

# CASO SUPERMERCADOS: EL DESAFÍO DE COMPRENDER Y VALORAR ADECUADAMENTE EL ROL DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO (SCS ROL 9.361 – 2019)

MARÍA SOLEDAD KRAUSE MUÑOZ<sup>1</sup>

**RESUMEN.** En el presente comentario se analizan críticamente las tres afirmaciones que realiza la Corte Suprema en la sentencia del 8 de abril de 2020 en la causa de colusión de *supermercados* respecto de la definición, potencial valor y prueba de los Programas de Cumplimiento, advirtiendo la necesidad de que ellas se revisen para la satisfacción de la función preventiva que les corresponde a los órganos jurisdiccionales en materia de libre competencia.

**PALABRAS CLAVE.** Colusión, libre competencia, Programas de Cumplimiento, defensa de cumplimiento.

**SUMARIO.** 1. Introducción. 2. Las definiciones de la Corte Suprema sobre los Programas de Cumplimiento en materia de libre competencia en la sentencia de colusión de supermercados. 3. Examen crítico de la sentencia de la Corte Suprema. 3.1. Una pobre definición de los Programas de Cumplimiento. 3.2 La falta de lugar sistemático para los Programas de Cumplimiento. 3.3. La necesidad de una norma expresa que consagre la eficacia eximente de los Programas de Cumplimiento. 3.4. La eficacia como único criterio de suficiencia de los Programas de Cumplimiento. 3.5. ¿Imposición de los Programas de Cumplimiento? 4. La función de prevención a cargo de los órganos jurisdiccionales. 5. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

Por sentencia del 8 de abril de 2020, la Corte Suprema se pronunció sobre los recursos de reclamación interpuestos en contra de la sentencia de 28 de febrero de 2019 dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante “TDLC”), y que había acogido el requerimiento presentado por

<sup>1</sup> Abogada Universidad de Chile. Máster en Argumentación Jurídica Universidad de Alicante. Magíster en Filosofía, mención Epistemología Universidad de Chile. Doctora en Derecho y Ciencias Penales Universidad Pompeu Fabra.

la Fiscalía Nacional Económica (en adelante “FNE”) en contra de Cencosud, SMU y Walmart por el ilícito infraccional tipificado en los artículos 3 inciso primero e inciso segundo letra a) del Decreto Ley N°211.

En la referida decisión, la Corte Suprema rechazó los recursos de reclamación deducidos por las requeridas y acogió el de la FNE, y junto con declarar que Cencosud, SMU y Walmart infringieron la ley al “haber participado en un acuerdo destinado a fijar, por intermedio de sus proveedores, un precio de venta para la carne de pollo fresca en supermercados, igual o superior a su precio de lista mayorista al menos entre los años 2008 y 2011” incrementó las multas a las que se las había condenado a 11.532 UTA en el caso de la primera, 6.876 UTA en el caso de SMU y 11.160 UTA de Walmart. “Lo anterior sin perjuicio de la obligación de adoptar un programa de cumplimiento, en los términos ya establecidos por la sentencia recurrida”. Finalmente, acogió la reclamación intentada por Odecu y Conadecus “solo en cuanto se dispone que, ejecutoriada la presente sentencia, vuelvan los antecedentes administrativos a la FNE, a fin de que se indague la existencia de conductas contrarias a la libre competencia y, en su caso, la necesidad de adoptar medidas correctivas o prohibitivas, respecto de otros mercados u otros productos, conforme a los antecedentes que obran en la investigación administrativa”.

La sentencia merece atención por varias razones, como la referente a la legitimación pasiva en el caso de empresas que forman parte de un conglomerado; el estándar de prueba y los requisitos mínimos que debe satisfacer la valoración de la prueba cuando se sujeta al sistema probatorio de la sana crítica; o la procedencia de la decisión del máximo tribunal de ordenar una investigación a la autoridad competente; pero sólo sobre una de ellas me referiré aquí. Se trata de la referida a los Programas de Cumplimiento, y las razones esbozadas por el sentenciador para rechazar la solicitud de exención o, en subsidio, rebaja de sanción, fundadas en esa defensa. Asimismo, aludiré a la decisión del máximo tribunal de imponer la obligación de adoptar un Programa de Cumplimiento a las tres requeridas.

Con el objeto de desarrollar este análisis, me referiré primero a las definiciones que contiene la sentencia comentada en lo que dice relación con los Programas de Cumplimiento y sus fundamentos. Argumentaré luego de manera crítica respecto de cada una de esas afirmaciones esbozando las razones que me parecen atendibles para cuestionarlas, terminando este comentario con una reflexión acerca del rol que le corresponde a la Corte Suprema en prevenir atentados en contra de la libre competencia cuando conoce en estas materias de acuerdo con el diseño del Decreto Ley N°211.

## 2. LAS DEFINICIONES DE LA CORTE SUPREMA SOBRE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA EN LA SENTENCIA DE COLUSIÓN DE SUPERMERCADOS

Si se examina la sentencia comentada, se advierte que, en lo que dice relación con los Programas de Cumplimiento en general, y sobre la defensa fundada en estos, la Corte Suprema formula tres afirmaciones relevantes.

La primera de ellas dice relación con la definición de los Programas de Cumplimiento y su función. En ese sentido, señala en el Considerando 51° que este “corresponde a un conjunto de políticas, prácticas y procedimientos tendientes a asegurar que al interior de un agente económico se observen las normas protectoras de la libre competencia. Se trata esencialmente de un instrumento que, por un lado, manifiesta la intención corporativa de respeto a la legislación en esta materia y, por otro, tiene una finalidad esencialmente preventiva, estableciendo mecanismos sancionatorios únicamente para aquellos casos en que tal labor de prevención ha fracasado”.

La segunda, con la imposibilidad de que un Programa de Cumplimiento sea invocado como eximente ante la ausencia de una norma expresa en el Decreto Ley N°211 que lo consagre como tal, de manera que sólo podría ser hecho valer como atenuante si satisface determinados requisitos mínimos. En ese sentido, el máximo tribunal advierte en el mismo Considerando 51° que: *“En concepto de esta Corte debe considerarse, en primer lugar, que la sola existencia de un programa de cumplimiento no puede erigirse como una eximente de responsabilidad, puesto que ello enfrenta un obstáculo de índole normativa. En efecto, las eximentes de responsabilidad están expresamente reguladas en la ley y, en este caso, un código de buenas prácticas no está contemplado en el Decreto Ley N°211 como productor de dicho efecto. Es más, a modo ejemplar, la delación compensada, que sí está sancionada como una eximente en el artículo 39 bis del mismo cuerpo normativo, únicamente opera para la imposición de un castigo pecuniario, pero no exonera a la delatora, como tampoco impide que se le apliquen sanciones de otro tipo. En otras palabras, si bien corresponde destacar y promover la creación de directrices y planes tendientes a resguardar el cumplimiento de las normas sobre libre competencia al interior de las empresas, no es posible que estos sentenciadores apliquen como eximentes circunstancias que no están expresamente previstas por el legislador”*.

