



ABRIL, 2023

# PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN MATERIAS DE LIBRE COMPETENCIA

LIBRE COMPETENCIA EN  
P4CAS PALABRAS - N° 26

PROGRAMA UC - LIBRE COMPETENCIA

# Programas de Cumplimiento en materias de Libre Competencia

## 1. INTRODUCCIÓN.

En los últimos años y a propósito de los grandes casos de colusión, los programas de cumplimiento en materia de libre competencia han cobrado importancia en nuestro país y al interior de las empresas, en virtud de su efecto atenuante<sup>1</sup> respecto de las sanciones dictadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“**TDLC**”).

Llama la atención el hecho que la Guía de la Fiscalía Nacional Económica de Chile (“**FNE**”) existe desde el año 2012, sin embargo, la verdadera importancia de los programas de cumplimiento se produjo desde el año 2019 en adelante, en virtud de las sentencias condenatorias del TDLC en que impone como sanción a los agentes infractores la obligación de establecer programas de cumplimiento de libre competencia al interior de sus empresas.

El efecto ha ido incluso más allá de las empresas condenadas, generando consecuencias en entidades que han tomado la decisión voluntaria de

adoptar programas de cumplimiento con el objetivo de observar debidamente la normativa de libre competencia y de protegerse en caso de ser sancionadas.

Como es de público conocimiento, en febrero de 2019, el TDLC concluyó por primera vez en la jurisprudencia nacional que los programas de cumplimiento pueden ser eximentes y atenuantes de responsabilidad<sup>2</sup>. Esto ocurre en el contexto del proceso conocido públicamente como “Caso Supermercados”, en donde se condenó a Cencosud, SMU y Walmart por haber ejecutado un acuerdo o práctica concertada en el mercado de la carne de pollo fresca para fijar precios mínimos de venta de este alimento, a través de sus proveedores, al menos entre 2008 y 2011.

Sin embargo, en abril de 2020, la Corte Suprema dejó sin efecto la decisión del TDLC en cuanto a considerar la existencia de un programa de cumplimiento como una eximente de multas, por no tener consagración legal. De todas formas, el Máximo Tribunal confirmó los atributos y la forma en que estos deben cumplirse<sup>3</sup>.

Ahora bien, en los siguientes apartados revisaremos los conceptos y requisitos exigidos por la FNE respecto a los

---

<sup>1</sup> Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 167/2019, de fecha 28 de febrero de 2019, considerandos centésimo septuagésimo cuarto en adelante.

<sup>2</sup> Ídem.

<sup>3</sup> Excelentísima Corte Suprema. Sentencia en Rol N° 9361/2019, de fecha 8 de abril de 2020, considerando quincuagésimo primero.

programas de cumplimiento, para luego, revisar los fallos más relevantes en esta materia.

## 2. PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO DE ACUERDO A LA FNE.

De acuerdo con la sentencia de la Corte Suprema de fecha 8 de abril de 2020 en Rol N° 9361/2019, un programa de cumplimiento es “un conjunto de políticas, prácticas y procedimientos tendientes a asegurar que al interior de un agente económico se observen las normas protectoras de la libre competencia”<sup>4</sup>, por lo que es reflejo de la intención corporativa por cumplir la normativa y tiene una finalidad esencialmente preventiva.

El objetivo principal de un programa de cumplimiento es que éste sea un mecanismo eficiente y efectivo de prevención, detección y control de daños por posibles infracciones a la normativa de libre competencia.

La FNE en su Guía de Programas de Cumplimiento de la FNE (“Guía”) establece los lineamientos generales para que los diferentes agentes económicos identifiquen sus riesgos e implementen sus programas de cumplimiento. Es importante destacar que la Guía es un material de promoción, y por consiguiente no tiene fuerza normativa.

---

<sup>4</sup> Ídem.

<sup>5</sup> Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N°167/2019, de fecha 28 de

### A. Requisitos esenciales.

Antes que todo, es importante destacar lo argumentado por el TDLC en el sentido de que: “La implementación de un programa “real” de cumplimiento y ética va más allá del mero cumplimiento de un listado de requisitos. De hecho, **los propios elementos que debieran conformarlo varían dependiendo, entre otros factores, del tamaño de la firma**”<sup>5</sup>.

