

Programas de Compliance y responsabilidad en el Derecho de la Competencia chileno

Santiago Montt Oyarzún*

SUMILLA

Este artículo analiza algunos aspectos de la excepción o defensa que puede plantear una empresa acusada de conductas anticompetitivas en los casos en que cuenta con un programa de *compliance* serio, creíble y efectivo. En opinión del autor, la presencia de programas de *compliance* debe ser seriamente considerada por los órganos de protección de la Competencia al momento de determinar la responsabilidad de las firmas infractoras. En particular, tratándose de infracciones distintas a la colusión y siempre que ellas sean cometidas por empleados de rango medio y bajo, una firma que ha implementado un programa de *compliance* serio, creíble y efectivo no debe ser condenada por infringir a las normas de la competencia cuando la conducta ilícita es marginal dentro de la organización y la misma no responde a incentivos racionales sino a la contumacia de los empleados infractores.

I. Introducción

Este artículo analiza la responsabilidad infraccional de una firma que cuenta con un programa de cumplimiento o *compliance* serio, creíble y efectivo y que, no obstante el mismo, algunos de sus empleados incurren en conductas contrarias al Derecho de la Competencia (contenido, en Chile, en el Decreto Ley N° 211 de 1973, en adelante DL 211).

La hipótesis fáctica de este artículo es una empresa que ha realizado todos los esfuerzos razonables que caben esperar de una organización que busca establecer una cultura interna de respeto por el Derecho de la Competencia. No se trata de determinar aquí cuál es el contenido mínimo de un programa de cumplimiento serio, creíble y efectivo, sino que se lo asume, para entonces preguntar en qué medida un programa semejante puede constituir una defensa en caso de una infracción anticompetitiva. Esto es, ¿puede una empresa afirmar que, dado su programa de *compliance*, ha actuado con la diligencia debida, por lo que no puede atribuírsele actos ilícitos cometidos por sus empleados?

Este trabajo presenta una respuesta que no pretende explorar el tema en todas sus aristas, sino simplemente determinar un punto específico del problema planteado. En síntesis, sostenemos aquí que, tratándose de infracciones distintas de la colusión y siempre que ellas sean cometidas por empleados de rango medio y bajo, una firma que ha implementado un programa de *compliance* serio, creíble y efectivo no debe ser condenada por infringir las normas del DL 211 cuando la conducta ilícita es marginal dentro de la organización y la misma no responde a incentivos racionales, sino a la contumacia de los empleados infractores.

Dado que los programas de *compliance* son una realidad relativamente nueva en nuestro medio, que no tienen reconocimiento normativo expreso en el caso del Derecho de la Competencia chileno, este trabajo se basa en consideraciones legales, de derecho comparado y de política pública. Desde ahora advertimos al lector que, a nuestro juicio, la relación entre los programas de *compliance* y la responsabilidad infraccional bajo el DL 211, debe definirse **principalmente** a partir de consideraciones de eficiencia y prevención general: el derecho y política de la competencia

* Académico, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Abogado de la Universidad de Chile, LLM y JSD por Yale University, y MPP por Princeton University. Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Este trabajo está basado en un informe en Derecho elaborado por el suscrito en calidad de exdirector del Centro de Regulación y Competencia (RegCom) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, a solicitud de la firma de abogados Claro y Cia., en el contexto del requerimiento iniciado por la Fiscalía Nacional Económica en contra de la Compañía Chilena de Tabacos, bajo el Rol C-169-09. Agradezco la colaboración de Agustín Barroilhet Diez, investigador de RegCom y profesor asistente de Derecho Económico de la Universidad de Chile.

nacional deben establecer incentivos que aseguren que las firmas actúen de conformidad con la Ley.

II. Los programas de *compliance*

i. Nociones generales

Se denomina “programas de cumplimiento” o “programas de *compliance*” a los procedimientos sistemáticos adoptados por una organización o empresa para cumplir con los requisitos regulatorios impuestos por la Ley o por una agencia gubernamental¹. Dado que, el cumplimiento de la regulación (en sentido amplio) puede ser una tarea no trivial en una organización compleja y numerosa, las entidades o firmas adoptan planes y programas cuyo objetivo es precisamente asegurar que no se cometan infracciones o violaciones a las normas vigentes en el desarrollo del giro del negocio.