La tercera afirmación se encuentra referida al deber de prueba que genera una defensa fundada en el cumplimiento y la forma en que el mismo se satisface cuando se lo invoca como atenuante. Señala en relación con esta cuestión el sentenciador: “En cuanto atenuante, como acertadamente viene resuelto, un

plan de cumplimiento completo, real y serio exige un examen también desde el punto de vista de su efectividad. En este sentido, un instrumento que reúna todos estos requisitos necesariamente será eficaz en prevenir conductas contrarias a la libre competencia. Por el contrario, la verificación de una práctica anticompetitiva como aquella reprochada en estos antecedentes, que se extendió por, a lo menos, 4 años según el requerimiento de la FNE, deja en evidencia que las directrices impuestas por las empresas requeridas no resultaron idóneas o eficaces en el cumplimiento de la finalidad preventiva que las caracteriza, circunstancia que deja de manifiesto, por un lado, la necesidad de su perfeccionamiento y, por otro, el merecimiento de una sanción” (Considerando 51º), en base a lo cual concluye que *“no se ha acreditado en autos razón alguna para que las multas calculadas sean rebajadas o dejadas sin efecto”* (Considerando 52º).

Adicionalmente, y también en relación con los Programas de Cumplimiento, la Corte Suprema ratifica la decisión del TDLC de imponer a las requeridas “la obligación de adoptar un programa de cumplimiento en los términos ya establecidos en la sentencia recurrida”, con lo que comparte la decisión de que estos se trasformen en una medida gravosa, cuya existencia y requisitos mínimos son delimitados de manera heterónoma por el sentenciador.

### 3. EXAMEN CRÍTICO DE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Efectuaré un examen crítico de las tres definiciones contenidas en la sentencia de la Corte Suprema en lo que dice relación con los Programas de Cumplimiento a partir de varios enunciados concretos, y teniendo como contrapunto la posición del TDLC. Me ocuparé asimismo, de manera breve, de las razones por las que, estimo, las definiciones del máximo tribunal deben ser revisadas, si es que se pretende satisfacer la función preventiva que –como argumentaré– corresponde a los órganos de adjudicación en materia de libre competencia.

#### **3.1. Una pobre definición de los Programas de Cumplimiento**

Lo primero que llama la atención en la sentencia de la Corte Suprema es la pobre definición que realiza de los Programas de Cumplimiento. Si bien ellos pueden ser descritos a grandes rasgos como un “conjunto de políticas, prácticas y procedimientos tendientes a asegurar que al interior de un agente económico se observen las normas protectoras de la libre competencia”, como dice al referirse a ellos por primera vez, estos no pueden ser identificados sin más con reglas que regulan el comportamiento del administrado, como

parece entender cuando alude a ellos como “instrumento” o los identifica con “código de buena conducta” o “directrices y planes” en el Considerando 51°. Estas caracterizaciones ponen de manifiesto que dispone de una visión restringida e incompleta, y en cualquier caso, formal, de ellos.

En lo que dice relación con esta cuestión, el TDLC en la sentencia N°167 de 28 de febrero de 2019, parece tener una comprensión más amplia cuando señala en el Considerando 174° que los considera “la vía esencial para asegurar el apego a la normativa y detectar el mal comportamiento al interior de los agentes económicos”. Sin perjuicio de ello, cuando se refiere a sus componentes, por mucho que destaca que no es posible una única enumeración, considera como mínimos “el uso de auditorías y monitoreos; contar con un Oficial de Cumplimiento de nivel senior y empoderado dentro de la firma; tener un sistema de comunicación efectivo del programa al interior de la compañía; y aplicar incentivos y controles disciplinarios acordes; entre otras herramientas de gestión” (Considerando 180°), con lo que se centra en la función de prevención y detección de conductas potencialmente infractoras que ellos cumplen.

Si bien la definición que realiza el TDLC es más amplia que la de la Corte Suprema, resulta todavía insuficiente para comprender el contenido y alcance de estos Programas si se los examina en todo su potencial valor.

La definición de un Programa de Cumplimiento no resulta sencilla, antes que nada teniendo en cuenta la vaguedad de la expresión y el sinnúmero de sentidos con que se la utiliza; lo que ha llevado a que algunos autores la consideren de las nociones más imprecisas al uso<sup>2</sup>. No obstante, se ha ido asentando una comprensión de ellos que resulta acorde con su función en un sistema jurídico en que la colaboración público-privada es esencial<sup>3</sup>, y en que la eficacia de la regulación heterónoma es limitada y siempre insuficiente respecto de actividades y procesos cada vez más globales y complejos. Todo lo anterior, en un contexto en que la actividad humana constituye la principal fuente de riesgo para bienes jurídicos fundamentales<sup>4</sup>.

En una realidad configurada de esta manera, las funciones del Estado y del derecho, así como los mecanismos destinados a su satisfacción, varían<sup>5</sup>; y la

<sup>2</sup> Nieto (2013- 2014) p. 173.

<sup>3</sup> Esteve (2014b) p. 35.

<sup>4</sup> Este desplazamiento del peligro al riesgo es una de las características de las sociedades postindustriales, como destaca Esteve (2014a) pp. 1231- 1232.

<sup>5</sup> Bobbio (1991) pp. 380- 383.

autorregulación se convierte en uno de especial valor<sup>6</sup>. Lo que corresponde sobre todo al Estado es la gestión y administración de los riesgos que se generen en diversos ámbitos de actividad que desarrollan los administrados y de los que tiene un conocimiento y capacidad de intervención limitados y parciales; de ahí que una de las formas más adecuadas para asegurar la eficacia de dicha función sea el fomento de formas cada vez más completas y suficientes de auto-organización. En ese contexto, la satisfacción de los fines de la regulación por la vía de la imposición de sanciones, con un enfoque retrospectivo, se advierte como una herramienta en muchos casos insuficiente e ineficaz. Es por esto que debe ser combinada y en ciertos supuestos, reemplazada por otras que resulten óptimas. Un enfoque consecuencialista, pragmático, *responsivo*<sup>7</sup>, como el expresado, entrega a la autoridad administrativa diversas herramientas de intervención, las que tienen que ser dispuestas e impuestas por ella de un modo flexible, precisamente con el objeto de adaptarse a las complejas y variables circunstancias del caso concreto.

En este escenario, los Programas de Cumplimiento pueden ser concebidos como una forma de organización –autorregulación aplicada a la estructura y los procedimientos internos de un agente económico– que se diseña e implementa como expresión de una cultura respetuosa de las reglas vigentes. Lo que se pretende con ellos es que sea posible una razonable y eficaz gestión de riesgos en diversos ámbitos a través de la autorregulación del administrado.

Una comprensión como la que se propone permite dar un valor más amplio a esta técnica, en la medida en que pone de manifiesto, en toda su extensión, su valor, y la exhibe como una herramienta que permite satisfacer de manera funcionalmente equivalente los fines de la regulación. Comprender, de este modo, que ellos buscan la creación de una cultura de cumplimiento, y no sólo prevenir la comisión de ciertas conductas infractoras. La prevención parece un resultado esperable y deseable de una política de cumplimiento, lo mismo que la detección de conductas potencialmente infractoras y su sanción, pero la finalidad de un Programa serio, efectivo y creíble va más allá.

