



Manual para el cumplimiento de la legislación de Libre Competencia

Actualización: Agosto 2024

Índice

- 01** Objetivo manual para el cumplimiento de la legislación de libre competencia
- 02** ¿Qué se entiende por libre competencia Y qué norma la regula?
- 03** ¿Qué instituciones velan por la promoción y protección de la libre competencia y qué atribuciones tiene cada una para cumplir dicho fin?
- 04** Implicancias prácticas de la normativa de libre competencia para la Compañía



01. Objetivo Manual para el cumplimiento de la legislación de Libre Competencia

El total cumplimiento de las normas sobre defensa de la Libre Competencia es una política permanente de Esmax Distribución SpA (“Esmax” o “Compañía”), reflejada en el compromiso de sus instancias directivas, así como en la implementación de actividades de promoción y prevención de conductas contrarias dichas normas.

Esmax se guía por los principios de la Libre Competencia, promoviéndola y defendiéndola. Tal como se establece en su Código de Ética y Conducta, Esmax y sus empleados velan por cumplir de buena fe los acuerdos alcanzados y compromisos asumidos siempre dentro del marco legal y regidos por el principio de la competencia leal, absteniéndose de conductas colusorias; predatorias; de abuso de la posición que tenga en el mercado; u, otras que atenten contra la Libre Competencia.

Esmax compite lealmente, en base a la calidad y al precio de los productos y servicios y a la experiencia de colaboración con los consumidores y clientes.

Dada la complejidad de análisis de algunas de las situaciones que pueden infringir la normativa respectiva, el presente Manual para el Cumplimiento de la Legislación de Libre Competencia (“Manual”) consolida en un solo documento, que se encuentra a disposición de todos los empleados de Esmax - directivos, ejecutivos y empleados en general-, los conceptos básicos acerca de las leyes que regulan la Libre Competencia en Chile y las normas especiales aplicables a Esmax.

El Manual no pretende cubrir todas las situaciones que puedan presentarse en el marco de las actividades de Esmax. En este sentido, frente a situaciones en las que se generen dudas respecto a su adecuación con la legislación de Libre Competencia se debe recurrir al área legal para obtener orientación.

El objetivo del Manual es que todos los empleados de Esmax tengan un mejor entendimiento de la legislación de Libre Competencia, aportando proactivamente al cumplimiento de las normas que rigen la materia y, al mismo tiempo, tengan la posibilidad de identificar y denunciar alguna eventual situación que pueda afectar las mencionadas normas.

En razón de ello, los criterios que se detallan en este Manual deben ser cuidadosamente estudiados y aplicados por todos los directivos, ejecutivos y empleados de Esmax en sus comunicaciones, reuniones personales, conferencias telefónicas, videoconferencias, salidas a terreno o cualquier otro encuentro, incluso social, ya sea presencial o por algún medio electrónico.

Para la elaboración de este Manual se consideró, además de la normativa vigente sobre Libre Competencia, los criterios dispuestos en el Material de Promoción N°3 “Programas de Cumplimiento de la normativa de Libre Competencia” elaborado por la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”), así como las recomendaciones generalmente reconocidas en la materia.

Por último, en virtud de la dictación de la Ley N°21.595 (“Ley de Delitos Económicos”) durante el año 2023, se modificó parte de la regulación de Libre Competencia, especialmente aquellas disposiciones relativas a las sanciones penales aplicables. En atención a ello, se realizaron ciertos ajustes al Manual para adecuarse a la legislación vigente en materia de Libre Competencia.

La actualización del presente Manual ha sido solicitada por el Directorio de Esmax, en señal de su más alto compromiso de cumplimiento y acatamiento de la normativa de Libre Competencia. En dicho sentido, el contenido del Manual actualizado fue aprobado por el Directorio de Esmax en sesión ordinaria celebrada con fecha 13 de agosto de 2024.

02. ¿Qué se entiende por libre competencia y qué norma la regula?

La normativa encargada de promover y defender la Libre Competencia en los mercados está contenida en el Decreto Ley N° 211 de 1973 (“DL 211”). Esta normativa contiene las conductas prohibidas y las sanciones aplicables a las personas que incurran en ellas. Adicionalmente, la jurisprudencia administrativa de la FNE y jurisdiccional del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) entregan lineamientos relevantes sobre la aplicación de la legislación.