De todas formas, de acuerdo con la Guía existen cuatro requisitos esenciales que todo programa de cumplimiento debe cumplir para que sea efectivo. Veámoslos en detalle.

#### i. Compromiso real de cumplir.

La FNE entiende que el hecho de contar con un programa de cumplimiento no basta para que se tenga por verificada la finalidad de ser un programa serio, real y efectivo de manera de cumplir con la normativa vigente; debe existir un compromiso real de cumplir con el programa de cumplimiento.

Lo anterior, se logra a través de una cultura de compromiso a la normativa de libre competencia en toda la empresa, como también en sus colaboradores externos.

febrero de 2019, considerando centésimo octogésimo segundo, p. 95.

- ii. Identificar riesgos, tanto actuales como potenciales.

No hay un programa de cumplimiento que sea único y calce para toda empresa, sino que son “trajes a la medida” de acuerdo con el tamaño del agente económico; sus características; el mercado en el que participa; y el poder de mercado que detenta.

Por tanto, para que el programa de cumplimiento sea efectivo, debe ser hecho de acuerdo con la realidad de la empresa, para así poder identificar los riesgos a los cuales se encuentra o se podría encontrar expuesta, y determinar las medidas a implementar a fin de eliminar y/o mitigar dichos riesgos.

Para lo anterior, la FNE recomienda realizar al interior de la empresa un estudio detallado de los riesgos a los cual se encuentra y/o se podría encontrarse expuesto el agente económico con el apoyo de profesionales expertos.

- iii. Estructuras y procedimientos internos del agente económico alineados con la normativa de libre competencia.

Es importante tener en cuenta que, para que un programa de cumplimiento sea efectivo, debe estar alienado con todas las prácticas de la empresa. Por lo que, el hecho de tener un programa de

cumplimiento pero que este no esté alineado con las metas comerciales de la empresa hace que el programa no cumpla con el objetivo para el cual se implementó.

En este sentido, será necesario que las estructuras y procedimientos internos de la empresa estén alineados con el programa de libre competencia. Para esto es indispensable que exista un canal de comunicaciones para todos los colaboradores de la empresa de manera que conozcan y entiendan a qué riesgos se encuentran más expuestos a propósito del cargo en el que se desempeñan. Este rol lo debe cumplir la jefatura de cada área o grupo que exista al interior de la empresa.

- iv. Participación de gerentes y/o directores

El último requisito esencial que todo programa de cumplimiento debe contener es la participación y apoyo de la alta gerencia, de manera de transmitir a toda la empresa el compromiso real con el programa y normativa de libre competencia.

Michael Holt, abogado estadounidense experto en libre competencia, indicó la importancia de que *“los programas de cumplimiento no sean reducidos a un mero checklist. En este sentido, en su opinión, lo más importante en la implementación de un buen programa de cumplimiento es la actuación de los altos directivos o “tone at the top”. Si esto*

*último no está presente, el programa no será efectivo, por más completo que sea.”<sup>6</sup>*

Además, la FNE recomienda que exista un Oficial de Cumplimiento o la figura que se le dé, que sea independiente a la empresa y que, por ejemplo, deba responder ante el Directorio y no ante el gerente general.

#### B. Elementos del Programa de Cumplimiento.

En su Guía la FNE señala que, dependiendo de los riesgos que se identifiquen, se determinarán los elementos que deben ser incluidos en el programa de libre competencia de dicha empresa e indica que: *“Mientras más componentes incluya el Programa, más fácil puede resultar lograr los objetivos de enseñar, prevenir, detectar, remediar y sancionar las conductas contrarias a la libre competencia que, actual o potencialmente, se den al interior del agente económico.”<sup>7</sup>*

En la Guía, la FNE describe los elementos de un programa de cumplimiento de manera piramidal, es decir, los que están en la punta de la pirámide son aquellos que requieren mayor costo e intromisión, pero que se espera que su potencial efectividad sea mayor.

Entre los elementos que menciona - empezando desde la punta de la pirámide- están las (i) medidas disciplinarias; (ii) auditorías; (iii) monitoreo; (iv) entrenamiento; y (v) manual.