---

<sup>6</sup> Esteve (2014b) pp. 83- 84. Braithwaite (1982) pp. 1467- 1470 destaca que la autorregulación puede conllevar una inspección más profunda de las actividades sujetas a ella teniendo en cuenta factores tales como el tiempo, los recursos destinados, la especialización de los encargados, entre otros, la extensión de la revisión, la disposición a colaborar de los obligados, entre otros, todos los cuales facilitan la detección de potenciales infracciones y la reacción eficiente en relación con las mismas. Asimismo, que se encuentran en mejores condiciones de regular sus actividades los regulados que los órganos estatales, aunque no siempre se encuentran dispuestos a ello, lo que justifica -de acuerdo con el autor- un sistema de *enforced self regulation*.

<sup>7</sup> Ayres y Braithwaite (1992), *passim*.

Concebidos de este modo, es posible poner el acento en elementos que no han sido suficientemente explicitados en las sentencias que se comentan y que en toda estrategia de cumplimiento es esencial como lo son el exhaustivo y completo análisis de riesgos, que permita detectar aquellas actividades, procedimientos, estructuras organizativas que requieren especial atención, y medidas *ad hoc* destinadas a conjurarlos. Sólo una vez realizado ese estudio y examen de los riesgos propios de la actividad, procede el diseño de una estructura, una organización, un conjunto de procedimientos, llamados a hacerse cargo de esos riesgos, previniéndolos, evitándolos y, en su caso, detectándolos y sancionándolos. Como se advierte, el elemento normativo y documental constituye únicamente un aspecto de esta organización.

### 3.2. La falta de lugar sistemático para los Programas de Cumplimiento

La Corte Suprema, junto con definir los Programas de Cumplimiento, argumenta que por medio de estos la organización “manifiesta la intención corporativa de respeto a la legislación en esta materia”. Por mucho que se trataría de una expresión de la voluntad de la persona jurídica, la Corte Suprema no encuentra para ellos un lugar sistemático en el sistema de responsabilidad de libre competencia, lo que explica que considere que la ausencia de una norma expresa que los reconozca como eximentes, se vuelve un impedimento para que se les reconozca eficacia. En ese sentido, señala en el Considerando 51º: *“En concepto de esta Corte debe considerarse, en primer lugar, que la sola existencia de un programa de cumplimiento no puede erigirse como una eximente de responsabilidad, puesto que ello enfrenta un obstáculo de índole normativa. En efecto, las eximentes de responsabilidad están expresamente reguladas en la ley y, en este caso, un código de buenas prácticas no está contemplado en el Decreto Ley N°211 como productor de dicho efecto. Es más, a modo ejemplar, la delación compensada, que sí está sancionada como una eximente en el artículo 39 bis del mismo cuerpo normativo, únicamente opera para la imposición de un castigo pecuniario, pero no exonera a la delatora, como tampoco impide que se le apliquen sanciones de otro tipo. En otras palabras, si bien corresponde destacar y promover la creación de directrices y planes tendientes a resguardar el cumplimiento de las normas sobre libre competencia al interior de las empresas, no es posible que estos sentenciadores apliquen como eximentes circunstancias que no están expresamente previstas por el legislador”*.

El TDLC en la sentencia N°167, de 28 de febrero de 2019, es de una opinión diferente en relación con esta cuestión, dando a entender que la implementación de un Programa de Cumplimiento serio y robusto daría cuenta de la diligencia con que ha obrado la organización, de manera que potenciales actos infractores generados dentro de su seno, no le serían imputables subjetivamente. Es así como en el Considerando 174º, citando a Banks y Murphy,

argumenta que *“las empresas no son simplemente individuos grandes; ellas están conformadas por una complicada conjunción de individuos, departamentos, culturas, motivaciones, y todos los otros elementos que constituyen una sociedad. Ninguna compañía, y ninguna sociedad en la historia de la humanidad, ha sido capaz de controlar la conducta de todos sus miembros en todas sus acciones. Simplemente castigando a una organización porque uno o más de sus miembros hace algo malo tiene sentido solo si sirve para prevenir el mal comportamiento (...) si una compañía usa la debida diligencia para prevenirlo, entonces el castigo no tiene una función disuasiva y deviene solo en un amoral ejercicio de levantamiento de ingresos”*. Identifica más tarde, en el Considerando 177º, que lo que faltaría en los supuestos en que se ha implementado un Programa de Cumplimiento serio y robusto es la culpabilidad de la persona jurídica, cuando dice que *“como se ha sostenido en sentencias anteriores (por ejemplo, en Sentencia N°147/2015, considerandos 8º y 9º), el incumplimiento normativo solo da origen a responsabilidad administrativa en esta sede cuando es culpable, esto es, el sujeto infringe la norma habiendo podido respetarla. En otras palabras, la responsabilidad por inobservancia de la ley en el caso concreto le es imputable y exigible porque gozaba de la posibilidad de cumplirla o no cumplirla. A contrario sensu, no incurre en responsabilidad el sujeto que incumple la norma producto de un acto u omisión que le era imposible evitar o resistir. En ese sentido, la responsabilidad no es estricta u objetiva, entendida como aquella que se produce con independencia de la culpa del sujeto, sino por culpa o negligencia”*. Agrega, finalmente, en el Considerando 178º que: *“el diseño y aplicación de programas de cumplimiento y ética (...) puede ser prueba manifiesta de aquel cuidado que permite al agente económico eximirse de responsabilidad por conductas anticompetitivas de sus trabajadores. En efecto, un programa cuya elaboración y ejecución reúne ciertos atributos mínimos permite calificar la ocurrencia de conductas ilícitas como hechos imposibles de haber podido prevenir o evitar con la debida diligencia y, por consiguiente, constitutivos de una causal eximente de responsabilidad”*.

A propósito del reconocimiento de la eficacia potencial de los Programas de Cumplimiento, el TDLC ofrece un argumento que contribuye al despliegue y a la profundización de la construcción dogmática del sistema de responsabilidad en libre competencia, el que se caracteriza porque el principal infractor y sujeto del procedimiento es la persona jurídica. En esta materia, como sucede las más de las veces en el administrativo sancionador, se advierte una deficiencia de argumentación en lo que dice relación con el título de imputación a la persona jurídica. Cuando se pretende sostener que es ella la responsable, resultaría necesario determinar cuáles son las razones o criterios por los cuales los actos que despliegan personas físicas concretas –atendido el impedimento de las personas jurídicas para intervenir directamente en el mundo externo– pueden serles atribuidos; pero las más de las veces no se explicitan. En general,

en estos ámbitos, la imputación se realiza de manera automática a la persona jurídica cuando los actos de las personas naturales tienen lugar en su ámbito de actividad o de intervención (dentro de sus funciones y en su beneficio), sin que se haya planteado, en general, una discusión acerca de cuál sería el título por el que esos actos de personas naturales *le pertenecen* al ente ficticio<sup>8</sup>.