Si bien el concepto de Libre Competencia no está definido en el DL 211, se ha entendido que el derecho de la competencia tiene por objeto proteger el mayor bienestar de los consumidores y la eficiencia en el mercado.

Así, además de evitar la concentración en los mercados, se busca asegurar que los precios y características de los productos y servicios ofrecidos en el mercado específico, sean producto de la combinación de variables como la oferta, la demanda, los costos de producción, economías de escala, entre otras variables competitivas, y que éstos no respondan a maniobras abusivas de agentes con poder de mercado o de prácticas colusorias que involucren a competidores entre sí.

03. ¿Qué instituciones velan por la promoción y protección de la libre competencia y qué atribuciones tiene cada una para cumplir dicho fin?

Las instituciones que velan por la Libre Competencia en Chile son la FNE, el TDLC y la Excma. Corte Suprema.

1. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC)

i. Institución

El TDLC es un tribunal especial e independiente, integrado por cinco miembros -tres abogados y dos economistas- cuya función es prevenir, corregir y sancionar los atentados a la Libre Competencia. Se encuentra bajo la superintendencia de la Excma. Corte Suprema, y tiene competencia en todo el territorio chileno.

ii. Atribuciones

En el contexto de sus funciones y atribuciones, el TDLC puede imponer las siguientes sanciones y medidas:

1) Multas a beneficio fiscal en sede administrativa

¿Qué criterios puede considerar el TDLC para efectos de imponer una multa?

En este sentido, el DL 211 establece tres alternativas: i) hasta por una suma equivalente al 30% de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido; ii) hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción; y, iii) en el evento de que no sea posible determinar las ventas ni el beneficio económico obtenido por el infractor, el TDLC podrá aplicar multas hasta por una suma equivalente a 60.000 unidades tributarias anuales (UTA)¹.

¿A quién se le puede imponer una multa?

Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo.

¹Según valor vigente a 31 de diciembre de 2023, una unidad tributaria anual corresponde a \$ 770.592 pesos chilenos, según www.sii.cl. Por lo tanto, el tope por dicha multa ascendería a una cifra aproximada de 46.200 millones de pesos chilenos.

IMPORTANTE

- Las multas aplicadas a personas naturales no podrán pagarse por la persona jurídica en la que ejercieron funciones ni por los accionistas o socios de la misma.
- En el caso de las multas aplicadas a personas jurídicas, responderán solidariamente del pago de las mismas (vale decir, por el total, si no pudiera pagarla la persona jurídica) sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo (que hayan obtenido un beneficio evaluable monetariamente con ocasión de la conducta), siempre que hubieren participado en la realización del mismo.
- La Ley de Delitos Económicos contempla la imposición de días-multa, las cuales son sanciones penales compatibles con las multas en sede administrativa que puede imponer el TDLC. La cuantía de cada día-multa será determinada por el tribunal competente, según ingreso diario promedio líquido que el condenado haya tenido en el periodo de un año antes de que la investigación se dirija en su contra. El marco para determinarlo será entre $\frac{1}{2}$ UTM a 1000 UTM.

- 2) Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios al DL 211.
- 3) Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos contrarios al DL 211.
- 4) En casos de colusión, se puede imponer la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la administración centralizada o descentralizada del Estado, con organismos autónomos o con instituciones, organismos, empresas o servicios en los que el Estado efectúe aportes, con el Congreso Nacional y el Poder Judicial, así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado, hasta por el plazo de cinco años contado desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada.

IMPORTANTE

La Ley de Delitos la Ley de Delitos Económicos contempla la imposición de inhabilitaciones especiales compatibles con la prohibición de contratar indicada anteriormente, y que se refieren a: (i) inhabilitación para el ejercicio de cargos u oficios públicos entre tres y diez años; (ii) inhabilitación para el ejercicio de cargos gerenciales entre tres y diez años; y, (iii) inhabilitación para contratar con el Estado entre tres y diez años, y eventualmente de forma perpetua.

5) En casos de infracción de deber de notificación de operación de concentración, podrá aplicarse una multa a beneficio fiscal de hasta veinte unidades tributarias anuales por cada día de retardo contado desde el perfeccionamiento de la operación de concentración.

6) Indemnización de perjuicios:

Las acciones de indemnización de perjuicios que se presenten ante el TDLC serán compatibles con las multas y sanciones penales que puedan aplicarse, y deberán interponerse con motivo de una sentencia condenatoria previa dictada por el mismo TDLC.

