



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Económico
2019

EFECTOS DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO DE LIBRE COMPETENCIA

REVISIÓN DE LA LEY Y JURISPRUDENCIA NACIONAL

Memoria de prueba para optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales

AUTOR: JOSÉ TOMÁS SIERRA PERALTA
PROFESOR GUÍA: DOMINGO VALDÉS PRIETO

Santiago, Chile
2019

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO.....	3
RESUMEN	6
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I. DE LOS ELEMENTOS DE DISUASIÓN A LA INFRACCIÓN DE LA NORMA JURÍDICA DE LIBRE COMPETENCIA	11
1. Sobre los elementos disuasorios regulados en el Decreto Ley N° 211	11
2. Los programas de cumplimiento como un elemento más de disuasión	14
3. Sobre otros elementos disuasorios no regulados en el Decreto Ley N° 211	19
4. ¿Óptimo disuasorio?.....	19
CAPÍTULO II. DE QUÉ SE HABLA CUANDO SE HABLA DE CUMPLIMIENTO.....	22
1. Cumplimiento como medida para acreditar el cumplimiento de requisitos estipulados en la norma jurídica.....	22
2. Cumplimiento entendido como sanción judicial	25
3. Cumplimiento como conjunto de normas de autorregulación de adopción voluntaria	27
a) Adopción de criterios de cumplimiento más estrictos a aquellos estipulados en la ley ...	30
b) Acreditación más fácil de circunstancia atenuante en sede judicial.....	31
c) Asignación eficiente de recursos y el óptimo de disuasión	31
CAPÍTULO III. REGULACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO DE LIBRE COMPETENCIA EN EL DERECHO COMPARADO	33
1. Estados Unidos de América.....	33
2. Canadá	35
3. Unión Europea.....	37

4. Reino Unido.....	38
5. Francia	39
6. Italia	39
7. Singapur.....	40
8. Otros países	41
CAPÍTULO IV. EFECTOS DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO DE LIBRE COMPETENCIA FRENTE AL DERECHO NACIONAL.....	42
1. El reconocimiento del derecho chileno a las normas de autorregulación.....	42
a) Reconocimiento del ordenamiento jurídico a la autorregulación del sector público.....	44
b) Reconocimiento del ordenamiento jurídico a la autorregulación de particulares	46
2. Programas de cumplimiento de las normas de libre competencia bajo el Decreto Ley N° 211	54
a) Programas de cumplimiento como insumo de la Fiscalía Nacional Económica para el desarrollo de sus investigaciones	55
b) Programas de cumplimiento como medida de mitigación en procesos de concentración tramitados ante la Fiscalía Nacional Económica	56
c) De los programas de cumplimiento como medida a hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia	56
d) De los programas de cumplimiento como acreditadores de una circunstancia atenuante a la responsabilidad infraccional de libre competencia	57
3. Programas de cumplimiento de libre competencia ante la Fiscalía Nacional Económica	61
a) Valor legal de las guías internas publicadas por la Fiscalía Nacional Económica	61
b) Guía sobre Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia	64
c) Valor entregado por la FNE por la implementación de un Programa de Cumplimiento .	68
4. Programas de cumplimiento de libre competencia ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	69

a) Programas de cumplimiento presentados por las partes en apoyo de su defensa ante el H. TDLC	69
b) Programas de cumplimiento utilizados como medida propiamente tal por el H. TDLC .	72
c) Otros tipos de casos analizados por el H. TDLC.....	82
CONCLUSIONES	84
BIBLIOGRAFÍA	87
1. Textos consultados	87
2. Jurisprudencia consultada.....	91

RESUMEN

La presente memoria de prueba se fija como objetivo principal estudiar el valor y efectos que el ordenamiento jurídico nacional otorga a los programas de cumplimiento a las normas de libre competencia.

Como forma introductoria y en forma basal para el estudio de este objetivo principal, esta memoria entiende que los programas de cumplimiento cumplen un rol importante en la persecución de uno de los objetivos primordiales del derecho sancionador, la *disuasión*.

Se considera necesario a continuación estudiar el concepto mismo de “cumplimiento”. Se analizan distintas tesis distribuidas en nuestro ordenamiento jurídico actual. Concluyendo este capítulo, se entiende que los programas de cumplimiento son esencialmente normas de autorregulación, cuya adopción, valiendo el pleonasma, es voluntaria, no debiendo mandatarse por vía legal o judicial.

Luego de estudiar cómo se regula en el derecho comparado la validez de los programas de cumplimiento en materia de libre competencia, se analiza el ordenamiento jurídico nacional. Para estos efectos, se estudia el valor y efectos otorgados a los programas de libre competencia no solamente en las normas de rango legal, sino que también en normas de menor rango denominadas en el derecho comparado como “*soft law*”, especialmente, las guías publicadas por la Fiscalía Nacional Económica. También se analiza la jurisprudencia relevante dictada sobre la materia.

Finalmente, esta memoria de prueba entiende que los programas de cumplimiento cumplen una pieza importante en la disuasión de ilícitos de tipo anticompetitivo. Sin embargo, se lamenta cómo es que en sede administrativa no se otorgan beneficios directos ante un caso de eficaz y honesta implementación. Asimismo, se lamenta cómo en sede judicial el H. TDLC ha caído en la necesidad de describir pormenorizadamente los elementos que deben contener estos programas de cumplimiento.

INTRODUCCIÓN

“(L)os que blasfeman y mienten son unos tontos, pues de ellos hay de sobra como para vencer a los hombres buenos y ahorcarlos.”
(Hijo a Lady Macduff, *Macbeth*, William Shakespeare)

En los últimos 10 años, hemos visto cómo la opinión pública ha conocido –y reaccionado– ante hechos del mundo de los negocios que perciben como contrarios a la justicia y la equidad. Esta reacción espontánea, y muchas veces emocional, proviene de una convicción de antijuricidad más bien interna que de fuente legal.

Ante estas nuevas situaciones el derecho positivo ha tenido que evolucionar, para así otorgar mayor protección a un bien jurídico que hasta dicho momento no gozaba de tanta notoriedad. Para atender a este nuevo objetivo, la sociedad necesitó definir –o redefinir– las normas de protección de dicho bien jurídico.

El fenómeno del cambio en las sensibilidades sociales ya ha sido parcialmente cubierto en nuestro derecho. En efecto, ya en 1855 Andrés Bello dictó conceptos tales como *buenas costumbres, moral y orden público*, todos ellos esencialmente mutables en la medida que cambia la percepción y valoración de sus destinatarios. Estos conceptos, utilizados ligeramente en tipos que derivan en sanciones penales¹, hoy abundan en nuestra legislación.²

* Redactar esta memoria para postular al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile nunca hubiese sido posible sin todos los años de esfuerzo y dedicación de Patricia y José Miguel. Perdón por la demora.

¹ En efecto, se puede criticar un artículo como el 292 del Código Penal “*Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse*”, que, como se ve, alude a un concepto tan indeterminado como las buenas costumbres para aplicar una sanción penal.

² Artículos 226, 239, 237, 272, 382, 539, 1093, 880, 1461, 1467, 1475, 1476, 1480, 1683, 1717, 1792-15, 1993. 2055 del Código Civil; artículos 46 y 83 de la Ley N° 19.947 que fija la nueva Ley de Matrimonio Civil; artículos 12, 20 y 23; artículos 25 y 34 del Decreto N° 110 de 1979 del Ministerio de Justicia que contiene el Reglamento Sobre Concesión de Personalidad Jurídica a Corporaciones y Fundaciones; artículos 20, 38 y 95 del Decreto con Fuerza de Ley N° 3 de 2006 del Ministerio de Economía que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley de Propiedad Intelectual; artículo 7° de la Ley N° 19.253 sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas; artículos 79 y 544 del Código Orgánico de Tribunales; artículo 8° del Decreto Supremo N° 307, que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 15.231, sobre Organización y Atribuciones de los

Ahora bien, las sensibilidades sociales sobre lo justo y lo injusto cambian en forma más rápida que el derecho positivo, creándose lapsos de descalce entre uno y otro. Lo anterior ha sido estudiado como una de las falencias, pero a la vez gran ventaja del derecho.³ Con todo, en muchas veces el descalce propiamente no existe, mas la norma no es aplicada en tribunales.⁴ La causa esta no aplicación puede encontrarse en que: i) la norma jurídica, aún gozando de la *summa ficta* del artículo 8º del Código Civil, no está en conocimiento de todos sus destinatarios; ii) se genera un *statuo quo* en la que los principales operadores del sistema han acordado tácitamente dejar de aplicar la norma por motivos de superior conveniencia práctica y material; o, iii) se ha decretado la inaplicabilidad de la norma, por inconstitucionalidad.

Ahora bien, si por el contrario, nos colocásemos en la hipótesis en que todos los destinatarios de la norma jurídica conocen en detalle su contenido. ¿Seguirían ocurriendo situaciones de descalce entre lo que entendemos como correcto, y lo pactado como tal por medio de una ley?

Aquella respuesta excede el objetivo de esta memoria. Sin embargo, en ciertas áreas del derecho es común oír la expresión *elusión* de la norma, que se refiere a aquel medio por el que un conecedor de la norma evitar caer directamente en su subsunción, obteniendo así los beneficios de la conducta tipificada sin su correspondiente sanción.

Juzgados de Policía Local; artículos 14, 15bis y 160 del Código del Trabajo, artículo 227 del Código de Comercio; artículo 9º de la Ley sobre Sociedades Anónimas; artículos 64, 158, 292, 373, 374, 409 y 417 del Código Penal; artículos 50 y 81 de la Ley 19.640 Orgánica Constitucional del Ministerio Público, artículo 6º literal b) del Decreto N° 890 de 1975 del Ministerio del Interior que fija el Texto Actualizado y Refundido de la Ley N° 12.927 sobre Seguridad del Estado; artículo 19 N° 6º, 11º, 15º, 16º y 21º de la Constitución Política de la República; artículo 24H de la Ley N° 18.168 Ley General de Telecomunicaciones; artículos 56 y 152 del Decreto con Fuerza de Ley N° 30 de 2004 del Ministerio de Hacienda que fija la Ordenanza de Aduanas; artículo 61 del Decreto con Fuerza de Ley N° 29 del Ministerio de Hacienda que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo, y; artículo 158 del Código de Justicia Militar, entre otras normas.

³ Ver Atria, Fernando. (2016). *La forma del derecho*. Madrid. Marcial Pons.

⁴ El caso paradigmático, en materia de libre competencia, es el artículo 285 del Código Penal, actualmente vigente, que castigaba sanciones asimilares a lo que hoy se entiende por colusión. Acuña Silva, M. (2013). *La libre competencia frente al artículo 285 del Código Penal: alternativas de punibilidad (o impunidad) de las alteraciones de precios por medios fraudulentos*. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/116618>. En materia penal, está el artículo 136 del Código Penal.

Aún en este escenario, existen incentivos para abogar por una mejor educación de la norma, promoviendo, en consecuencia, la *disuasión*.⁵ Como se verá en esta memoria, la disuasión es o debiera ser uno de los principales objetivos del Estado de Derecho en materia persecutoria, porque evitar que se sigan cometiendo delitos es más importante que aumentar el número de formalizaciones y sentencias. Para ilustrar esta importancia, sólo cabe señalar que en sede de libre competencia, ministros del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante también como “H. TDLC” o “H. Tribunal”) han señalado que la disuasión es uno de los dos principales objetivos de las normas de libre competencia.⁶ A nivel de derecho comparado, un alto personero de la Comisión Europea llegó a señalar que el fin último de las políticas anti-carteles no era imponer multas, sino no tener la necesidad de implementarlas bajo ningún caso.⁷ En este sentido, todo el aparato persecutorio del Estado descansa sobre una paradoja: *existe para no tener que existir*.

En consecuencia, siempre será una buena política pública identificar e implementar acciones que generen disuasión a la violación de la norma jurídica, por supuesto, todo dentro de parámetros que respeten aquellos *derechos que son inherentes al ser humano*,⁸ muy superiores a cualquier objetivo de disuasión.

⁵ Ver Mueller, Gerhard O.W. (1961) Problems posed by publicity to crime and criminal proceedings. *University of Pennsylvania Law Review*, 110(1), 1-26.

⁶ Voto preventivo Ministros Tapia y Arancibia: “De ahí que, como se ha indicado, los objetivos primarios de la libre competencia sean la disuasión general, la cual funciona más por acumulación que de manera casuística, y la corrección de conductas específicas.” Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 160/2017 de fecha veintiocho de diciembre de dos mil diecisiete, dictada en causa Rol C N° 299-15 caratulada “Requerimiento de la FNE contra CMPC Tissue S.A. y Otra.”

⁷ Traducción libre del inglés. Almunia, Joaquín. (2010). Vicepresidente de la Comisión Europea responsable para la Política de Competencia. Discurso otorgado ante la BusinessEurope & US Chamber of Commerce. Competition conference, Speech/10/586. Bruselas, 25 de octubre de 2010. Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-586_en.htm?locale=en.

⁸ Asamblea General de Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (217 [III] A). Paris. Resulta aquí interesante la discusión que se ha generado en torno a la política de seguridad pública implementada por el ex alcalde de Nueva York, Rudolph Giuliani, conocida como *broken windows*. En esta, se sostiene, de acuerdo a los creadores de la teoría, que perseguir con mayor firmeza ilícitos de menor gravedad como vandalismo y evasión contribuiría a crear una atmósfera de mayor cumplimiento a la ley, disuadiendo así la comisión de delitos de mayor envergadura. Ver Wilson, James Q. y Kelling, George L. Broken Windows: The Police and Neighborhood Safety. (1982). *The Atlantic Monthly Group*, 249, 29-38.

Como se verá en esta memoria, el objetivo de disuasión se puede conseguir de múltiples formas⁹. Por supuesto, en lo que interesa a esta memoria, estudiaremos en mayor medida aquellas políticas de disuasión identificables en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del año 2004 del Ministerio de Economía, que fija a su vez el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973, reformado éste a su vez por medio de la Ley N° 20.945, que “Perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia”, (en adelante, todo como “Decreto Ley N° 211”).

⁹ Ver Anderson, Andy B., Harris, Antony R. y Miller, JoAnn. Models of Deterrence Theory. (1983). *Social Science Research*, 12(3), 236-292. [https://doi.org/10.1016/0049-089X\(83\)90014-5](https://doi.org/10.1016/0049-089X(83)90014-5)

CAPÍTULO I.

DE LOS ELEMENTOS DE DISUASIÓN A LA INFRACCIÓN DE LA NORMA JURÍDICA DE LIBRE COMPETENCIA

1. Sobre los elementos disuasorios regulados en el Decreto Ley N° 211

El Decreto Ley N° 211, como toda norma perteneciente al derecho administrativo sancionador, describe tipos y fija sanciones correlativas.

En lo que respecta a las medidas que puede imponer el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el Decreto Ley N° 211 goza de una naturaleza especial. El artículo 3° de dicho cuerpo legal señala que quien infrinja las normas de libre competencia será sancionado conforme a las medidas señaladas en el artículo 26 de dicha ley, *sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas* que respecto de dichas actuaciones puedan disponerse en cada caso.

Como se ve, la facultad otorgada al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en materia de sanciones, es amplísima. Es tan amplia que el mismo Decreto Ley N° 211 no habla de sanciones sino más bien de *medidas*. En efecto, Domingo Valdés señala en este punto que en el Decreto Ley N° 211 se puede hacer un distingo en cuanto a medidas entre: i) las penas o sanciones, radicadas exclusivamente en el artículo 26; ii) las medidas cautelares del artículo 25; y, iii) las medidas propiamente tales, que son aquellas referidas en el artículo 3° inciso primero parte segunda del Decreto Ley N° 211. Así, toda imposición que provenga de prerrogativas entregadas al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia fuera del artículo 26 no serían sanciones propiamente tales.^{10,11}

¹⁰ Valdés Prieto, Domingo. (2006). Libre competencia y monopolio.

¹¹ Por lo anterior, a diferencia de lo que ocurre en sede civil, ante el H. Tribunal el vicio de ultra petita es más difícil de configurar, puesto en principio éste puede disponer más que lo propuesto por las partes. Aquí se puede apreciar un criterio que aún no se encuentra sentado en la jurisprudencia. Por una parte, el fallo de la Excma. Corte Suprema de fecha veintitrés de mayo de 2005, que resolvió el recurso de reclamación interpuesto ante la Sentencia N° 9/2005 del H. TDLC, señaló que “9°) Que, en tales condiciones, dicho fallo, si bien para efectos del análisis de la materia objeto de la controversia ha podido referirse al problema de la concentración, desde un punto de vista jurídico, ha estado impedido de extender sus decisiones más allá de lo planteado por los denunciantes y el Fiscal

Por lo tanto, desde ya se puede apreciar que el principal elemento disuasorio del artículo 26 del Decreto Ley N° 211 es la posibilidad de aplicar multas a beneficio fiscal, sanción que incrementó notablemente su capacidad disuasiva producto de la última modificación realizada por medio de la Ley N° 20.945 al Decreto Ley N° 211, que dispuso que las multas a beneficio fiscal pueden alcanzar hasta el treinta por ciento 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, o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción. En lo que respecta al derecho comparado, el tamaño que pueden alcanzar las multas han sido el principal elemento de disuasión para las compañías.¹²

Ahora bien, los elementos disuasorios presentes en el Decreto Ley N° 211 no se reducen exclusivamente a la aplicación de multas a beneficio fiscal de la que dicta el artículo 26 inciso segundo literal c), sino a las otras medidas identificadas en el artículo 26, tales como i) la posibilidad de decretar la disolución de sociedades y otro tipo de entidades; y ii) la prohibición de contratar con organismos del Estado; y, muy importantemente, iii) al *numerus apertus* de medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que puede interponer el H. TDLC, de acuerdo

Nacional Económico, en sus presentaciones agregadas al expediente. Lo contrario importa atentar contra el principio del debido proceso, porque, al tratar y resolver sobre asuntos no discutidos y ni siquiera planteados, se privó a las empresas afectadas de la posibilidad de defenderse, adecuadamente, de acusaciones en relación con las mismas. En el presente caso, las decisiones contenidas en la sentencia dicen relación con la materia propia del proceso, salvo la tercera que se ha impugnado-, la cual se apartó de modo notorio e indebido de las cuestiones tratadas en él;” Por otra parte, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, a pesar de lo señalado por la Excm. Corte Suprema, especialmente en asuntos no contenciosos, ha seguido resolviendo sobre materias no solicitadas por las partes. Ver Resolución N° 51/2018, H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En dicha resolución, el H. Tribunal ordenó la desinversión a dos compañías en un joint venture, medida que no fue pedida ni mencionada siquiera por ninguno de los intervinientes del proceso. Por este motivo, la Ministra Sra. Domper Rodríguez señaló en un voto de minoría: “2) A lo anterior se agrega que la medida impuesta por la mayoría es totalmente ajena a este proceso, lo que ha impedido a los afectados por la misma ejercer correctamente su derecho a defensa sobre ella durante la tramitación de esta consulta. Tanto es así que este mismo Tribunal tuvo que oficiar a los involucrados para que aportaran información relacionada a Gasmar (fojas 3336). Con todo, dichos oficios se refirieron únicamente a las eficiencias derivadas de la compra conjunta y de la construcción en conjunto de un puerto, sin hacer mención a otras posibles eficiencias derivadas de la propiedad conjunta. Más aún, se trata de una medida que afecta a Gasmar, empresa que no aportó antecedentes dentro del plazo dispuesto para ello, no es interviniente en esta causa, y que sólo se limitó a responder dos oficios de este Tribunal.”

¹² Ver Dong Ailin et al. (2014). Busted! Now What? Effects of Cartel Enforcement on Firm Value and Policies, *INSEAD Working Paper* No. 2014/38/FIN, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2422200> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2422200>.

al texto expreso del artículo 3º inciso primero del Decreto Ley N° 211. Entre estas medidas se puede ordenar, como se verá, la implementación de programas de cumplimiento.

Además de las medidas disuasorias propias de la responsabilidad infraccional, identificadas mayormente en el artículo 26, el Decreto Ley N° 211 también contempla otros elementos de disuasión a la infracción de tipos anticompetitivos, y que se encuentran íntimamente relacionados con otros sectores del ordenamiento jurídico.

El primero, aquél incluido en el artículo 30 del Decreto Ley N° 211, que dice relación con la posibilidad de solicitar la indemnización de perjuicios por las infracciones a la libre competencia cometidas.¹³ Este artículo también fue modificado producto de la Ley N° 20.945, permitiendo la tramitación del conflicto indemnizatorio ante el mismo H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (con anterioridad la acción indemnizatoria se interponía ante los tribunales civiles). Los beneficios de esta modificación son evidentes: i) se alivia la carga judicial de los tribunales civiles; ii) se disminuye la duración del juicio indemnizatorio; iii) se tramita el procedimiento ante el mismo H. Tribunal que lo conoció en primer lugar, no siendo necesario volver a acompañar –y explicar– gran parte de la prueba rendida ya en el expediente; iv) se delega esta decisión en un tribunal especializado, con un equipo de economistas y expertos a su cargo, entre otros beneficios.

En segundo lugar, desde la introducción *ex profeso* de la responsabilidad penal¹⁴ por medio de la Ley N° 20.945, por infracciones a determinados ilícitos del Decreto Ley N° 211, se añadió un elemento disuasorio más para que las compañías eviten, representadas por las personas naturales que actúan bajo su cuenta y riesgo, la comisión de ilícitos anticompetitivos.

¹³ Para un mayor análisis de la responsabilidad civil derivada de infracciones a la libre competencia ver Banfi, Cristián. (2014). Acerca de la imputación de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos entre rivales en Chile. *Revista Chilena de Derecho*, 41(1), 37-58.

¹⁴ Señalo *ex profeso*, puesto que antes de la Ley N° 20.945, que tipificó el tipo penal de colusión, ya existía en nuestro ordenamiento jurídico una norma que se puede interpretar como igualmente sancionadora de la colusión. En efecto, el artículo 285 del Código Penal señala: “*Los que por medios fraudulentos consiguieren alterar el precio natural del trabajo, de los géneros o mercaderías, acciones, rentas públicas o privadas o de cualesquiera otras cosas que fueren objetos de contratación, sufrirán las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.*” Para mayor estudio sobre este artículo, ver Acuña Silva, Marcelo. (2013). *Op. Cit.*; Polinsky, A.M. and S. Shavell. (1993). Should employees be subject to fines and imprisonment given existence of corporate liability?. *International Review of Law and Economics*, 13. 239-257.

Aún es muy temprano para evaluar los efectos disuasivos producidos por las modificaciones al Decreto Ley N° 211 en materia de multas, indemnización de perjuicios y sanciones penales. Con todo, a este respecto, a inicios de 2017 la Fiscalía Nacional Económica (en adelante también como “Fiscalía” o “FNE”) publicó un documento titulado *Estudio sobre la percepción del efecto disuasivo de las acciones de la Fiscalía Nacional Económica*, que tuvo por principal objetivo evaluar en la opinión de expertos la capacidad disuasiva de la Fiscalía. Como resultados principales, destaca:

- i) Que un 93% de los encuestados considera como “muy alto” (50%) o “alto” (43%) el grado de disuasión de las nuevas sanciones económicas fijadas por la Ley N° 20.945; y,
- ii) Que un 86% de los mismos considera como “muy alto” (57%) o “alto” (29%) el grado de disuasión de las nuevas sanciones penales.¹⁵

Como se ve, la Ley N° 20.945 cumplió un importante objetivo disuasorio en la percepción de agentes económicos seleccionados, punto que se fijó como uno de sus objetivos principales, como consta en la historia de su dictación.¹⁶

2. Los programas de cumplimiento como un elemento más de disuasión

Como se ha dicho, los programas de cumplimiento no se encuentran expresamente tipificados en la ley. Como se verá en detalle en el capítulo de jurisprudencia de este ensayo, éstos son más bien aplicados en virtud de las *medidas preventivas* que el artículo 3° le permite imponer al H. Tribunal en las sentencias definitivas, o en otras resoluciones que hacen como tales¹⁷.

¹⁵ Deloitte (2016). *Tercer Estudio sobre la percepción del efecto disuasivo de las acciones de la Fiscalía Nacional Económica. Fiscales de empresas*.

¹⁶ “Las penas contempladas en esta propuesta han sido determinadas en proporción a los severos daños que estas conductas fraudulentas causan a una gran cantidad de personas al lesionarse la fe pública, la institucionalidad económica y el bien jurídico de la libre competencia. El objetivo que se persigue es generar una disuasión efectiva, impidiéndose que los responsables de estas conductas puedan acceder a salidas alternativas en el procedimiento o a penas sustitutivas a la privación de libertad.” Biblioteca del Congreso Nacional. (2016). Historia de la Ley N° 20.945, Mensaje, Primer Trámite Constitucional.

¹⁷ H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Resolución N° 51/2018.