Respecto al manual, es importante que éste contenga una descripción clara y sencilla de la normativa de libre competencia, las autoridades, los ilícitos y sanciones, de manera que los colaboradores de la empresa -que son totalmente ajenos a la normativa de libre competencia- se familiaricen y puedan comprender que actividades, prácticas o políticas que desarrollan al interior de sus funciones pueden ser atentatorias a la normativa de libre competencia.

Un aspecto importante que debe contar el manual es un sistema de denuncias que contemple dos procedimientos: (i) uno destinado a que los colaboradores hagan la denuncia internamente; y (ii) otro destinado a regular los pasos a seguir por las jefaturas al momento de recibir una denuncia.

El canal de denuncia debe ser confidencial, anónimo y se le debe asegurar al denunciante que no se derivarán consecuencias negativas por

---

<sup>6</sup> Centro de Libre Competencia de la Universidad Adolfo Ibañez. “Compliance y Competencia en Argentina. Fundamentos y Esencia de una Guía de de Compliance”. (2020). Disponible en: <https://centrocompetencia.com/compliance-y->

[competencia-en-argentina-fundamentos-y-esencia-de-una-guia-de-compliance/](https://centrocompetencia.com/compliance-y-competencia-en-argentina-fundamentos-y-esencia-de-una-guia-de-compliance/)

<sup>7</sup> Fiscalía Nacional Económica. “Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia” (2012). Pág. 11



el hecho de la denuncia. Además, debe indicar cuales son las conductas que deben denunciarse y por último debe señalar cuales son los pasos a seguir al interior de la empresa en caso de que se comunique la comisión de alguna infracción.

Respecto a los entrenamientos, son necesarios ya que dan a conocer el alcance y significado del manual a los colaboradores de la empresa y es necesario que los realice un profesional experto en libre competencia.

Todo lo anterior no tendría sentido si no se llevase a cabo monitoreos y auditorías respecto del programa que se ha implementado, de manera de identificar cuáles son las debilidades y falencias de éste, y así mejorarlo para que cumpla su objetivo.

Por último, la FNE indica que la empresa puede evaluar la posibilidad de introducir medidas disciplinarias en el Programa, de manera que los colaboradores sepan *ex ante* a qué sanciones se exponen en caso de alguna infracción o incumplimiento.

### C. Beneficios.

El principal objetivo de los programas de cumplimiento es su rol preventivo respecto de la comisión de conductas que podrían ser calificadas como infracciones a la normativa de libre competencia y que en caso de ser sancionadas podrían causar un

menoscabo económico a la entidad infractora.

De esto se deriva la importancia de un programa de cumplimiento serio y efectivo, de manera de crear una cultura de cumplimiento competitivo -como indica la FNE en su Guía- estableciendo una red de control entre los propios colaboradores de la empresa que ha implementado el programa de competencia.

Los demás beneficios dicen relación con la detección y control de daño que podría incluir rebajas de multas e incluso poder optar por el beneficio de la delación compensada, como también alcanzar acuerdos extrajudiciales con la FNE.

### 3. JURISPRUDENCIA.

De acuerdo con las sentencias del TDLC a propósito de los grandes casos de colusión en nuestro país, se pueden desprender criterios jurisprudenciales en relación a los elementos mínimos que debe contener un programa de cumplimiento para que pueda ser calificado como real, serio y efectivo.

De todas formas, se debe tener en cuenta que el TDLC ha señalado que: "*Con todo, más allá de la enumeración, los elementos suelen ser relativamente similares entre sí. Entre ellos destacan el uso de auditorías y monitoreos; contar con un Oficial de Cumplimiento de nivel senior y empoderado dentro de la firma;*

tener un sistema de comunicación efectivo del programa al interior de la compañía; y aplicar incentivos y controles disciplinarios acordes; entre otras herramientas de gestión.”<sup>8</sup>

En primer lugar, se requiere seriedad<sup>9</sup>, de manera que exista un involucramiento real y permanente del Directorio, como también el establecimiento de un Oficial de Cumplimiento de nivel senior dentro de la empresa.

En segundo lugar, es necesario que el programa sea real, es decir, que todas las medidas del programa sean acordes a los riesgos identificados al interior de la empresa, de manera que el programa cumpla con su objetivo preventivo<sup>10</sup>.