El TDLC, conociendo de las acciones de indemnización, deberá dictar su fallo fundándose en los hechos establecidos en su sentencia condenatoria y que puedan servir de antecedente a la demanda.

La indemnización de perjuicios comprenderá todos los daños causados durante el periodo en que se haya extendido la infracción.

7) Sanciones laborales:

Sin perjuicio de las sanciones que pueda imponer el TDLC, el incumplimiento de las normas y principios de Libre Competencia podría llegar a constituir una infracción a las obligaciones que impone el contrato de trabajo que podría ser sancionada en atención a la gravedad de la infracción. Tal incumplimiento y, en especial, el incumplimiento de este Manual, podrían ser sancionados de acuerdo al Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad de Esmax y la legislación aplicable.

2. La Fiscalía Nacional Económica (FNE)

i. Institución

La FNE es la agencia de competencia nacional -sometida a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo- que se encuentra encargada de defender y promover la competencia en todos los mercados o sectores productivos de la economía chilena, en representación del interés general de la colectividad.

ii. Atribuciones

Con el fin de dar cumplimiento al mencionado encargo, la ley ha conferido a la FNE entre otras atribuciones:

- 1) Instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones al DL 211, dando noticia de su inicio al afectado.
- 2) Actuar como parte ante el TDLC, requiriendo el ejercicio de cualquiera de sus atribuciones y la adopción de medidas preventivas con ocasión de las investigaciones que la FNE se encuentre ejecutando.
- 3) Solicitar a los particulares las informaciones y los antecedentes que estime necesarios con motivo de las investigaciones que practique.

¿Qué sanciones existen para quienes oculten información que les haya sido solicitada por la FNE o le proporcionen información falsa?

En dicho caso, el DL 211 establece que incurrirán en la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio²⁻³.

²61 a 540 días.

³Adicionalmente, la Ley de Delitos Económicos incorpora esta figura como un delito económico de primera categoría, haciendo por tanto aplicable las disposiciones de dicho cuerpo legal a este tipo de conducta.

¿Qué sanciones existen para quienes estén obligados a dar respuesta a las solicitudes de información efectuadas por la FNE e injustificadamente no respondan o respondan sólo parcialmente?

El DL 211 indica que serán sancionados con una multa a beneficio fiscal de hasta 2 UTA por cada día de atraso⁴.

4) Llamar a declarar, o pedir declaración por escrito o por cualquier medio a los representantes, administradores, asesores y dependientes de las entidades o personas que pudieren tener conocimiento de hechos, actos o convenciones objeto de investigaciones y a toda otra persona que hubiere ejecutado y celebrado con ellas actos y convenciones de cualquier naturaleza, respecto de algún hecho cuyo conocimiento estime necesario para el cumplimiento de sus funciones.

¿Qué sanciones existen para quienes injustificadamente no comparezcan a declarar, habiendo sido previamente citados?

En dicho caso, el DL 211 dispone que serán sancionados con una multa a beneficio fiscal de 1 UTM⁵ a 1 UTA⁶.

5) En casos graves y calificados de investigaciones destinadas a acreditar conductas de colusión, la FNE puede: 1) Entrar a recintos públicos o privados y, si fuere necesario, a allanar y descerrajar; 2) Registrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción; 3) Autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones (telefónicas, mensajería, etc.), y 4) Ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones, que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella.

6) Realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados.

⁵ Según valor vigente a diciembre de 2023, una unidad tributaria mensual corresponde a \$64.216 pesos chilenos, según www.sii.cl.

⁶ Id. nota al pie 1.

Relaciones con la autoridad

Como se mencionó, la FNE cuenta con atribuciones para solicitar información, citar a declarar o incluso realizar interceptación de comunicaciones o la incautación de objetos y documentos.