Con particular fuerza, estos programas de cumplimiento cumplen con un deber de prevención, en atención a que, de la misma forma a como ocurre con la inclusión de la responsabilidad penal regulada en el artículo 62, lo que está en juego es la responsabilidad individual del ejecutivo o director que participa en esquemas anticompetitivos. Así, las normas de libre competencia hoy en día cubren ambos tipos de responsabilidad: i) la de la persona jurídica que se beneficia de los hechos o actos anticompetitivos; y, ii) de la persona natural que las hace en su representación.

Sin embargo, la eficacia de los programas de cumplimiento de libre competencia en el derecho nacional aún no puede ser respaldada estadísticamente. En efecto, sólo recientemente el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha comenzado a pronunciarse sobre los programas de cumplimiento, normalmente como medida preventiva en una sentencia definitiva. Desde su creación en el año 2004, el H. Tribunal sólo ha ordenado en seis ocasiones la implementación de un Programa de Cumplimiento, medidas que han provenido todas en los últimos 4 años. Además, como se verá en detalle más adelante, la Fiscalía Nacional Económica no emitió una guía sobre la importancia de estos programas sino hasta el año 2012.

No obstante lo anterior, ya existen algunos datos sobre la eficacia de los programas de cumplimiento, respecto de otra parte de nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, en el año 2009 se publicó la Ley N° 20.393 que Establece la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Esta ley se pronunció por vez primera en nuestra legislación – por lo menos en el rango legal– sobre los programas de cumplimiento, regulando gran parte de sus requisitos y efectos jurídicos. Importantemente, permite a las compañías eximirse de responsabilidad penal si es que logran acreditar que han cumplido con sus deberes de dirección y supervisión, por medio de la adopción, con anterioridad a la comisión del delito, de un modelo de organización, administración y supervisión para prevenir delitos.

Más adelante en esta memoria se entrará a definir en detalle los elementos de la ley, pero en cuanto a sus efectos, desde ya podemos señalar que no ha generado sino más que efectos positivos. La siguiente tabla muestra las estadísticas oficiales que recopila la Unidad de Análisis Financiero respecto de las denuncias que presenta al Ministerio Público por hechos que podrían

constituir lavado de activos y financiamiento del terrorismo, ambos expresamente tipificados y sancionados bajo la citada ley:

Año	Nº de reportes enviados al MP con indicios de lavado de activos o financiamiento del terrorismo	Porcentaje de variación interanual	Nº de sentencias definitivas condenatorias por el delito de lavado de activos	Porcentaje de variación interanual
2009	139	-	10	-
2010	117	-15,83%	11	10%
2011	150	28,21%	17	54,55%
2012	331	120,67%	9	-47,06
2013	201	-39,27	11	22,22%
2014	221	9,95%	10	-9,09%
2015	269	21,72%	10	0%
2016	367	36,43%	5	-50%
2017	181	-70,57%	3	-40%
2018 (ene-jun)	108	-	Sin datos	-

Fuente: Unidad de Análisis Financiero.

Como se ve, desde la publicación de la Ley N° 20.393, creció significativamente el número de denuncias presentadas ante el Ministerio Público, llegando a un máximo de 367 para el año 2016, para luego precipitar con fuerza el año siguiente. Estadísticamente, no parece haber una respuesta creíble para justificar tamaña variación de un año a otro, por lo tanto, es mejor analizar en base a promedios históricos del periodo 2009-2016. Así, en el periodo 2009-2016, el promedio de denuncias presentadas ante el Ministerio Público por hechos que revisten caracteres de delito, específicamente lavado de activos y financiamiento del terrorismo, fue de 224 denuncias por año. En consecuencia, ocho años después de la dictación de la Ley N° 20.393, y luego de toda la actividad de promoción y publicidad de la Unidad de Análisis Financiero¹⁸, el número de denuncias presentadas por esta unidad al Ministerio Público es de un 19,2% inferior al promedio histórico.

¹⁸ En efecto, la Unidad de Análisis Financiero obliga a más de 37 tipos de instituciones a informar periódicamente cualquier transacción que se reporte como sospechosa, así como a establecer y uniformar mecanismos de prevención de lavado o blanqueo de activos. La cantidad de personas obligadas a informar asciende para junio de 2018 a las 6.639 personas. La promoción y publicidad, así generada, es evidente.

En materia de sentencias definitivas condenatorias, el promedio histórico registrado por la Unidad de Análisis Financiero para el periodo 2009-2016 es de 10 sentencias, representando el año 2017 una disminución en un 70% de este promedio histórico.

Con todo, se reconoce que el análisis de las cifras antes reflejadas puede ser objeto de críticas: i) en primer lugar, han transcurrido muy pocos años desde la dictación de la Ley N° 20.393 para tener una base de datos verdaderamente representativa; ii) en segundo lugar, porque los insumos utilizados por la Unidad de Análisis Financiero para publicar estas cifras han efectivamente variado fuertemente año a año¹⁹; y, finalmente, iii) porque las denuncias y sentencias de la base de datos de la UAF no son clasificados de acuerdo a personas naturales y jurídicas, y la Ley N° 20.393, que promueve la instauración de Sistemas de Prevención de Delitos, únicamente regula a las personas jurídicas.

Pues bien, cómo aún no es posible medir la eficacia de los programas de cumplimiento en el derecho nacional, queda preguntarse cuáles otros beneficios pueden detectarse en forma inmediata producto de la implementación de estos programas. La respuesta es simple: el compliance viene a complementar y ayudar el *enforcement* público, cualquiera sea el sector del derecho que lo regule, literalmente (Ley N° 20.393) o no literalmente (Decreto Ley N° 211). En efecto, los recursos de las entidades persecutorias públicas como el Ministerio Público y la Fiscalía Nacional Económica son limitados, motivo por el cual se ha dicho que estas instituciones cumplen un rol más bien político que puramente técnico.²⁰ Un autor norteamericano llegaría a señalar que los programas de cumplimiento son “*un arma clave dentro*

¹⁹ En efecto, la cantidad de sujetos obligados ha variado año tras año, desde la dictación de la Ley N° 19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero.

²⁰ A este respecto, señala Cristián Banfi “En este sentido, el derecho de la competencia es una disciplina política, pues la autoridad pública encargada de su cumplimiento –siguiendo el criterio de *minimis* y usando los siempre limitados recursos fiscales– selecciona y sanciona los ilícitos de mayor connotación social, que representan una grave amenaza para los consumidores y el mercado. Como no es posible perseguir todo hecho, acto, contrato o acuerdo que impida, restrinja o falsee la libre competencia, o que tenga la potencialidad de acarrear una o más de estas secuelas, el esfuerzo persecutor se concentra en las prácticas más dañinas para el interés público, en particular los cárteles –vale decir, acuerdos o prácticas concertadas entre empresas que tienen, entre otras finalidades, fijar precios de compra o venta, limitar la producción o repartirse cuotas o zonas de mercado– y el abuso de posición dominante en el mercado relevante.” Banfi, Cristián. (2014). *Op. Cit.*

*del arsenal de armas que el gobierno despliega contra las violaciones de normas regulatorias.*²¹

Como se ve, promover la adopción de los programas de cumplimiento es necesaria y bienvenida, reduciendo así los niveles –y gastos asociados– de investigación y litigación.

Específicamente en sede de libre competencia, un buen programa de cumplimiento podría permitir obtener mejor prueba en una eventual aplicación de un proceso de delación compensada, o ante otro tipo de investigaciones de la Fiscalía. Como se verá más adelante, un Programa de Cumplimiento de la normativa libre competencia debe contemplar una identificación de los procesos clave de la compañía, así como de sus riesgos aparejados, por lo que toda esta información va a contribuir a la Fiscalía Nacional Económica en sus investigaciones y requerimientos.²² Además, una aplicación extensiva de Programas de Cumplimiento permite fomentar una cultura ética y de cumplimiento que genera externalidades positivas más allá de las meramente cuantificables en multas u otro tipo de sanciones.²³

Sin embargo, el régimen de vigencia, aplicación y ejecución de los Programas de Compliance, en lo que respecta a la institucionalidad de libre competencia, no se encuentra regulado expresamente, y, en consecuencia, queda mucho por clarificar. Como se verá, si bien

²¹ Miller, Geoffrey P. (2014) An Economic Analysis of Effective Compliance. *New York University Law and Economics Working Papers*, 396. Disponible en http://lsr.nellco.org/nyu_lewp/396

²² En este sentido, Riley y Sokol son bastante claros: “Dado que las autoridades antimonopolio tienen recursos limitados y dependen en gran medida de la información que le puedan proporcionar las compañías (a través de las aplicaciones de delación) para detectar y disuadir las faltas, sugerimos que las autoridades antimonopolio presten más atención a alentar activamente a las empresas a invertir en programas de cumplimiento creíbles y sólidos. Además, las autoridades antimonopolio necesitan una mejor comprensión de los esfuerzos y los recursos necesarios para implementar y mantener un programa de cumplimiento de libre competencia creíble y sólido, y deben interactuar con las empresas de manera más efectiva para obtener los beneficios de un mejor bienestar social debido a este mejor cumplimiento.” Traducción libre. Riley, Anne y Sokol D. Daniel. (2014). *Rethinking Compliance. University of Florida Levin College of Law Research Paper*, 16(3) Disponible en SSRN <https://ssrn.com/abstract=2475959> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2475959>.

²³ En este sentido la autoridad antimonopolio francesa: “Por lo tanto, las razones para implementar programas de cumplimiento a las normas de libre competencia van más allá de la mera esperanza de obtener una reducción de las sanciones financieras que pueden imponerse si la Autoridad desafiara un acuerdo anticompetitivo o un abuso de posición dominante. Aunque tal reducción es posible bajo ciertas condiciones y dentro de ciertos límites (consulte la sección IV a continuación), una empresa u organización que establezca un programa de cumplimiento únicamente para este fin se privaría de los beneficios principales de dicho programa: centrarse en una estrategia de mercado basada en el mérito y así reducir su exposición al riesgo de violar la ley antimonopolio en primer lugar.” Autorité de la concurrence, República de Francia. (2012). *Framework-Document of 10 February 2012 on Antitrust Compliance Programmes*.

la legislación otorga algunas directrices respecto a los potenciales beneficios directos que se conceden a programas de cumplimiento honesta y efectivamente implementados, aún estamos muy lejos de lo que ocurre en otros sistemas del derecho comparado, donde las normas –y el análisis cuantitativo de las mismas– son claras. Letra muerta serán cientos de Programas de Cumplimiento, si es que, acreditada su efectiva y honesta implementación en una estructura organizacional, no produce efectos algunos en materia de aplicación y cuantificación de sanciones.

3. Sobre otros elementos disuasorios no regulados en el Decreto Ley N° 211

Por supuesto, no son sólo las normas jurídicas las que guían el actuar de los agentes económicos. En efecto, puntos como la imagen, la reputación y la confianza del público son elementos que hoy en día son cuantificables directamente en dinero, por lo que hoy en día forman parte importante de su actuar.

4. ¿Óptimo disuasorio?

Los destinatarios de la norma jurídica son agentes económicos racionales, y como tal, señala la teoría, adoptan decisiones en base a los niveles de retorno y rentabilidad esperados, tanto en el corto plazo como en el largo plazo.

En este sentido, como ha estudiado la ciencia del análisis económico del derecho en las últimas décadas²⁴, incluso la decisión de cumplir o no con la norma jurídica o el contrato legalmente convenido, puede estar sujeto a las reglas de retorno de la inversión. Así, un agente económico racional puede deliberadamente incumplir la norma, si es que los beneficios esperados por su incumplimiento superan el monto de las sanciones dispuestas para dicho

²⁴ Ver Becker, G.S. (1968), Crime and punishment: An economic approach. *Journal of Political Economy* 76(169) 217; Becker, G.S. and G.J. Stigler. (1974). Law enforcement, malfeasance, and compensation of enforcers. *Journal of Legal Studies*, 3. 1-18. Calabresi, G. (1970). *The Costs of Accidents*. Yale University Press, New Haven; Kaplow, L. (1986). An economic analysis of legal transitions. *Harvard Law Review*, 99. 509-617. Posner, R. A. (1972). *Economic Analysis of Law*, 1st ed. Little, Brown and Company, Boston. Posner, R.A. (1975). The economic approach to law, *Texas Law Review* 53:757-782. Posner, R.A. (1985). An economic theory of the criminal law, *Columbia Law Review* 85:1193-1231. Rubin, P.H. (1977). Why is the common law efficient? *Journal of Legal Studies* 6:51-63. Shavell, S. (1984b), The design of contracts and remedies for breach, *Quarterly Journal of Economics*, 99:121-148.

incumplimiento multiplicado por el riesgo de ser descubierto, conforme se señala en la fórmula a continuación:

$$\text{Incumplimiento rentable de la norma} > \text{sanción} * \text{riesgo de ser descubierto}$$

Así, si hipotéticamente alguno de los factores comprendidos en el lado derecho de la fórmula bajase a cero, para el agente económico sería económicamente racional incumplir la norma jurídica. Por ejemplo, si el monto de la sanción fuese igual a 1 (perfecta sanción) pero el riesgo de ser descubierto es igual a 0 (nula fiscalización), incumplir la norma sería una decisión racional del agente económico. Lo mismo ocurriría si la situación fuese la inversa: si la sanción fuese 0 (sin sanción), y la posibilidad de ser descubierto fuese 1 (perfecta fiscalización), incumplir la norma también sería una decisión racional, económicamente hablando²⁵.

Ahora bien, la anterior fórmula también refleja una realidad que pasa todos los días: sanciones de al incumplimiento de la norma muy leves, o riesgos de ser descubierto igualmente leves, generan incentivos económicos para infringir la norma jurídica.

Como se dijo antes, los recursos de las entidades persecutoras son limitados, por lo que, aunque quisiéramos asignar niveles muy altos a las sanciones por incumplimiento a la norma (iguales o cercanas a 1), no se puede mantener el factor riesgo a ser descubierto alto, porque a menos que viviésemos en un Estado *orwelliano*, la posibilidad de ser descubierto jamás puede llegar a ser perfecta (igual a 1).

Sin embargo, el monto de la sanción no es el único factor de la fórmula sobre el que se puede trabajar para fomentar la disuasión a la infracción de la norma jurídica. La posibilidad de ser descubierto también puede incrementar si i) se otorgan mayores y mejores recursos a las entidades persecutorias para desarrollar su labor; ii) si se otorgan mayores y mejores recursos para educar a los destinatarios sobre la norma jurídica; y iii) si se fomenta y promueve la

²⁵ En este sentido es muy claro Wils: “A menos que sean detectados y castigados lo suficiente para eliminar la ganancia ilegal, las infracciones a la libre competencia son beneficiosas para la empresa, ya que aumentan las ganancias o reducen las pérdidas, o, en algunos casos de compañías de menor tamaño, impiden que la empresa tenga que despedir personal o incluso salir del negocio. En ausencia de detección y castigo, la compañía tiene, por lo tanto, un interés financiero, y en algunos casos extremos, incluso un interés existencial, en las infracciones a la libre competencia que se cometen en su nombre.” Wils, Wouter P. J. (2013). Antitrust compliance programmes and optimal antitrust enforcement. *Journal of Antitrust Enforcement*, 1(1). 52–81.

implementación de programas de cumplimiento, con efectos concretos por su implementación. En efecto, de la misma forma a como ocurre respecto del cumplimiento o incumplimiento de la norma, los agentes económicos racionales adoptarán la implementación de programas de cumplimiento en la medida que sus costos sean menores a sus beneficios. El problema radica en que medir los beneficios de la implementación de programas de cumplimiento se ha transformado en un verdadero desafío para los académicos.²⁶

²⁶ Ver Wils, Wouter P. J. (2013). *Op. Cit*; Miller, Geoffrey P. (2014). *Op. Cit*. Parker, Christine. (2006). The “Compliance” Trap: The Moral Message in Responsive Regulatory Enforcement. *Law & Society Review*, 40(3) 591-622; Parker, Christine. (2011). Criminal Cartel Sanctions and Compliance: The Gap between Rhetoric and Reality’, in *Beaton-Wells, C. y Ezrachi, A. Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement*. Hart, 239-250.

CAPÍTULO II.

DE QUÉ SE HABLA CUANDO SE HABLA DE CUMPLIMIENTO

Antes de entrar a estudiar los programas de cumplimiento de libre competencia, tanto en el derecho nacional como comparado, es necesario intentar definir el concepto mismo de cumplimiento, así como las acepciones a mi juicio equivocadas que se han hecho del mismo.

El tecnicismo cumplimiento, en lo que a la materia jurídica concierne, proviene del derecho anglosajón *–compliance–*, anglicismo que dada su exactitud técnica, se ha hecho extensivo a la lengua española. En efecto, *Oxford Dictionary* otorga sólo dos significados al término *compliance*, una de las cuales hace alusión específica al cumplimiento de normas jurídicas: *The state or fact of according with or meeting rules or standards*, cuya traducción al español es literalmente “El estado o hecho de cumplir con las normas o estándares.”²⁷ En cambio, la Real Academia de la Lengua le otorga más de 6 significados al concepto cumplimiento, diluyendo la especificidad que tiene el uso técnico de este término. Durante esta memoria se utilizarán indistintamente los términos *compliance* y programas de cumplimiento, de acuerdo a la definición que se otorga más adelante.

Ahora bien, producto del relativamente nuevo uso del término en el derecho nacional, es que se han otorgado diversas interpretaciones de estos conceptos, tanto en sede administrativa, legal y judicial, que paso a analizar en los capítulos que se encuentran a continuación.

1. Cumplimiento como medida para acreditar el cumplimiento de requisitos estipulados en la norma jurídica

El *compliance* ha sido entendido como *el acto de acreditar el cumplimiento de requisitos predefinidos en la norma*. En este sentido, los programas de cumplimiento son un medio de

²⁷ Oxford Dictionary 2018. Oxford University Press, London, revisado el 14 de diciembre de 2018. <https://en.oxforddictionaries.com/definition/compliance>

prueba, una forma de acreditar el pleno cumplimiento de las exigencias determinadas por leyes o reglamentos.

Así, en efecto, es común encontrar en diversos cuerpos normativas sectoriales reglas relativas a la comprobación o acreditación de ciertos requisitos de funcionamiento. Por ejemplo, el artículo 6° de la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios exige como requisito de admisibilidad para las ofertas en licitaciones de servicios de recolección, transporte o disposición final de residuos sólidos domiciliarios por las municipalidades, el contar con “(U)n programa de gestión de los riesgos presentes en el trabajo, el que deberá observar las disposiciones legales y demás normas que regulen estos riesgos, así como los criterios de gestión definidos en la Política Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo.” Como se ve, esta norma exige al postulante contar con un programa de cumplimiento a las disposiciones legales ya definidas en la norma, para poder participar en un mercado determinado.

Así, entendido, los programas de cumplimiento son un prerrequisito de actuación, cuyo incumplimiento genera para el destinatario de la norma la imposibilidad de operar en un sector determinado. En términos del profesor don Eugenio Velasco Letelier²⁸, los programas de compliance vienen a acreditar el cumplimiento de las normas *imperativas de requisitos* que puede disponer el legislador. Por lo tanto, utilizando el ejemplo de la Ley N° 19.886, una compañía al implementar un programa de gestión de los riesgos presentes en el trabajo, que observe las disposiciones legales y demás normas que regulen estos riesgos, estaría implementado un programa de cumplimiento.

Otro ejemplo lo provee la ya citada Ley N° 20.393 –como se verá, hoy modificada por las leyes N° 21.121 y N° 21.132–, que Sanciona la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, que permite a las compañías implementar voluntariamente Modelos de Prevención de Delitos. Ahora bien, estos modelos pueden pasar a su vez por un proceso de *certificación* ante un auditor externo, que verifica en definitiva si el modelo implementado cumple con los parámetros que exige la ley. Como se ve, nuevamente estamos en un caso en donde la ley exige

²⁸ Velasco Letelier, E. (1941). *El objeto ante la jurisprudencia*. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107146>

acreditar el cumplimiento de los requisitos que ella misma estipula, por medio de acciones que podrían entenderse como programas de cumplimiento.

Estimo que entender así a los programas de cumplimiento es un error de técnica legislativa. En efecto, la ley no debe ser quien ordene el cumplimiento de sus propias normas, sino que su cumplimiento debe provenir, en palabras de un filósofo francés, del contrato social al que todos nos hemos sometido al adscribirnos al Estado de Derecho.²⁹ Por otra parte, una norma de este estilo deviene en ineficaz, en atención a que la acreditación del cumplimiento de las normas imperativas de requisito siempre va a recaer en otra persona, ya sea un órgano administrativo o un tribunal.³⁰ En efecto, como ejemplo de esto último, toda la doctrina y jurisprudencia especializada están contestes en señalar que los programas de certificación de los Modelos de Prevención de Delitos regulados por la Ley N° 20.393 no tienen valor alguno.³¹

Por lo anterior, es que en general los países debiesen tener mucho cuidado al momento de otorgar certificaciones al cumplimiento de los requisitos de la norma.³² Brasil ha sido criticado por otorgar *certificados de compliance*, que consisten en un sello de calidad que se

²⁹ Rousseau, Jean-Jacques. (1780) *Du contrat social, ou principes du Droit politique*, Genève.

³⁰ Así, para el caso de los Modelos de Prevención de Delitos, regulados por la Ley N° 20.393, los únicos aspectos que deben acreditarse ante un tribunal son el cumplimiento de los deberes de cuidado y supervisión de la persona jurídica por los actos del dependiente, siempre y cuando dichos deberes de cuidado y supervisión provengan de la implementación de un modelo de prevención de delitos.

³¹ Ver Matus Acuña, Jean Pierre. (2017). Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 11. ISSN: 2340-4647. Señala el autor: “5°. Y, finalmente, porque el "certificado" que exime de la responsabilidad penal, en tanto es pagado, no se diferencia de las famosas "Bulas papales" a que ya hemos hecho referencia y está, por lo tanto, sujeto a las mismas críticas morales y, ahora, a las derivadas del principio de igualdad que supuestamente rige en la mayor parte de los Estados occidentales, pues no parece admisible que "ciudadanos corporativos" con mayor capital que otros, lo que les posibilita la adopción de modelos de prevención y su certificación, puedan transformarse, por ese hecho, en "buenos ciudadanos"; en tanto que otros, con menos recursos pero que cumplen rigurosamente la ley, no califiquen como tales, por no estar "certificados".”

³² En este sentido, Eva Lachnit señala: “Naturalmente, una autoridad de competencia debe ser consciente de no entregar "sellos de aprobación" de antemano, posiblemente exonerando a las compañías que han "confiado en la guía de la autoridad sobre el asunto".” Lachnit, Eva. (2014). *Compliance Programmes in Competition Law: Improving the Approach of Competition Authorities*. *Utrecht Law Review*, 10(5). En este sentido, Francia: “Por último, la autoridad francesa no "aprueba" o "certifica" los programas de cumplimiento y, por lo tanto, su función no es comentar sobre los programas de cumplimiento propuestos. Cada empresa es responsable de su propio programa de cumplimiento.” Autorité de la concurrence, República de Francia. (2012). *Antitrust compliance and compliance programmes. Corporate tools for competing safely in the marketplace*. English Version.

emite por la autoridad de competencia para señalar que el programa implementado se encuentre en línea con las directrices que señala la ley.³³

Esta forma de entender los programas de cumplimiento no es la correcta, en atención a que, como se verá, éstos deben adoptarse esencialmente en forma voluntaria, para así aprovechar al máximo los beneficios que traen aparejados, que no necesariamente están delimitados en la ley. En efecto, muchos programas de cumplimiento vigilan y sancionan prácticas que no están sancionadas en la ley.

2. Cumplimiento entendido como sanción judicial

Otra forma de entender el compliance dice relación con la posibilidad que la legislación otorga a quien dirime un conflicto, normalmente un juez, para i) ordenar la implementación de programas de cumplimiento como sanción principal; ii) como sanción accesoria; o iii) para negociar una salida alternativa al conflicto.³⁴

Por ejemplo, el artículo 506 ter del Código del Trabajo permite sustituir la multa impuesta por el Inspector del Trabajo a una micro y pequeña empresa, por su incorporación a un *programa de asistencia al cumplimiento*, en el que se acredite la corrección de las infracciones que dieron origen a la sanción. Agrega dicha norma, que dicho programa deberá implementarse con la asistencia técnica del organismo administrador de la Ley N° 16.744 – Instituto de Seguridad Laboral y mutualidades–, al que se encuentre afiliada o adherida la empresa infractora, y *deberá ser presentado para su aprobación por la Dirección del Trabajo*, debiendo mantenerse permanentemente a su disposición en los lugares de trabajo. Finalmente, dicha norma permite a la autoridad sanitaria que corresponda aplicar la misma sanción, en los casos que ella detecte la infracción.³⁵

³³ Ver International Chamber of Commerce (2011). *Promoting Antitrust Compliance: The Various Approaches of National Antitrust Authorities*. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/icc_comparative_study_en.pdf; Conselho Administrativo de Defesa Economica. (2016). *Guidelines on the structuring and benefits of adopting competition compliance programs*.