Estos programas deben ser más que una simple guía detallada de la normativa que se manda cumplir. Lo que se espera de los programas de *compliance* es que sean la mejor expresión de la voluntad real de la organización y que cumplan cabalmente con la regulación. No pueden ser un mero “manual” o “guía vacía”, sino que deben propender a evitar las conductas proscritas por el sistema normativo **por todos los medios razonables**². Los programas deben ser serios, creíbles y efectivos.

Es útil comparar los programas de *compliance* con los planes de negocios. Cuando una empresa establece su plan de negocios, no se conforma

con comunicarlo por e-mail a sus empleados, más bien capacita, entrena, realiza charlas, encuestas, movimientos estratégicos, etc.; y mide regularmente que sus ejecutivos y empleados se acerquen a las metas definidas. Las empresas establecen además sistemas de incentivos y desincentivos que permitan alcanzar las metas predefinidas. Un programa de cumplimiento es similar, solo que las metas no serán mayores utilidades, sino la reducción del riesgo de cometer ilícitos y, con ello, el cumplimiento de la normativa exigida³.

El uso generalizado de los programas de *compliance* es un hecho relativamente reciente, incluso en el hemisferio norte⁴. Si bien el Estado regulador y la hiperexpansión normativa que le acompaña tienen ya un siglo de historia, los programas de *compliance* surgieron a partir de dos fenómenos más recientes: la complejización de las organizaciones empresariales y el alto costo financiero asociado al incumplimiento de la Ley⁵.

En efecto, tanto la complejidad organizacional como la alta cuantía de las multas explican que los riesgos de incumplimiento regulatorio -entre ellos, el *antitrust risk*- se transformarán en motivos de seria preocupación para las firmas. Así, conforme a una lógica de costo-beneficio, la respuesta a estos riesgos ha sido precisamente la creación de programas de *compliance*.

Los programas de *compliance* tienen dos objetivos esenciales: *prevenir* y *detectar* el incumplimiento de la Ley⁶. Así lo señala las *Sentencing Guidelines* norteamericanas: “Los programas de *compliance* deben ser razonablemente diseñados,

¹ Kevin B. Huff, “The Role of Corporate Compliance Programs in Determining Corporate Criminal Liability: A Suggested Approach”, 96 Columbia Law Review 1252 y ss (1996).

² ABA Section of Antitrust Law, “Antitrust Compliance: Perspectives and resources for Corporate Counselors” (ABA, Chicago 2005), p. 29.

³ Esto es sin perjuicio de que la reducción del riesgo de cometer infracciones pueda también aumentar las utilidades de la empresa.

⁴ Según un estudio realizado el año 2005 por Open Compliance and Ethics Group, OCEG 2005 Benchmarking Study, el 54% de todos los programas de *compliance* y ética existentes a esa fecha habían sido creados entre los años 2000 y 2005 (citado en por John Mackessy, “Knowledge of good and evil”, 2 “The Journal of the New York Society of Security Analysts. The Investment Professional” (2009), disponible en http://www.theinvestmentprofessional.com/vol_2_no_1/hotzones-compliance-history.html (última visita, 14 de abril de 2010)).

⁵ En Estados Unidos, hasta 1955, el límite máximo de las multas que imponía la Sherman Act (Ley que protege la competencia en Estados Unidos) era de solo US\$ 5.000. Actualmente, las multas de la Sherman Act pueden llegar a US\$ 100.000.000 tratándose de una *corporation* o de US\$ 1.000.000 tratándose de cualquier otra persona. Vid. Mark Cohen y David Scheffman, “The Antitrust Sentencing Guideline: Is the Punishment Worth the Costs?”, 27 American Criminal Law Review 331 y ss (1989-1990). La redacción actual de la Sherman Act puede encontrarse en: http://www.law.cornell.edu/uscode/15/usc_sup_01_15_10_1.html (última visita, 16 de abril del 2010).