En materia penal, el muy reciente reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ha obligado a preguntarse también en este ámbito y a justificar en lo administrativo sancionador cuál es ese criterio de atribución, poniendo de manifiesto la existencia de dos modelos puros de atribución de responsabilidad a la persona jurídica: ya por hecho propio (un defecto en su organización de acuerdo con una de las teorías) o vicarial, por el hecho del dependiente en relación con quien no se ejercen debidamente los deberes de diligencia y cuidado, y muchos modelos intermedios.

Lo que viene a señalar el TDLC en su sentencia, es que los Programas de Cumplimiento constituirían el mecanismo por medio del cual la persona jurídica satisface la diligencia que le es exigible en el control y fiscalización de aquellos que se encuentran bajo su dependencia; de ahí que si éste concurre y es suficiente, los hechos potencialmente infractores que sucedan no puedan serle atribuidos a título de culpa: como no ha podido evitarlos con la diligencia que le era exigible, no pueden serle reprochados<sup>9</sup>.

En mi entender, la responsabilidad de las personas jurídicas en materia de libre competencia puede obedecer tanto a un esquema de responsabilidad por el hecho propio, como por responsabilidad vicarial. No obstante, en cualquiera de ellas, si los Programas de Cumplimiento existen y resultan suficientes, lo que falta es uno de los elementos que permiten la construcción de la responsabilidad en materia de libre competencia: ya el defecto en la organización; ya el elemento subjetivo que hace posible la atribución del hecho concreto (del

---

<sup>8</sup> Como dicen Riley y Sokol (2014) pp. 20- 21: "Enforcement should not just be about punishment but about changing normative values within an organization. This is where credible antitrust compliance programs have a role. The major antitrust jurisdictions appear to assume the intent on the part of the company to violate the law. However, companies do not commit crimes, individuals do. In some cases, a company's (lack of ethical) culture and lack of effective oversight may provide the ability if these individuals (and the company) to reap rewards from cartel activity. However, where senior management within a company is genuinely committed to compliance, but a violation nevertheless occurs, antitrust authorities need to understand that in those cases the individual 'rogue' employee does not represent the company and its policies. In such settings, the proper recognition of genuine compliance efforts can incentivize the company (and indeed other companies) to invest more in genuine compliance efforts, and thus deter, detect and punish individual bad behavior".

<sup>9</sup> La exigencia de culpabilidad en relación con las personas jurídicas dice relación con la posibilidad de que estas puedan eximirse de responsabilidad si es que satisfacen el estándar de diligencia que es debido. Ver, a este respecto, Barros (2007); Hernández (2010) p. 213.

o los dependientes). Ese lugar sistemático de los Programas de Cumplimiento vuelve innecesario que, para reconocerles valor como eximente, se requiera una norma expresa que así lo consagre, como se expondrá en el apartado siguiente.

### **3.3. La necesidad de una norma expresa que consagre la eficacia eximente de los Programas de Cumplimiento**

La Corte Suprema declara en su sentencia que los Programas de Cumplimiento no pueden eximir de responsabilidad en atención a que el Decreto Ley N°211 no contiene una regla que así lo consagre. Como argumento *a contrario sensu*, sostiene que en el caso de la delación compensada ello es posible en atención a que el legislador expresamente le confiere esa eficacia. Concluye en ese sentido el máximo Tribunal en el Considerando 51° que “no es posible que estos sentenciadores apliquen como eximentes circunstancias que no están expresamente previstas por el legislador”.

El TDLC en la sentencia N°167 de 28 de febrero de 2019, había sido de una opinión diferente. Señala en el Considerando 176° que: “*si bien la legislación no contempla expresamente eximentes de responsabilidad (incluyendo una causal por cumplimiento), tampoco se opone a ello. El ámbito de los presupuestos de la responsabilidad está, en nuestro derecho, entregado enteramente al desarrollo jurisprudencial. En este sentido, es posible sostener que el máximo reconocimiento a una firma que ha implementado un programa de cumplimiento y ética que cumple con el estándar señalado en los considerandos siguientes, bien puede ser su exención de responsabilidad*”.

En lo que dice relación con el pretendido impedimento de ofrecer una eficacia eximente de responsabilidad a los Programas de Cumplimiento, me parece que es importante tener en cuenta varios argumentos.

Si se entiende que los Programas de Cumplimiento inciden en los elementos que permiten construir la imputación de responsabilidad en materia de libre competencia, se entienda que se trata del presupuesto del que ésta deriva: la organización deficiente, o de la culpabilidad que permite su atribución; no se requiere ninguna norma expresa que les reconozca eficacia. En la medida en que el órgano adjudicador tenga por probada la existencia y suficiencia del mismo, el comportamiento infractor desplegado por una o más personas naturales *no pertenecerá* a la organización, de ahí que no podrá serle reprochado. Utilizando las mismas expresiones del TDLC, se trataría de comportamientos que, aunque sucedidos en dicho contexto, no serían expresivos de la voluntad de ésta, ni tampoco previsibles o evitables para ella. En otras palabras, no es necesario que el legislador consagre expresamente los Programas de Cumplimiento

como una exigente de responsabilidad, en la medida en que la existencia y suficiencia de ellos impide la atribución o declaración de responsabilidad de la persona jurídica por incidir en uno de los elementos que la hacen posible<sup>10</sup>. Para ello basta con encontrarles el lugar sistemático que merecen y sacar de ello las consecuencias que necesariamente derivan para la responsabilidad.

En seguida, la referencia a la delación compensada, como un argumento a contrario, resulta equivocada. La delación compensada es una herramienta de persecución que lo que busca es incentivar la colaboración del responsable, por la vía de ofrecerle una exención si aporta antecedentes relevantes. En relación con el delator concurren –al menos *prima facie*, toda vez que todavía no se ha desarrollado el juicio que permite la declaración de responsabilidad– todos los elementos que permiten declararla. Es por ello que tras esta herramienta concurre una verdadera renuncia a la sanción que –de seguirse el procedimiento– podría haberse conseguido. Las consideraciones del sistema normativo para valerse de ella son políticas y fundadas en la eficacia.

No sucede lo mismo con los Programas de Cumplimiento, los que, si se los considera como expresivos de una organización respetuosa de las reglas, o como la forma en que la organización satisface el cuidado debido, inciden en los elementos que hacen posible la construcción de la responsabilidad en sede de libre competencia. Su eficacia deriva estructuralmente del esquema de responsabilidad fundado en el acto propio de la organización, o en la responsabilidad vicarial subjetiva por el hecho de los dependientes.

### **3.4. La eficacia como único criterio de suficiencia de los Programas de Cumplimiento**

La Corte Suprema en el Considerando 51º declara que “*la sola existencia de un programa de cumplimiento no puede erigirse como una exigente de responsabilidad*”, sin embargo, parece entender que el único criterio de suficiencia del mismo es su eficacia, como argumenta a continuación cuando señala que “*un plan de cumplimiento completo, real y serio exige un examen también desde el punto de vista de su efectividad. En este sentido, un instrumento que reúna todos estos requisitos necesariamente será eficaz en prevenir conductas contrarias a la libre competencia. Por el contrario, la verificación de una práctica anti-competitiva como aquella reprochada en estos antecedentes, que se extendió por, a lo menos 4 años según el requerimiento de la FNE, deja en evidencia que las directrices impuestas por las empresas requeridas no resultaron idóneas o eficaces en el cumplimiento de la finalidad preventiva que las caracteriza, circunstancia*

<sup>10</sup> Ver Hernández (2018) pp. 427- 451.