³⁴ Ver concepto de *sanctioned self-regulation* en Black, J. (1996) Constitutionalising Self-Regulation, *Modern Law Review*, 59-1.

³⁵ Asimismo, señala el inciso final de la norma citada, que “Autorizada la sustitución de la multa de conformidad a lo dispuesto precedentemente, si el empleador no cumpliera con su obligación de incorporarse en un programa

Por otra parte, en materia de derecho penal, el Juez de Garantía tiene facultades amplias al momento de determinar las condiciones a las que debe someterse el imputado al momento de acordarse una suspensión condicional del procedimiento. Así, el artículo 237 inciso séptimo del Código Procesal Penal señala: “*Al decretar la suspensión condicional del procedimiento, el juez de garantía establecerá las condiciones a las que deberá someterse el imputado, por el plazo que determine, el que no podrá ser inferior a un año ni superior a tres. (...)*.”

Como se ve, la ley no distingue ni enumera las condiciones a las que puede someterse el imputado en virtud de una suspensión condicional del procedimiento. Así, es en base a esta norma que el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, en virtud de una suspensión condicional del procedimiento, ordenó a los 10 imputados del caso *Farmacias* a asistir a un programa de capacitación sobre ética empresarial por un año.³⁶

En materia de responsabilidad penal de la persona jurídica, el artículo 25 de la Ley N° 20.393 dictamina que la suspensión condicional del procedimiento podrá decretarse siempre que no existiere una condena u otra suspensión condicional del procedimiento vigente, respecto de la persona jurídica imputada por algunos de los delitos previstos en esta ley. Ahora bien, en cuanto a las condiciones, se fija una lista de condiciones a las que puede someterse la persona jurídica, que son: i) pagar una determinada suma a beneficio fiscal; ii) prestar un determinado servicio a favor de la comunidad; iii) informar periódicamente su estado financiero a la institución que se determina; e iv) *implementar un programa para hacer efectivo el modelo de organización, administración y supervisión a que se refiere el artículo 4°*; y, v) cualquiera otra condición que resulte adecuada en consideración a las circunstancias del caso concreto y fuere propuesta, fundadamente, por el Ministerio Público.

de asistencia al cumplimiento o de asistencia a programas de capacitación, según corresponda, en el plazo de 60 días, procederá al aumento de la multa original, el que no podrá exceder de un 25% de su valor.”

³⁶ Sin embargo, como señala Muñoz León “La aprobación de la suspensión condicional fue posteriormente revocada por la Corte de Apelaciones, bajo el argumento de que ella recayó en un caso cuya pena probable excede de tres años de privación de libertad, contrariando lo establecido en materia de suspensión condicional del procedimiento por el artículo 237, letra h), del Código Procesal Penal”. Muñoz León, Fernando. (2013). ¿Se hará justicia? Una crítica a la suspensión condicional del caso “colusión de farmacias”. *Revista de Estudios de la Justicia*, 19. ISSN 0718-0853.

En base a la facultad contemplada en el citado artículo 25 literal iv), es que se condenó a una compañía de pintura³⁷, a una universidad³⁸ y a una empresa de importaciones³⁹ a implementar un Sistema de Prevención de Delitos, de acuerdo a los parámetros estipulados en la Ley N° 20.393.

Con todo, no es correcto definir a los programas de cumplimiento como sanción. De la misma forma a como ocurre en la definición anterior, esta forma de entender a los programas de cumplimiento se realiza desde una perspectiva de *imposición*, lo que debilita fuertemente su eficacia. En consecuencia, no se puede entender a los programas impuestos por tribunales de justicia como programas de cumplimiento. En principio, se podría decir que éstos son sanciones interpuestas por los tribunales de justicia, en aquellos casos como los citados anteriormente, en que la ley les faculta expresamente la posibilidad de interponer este tipo de sanción. Sin embargo, al menos en materia de libre competencia, de acuerdo a la clasificación de Domingo Valdés ya citada en el Capítulo I de este programa, la imposición de un programa de cumplimiento por parte del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no corresponde a una *sanción* sino más bien a una *medida propiamente tal*, de aquellas que regula el artículo 3° inciso primero parte segunda del Decreto Ley N° 211 “*sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso*”.

Con todo, como se verá a continuación, los programas de cumplimiento son esencialmente *medidas de autorregulación*, y comprenderlos como tal permite obtener al máximo los beneficios de su implementación.

3. Cumplimiento como conjunto de normas de autorregulación de adopción voluntaria

En lo que a este ensayo se refiere, los programas de cumplimiento son un conjunto de normas y procedimientos de adopción esencialmente voluntaria, por medio del cual se adoptan

³⁷ Tercer Juzgado de Garantía de Santiago, causa RIT N° 157-2012.

³⁸ Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, causa RIT N° 4799-2012.

³⁹ Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, causa RIT N° 477-2015.

criterios de conducta y actuación que cumplen y promueven bienes jurídicos también protegidos por el ordenamiento jurídico.

Los programas de cumplimiento no son sino más que un mecanismo de autorregulación, y como tal, el cumplimiento de sus objetivos proviene principalmente del compromiso asumido en forma voluntaria por su autor. Así lo entiende Maria Mercè Darcalluneta, destacada académica del derecho público y autorregulatorio, que señala que “*sólo estamos ante una manifestación de la autorregulación cuando, por un lado, quien se autorregula debe asumir como propios los resultados de la autorregulación y, por el otro, cuando dicha autorregulación responde a la consecución de un fin que, desde un punto de vista jurídico, debe ser alcanzado en primer término mediante la autorregulación y no mediante una regulación estatal directa*”.⁴⁰

En las definiciones estudiadas en los párrafos anteriores, los programas de cumplimiento se originaban en base a normas imperativas⁴¹ o en base a resoluciones judiciales. Dicha forma de entender los programas de cumplimiento es perjudicial, puesto que éstos son, por esencia, normas de autorregulación corporativa, sustentadas solo en el compromiso unilateral de la compañía de dar cumplimiento estricto –e incluso a veces superior– al mínimo común preestablecido en la ley. Por lo tanto, no es posible, ni debiera ser adecuado, imponer –ya sea en base a una orden judicial– la adopción de un compromiso unilateral. En efecto, en este sentido, un destacado académico ha señalado que hablar de compromiso impuesto es una *contradictio in terminis*⁴², o dicho de otros modos, un oxímoron.⁴³ Dándonos la razón, la autoridad antimonopolio de Francia define a los programas de cumplimiento como “(A)*quellos en los*

⁴⁰ Darnaculleta, María Mercè. (2005) *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 341.

⁴¹ Lo que es redundante, puesto que la ley debe cumplirse porque es precisamente ley, y no porque ésta lo ordene. Por lo tanto, es un vicio de redacción el que una norma jurídica ordene acreditar, en ciertas circunstancias, el cumplimiento de lo que ella comanda hacer o no hacer. El vicio de redacción antes individualizado genera una redundancia normativa, es decir, una orden expresa de cumplimiento a una norma que debe cumplirse precisamente en virtud de la función de imperatividad que el Estado de Derecho le ha otorgado.

⁴² Lachnit, Eva. (2014). *Op. Cit.*

⁴³ “1. m. Ret. Combinación, en una misma estructura sintáctica, de dos palabras o expresiones de significado opuesto que originan un nuevo sentido, como en un silencio atronador” Real Academia Española de la Lengua, diccionario online.

*cuales las compañías u organizaciones expresan su compromiso al cumplimiento de ciertas reglas, valores u objetivos respecto a los que están basados.*⁴⁴ (Lo destacado es mío).

Por otra parte, vemos cómo es que, respecto de las autoridades de libre competencia en Chile, se han pronunciado en forma similar a esta definición. En efecto, de acuerdo a ministros del H. Tribunal, los programas de cumplimiento sólo serán eficaces en la medida que éstos sean desarrollados *voluntariamente*. Así, por medio de un voto de minoría los Ministros del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Tomás Menchaca y María de la Luz Domper señalaron: “2. *Que, por otra parte, si bien comparten la importancia y utilidad de los programas de cumplimiento, a juicio de estos ministros su eficacia depende normalmente que éstos se desarrollen voluntariamente. En efecto, el objeto de esa clase de programas es precisamente evitar que se cometan infracciones a la libre competencia por las empresas que los implementan, las que al hacerlo deben querer evitar que, contra su voluntad, ejecutivos o empleados de las mismas cometan tales infracciones. 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;*”⁴⁵

El aspecto autorregulatorio y voluntario de los programas de cumplimiento es de extrema importancia, puesto que permite obtener los siguientes beneficios, no obtenidos en programas de cumplimiento mandados por el legislador o un tribunal:

- a) Permite a las compañías adoptar criterios de cumplimiento más estrictos a aquellos señalados en la norma jurídica;
- b) Hace más fácil acreditar en juicio la circunstancia atenuante en un caso de generación de responsabilidad; y
- c) Asigna en forma más eficiente los recursos y en consecuencia el óptimo social de disuasión.

A continuación, revisaremos estos beneficios en detalle.

⁴⁴ Autorité de la concurrence. (2012). *Op. Cit.*

⁴⁵ Ministros Tomás Menchaca Olivares y María de la Luz Domper Rodríguez en su voto de minoría de la Sentencia N° 148/2015, H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

a) Adopción de criterios de cumplimiento más estrictos a aquellos estipulados en la ley

Entender a los programas de cumplimiento como medidas de autorregulación permite comprender la *función complementaria* que éstos cumplen. En efecto, los programas de cumplimiento ayudan en la función de *enforcement* público, permitiendo aumentar, como ya se vio, la posibilidad de detectar conductas ilícitas dentro de una organización empresarial.

Pero el aspecto complementario de los mismos no se reduce a la entrega de recursos e información a la autoridad, sino que se vislumbra también en la posibilidad de éstos de cubrir mayores actuaciones de riesgo que aquellas definidas en la ley o en la resolución judicial que exige su implementación.

Así, por ejemplo, en su versión original, la Ley N° 20.393 tipificó únicamente cuatro conductas que daban origen a responsabilidad penal en las personas jurídicas –lavado de activos, financiamiento del terrorismo, cohecho a funcionario público nacional y funcionario público extranjero–. Hoy, como consecuencia de la dictación de las leyes N° 21.121 y 21.132, la cobertura alcanza hoy 14 tipos penales, tipificados tanto en el Código Penal como leyes especiales.⁴⁶ Sin embargo, en el derecho comparado se ha llegado a calificar como eventuales delitos de la persona jurídica más de 22 conductas.⁴⁷

Un programa autorregulatorio, adoptado en base a estándares internacionales, permite cubrir todas las conductas no expresamente tipificadas en la ley. Un programa de cumplimiento

⁴⁶ En particular, la Ley General de Pesca y Acuicultura y la ley N° 19.913 que creó la Unidad de Análisis Financiero.

⁴⁷ En España, por ejemplo, las personas jurídicas son sancionables por trata de seres humanos, tráfico ilegal de órganos humanos, delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores, descubrimiento y revelación de secretos, estafa, insolvencias punibles, daños informáticos, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, blanqueo de capitales, delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social, tráfico ilegal de personas, delitos contra la ordenación del territorio, delitos contra los recursos naturales y el medioambiente, establecimiento de depósitos vertederos tóxicos, delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes, delitos de riesgo provocados por explosivos, delitos contra la salud pública, tráfico de drogas, falsificación de tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje, cohecho, tráfico de influencias, corrupción en las transacciones comerciales internacionales, financiamiento del terrorismo, contrabando, entre otros.

mandatado por la ley o por resolución judicial, como aquellos que está ordenando el H. Tribunal en sus últimas resoluciones⁴⁸, no otorga incentivos para cubrir otros riesgos.

b) Acreditación más fácil de circunstancia atenuante en sede judicial

Por otra parte, no es correcto entender a los programas de cumplimiento como medidas sustitutivas o complementarias de la pena. Así hacerlo implicaría tener que eventualmente resolver sobre la honesta y efectiva aplicación de los mismos, materia que por supuesto es compleja, en atención a que fueron implementados no por decisión voluntaria, sino que por orden de la ley o el tribunal. Esta materia aún es más difícil de resolver en aquellos casos en que la implementación del programa de cumplimiento se produce producto de un acuerdo para poner término a un procedimiento, en que no se reconoce expresamente la comisión de un delito (v.gr. suspensión condicional del procedimiento, medidas preventivas del artículo 3° Decreto Ley N° 211).

Por el contrario, una implementación voluntaria de estos programas de cumplimiento permite acreditar en forma más fácil su eficaz y honesta ejecución.

c) Asignación eficiente de recursos y el óptimo de disuasión

Finalmente, es importante entender que los programas de cumplimiento son esencialmente autorregulatorios porque no son sino las compañías las que conocen de primera fuente los riesgos y desafíos que ellas mismas enfrentan, así como la exposición y tamaño de los mismos.⁴⁹ Así, por ejemplo, ordenar programas de cumplimiento para situaciones de riesgo insignificante sería un despropósito social, puesto que no haría sino elevar los precios de los bienes y servicios ofrecidos a los consumidores, por tratar de cubrir estos riesgos de menor tamaño. Caer en el exitismo de la sobreregulación del programa de cumplimiento, por parte de la ley o de la resolución judicial, sería no entender que los mecanismos de infracción a la norma

⁴⁸ Ver Sentencias N° 160/2017 y 165/2018 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

⁴⁹ En este sentido, la Comisión Europea ha señalado: “En efecto, las compañías conocen como nadie las exigencias de su propia estrategia de compliance.” Traducción libre del inglés. European Commission Competition (2011). *Compliance matters. What companies can do better to respect EU competition rules.*

jurídica cambian con el tiempo, no otorgando en consecuencia la debida flexibilidad al programa de cumplimiento para detectar y prevenir estas conductas.

Este nivel de autoentendimiento –y compromiso– de las compañías incide en lo que algunos autores denominan como *óptimo de disuasión*. Como se dijo antes, los programas de cumplimiento ayudan a equilibrar el óptimo de disuasión, aumentando el riesgo de detección de incumplimiento a la norma jurídica. Ahora bien, llevado al extremo, una cantidad exagerada de normas y procedimientos de cumplimiento podría impactar negativamente en los precios de los consumidores y la inversión, desequilibrando el punto óptimo social de disuasión. En cambio, programas de cumplimiento voluntarios y bien planeados, permiten a un costo razonable aumentar el riesgo de detección de conductas ilícitas, mejorando en consecuencia el bienestar social general.

CAPÍTULO III.

REGULACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO DE LIBRE COMPETENCIA EN EL DERECHO COMPARADO

Antes de estudiar la aplicación, beneficios y efectos de la aplicación de Programas de Compliance en el ordenamiento jurídico nacional, resulta importante estudiar cuál es el tratamiento que se otorga a los mismos, en lo que respecta al derecho de la libre competencia, en el derecho comparado.

Como se revisará a continuación, es una tendencia clara y reciente que las autoridades antimonopolio promueven la adopción e implementación de Programas de Cumplimiento, asignándole incluso en algunos casos efectos concretos a la hora de determinar la cuantía de la pena por un tribunal.

1. Estados Unidos de América

En Estados Unidos, una agencia independiente del poder judicial tiene la misión de establecer directrices claras para las sentencias que declaren la comisión de crímenes y otro tipo de delitos graves –incluyendo aquellos tipificados en la sección 1 de la Sherman Act⁵⁰–, con tal de fomentar los principios de disuasión, castigo justo y rehabilitación, entre otros.⁵¹ Esta agencia, cuyos orígenes se remontan a 1984, se denomina *United States Sentencing Commission*, y una vez año publica una Guía (“*Guidelines Manual*”) que, si bien no es vinculante para los jueces que conocen y resuelven sobre estos delitos, les sirve de guía para establecer sanciones

⁵⁰ 5 U.S.C. §§ 1-38. Code Chapter 1 - *Monopolies and combinations in restraint of trade*.

⁵¹ Como señala el capítulo introductorio de las *Guidelines Manual* “La *Sentencing Reform Act* de 1984 (Título II de la *Comprehensive Crime Control Act* de 1984) ordena el desarrollo de directrices que fomentarán los propósitos básicos de los castigos penales: *la disuasión*, la incapacidad, el castigo justo y la rehabilitación. La Ley delega una amplia autoridad a la Comisión para revisar y racionalizar el proceso de sentencia federal.” *United States Sentencing Commission, Guidelines Manual*, §1A1.2 (Nov. 2018)

uniformes.⁵² La última Pautas elaboradas por la USSC entraron en vigencia el 1 de noviembre de 2018⁵³.

Por medio del *Guidelines Manual*, se establece un sistema de asignación de penas y sanciones en base a un puntaje de culpabilidad “*culpability score*”. De este modo, para el caso de las organizaciones, se les asigna una determinada puntuación (5 puntos), a la que se le van puntos en la medida que se verifique el cumplimiento de ciertas circunstancias que podríamos denominar agravantes.⁵⁴ Con el puntaje final, se asigna una pena delimitada y predefinida con precisión.

Ahora bien, en lo que a esta memoria interesa, la *Guidelines Manual* indica expresamente que, si una organización ha implementado un programa efectivo de ética y cumplimiento, se descontarán 3 puntos de la asignación general de puntaje de culpabilidad.

En el mismo documento se describe qué es lo que se entiende por “*programa efectivo de ética y cumplimiento*”: i) uno donde se ejercite la debida diligencia «*due diligence*» para prevenir y detectar conducta criminal; y ii) en el caso contrario, uno que promueva una cultura organizacional que fomente una conducta ética y un compromiso de cumplimiento con la ley.⁵⁵

⁵² Ver Bushway, Shawn D., Owens, Emily G. y Morrison Piehl, Anne. (2012). Sentencing guidelines and judicial discretion: quasi-experimental evidence from human calculation errors. *National Bureau of Economic Research*, 9(2) 291-319.

⁵³ United States Sentencing Commission. (2018). *Guidelines Manual*. Disponible en <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf>

⁵⁴ Así, por ejemplo, si se estima que la conducta fue realizada por un alto ejecutivo de la organización, se agrega puntaje a la calificación general. También se mide el tamaño de la compañía, la conducta anterior, el incumplimiento a una sentencia judicial, obstrucción a la justicia, etc.

⁵⁵ United States Sentencing Commission. (2018). *Guidelines Manual*, §8B2.1. Effective Compliance and Ethics Program. A continuación, el *Guidelines Manual* sigue otorgando criterios para señalar qué es lo que entiende por “debida diligencia” y “promoción de una cultura organizacional que fomente una conducta ética y un compromiso de cumplimiento con la ley”: “(1) La organización debe establecer estándares y procedimientos para prevenir y detectar conductas delictivas. (2) (A) La autoridad gobernante de la organización deberá conocer el contenido y operación del programa de ética y cumplimiento y deberá ejercer un nivel razonable de supervisión con respecto a la implementación y eficacia del programa de ética y cumplimiento. (B) La alta administración de la organización deberá asegurar que la organización tiene un programa de ética y cumplimiento efectivo, tal como se describe en esta guía. (C) Se les delegará la responsabilidad de ejecutar el Programa de ética y cumplimiento en el día a día a individuos específicos dentro de la organización. Estos individuos con el deber deberán reportar periódicamente a la alta administración y, de ser apropiado, a la autoridad gobernante, o a un sub grupo apropiado de la autoridad gobernante, respecto de la efectividad del programa de ética y cumplimiento. Para llevar a cabo dichas tareas y responsabilidad, se le deberá otorgar al(los) individuo(s) los recursos adecuados, autoridad apropiada, y acceso directo a la autoridad gobernante o a un sub grupo apropiado de la autoridad gobernante. (3) La organización deberá

Agrega la comisión: “Dicho programa de ética y compliance deberá ser razonablemente diseñado, implementado e impuesto para que sea por regla general efectivo en prevenir y detectar conducta criminal. El fracaso en prevenir o detectar una ofensa criminal al instante no significa necesariamente que el programa no sea por regla general efectivo en prevenir y detectar conducta criminal.”⁵⁶

Con todo, no se descontará dicho puntaje si es que, después de conocer la ofensa por medio del programa de compliance, la organización deliberadamente demoró en denunciarla a las autoridades pertinentes. Tampoco se otorgará el beneficio si es que el ejecutivo involucrado pertenecía a la alta administración, entre otras circunstancias.⁵⁷

2. Canadá

Siguiendo en Norteamérica, La autoridad antimonopolio de Canadá –*Competition Bureau* o *Bureau de la concurrence*– emitió un documento que define y promueve la implementación de programas corporativos de cumplimiento bajo el territorio canadiense. El

realizar esfuerzos razonables para no incluir dentro del personal con autoridad sustancial, ningún individuo que la compañía conozca, o deba conocer producto de un ejercicio de debida diligencia, que haya participado en actividades ilegales u otra conducta no consistente con un programa de ética y cumplimiento efectivo. (4) (A) La organización deberá tomar los pasos adecuados para comunicar periódicamente y en una forma práctica sus procedimientos y estándares, y otros aspectos del programa de ética y cumplimiento, a los individuos referidos en el sub párrafo (B) llevando a cabo programas de capacitación efectivos y, de otro modo, difundiendo información apropiada para los respectivos roles y responsabilidades de dichos individuos. (5) La organización deberá tomar medidas razonables (A) para garantizar que se cumpla con el programa de ética y cumplimiento de la organización, incluido el monitoreo y la auditoría para detectar conductas delictivas; (B) evaluar periódicamente la efectividad del programa de ética y cumplimiento de la organización; y (C) tener y divulgar un sistema, que puede incluir mecanismos que permitan el anonimato o la confidencialidad, mediante los cuales los empleados y agentes de la organización pueden informar o buscar orientación con respecto a una conducta criminal sin temor a represalias. (6) El programa de ética y cumplimiento de la organización debe ser promovido y aplicado de manera consistente en toda la organización a través de (A) incentivos apropiados para realizar de acuerdo con el programa de ética y cumplimiento; y (B) medidas disciplinarias apropiadas por participar en una conducta criminal y por no tomar medidas razonables para prevenir o detectar una conducta criminal. (7) Después de que se haya detectado una conducta delictiva, la organización tomará medidas razonables para responder adecuadamente a la conducta delictiva y para prevenir otras conductas delictivas similares, incluida la realización de las modificaciones necesarias al programa de ética y cumplimiento de la organización.”

⁵⁶ *Íd.*

⁵⁷ United States Sentencing Commission. (2018). Guidelines Manual, §8C2.5. Culpability Score.

documento, de junio de 2015, fija claramente el valor que se les asigna a los programas de cumplimiento *efectiva y honestamente* implementados.⁵⁸

Así, en este documento señala expresamente que la implementación de un programa de cumplimiento no exime en ningún caso a las personas naturales o jurídicas de ser enjuiciadas por la Competition Bureau o por el órgano de persecución de delitos federales «*Public Prosecution Service of Canada*». Sin embargo, agrega, en aquellos casos en que se haya implementado un programa “creíble y efectivo” de cumplimiento, éste *podrá* ser considerado por la Competition Bureau al momento de determinar: i) cómo proceder contra las compañías y al momento de realizar recomendaciones a la Public Prosecution Service of Canada, incluyendo aquellas recomendaciones relativas a la multa que debe imponerse; o ii) la magnitud de los remedios y condiciones a imponerse respecto de asuntos que no sean propios de una operación de concentración.⁵⁹

Agrega la autoridad antimonopolio, que se entenderá que un programa de compliance es creíble y efectivo cuando la compañía pueda demostrar que fue razonablemente diseñado, implementado y ejecutado. Señala eso sí, que la carga de probar esto recaerá siempre en la compañía bajo investigación.

Ahora bien, de forma similar a cómo ocurre en el caso de las *Guidelines Manual* de Estados Unidos, la Competition Bureau de Canadá señala que podrá ser considerado como un factor agravante aquellos casos en que se infringe deliberadamente la ley de libre competencia, a pesar de la existencia de un programa de cumplimiento.⁶⁰

Por el contrario, si la compañía demuestra que ejerció la diligencia debida para evitar la comisión del delito o la infracción, y que en consecuencia la alta administración actuó sola y ocultando su conducta de otros en la compañía, no se considerará como factor agravante.⁶¹

⁵⁸ Competition Bureau (Canada) (2015). *Corporate Compliance Programs*. ISBN 978-0-660-02446-2.

⁵⁹ Competition Bureau (Canada) (2015). *Op. Cit.* §3.1.

⁶⁰ “In addition to the Bureau pursuing both the company and the individuals, knowingly contravening the law despite the existence of a program may be considered an aggravating factor.” Competition Bureau (Canada) (2015). *Op. Cit.* §3.2.5.

⁶¹ Competition Bureau (Canada) (2015). *Op. Cit.* §3.2.5.

3. Unión Europea

A nivel comunitario, la Unión Europea trata en forma muy distinta los programas de cumplimiento de libre competencia en comparación con sus pares norteamericanos.

