

## COMENTARIOS AL BORRADOR DE “PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA DE LIBRE COMPETENCIA”, Material de Promoción N°3

El siguiente documento resume las sugerencias y comentarios que diversas entidades hicieron llegar a la FNE durante el proceso de consulta pública al que se sometió el material de promoción señalado dirigido a los distintos agentes económicos. Para facilitar la lectura, dichas sugerencias y comentarios han sido agrupados como sigue:

Cuadro 1	Comentarios Deseables pero a criterio de de cada agente económico	Página 1
Cuadro 2	Comentarios relativos al ámbito de aplicación y alcance de la Guía	Página 4
Cuadro 3	Fortalecimiento de Incentivos	Página 6
Cuadro 4	Certificación de los Programas de Cumplimiento por parte de la FNE	Página 6
Cuadro 5	Otros	Página 7

<b>Cuadro 1. Comentarios Deseables pero a criterio de de cada agente económico</b>	
Comentario	Nuestra Opinión
<p><b><u>Que los asesores que participan en la confección del manual, auditorías y monitoreos sean personas distintas</u></b></p> <p>Se sugiere que los profesionales y entidades que actúen como asesores, diseñando o implementando programas de prevención, no puedan actuar igualmente como auditores, certificando la suficiencia de dichos programas.</p> <p><b><u>Establecimiento de un Oficial de Cumplimiento Independiente</u></b></p>	<p>Sugerencias parcialmente adoptadas.</p> <p>En opinión de la FNE todas las sugerencias recopiladas en este cuadro resultan deseables, recomendándose su implementación en la medida que aquellas sean compatibles con las características particulares de la empresa y con los recursos que aquella dispone. En este sentido, mientras mayor poder de mercado tenga la empresa, mayor es el grado de seguimiento de estos lineamientos que de ella se espera.</p> <p>En efecto, los programas más exitosos en materia de</p>

Se sugiere que el oficial de cumplimiento debería ser independiente y autónomo de la estructura de la empresa y con dedicación exclusiva a esas labores y en ningún caso su remuneración o bonos deberían estar determinados por el éxito comercial de la empresa. Su prioridad debiera ser el cumplimiento de la normativa legal. La posición del *compliance officer* debería ser además dependiente del Directorio de la empresa, o de no haberlo, de la más alta autoridad de la misma.

#### **Liderazgo del Programa**

Se sugiere que el liderazgo del programa debiera estar a cargo de un alto ejecutivo, que cuente con recursos y poderes reales para la implementación del Programa de Cumplimiento. Debería ser independiente para participar en las decisiones de la firma, reportar directamente a las más altas autoridades de ésta y ser removibles sólo por acuerdo del Directorio.

#### **Incorporar el Manual como anexo al contrato de trabajo**

Se sugiere que, en cuanto al conocimiento del Manual por parte de los miembros de la organización, la sola puesta en conocimiento y a disposición de éste, resulta insuficiente. Sería más conveniente sugerir su incorporación en anexo al contrato de trabajo, como obligación de todo empleado de la empresa, sea directivo o no, al estilo de los reglamentos de higiene y seguridad.

#### **Que las obligaciones del Programa de Cumplimiento sean extensivas a terceros relacionados con la compañía**

Se sugiere que las obligaciones emanadas del modelo de cumplimiento sean extensivas a los terceros relacionados con la

cumplimiento están dirigidos por funcionarios especializados en temas de cumplimiento, que gozan de plena autonomía e independencia, que responden directamente al Directorio y cuyas causales de remoción se encuentran definidas con precisión.

Adicionalmente, para que un programa de cumplimiento sea más que una mera declaración de intenciones, debe procurarse que el mismo sea internalizado por los funcionarios de la empresa, lo que implica entrenamiento permanente, evaluación de sus resultados, y la existencia de un sistema de incentivos y sanciones acorde con el grado de compromiso que se pretende obtener.

empresa, sea que la representen de algún modo, sea que le presten servicios o suministros o que desarrollen una actividad económica conjunta, de modo tal de expandir el alcance de la autorregulación.

