

Consulta Pública
Actualización Guía “Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia”

1. La Guía “Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia” y la evolución en la materia desde su dictación

En junio de 2012, la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”), previa consulta pública, publicó el material de promoción N°3, Guía “Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia” (“Guía”). La Guía tuvo por objeto dar a conocer los principales lineamientos que, de acuerdo a la FNE, debía contener un programa de cumplimiento o *compliance* en libre competencia, detallando los beneficios que, de acuerdo a la autoridad, un programa serio y efectivo podía traer aparejados, los requisitos esenciales para poder ser considerado uno de dichas características y los elementos que debía incluir.

La Guía constituyó, ciertamente, un hito institucional en relación al *compliance* en libre competencia en nuestro país. En efecto, debe destacarse la favorable acogida de la Guía por parte de los órganos jurisdiccionales competentes, así como el desarrollo jurisprudencial en la materia. La Guía ha sido considerada expresamente por el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“H. TDLC”) en todas las sentencias condenatorias por conductas colusorias dictadas desde el 2014 en adelante, imponiendo a los agentes económicos condenados la realización de programas de cumplimiento que cumplieran, al menos, los requisitos establecidos en la Guía¹, sin perjuicio de otras exigencias adicionales que ha prescrito el H. TDLC. La Excma. Corte Suprema, por su parte, ha confirmado dichas obligaciones sin modificaciones o con cambios menores.

Así, se ha desarrollado una nutrida jurisprudencia sobre las características o elementos de un programa de cumplimiento en libre competencia, que ha ido especificando, complementando o incluso adicionando exigencias a la Guía. De dicha forma, el H. TDLC y la Excma. Corte Suprema han relevado, por ejemplo, las características de independencia que debe tener un Oficial de Cumplimiento, la necesidad de contar con canales de denuncia adecuados y de realizar auditorías periódicas al programa de cumplimiento, así como también han exigido la constitución de Comités de Cumplimiento independientes dentro del agente económico, entre otras exigencias.

Como es natural y lógico, y habiendo transcurrido ya más de 10 años desde su publicación, dicho desarrollo jurisprudencial amerita una revisión y actualización de la Guía.

¹ Dichas sentencias del H. TDLC son las siguientes: N°145/2015 (resuelvo 3°), N°148/2015 (considerando 147° y resuelvo 7°), N°160/2017 (considerando 219° y resuelvo 5°), N°165/2018 (considerando 156° y resuelvo 6°), N°167/2019 (considerando 237° y resuelvo 7°), N°171/2019 (considerando 236° y resuelvo 7°), N°172/2020 (considerando 225° y resuelvo 5°) y N°179/2022 (considerando 337° y resuelvo 5°).

Durante esta época, además, se han producido principalmente a nivel internacional otros desarrollos que, en opinión de la FNE, también ameritan una revisión y actualización de la Guía. Efectivamente, desde su publicación, tanto la relevancia asignada a los programas de cumplimiento en libre competencia, como la discusión pública a su respecto, han ido en constante aumento².

Así, por ejemplo, en el año 2019, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América publicó una guía sobre la evaluación de los programas de cumplimiento en el contexto de violaciones criminales de la Sherman Act³. Además, el mismo organismo recientemente anunció cambios en sus políticas de persecución criminal corporativa, las que incluyen cambios en la evaluación de los programas de cumplimiento.⁴ Por su parte, la Organización Económica para la Cooperación y Desarrollo u OECD, en el año 2021, sostuvo una mesa redonda enfocada en las características que debe tener un programa de cumplimiento efectivo, la evidencia empírica existente y las tendencias en la materia⁵. En aquella ocasión, esta Fiscalía presentó los lineamientos centrales de la Guía y los desarrollos jurisprudenciales posteriores mencionados previamente⁶.

En Latinoamérica, por su parte, CADE (Brasil) en el año 2016⁷, COFECE (México) en el año 2019⁸ e INDECOPI (Perú) en el año 2020⁹ han emitido guías en la materia. Además, ese mismo año, en Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio promovió la

² Véase, por ejemplo, American Bar Association y CeCo, *Antitrust Compliance in Latin America* (2022) p.4. Disponible en: <<https://centrocompetencia.com/aba-ceco-antitrust-compliance-latin-america/>> [última visita: 09 de agosto de 2022]

³ U.S. Department of Justice Antitrust Division, *Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigations* (2019). Disponible en: <<https://www.justice.gov/atr/page/file/1181891/download>> [última visita: 09 de agosto de 2022].