En efecto, la Comisión Europea de Competencia (“*EU Commission*”) ha dejado muy en claro que la mera existencia de un programa de cumplimiento no va a ser considerado como una circunstancia atenuante, ni como un argumento válido para justificar una reducción en el monto de la multa. Asimismo, agrega, que de la misma forma, no será considerado como una circunstancia agravante si existiendo un programa de cumplimiento, éste no ha cumplido con su objetivo de detectar la conducta ilícita. En este aspecto señala, que la sanción va a venir en la forma de la multa impuesta.⁶²

La EU Commission considera, en este sentido, que sin atender a si fue el programa de cumplimiento quien detectó la actividad ilegal, el mero hecho de que se haya producido esta actividad ilegal implica que el programa de cumplimiento falló. Así, una ex máxima autoridad de la EU Commission señaló en una oportunidad “*A quienes nos piden que reduzcamos nuestras multas cuando las empresas tienen un programa de cumplimiento, les digo esto: si estamos discutiendo una multa, entonces usted ha estado involucrado en un cartel; ¿Por lo tanto por qué debería recompensar un programa de cumplimiento que ha fallado?*”⁶³

En este sentido, Jalabert y otros señalan: “*La postura de la Comisión Europea sobre el tema fue clara: las rigurosas políticas de cumplimiento de la ley de competencia deberían formar parte del orden normal y, por lo tanto, no ofrecería a los infractores recompensa alguna por el mero hecho de tener implementadas tales medidas.*”⁶⁴

⁶² European Commission Competition (2011). *Op. Cit.* págs. 20 y 21.

⁶³ Traducción libre del inglés. Almunia, Joaquin. Vicepresidente de la Comisión Europea responsable para la Política de Competencia. Discurso otorgado ante la BusinessEurope & US Chamber of Commerce. Competition conference, Speech/10/586. Bruselas, 25 de octubre de 2010. Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-586_en.htm?locale=en.

⁶⁴ Jalabert-Doury, Nathalie; Harrison, David y Schmidt, Jens-Peter (2015). Enforcer’s Consideration of Compliance Programs in Europe: A Long and Winding—but Increasingly Interesting—Road. *CPI Antitrust Chronicle*, 2.

Lo anterior no obsta a que la EU Commission igualmente de le bienvenida a la implementación de programas de cumplimiento, indicando entre sus beneficios i) el alto costo de infringir la norma de libre competencia; ii) atraer mejor talento a la compañía; y, iii) elevar la sensación de satisfacción laboral entre los empleados.

4. Reino Unido

La extinta *Office of Fair Trading* –cuya continuadora legal en materias de libre competencia es la *Competition and Markets Authority* (“CMA”)– en 2011 publicó en forma oficial cuáles son los criterios que adopta en el caso de enfrentarse a compañías que han infringido la libre competencia, mas implementaron en forma previa un programa de cumplimiento honesto y eficaz.⁶⁵

Así, la OFT –actual CMA– señaló que una *cultura de cumplimiento eficaz*⁶⁶ a la ley de libre competencia *puede* lograr una reducción de hasta el 10% en el monto de la multa impuesta por la autoridad, en todo caso, señala, “*de acuerdo a las circunstancias*”. Por circunstancias, la OFT señaló que se configurará el beneficio si es que la compañía ha tomado “pasos adecuados” con respecto a implementar una cultura de cumplimiento que i) logre un compromiso claro y no ambiguo respecto al cumplimiento de la ley de libre competencia; ii) en la que se identifiquen los riesgos de la compañía; iii) en que se analicen dichos riesgos identificados, iv) se mitiguen dichos riesgos identificados y analizados, y v) se realice una evaluación periódica de los mismos.⁶⁷ En todo caso, señala esta autoridad, “*cada caso será evaluado en su propio mérito.*”⁶⁸

⁶⁵ Office of Fair Trading. (2011). *How your business can achieve compliance with competition law. Guidance.* OFT1341.

⁶⁶ Nótese cómo es que la OFT prefirió usar en este documento la acepción *cultura de cumplimiento* por sobre la de *programa de cumplimiento*. Así entendido, hay entre ellos una relación de género a especie: un programa de cumplimiento es una de las medidas que se pueden imponer por medio de una cultura de cumplimiento corporativa. Por lo tanto, en sentido estricto, un programa de cumplimiento eficaz en sí mismo no es suficiente para lograr los beneficios que indica la OFT.

⁶⁷ Office of Fair Trading. (2011). *Op. Cit.* Pág. 31.

⁶⁸ *Íd.*

5. Francia

La autoridad antimonopolio francesa –*Autorité de la Concurrence*–, a diferencia de lo que ocurre con la EU Commission, señala que sí podrá considerar la implementación de programas de cumplimiento para efectos de reducir una multa impuesta a una compañía. Con todo, esta autoridad es muy específica al momento de señalar los casos en que esta reducción de multa puede operar:

- Si se detectó una conducta colusiva por medio de un programa de cumplimiento, la autoridad entiende que se debe solicitar el beneficio de la delación compensada tan rápido como sea posible, motivo por el cual podrá beneficiarse de las reducciones o eximiciones de multas propias de dicho sistema;
- Si la compañía se da cuenta que no puede postular al beneficio de la delación compensada, la autoridad entiende que igualmente es obligación de esta compañía detener inmediatamente su conducta ilícita, detención que si logra probar ante la *Autorité de la Concurrence*, antes de que ésta realice cualquier investigación sobre los mismos hechos, *podrá* ser considerada como una circunstancia atenuante en el evento que se imponga una multa;
- Si la *Autorité de la Concurrence* acusa formalmente a una compañía, ésta renuncia a su derecho a objetar la acusación, y se compromete a someterse a un programa de cumplimiento, la autoridad *reducirá* la multa impuesta en hasta un 10%, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos relacionados al compromiso válido, creíble y verificable de la compañía para implementarlo.

6. Italia

En septiembre de 2018, la autoridad italiana de libre competencia «*Autorità Garante della Concorrenza*» publicó las *Guidelines on Antitrust Compliance*, que como su nombre indica, promueve la adopción de programas de cumplimiento, y a su vez señala cuáles son las

directrices que adopta la autoridad para evaluar la existencia de programas de cumplimiento en los sujetos regulados.⁶⁹

La autoridad italiana es muy clara en señalar que:

- La adopción de un programa de cumplimiento efectivo y adecuado, antes de iniciada la investigación de la Autoridad, pueden generar una reducción en el monto de la multa de hasta un 15%;
- No se podrá reducir en un más de 5% el monto de la multa respecto a aquellos programas de cumplimiento efectivamente implementados que se hayan adoptado después de una investigación de la autoridad⁷⁰;
- Que en aquellos en que la Autoridad estimó que el programa de cumplimiento era manifiestamente inadecuado, se puede reducir en hasta un 5% el monto de la multa si es que la compañía demuestra el haber introducido cambios sustanciales a su programa de cumplimiento, una vez iniciada la investigación.

Finalmente, la Autoridad antimonopolio italiana señala que los programas de cumplimiento podrán ser considerados como circunstancias agravantes, si es que fueron utilizados expresamente para facilitar u ocultar la actitud ilícita.⁷¹

7. Singapur

La autoridad antimonopolio de Singapur –*Competition Commission of Singapore*– señala que entenderá como circunstancia atenuante al monto de la multa el hecho de que la

⁶⁹ Autorità Garante della Concorrenza, República de Italia. (2018). *Guidelines on Antitrust Compliance*. English Version.

⁷⁰ En este aspecto, agrega la autoridad: “La cuantificación de la mitigación es proporcional a la integridad y calidad del programa presentado (idoneidad), pero también a la mayor o menor posibilidad de que la Autoridad verifique la implementación efectiva, concreta y continua del programa.” Autorità Garante della Concorrenza. (2018). *Op. Cit.*

⁷¹ En este mismo sentido, Menchaca y Domper, en sus votos de minoría en la Sentencia N° 148/2015, y en el exclusivo caso de la Ministra Domper, Resolución N° 51/2018.

compañía haya tomado pasos concretos para lograr el cumplimiento de las leyes antimonopolio, como, por ejemplo, por medio de la implementación de un programa de cumplimiento.⁷²

Agrega esta autoridad, que con respecto al *quantum* mismo de la pena, en la medida que exista un programa de cumplimiento, esta se atenuará tomando como consideración: i) los procedimientos y políticas apropiadas en curso; ii) la efectividad del programa implementado; iii) el apoyo y supervisión de la alta administración; iv) la existencia de entrenamiento activo y vigente para los empleados de todos los niveles que puedan estar involucrados en actividades cubiertas por la normativa de libre competencia; y, v) si el programa ha sido evaluado y auditado en forma periódica.

8. Otros países

Países como Alemania y España no consideran en caso alguno la implementación efectiva y honesta de programas de cumplimiento, al momento de fijar el monto de la multa por la comisión de actos contra la libre competencia.⁷³ Sin embargo, en el caso alemán, se ha dejado claro que un programa de cumplimiento riguroso puede evitar la imposición de multas a los gerentes de las compañías si es que no infringieron sus deberes de supervisión.⁷⁴

⁷² Traducción libre del inglés. Competition Commission of Singapore. (2016). *Guidelines on the Appropriate Amount of Penalty in Competition Cases*.

⁷³ Ver Deutsches Institut für Compliance. (2017). *Antitrust Compliance. Part 1: Cornerstones for effective compliance programmes*; Parcu, Pier Luigi y Stasi, Maria Luisa. (2016). *Antitrust Compliance Programs in Europe: Status Quo and Challes Ahead. Launch Workshop ENTrANCE for Executives*, European University Institute, San Domenico di Fiesole, Florence. Jalabert-Doury, Nathalie; Harrison, David y Schmidt, Jens-Peter (2015). *Op. Cit.*

⁷⁴ Jalabert-Doury, Nathalie; Harrison, David y Schmidt, Jens-Peter (2015). *Op. Cit.* Págs. 7 y 8.

CAPÍTULO IV.

EFFECTOS DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO DE LIBRE COMPETENCIA FRENTE AL DERECHO NACIONAL

1. El reconocimiento del derecho chileno a las normas de autorregulación

En primer lugar, resulta esencial preguntarse, si el ordenamiento jurídico chileno en alguna sus normas, *regula la autorregulación*.⁷⁵

Resolver esta incógnita –que parece redundante– es esencial si es que queremos estudiar el alcance y efecto de los programas de cumplimiento, en atención a que entre éstos existe una relación de género a especie, pues los segundos no son sino una de las formas que puede adoptar la autorregulación. En efecto, como se estudió con anterioridad, una correcta forma de definir a los programas de cumplimiento es aquella que los percibe como un conjunto de normas y procedimientos de adopción esencialmente *voluntaria*, con el objetivo de coincidir en la protección y promoción de bienes jurídicos resguardados por la ley.

Si bien el tratamiento legal de la autorregulación no es orgánico –no existiendo tampoco argumentos para que así sea– en algunos casos que se estudiarán a continuación, el ordenamiento jurídico ha ordenado o reconocido expresamente algunos efectos a la

⁷⁵ Respecto a este silogismo, un destacado autor señala: “La expresión autorregulación regulada alude a una circunstancia que se deriva de lo expuesto en la sección anterior. Me refiero a que las estructuras de autorregulación suelen estar condicionadas externamente por los poderes públicos, lo cual obliga a tomar en consideración las relaciones entre la autorregulación y la intervención pública dirigida a posibilitar, fomentar y condicionar su desarrollo. Una vez dicho esto, conviene precisar inmediatamente que la expresión autorregulación regulada padece la misma polisemia que caracteriza al primero de los términos que la integran. En efecto, esta noción surge en Alemania para hacer referencia a la interacción entre la autorregulación social, entendida en el sentido estricto antes aludido, y la regulación pública dirigida a proporcionar a aquélla un marco característico, de manera que no alcanzaría a cubrir las normas jurídicas estatales que configuran la delegación de funciones públicas a individuos o corporaciones de base privada. Así definida, la autorregulación regulada comprende aquellas constelaciones de interrelación entre lo público y lo privado en las que la actividad de autorregulación se mantiene dentro de los límites propios del ejercicio de la libertad privada y que no llega, por tanto, a implicar el ejercicio de potestades públicas. Sin embargo, el concepto de autorregulación regulada puede ser empleado, en una acepción genérica, para hacer referencia a todas las manifestaciones de la autorregulación en sentido amplio que son objeto de algún tipo de regulación o intervención pública.” Arroyo Jiménez, Luis. (2015). Introducción a la autorregulación. En: Arroyo Jiménez, Luis y Nieto Marín, Adán (Directores). *Autorregulación y Sanciones*. Madrid, Thomson Reuters.

implementación de medidas autorregulatorias, ya sea otorgándole efectos concretos y cuantificables, como dejando al juez resolver su imposición y/o valoración.

Ahora bien, antes de estudiar esta pregunta, es necesario señalar que la autorregulación es un concepto que puede afrontar numerosos desafíos en el sistema jurídico. En efecto, como señala Arroyo Jiménez, *la noción de autorregulación se emplea para aludir a experiencias sectoriales muy numerosas y poco homogéneas*.⁷⁶ Así, en la práctica, es posible encontrar medidas autorregulatorias que emanan tanto desde el sector público como del sector privado, y que buscan a su vez enfrentar desafíos para el correcto ejercicio en los órganos de la Administración del Estado, como para el correcto ejercicio de particulares entre sí mismos o en sus relaciones con la autoridad. La siguiente tabla ejemplifica casos de normas autorregulatorias para cada una de dichas situaciones:

	Sector público	Particulares
Sector Público	Fiscalía Nacional Económica. (2011) <i>Guía sobre Compras Públicas y Libre Competencia</i> .	Sistemas de Prevención de Delitos definidos en la Ley 20.393
Particulares	Fiscalía Nacional Económica (2011). <i>Asociaciones Gremiales y Libre Competencia</i> .	Consejo de Autorregulación y Ética Publicitaria

Así, se puede apreciar cómo es que un órgano de la Administración del Estado, como lo es la Fiscalía Nacional Económica, ha publicado material autorregulatorio para intentar conducir el comportamiento de otros órganos de la Administración del Estado, por medio de su Guía sobre Compras Públicas y Libre Competencia. A su vez, la Fiscalía ha redactado guías que

⁷⁶ Arroyo Jiménez, Luis. (2015). *Op. Cit.* Agrega el autor: “Así, por ejemplo, los reglamentos internos de conducta de las sociedades cotizadas, los códigos de autocontrol adoptados por los anunciantes, los sistemas de normalización industrial o las certificaciones de conformidad son manifestaciones particulares de la categoría a las que nos referimos que permiten ilustrar la diversidad de realidad y de regímenes jurídicos cubiertos por el concepto.”

otorgan principios y criterios de actuación para particulares, como lo es su Guía sobre Asociaciones Gremiales y Libre Competencia. Por otra parte, también existen instancias que definen normas y conductas autorregulatorias que implementadas por particulares en sus relaciones con las autoridades –Sistemas de Prevención de Delitos tales como el cohecho a funcionario público nacional y extranjero– y entre particulares –códigos de ética de actuación en asociaciones gremiales de publicidad, seguros⁷⁷, etc.–.⁷⁸

Las siguientes son argumentos esbozados por la doctrina para otorgar validez y reconocimiento jurídico a dichas implementaciones autorregulatorias:

a) Reconocimiento del ordenamiento jurídico a la autorregulación del sector público

En la práctica académica del derecho es conocido el adagio que indica *en Derecho público solo es posible hacer aquello expresamente permitido*. Este proverbio jurídico, enseñado desde la primigenia enseñanza del derecho a los estudiantes, mas no exento de críticas⁷⁹, es una materialización palpable del denominado *principio de legalidad*, consagrado en el artículo 7º de la Constitución: “*Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna Magistratura, ninguna persona ni grupo de personas puede atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.*”

En vistas de este principio, a primera vista resulta difícil aceptar la posibilidad, validez y consecuente eficacia de un eventual ejercicio autorregulatorio en órganos del sector público, sin perjuicio de i) la autonomía constitucional de la que gozan algunas instituciones del Estado;

⁷⁷ Consejo de Autorregulación de las Compañías de Seguros.

⁷⁸ Para un análisis más detallado sobre el concepto mismo de autorregulación ver Arroyo Jiménez, Luis. (2015). Introducción a la autorregulación. *Op. Cit.*

⁷⁹ Vergara Blanco, Alejandro. (2010). La summa divisio iuris público/privado de las disciplinas jurídicas. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 17(1). 115-128. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532010000100005>.

y, ii) las potestades discrecionales que el legislador ha querido otorgar en ciertos casos a órganos de la Administración del Estado.

Con todo, la Administración del Estado también se encuentra obligada por ley a cumplir con ciertos criterios y principios de actuación que podrían permitir el ejercicio de potestades autorregulatorias –siempre y cuando éstas no versen sobre materias que la Constitución indica ser materia de ley–. En efecto el inciso segundo del artículo 3º de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (“LOCBGAE”), señala que *“La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, **eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica, en conformidad con la Constitución Política y las leyes.**”* (lo destacado es mío). Otras normas de la citada LOCBGAE ahondan en estos principios.⁸⁰

Así, podría sostenerse que estos principios, que rigen la actuación de todos los órganos de la Administración del Estado, pueden materializarse en la dictación de programas de autorregulación que fomenten la eficiencia, eficacia, control, probidad y transparencia en estos organismos. Así, por ejemplo, en virtud del principio de control los órganos del Estado pueden adoptar programas que permitan verificar el adecuado respeto y cumplimiento de lo que ya está decidido en la norma. Así, se ha señalado que: *“(E)l control de la administración del Estado ha sido de antiguo una función reconocidamente dependiente de la dirección, en cuanto no es una actividad que tenga existencia por sí misma. Consistiendo en una labor de revisión, de una*

⁸⁰ Así, el artículo 53 de la citada ley indica “El interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz. Se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley.” (lo destacado es mío). El artículo 10 por su parte, señala: “Art. 10.- Las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia. Este control se extenderá tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones.”

*verificación de si lo actuado se corresponde con lo decidido, que se especifica en una tarea verificadora de lo efectivamente hecho para determinar si se corresponde a lo previamente determinado por la autoridad competente, y en qué medida, al control corresponde poner de relieve los aciertos, omisiones o desviaciones en que hubieren incurrido las unidades operativas encargadas de realizar esas determinaciones emanadas de los centros u órganos de decisión administrativa, reviviendo ese eterno proceso del pensar, hacer y revisar.”*⁸¹ Asimismo, en virtud del principio de transparencia, los organismos del Estado pueden adoptar disposiciones de transparencia que vayan más allá de lo dispuesto en la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, etc. Citando la LOCBGAE, la Fiscalía Nacional Económica dictó un Código de Ética para sus funcionarios.⁸²

b) Reconocimiento del ordenamiento jurídico a la autorregulación de particulares

A diferencia de lo que ocurre en materia del sector público, la facultad autorregulatoria de los particulares es un derecho esencial que no requiere en principio ser sancionado por ninguna esfera del Estado para ser eficaz. En efecto, la facultad de autorregulación de los particulares no es sino una manifestación de la garantía constitucional de asociación (artículo 19 N° 15) la que viene a su vez amparada por el artículo 1° de dicho cuerpo legal, al señalar que *el Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos*, así como por el mismo artículo 3° de la LOCBGAE, al señalar en su parte final *“La Administración del Estado (...) garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica, en conformidad con la Constitución Política y las*

⁸¹ Pantoja Bauzá, Rolando. (2005). El control de la Administración Pública en Chile. Desde un control causal de objeto formalizado a un control plural de objeto sustantivo. En: López Olvera, Miguel y Cienfuegos Salgado, David (Coordinadores). *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho administrativo*. Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México.

⁸² Fiscalía Nacional Económica. (2017). *Código de Ética*.

leyes.”⁸³ Desde el derecho privado, la autorregulación de particulares se justifica bajo el adagio en *Derecho privado es posible hacer todo salvo lo expresamente prohibido*.

Sin perjuicio de lo anterior, dada su peculiar conveniencia y aporte al sistema jurídico general, el legislador ha querido en algunos casos reconocer y sancionar expresamente programas autorregulatorios de particulares. Esto último ha ocurrido en cada vez mayor medida, como se pasa a ver a continuación:

1. Ley 21.000 que Crea la Comisión para el Mercado Financiero

En febrero de 2017, se publicó la Ley N° 21.000, que entre otros aspectos, reemplazó la Superintendencia de Valores y Seguros por una Comisión para el Mercado Financiero (“CMF”). Esta ley impuso la obligación a los intermediarios de valores de oferta pública, bolsas de valores, bolsas de productos, administradoras generales de fondos y administradoras de carteras individuales fiscalizadas por la CMF, de autorregularse con la finalidad de implementar buenas prácticas en materia de gobierno corporativo, ética empresarial, transparencia y competencia leal entre los distintos actores del mercado.

Para cumplir el objetivo antes señalado, la Ley N° 21.000 permite elegir a sus destinatarios el adscribirse a un organismo creado para estos efectos denominado Comité de Autorregulación Financiera, o imponerse autónomamente normas de autorregulación.

Señala la Ley 21.000, que el Comité dictará las normas necesarias para cumplir con sus objetivos, especialmente en materias de gobierno corporativo, ética empresarial, transparencia e información a los inversionistas, y competencia leal entre los distintos actores del mercado. Asimismo, la ley faculta al Comité para supervisar y sancionar las conductas desarrolladas por sus miembros, siempre bajo un procedimiento que garantice un justo racional procedimiento a sus intervinientes. Sin embargo, el Comité de Autorregulación Financiera se encuentra siempre adscrito a la supervigilancia de la CMF. En efecto, el artículo 76 inciso tercero de la Ley N° 21.000 señala: *“La Comisión podrá, en cualquier momento, representar fundadamente al Comité que una determinada norma no se ajusta a la legislación o a la normativa vigente, en*

⁸³ Ver Maldonado Ibaceta, María Alejandra. (2015). *Autorregulación: análisis normativo. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*.

cuyo caso el Comité deberá subsanar las observaciones dentro del plazo que le indique la Comisión. En caso que el Comité no subsane las observaciones dentro del plazo, la Comisión podrá, sin más trámite, dejar sin efecto la norma respectiva.”

2. Programas de cumplimiento de la Ley N° 20.393 Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas

Como ya se mencionó en esta memoria, fue recién la Ley N° 20.393, que Sanciona la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, la que instauró, al menos desde una fuente legal, procedimientos y sistemas para prevenir la comisión de ciertos delitos desde dentro de una compañía. Estos delitos son el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo, el cohecho a funcionario público nacional y el cohecho a funcionario público extranjero.

Así, el artículo 4° de la citada ley permite a las personas jurídicas incorporar – *voluntariamente*– un programa de cumplimiento que denomina *Modelo de Prevención de Delitos* –de los citados cuatro delitos tipificados por la Ley N° 20.393–, el que deberá contener, al menos: i) la designación de un encargado de prevención; ii) la definición de los medios y las facultades del encargado de prevención; iii) el establecimiento de un Sistema de Prevención de Delitos; y iv), la supervisión y certificación del citado Sistema de Prevención de Delitos. Con todo, si bien la adopción de estos programas es de carácter voluntario, se promueve la adopción de los mismos gracias a una defensa que concede la misma ley a quien los haya implementado.

En efecto, se entenderá que una compañía ha cumplido con sus deberes de dirección y supervisión, y, en consecuencia, estará libre de responsabilidad penal por la ejecución de los delitos cubiertos por la ley, cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado un Modelo de Prevención de Delitos. Además, señala la ley que las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.

Los requisitos que deben contar estos Modelos de Prevención de Delitos, para que se pueda configurar la excepción eximente de responsabilidad penal, son: i) designación de un encargado de prevención; ii) definición de medios y facultades del encargado de prevención;

iii) establecimiento de un sistema de prevención de delitos; y, iv) descripción de los mecanismos de supervisión y certificación del mismo modelo.⁸⁴

⁸⁴ En detalle, la ley señala: “Artículo 4°.- Modelo de prevención de los delitos. Para los efectos previstos en el inciso tercero del artículo anterior, las personas jurídicas podrán adoptar el modelo de prevención a que allí se hace referencia, el que deberá contener a lo menos los siguientes elementos:

1) Designación de un encargado de prevención.

a) La máxima autoridad administrativa de la persona jurídica, sea ésta su directorio, un socio administrador, un gerente, un ejecutivo principal, un administrador, un liquidador, sus representantes, sus dueños o socios, según corresponda a la forma de administración de la respectiva entidad, en adelante la "Administración de la Persona Jurídica", deberá designar un encargado de prevención, quien durará en su cargo hasta tres años, el que podrá prorrogarse por períodos de igual duración.

b) El encargado de prevención deberá contar con autonomía respecto de la Administración de la Persona Jurídica, de sus dueños, de sus socios, de sus accionistas o de sus controladores. No obstante, podrá ejercer labores de contraloría o auditoría interna.

En el caso de las personas jurídicas cuyos ingresos anuales no excedan de cien mil unidades de fomento, el dueño, el socio o el accionista controlador podrán asumir personalmente las tareas del encargado de prevención.

2) Definición de medios y facultades del encargado de prevención.