#### **Evaluación de los Programas de Cumplimiento y Entrenamiento**

Se sugiere complementar las evaluaciones con encuestas, *focus groups*, entrevistas, etc.

Adicionalmente, se sugiere que no debería existir una única fase de entrenamiento, sino que debiera implementarse un sistema de comunicaciones permanentes o periódicas, así como también recordatorios periódicos del Programa de Cumplimiento.

#### **Medidas Disciplinarias**

Se recomienda que debieran implementarse medidas disciplinarias no solamente para infracciones legales, sino también para el caso de infracciones del propio Programa. Los agentes debiesen incurrir en responsabilidad si no han adoptado pasos razonables para prevenir violaciones.

**Cuadro 2. Comentarios relativos al ámbito de aplicación y alcance de la Guía**

Comentario	Nuestra opinión
<p><b><u>Distinción entre empresas de mayor y menor tamaño</u></b></p> <p>Se sugiere limitar los Programas de Cumplimiento a los agentes económicos más riesgosos, como aquellos que son líderes de alguna industria, empresas multinacionales o aquellas que operan en mercados regulados, también las que ofrezcan bienes y servicios esenciales, las que tengan antecedentes de infracción a la normativa de libre competencia, las que sean parte de mercados concentrados o tengan alta participación de mercado en algún rubro.</p> <p>Se sugiere también que la FNE podría cooperar mediante la confección de una “lista de chequeo” que diera ciertos lineamientos básicos a las pequeñas empresas y les permitiera revisar sus decisiones.</p> <p>Se sugiere mitigar la relativa condescendencia que la Guía muestra hacia estas empresas de menor tamaño. Sobre el particular, se considera que las empresas pequeñas podrían ser perfectamente capaces de implementar un Programa de Cumplimiento a escala menor, con un costo menor mediante el uso de mecanismos informales de monitoreo, difusión e implementación.</p>	<p>La FNE no estipula la obligatoriedad en la elaboración de un Programa de Cumplimiento. Además se señala que todo Programa de Cumplimiento debe ser acorde a las características de cada empresa. Por lo mismo, aquellas entidades con mayor grado de riesgo deberán contar con Programas más rigurosos y exigentes.</p> <p>La Fiscalía estima que son los propios agentes económicos, en conocimiento de sus características, organigrama y estructura interna, modo en que se desenvuelve y desempeña en el mercado, quienes se encuentran en mejor posición para decidir qué formas o qué mecanismos son los más eficientes, prácticos e idóneos para ellos.</p> <p>Sugerencia adoptada</p>

<p>Se recomienda señalar la forma en que las empresas pequeñas podrían implementar un plan de cumplimiento a bajo costo, sugiriéndose se recomiende la utilización de modelos de empresas semejantes, la escrituración de compromisos, la realización de reuniones informales con los empleados de la compañía y el monitoreo a través de visitas y observación periódica.</p> <p><b><u>Aplicación de la Guía a Asociaciones Gremiales</u></b></p> <p>En cuanto a estas entidades, se sugiere que el Material de Promoción N°2 dirigido a asociaciones gremiales podría ser complementado si se hiciera aplicable la Guía a dichas entidades.</p> <p>Se hace presente que las asociaciones gremiales podrían ayudar a prevenir atentados contra la libre competencia y cooperar mediante la publicación de guías e instrucciones que reflejen políticas de cumplimiento aplicables a su propio sector.</p> <p><b><u>Aplicación de la Guía a materias relacionadas con Competencia Desleal</u></b></p> <p>Se hace presente que el DL 211 también es aplicable en casos de competencia desleal y ha habido distintos pronunciamientos de las autoridades de competencia relacionados con estas materias, razón por la cual la Guía debiese considerar también el cumplimiento a la normativa de competencia desleal.</p>	<p>Sugerencia adoptada</p> <p>La Guía en todo momento se refiere a “agentes económicos”, concepto que inclusivo de las asociaciones gremiales. La FNE considera la importancia de que las asociaciones gremiales elaboren e implementen un correcto y completo Programa de Cumplimiento.</p> <p>En principio se prefiere que el diseño de cada Programa de Cumplimiento sea producto de la evaluación interna de los riesgos de cada empresa. Solo excepcionalmente, y para empresas de menor envergadura podría ser necesario recoger la sugerencia realizada.</p> <p>La Guía abarca el ilícito de competencia desleal en la medida que dichas conductas tiendan a alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio en un mercado dado, en conformidad al artículo 3 letra c). En los demás casos, las conductas de competencia desleal quedan fuera del ámbito de la normativa de libre competencia.</p>
--	--