Frente al ejercicio de estas atribuciones los empleados de Esmax deben seguir los siguientes lineamientos:

- Comunicar al Oficial de Cumplimiento si toma conocimiento de alguna investigación realizada por la FNE que involucre a la Compañía, clientes, proveedores o competidores.
- Si la FNE le envía una solicitud de información, comuníquelo al Oficial de Cumplimiento.
- Si es citado por la FNE o alguna otra autoridad por temas de Libre Competencia, comuníquelo al Oficial de Cumplimiento.
- En caso de que se presenten funcionarios de la FNE en dependencias de Esmax solicitando información u otras diligencias, comuníquese con el Oficial de Cumplimiento y siga las siguientes recomendaciones:
 - Sea amable con los funcionarios que realicen la diligencia.
 - Solicite a los funcionarios la exhibición de la documentación que acredite su identidad y cargo (credencial, placa, etc.).
 - Solicite la exhibición de la resolución judicial que autoriza la diligencia y verifique su contenido.
 - Conduzca a los funcionarios a una sala de espera y solicíteles que esperen la llegada de los abogados de la empresa para llevar a cabo la diligencia. Si no puede realizar lo anterior, procure conservar una copia de los documentos entregados a la autoridad o un listado de los mismos.
 - Trate de verificar que la diligencia que se lleva a cabo corresponde fielmente a lo ordenado en la orden judicial que le fue exhibida.
 - Asegúrese de que se levante un acta de la diligencia y solicite copia de la misma.

3. Corte Suprema

Es el superior jerárquico del TDLC y conoce sobre los recursos que se deduzcan en contra de sus decisiones.

04. ¿Qué hechos, actos y contratos se encuentran sancionados por el DL 211?

El DL 211 reprocha de modo general cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia o que tienda a producir dichos efectos, sancionando al que individual o colectivamente los ejecute o celebre. Esta es la hipótesis genérica de infracción a la Libre Competencia. Sin embargo, el DL 211 entrega a modo de ejemplo algunas conductas que atentan contra la Libre Competencia: (i) acuerdos o prácticas concertadas; (ii) abuso de posición dominante; (iii) prácticas predatorias o de competencia desleal; y, (iv) interlocking. A continuación, se revisarán con más detalle estas conductas.

1. Acuerdos Colusorios

¿Qué tipo de acuerdos colusorios distingue el DL 211?

En particular, la normativa vigente prohíbe dos grupos de acuerdos ilícitos:

a) 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.

b) 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.

¿Qué forma pueden adoptar los acuerdos ilícitos descritos en las letras a) y b)?

Esta prohibición abarca toda clase de acuerdos, con independencia de su denominación, sean expresos o tácitos, escritos o verbales, e incluso aquellos respecto de los cuales no existe constancia o registro alguno.

También se sancionan las prácticas concertadas, estas son aquellas en que las empresas sustituyen los riesgos de la competencia por cooperación entre ellas.

IMPORTANTE

Los proveedores pueden ser sancionados por participar en una colusión, si es que facilitan el acuerdo aguas abajo.

¿En qué se distinguen los acuerdos ilícitos descritos en las letras a) y b)?

Si bien ambos grupos de acuerdos anticompetitivos son considerados como aquellos ilícitos más graves en la materia, se distinguen principalmente en que: (i) aquellos descritos en la letra a) tienen asociadas las sanciones penales que se describen a continuación, pues se entiende que tienen una mayor aptitud para lesionar la Libre Competencia en los mercados; y, (ii) aquellos descritos en la letra b) serán sancionados únicamente si se logra probar que confirieron poder de mercado a los competidores.

¿Qué sanciones penales se encuentran asociadas a la comisión de un acuerdo colusorio descrito en la letra a) anterior?

Sin perjuicio de las demás medidas y sanciones mencionadas anteriormente, quien haya participado en un acuerdo colusorio de aquellos descritos en la letra a), puede arriesgar:

1. Pena de cárcel. Presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo (3 años y un día a 10 años)⁷.

⁷ Se hace presente que la Ley de Delitos Económicos modificó el estatuto de penas sustitutivas aplicable a los delitos económicos, subiendo los requisitos para poder acogerse a la sustitución de la pena privativa de libertad, haciendo que en la práctica se cumpla con la pena efectiva de presidio o reclusión.

2. Inhabilitaciones temporales o perpetuas. (i) inhabilitación para el ejercicio de cargos u oficios públicos entre tres y diez años; (ii) inhabilitación para el ejercicio de cargos gerenciales entre tres y diez años; y, (iii) inhabilitación para contratar con el Estado entre tres y diez años, y eventualmente podría ser declarada de forma perpetua.

3. Días-multa. Con la dictación de la Ley de Delitos Económicos, se implementó un nuevo sistema de multas compatible con aquellas aplicables en sede administrativa indicadas anteriormente.