La Administración de la Persona Jurídica deberá proveer al encargado de prevención los medios y facultades suficientes para el desempeño de sus funciones, entre los que se considerarán a lo menos:

a) Los recursos y medios materiales necesarios para realizar adecuadamente sus labores, en consideración al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica.

b) Acceso directo a la Administración de la Persona Jurídica para informarla oportunamente por un medio idóneo, de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido y para rendir cuenta de su gestión y reportar a lo menos semestralmente.

3) Establecimiento de un sistema de prevención de los delitos.

El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer un sistema de prevención de los delitos para la persona jurídica, que deberá contemplar a lo menos lo siguiente:

a) La identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos señalados en el artículo 1°.

b) El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades o procesos indicados en el literal anterior, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los mencionados delitos.

c) La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos señalados.

d) La existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos.

Estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán señalarse en los reglamentos que la persona jurídica dicte al efecto y deberán comunicarse a todos los trabajadores. Esta normativa interna deberá ser incorporada expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de todos los trabajadores, empleados y prestadores de servicios de la persona jurídica, incluidos los máximos ejecutivos de la misma.

4) Supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos.

A su vez, los Sistemas de Prevención de Delitos, especie contenida dentro del género Modelo de Prevención de Delitos, deben contener elementos como i) la identificación de las actividades o procesos de la entidad; ii) el establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos para prevenir la comisión de ilícitos; iii) la identificación de procedimientos de auditoría de los recursos financieros de la compañía; y iv) el establecimiento de sanciones administrativas.

Señala la Ley N° 20.393, que las personas jurídicas podrán obtener un certificado que acredite el cumplimiento de los requisitos señalados en la norma. Sin embargo, como ya se dijo con anterioridad en esta memoria, la doctrina y la jurisprudencia están contestes en que estos certificados otorgados por compañías auditoras externas no tienen valor alguno para acreditar la correcta implementación y ejecución de los Modelos de Prevención de Delitos. En efecto, es de conocimiento público que compañías formalizadas por la comisión de dichos ilícitos, contaban con certificados vigentes de estas compañías auditoras.⁸⁵

a) El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención de los delitos y su supervisión a fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad.

b) Las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos. En el certificado constará que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) anteriores, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica.

Los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador.

c) Se entenderá que las personas naturales que participan en las actividades de certificación realizadas por las entidades señaladas en la letra anterior cumplen una función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal.”

⁸⁵ Ver las causas denominadas *Caso Penta*, tramitada ante el 8° Juzgado de Garantía de Santiago en la causa RIT 6873-2014; *Caso Corpesca*, tramitada ante el 4° Juzgado de Garantía de Santiago en la causa RIT 8347-2014. En este último caso, resulta ilustradora la acusación del Ministerio Público, que señala: “Las conductas descritas y desplegadas por el Gerente General de la empresa CORPESCA S.A. fueron consecuencia del incumplimiento por parte de la persona jurídica imputada, de los deberes de dirección y supervisión, por no haber establecido un sistema de prevención de este tipo de delitos a la fecha de comisión de los mismos, como tampoco haber establecido ningún tipo de modelo de organización, administración y supervisión, en conformidad al art. 4° de la Ley 20.393.

Ello es así, pues a la fecha de comisión de los delitos de soborno señalados, si bien la empresa CORPESCA S.A. contrató el diseño de un modelo o programa de prevención de delitos con la empresa Deloitte, el cual fue aprobado a fines del año 2011, éste no estaba implementado a la fecha de la ocurrencia de los hechos.

En efecto, el modelo de prevención de delitos no se dio a conocer adecuadamente por CORPESCA S.A. a sus trabajadores, a quienes no se les capacitó sobre el mismo, sino solo hasta el año 2014, y aún más, el propio Gerente General de la empresa, Francisco Mujica Ortúzar, ignoraba la existencia de un modelo de prevención de delitos y

Con todo, la Ley N° 20.393 contempla tres circunstancias atenuantes para la graduación de la responsabilidad penal: i) el haber procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias; ii) el haber colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, agregando que se entenderá que se acredita esa circunstancia cuando, *en cualquier estado de la investigación o del procedimiento judicial*, los representantes legales de la compañía, *antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella*, hayan puesto en conocimiento de las autoridades el hecho punible o aportado antecedentes para establecer *los hechos investigados*; y, iii) la adopción, antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos *objeto de la investigación*. Como se ve, en la redacción de las últimas dos circunstancias atenuantes el legislador dejó claro que dichas circunstancias atenuantes procederán siempre que ya se encuentre en curso una investigación o procedimiento judicial, por lo que Modelos de Prevención de Delitos implementados con posterioridad no tendrán ningún reconocimiento judicial.⁸⁶

3. Códigos profesionales

En Chile existen múltiples asociaciones de profesionales que regulan su funcionamiento en materias de fijación de estándares, promoción de intereses comunes y resolución de controversias entre sus asociados.

Hasta 1981, la ley obligaba a quienes adquirieran el título de abogado a asociarse al Colegio de Abogados, creado éste a su vez por medio del Decreto Ley N° 406 de fecha 19 de marzo de 1925. Dicho decreto, hoy derogado, contemplaba normas que facultaban

del cargo de Encargado de Prevención. Tampoco se modificaron los contratos de trabajo de los empleados y ejecutivos de la empresa sino hasta después de mayo de 2013, adecuándolos a las nuevas disposiciones legales.

Si bien hasta abril de 2013 se había designado como encargado de prevención a Jaime Ortiz, su designación fue de carácter meramente nominal y formal, en tanto carecía de las facultades, medios y autonomía necesarios para implementar adecuadamente un sistema de prevención de delitos.

En consecuencia, CORPESCA S.A. no solo no adoptó, implementó, administró ni supervisó un programa de prevención de delitos, sino que además no tuvo la voluntad real de hacerlo, limitándose sólo a la contratación del diseño de un modelo y al nombramiento formal y nominal de encargado de prevención, lo que era ineficaz para cumplir con los deberes de supervisión y dirección en la prevención de delitos, como los de soborno que se le imputan a su ex gerente general, Francisco Mujica Ortúzar.”

⁸⁶ No ocurre así, como se vio, para los programas de cumplimiento de libre competencia en Italia, cuya autoridad antimonopolio les otorga efectos jurídicos importantes en materia de cuantificación de la pena, aún habiéndose implementado con posterioridad al inicio de la investigación.

expresamente al organismo para dictar medidas *que creyeran convenientes para el prestigio de la orden o el ejercicio de la profesión*.⁸⁷ Además, incluso se le facultaba expresamente para imponer sanciones respecto de faltas éticas de sus asociados, que iban desde la advertencia privada hasta la suspensión de la profesión hasta por un plazo de tres meses.⁸⁸

No sería sino hasta 1981 que, por medio del Decreto Ley N° 3.621, se suprimió la afiliación obligatoria a este cuerpo colegiado –y a todos los cuerpos de profesionales del país– y les otorgó el carácter de asociaciones gremiales. Además, expresamente señaló que se entendían derogadas todas las disposiciones legales que facultaban a los Colegios Profesionales para conocer y resolver los conflictos que se promuevan entre profesionales, o entre éstos y sus clientes, como consecuencia del ejercicio de la profesión, así como aquéllas que les permiten conocer y sancionar las infracciones a la ética profesional. La competencia para conocer de estas causas fue otorgada a los Tribunales Ordinarios de Justicia. Las faltas a lo señalado en este decreto, indica, se sancionarán de conformidad a las normas de libre competencia del entonces reciente Decreto Ley N° 211.⁸⁹

Sin perjuicio de la claridad de la derogación de la competencia de estos cuerpos colegiales para conocer este tipo de conflictos, algunos colegios profesionales, entre ellos el de Abogados, siguen manteniendo tribunales internos que conocen y sancionan conductas

⁸⁷ “Art. 8.o En las reuniones jenerales los abogados podrán someter a la consideracion del Consejo todas las medidas que creyeren convenientes para el prestigio de la órden o el ejercicio de la profesión.”

⁸⁸ “Art. 10. Sin perjuicio de la facultad que corresponda a los tribunales de justicia, el Consejo podrá corregir de oficio todo acto que pueda ser considerado como desdoroso para la profesion o como abusivo de su ejercicio, pudiendo al efecto hacer uso de las medidas siguientes: Advertencia privada; Amonestacion verbal; Censura; y Suspension del abogado por un plazo que no exceda de tres meses, dando cuenta a los tribunales correspondientes.

Podrá, asimismo, acordar con el voto de los dos tercios de sus miembros, la cancelacion del título siempre que motivos graves lo aconsejen. La cancelacion solo podrá hacerse efectiva con aprobacion de la Corte Suprema. Declarada la cancelacion del título, será eliminado el nombre del abogado del registro de la órden.

⁸⁹ “Artículo 5°- Derógase toda norma que faculte a los Colegios Profesionales para dictar aranceles de honorarios para sus asociados y déjense sin efecto los que actualmente se encontraren vigentes.

Todo acto en contravención a este artículo será sancionado de conformidad con las disposiciones del decreto ley N° 211, de 1973.

A falta de estipulación expresa o acuerdo entre las partes, los honorarios serán regulados por el juez en conformidad al procedimiento sumario.”

contrarias a la ética de sus asociados.⁹⁰ Esta perseverancia del Colegio ha sido amparada por los tribunales de justicia. En efecto, la Excma. Corte Suprema de Justicia ha reconocido expresamente el carácter vinculante del Nuevo Código de Ética del Colegio de Abogados respecto de sus asociados.⁹¹ La Excma. Corte Suprema de Justicia llegó a señalar que si bien *no puede estimarse una ley en sentido formal, desde que no ha sido dictado por el órgano legislativo con sujeción a los requisitos y al procedimiento de elaboración de la ley que para la validez de ésta prevé la Constitución Política de la República, son ley “en un sentido material en cuanto sustantivamente impone normas de conductas generales, permanentes, abstractas y ciertamente obligatorias para todos los letrados del país, estén o no afiliados a la entidad gremial respectiva (...).”*⁹² (lo destacado es mío).

Como se ve, en este caso el reconocimiento de la norma autorregulatoria no proviene de fuente legal, sino que de una interpretación judicial, que otorga validez a un cuerpo normativo de particulares, y respecto del cual se le otorga un efecto expansivo, en atención a que incluso puede afectar a particulares no asociados al Colegio de Abogados.

Lo anterior, en materia de responsabilidad civil, se estudia como elemento que permite construir el criterio de deber de cuidado por un juez. En efecto, los códigos de autorregulación profesional son *usos normativos* respecto de los cuales el juez debe atenerse para construir la diligencia debida en una situación, normalmente, de responsabilidad extracontractual. Pero, Arturo Alessandri no adscribía a la teoría del carácter obligatorio de estos usos normativos respecto de ciertos casos: “*estos usos o hábitos no tienen fuerza obligatoria, a diferencia de lo que acontece con la ley o los reglamentos, el juez puede prescindir de ellos y estimar que no*

⁹⁰ En este sentido, Anríquez Novoa comenta: “(N)o es de extrañar que el Colegio de Abogados AG se empeñara en ejercer facultades disciplinarias en materias de ética profesional, al punto, incluso, de adherir a interpretaciones forzadas de textos legales, toda vez que la ética profesional, junto al relacionado derecho a controlar el ingreso y salida de la orden, es el ámbito que tanto histórica como estructuralmente identifica a la orden profesional y, consiguientemente, justifica la existencia de la organización que agrupa a sus miembros. Dejar de desempeñar un rol en ese campo condena al Colegio a la intrascendencia y, más tarde, probablemente, a la desaparición.” Anríquez Novoa, Álvaro. (2016). Ética profesional del abogado: Normativa vigente en Chile. *Revista Ius et Praxis*, 22(2). 331–372.

⁹¹ Excma. Corte Suprema de Justicia. Causas roles 2788-2012, 2582-2012 y 2423-2012. Sentencias todas de fecha 28 de noviembre de 2012.

⁹² Excma. Corte Suprema de Justicia. Considerando décimo cuarto, sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012, causa rol 2788-2012.

*hay culpa en su infracción, si cree que un hombre prudente colocado en la misma situación no habría obrado en otra forma.”*⁹³

4. Normas técnicas

Finalmente, en materia de autorregulación de particulares, hay un sinnúmero de normas técnicas que buscan aunar o elevar los estándares de ciertas asociaciones. Entre las más conocidas están aquellas aprobadas por la *International Organization for Standardization* (“ISO”) y la *International Electrotechnical Commission* (“IEC”). Dado que el proceso de estandarización de un proceso puede requerir de la participación activa de dos o más competidoras en un mercado, ISO publicó una guía para evitar problemas de competencia producto de estos encuentros.⁹⁴

2. Programas de cumplimiento de las normas de libre competencia bajo el Decreto Ley N° 211

Ahora, entrando en tierra derecha, debemos preguntarnos cuál es el tratamiento y efectos que el Decreto Ley N° 211 otorga a los programas de cumplimiento de la normativa de libre competencia implementados por particulares. Una vez revisada esta materia, se estudiará cuál es el tratamiento que se le da a los mismos por la Fiscalía Nacional Económica y por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

A diferencia de lo que ocurre en otros órdenes propios de la actividad persecutoria del Estado –Ley N° 20.393–, el Decreto Ley N° 211 no regula en forma expresa los programas de cumplimiento. Tampoco se incluyó esta materia en la ley N° 20.945, que modificó sustantivamente varias partes de este cuerpo legal. Sin embargo, como demuestra la historia de tramitación de esta ley, una profesional del ramo solicitó precisar una norma redactada por el

⁹³ Alessandri Rodríguez, Arturo. (1943) *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil chileno*. Santiago, Imprenta Universitaria, página 181.

⁹⁴ International Organization for Standardization. (2015). *Competition Law Guidelines for Participants in the ISO Standards Development Process*.

ejecutivo, para no socavar la efectividad de los programas de cumplimiento de la normativa de libre competencia.⁹⁵

Por lo tanto, los programas de cumplimiento de la normativa de libre competencia son regulados indirectamente, si es que interpretamos ciertos pasajes del Decreto Ley N° 211, que permiten introducir estos elementos en materia de i) antecedentes en investigaciones desarrolladas por la Fiscalía Nacional Económica; ii) medidas que puede imponer el H. TDLC ante hechos o actos que contravengan la libre competencia; o, ii) como circunstancia atenuante que puede considerar el H. TDLC al momento de precisar el *quantum* de la multa a aplicar.

a) Programas de cumplimiento como insumo de la Fiscalía Nacional Económica para el desarrollo de sus investigaciones

En primer lugar, ciertos pasajes del Decreto Ley N° 211 nos permiten señalar que la Fiscalía Nacional Económica puede en ciertos casos conocer de programas de cumplimiento elaborados por particulares. En efecto, como se dijo con anterioridad, los programas de cumplimiento bien desarrollados permiten aligerar la carga del órgano persecutor, en atención a que proporcionan una descripción de las principales actividades y riesgos correlacionados de una compañía.

Así, el Fiscal Nacional Económico, dentro de las facultades que le otorga el artículo 39°, puede solicitar a los particulares la entrega de todos los antecedentes relacionados a programas de cumplimiento vigentes y no vigentes que hayan implementado.⁹⁶

⁹⁵ “Adicionalmente, observó que el mensaje del proyecto indica que la sanción penal se extiende a los asesores de las empresas coludidas. Sin estar en desacuerdo con eso, sostuvo que hay que precisar algunos aspectos porque, al parecer, el espíritu de la norma es que el asesor sea un facilitador, que esté de acuerdo con la conducta de colusión o que la diseñe, pero lo que no se quiere es que el abogado que sabe, por ejemplo, a propósito de un programa de prevención, que hubo infracciones en el pasado, se sienta en la necesidad de denunciar a las compañías, porque desaparecería la posibilidad de desarrollar programas de compliance serios. Lo otro importante es que, cuando se hacen programas de cumplimiento, hay que aclarar las zonas grises, estableciendo qué conductas serán consideradas lícitas y cuáles ilícitas.” Observación de Nicole Nehme Zalaquett. Biblioteca del Congreso Nacional. (2016). Historia de la Ley N° 20.945. Primer Trámite Constitucional. Informe de Comisión de Economía.

⁹⁶ Así, el artículo 39° literal h) permite al Fiscal Nacional Económico “Solicitar a los particulares las informaciones y los antecedentes que estime necesarios con motivo de las investigaciones que practique.”

b) Programas de cumplimiento como medida de mitigación en procesos de concentración tramitados ante la Fiscalía Nacional Económica

De acuerdo a los nuevos cambios introducidos por la Ley N° 20.945, el proceso de análisis de operaciones de concentración se movió desde la sede judicial hasta la sede administrativa, a saber, a la Fiscalía Nacional Económica.

Por lo tanto, es esta entidad quien ahora tiene el deber de medir los riesgos y beneficios que trae aparejada cada operación de concentración para, en definitiva, decretar su aprobación o rechazo.

Pues bien, resulta que el Decreto Ley N° 211 permite a las partes de estos procesos de concentración el ofrecer al Fiscal Nacional Económico las medidas que estime aptas para mitigar aquellos riesgos que la operación notificada pudiere producir para la libre competencia. Dentro de estas medidas propuestas a la Fiscalía, para lograr la aprobación de la operación⁹⁷, se encuentran los programas de cumplimiento.

c) De los programas de cumplimiento como medida a hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia

Como se vio antes en esta memoria, una forma de entender a los programas de cumplimiento ha sido por medio de aplicarlos como pena, principal o accesoria, para paliar los efectos que ha producido un hecho ilícito. La libre competencia no ha estado exenta de esta definición.

En efecto, el Decreto Ley N° 211, por medio de su artículo 3°, otorga amplia discreción al H. TDLC para imponer medidas preventivas, correctivas o prohibitivas en contra de actos, hechos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia. El artículo 3° bis es también explícito en señalar que se podrán *aplicar aquellas medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que resulten necesarias*, respecto de quienes hayan incumplido normas propias del proceso de operaciones de concentración que fijan los artículos 46 y siguientes del Decreto Ley N° 211. Asimismo, la facultad para imponer estas medidas se reitera

⁹⁷ Artículo 54 literal b) y artículo 57 literal b), Decreto Ley N° 211.

en el artículo 5° del citado cuerpo legal, que define al H. TDLC, señalando que su función será *prevenir, corregir y sancionar* los atentados a la libre competencia. La amplitud de las prerrogativas otorgadas al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se reflejan incluso en las medidas cautelares que puede imponer, señalando la ley que el H. TDLC podrá decretar *todas las medidas cautelares que sean necesarias para impedir los efectos negativos de las conductas sometidas a su conocimiento y para resguardar el interés común* (artículo 25). El artículo 26, al hablar sobre la sentencia definitiva, sólo otorga un listado no taxativo de medidas que puede imponer el H. Tribunal, sin pronunciarse en particular sobre los programas de cumplimiento.

Como se verá más adelante, el H. Tribunal –en voto dividido–, haciendo uso de las amplias facultadas que le otorga el artículo 3° inciso primero parte segunda, ha ordenado la implementación de programas de cumplimiento.

d) De los programas de cumplimiento como acreditadores de una circunstancia atenuante a la responsabilidad infraccional de libre competencia

Finalmente, realizando una interpretación más profunda de las normas del Decreto Ley N° 211, se podría estimar que los programas de cumplimiento podrían ser acreedores de circunstancias atenuantes o agravantes a la responsabilidad infraccional de libre competencia, según sea el caso.

A este respecto, el artículo 26° inciso tercero del Decreto Ley N° 211, que regula el monto de fijación de la multa, señala “Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en caso que lo hubiese; la gravedad de la conducta, el efecto disuasivo, la calidad de reincidente por haber sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez años, la capacidad económica del infractor y la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación;” (lo destacado es mío).

Este pasaje de la norma permite arribar a las siguientes conclusiones:

- La consideración de las circunstancias atenuantes o agravantes únicamente incidirá sobre la determinación de la multa de la que habla el artículo 26 inciso

segundo literal c), no así sobre otras sanciones o medidas impuestas por el H. Tribunal;

- La existencia o no de circunstancias atenuantes no incide en el monto de la multa en forma reglada, como ocurre en sede penal⁹⁸, sino que su incidencia en el monto de la multa es una facultad puramente discrecional del H. Tribunal, punto que no ha estado exento de críticas⁹⁹;
- La cantidad de circunstancias atenuantes reguladas por el Decreto Ley N° 211 no es taxativa, puesto que la norma utiliza la acepción, entre otras, dejando, a diferencia de lo que ocurre en sede penal, como *numerus apertus* la calificación de este tipo de circunstancias. En efecto, consta en sentencias del H. Tribunal que ha utilizado como circunstancia atenuante, para efectos de determinar el

⁹⁸ Artículos 62 y siguientes del Código Penal: “Las circunstancias atenuantes o agravantes se tomarán en consideración para disminuir o aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en los artículos siguientes.”

⁹⁹ Ver Tapia, Javier. (2013). La aplicación de multas a agentes económicos en el derecho chileno de la libre competencia. Una propuesta metodológica. En: *Centro de Estudios Públicos, Estudios Públicos, 132*. 71-105. “Si bien es cierto que la determinación de una multa tiene siempre un componente discrecional (e incluso hay razones para afirmar que es bueno que ello sea así), no siendo viable establecer una formulación exacta para fijar el monto adecuado en un caso concreto, en la práctica sí es posible acotar bastante el ámbito de discrecionalidad mediante la adopción explícita de una metodología cuantitativa que haga más objetivo el cálculo del valor final a pagar. Esta metodología debiera complementar el necesario análisis cualitativo de la multa, el cual tiene por objeto no sólo reflejar el estado y características de la industria, sino también proveer una justificación para el método y parámetros escogidos.” Esto contrasta con la opinión del Ejecutivo al momento de presentar la Ley N° 20.945, que señaló: “A fin de asegurar que las multas puedan ser efectivamente disuasorias de conductas anticompetitivas, resulta necesario establecer un límite máximo flexible que permita al Tribunal aplicar una multa superior al beneficio económico obtenido por los infractores y que, para aquellos casos en que resulte sumamente complicado determinar dicho beneficio, se le autorice al Tribunal a fijar las multas basándose en estándares que se han considerado por el derecho comparado y la literatura como una aproximación certera de tales beneficios.” Biblioteca del Congreso Nacional. (2016). Historia de la Ley N° 20.945 que Perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia. Primer Trámite Constitucional. Mensaje del Ejecutivo, página 4. Finalmente, en la historia de tramitación de este proyecto de ley, consta la opinión del Fiscal Nacional Económico, en donde estima que las circunstancias atenuantes son precisamente una limitación a la discrecionalidad de los jueces que determinan la sanción: “En otro orden de materias, el señor Fiscal Nacional Económico manifestó que los tres parámetros anteriormente señalados para fijar las multas están formulados como topes superiores, o sea, se trata de reglas que establecen hasta cuanto puede llegar la multa. En razón de lo anterior, cobra importancia capital la reforma que se propone al párrafo segundo de la letra c) del artículo 26, que establece como parámetros para determinar el concreto la multa que corresponda el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en caso que lo hubiese; la gravedad de la conducta; la necesidad de que la sanción sea efectivamente disuasiva; la calidad de reincidente y la capacidad económica del infractor. Expresó que estos raseros son la medida de la proporcionalidad de la potestad punitiva infraccional, y limitan la discrecionalidad de los jueces que determinan la sanción.” Biblioteca del Congreso Nacional. (2016). Historia de la Ley N° 20.945 que Perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia. Segundo Trámite Constitucional. Segundo Informe de Comisión de Constitución, página 557.

cálculo de la multa a imponer, circunstancia como i) la baja en la participación de mercado de la compañía en el período en que se desarrollaron conductas anticompetitivas; ii) el hecho de no haber ejercido papeles protagónicos en los acuerdos anticompetitivos; iii) el allanamiento parcial o total a la acusación fiscal; y iv) la irreprochable conducta anterior –que sólo se provee expresamente para los casos de responsabilidad penal–;¹⁰⁰

- *A contrariu sensu*, las circunstancias atenuantes expresamente señaladas son de consideración obligatoria por el H. TDLC.

i) Del efecto disuasivo de la multa como circunstancia atenuante de la responsabilidad

La ley señala, como se vio, que el H. Tribunal *debe* considerar el efecto disuasivo de la multa, para fijar su determinación.

Esta circunstancia, antes de la modificación hecha por la Ley N° 20.945 a los montos máximos de la multa que se pueden imponer, era utilizada por el H. Tribunal para justificar la máxima imposición de la multa prevista por la ley en casos de especial gravedad.¹⁰¹ Esto refleja el hecho de que para el H. Tribunal, las circunstancias atenuantes y agravantes no son estrictamente mensurables como ocurre en sede penal, o como ocurre, como ya se vio, en el caso de las *Guidelines Manual* publicado por la *US Sentencing Commission*.