En tercer lugar, se requiere completitud del programa, de manera se incluya al menos los requisitos establecidos en la Guía y todas las etapas necesarias de un programa, como las auditorías y monitoreos de las etapas<sup>11</sup>.

Por último, se requiere oportunidad en dos aspectos: (i) que las medidas necesarias para prevenir los riesgos detectadas sean implementadas en un

plazo razonable de manera de que sean eficaces para prevenir infracciones a la normativa de libre competencia<sup>12</sup>; y (ii) que existan canales de denuncia anónima al interior de las empresas de manera que cualquier colaborador pueda revelar eventuales infracciones a la normativa de libre competencia y que se asegure que no habrá ninguna represalia por ello<sup>13</sup>.

Lo anterior, se confirma con lo fallado por el TDLC, en la sentencia N° 179/2022, en relación con el requerimiento de la FNE en contra de FAASA Chile Servicios Aéreos Ltda. y otras, en cuanto el Tribunal indicó que: *“Faasa admite que implementó el programa de cumplimiento recién en 2019, incluso después de presentado el requerimiento de autos. Ello implica que **no se trató de un programa preexistente y, por tanto, careció por completo de una función preventiva.**”*<sup>14</sup>

Por lo que, es evidente que en el caso en comento la empresa no cumplió con el rol principal que buscan los programas, que es su rol preventivo. Para que cumpla este rol es necesario -como se mencionó anteriormente- que la empresa que implementa el programa

<sup>8</sup> Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N°167/2019, considerando centésimo octogésimo, p. 95.

<sup>9</sup> *Ídem*.

<sup>10</sup> Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N°179/2022, considerando tricentésimo trigésimo segundo, p. 186.

<sup>11</sup> *Ídem*.

<sup>12</sup> Excelentísima Corte Suprema, Sentencia N°9361-2019, de fecha 28 de febrero de 2019, considerando quincuagésimo primero.

<sup>13</sup> Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N°167/2019, considerando centésimo octogésimo, p. 95.

<sup>14</sup> Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N°179/2022, considerando tricentésimo trigésimo segundo, p. 186.

identifique ex ante los posibles riesgos a la normativa de libre competencia a los cuales se encuentra expuesto y en base a ellos implementar el programa de cumplimiento.

#### 4. EFECTO DE LA IMPLEMENTACIÓN DE UN PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO Y OTRAS CARACTERÍSTICAS.

En primer lugar, en cuanto al rol que juegan los programas de cumplimiento ante las sentencias condenatorias, fue muy controvertida la sentencia N°9361-2019 de la Corte Suprema, en donde dejó sin efecto lo sentenciado por el TDLC en primera instancia e indicó:

(i) *“Que la sola existencia de un programa de cumplimiento no puede erigirse como una **eximente de responsabilidad**, puesto que ello enfrenta un obstáculo de índole normativa. En efecto, las eximentes de responsabilidad están expresamente reguladas en la ley y, en este caso, un código de buenas prácticas no está contemplado en el Decreto Ley N°211 como productor de dicho efecto.”*<sup>15</sup>

(ii) *“En cuanto atenuante, como acertadamente viene resuelto, un plan de cumplimiento completo, real y serio exige un examen también desde el punto de vista de su efectividad. En*

<sup>15</sup> Excelentísima Corte Suprema, Sentencia N°9361-2019, de fecha 28 de febrero de 2019, considerando quincuagésimo primero.

*este sentido, un instrumento que reúna todos estos requisitos necesariamente será eficaz en prevenir conductas contrarias a la libre competencia. Por el contrario, la verificación de una práctica anticompetitiva como aquella reprochada en estos antecedentes, que se extendió por, a lo menos 4 años según el requerimiento de la FNE, deja en evidencia que las directrices impuestas por las empresas requeridas no resultaron idóneas o eficaces en el cumplimiento de la finalidad preventiva que las caracteriza, circunstancia que deja de manifiesto, por un lado, la necesidad de su perfeccionamiento y, por otro, el merecimiento de una sanción.”*<sup>16</sup>

Con esta sentencia, la Corte Suprema dejó sin efecto la decisión del TDLC en cuanto admitir que un programa de cumplimiento podría ser una eximente de responsabilidad.