*que deja de manifiesto, por un lado, la necesidad de su perfeccionamiento y, por otro, el merecimiento de una sanción”.*

El TDLC en la sentencia N°167, de 28 de febrero de 2019, considera como indicios de la existencia y suficiencia del mismo, el número de conductas potencialmente constitutivas de la infracción, el tiempo por el que las mismas se extendieron y los intervinientes en ellas (si son o no ejecutivos de rango superior) como indica en el Considerando 186°. Asimismo, el carácter preexistente del Programa (Considerando 187°), la completitud del mismo (Considerando 189°), y la actuación posterior a la detección de las conductas (Considerando 191°).

Como se advierte, la Corte Suprema realiza una valoración retrospectiva de los Programas de Cumplimiento. Estos le resultan robustos y creíbles si es que son efectivos, vale decir, si logran, en los hechos, prevenir las conductas infractoras. Un enfoque como el expresado –sobre todo si es el único que se tiene en cuenta– merece reparos, dado que del mismo modo que toda forma de organización que se estructura en el tiempo y que está llamada para regir a futuro, estos sólo pueden diseñarse e implementarse –y ser valorados luego– teniendo en cuenta lo que era esperable y previsible en ese momento, o en alguno de sus ajustes periódicos.

La aplicación de un criterio retrospectivo puede echar por tierra gran parte del sentido de estos Programas y el incentivo para su aplicación, en la medida en que las más de las veces, una vez sucedido el evento infractor, resulta patente la deficiencia previa. Ello es consecuencia del *sesgo retrospectivo* que nos lleva a examinar el pasado con una información de la que solo disponemos en el presente.

Lo que procede, en consecuencia, es evitar ese sesgo en la valoración, y concluir que la sola circunstancia de que existan actos infractores no puede llevar, sin más, a descartar la existencia o la eficacia del Programa de Cumplimiento: ellos deberán ser examinados y determinarse, con una perspectiva *ex ante*, si pueden ser considerados suficientes. Tampoco deberá entenderse como indicio de su carácter defectuoso, el que ellos hayan sido adaptados en el tiempo, en la medida en que el ajuste periódico surge como una necesidad si se pretende que cumplan de manera permanente su función. Lo que debe exigirse es la concurrencia de razonables esfuerzos teniendo en cuenta ese factor temporal, y no la infalibilidad del Programa<sup>11</sup>.

Superado ese análisis retrospectivo, se advierte que el verdadero desafío para el reconocimiento de la eficacia de los Programas de Cumplimiento dice relación con

---

11 Pérez (2014) p. 81.

la prueba<sup>12</sup>. Es por ello que me detendré en los párrafos siguientes en la carga de la prueba, el objeto de la prueba de un Programa de Cumplimiento (su existencia y suficiencia, se dirá) y en los medios de prueba para establecerlas.

En lo que dice relación con la primera de estas cuestiones, concuerdo con el TDLC en que es el administrado quien tiene la carga de probar la existencia y suficiencia del Programa de Cumplimiento que implementó. En materia de libre competencia existe una presunción de que los hechos infractores que han tenido lugar en el seno de la organización y que se han desplegado en interés de la empresa, le pertenecen a ella. De esta manera, la alegación de una defensa fundada en los Programas de Cumplimiento, obliga a quien pretende hacerlos valer, a acreditar que ellos existen, en primer término y, en seguida, que son suficientes. Si es que se considera que son expresivos de la voluntad de una organización de sujetarse a las reglas vigentes, esa voluntad, para que tenga eficacia, requiere de una seriedad y consistencia mínimas. Lo que se busca evitar, con toda razón, es abrir la puerta para el simple maquillaje y las alegaciones oportunistas, para eximir responsabilidad en supuestos en los que no media el esfuerzo requerido para la construcción de una cultura corporativa respetuosa de las reglas (y que pueda considerarse, al menos, funcionalmente equivalente de la desplegada por el Estado a través de una regulación heterónoma).

En lo que dice relación con el objeto de la prueba de la existencia de los Programas de Cumplimiento, será de cargo de quien lo alega demostrar todo el proceso de construcción del mismo, desde la evaluación de los riesgos relevantes, hasta el despliegue de los esfuerzos organizativos, materiales y personales destinados a implementarlo. No existen elementos fijos ni estructuras obligadas en ellos, sin embargo, parece importante que consideren, al menos, una evaluación de los riesgos de la actividad en el concreto mercado de que se trate y en el tiempo en que tienen lugar; una organización independiente que pueda implementarlos; medios económicos, materiales y humanos, para desplegarlos; procedimientos requeridos para conjurar los riesgos detectados; mecanismos para advertir las fallas, los errores o las omisiones y para reaccionar frente a ellos, y otros para reevaluar los riesgos y adaptar el Programa en el tiempo. En la medida en que no existe un modelo único, lo que deberá apreciarse es la racionalidad de aquel concreto para la satisfacción del fin que se persigue en esa organización específica<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Murphy (2011) pp. 24- 25.

<sup>13</sup> Estos han sido establecidos de muchas maneras diferentes, aunque con cierta consistencia. Ver, a modo ejemplar, Murphy y Kolasky (2012) pp. 62, quienes los listan del modo siguiente: 1. Risk assessment; 2. Integrated approach; 3. Standards; 4. Controls; 5. Empowered CECO; 6. Resources and infrastructure; 7. Board oversight; 8. Senior management support; 9. Personnel practices; 10. Training and communication; 11. Third parties; 12. Audit and monitoring; 14. Measure effectiveness; 14. Reporting systems; 15. Protection for retaliation; 16. Discipline; 17. Incentives; 18. Response to violations; 19. Diligence and industry practice; 20. Documentation.

Para efectos de apreciar su suficiencia, deberá examinarse en concreto la organización de que se trate, las características del agente, el mercado en el que se desenvuelve, las actividades que desarrolla; la forma y términos en que se ha diseñado e implementado, y los pasos que se han seguido para conseguirlo, los medios dispuestos para ello, los procedimientos diseñados y la forma y términos de su implementación, cómo ha actuado la empresa frente a una falla o infracción, entre otras cuestiones relevantes.

Como indicios de insuficiencia comparto los referidos al número de casos potencialmente infractores, así como su extensión en el tiempo, en la medida en que un número relevante de eventos o la circunstancia de que aquellos sucedidos no hayan sido detectados, puede poner de manifiesto que, o la evaluación de los riesgos se realizó de una manera insuficiente o incorrecta, o ella no recibió un ajuste razonable en el tiempo. También podrán serlo la clase de conductas infractoras –habida cuenta que aquellas más graves debieran conllevar una especial atención<sup>14</sup>–, así como la intervención de directivos<sup>15</sup>, teniendo en cuenta que resulta complejo sostener que no media la voluntad de la organización en las actuaciones de quienes la representan.