Es decir, bajo el actual sistema de circunstancias para la determinación de la multa señalado en el Decreto Ley N° 211, una circunstancia puede, atendida su magnitud, sopesar a una o a todas las demás circunstancias co-concurrentes. Esta materia ha sido corroborado tácitamente por la Excma. Corte Suprema: “*Vigésimo: Que conforme a ese predicamento esta Corte considera, en lo relativo al quantum de las multas impuestas en autos, que es particularmente relevante acudir, en primer lugar, a la gravedad de la conducta, para lo cual*”

¹⁰⁰ Ver Sentencia N° 133/2014. H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

¹⁰¹ Así, en el caso Farmacias, el H. TDLC expuso: “Que, habida cuenta de lo precedentemente expuesto y de la eficacia disuasoria que se espera de las sanciones de multa que este Tribunal debe imponer, y al no concurrir atenuantes de ninguna especie, se reafirma el criterio de que, en el presente caso, el monto de la multa a imponer a cada una de las empresas, Cruz Verde y Salcobrand, debe ser el máximo que autoriza la ley;” H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 119/2012, de fecha treinta y uno de enero de 2012. Considerando ducentésimo sexto.

*debe tenerse en consideración que la colusión constituye de –entre todas las conductas atentatorias contra la libre competencia– la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas, de lo que se sigue que el resultado probable de tal coordinación es la subida de los precios, la restricción de la producción y con ello el aumento de los beneficios que obtienen las participantes. A lo dicho se agrega la consideración del tipo de servicio afectado por los actos colusorios sancionados, que corresponde al de transporte de pasajeros, esto es, se trata de un servicio público que satisface un interés general básico de la sociedad, lo que por cierto conlleva un mayor reproche; que, por consiguiente, los actos denunciados han tenido por efecto el perjuicio de los consumidores, quienes debieron asumir el costo de una tarifa colusoria en un mercado sensible como lo es el transporte de pasajeros, proceder que revela, además, el claro propósito de las requeridas de abusar del poder que poseen; que, por último e íntimamente vinculado con lo anterior, surge la evidente constatación de que mediante los actos colusorios denunciados en autos se afectó a un gran número de personas (...)*¹⁰² (lo destacado es mío).

ii) De la colaboración prestada a la Fiscalía Nacional Económica antes y durante la investigación como circunstancia atenuante de la responsabilidad

Asimismo, como señala el citado artículo, la posibilidad de que se haya prestado colaboración a la Fiscalía Nacional Económica, antes y durante su investigación, permitiría acreditar una circunstancia atenuante para efectos de calcular el *quantum* de la sanción establecida en el artículo 26 inciso segundo literal c) –la multa a beneficio fiscal–.

Esta circunstancia atenuante se puede fácilmente acreditar si es que una compañía, habiendo descubierto un ilícito realizado por uno de sus ejecutivos gracias a un programa de cumplimiento, presenta voluntariamente estos antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica para el inicio de una investigación –fuera de aquellos casos que se presenten producto de una solicitud de obtención del beneficio de la delación compensada–.

¹⁰² Excma. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de fecha veintinueve de diciembre de dos mil quince, dictada en autos rol 32.149-2014. Considerando vigésimo.

Como se vio en el capítulo de derecho comparado, algunas autoridades antimonopolio – Italia– realizan una distinción, para efectos de calcular el monto de la multa, respecto a si el programa de cumplimiento fue iniciado antes o durante la investigación de la autoridad.¹⁰³ En Chile, el Ministerio Público solicitó no aplicar la causal de eximición de responsabilidad contemplada en la Ley N° 20.393, respecto de una compañía que implementó el Modelo de Prevención de Delitos sólo una vez iniciada la investigación fiscal.¹⁰⁴

3. Programas de cumplimiento de libre competencia ante la Fiscalía Nacional Económica

a) Valor legal de las guías internas publicadas por la Fiscalía Nacional Económica

La Fiscalía Nacional Económica viene publicando, desde la década pasada, documentos conocidos como “*Guías internas*”, por medio de las cuales busca, por una parte, i) someter el actuar de su institución a reglas claras conocidas de antemano, en especial en aquellas en que el Decreto Ley N° 211 le ha otorgado expresamente cierta discrecionalidad en su uso¹⁰⁵; y, ii) dar a conocer al público general aquellos principios y actuaciones que la institución considera apropiados para no afectar la libre competencia. La institución justifica la emisión de estos documentos en el deber de “promover” la libre competencia en los mercados, que se le hace exigible en virtud del artículo 1° del mismo cuerpo legal.¹⁰⁶

¹⁰³ Ver capítulo III.5.

¹⁰⁴ Ver pie de página número 83.

¹⁰⁵ En efecto, en una de estas guías la Fiscalía Nacional Económica expresamente señaló: “Nuestro propósito es dar certeza jurídica a los que busquen beneficiarse de la delación compensada y acotar los espacios de discrecionalidad que la norma confiere a la autoridad.” Fiscalía Nacional Económica. (2017). *Guía interna sobre delación compensada en casos de colusión*. Página 6.

¹⁰⁶ “Artículo 1°.- La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados.” En este sentido, señaló alguna vez el H. TDLC: “Vigésimo primero. Que dado que las instrucciones generales, como se dijo, son también un reflejo de la promoción y defensa de la libre competencia que la legislación ha explicitado como objetivo, se analizarán los reproches realizados por la FNE desde la perspectiva de la protección de ese bien jurídico en general, más que en atención a la compatibilidad individual específica de las conductas con el texto de las instrucciones generales. (...)” H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 77/2008 de fecha 4 de noviembre de 2008. En otra sentencia posterior, el H. Tribunal agregó: “Que este Tribunal considera, desde el punto de vista de la promoción y defensa de la libre competencia que le corresponde de acuerdo con el artículo 1° del D.L. N° 211, que Chile no debe marginarse del creciente proceso mundial de apertura de cielos. (...)” Sentencia N° 81/2009 de fecha 16 de enero de 2009.

Así, la Fiscalía Nacional Económica ha publicado guías internas en materias de tanta relevancia como en la evaluación de los umbrales para definir las operaciones de concentración¹⁰⁷, procedimientos y criterios para el otorgamiento del beneficio de la delación compensada¹⁰⁸, y como en los lineamientos para evaluar y regular las operaciones entre dos compañías verticalmente integradas¹⁰⁹. Mas no todas las guías imponen reglas de autorregulación para la FNE, sino que algunas de éstas simplemente delimitan criterios que terceros deben seguir para no infringir la normativa de libre competencia. Ejemplos de este último tipo de guías son aquellas relacionadas a las compras del sector público¹¹⁰, a las operaciones y objetivos de las asociaciones gremiales¹¹¹, y en lo que a esta memoria más interesa, sobre los programas de cumplimiento¹¹². Ahora bien, esta distinción no es absoluta, y en cada una de las guías se puede encontrar un poco de ambos objetivos (autorregulación y pautas de actuación a terceros).

Producto de la falta de facultad expresa otorgada a la FNE para la emisión de estas guías, es que muchos se han cuestionado su validez y/o carácter obligatorio (dando lugar a la discusión que en el derecho comparado se ha creado respecto del fenómeno del *soft law*).¹¹³ En particular, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos ha detectado dos grandes inconvenientes de utilizar mecanismos no vinculantes para la delimitación de reglas de libre competencia: “*Por un lado, plantea una cuestión de legalidad. En ausencia de disposiciones legislativas explícitas sobre el control de concentraciones, ciertos Autos Acordados del TDLC y la Guía de la FNE pueden considerarse que van más allá de la Ley. Esta Guía y Autos*

¹⁰⁷ Fiscalía Nacional Económica. (2012). *Guía para el análisis de operaciones de concentración*.

¹⁰⁸ Fiscalía Nacional Económica. (2017). *Guía interna sobre delación compensada en casos de colusión*.

¹⁰⁹ Fiscalía Nacional Económica. (2014). *Guía para el análisis de restricciones verticales*.

¹¹⁰ Fiscalía Nacional Económica (2012). *Sector público y libre competencia. Evaluando sus actuaciones desde la perspectiva de la competencia*.

¹¹¹ Fiscalía Nacional Económica (2011). *Asociaciones gremiales y libre competencia*.

¹¹² Fiscalía Nacional Económica (2012). *Programas de cumplimiento de la normativa de libre competencia*.

¹¹³ Ver Zlatina, Georgieva (2016). The judicial reception of competition soft law in the Netherlands and the UK. *European Competition Journal*, 12:1. 54-86, DOI: 10.1080/17441056.2016.1221167; Ştefan, O. A. (2008). European Competition Soft Law in European Courts: A Matter of Hard Principles? *European Law Journal*, 14. 753-772. DOI:10.1111/j.1468-0386.2008.00443.x; M. Zerilli, Filippo. (2010). The Rule of Soft Law: An Introduction. *Focaal*, 3:18. DOI: 10.3167/fcl.2010.560101.

*Acordados atienden la necesidad de una eficacia y pragmatismo ausentes en las disposiciones legales formales, pero su legalidad puede cuestionarse en los tribunales. Por otro lado, plantea el riesgo de incompatibilidad. Dado que las normas no vinculantes (soft law) corresponden a dos autoridades diversas (la FNE y el TDLC) existe el riesgo de que adopten distintos caminos normativos, que con el tiempo pueden tornarse conflictivos.”*¹¹⁴

En Chile, quienes defienden el carácter vinculante de estas guías, señalan que el legislador recientemente adoptó la postura de otorgarle el carácter vinculante a estas guías, otorgando por medio de la Ley N° 20.945 de 2016 la prerrogativa al Fiscal Nacional Económico de “s) *Dictar instrucciones a las que habrá de sujetarse el ejercicio de las atribuciones y el cumplimiento de los deberes acerca de los que trata este artículo*”.

En cambio, quienes desmerecen el carácter vinculante de las mismas, señalan que la facultad otorgada en el literal s) antes citado a lo más otorgaría validez a aquellas guías que regulan el uso de facultades internas (como el ejercicio de la querrela del artículo 64 del Decreto Ley N° 211)¹¹⁵, mas no respecto de aquellas que señalan parámetros de actuación respecto de terceros. La propia institución persecutoria ha señalado en una de estas guías que “*Este documento es un material de promoción, y da cuenta de una reglamentación interna de la Fiscalía. De esta forma, no compromete ni al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) ni a la Excelentísima Corte Suprema, ni altera o afecta el mecanismo de consulta establecido en los artículos 18 N°2, 31 y 32 del DL 211.*”¹¹⁶ En este sentido el H. Tribunal, si bien no ha restado importancia a estos documentos emitidos por la Fiscalía Nacional Económica,

¹¹⁴ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2014). *Evaluación del régimen de control de concentraciones en Chile. Informe del Secretariado de la OCDE*. Pies de página omitidos.

¹¹⁵ Ver Awad Cherit, Alejandro; Bascuán Rodríguez, Antonio; Chaves Pérez, Miguel y Contreras Enos, Marcos. (2017). *Informe en Derecho. Justificación y presupuestos legales de una guía interna de la Fiscalía Nacional Económica relativa a la interposición de querellas por el delito de colusión*. Disponible en: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/02/guia_querella_colusion.pdf “Naturalmente, cualquier regulación del ejercicio de atribuciones legales que es de rango jerárquicamente inferior a las normas que confieren esas atribuciones está sujeta a una exigencia de coherencia o prohibición de contradicción con las normas de rango superior (principio de legalidad de la regulación reglamentaria). En esto ninguna guía interna de la FNE se encuentra en una situación especial: todas tienen rango jerárquico subordinado a la ley. Lo que la mención explícita de la facultad del FNE para deducir una de querrela resuelve afirmativamente es la competencia *ratione materiae* del FNE para dictar instrucciones acerca del ejercicio de la deducción de la querrela.”

¹¹⁶ Fiscalía Nacional Económica. (2012). *Guía para el análisis de operaciones de concentración*, página 2.

les ha quitado todo carácter vinculante a los mismos: “*Que, por último, en cuanto al argumento de SCA de que sería la propia FNE la que habría reconocido en su Guía Interna que la decisión de conceder el beneficio radica en este Tribunal, se debe tener presente que dicha guía no tiene carácter vinculante, sino que se trata de un documento interno de la FNE que tiene por objeto explicitar sus criterios para dar certeza y predictibilidad de sus actuaciones a los agentes económicos. Sin perjuicio de ello, de su lectura se desprende que es la FNE –no el Tribunal– la que concede el beneficio, lo que se materializa en la presentación del respectivo requerimiento;*”¹¹⁷ (lo destacado es mío).

Con todo, la elaboración y publicación de estas guías internas es de mucha utilidad, puesto que éstas inciden directamente sobre el valor *posibilidad de ser descubierto* que vimos en la fórmula del Capítulo 1 de esta memoria. En efecto, como se dijo, la Fiscalía Nacional Económica publica estas guías como parte de su deber de promoción de la normativa de libre competencia, y la promoción genera a su vez más educación y conocimiento de la norma (y consecuentemente, más posibilidades de detectar y denunciar atentados a la libre competencia). En este sentido, la Fiscalía Nacional Económica ha señalado: “*Brindar información y educación a los trabajadores acrecienta las posibilidades de identificar tempranamente las situaciones de riesgo, incrementándose asimismo la posibilidad de adoptar oportunamente las medidas necesarias para evitarlas o mitigarlas.*”¹¹⁸

b) Guía sobre Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia

En junio de 2012, como parte de su material de promoción, la Fiscalía Nacional Económica publicó su guía sobre Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia (en adelante, la “Guía”). En este documento, la autoridad antimonopolio no sólo define lo que entiende por Programa de Cumplimiento¹¹⁹, sino que enumera las principales

¹¹⁷ H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 160/2017.

¹¹⁸ Fiscalía Nacional Económica (2012). Programas de cumplimiento de la normativa de libre competencia, página 4.

¹¹⁹ “Un Programa de Cumplimiento corresponde a aquellas **políticas, procedimientos, directrices y mecanismos** adoptados por un agente económico para dar cumplimiento a la normativa vigente en materia de libre competencia.” Fiscalía Nacional Económica (2012). *Programas de cumplimiento de la normativa de libre competencia*, página 4.

características que debiese tener para considerarlo como tal.¹²⁰ A diferencia a lo que ocurre en materia de lo que ocurre en la Ley N° 20.393, la autoridad descarta la posibilidad de otorgar certificados o acreditaciones a estos programas de cumplimiento.¹²¹

Ahora bien, la Fiscalía Nacional Económica señala que la implementación exitosa de un Programa de Cumplimiento otorga dos grandes beneficios, relacionados con los efectos disuasivos que éstos tienen (como se reviso en el Capítulo I de esta memoria): i) prevenir infracciones, y, ii) detectar y controlar los daños.

A continuación, la Fiscalía señala cuáles son los principales beneficios que ocurren aún en aquellos casos en que ya se ha producido la infracción a la normativa de libre competencia: (i) la posible rebaja de la multa a ser aplicada, en un contexto de un requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; (ii) el uso oportuno del beneficio de la Delación Compensada, en caso que se trate de una colusión o cartel; y, (iii) posibilidad de llegar a un acuerdo extrajudicial. Se estudiarán estos beneficios en detalle a continuación.

i) Posible rebaja de la multa a ser aplicada

Respecto a recibir una posible rebaja de la multa a ser aplicada, la Fiscalía señala expresamente que este beneficio no se hace extensivo exclusivamente al monto de la multa de la que habla el artículo 26 inciso segundo literal c) del Decreto Ley N° 211, sino que también

¹²⁰ Así, la FNE señala que los programas de cumplimiento: a) Deben ser elaborados en atención a las necesidades y características propias de cada empresa, características que incluyen i) el tamaño del agente económico, ii) las características y peculiaridades de éste, iii) el mercado en que participa; y, iv) el poder de mercado de la compañía en la misma; b) Deben contener un compromiso efectivo de cumplimiento; c) Deben identificar los riesgos actuales y posibles que enfrenta el agente económico, punto en el que recomienda precisar distintos niveles o grados de riesgo (por ejemplo, en ‘menor’, ‘medio’ o ‘alto’; d) Deben contener los mecanismos y procedimiento internos para dar cumplimiento al mismo, incluyendo dentro de ésta las vías de comunicación idóneas para que toda la escala jerárquica de la compañía pueda denunciar o consultar medidas de acuerdo al Programa; y e) Deben contemplar la participación de altos ejecutivos, incluyendo Directores en el caso de sociedades anónimas, e, idealmente, la creación de un puesto independiente que pueda poner en ejecución los lineamientos del mismo. Agrega la FNE, que los Programas de Cumplimiento pueden contemplar, de forma optativa, los siguientes elementos que ordena de menor a mayor efectividad: i) un Manual, que explique en palabras simples, los lineamientos y objetivos principales del Programa de Cumplimiento; ii) entrenamiento y capacitación; iii) monitoreo, iv) auditoría y, v) medidas disciplinarias.

¹²¹ “La FNE no certificará Programas de Cumplimiento, de manera que su contenido es de exclusiva responsabilidad del agente económico que lo implementa.” Fiscalía Nacional Económica (2012). Programas de cumplimiento de la normativa de libre competencia, página 5.

respecto de “cualquier otra sanción a solicitar, de conformidad con a lo establecido en el artículo 26 del Decreto Ley N° 211”.

Por lo tanto, un correcto Programa de Cumplimiento de la normativa de libre competencia puede evitar sanciones como i) la disolución de la sociedad; y, ii) la prohibición de contratar con órganos de la administración centralizada o descentralizada del Estado.

A *contrariu sensu*, de acuerdo al tenor literal de la Guía, un correcto programa de cumplimiento no reduciría en ningún caso: i) el monto de las acciones indemnizatorias que proceden de acuerdo a infracciones anticompetitivas conforme a lo señalado en el artículo 30 del Decreto Ley N° 211; así como, ii) respecto de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que pudiese aplicar el H. Tribunal, conforme a la facultad que le otorga el artículo 3° del mismo cuerpo legal.

Respecto de las acciones indemnizatorias, la Fiscalía hace bien en señalar que los programas de cumplimiento no pueden en ningún caso mitigar estos daños. En efecto, es conocido en el estudio del derecho civil el denominado *principio de la reparación integral del daño*, que indica, en línea con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 2329 del Código Civil¹²², que la víctima tiene derecho a ser restituida a la situación patrimonial que tendría si no hubiese sufrido el daño. Barros Bourie señala respecto de este principio: “*Dos efectos se siguen del principio: el primero es el deber de reparar el total de los daños; de acuerdo con el segundo, que se deriva del anterior, la reparación no depende del grado de culpa del demandado.*”¹²³ Respecto de esta última acepción la situación es clara: aún en el entendido que los programas de cumplimiento puedan configurarse como circunstancias atenuantes, según sea el caso, esta situación bajo ninguna posibilidad permitiría reducir el monto de la indemnización procedente en virtud de los daños producidos, ya sea a competidores como a consumidores.

Mas, respecto de las medidas que el H. Tribunal puede adoptar en virtud del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, no existen fundamentos para señalar que la Fiscalía no pueda solicitar una “rebaja” en la medida preventiva, correctiva o prohibitiva que el H. Tribunal deba imponer.

¹²² “Art. 2329. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.”

¹²³ Barros Bourie, Enrique. (2010). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago, Ed. Jurídica de Chile.

Así, por ejemplo, en aquellos en que son dos o más los requeridos por infracciones a la libre competencia, mas sólo algunos de ellos implementaron programas de cumplimiento, bien puede la Fiscalía Nacional Económica solicitar respecto de todos aquellos que no implementaron programas, una medida preventiva, correctiva o prohibitiva distinta de aquellos que sí lo implementaron.

ii) Uso oportuno del beneficio de delación compensada

Señala en este punto el organismo antimonopolio, que la correcta implementación de un sistema de Cumplimiento le permite al agente económico tener mejores herramientas a solicitar el beneficio de delación compensada que regula el artículo 39 bis del Decreto Ley N° 211. En particular, señala la Fiscalía que “*La detección oportuna de la infracción otorgará al agente la oportunidad de ser el primero en hacer uso del beneficio, pudiendo acceder a una exención de la multa si se cumplen los requisitos legales.*”¹²⁴

Queda claro por lo tanto que éste no es un beneficio o compromiso de actuación que asuma la Fiscalía Nacional Económica, sino una consecuencia de haber implementado exitosamente un Programa de Cumplimiento. Con todo, esto no evita a que, de acuerdo a las reglas de prelación del otorgamiento del beneficio de delación compensada¹²⁵, no pueda entregarse el beneficio a aquellos agentes que no lo solicitaron a la Fiscalía en primer o segundo lugar.

iii) Posibilidad de llegar a un acuerdo extrajudicial

Finalmente, la FNE señala que la implementación adecuada de un Programa de Cumplimiento le permitirá al agente económico tener “*mayores herramientas y oportunidades*” para celebrar un Acuerdo Extrajudicial con la institución, gracias a las facultades que el Decreto Ley N° 211 le otorga en el artículo 39 letra ñ). Agrega la autoridad: “*La detección oportuna de*

¹²⁴ “La FNE no certificará Programas de Cumplimiento, de manera que su contenido es de exclusiva responsabilidad del agente económico que lo implementa.” Fiscalía Nacional Económica (2012). Programas de cumplimiento de la normativa de libre competencia, páginas 18 y 19.

¹²⁵ Fiscalía Nacional Económica. (2017). *Guía interna sobre delación compensada en casos de colusión.*

*la infracción otorgará al agente la oportunidad de negociar oportuna y adecuadamente los términos del Acuerdo, disminuyendo los riesgos y costos asociados a un juicio.”*¹²⁶

Nuevamente, este no es un beneficio comprometido por la autoridad antimonopolio. Esto queda aún más claro en atención a la acepción “*negociar*” que utiliza la Fiscalía para definir este beneficio.

c) Valor entregado por la FNE por la implementación de un Programa de Cumplimiento

Con todo, a diferencia de lo que ocurre con algunos de sus pares del derecho comparado, la Fiscalía Nacional Económica no asume compromiso alguno en el otorgamiento de estos beneficios –en particular, el relativo a la posible rebaja de la multa a solicitar al H. Tribunal–. En efecto, como regla de clausura, la Fiscalía Nacional Económica señala: “*La presentación de los antecedentes necesarios para respaldar la solicitud será de única y exclusiva responsabilidad de la entidad que desea acogerse al beneficio, **y será decisión exclusiva de la FNE, en atención a los antecedentes presentados, considerar o no el Programa implementado por el agente económico al momento de determinar las sanciones solicitadas en su requerimiento. En aquellos casos en que el agente económico colabore antes o durante la investigación, la FNE podría hacer presente dicha circunstancia al TDLC.***”¹²⁷ (lo destacado es mío).

Lo anterior resta todo carácter vinculante a la Guía sobre Programas de Cumplimiento de la autoridad antimonopolio y refuerza aún más el carácter de *soft law* de la normativa publicada por la Fiscalía Nacional Económica. El carácter no vinculante de los esfuerzos de cumplimiento de una compañía alcanza incluso la posibilidad de que la Fiscalía solicite una circunstancia atenuante.

¹²⁶ Fiscalía Nacional Económica (2012). Programas de cumplimiento de la normativa de libre competencia, página 19.

¹²⁷ Fiscalía Nacional Económica (2012). Programas de cumplimiento de la normativa de libre competencia, página 20.

4. Programas de cumplimiento de libre competencia ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Sólo hasta muy recientemente el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia comenzó a pronunciarse respecto a los programas de cumplimiento. Como se verá en este capítulo, la referencia a estos programas se ha hecho más que nada desde el punto de vista de las sanciones, en virtud de las facultades para imponer medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que le otorga el artículo 3º del Decreto Ley N° 211.

a) Programas de cumplimiento presentados por las partes en apoyo de su defensa ante el H. TDLC

i) Sentencia N° 16/2005

La primera mención que se hizo a un Programa de Cumplimiento en una sentencia del H. Tribunal se hizo respecto de la denuncia de negativa de venta interpuesta por Sociedad de Servicios Audiovisuales Profesionales Sound Color S.A. en contra de Andes Films S.A. y UIP Chile Ltda.¹²⁸, iniciada bajo la extinta H. Comisión Preventiva Central, y resuelta por el H. TDLC por medio de la Sentencia N° 16/2005.

En el proceso probatorio, una de las denunciadas, UIP Chile, entregó como apoyo de sus argumentos, entre otros, un documento titulado “*Documento interno de UIP, para todos los países donde opera, que contiene el programa de cumplimiento de las normas antimonopolios.*”

El H. Tribunal falló sancionando a las compañías denunciadas, entre ellas UIP Chile, sin considerar ni mencionar siquiera este documento aportado. De esta sentencia ninguna de las partes interpuso recurso de reclamación para ante la Excma. Corte Suprema de Justicia.

ii) Sentencia N° 115/2011

Por medio de esta sentencia, el H. Tribunal resolvió la disputa relativa al requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica en contra de Compañía Chilena de Tabacos S.A.

¹²⁸ H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Causa rol N° C-23-2004 caratulada “Avocación en Recurso de Reclamación de UIP Chile Ltda. y Andes Films S.A., contra el Dictamen N° 1.277 de la Comisión Preventiva Central”.

(“Chiletabacos”), producto de incumplimientos a lo ordenado por el H. TDLC por medio de la Sentencia N° 26/2005, donde se sancionó a Chiletabacos por abusar de su posición dominante en el mercado de comercialización de cigarrillos.