<b>Cuadro 3. Fortalecimiento de Incentivos</b>	
<b>Comentario</b>	<b>Nuestra opinión</b>
<p>Se hace presente que no debiera ser discrecional para la autoridad la aplicación de los beneficios, como sería la rebaja de la multa, sino que debiesen convertirse en beneficios ciertos.</p>	<p>No debe perderse de vista que el legislador ha establecido como deber de la FNE dar aplicación al DL 211, en la esfera de sus atribuciones, para el resguardo de la libre competencia. Aun cuando no sea el único, un rol central en el cumplimiento de ese mandato legal es el de persecutor. Por lo mismo, la FNE no puede, en abstracto y para una serie ilimitada de casos futuros, renunciar a su facultad de perseguir las responsabilidades que le quepan a los agentes económicos por atentar contra la libre competencia. Aun cuando los Programas de Cumplimiento jueguen un rol central en la preservación del bien jurídico que la FNE está llamada a defender, el compromiso de los particulares de adoptar mecanismos que puedan prevenir el incumplimiento de sus obligaciones legales no puede dotarse de incentivos que supongan, sin analizar las particularidades de cada caso, una renuncia de la FNE a cumplir con las obligaciones que el legislador le ha encomendado. La FNE reafirma su compromiso de examinar y estudiar, caso a caso, la procedencia del beneficio de reducción de multa a ser solicitada ante el TDLC, para verificar que se cumplan a cabalidad los requisitos señalados en la Guía.</p>

<b>Cuadro 4. Certificación de los Programas de Cumplimiento por parte de la FNE</b>	
<b>Comentario</b>	<b>Nuestra opinión</b>
<p>Se sugiere establecer un sistema de certificación de los Programas de Cumplimiento por parte de la FNE. Así también, se recomienda el establecimiento de un mecanismo mediante el cual, voluntariamente, los agentes económicos pudieran someter</p>	<p>La Fiscalía Nacional Económica no certifica ni certificará los Programas de Cumplimiento. Mediante el material de Promoción N° 3 se quiere dar a conocer a las entidades económicas pautas generales de lo que de manera abstracta debiera contener un</p>

<p>a evaluación de la FNE los Programas de Cumplimiento, cada cierto tiempo.</p>	<p>Programa de Cumplimiento. Es de exclusiva responsabilidad de los agentes económicos la correcta elaboración e implementación de éste. Por ende, sólo analizará el Programa de Cumplimiento bajo el escenario que una entidad infractora desee acogerse a los beneficios señalados en la Guía en comento.</p>
--	---

<p align="center"><b>Cuadro 5. Otros</b></p>	
<p align="center">Comentario</p>	<p align="center">Nuestra opinión</p>
<p><b><u>Conocimiento del programa de cumplimiento</u></b></p> <p>Se sugiere agregar como uno de los requisitos del Programa de Cumplimiento el acceso y conocimiento de la normativa de libre competencia por parte del agente económico.</p> <p><b><u>Establecer mecanismos de resguardo para proteger la confidencialidad y anonimato de las denuncias</u></b></p> <p>Se sugiere incorporar mecanismos de resguardos para evitar la autoinculpación y retaliación, protegiendo la confidencialidad y anonimato.</p> <p><b><u>Periodicidad en los entrenamientos, monitoreos y auditorías</u></b></p> <p>Se sugiere que estas instancias debieran tener cierta periodicidad y realizarse cada vez que existiese un cambio de estructura en la empresa.</p>	<p>Este requisito se encuentra incorporado en la Guía, al señalar que el Manual debiera contener una descripción y explicación en términos simples de la normativa de libre competencia. Ver página 12.</p> <p>Sugerencia adoptada, sin perjuicio que la FNE considera que la frecuencia debe ser determinada por cada agente económico de acuerdo a los riesgos detectados y su capacidad económica.</p> <p>Sugerencia adoptada, sin perjuicio que la FNE considera que la frecuencia debe ser determinada por cada agente económico de acuerdo a los riesgos detectados y su capacidad económica.</p>