⁴ Véase, U.S. Department of Justice, Office of the Deputy Attorney General, Memorandum: Further Revisions to Corporate Criminal Enforcement Policies Following Discussions with Corporate Crime Advisory Group, de 15 de septiembre de 2022. Disponible en: <<https://www.justice.gov/opa/speech/file/1535301/download>> [última visita: 27 de septiembre de 2022]. Además, véase, U.S. Department of Justice, “Deputy Attorney General Lisa O. Monaco Delivers Remarks on Corporate Criminal Enforcement”. Disponible en: <<https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-lisa-o-monaco-delivers-remarks-corporate-criminal-enforcement>> [última visita: 27 de septiembre de 2022]

⁵ OCDE, *Programas de Cumplimiento con el Derecho de la Competencia* (2021). Disponible en español, inglés y francés en: <<http://oe.cd/ccp>> [última visita: 09 de agosto de 2022]

⁶ Véase “Competition Compliance Programmes – Note by Chile” (2021). Disponible en: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2021\)6/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2021)6/en/pdf)> [última visita: 09 de agosto de 2022]

⁷ CADE, Guía: Programas de Compliance (2016). Texto original disponible en: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>>. Versión en inglés disponible en: <<https://cdn.cade.gov.br/portal-ingles/topics/publications/guidelines/compliance-guidelines-final-version.pdf>> [última visita: 09 de agosto de 2022]

⁸ COFECE, Recomendaciones para cumplir con la Ley Federal de Competencia Económica (2019). Disponible en: https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2019/08/Recomendaciones_web.pdf [última visita: 09 de agosto de 2022]

⁹ INDECOPI, Guía de Programa de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia (2020). Disponible en: <<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2131129/Gu%C3%ADa%20de%20Programas%20de%20Cumplimiento%20de%20las%20Normas%20de%20Libre%20Competencia.pdf>> [última visita: 09 de agosto de 2022]

dictación de una norma técnica que busca aportar a la construcción de una cultura de autocontrol por parte de los agentes económicos¹⁰.

De la misma forma, la literatura académica se ha referido extensamente al tema¹¹.

Como se entiende, todos estos desarrollos posteriores también pueden constituir insumos relevantes a considerar en el proceso de revisión y actualización de la Guía.

2. Alcance de la presente consulta pública

En razón de todo lo expuesto precedentemente, la FNE ha decidido someter el texto actual de la Guía “Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia” a consulta pública, con el objeto de que todos los interesados puedan remitir sus comentarios y observaciones respecto de su contenido y necesidad o pertinencia de actualización, complementación o especificación.

Así, algunos de los tópicos que, en nuestra opinión y solo a modo ejemplar, podrían ser objeto de observaciones, son los siguientes:

- Generación de una cultura real de cumplimiento y rol de alta administración de la empresa: procedimientos y metodologías exitosas para lograr dicho objetivo;
- En general, necesidad de actualizar y/o complementar los requisitos esenciales de un programa de cumplimiento consignados en la Guía, de acuerdo al desarrollo jurisprudencial nacional e internacional y la evolución de las guías internacionales y de la doctrina;

¹⁰ ICONTEC, Norma Técnica Colombiana 6378:2020, Requisitos para el establecimiento de buenas prácticas de protección para la libre competencia.

¹¹ Véase, por ejemplo, Wouter P. J. Wils, “Antitrust compliance programmes and optimal antitrust enforcement” (2013) 1 *Journal of Antitrust Enforcement*, pp. 52-81; D. Daniel Sokol y Rosa Abrantes-Metz, “Antitrust Corporate Governance and Compliance”, en Roger D. Blair y D. Daniel Sokol (eds.) *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics, Volume 2* (Oxford University Press, 2014) pp. 586-618; D. Daniel Sokol, Daniel Crane y Ariel Ezrachi (eds.), *Global Antitrust Compliance Handbook* (Oxford University Press, 2014); Keith N. Hylton, “Deterrence and Antitrust Punishment: Firms versus Agents” (2015) 100 *Iowa Law Review* 2069-83; Anne Riley y Daniel Sokol, “Rethinking compliance” (2015) 3 *Journal of Antitrust Enforcement* 31-57; Johannes Paha (ed.), *Competition Law Compliance Programmes: An Interdisciplinary Approach* (Springer, 2016); Cristián Reyes, “Consideraciones jurisprudenciales sobre la relevancia de los programas de cumplimiento en el sistema chileno de libre competencia” (2020), *Investigaciones CeCo*; Johannes Paha y Florence Thépot, “Antitrust Compliance: Collusion”, en Benjamin van Rooij y D. Daniel Sokol (eds.), *The Cambridge Handbook of Compliance* (Cambridge University Press, 2021) pp. 868-880; Justin Johnson y D. Daniel Sokol, “Understanding AI Collusion and Compliance”, en Benjamin van Rooij y D. Daniel Sokol (eds.), *The Cambridge Handbook of Compliance* (Cambridge University Press, 2021) pp. 881-894; Ignacio Oltra y Katherine González, “Programas de Cumplimiento como herramienta de prevención de conductas anticompetitivas: ¿un problema de incentivos?” (2022), *Investigaciones CeCo*. Además, este tópico no ha sido tratado solo desde las perspectivas más habituales en el Derecho de la Competencia. Por ejemplo, en el campo de la ética conductual, véase Todd Haugh, “Harmonizing Governance, Risk Management, and Compliance through the Paradigm of Behavioral Ethics Risk” (2019) 21 *University of Pennsylvania Law Review* 873-906; y, en el campo de la psicología, véase Paruzel et al., “Psychological Contributions to Competition Law Compliance”, en Johannes Paha (ed.), *Competition Law Compliance Programmes: An Interdisciplinary Approach* (Springer, 2016), pp- 215-241.