En lo que dice relación con los medios de prueba relevantes, estimo que debiera tener ese carácter los propios insumos internos que den cuenta del análisis de riesgo, y de todas las actuaciones concretas desplegadas para su implementación y ajuste en el tiempo, que aparecen como componentes necesarios de un Programa de Cumplimiento completo. Asimismo, puede resultar relevante el informe de expertos que den a conocer las actividades realizadas para preparar, implementar, cumplir y revisar los Programas de Cumplimiento. Las circunstancias de hecho que aporten pueden servir de base para que el TDLC o la Corte Suprema, en su caso, valoren la seriedad y suficiencia con la que han sido implementados, criterios normativos que, no obstante, exigen la prueba de sus presupuestos fácticos.

### **3.5. ¿Imposición de los Programas de Cumplimiento?**

Me referiré a continuación de manera crítica a la decisión de la Corte Suprema de imponer Programas de Cumplimiento, con lo que ratificó aquella adoptada por el TDLC en la sentencia N°167, de 28 de febrero de 2019.

En la señalada sentencia, el TDLC impuso a las requeridas la obligación de adoptar un programa de cumplimiento y ética en materia de libre competencia

<sup>14</sup> Para Montt (2011) no debiera tener eficacia la defensa de cumplimiento en los casos de colusión.

<sup>15</sup> Riley y Sokol (2014) p. 22.

(Considerando 237º), el que, según indica, debe satisfacer al menos los requisitos establecidos en la Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de la Libre Competencia de la Fiscalía Nacional Económica<sup>16</sup>, y, asimismo, debe tener una duración de cinco años, y contemplar las acciones mínimas que indican, consistentes en “a) dentro de 30 días hábiles contados desde que esta sentencia se encuentre ejecutoriada, el directorio de cada requerida deberá constituir un Comité de Cumplimiento integrado a lo menos por un director independiente, en los términos del artículo 50 bis de la Ley 18.046 de Sociedades Anónimas. Este Comité deberá estar establecido en los estatutos sociales y se encargará de proponer al directorio el nombramiento y remoción del Oficial de Cumplimiento señalado en la letra b) de este considerando, así como de velar por el buen cumplimiento de sus deberes; b) Nombrar, dentro de 30 días hábiles contados desde la constitución del Comité a que alude la letra anterior, a un Oficial de Cumplimiento encargado de velar especialmente por el respeto de las normas de defensa de la libre competencia al interior de cada compañía. El Oficial de Cumplimiento será designado y removido conforme a lo dispuesto en la letra anterior, deberá desempeñarse a tiempo completo en tal cargo y reportar sus acciones directamente al Directorio de la respectiva empresa. El nombramiento del Oficial de Cumplimiento deberá recaer en una persona externa a la compañía y ser informado a la Fiscalía Nacional Económica; c) Entregar, dentro de noventa días hábiles contados desde que esta sentencia se encuentre ejecutoriada, una copia de ella a los directores, gerentes, subgerentes y, en general, a los ejecutivos o empleados con alta responsabilidad ejecutiva, de administración y de toma de decisiones en materia comercial (ventas, definición de políticas de precios, formulación de cotizaciones en procesos de licitación o cotización u otra equivalente). La misma obligación regirá respecto de toda persona involucrada en la colusión sancionada en esta sentencia que aún desempeñe funciones en la respectiva compañía. En el evento que una persona asuma uno de esos cargos con posterioridad al transcurso de ese plazo se le deberá entregar una copia de esta sentencia junto con la suscripción del contrato respectivo o de la aceptación del cargo, según fuere el caso; d) Obtener, de parte de las personas señaladas en la letra c) precedente, una declaración jurada en la que se indique que han leído y entendido este fallo, y que no se encuentran en conocimiento de ninguna violación a las leyes que protegen la libre competencia en la empresa. Dicha declaración deberá efectuarse, por primera vez, dentro del plazo de noventa días hábiles contados desde que esta sentencia quede ejecutoriada. Luego deberá efectuarse anualmente, durante los cinco años siguientes a la fecha en que esta sentencia quede ejecutoriada; e) Proveer anualmente una capacitación comprensiva en materia de libre competen-

<sup>16</sup> Se refiere al Material de Promoción N°3 de junio de 2012, en que la FNE detalla en qué consiste un Programa de Cumplimiento, cuáles son las características y condiciones mínimas que ha de satisfacer, y sus potenciales efectos.

*cia. Dicha capacitación deberá otorgarse a: (i) las personas señaladas en la letra c) precedente y (ii) toda otra que el Oficial de Cumplimiento estime pertinente. El entrenamiento deberá ser efectuado por un abogado o economista externo y experto en libre competencia. La capacitación deberá incluir siempre un relato del contenido de esta sentencia. Esta medida tendrá una duración obligatoria de cinco años contados desde que esta sentencia quede ejecutoriada; f) Llevar a cabo al menos dos auditorías de libre competencia durante el periodo de cinco años contado desde que esta sentencia se encuentre ejecutoriada. Las auditorías deberán comprender, como mínimo, una revisión de: (i) las casillas de correo electrónico corporativos y los registros de llamados a través de teléfonos corporativos de las personas señaladas en la letra c) precedente; (ii) los incentivos establecidos en los contratos de trabajos; (iii) la participación de la compañía en procesos de licitación o cotización; (iv) la participación de la compañía en asociaciones gremiales; y (v) la política interna de libre competencia de la compañía; g) Mantener una línea de denuncia anónima que permita a cualquier empleado revelar directamente ante el Oficial de Cumplimiento eventuales infracciones a las normas de defensa de la libre competencia; y h) Proveer anualmente un reporte escrito a la Fiscalía Nacional Económica que dé cuenta de la ejecución del programa de cumplimiento. Dicho reporte deberá ser enviado durante los cinco años siguientes a la fecha en que quede firme la presente sentencia” (Considerando 238°).*

Esta es una medida que ha adoptado ya en varias oportunidades el TDLC en sentencias condenatorias de colusión<sup>17</sup>. Pese a que no se expresa de ese modo<sup>18</sup>, entiendo que los impone en calidad de “medidas preventivas”, de aquellas a que se refiere el artículo 3° (“*El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso*”), y teniendo en cuenta las funciones que le asigna el artículo 5° del Decreto Ley N°211 (“*El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia*”).

Esta decisión de los órganos de adjudicación me parece, no obstante, criticable por varias razones.

<sup>17</sup> Sentencias N°145, N°148, N°160, N°165 y N°172 con sucesiva determinación en lo que dice relación con su contenido.

<sup>18</sup> En este caso la sentencia señala en el Considerando N°237, que la obligación de adoptar un programa de cumplimiento y ética en materia de libre competencia se impone “como medida, en forma adicional a la multa impuesta”.

La primera de ellas, es una de simple lógica. Si los Programas de Cumplimiento constituyen, por definición, una forma de auto-organizarse, o la expresión de la voluntad de un agente que obedece al fenómeno de la auto-regulación. Resulta contradictorio que ellos sean impuestos heterónomamente en razón de una decisión de la autoridad, por mucho que se diga que la función de esa medida no es sancionar, sino prevenir.