4. Pena de comiso. La Ley de Delitos Económicos también estableció que toda sentencia condenatoria lleva consigo el comiso de las ganancias provenientes del delito, entendiéndose por ganancias aquellos frutos y utilidades que se hubieren originado, incluyendo también el equivalente a los costos evitados mediante el hecho ilícito.

2. Abuso de posición dominante

La posición dominante es una situación de poder económico que permite a una empresa impedir que haya una efectiva competencia en el mercado. La normativa vigente sanciona el abuso de dicha posición de dominio, sea en forma individual o conjunta.

Para determinar si existe posición dominante, es necesario definir en forma previa el mercado relevante, tanto desde la perspectiva del producto como desde el punto de vista geográfico.

Las conductas unilaterales de las empresas no se consideran ilegales per se, por lo que debe determinarse caso a caso su arreglo a las normas de Libre Competencia.

Se encuentra prohibida la explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, que consista en la fijación de precios de compra o de venta, la imposición de la venta de un producto a la de otro producto, la asignación de zonas o cuotas de mercado y otros abusos semejantes.

Asimismo, se encuentra prohibida la explotación abusiva de un agente económico de su posición de dominio en el mercado con el propósito de restringir la competencia, excluyendo competidores o explotando a sus clientes. Ejemplos de estas conductas son cobro de precios excesivos, discriminación de precios, descuentos exclusorios, negativa de venta, estrangulamiento de márgenes, entre otros.

3. Restricciones Verticales

Las restricciones verticales “representan mecanismos de operación entre agentes económicos independientes, situados en diferentes niveles de una cadena de producción (estructura vertical), a través de los cuales se regulan las condiciones con que éstos compran, venden o revenden ciertos productos o servicios”⁸.

Estas restricciones podrían resultar pro-competitivas ya que pueden ser aptas para incrementar los niveles de eficiencia productiva y asignativa. Sin embargo, estas restricciones también podrían disminuir la competencia, por lo que su análisis caso a caso dependerá de las eficiencias, riesgos y efectos anticompetitivos de éstas.

Algunos ejemplos de restricciones verticales que ha señalado la FNE son:

- Fijación de precios mínimos o máximos de reventa
- Sugerencia de precios de reventa
- Territorios exclusivos
- Contratos de exclusividad
- Venta empaquetada o atada
- Precios no lineales (tarifas en dos partes, descuentos por metas)

IMPORTANTE

La FNE apreciará, en términos generales, como lícita una restricción vertical -aunque se admiten excepciones- cuando la cuota de mercado del vendedor y la cuota de mercado del comprador sean cada una del 35% o menos.

⁸Guía para el análisis de restricciones verticales de la Fiscalía Nacional Económica, 2014, Página 4.

4. Conductas predatorias y competencia desleal

Se prohíben las prácticas predatorias (venta bajo los costos relevantes) y desleales (actos de confusión, aprovechamiento de reputación ajena, denigración, etc.) que tengan por objeto alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante en el mercado.

Es relevante tener presente que las conductas de competencia desleal no solo pueden ser sancionadas en sede de Libre Competencia, si no también ante la justicia ordinaria, aun cuando no se tenga poder de mercado o se pretenda alcanzarlo.

5. Interlocking

Se prohíbe 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 100.000 unidades de fomento en el último año calendario.

La participación de empresas competidoras en un joint venture puede producir una hipótesis de interlocking que podría dar lugar a una infracción genérica a la Libre Competencia. Para evitar los riesgos de esta situación, se deben tomar resguardos que disminuyan la probabilidad de verificación de posibles intercambios de información ilícitos entre competidores.

IMPORTANTE

El artículo 4 bis del DL 211 establece el deber de informar la adquisición por parte de una empresa o 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.

Este deber se aplicará en el evento que la empresa adquirente, o su grupo empresarial, según corresponda, y la empresa cuya participación se adquiriera tengan, cada una por separado, ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las 100.000 unidades de fomento en el último año calendario.

6. Infracciones asociadas al incumplimiento del régimen de Control de Operaciones de Concentración

Según el artículo 3 bis del DL 211, éstas consisten en: 1) infracción al deber de notificación; 2) contravención al deber de no perfeccionar una operación de concentración notificada a la FNE y que se encuentre suspendida; 3) incumplimiento a las medidas con que se haya aprobado una operación de concentración; 4) perfeccionar una operación de concentración en contra de lo dispuesto en la resolución o sentencia que haya prohibido la operación; y; 5) notificar una operación de concentración con información falsa.