**Compatibilidad de las facultades de investigación de la FNE con la implementación de un Programa de Cumplimiento**

Se hace presente que, las amplias facultades que tiene la FNE de solicitar todo tipo de documentación e información podría constituir de alguna forma un freno o desincentivo de los particulares a someterse a la Guía propuesta por la misma entidad, ya que sería una suerte de autoincriminación.

**Eventual responsabilidad de gerentes, directores y administradores de las compañías, respecto de denuncias auditadas y que la información entregada en procesos de denuncia tenga el carácter de privilegiada y no deba ser entregada a la FNE o usada en un procedimiento.**

Se considera que sería recomendable la existencia de algún pronunciamiento específico de la FNE, que permitiera a las empresas, a sus directores y administradores asumir estos programas de cumplimiento, sin exponerse a multas o requerimientos por parte de terceros o de la Fiscalía en caso de no querer recurrir a las autoridades – en el ejercicio legítimo de su derecho a no autoincriminarse. Fundamentado también en ese mismo derecho, se sugiere que la información que sea entregada en los procesos de denuncia internos, en virtud del Programa de Cumplimiento, tenga el carácter de privilegiada y no deba ser entregada a la FNE o utilizada en algún procedimiento en contra del agente económico.

Resulta impropio, y excede el ámbito propio de una guía destinada a entregar orientación general a los agentes económicos, que la FNE renuncie, en forma abstracta y para una serie ilimitada de casos futuros, de las facultades que, en forma explícita, le ha otorgado el legislador. Adicionalmente, cabe destacar que los particulares pueden recurrir a las autoridades jurisdiccionales pertinentes para solicitar que se dejen sin efecto los requerimientos de información que pueda hacer la FNE, cuando estimen que su entrega pudiere irrogarles perjuicio.

La legislación vigente establece una serie de responsabilidades para los encargados de la administración de las personas jurídicas. Resultaría claramente impropio que, mediante una Guía que pretenda fomentar los Programas de Cumplimiento, se ofrecieran incentivos cuya regulación no es resorte de la FNE. Por lo mismo, no está dentro del campo de una guía, eximir a determinadas personas de las responsabilidades que sobre ellas hace pesar la ley, ni menos aún de limitar la exigibilidad de las mismas por parte de terceros.

**Compatibilidad entre los incentivos de los ejecutivos trabajadores y el Programa de Cumplimiento.**

Se sugiere que debe reforzarse la idea de que un buen Programa de Cumplimiento va necesariamente de la mano con la adopción de políticas de incentivos y estímulos a ejecutivos y trabajadores compatibles con el cumplimiento de la normativa sobre libre competencia.

**Posibilidad de tomar en consideración la existencia del Programa de Cumplimiento para la celebración de acuerdos extrajudiciales.**

Se sugiere que se refuercen los incentivos para que los agentes económicos establezcan Programas de Cumplimiento, mediante la consideración de los mismos como un factor que incrementa las probabilidades de celebración de un acuerdo extrajudicial con la FNE.

**Posibilidad de que el Oficial de Cumplimiento con que cuenta la empresa para efectos de la Ley N° 20.393 sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas sea el encargado del Programa de Cumplimiento.**

Se propone dicha medida a efecto de disminuir los costos asociados a la ejecución del Programa de Cumplimiento.

Sugerencia adoptada.

Sugerencia adoptada.

La idoneidad del Oficial de Cumplimiento para desempeñar el rol de encargado del Programa de Cumplimiento dependerá de sus conocimientos en materia de libre competencia y del grado de autonomía de que aquel goce al interior de la empresa.