En seguida, por consideraciones prácticas: la simple imposición externa de una medida que se percibe como gravosa no necesariamente transforma la lógica ni la dinámica de una organización. Bien puede ser adoptada externamente, satisfaciendo los requisitos formales que se han impuesto, pero no conllevar una verdadera modificación en la cultura corporativa, que es lo que en definitiva se persigue con la técnica de la autorregulación, y la única forma en que esta efectivamente contribuya a la satisfacción de la función de colaboración privada y resulte eficaz.

Adicionalmente, la imposición de los Programas de Cumplimiento debilita la forma en que se busca la promoción de estos por la autoridad encargada: el incremento de los incentivos para su implementación. Es decir, ahora en un sentido instrumental, la imposición de esta medida no aparece como un medio adecuado para el incentivo de los Programas de Cumplimiento. Aquellas empresas a las que se les haya ordenado implementarlo y que no lo hagan, o que lo implementen de una manera defectuosa o insuficiente, podrán ser perseguidas por un incumplimiento de la sentencia dictada, y deberá discutirse si es que podrán, a futuro, invocarlo en su beneficio, o se podrá decir, simplemente, que al implementarlo se han limitado a satisfacer un deber de comportamiento establecido en sentencia ejecutoriada, de ahí que no merezcan ninguno.

Por último, me parece que la decisión del TDLC de fijar un contenido mínimo a estos Programas, se opone a su carácter especialísimo y *ad hoc*. Por mucho que todo Programa de Cumplimiento debiera satisfacer elementos mínimos como una evaluación de riesgos, la disposición de medios, una organización, un conjunto de normas y procedimientos internos, mecanismos de fiscalización y de control, y métodos de evaluación y de ajuste de su contenido, la forma en que ellos se diseñen y concreten depende de cada agente económico en específico, según el mercado, la actividad que desarrolla, la industria en que se inserta, su gobierno corporativo y su organización, sus procedimientos internos, entre muchas otras particularidades relevantes. La imposición de un contenido, aunque sea mínimo, rigidiza innecesariamente ese diseño y puede conspirar, en definitiva, con su eficacia.

Más razonable que la imposición de Programas de Cumplimiento, es la elaboración de criterios objetivos y generales que puedan ser tenidos en cuenta por

los agentes económicos para desarrollarlos y la consolidación de las reglas que le reconozcan su potencial valor, tanto en sede administrativa, como jurisdiccional<sup>19</sup>. Como ya plantee en otro lugar<sup>20</sup>, estimo que lo más adecuado es que se les confiera una máxima eficacia retrospectiva, la que pueda ser reconocida tanto por la FNE<sup>21</sup>, como por el TDLC en las diversas etapas de aplicación de las reglas vigentes, siempre que se satisfagan los requisitos formales y materiales que permiten afirmar su existencia y suficiencia<sup>22</sup>. En la medida en que los agentes económicos dispongan de certeza para la delimitación de cuál es el lugar sistemático de los Programas de Cumplimiento, y cuáles los criterios para determinar su existencia y evaluar su suficiencia, se crean incentivos suficientes para que aquellos decidan su implementación y los términos en que ello habrá de tener lugar<sup>23</sup>.

#### 4. LA FUNCIÓN DE PREVENCIÓN A CARGO DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

En materia de libre competencia, como sucede en otros ámbitos del derecho administrativo sancionador, el diseño normativo pone a cargo de los órganos de adjudicación –se trate de un órgano administrativo o, en casos especiales, como sucede precisamente en el Decreto Ley N°211, de uno jurisdiccional– el cumplimiento de funciones que exceden la mera aplicación del derecho al caso concreto. Dentro de ellas, las de promoción y prevención de comportamientos contrarios a derecho. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto Ley N°211, cuando se advierte que el TDLC tiene como función “*prevenir, corregir y sancionar atentados a la libre competencia*”, y *debe entenderse también aplicable a la Corte Suprema en tanto se le encarga la revisión –a través del recurso de reclamación– de las decisiones del tribunal especial, como resulta de los artículos 27, 31 y 31 bis del mismo cuerpo normativo*<sup>24</sup>.

Las razones de ese diseño ya se han enunciado. La imposibilidad de perseguir todas las infracciones a las normas, teniendo en cuenta la variedad

<sup>19</sup> Pues la falta de determinación de su valor se erige como un impedimento relevante para que se incentive su aplicación. Ver, a modo ejemplar, Viera y Contreras (2015) p. 195.

<sup>20</sup> Krause (2020) pp. 230- 237.

<sup>21</sup> Lo que supone ampliar la eficacia potencial que les reconoce la Guía de la FNE en su página 4, cuando dice que se trata de “un mecanismo eficiente y efectivo de prevención, de detección y de control daños, ya que brindan pautas internas acerca de las correctas formas de reacción, permitiendo así la no ocurrencia o la reducción de los efectos negativos del actuar anticompetitivo tanto para la empresa como para la sociedad”.

<sup>22</sup> Como dicen Murphy y Kolasky (2012) p. 63: “Anti- cartel compliance programs should be recognized at the earliest stages of the investigation”.

<sup>23</sup> Murphy y Jalabart- Doury (2013) pp. 1-2.

<sup>24</sup> También en materia de carteles, ver Beckenstein y Gabel (1986) p. 673; Sokol (2013) p. 785; Riley y Sokol (2014) pp. 5- 6; Sokol (2012) p. 202; Murphy y Kolasky (2012) p. 61; Pérez (2014) p. 76.

de las mismas, la limitación de tiempo y medios, y la diversidad de sujetos regulados. La creciente complejidad, variedad y dinamismo de las actividades sometidas a fiscalización, lo que explica que un órgano estatal –por mucho que disponga de conocimientos especializados y medios para obrar– sólo puede intervenir de manera selectiva en la estructura y organización de un regulado. Finalmente, y como ya se ha dicho, la circunstancia de que los principales riesgos para los bienes jurídicos relevantes son de fuente humana, de ahí que función prioritaria del derecho sea la gestión eficaz de ellos, lo que se consigue en muchos casos de manera más perfecta y eficaz por otros mecanismos diversos de la sanción.

Es necesario que el derecho cumpla con su función de prevención por la vía de incentivar a las empresas a la adopción de estos Programas de Cumplimiento, lo que se logra por la vía de reconocerlos, por una parte, y de ofrecer directrices que puedan ser seguidas por los regulados en su implementación futura. Ellas deben procurar crear incentivos óptimos para su implementación, dentro de los que se cuenta el reconocimiento de su eficacia retrospectiva en aquellos casos en los que ha sucedido un hecho potencialmente infractor.

De esta manera, las decisiones que adopten los órganos jurisdiccionales en materia de libre competencia deben tener en cuenta la función preventiva, y ponderarla al momento de delinear y aplicar las soluciones con las que resuelven el caso concreto. Esto se echa en falta en la sentencia de la Corte Suprema, con su análisis pobre y formalista de los Programas de Cumplimiento y con su negativa a encontrarles un lugar sistemático en el sistema de responsabilidad de libre competencia, decisiones con las que, en definitiva, no incentiva a las empresas a adoptar programas robustos y creíbles<sup>25</sup>.