RECUERDE

- Esmax no debe acordar con competidores la fijación de precios, niveles de producción, zonas o cuotas de mercado, resultados de licitaciones, condiciones de comercialización o la exclusión de competidores.
- Esmax no debe facilitar o generar oportunidades para que sus clientes que compiten entre ellos lleguen a acuerdos anticompetitivos.
- Esmax no debe realizar conductas abusivas o de competencia desleal.

05. Implicancias prácticas de la normativa de Libre Competencia para la Compañía

A. Disposiciones especiales para trabajadores de Esmax establecidas por la Ley de Delitos Económicos

Como se indicó previamente, la Ley de Delitos Económicos modificó ciertas disposiciones relativas a las normas de Libre Competencia.

En particular, se establecen modificaciones a las penalidades aparejadas a los delitos anticompetitivos, su determinación y eventuales beneficios.

Respecto a Esmax, cabe tener especial atención a las disposiciones que se refieren a la determinación de la pena. Al respecto, se establece que de verificarse la comisión de delitos que incluyan pena de presidio o reclusión y fueren acompañadas con agravantes muy calificadas, el juez aplicará la pena en su escala máxima.

En este sentido, cabe destacar que constituye una agravante muy calificada que el hecho delictivo haya afectado el suministro de bienes de primera necesidad o de consumo masivo.

En razón de lo anterior, los trabajadores de Esmax debe tener un deber especial de cuidado para no infringir las normas de la Ley de Delitos Económicos, puesto que en caso de cometer un delito de dicha naturaleza, y que se determine que se afecta el suministro de bienes que podrían ser considerados de primera necesidad o de consumo masivo, concurriría una circunstancia agravante muy calificada, permitiendo al juez imponer la extensión máxima de la pena e inhabilidades asociadas, y aumentando la probabilidad de que se inhabilite perpetuamente al imputado para contratar con el Estado.

B. ¿Qué medidas adopta Esmax a fin de evitar la ocurrencia de este tipo de conductas?

Esmax solicita a todos sus directivos, ejecutivos y empleados en general, abstenerse de discutir –por cualquier medio- con los trabajadores o representantes de la competencia acerca de información comercialmente sensible relevante.

Para estos efectos, la FNE ha definido dicho tipo de información como “aquella información estratégica de la empresa que, de ser conocida por un competidor, influiría en sus decisiones de comportamiento en el mercado” .

En especial, resultan especialmente graves y deben evitarse las comunicaciones, interacciones e intercambio de información con competidores (ya sea directamente o a través de intermediarios) sobre:

- Precios o tarifas (vigentes o futuros) y criterios para su determinación
- Volúmenes de producción actuales o proyectados
- Modificación de condiciones comerciales
- Planes de expansión e inversiones
- Costos y márgenes
- Cartera de clientes
- Políticas de descuentos
- Términos y condiciones de pago
- Estrategias comerciales
- Ventas y cuotas de mercado
- Procesos de contratación con clientes
- Licitaciones
- Cualquier otra materia que tenga relación con una variable competitiva relevante.

Se hace presente que el catálogo expuesto es a modo ejemplar, y que ante cualquier duda que se genere sobre una conducta en particular, ésta debe ser consultada de inmediato al Oficial de Cumplimiento previo a adoptar cualquier curso de acción.

En caso de ser invitado a participar de un acuerdo, discutir, intercambiar información comercialmente sensible en el sentido descrito anteriormente, se debe rechazar inmediatamente la invitación y comunicar dicha situación al Oficial de Cumplimiento.

En los procesos de licitación o invitaciones a formular ofertas en que participe Esmax, no podrá intercambiar ningún tipo de información o participar en algún acuerdo con los competidores que tenga como fin unificar precios, homogeneizar postulaciones, establecer criterios de calidad del servicio o productos, repartirse clientes, afectar el resultado de la licitación, excluir otros competidores, entre otros.

Por último, cualquier acuerdo, joint venture o contrato que suponga alguna forma de cooperación entre competidores debe ser aprobado previamente por el Oficial de Cumplimiento. En los acuerdos de cooperación entre competidores deben seguirse los protocolos de intercambio de información vigentes establecidos para dichos acuerdos.