Chiletabacos enarboló como defensa el hecho de que, una vez dictada la Sentencia N° 26/2005, desplegó en forma voluntaria –sin orden expresa del H. Tribunal¹²⁹– un conjunto de medidas tendientes a asegurar el cumplimiento efectivo y cabal de las obligaciones que le impone la citada resolución, además de adoptar: “*una serie de medidas de autorregulación que facilitan y contribuyen positivamente al incremento de la competencia.*”¹³⁰ Consta en el proceso que estas medidas adoptadas por Chiletabacos fueron i) la creación de unidades internas de cumplimiento y fiscalización; ii) la modificación del Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, en que se consignó el deber de los trabajadores de sujetarse y cumplir a las disposiciones de la Sentencia N° 26/2005 y la prohibición de cometer otras infracciones a la libre competencia; iii) el entrenamiento y capacitación de la fuerza de venta de la compañía, respecto a lo dispuesto en la Sentencia N° 26/2005 del H. Tribunal; y, iv) la creación de una línea de denuncias por la que se podían evacuar consultas y reclamos sobre comportamientos de dependientes de la compañía que implicaran entorpecimientos a la libre competencia. Todos los elementos individualizados permiten sostener que las medidas asumidas por Chiletabacos correspondían a lo que hoy se conoce como un programa de cumplimiento de la normativa de libre competencia.¹³¹

¹²⁹ En efecto, en ninguna parte de la Sentencia N° 26/2005 se sanciona a Chiletabacos con el deber de implementar un programa de cumplimiento.

¹³⁰ H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 115/2011. Parte expositiva, párrafo 2.2.

¹³¹ En específico, lo señalado por Compañía Chilena de Tabacos fue: “El cumplimiento de la misma fue efectuado por nuestra representada con la adopción de un conjunto de medidas destinadas a: v.1) comunicar el fallo y sus efectos al interior de la organización; v.2) comunicar el fallo y sus efectos a los puntos de venta; v.3) perfeccionar los medios objetados porque habrían servido de fuente de presión y amenaza; v.4) formar y entrenar de manera continua a sus dependientes para la evitación de las conductas prohibidas por el fallo; v.5) establecer formas de fiscalización, control y sanción al interior de la organización frente a posibles incumplimientos; y v.6) adoptar mecanismos de denuncia frente a deficiencias e infracciones de los deberes impuestos a la organización y que alcanzan a sus dependientes.” Compañía Chilena de Tabacos S.A. Contestación presentada ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en causa rol C-196-2009, caratulada “Requerimiento de la FNE y demanda de Philip Morris contra Chiletabacos”.

Asimismo, dentro de su defensa, acompañó el Informe en Derecho titulado “*Programas de Compliance, Incumplimiento de Sentencias Responsabilidad Infraccional*” realizado por el profesional Santiago Montt, adscrito en ese entonces al Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.¹³²

En su sentencia, el H. Tribunal detectó sin embargo que estas medidas no habían sido interpuestas sino hasta iniciada la investigación de la Fiscalía que culminó en el requerimiento de la misma entidad ante el H. TDLC, y en la Sentencia N° 115/2011. Por lo anterior, el H. Tribunal indicó que Chiletabacos no había adoptado todas las medidas requeridas para regular o monitorear el cumplimiento de la Sentencia N° 26 por sus dependientes.¹³³ Sin perjuicio de aquello, muy importantemente, el H. Tribunal señaló: “*Que, sin embargo, cabe señalar que CCT adoptó medidas que no fueron ordenadas por este Tribunal en su Sentencia 26/2005, y que son consideradas útiles para mejorar las condiciones de competencia en este mercado siempre que se cumplan en su espíritu, es decir, que efectivamente permitan la exhibición de productos de sus competidores. Centésimo quincuagésimo séptimo: Que este Tribunal considera fundamental que CCT continúe implementando las medidas de cumplimiento de la Sentencia 26/2005, que comenzó a implementar con real fuerza luego de comenzada la investigación que dio origen al proceso de autos. En especial, en lo relativo a la entrega de información suficiente y reiterada a sus clientes, por el tiempo que sea necesario, respecto de su libertad para exhibir y comercializar productos de su competencia;*”

El H. Tribunal, en la parte resolutive del fallo, acogió parcialmente el requerimiento de la FNE por infracción a las normas de libre competencia, sancionado con diversas medidas preventivas, correctivas y prohibitivas a Chiletabacos, mas sin aplicarle multa alguna. El H. Tribunal no emitió pronunciamiento con respecto a si esta falta de sanción de una multa a

¹³² Centro de Regulación y Competencia (2010). Informe en Derecho. *Programas de Compliance, Incumplimiento de Sentencias y Responsabilidad Infraccional*. Aportado por Compañía Chilena de Tabacos S.A. para la causa rol C-196-2009 caratulada “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra la Compañía Chilena de Tabacos S.A.”, tramitada ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

¹³³ “Centésimo quincuagésimo quinto: Que entonces, en el período comprendido entre agosto de 2006 y el año 2008, a juicio de este Tribunal no se adoptaron todas las medidas requeridas para regular o monitorear el cumplimiento de la actuación de los dependientes de CCT y, por lo tanto, puede colegirse que dicha compañía no actuó con toda la diligencia debida en materia de una pronta implementación de un programa de cumplimiento serio, creíble y efectivo.” H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 115/2011.

beneficio fiscal se debió en específico a las medidas implementadas por Chiletabacos para dar cumplimiento a la Sentencia N° 26/2005 del H. Tribunal.

La Sentencia analizada fue reclamada para ante la Excma. Corte Suprema de Justicia por todas las partes de éste. En su escrito de reclamación, Chiletabacos volvió a aducir la magnitud del programa de cumplimiento interpuesto para hacer cumplir lo sancionado en la Sentencia N° 26/2005.¹³⁴ La Excma. Corte Suprema de Justicia, dentro de sus consideraciones, no abordó el Programa de Cumplimiento implementado por Chiletabacos, y, por el contrario, le otorgó un valor preponderante a la circunstancia agravante de reincidencia, motivo por el que acogió parcialmente los recursos de reclamación interpuestas por la Fiscalía Nacional Económica y por Phillip Morris, sancionándose esta vez a Chiletabacos con la máxima pena posible de imponer en la norma vigente de la época.¹³⁵

b) Programas de cumplimiento utilizados como *medida propiamente tal* por el H. TDLC

El H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha comenzado a obligar a implementar programas de cumplimiento, como medida preventiva de aquellas facultadas por el artículo 3° del Decreto Ley N° 211, desde fechas relativamente recientes. En efecto, para la fecha de entrega de esta memoria, y desde que inició sus labores el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2004), se ha resuelto la imposición de un programa de cumplimiento en cinco sentencias que pusieron fin a procedimientos contenciosos:

¹³⁴ “La magnitud, profundidad y efectividad de cada una de estas medidas, dan cuenta de una compañía que de buena fe y con esmerada diligencia cumple con las regulaciones de la libre competencia.” Página 33 de escrito de reclamación de Compañía Chilena de Tabacos S.A. presentado en autos rol C-196-2009 caratulada “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra la Compañía Chilena de Tabacos S.A.”, tramitada ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

¹³⁵ Señaló la Excma. Corte Suprema: “Trigésimo primero: Que de esta manera, habiéndose analizado los temas en discusión, esta Corte –tal como se dijo con antelación– coincide en que la requerida y demandada ha incurrido nuevamente en conductas atentatorias a la libre competencia diversas en los hechos de aquellas por las que fue sancionada precedentemente, pero que la convierten en reincidente en este tipo de reproches, lo que amerita según se dijo no sólo la adopción de medidas sino sanciones del orden pecuniario, por cuanto claramente debe asumir un comportamiento diligente en este tipo de materias dado su carácter de dominante en un mercado altamente regulado como lo es del tabaco, y así no sólo debe incluir cláusulas en sus contratos que aseguren la libre competencia sino que también debe velar que la aplicación práctica de los mismos no conduzca a comportamientos contrarios a ella.” Excma. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de fecha cuatro de diciembre de 2012, dictada en autos rol 11.968-2011.

N° Sentencia	Voto	Año	Sancionado(s)
139	Preventivo	2014	Agrícola Agrosuper S.A., Empresas Ariztía S.A., Agrícola Don Pollo Limitada, Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G.
141	Mayoría y Preventivo ¹³⁶	2014	8 compañías de transporte de pasajeros de la ciudad de Valdivia ¹³⁷
145	Mayoría	2015	Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble
148	Mayoría y preventivo ¹³⁸	2015	Asfaltos Chilenos S.A., Dyna Industrial S.A., Empresa Nacional de Energía ENEX S.A (ENEX), Química Latinoamericana S.A (QLA).
160	Mayoría	2017	CMPC Tissue S.A. SCA Chile S.A.
165	Mayoría	2018	Laboratorio Biosano S.A., Fresenius Kabi Chile Ltda.

No obstante, el tratamiento, contenido e imposición de estos programas de cumplimiento no ha estado exento de discusión, sino que por el contrario, se han dictado sendos votos de minoría y de prevención, como se pasa a revisar a continuación.

i) Sentencia N° 139/2014

La Sentencia N° 139/2004, que resolvió el conocido conflicto entre la Fiscalía Nacional Económica y las tres principales productoras de carne de pollo en Chile más su respectiva

¹³⁶ De mayoría, en el sentido de aprobar la conciliación propuesta por la Fiscalía Nacional Económica y parte de las requeridas, y preventivo, por el voto que sugería hacer extensiva la obligación de implementar un programa de cumplimiento al resto de las compañías que no participaron del acuerdo conciliatorio.

¹³⁷ Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A., Transporte Comercial Laurel Sur S.A., Empresa de Transportes Regional Sur S.A., Transportes Regional Corvi S.A., Empresa Transportes de Pasajeros Río Cruces N° 9 S.A., Empresa de Transportes Línea Once S.A., Sociedad de Transportes Austral Sur-Oeste S.A. y Sociedad de Transportes Regional S.A.

¹³⁸ De mayoría, al ordenar la implementación de un programa de cumplimiento a todas las requeridas, y preventivo, por aquellos votos que i) estuvieron por no aplicar el programa de cumplimiento; y, ii) por el que indicó con precisión las características que debía tener el programa de cumplimiento ordenado por el voto de mayoría.

asociación gremial, fue la primera en que se planteó la posibilidad de implementar un Programa de Cumplimiento como sanción.

El H. Tribunal, en la parte resolutive del fallo, acogió el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica, sancionando a dos de las requeridas al máximo de multa contemplada en la ley para aquél entonces –30.000 UTA–, a otra de menor tamaño a una multa de 12.000 UTA, y respecto de la asociación gremial, ordenó su disolución.

Sin perjuicio de lo anterior, dos ministros del H. Tribunal estuvieron por dictar un fallo preventivo. Esta sería la primera oportunidad que el H. Tribunal explore la posibilidad de imponer la implementación de un Programa de Cumplimiento como sanción (medida preventiva). En efecto, los entonces Ministros Butelmann y Depolo señalaron: *“Entender que, habida cuenta no solo de la gravedad y extensión del cartel acreditado en autos, sino además de la circunstancia de tratarse de un modo de hacer las cosas en el mercado que se ha convertido en la forma habitual o natural de desenvolverse las Requeridas en el mismo, al punto de instituirse en una verdadera cultura de la colusión, no puede dejar de verse con preocupación que, con independencia de las multas y medidas establecidas en esta sentencia, dicha actitud hacia la competencia no se erradique del todo en lo sucesivo, razón por la cual consideran apropiado imponer a cada una de las Empresas Avícolas Requeridas la obligación de establecer, implementar y ejecutar de forma permanente, a su costa y por a lo menos cinco años contados desde la fecha en que la sentencia quede ejecutoriada, un plan de cumplimiento y buenas prácticas competitivas administrado por terceros independientes y ajenos al control y a la gestión de cada una de ellas, del que deba darse cuenta formal y detalladamente a la Fiscalía Nacional Económica con una periodicidad a lo menos trimestral;”*¹³⁹

El fallo fue reclamado para ante la Excma. Corte Suprema, quien lo confirmó sin mayores cambios, sin pronunciarse sobre la solicitud del voto preventivo.

¹³⁹ Ministros Andrea Butelmann Peisajoff y Radoslav Depolo, voto preventivo dictado en Sentencia N° 139/2014 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

ii) Sentencia N° 141/2014

Por medio de la Sentencia N° 141/2014, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia puso término al conflicto suscitado producto del requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra diversas empresas de transporte de pasajeros, más la asociación gremial que las agrupaba, en el mercado de servicio público de transporte urbano de pasajeros de la ciudad de Valdivia.

Dos de las requeridas, más la asociación gremial involucrada, llegaron a un acuerdo conciliatorio con la Fiscalía Nacional Económica, previo a la dictación de la sentencia. Por medio de este acuerdo, dichas empresas, más la asociación gremial, en lo pertinente acordaron i) reconocer la existencia de los hechos descritos en el requerimiento; ii) no participar ni incentivar en la celebración de acuerdos anticompetitivos; y iii) elaborar e implementar un código interno por medio del cual buscarán desincentivar toda conducta que pueda considerarse contraria a la libre competencia en el mercado del transporte de pasajeros. El acuerdo conciliatorio fue aprobado por el H. Tribunal, no sin un previo rechazo del H. Tribunal.¹⁴⁰

En la parte resolutive de su sentencia, el H. Tribunal comprobó la vulneración de normas a la libre competencia, condenando a todas las requeridas. Ahora bien, respecto de aquellas compañías que llegaron a acuerdo conciliatorio con la FNE, el H. TDLC redujo a un tercero de

¹⁴⁰ En efecto, en una primera instancia el H. Tribunal –en voto dividido– rechazó la conciliación propuesta por la Fiscalía y las empresas de buses señalando “Octavo. Que ponderados los antecedentes indicados en las consideraciones precedentes, este Tribunal rechazará las propuestas de acuerdo conciliatorio presentadas, por considerar, primero, que ellas no contienen compromisos de conducta suficientes para justificar la correlativa rebaja de un ochenta y cinco por ciento en la pretensión punitiva por parte de la FNE, los que, además, sólo han sido suscritos por tres de las requeridas; y por considerar en segundo término que el reconocimiento de hechos y los antecedentes adicionales ofrecidos por las requeridas no serían suficientes para facilitar el esclarecimiento de los hechos controvertidos en la causa. A mayor abundamiento, al participar de este acuerdo conciliatorio –como se dijo– sólo tres de las once requeridas, que comprenden a sólo dos de las diez líneas de taxi-buses más la asociación gremial, este acuerdo no permitiría siquiera reducir significativamente los tiempos de tramitación de la causa;” H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Resolución de fecha 30 de agosto de 2013 dictada en autos caratulados “Requerimiento de la FNE contra Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A y otros.”, rol C-244-2012. Respecto de esta resolución los Ministros Tomás Menchaca y Enrique Vergara emitieron un voto disidente por el que señalaban que estos acuerdos de conciliación: “no atentan contra la libre competencia y satisfacen los criterios establecidos por este Tribunal en el sentido que estas requeridas asumen compromisos de conducta u otras obligaciones que son acordes con el bien jurídico protegido por el Decreto Ley N° 211, previniendo de esta forma situaciones de mercado que pudieran afectar la libre competencia, los que a su juicio justificarían razonablemente la rebaja de pretensión punitiva de la Fiscalía Nacional Económica contenida en dichas proposiciones de acuerdos.” Tras una reposición interpuesta por la Fiscalía Nacional Económica, el H. Tribunal, por medio de resolución de fecha 11 de septiembre de 2013 terminó por aprobar el acuerdo conciliatorio.

la original pretensión punitiva fiscal, sin profundizar en este aspecto la motivación. El resto de las compañías fue condenada sin esta rebaja de la multa solicitada.

A diferencia de lo que ocurrió en el caso “Pollos”, en esta ocasión el H. Tribunal hizo un interesante *trade-off*. En esta oportunidad, decidió no disolver a la asociación gremial que agrupaba a las compañías, a cambio de que ésta hiciera efectivo el compromiso que adoptó con la Fiscalía de implementar un programa de cumplimiento, motivo por el cual, en palabras del H. TDLC, se “*ayudarán a evitar futuras conductas anticompetitivas que pudiesen ocurrir en su interior.*”¹⁴¹

Sin perjuicio de lo anterior, en forma similar a lo ocurrido en la Sentencia N° 139/2014, un ministro del H. Tribunal interpuso un voto preventivo por el que señaló que estuvo también por imponer a las requeridas que no participaron de la conciliación con la Fiscalía Nacional Económica la obligación de elaborar e implementar un programa de cumplimiento de las normas de libre competencia, de iguales características de aquellos planes que fueron parte del acuerdo entre la Fiscalía Nacional Económica y las otras requeridas.¹⁴²

Dicha sentencia fue reclamada para ante la Excma. Corte Suprema de Justicia, la que desestimó los recursos de reclamación interpuestos por las compañías de transporte de pasajeros que no participaron del acuerdo conciliatorio. Por el contrario, acogió el recurso de reclamación de la Fiscalía Nacional Económica, y respecto de aquellas que no participaron del acuerdo, les elevó las multas. La Excma. Corte no se pronunció en específico sobre el Programa de Cumplimiento acordado por la FNE y parte de las requeridas.

iii) Sentencia N° 145/2015

En estos autos la FNE interpuso un requerimiento en contra de la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble –AGGOÑ– y en contra de sus médicos asociados, por infringir el artículo 3° inciso primero y segundo letra a) del Decreto Ley N° 211,

¹⁴¹ H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia 141/2014. Considerando nonagésimo segundo. Asimismo, la asociación gremial involucrada se obligó a adecuar sus estatutos a lo establecido la Guía sobre Asociaciones Gremiales y Libre Competencia elaborada por la FNE y a establecer mecanismos que permitan garantizar el libre ingreso de prestadores de dicho servicio a su asociación.

¹⁴² Javier Tapia, voto preventivo dictado en Sentencia N° 141/2014 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

al celebrar un acuerdo destinado a fijar precios mínimos por las prestaciones médicas de su especialidad, en el mercado relevante delimitado por el sistema privado de salud de las comunas de Chillán, Chillán Viejo y San Carlos.

Similarmente a lo ocurrido con el caso de Valdivia (Sentencia N° 141/2014), pero con la gran diferencia que ésta vez fue por un voto de mayoría (y no producto de un acuerdo entre la Fiscalía y el acusado), el H. TDLC optó por no acoger la solicitud de la FNE de disolver la asociación gremial, y, en cambio, ordenarle elaborar e implementar un programa de cumplimiento de las normas de libre competencia que satisfaga los requisitos establecidos en la Guía publicada por la FNE sobre la materia.¹⁴³ Con todo, el H. Tribunal igual estuvo por imponer una multa “prudencial”¹⁴⁴ a la asociación gremial ascendente a 10 UTA, correspondiente al 10% de lo que solicitó la FNE en su requerimiento.¹⁴⁵

La Sentencia fue reclamada para ante la Excm. Corte Suprema, quien la confirmó en todas sus partes.

iv) Sentencia N° 148/2015

La presente causa ventilada ante el H. Tribunal,¹⁴⁶ dice relación con el requerimiento que interpuso la Fiscalía Nacional Económica en contra de empresas proveedoras de productos asfálticos a nivel minorista, por cometer actos que representan una infracción al artículo 3° literal a) del Decreto Ley N° 211, al asignarse contratos de provisión de productos asfálticos para construcción.

En dicha causa contenciosa, una de las compañías, Empresa Nacional de Energía Enx S.A. –Enx– se acogió al beneficio de delación compensada regulado en la ley, reconociendo

¹⁴³ H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 145/2015. Considerando sexagésimo sexto y resolución N° 3 de la Sentencia.

¹⁴⁴ H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 145/2015. Considerando sexagésimo sexto.

¹⁴⁵ Solicitud N° 27 del requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica de fojas 1, presentado en autos caratulados “Requerimiento de la FNE contra la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble y otros” rol C-265-2013.

¹⁴⁶ H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Causa rol C-280-2014 caratulada “Requerimiento de la FNE contra Asfaltos Chilenos S.A. y Otros.”

así ante la FNE haber participado en conductas anticompetitivas, en las que también habrían participado el resto de las requeridas.

El H. Tribunal, por medio de la sentencia en comento, acogió el requerimiento fiscal y condenó a las compañías a montos menores a aquellos solicitados por la FNE. Sin perjuicio de ello, en forma adicional a la multa impuesta, el H. Tribunal impuso como medida *preventiva*, por parte de todas las requeridas –incluida aquella que se acogió al programa de beneficio de delación compensada ante la Fiscalía– la implementación un programa de cumplimiento en materia de libre competencia que satisfaga los requisitos establecidos en la Guía sobre Programas de Cumplimiento de la Fiscalía Nacional Económica. A mayor abundamiento, señaló que dicho programa deberá tener una duración de a lo menos cinco años.¹⁴⁷

Con todo, de mayor interés resulta esta sentencia porque se dictó, no obstante lo resuelto por el voto de mayoría, con dos votos de prevención: i) el primero, que indica si bien concurrir a la decisión de mayoría, no lo hacen respecto de la obligación de desarrollar un programa de cumplimiento para las requeridas, incluida aquella acogida al beneficio de delación compensada; ii) el segundo, que provee condiciones y características mínimas al programa de cumplimiento impuesto por el voto de mayoría.

Respecto del primer voto de minoría, los Ministros Menchaca y Domper, que estuvieron por no imponer el programa de cumplimiento, señalan que *“si bien comparten la importancia y utilidad de los programas de cumplimiento, a juicio de estos ministros su eficacia depende normalmente que éstos se desarrollen voluntariamente. En efecto, el objeto de esa clase de programas es precisamente evitar que se cometan infracciones a la libre competencia por las empresas que los implementan, las que al hacerlo deben querer evitar que, contra su voluntad, ejecutivos o empleados de las mismas cometan tales infracciones. 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.”*¹⁴⁸

¹⁴⁷ H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 148/2015. Considerando centésimo cuadragésimo séptimo.

¹⁴⁸ Tomás Menchaca y María de la Luz Domper, voto preventivo dictado en Sentencia N° 148/2015 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Asimismo, agregan estos Ministros, que producto de lo anterior se producen sendas consecuencias en materia de concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad infraccional. Así, señalan que, “*si se implementa un programa de cumplimiento y se produce una infracción a la libre competencia sin conocimiento de la ejecutivos superiores, órganos de administración y propietarios de la empresa, ello debería importar una atenuante de responsabilidad para la misma y que, por el contrario, si existiendo tal programa y estando por ello la ilicitud de una conducta más claramente en conocimiento de tales personas, ellas igualmente infringen las normas de defensa de la libre competencia, tal circunstancia podría ser estimada como una agravante de responsabilidad de la empresa.*”¹⁴⁹ Esta forma de apreciar las circunstancias atenuantes o agravantes de una empresa es compartida por académicos del derecho comparado.¹⁵⁰

El segundo voto preventivo, formulado por los Ministros Saavedra y Tapia, tuvo por describir con precisión las características con que debe contar el Programa de Cumplimiento¹⁵¹ –sin perjuicio de que en el voto de mayoría ya se había ordenado que este programa satisfaga los requisitos establecidos en la Fiscalía en su Guía sobre Programas de Cumplimiento.

¹⁴⁹ *Íd.*

¹⁵⁰ Así, señala Lachnit: “Cuando una empresa utiliza un programa de cumplimiento únicamente en forma decorativa, es posible aplicar, al menos en teoría, una multa mayor. Sin embargo, cuando un programa de cumplimiento es base para participar proactivamente con un procedimiento, la mitigación de multas también debe ser posible”. Traducción libre. Lachnit, Eva. (2014). *Op. Cit.*

¹⁵¹ Dentro de las características que estos Ministros señalan, se encuentran i) Nombrar a un Oficial de Cumplimiento dentro de sesenta días hábiles contados desde que la sentencia quede ejecutoriada. Este Oficial de Cumplimiento debe operar a tiempo completo y reportar directamente con el Directorio de la empresa involucrada. Además, se señaló que Oficial de Cumplimiento deba recaer en una persona externa a la compañía, además de informarse a la FNE; ii) Entregar, dentro de 90 días hábiles contados desde que la sentencia quede ejecutoriada, una copia de la sentencia a toda la administración ejecutiva de la compañía. En el evento que ingresen nuevos trabajadores, éstos deberán suscribir junto a su contrato de trabajo la recepción de una copia de esta. Además, la plana ejecutiva deberá efectuar una declaración jurada indicando que han leído y entendido el fallo; iii) Una provisión anual, repetida en forma anual los 5 años siguientes a la dictación de la sentencia, de capacitación en materias de libre competencia, bajo otros criterios delimitados en el voto preventivo; iv) Auditoría de cumplimiento de la sentencia, por la que se deberá revisar, al menos, a) casillas de correo electrónico y registros de llamados telefónicos de la alta administración; b) incentivos de la alta administración; c) la participación de la compañía en procesos de licitación; d) la participación de la compañía en asociaciones gremiales, y e) la política interna de libre competencia de la compañía; v) El establecimiento de una línea de denuncia; y vi) La entrega anual, por cada uno de los 5 años siguientes de vigencia de la medida, de un reporte a la FNE que dé cuenta de la ejecución del Programa de Cumplimiento.