- Necesidad de actualizar y/o complementar los elementos de un programa de cumplimiento consignados en la Guía, de acuerdo al desarrollo jurisprudencial y la evolución de los estándares y la práctica, tanto nacionales como internacionales. Así, por ejemplo:
 - Integración del programa de *compliance* en libre competencia dentro del marco general de *compliance* de la empresa;
 - Adaptación del programa de cumplimiento a la naturaleza jurídica y realidad económica de la empresa;
 - Rol y relevancia de los *screenings* u otras metodologías similares para detectar y prevenir conductas colusorias;
 - Rol que tanto las tecnologías de información, como la ciencia de datos, pueden cumplir en la implementación o ejecución de un programa de cumplimiento;
 - Función de las auditorías periódicas al programa y encargados de las mismas;
 - Utilización de incentivos disciplinarios (multas, terminación vínculo laboral, etc.);
 - Mejores prácticas en la definición del rol y las facultades del Oficial de Cumplimiento;
 - Canales de denuncia: elementos prácticos a considerar;
 - Programas de cumplimiento en empresas de menor tamaño: diseño, adaptaciones y mejores prácticas; y
 - Medidas que promuevan el cumplimiento de la legislación de competencia por parte de socios comerciales como, por ejemplo, obligaciones de debida diligencia al contratar, entrega de información sobre el programa de cumplimiento o la búsqueda de compromisos recíprocos de *compliance*.

- Mejores prácticas al detectar ilícitos:
 - Control de daños; y
 - Denuncia del ilícito ante la autoridad.

Por último, se hace presente que la actualización de la Guía y, por tanto, la consulta pública, no dice relación con la discusión planteada en los autos Rol C-304-2016, respecto de si un programa de cumplimiento puede constituir o no un eximente de responsabilidad infraccional en sede de libre competencia para aquella empresa que hubiere tenido implementado uno al incurrir en la infracción. Ello por cuanto la Excma. Corte Suprema ya zanjó dicha discusión, estableciendo la improcedencia de considerar a un programa de *compliance* en libre competencia como un eximente¹², jurisprudencia que esta FNE estima ajustada a derecho y además adecuada en relación a los incentivos de política pública que la normativa de libre competencia persigue asegurar, particularmente en lo que respecta a la política pública de detección, persecución y sanción de prácticas colusivas. Además, se debe notar que, a nivel comparado, tampoco se acepta que los programas de cumplimiento en la materia puedan constituir eximentes de responsabilidad, existiendo incluso, en

¹² Sentencia Rol Corte Suprema N°9361-2019, considerando 51°.

algunos casos, la discusión de si resulta procedente considerarlos para una reducción de la multa¹³.

3. Plazo e información de contacto

La versión actual de la Guía se mantendrá en consulta pública hasta el 28 de octubre de 2022. Los interesados pueden enviar sus comentarios a la casilla consultacompliance@fne.gob.cl. Finalizado el proceso de análisis, la FNE publicará la versión final de la Guía.

¹³ Véase, OCDE, Programas de Cumplimiento con el Derecho de la Competencia, pp. 13-17, y “Executive Summary of the roundtable on Competition Compliance Programmes” (2021), pp.2-3. Disponible en: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M\(2021\)1/ANN2/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M(2021)1/ANN2/FINAL/en/pdf)> [última visita: 09 de agosto de 2022]. Además, véase, la discusión entre Wouter P. J. Wils, “Antitrust compliance programmes and optimal antitrust enforcement” (n 10) y Damien Geradin, “Antitrust compliance programmes and optimal antitrust enforcement: a reply to Wouter Wils” (2013) 1 Journal of Antitrust Enforcement 325-346.