C. ¿Qué información se utiliza para determinar las políticas comerciales de Esmax?

Esmax determina precios o tarifas tomando como referencia distintas variables competitivas y estudios de mercado. Los datos que se utilizan son obtenidos a partir de información pública o legítimamente obtenidos con motivo de su relación comercial con clientes y en ningún caso provienen de un competidor.

Cabe señalar que la información que provenga de un agente estatal no implica que su traspaso y utilización esté revestida de legalidad. Es factible que un ente o autoridad estatal participe de una infracción a las normas de Libre Competencia, lo que no exime de responsabilidad a los partícipes de un acuerdo anticompetitivo.

RECUERDE

Esmax toma sus decisiones comerciales en forma independiente.

D. ¿Qué resguardos se adoptan en la participación y en el intercambio de información entre miembros de una asociación gremial?

Por la propia naturaleza de sus funciones y actividades, las Asociaciones Gremiales (“AG”) y sus miembros están expuestos a un cierto riesgo frente al cumplimiento de las normas del derecho de la Libre Competencia.

En efecto, las actuaciones y prácticas de las AG pueden facilitar cierto grado de coordinación entre sus miembros, lo que si bien en ciertos ámbitos puede tener efectos positivos, desde la perspectiva de la Libre Competencia puede disminuir la tensión competitiva entre firmas que rivalizan en un determinado mercado.

Por otra parte, una de las principales funciones de las AG es la recolección de información de interés común acerca de una determinada industria y su posterior difusión entre sus miembros. En principio, el intercambio de información realizado al interior de una AG no conlleva problemas para la Libre Competencia.

Sin embargo, si por motivos gremiales se produce un contacto con competidores que excede la agenda preestablecida para la respectiva reunión, o que alguno de los presentes se refiera a información comercialmente sensible según lo definido anteriormente, se recomienda a los directores, ejecutivos y trabajadores de Esmax que abandonen inmediatamente la reunión, haciendo presente el motivo, e informar inmediatamente al Oficial de Cumplimiento.

Estas recomendaciones son aplicables a otros tipos de instancias en que se pueda producir un contacto con competidores como, por ejemplo, en el marco de reuniones de coordinación con la autoridad o el cumplimiento de la legislación.

E. ¿Qué resguardos se adoptan en las comunicaciones por parte de directivos, ejecutivos y trabajadores de Esmax?

Se debe cuidar la forma de las comunicaciones con directivos, empleados, ejecutivos y funcionarios de Esmax o con terceros (sean verbales o por escrito), a objeto de evitar cualquier interpretación errónea por parte del receptor en lo relacionado con el cumplimiento de las normas de Libre Competencia por la Compañía. En particular, las comunicaciones referidas a precios, costos, licitaciones, entre otros, deben revisarse cuidadosamente para evitar una lectura equívoca de su contenido que pueda acarrear dificultades a Esmax y los directivos, empleados, ejecutivos y funcionarios involucrados.

Estas directrices se aplican tanto al uso del lenguaje en comunicaciones verbales, como también en documentos escritos como digitales, cualquiera sea el archivo de soporte que los contenga, y especialmente a los correos electrónicos.

RECUERDE

- Contextualizar siempre los dichos a fin de que un tercero externo pueda siempre entender cuál es el sentido y alcance de las palabras.
- Evitar declaraciones o palabras que puedan ser mal interpretadas o sacadas de contexto, en relación al compromiso de Esmax con la Libre Competencia.
- Evitar cualquier referencia a la competencia, clientes o proveedores que pueda generar erradas suposiciones de colusión o conductas indebidas por parte de Esmax (por ejemplo: “conversé o acordé con la competencia”, “quedamos alineados en cobrar X tarifas”).
- Ante la duda, se recomienda consultar previamente con el Oficial de Cumplimiento de Esmax.

F. ¿Cuáles son los beneficios de implementar un Programa de Cumplimiento en materia de Libre Competencia?

Incluso existiendo una infracción, la implementación de un programa de cumplimiento serio, creíble y efectivo preexistente, puede otorgar tres grandes beneficios:

1. Esmax, sus directores, administradores y toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo, podrá optar a una posible rebaja de la multa o de cualquier sanción que sea solicitada.
2. Esmax, sus directores, administradores y toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo, tendrá mayores herramientas y oportunidades de hacer uso del sistema de delación compensada para optar al beneficio de exención o reducción de la multa.