## 5. CONCLUSIONES

Resultan criticables las afirmaciones que realiza la Corte Suprema en la sentencia dictada en los recursos de reclamación por colusión entre *supermercados*, toda vez que plantean una muy pobre definición de los Programas de Cumplimiento, no les reconocen un lugar sistemático exigiendo –para su eficacia eximente, una norma expresa–, dotan a estos de muy limitado valor y los valoran de manera retrospectiva, pareciendo exigir su infalibilidad y no su razonabilidad. También resulta criticable la decisión

---

<sup>25</sup> Riley y Sokol (2014) p. 6.

del máximo tribunal de imponer Programas de Cumplimiento, con lo que se rompe la lógica e incentivo para su diseño e implementación.

Sería deseable la revisión futura de dichas definiciones, teniendo en cuenta la función preventiva que le corresponde a los tribunales en un esquema de derecho administrativo sancionador. Si la autorregulación del agente económico aparece como el mecanismo más efectivo para conseguir los fines de la regulación, constituye parte de la función de los órganos encargados de aplicar el derecho que adopten un conjunto de soluciones tendientes a incentivarla, incluido el reconocimiento de la máxima eficacia retrospectiva de los Programas de Cumplimiento, si es que se prueba debidamente su existencia y suficiencia.

### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AYRES, Ian/ BRAITHWAITE, John (1992): "Responsive regulation. Trascending the deregulation debate" (Nueva York, Oxford University Press).
- BARROS, Enrique (2007): "Tratado de responsabilidad extracontractual" (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BECKENSTEIN, Alan/ Gabel, Landis (1986): "The economics of antitrust compliance", en *Southern Economic Journal*, vol. 52 N°3, pp. 673- 692.
- BOBBIO, Norberto (1991): "La función promocional del derecho", en Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel (Madrid, Debate).
- ESTEVE, José (2014a): "La deconstrucción de las fórmulas de intervención administrativa: de la aplicación de la ley a la contractualización", en *Revista Vasca de Administración Pública*, N°99- 100, pp. 1231- 1239.
- ESTEVE, José (2014b): "Lecciones de derecho administrativo" (Madrid, Marcial Pons, cuarta edición).
- HERNÁNDEZ, Héctor (2010): "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile", en *Revista de Política Criminal*, vol. 5 N°9, pp. 207- 239.
- HERNÁNDEZ, Héctor (2018): "Procedencia de una eximente o defensa de cumplimiento de las personas jurídicas en el derecho administrativo sancionador chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45 N°2, pp. 427- 451.

- KRAUSE, M. Soledad (2020): “La eficacia retrospectiva de los Programas de Cumplimiento en el derecho de la competencia chileno”, en Toso, Angela (et. al.), *Cumplimiento normativo y gestión de riesgos legales en la empresa* (Santiago, Tirant lo Blanch).
- MONTT, Santiago (2011): “Programas de compliance y responsabilidad en derecho de la competencia chilena” en *Revista de Derecho Administrativo* N°10. Pp. 277- 290.
- MURPHY, Joseph/ JALABERT- DOURY, Nathalie (2013): “Cartel prevention and compliance regimes: it is time for a smarter approach”, disponible en <https://www.mayerbrown.com/-/media/files/news/2013/03/cartel-prevention-and-compliance-regimes-it-is-tim/files/cartel-prevention-and-compliance-regimes/fileattachment/cartel-prevention.pdf>, fecha de última consulta: 30 de mayo de 2021.
- MURPHY, Joseph/ Kolasky, William (2012): “The role of anticartel compliance programs in preventing cartel behavior”, en *Antitrust* vol. 26 N°2, pp. 61- 64.
- MURPHY, Joseph (2011): *Promoting compliance with competition law: do compliance and ethic programs have a role to play?*, Roundtable on promoting compliance with competition law, 2011, disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf>, fecha de última consulta: 30 de mayo de 2021.
- NEIRA, Ana María (2016): “La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal” en *Revista Política Criminal* vol. 11 N°22, pp. 467- 520.
- NIETO, Adán (2013- 2014): “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en derecho penal”, en *Anuario de Derecho Penal 2013- 2014*, disponible en [https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_2013\\_06.pdf](https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2013_06.pdf), fecha de última consulta: 30 de mayo de 2021.
- PÉREZ, Patricia (2014): “La importancia de los programas de cumplimiento – compliance programmes– en las políticas sancionadoras de las autoridades de competencia”, en *Revista de Economía* N°876, pp. 75- 90.
- RILEY, Anne/ Sokol, Daniel (2014): “Rethinking compliance”, en *Legal Studies Research Paper Series, University of Florida, Paper N°16-3, draft 8.25.2014*.
- SOKOL, Daniel (2012): “Cartels, corporate compliance and what practioners really think about enforcement”, en *Antitrust Law Journal* vol. 78, pp. 201- 240.

SOKOL, Daniel (2013): “Policing the firm”, en *Notre Dame Law Review*, vol. 89 N°2, pp. 785- 848.

VIERA, Jorge/ CONTRERAS, Manuel (2015): “Los programas de cumplimiento normativo como circunstancia atenuante de las sanciones derivadas de ilícitos antitrust”, en Guillén, Javier/ Cuerdo, Miguel (dirs.), *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la Competencia* (Madrid, Civitas-Thomson Reuters), pp. 191- 215.

MATERIAL DE PROMOCIÓN N°3 DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia, junio de 2012. Disponible en <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Programas-de-Cumplimiento.pdf>, fecha de última consulta: 30 de mayo de 2021.

REQUERIMIENTO DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA CONTRA LA ASOCIACIÓN GREMIAL DE GINECÓLOGOS OBSTETRAS DE LA PROVINCIA DE ÑUBLE Y OTROS (2015), Sentencia N°145, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 1 de abril de 2015, confirmada por la sentencia de la Corte Suprema de 7 de enero de 2016 en los autos rol 5609- 2015.

REQUERIMIENTO DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA EN CONTRA DE ASFALTOS CHILENOS S.A. Y OTROS (2015), Sentencia N°148, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 23 de diciembre de 2015, revocada parcialmente por la sentencia de la Corte Suprema de 12 de octubre de 2016 en los autos rol 5128- 2016.

REQUERIMIENTO DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA EN CONTRA DE CMPC TISSUE S.A. Y OTRA (2017) Sentencia N°160, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 28 de diciembre de 2017, revocada parcialmente por la sentencia de la Corte Suprema de 6 de enero de 2020 en los autos rol 1531- 2018.

REQUERIMIENTO DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA EN CONTRA DE FRESENIUS Y OTRAS (2018) Sentencia N°165, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 8 de noviembre de 2018, revocada parcialmente por sentencia de la Corte Suprema de 27 de enero de 2020 en los autos rol 278- 2019.

REQUERIMIENTO DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA EN CONTRA DE LABORATORIOS BAXTER Y SANDERSON (2020), Sentencia N°172, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 8 de enero de 2020, revocada en parte por la sentencia de la Corte Suprema de 16 de octubre de 2020, en los autos rol 16.986-2020.