En segundo lugar, en cuanto al requerimiento de la FNE contra Asfaltos Chilenos S.A. y otros, en la sentencia N°148/2015 del TDLC, es interesante la prevención realizada por los ministros Sr. Menchaca y Sra. Domper, en donde argumentaron la importancia y eficacia de los programas de cumplimiento depende de que se desarrollen de manera voluntaria.

<sup>16</sup> Ídem.



Lo anterior debido a que el objeto de estos programas dice relación con su rol preventivo, por lo que “ese objetivo es más fácil de lograr si dicho programa se implementa voluntariamente y no si se impuso como obligación, sin que exista la voluntad de ejecutarlo y – eventualmente– de cumplirlo”<sup>17</sup>.

Incluso, indican que en el caso que exista un programa de cumplimiento y se cometa una infracción, en conocimiento de las altas gerencias, “tal circunstancia podría ser estimada como una agravante de responsabilidad de la empresa.”<sup>18</sup> Debido a que tales personas, conociendo la existencia del programa de cumplimiento y por ello de las conductas que atentan la normativa de libre competencia, infringen igualmente la normativa, lo cual a juicio de los ministros es una circunstancia agravante.

## 5. CONCLUSIONES.

En conclusión, se puede desprender de todo lo mencionado que no existe un listado único respecto a los elementos que debe contener un programa de cumplimiento de la normativa de libre competencia. Al contrario, estos se deben adaptar a las realidades de cada empresa de manera de cumplir realmente con el rol preventivo que la

FNE busca que los programas cumplan, así se logra el objetivo de crear una “cultura de cumplimiento” al interior de cada empresa.

Asimismo, se concluye que el hecho de contar con un programa de cumplimiento en materia de libre competencia no asegura *per se* que se rebajen las multas y/o sanciones por parte del TDLC o Corte Suprema, sino que es una revisión formal que se debe hacer caso a caso y en consideración a la entidad infractora.

Otro punto que se puede concluir es que, cuando se implemente un programa de cumplimiento, este debe realizarse con el apoyo de un experto en libre competencia, de manera de poder levantar todos los riesgos de cada una de las áreas de la empresa. Esta será la única forma en que se pueda crear un programa que permita eliminar y/o disminuir las posibilidades de infracción.

El hecho que se cometa un ilícito anticompetitivo al interior de una empresa no solo afecta reputacionalmente a la empresa, sino que incluso, y de acuerdo al Decreto Ley 211, existen sanciones penales para las personas naturales en caso de colusión.

Por último, es importante tener en cuenta que el día 27 de octubre de 2022,

---

<sup>17</sup> Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N°148/2015, de fecha 23 de

diciembre de 2015, Voto disidente de los ministros Sr. Menchaca y Sra. Domper.

<sup>18</sup> *Ídem*.

la FNE inició un proceso de consulta pública para actualizar la Guía.

Con este proceso, la FNE busca adecuar los parámetros de cumplimiento normativo de este documento, para dar cuenta de los avances ocurridos en la materia durante la última década, desde el punto de vista jurisprudencial y académico, tanto nacionales como extranjeros.

También busca incorporar nuevas herramientas existentes que puedan ser útiles para asegurar el cumplimiento normativo, pero la FNE declaró que esta consulta no busca determinar si un programa de cumplimiento puede eventualmente eximir de responsabilidad a la empresa infractora en sede de libre competencia, así como tampoco determinar *ex ante* el monto específico de la reducción de la multa solicitada por la FNE ante el TDLC en razón de la existencia de un programa de cumplimiento.

Con lo cual, queda en evidencia que la importancia de los programas de cumplimiento va en aumento con la consulta que decidió iniciar la FNE. Además, el hecho de contar con un programa serio, real y efectivo al interior de las empresas es un elemento positivo y en ningún caso trae aparejado alguna consecuencia negativa.

# INFORMACIÓN DE LA AUTORA



## Catalina Comandari

- Ayudante junior.
- Asociada año 2 equipo libre competencia PPU.

MÁS SOBRE  
LA AUTORA

### CONTACTO



Catalina.comandari  
@ppulegal.com



FACULTAD DE DERECHO  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DE CHILE