La Sentencia N° 148/2015 fue reclamada para ante la Excma. Corte Suprema de Justicia, la que estuvo por confirmarla, también respecto de la sanción de imponer la adopción de un programa de cumplimiento de acuerdo a los estándares fijados por la FNE.¹⁵²

v) Sentencia N° 160/2017

Por medio de esta Sentencia, el H. Tribunal resolvió la contienda originada por el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de las dos principales productoras de papel *tissue* del país, producto de una eventual infracción a lo estipulado en el artículo 3° literal a) del Decreto Ley N° 211, al concertar y ejecutar acuerdos con el objeto de asignarse cuotas de participación de mercado y de fijar precios de venta de sus productos desde el año 2000 hasta, a lo menos, diciembre del año 2011. Una de las compañías se sometió al beneficio de la delación compensada, siéndole otorgado por la Fiscalía Nacional Económica en su presentación punitiva ante el H. Tribunal.

Como consta en la parte resolutive de la Sentencia, el H. Tribunal condenó a ambas compañías, incluido a aquella que se sometió al beneficio de la delación compensada, a adoptar un programa de cumplimiento que satisfaga aquellos lineamientos especificados por la Fiscalía Nacional Económica en su Guía de junio de 2012, por un periodo de 5 años.

Ahora bien, a diferencia de lo ocurrido con la Sentencia N° 148/2015, donde por un voto de prevención se delinearón características específicas que debía tener este programa de cumplimiento, esta vez fue por medio del voto de mayoría que se ordenaron dichas

¹⁵² “Cuadragésimo cuarto: Que finalmente respecto de la decisión de imponer a las requeridas como medida preventiva la adopción, por parte de todas las empresas requeridas, incluida ENEX, de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia que satisfaga los requisitos establecidos en la “Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia” (material de promoción N° 3) elaborada por la Fiscalía Nacional Económica, de junio de 2012, por una duración de 5 años, esta Corte comparte la necesidad de que todas las requeridas se sometan a tal programa, sobretodo considerando la gravedad de la conducta imputada y porque, en definitiva, aún cuando no fue parte del requerimiento, ni se acreditó que existiera acuerdo para operar un acuerdo global de reparto de cuotas de mercado, por lo que aquello no puede ser sancionado, sí existen antecedentes que demuestran que existieron acercamientos en tal sentido, lo que es trascendente si se considera que en el mercado relevante de que se trata existen elementos facilitadores de acuerdos anticompetitivos, toda vez que se trata de un mercado oligopólico con reducido número de agentes económicos, los que además tienen una serie de vínculos societarios y de relaciones comerciales que ameritan adoptar la medida preventiva ordenada por el TDLC.” Excma. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de fecha 12 de octubre de 2016, dictada en autos rol 5128-2016.

características, muy similares a las ordenadas en aquella oportunidad.¹⁵³ La Ministra Domper dictó un voto de prevención considerando excesiva la medida de auditar las casillas de correo electrónico corporativos y los registros de llamados a través de teléfonos corporativos de la alta administración;

La Sentencia fue reclamada para ante la Excma. Corte Suprema, la que para la fecha de entrega de esta memoria, se encuentra en estado de acuerdo.¹⁵⁴

vi) Sentencia N° 165/2018

La Fiscalía Nacional Económica interpuso requerimiento en contra de tres laboratorios farmacéuticos por la comisión de conductas ilícitas de acuerdo al artículo 3° literal a) del Decreto Ley N° 211.

En forma similar a lo ocurrido en la Sentencia N° 160, el H. Tribunal impuso como medida adicional la obligación de adoptar un programa de cumplimiento en materia de libre competencia que satisfaga los requisitos establecidos en la Guía de la Fiscalía Nacional Económica, y con otros requisitos específicos que pasa a detallar. Misma prevención realizó la Ministra Domper respecto a la auditoría de correos electrónicos y llamados corporativos.

La sentencia fue reclamada para ante la Excma. Corte Suprema, causa que se encuentra en actual tramitación. En el escrito de reclamación, una de las partes alega que el Programa de Cumplimiento sancionado por el H. Tribunal es excesivo. En particular, fundándose en el voto disidente de la Ministra Domper de la sentencia reclamada, señala en que no está de acuerdo en que se auditen correos electrónicos y llamadas de teléfono de la alta administración: *“Si bien FK/S no tiene inconvenientes en incorporar un programa de compliance en sus sociedades –de hecho, ya tiene uno puesto en marcha a nivel global y local–, esta parte estima que lo solicitado por el H. TDLC es excesivo y de muy difícil implementación para FK/S. (...) Ya que la revisión de correos electrónicos y registros de llamados corporativos de las personas individualizadas*

¹⁵³ Ver pie de página número 149.

¹⁵⁴ Excma. Corte Suprema de Justicia. Causa rol 1531-2018.

en el punto c) anterior resulta no solo excesivo sino que también bastante invasivo para los ejecutivos sujetos a revisión en el contexto de un programa de cumplimiento.”¹⁵⁵

c) Otros tipos de casos analizados por el H. TDLC

i) Acuerdo de conciliación entre la Fiscalía Nacional Económica y Farmacias Ahumada S.A.

En el conocido caso que significó la colusión de las tres principales farmacias del país, en forma previa a la dictación de la Sentencia, la Fiscalía Nacional Económica y una de las requeridas, Farmacias Ahumada S.A., alcanzaron un acuerdo conciliatorio, por medio de la cual esta última, entre otras medidas, se obligó a *“elaborar un código interno, de acuerdo a las mejores prácticas internacionales, por medio del cual se buscará desincentivar toda conducta que pueda considerarse contraria a las normas de libre competencia.”*

La Excma. Corte Suprema, conociendo del recurso de reclamación interpuesto por una de las compañías requeridas frente a la resolución que aprueba la conciliación, confirmó lo obrado por el H. Tribunal, señalando que *“las obligaciones asumidas por FASA tienen como finalidad evitar en el futuro las conductas descritas por la Fiscalía Nacional Económica en su requerimiento.”¹⁵⁶*

ii) Acuerdo de conciliación entre la Fiscalía Nacional Económica y dos compañías de transporte urbano de pasajeros más una asociación gremial

Como se vio más arriba, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, previo a la dictación de la sentencia, aprobó el acuerdo conciliatorio de Empresa de Transportes Lourdes S.A., Sociedad Transportes Libertad S.A. y la Asociación Gremial de Empresarios de Taxibuses

¹⁵⁵ Reclamación de Fresenius Kabi Chile Ltda. en la causa caratulada “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Fresenius y Otros.” Rol C-312-2016. Con todo, llama la atención que en ninguna parte del proceso –por lo menos en cuanto a lo que consta en la Parte Expositiva de la Sentencia N° 165/2018– Fresenius no alegó la existencia de un Programa de Cumplimiento. En efecto, recién en su escrito de reclamación, señala: “A mayor abundamiento, FK/S ya cuenta con un programa de cumplimiento puesto en marcha y que sería incompatible a lo solicitado por el H. TDLC de acuerdo a lo señalado anteriormente por que lo (sic) solicitamos a esta Excma Corte Suprema deje sin efecto el programa señalado pudiendo FK/S seguir implementando el programa con el que ya cuenta y velando de esta forma por la libre competencia en nuestro país.”

¹⁵⁶ Excma. Corte Suprema de Justicia. Resolución de fecha 31 de agosto de 2009 en causa rol 3344-2009.

de Valdivia con la Fiscalía Nacional Económica. Por medio de este acuerdo, dichas empresas, más su asociación gremial, se comprometieron a elaborar e implementar un código interno por medio del cual buscarán desincentivar toda conducta que pueda considerarse contraria a la libre competencia en el mercado del transporte de pasajeros.

iii) Resolución N° 51/2018

Finalmente, por medio de la Resolución N° 51/2018, que puso fin a la Consulta de la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile respecto de la adquisición de la Compañía General de Electricidad por parte de Gas Natural Fenosa Chile S.P.A, así como respecto de otras relaciones de propiedad existentes entre las diferentes empresas que operan en el mercado relevante del gas.

El H. Tribunal, por medio de esta resolución, detectó riesgos producto de la participación accionaria de Empresas Copec S.A. respecto de las competidoras Metrogas S.A. y Abastible S.A. Como medida conductual, el H. Tribunal impuso a estas tres compañías, en caso que no tuvieran, la elaboración de un programa de cumplimiento siguiendo, al menos, lo dispuesto por la Fiscalía Nacional Económica en su Guía sobre Programas de Cumplimiento. Esta Resolución contó con el voto en contra de un Ministro del H. Tribunal, por el que indicó las mismas precisiones realizadas en el voto preventivo de la Sentencia 148/2015 del mismo H. Tribunal.¹⁵⁷

La Resolución fue reclamada para ante la Excma. Corte de Suprema, mas Empresas Copec S.A. no reclamó de la obligación de imponer este programa de cumplimiento.

¹⁵⁷ Voto en contra de la Ministra María de la Luz Domper, pronunciada en la Resolución N° 51/2018 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

CONCLUSIONES

Hoy la opinión pública está mucho más consciente de la gravedad que significan las infracciones a la libre competencia, así como de la importancia de generar y mantener una competencia sana, leal y equitativa. Por la otra parte, las compañías están cada vez más conscientes de la importancia de preservar activos tales como su imagen, marca y reputación corporativa (por no decir sus mismas utilidades).

Sin perjuicio de ello, mucho aún se puede trabajar en materia de educación y promoción de la norma jurídica. En efecto, se analizó la importancia del objetivo de disuasión en materia persecutoria. Por lo tanto, toda política pública que busque aumentar los niveles de disuasión es loable, por supuesto, dentro de parámetros que respeten aquellos derechos que son inherentes al ser humano.

Los programas de cumplimiento son una pieza importante para alcanzar el objetivo de la disuasión. En efecto, como se vio, estos programas buscan prevenir y detectar conductas ilícitas. Además, éstos pueden producir múltiples beneficios asociados, tales como reducir la carga que pesa sobre los tribunales de justicia, facilitar la actividad de investigación fiscal, entre otros beneficios. Por supuesto, como ocurre en el caso de la definición de externalidades económicas, existe un sinnúmero de beneficios también asociados a la implementación de programas de cumplimiento, tales como la preservación de la riqueza y el patrimonio corporativo, la atracción de mayor y mejor talento humano, el fomento de una cultura ética y de buenas prácticas, entre muchos otros.

La Fiscalía Nacional Económica ha realizado una buena labor promoviendo el cumplimiento de las normas de libre competencia. En efecto, esta institución ha publicado constantemente a lo largo de los últimos 10 años material que define y describe lo que entiende como un correcto cumplimiento a las normas de libre competencia. Así, ha dictado directrices para ser adoptadas por órganos de la Administración del Estado, asociaciones gremiales, particulares, entre otros.

Sin perjuicio de estos múltiples beneficios, los programas de cumplimiento han sido escasamente regulados en la ley. En efecto, *regular la autorregulación* es una materia que aún

enfrenta múltiples desafíos y desacuerdos en el derecho nacional y comparado. Ahora bien, la falta de regulación expresa no debe ser vista en principio como algo necesariamente malo, puesto que como se vio, los programas de cumplimiento deben ser entendidos como un conjunto de normas y procedimientos de adopción estrictamente voluntaria. Esta conceptualización permite a las compañías obtener la flexibilidad necesaria para implementar programas de cumplimiento con un compromiso serio, y en muchos casos, de mayor exigencia que aquellos ordenados por la ley o una resolución judicial. La materia que sí podría en todo caso normativizarse son los efectos de estos programas de cumplimiento, en particular cuando ellos son objeto de investigaciones y procedimientos judiciales.

Así entendidos, en el derecho comparado algunas jurisdicciones han decidido otorgar efectos concretos a la implementación honesta y eficiente de programas de cumplimiento a la normativa de libre competencia, al punto de reducir cuantitativamente la pena que la norma asigna a las mismas infracciones monopólicas delimitadas por estos programas.

En Chile, la labor de interpretar la ley de libre competencia, respecto a la implementación de programas de cumplimiento, por supuesto, ha recaído en la Fiscalía Nacional Económica, en el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y en algunas pequeñas ocasiones ya definidas –y pendientes por definir–, la Excm. Corte Suprema de Justicia. La Fiscalía Nacional Económica, si bien promueve la implementación de estos programas, e individualiza algunos beneficios que traen aparejados su adopción, no otorga beneficios directos a la implementación honesta y eficaz de éstos, ni siquiera para efectos de disminuir prudencialmente el monto de la sanción o conseguir una circunstancia atenuante por una activa colaboración a la Fiscalía en sede investigativa. Esto debería cambiar.

En sede judicial, en general, se han utilizado estos programas como instrumentos de negociación para alcanzar acuerdos conciliatorios entre la Fiscalía y las requeridas, o derechamente como medida propiamente tal, conforme a la facultad que tiene el H. Tribunal en su artículo 3° inciso primero parte segunda. En estos últimos casos, sin embargo, la evolución jurisprudencial ha sido notable: primigeniamente, estos programas de cumplimiento eran ordenados únicamente por medio de votos de minoría, para luego imponerlos por la mayoría del H. Tribunal en la parte resolutive de las sentencias. El H. TDLC, lamentablemente, ha caído en la necesidad de describir pormenorizadamente los elementos que deben contener estos

programas de cumplimiento, restando flexibilidad a las compañías para implementar estos programas conforme a las particularidades de su industria y riesgos asociados.

La autorregulación es un fenómeno que crece a pasos agigantados. Si bien no creo que sea toda la *panacea* en materia normativa, su adopción puede traer beneficios y externalidades económicas que por su inmensidad aún son difíciles de medir.

¿Estaba en lo correcto el hijo de Lady Macduff al decirle a su madre que las malas personas eran tontas porque no sabían que eran mayoría, y que en consecuencia, podían derrocar a los demás? Probablemente sí. Pero lo que ambos no sabían para ese entonces, es que Macbeth, el peor de todos los hombres, muere a manos de Macduff en el acto final.

BIBLIOGRAFÍA

1. Textos consultados

- Acuña Silva, M. (2013). *La libre competencia frente al artículo 285 del Código Penal: alternativas de punibilidad (o impunidad) de las alteraciones de precios por medios fraudulentos*.
- Alessandri Rodríguez, Arturo. (1943) *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil chileno*. Santiago, Imprenta Universitaria.
- Almunia, Joaquín (2010). Vicepresidente de la Comisión Europea responsable para la Política de Competencia. Discurso otorgado ante la BusinessEurope & US Chamber of Commerce. Competition conference, Speech/10/586. Bruselas, 25 de octubre de 2010.
- Anderson, Andy B., Harris, Antony R. y Miller, JoAnn. Models of Deterrence Theory. (1983). *Social Science Research*, 12(3), 236-292.
- Anríquez Novoa, Álvaro. (2016). Ética profesional del abogado: Normativa vigente en Chile. *Revista Ius et Praxis*, 22(2). 331–372.
- Arroyo Jiménez, Luis. (2015). Introducción a la autorregulación. En: Arroyo Jiménez, Luis y Nieto Marín, Adán (Directores). *Autorregulación y Sanciones*. Madrid, Thomson Reuters.
- Atria, Fernando. (2016). *La forma del derecho*. Madrid. Marcial Pons.
- Autorità Garante della Concorrenza, República de Italia. (2018). *Guidelines on Antitrust Compliance*. English Version.
- Autorité de la concurrence, República de Francia. (2012). Framework-Document of 10 February 2012 on Antitrust Compliance Programmes.
- Autorité de la concurrence, República de Francia. (2012). *Antitrust compliance and compliance programmes. Corporate tools for competing safely in the marketplace*.
- Awad Cherit, Alejandro; Bascuán Rodríguez, Antonio; Chaves Pérez, Miguel y Contreras Enos, Marcos. (2017). *Informe en Derecho. Justificación y presupuestos legales de una guía interna de la Fiscalía Nacional Económica relativa a la interposición de querellas por el delito de colusión*.
- Banfi, Cristián. (2014). Acerca de la imputación de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos entre rivales en Chile. *Revista Chilena de Derecho*, 41(1), 37-58.
- Barros Bourie, Enrique. (2010). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago, Ed. Jurídica de Chile.

- Becker, G.S. (1968), Crime and punishment: An economic approach. *Journal of Political Economy* 76(169) 217.
- Becker, G.S. and G.J. Stigler. (1974). Law enforcement, malfeasance, and compensation of enforcers. *Journal of Legal Studies*, 3, 1-18.
- Biblioteca del Congreso Nacional. (2016). Historia de la Ley N° 20.945.
- Black, J. (1996) Constitutionalising Self-Regulation, *Modern Law Review*, 59-1.
- Bushway, Shawn D., Owens, Emily G. y Morrison Piehl, Anne. (2012). Sentencing guidelines and judicial discretion: quasi-experimental evidence from human calculation errors. *National Bureau of Economic Research*, 9(2) 291-319.
- Calabresi, G. (1970). *The Costs of Accidents*. Yale University Press, New Haven.
- Centro de Regulación y Competencia. Informe en Derecho. (2010) *Programas de Compliance, Incumplimiento de Sentencias y Responsabilidad Infraccional*. Aportado por Compañía Chilena de Tabacos S.A. para la causa rol C-196-2009 caratulada “Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra la Compañía Chilena de Tabacos S.A.”, tramitada ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
- Competition Bureau (Canada) (2015). *Corporate Compliance Programs*.
- Competition Commission of Singapore. (2016). *Guidelines on the Appropriate Amount of Penalty in Competition Cases*.
- Conselho Administrativo de Defesa Economica. (2016). *Guidelines on the structuring and benefits of adopting competition compliance programs*.
- Darnaculleta, María Mercè. (2005) *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*. Marcial Pons, Madrid, 2005.
- Deloitte (2016). *Tercer Estudio sobre la percepción del efecto disuasivo de las acciones de la Fiscalía Nacional Económica. Fiscales de empresas*.
- Deutsches Institut für Compliance. (2017). *Antitrust Compliance. Part 1: Cornerstones for effective compliance programmes*.
- Dong Ailin et al. (2014). Busted! Now What? Effects of Cartel Enforcement on Firm Value and Policies, *INSEAD Working Paper* No. 2014/38/FIN.
- European Commission Competition (2011). *Compliance matters. What companies can do better to respect EU competition rules*.
- Fiscalía Nacional Económica (2011). *Asociaciones gremiales y libre competencia*.
- Fiscalía Nacional Económica (2012). *Programas de cumplimiento de la normativa de libre competencia*.
- Fiscalía Nacional Económica (2012). *Sector público y libre competencia. Evaluando sus actuaciones desde la perspectiva de la competencia*.

- Fiscalía Nacional Económica. (2012). *Guía para el análisis de operaciones de concentración*.
- Fiscalía Nacional Económica. (2014). *Guía para el análisis de restricciones verticales*.
- Fiscalía Nacional Económica. (2017). *Código de Ética*.
- Fiscalía Nacional Económica. (2017). *Guía interna sobre delación compensada en casos de colusión*.
- International Chamber of Commerce (2011). *Promoting Antitrust Compliance: The Various Approaches of National Antitrust Authorities*.
- International Organization for Standardization. (2015). *Competition Law Guidelines for Participants in the ISO Standards Development Process*.
- Jalabert-Doury, Nathalie; Harrison, David y Schmidt, Jens-Peter (2015). Enforcer's Consideration of Compliance Programs in Europe: A Long and Winding—but Increasingly Interesting—Road. *CPI Antitrust Chronicle*, 2.
- Kaplow, L. (1986). An economic analysis of legal transitions. *Harvard Law Review*, 99. 509-617.
- Lachnit, Eva. (2014). Compliance Programmes in Competition Law: Improving the Approach of Competition Authorities. *Utrecht Law Review*, 10(5).
- M. Zerilli, Filippo. (2010). The Rule of Soft Law: An Introduction. *Focaal*, 3:18.
- Maldonado Ibaceta, María Alejandra. (2015). *Autorregulación: análisis normativo. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*.
- Matus Acuña, Jean Pierre. (2017). Sobre el valor de las certificaciones de adopción e implementación de modelos de prevención de delitos frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, 11.
- Miller, Geoffrey P. (2014) An Economic Analysis of Effective Compliance. *New York University Law and Economics Working Papers*, 396.
- Mueller, Gerhard O.W. (1961) Problems posed by publicity to crime and criminal proceedings. *University of Pennsylvania Law Review*, 110(1), 1-26.
- Muñoz León, Fernando. (2013). ¿Se hará justicia? Una crítica a la suspensión condicional del caso “colusión de farmacias”. *Revista de Estudios de la Justicia*, 19.
- Office of Fair Trading. (2011). *How your business can achieve compliance with competition law. Guidance*.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2014). *Evaluación del régimen de control de concentraciones en Chile. Informe del Secretariado de la OCDE*.

- Pantoja Bauzá, Rolando. (2005). El control de la Administración Pública en Chile. Desde un control causal de objeto formalizado a un control plural de objeto sustantivo. En: López Olvera, Miguel y Cienfuegos Salgado, David (Coordinadores). *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho administrativo*. Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Parcu, Pier Luigi y Stasi, Maria Luisa. (2016). Antitrust Compliance Programs in Europe: Status Quo and Challes Ahead. *Launch Workshop ENTraNCE for Executives*, European University Institute, San Domenico di Fiesole, Florence.
- Parker, Christine. (2006). The “Compliance” Trap: The Moral Message in Responsive Regulatory Enforcement. *Law & Society Review*, 40(3) 591-622.
- Parker, Christine. (2011). Criminal Cartel Sanctions and Compliance: The Gap between Rhetoric and Reality’, in *Beaton-Wells, C. y Ezrachi, A. Criminalising Cartels: Critical Studies of an International Regulatory Movement*. Hart, 239-250.
- Polinsky, A.M. and S. Shavell. (1993). Should employees be subject to fines and imprisonment given existence of corporate liability?. *International Review of Law and Economics*, 13. 239-257.
- Posner, R. A. (1972). *Economic Analysis of Law*, 1st ed. Little, Brown and Company, Boston. Posner, R.A. (1975). The economic approach to law, *Texas Law Review* 53:757-782.
- Posner, R.A. (1985). An economic theory of the criminal law, *Columbia Law Review* 85:1193-1231.
- Riley, Anne y Sokol D. Daniel. (2014). Rethinking Compliance. *University of Florida Levin College of Law Research Paper*, 16(3).
- Rousseau, Jean-Jacques. (1780) *Du contrat social, ou principes du Droit politique*, Genève.
- Rubin, P.H. (1977). Why is the common law efficient? *Journal of Legal Studies* 6:51-63.
- Shavell, S. (1984b), The design of contracts and remedies for breach, *Quarterly Journal of Economics*, 99:121-148.
- Ştefan, O. A. (2008). European Competition Soft Law in European Courts: A Matter of Hard Principles? *European Law Journal*, 14. 753-772.
- Tapia, Javier. (2013). La aplicación de multas a agentes económicos en el derecho chileno de la libre competencia. Una propuesta metodológica. En: *Centro de Estudios Públicos, Estudios Públicos*, 132. 71-105.
- United States Sentencing Commission. (2018). *Guidelines Manual*.
- Valdés Prieto, Domingo. (2006). *Libre competencia y monopolio*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- Velasco Letelier, E. (1941). *El objeto ante la jurisprudencia*.

- Vergara Blanco, Alejandro. (2010). La summa divisio iuris público/privado de las disciplinas jurídicas. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 17(1).
- Wils, Wouter P. J. (2013). Antitrust compliance programmes and optimal antitrust enforcement. *Journal of Antitrust Enforcement*, 1(1). 52–81.
- Wilson, James Q. y Kelling, George L. Broken Windows: The Police and Neighborhood Safety. (1982). *The Atlantic Monthly Group*, 249, 29-38.
- Zlatina, Georgieva (2016). The judicial reception of competition soft law in the Netherlands and the UK. *European Competition Journal*, 12:1. 54-86.

2. Jurisprudencia consultada

- Excma. Corte Suprema de Justicia. Causas roles 2788-2012, 2582-2012 y 2423-2012. Sentencias todas de fecha 28 de noviembre de 2012.
- Excma. Corte Suprema de Justicia. Resolución de fecha 31 de agosto de 2009 dictada en causa rol 3344-2009.
- Excma. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012 dictada en causa rol 2788-2012.
- Excma. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de fecha 4 de diciembre de 2012, dictada en causa rol 11.968-2011.
- Excma. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de fecha 29 de diciembre de 2015, dictada en causa rol 32.149-2014.
- H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 16/2005.
- H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 81/2009.
- H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 115/2011.
- H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 119/2012.
- H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 133/2014.
- H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 139/2014.
- H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 141/2014.
- H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 145/2015.
- H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 148/2015.
- H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 160/2017.
- H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Sentencia N° 165/2017.
- H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Resolución N° 51/2018.