lo señalado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia), la sentencia de la Corte Suprema presume la insuficiencia de un programa de cumplimiento por la materialización -aunque en el caso particular, extendida en el tiempo- del ilícito anticompetitivo, lo que podría traducirse en desconocer que toda actividad humana conlleva riesgos, riesgos que un programa de compliance busca precisamente mitigar, pero no siempre es capaz de eliminar.

Lo anterior da cuenta que, en el panorama actual, una compañía no podría eximirse de responsabilidad por el hecho de contar con un programa de compliance aunque cumpliera los requisitos delineados por la FNE,

con la excepción de aquellos casos en que acceda a los beneficios de la delación compensada, restringida a carteles. Y que, para atenuar su responsabilidad, debe cumplir una serie de elementos que, aunque han sido descritos en la mencionada Guía, quedan a la discrecionalidad de la autoridad -según menciona el propio Tribunal en su fallo- y sólo son evaluados con ocasión de una infracción que paradójicamente podría revelar su insuficiencia, más allá de permitir alcanzar, en el mejor de los casos, un acuerdo extrajudicial con la FNE. Así, la única alternativa disponible para las compañías interesadas en contar con un pronunciamiento ex ante de la autoridad, sería, por tanto, recurrir al proceso no contencioso ante el TDLC, lo que además de implicar un sacrificio largo de tiempo -y los no despreciables riesgos asociados a la eventual intervención de terceros en las políticas internas de una compañía- tiene los inciertos resultados ya señalados. Por lo demás, desde el punto de vista institucional tampoco parece ésta una alternativa razonable considerando la carga de trabajo actual del TDLC.

podría ser interesante analizar alternativas como la planteada en nuestro país por la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor que permite que entidades independientes previamente calificadas por el SERNAC certifiquen ex ante la conformidad de un determinado programa con las exigencias dispuestas por la autoridad, considerándolo colaboración sustancial y, como tal, atenuante de responsabilidad.





Pero ¿por qué nos debería interesar como sociedad impulsar los programas de compliance dentro de las compañías?

Porque el *enforcement* es costoso, no sólo en términos monetarios, sino que habitualmente llega tarde o no llega^[4]. Adicionalmente, una buena política de *compliance* dentro de las empresas permite lo que precisamente busca la libre competencia: que la economía de mercado funcione, especialmente si consideramos que nadie es mejor que las propias empresas para detectar una infracción ocurrida dentro de las mismas. El *compliance* es una medida preventiva que, si bien no está exenta de costos, permite evitar importantes desembolsos de recursos futuros. Hoy, sin embargo, en gran medida queda entregado a la buena voluntad y compromiso de las compañías, sobre todo considerando la descrita ausencia de incentivos efectivos para autodescribir una conducta anticompetitiva. Lo anterior es particularmente grave en materia de conductas unilaterales, atendida la imposibilidad de acceder a la exención o reducción de las multas vía delación compensada y a las dificultades que enfrenta el *enforcement* en estas materias, dada la inexistencia de infracciones per se o por objeto, y que la mayoría de las conductas obedecen a políticas comerciales comunes dentro de las respectivas industrias que podrían calificarse como pro o anticompetitivas, dependiendo de los efectos que genere en el mercado específico. Tales efectos solo pueden ser evaluados de manera casuística, considerando las particularidades del mercado del que se trate.



Y aunque conforme al citado fallo de la Suprema la solución de fondo pase por una modificación legislativa que permita que una compañía se exima de responsabilidad por contar con un programa de cumplimiento, lo cierto es que esa solución no resuelve el problema de la revisión tardía de la suficiencia de este, a propósito de una infracción. De cara a esa cuestión, podría ser interesante analizar alternativas como la planteada en nuestro país por la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor que permite que entidades independientes previamente calificadas por el SERNAC certifiquen ex ante la conformidad de un determinado programa con las exigencias dispuestas por la autoridad, considerándolo colaboración sustancial y, como tal, atenuante de responsabilidad. Estando dicha colaboración expresamente recogida como una causal de atenuación de responsabilidad en el DL 211, no se entiende qué impediría atenuar la responsabilidad a quien cuenta con un programa de cumplimiento previamente certificado –por una entidad aprobada y capacitada por la FNE–, otorgándole certeza a las industrias en ese sentido.

Lo cierto es que, hoy, el único incentivo otorgado por el Estado para que las empresas adopten esta clase de programa es una especie de seguro de inciertos beneficios. Y aunque existen otras consideraciones por las que una compañía debiera contar con esta clase de programas, debemos reconocer que nuestro sistema –aún en desarrollo– no está lo suficientemente arraigado como para que pueda descansar exclusivamente en ellas. Lo anterior, sumado a que el Estado es el encargado de crear y promover una cultura de libre competencia, permite sostener que existen buenas razones para que provea estímulos para el desarrollo de programas de cumplimiento. Buenos programas de *compliance*, bien aplicados, no sólo permiten detectar conductas anticompetitivas tempranamente, antes que cualquier fiscalizador, sino que además evitan que muchas de tales conductas se lleven a cabo, lo que al final del día redundaría en beneficios para empresas, consumidores y el mercado.

^[4] Red ProCompetencia: "Percepción de la libre competencia en Chile", junio 2021. Disponible en: <https://0319d401-71a2-4961-8726-546f005c69ef.filesusr.com/ugd/a711ee_d2962b29e33e479cae25917078267d64.pdf>

^[5] Entre tales, destaca el caso *Asfalto II*, *Requerimiento de la FNE contra asfaltos chilenos S.A. y otros*, C-280-2014, Sentencia TDLC N° 148/2015 (2015), en el que no sólo se impuso la obligación de contar con un programa de cumplimiento, sino que el voto de minoría destacó que contar con los mismos, podía ser una causal atenuante o agravante de responsabilidad dependiendo de los ejecutivos involucrados. Asimismo, fue impuesto en el caso *Papeles*, *Requerimiento de la FNE contra CMPC Tissue S.A. y otra*, C-299-2015, Sentencia TDLC N° 160/2017 (2017) y el aludido caso *Supermercados*, entre otros. En este sentido, véase: 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). Disponible en: <<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones/>> [Última visita 06-08-2021]

^[6] *Causa Rol TDLC C-304-2016: "Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras"*, Sentencia 179/2019, ratificada por la Corte Suprema en *causa Rol Corte Suprema N°9361-2019*, por sentencia de fecha 8 de abril de 2020.

^[7] A modo de ejemplo, dos casos emblemáticos en que el *enforcement* ha sido efectivo son el caso *Pollos* y el caso *Papeles*. El primero inició durante 2010, el 2011 se presentó el requerimiento ante el TDLC, quien emitió su sentencia en septiembre de 2014 (Sentencia N°139/2014). La Corte Suprema falló en octubre de 2015. Esto implica el transcurso de cinco años entre su inicio y la sentencia definitiva, sin contar el tiempo que duró el cartel ni aquel transcurrido desde su término al inicio de la investigación. De manera similar, el caso *Papeles* inició en una investigación de oficio de la FNE en 2014, sin embargo, en última instancia la Corte Suprema falló el 2020. Lo anterior es sin considerar todos aquellos casos en los que la FNE no cuenta con los medios para hacer *enforcement*.