La delación compensada es un mecanismo que, para los casos en que la infracción detectada es aquella regulada en el artículo 3 letra a) del DL 211 (acuerdos colusorios), permite eximir o reducir las sanciones que enfrentan las personas o empresas infractoras.

Para optar a la exención de la multa y sanciones penales, debe ser el primero en solicitar el beneficio. Para que el primer delator pueda optar a estos beneficios, debe cumplir con los siguientes requisitos:

- Proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo para la FNE.
- Debe abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la FNE formule el requerimiento o archivo.
- Debe poner fin a la participación en la conducta inmediatamente después de presentar la solicitud.

Para obtener una reducción de hasta el 50% de la multa y una rebaja de un grado en la sanción penal, el segundo delator debe cumplir con los siguientes requisitos:

- Proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables, adicionales a los presentados por el primer delator.
- Debe abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la FNE formule el requerimiento o archivo.
- Debe poner fin a la participación en la conducta inmediatamente después de presentar la solicitud.

Se hace presente que el Fiscal Nacional Económico, en su requerimiento, individualizará a cada interviniente en la conducta que haya cumplido con los requisitos para acceder a cualquiera de los beneficios contemplados por el mecanismo de delación compensada.

Si el TDLC diere por acreditada la conducta, y aun cuando se hubiese otorgado alguno de los beneficios contemplado por el mecanismo de delación compensada, podrá aplicar las multas contempladas en la regulación cuando se acredite durante el proceso que dicho acreedor fue el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella.

La delación compensada no exime de las indemnizaciones de perjuicios que tuvieron lugar.

G. ¿Quién vela por el cumplimiento de la normativa de Libre Competencia en Esmax?

El cumplimiento de las normas de defensa de la Libre Competencia es supervisado por el Oficial de Cumplimiento (“Oficial de Cumplimiento”), en este caso, la Gerente Legal de Esmax.

El Oficial de Cumplimiento podrá ser contactado al correo electrónico patricia.figueroa@esmax.cl.

Cabe señalar que Esmax cuenta con un “Canal de Denuncias” en su página web, que asegura la confidencialidad y el anonimato del denunciante (si se solicita) a través el cual pueden formularse las denuncias: <https://www.esmax.cl/nosotros/canal-de-denuncias/>

Este canal de denuncias es una herramienta que está disponible las 24 horas del día, durante todo el año. Se puede realizar la denuncia de manera anónima y se hace presente que se garantiza la total confidencialidad de las comunicaciones que se realicen en este contexto.

En caso de que empleados, ejecutivos, gerentes, directores, clientes, proveedores o cualquier interesado sospeche o tome conocimiento de una eventual infracción a la normativa de Libre Competencia, deberá denunciar tal situación a la brevedad posible al Oficial de Cumplimiento o través del Canal de Denuncias.

El Canal de Denuncias y el contacto con el Oficial de Cumplimiento pueden ser utilizados para aclarar cualquier duda que se tenga en relación con la normativa de Libre Competencia, su aplicación y alcance.

Toda denuncia deberá ser planteada de forma seria y de buena fe.

El denunciante que actúe de dicha manera no podrá ser objeto de represalias y el Oficial de Cumplimiento tomará todas las medidas razonables para protegerlo.

Los denunciantes pueden respaldar su denuncia a través de los siguientes antecedentes:

- Descripción de la conducta denunciada, fecha y lugar referenciales.
- Descripción de las personas involucradas en la conducta.
- Forma en que el denunciante tomó conocimiento de los hechos denunciados.
- Documentos físicos y electrónicos que sean pertinentes en la denuncia.

En razón del mérito de los antecedentes, el Oficial de Cumplimiento resolverá si iniciar una investigación interna por un plazo máximo de 60 días. Durante este periodo, el denunciante podrá comunicarse con el Oficial de Cumplimiento y hacer seguimiento de la denuncia realizada.

Transcurridos los 60 días, el Oficial de Cumplimiento resolverá la pertinencia de informar el hecho denunciado a los Directorios de Esmax correspondientes, a fin de evaluar eventuales medidas preventivas, correctivas y sancionatorias a aplicar a las personas involucradas en el hecho denunciado. Lo anterior sin perjuicio de las acciones legales que le corresponden a Esmax.

Las denuncias serán tratadas con el debido resguardo de la confidencialidad de los antecedentes y del anonimato del denunciante, en caso de que así sea solicitado.