⁶ Kolasky, William “Antitrust Compliance Programs: The Government Perspective”. Corporate Compliance 2002. Conference Practising Law Institute (PLI). San Francisco, California, USA (Julio 2002). disponible en www.justice.gov/atr/public/speeches/224389.htm#N_1_ (última visita, 16 de abril de 2010). Vid. también, ABA Section of Antitrust Law, n. 2, p. 45 (“The twin goals of an antitrust compliance program are the prevention of antitrust violations and the rapid detection of them if prevention is unsuccessful”).

implementados y cumplidos, de forma tal que el programa sea generalmente efectivo en **prevenir y detectar** conductas criminales⁷.

En cuanto a la *prevención*, las empresas que implementan programas de *compliance* serios, creíbles y efectivos reducen los riesgos de incurrir en infracciones legales. Por otra parte, es usual que los sistemas legales fomenten el uso de estos programas por la vía de exculpar o atenuar la responsabilidad. Así, en Estados Unidos, las *Sentencing Guidelines* incentivan la adopción de programas de cumplimiento al otorgar **reducciones** a las sanciones que de otra manera serían aplicadas a las firmas⁸.

Respecto a la *detección*, los programas de *compliance* cumplen un rol crucial en aquellos países –hoy la mayoría– que cuentan con programas de clemencia o *leniency*. Un programa de *compliance* efectivo debe ser capaz de detectar ilegalidades en curso; enseguida, gracias a la clemencia, su pronta y oportuna delación a la autoridad impedirá que la firma sea castigada infraccionalmente⁹.

ii. Programas de compliance en Chile

Los programas de *compliance* son una novedad en Chile. Por ello, no es sorpresa que, hasta la fecha, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) no haya conocido de ningún asunto contencioso en el cual se haya argüido como defensa o excepción la existencia de un programa de cumplimiento por parte de la empresa demandada.

Sin perjuicio de lo anterior, el TDLC está conociendo crecientemente casos en los cuales las firmas cuestionadas se obligan a establecer programas de cumplimiento. Esto ha ocurrido en el marco de aprobación de equivalentes jurisdiccionales, contexto en el cual el Tribunal ha destacado, sin conocer el texto o articulado concreto de los programas, la intención de las firmas de respetar las normas de competencia¹⁰ y el carácter **procompetitivo** de estos programas¹¹.

En efecto, en la conciliación acordada entre la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y FASA, esta última se comprometió 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” (Cláusula Tercera). El TDLC, pronunciándose sobre dicho acuerdo, expuso que: “la existencia de compromisos de comportamiento procompetitivos adquiridos por FASA... no contravienen la libre competencia”¹². Lo anterior fue confirmado por la Corte Suprema al señalar que “las obligaciones asumidas por FASA tienen como finalidad evitar en el futuro las conductas descritas por la Fiscalía Nacional Económica”, y al calificar la conciliación como un “compromiso procompetitivo” que implica “rectificación de conductas”¹³.

Cabe también mencionar que, recientemente, en el requerimiento iniciado por la FNE en contra de Radio Valparaíso Ltda. y otras, el TDLC se pronunció sobre un programa de cumplimiento, reconociendo, conforme con el Derecho

⁷ 2009 Federal Sentencing Guidelines Manual, §8B.2.1(a)(2) (la traducción y destacado son nuestros) (“Compliance and ethics programs shall be reasonably designed, implemented, and enforced so that the program is generally effective in preventing and detecting criminal conduct”), disponible en <http://www.ussc.gov/2009guid/TABCON09.htm> (última visita, 16 de abril de 2010). Las *Sentencing Guidelines* son guías creadas por la United States Sentencing Commission, agencia independiente de la rama judicial del gobierno norteamericano (en adelante USSC), cuyo objeto es establecer reglas y políticas a efectos de uniformar las sanciones impuestas por las cortes federales. Si bien en un comienzo las *Sentencing Guidelines* eran obligatorias para las cortes, desde *United States v. Booker*, 543 US 220 (2005) ya no lo son. Ahora bien, de acuerdo a la Corte Suprema, los tribunales deben seguir consultándolas: “District courts, while not bound to apply the Guidelines, must consult those Guidelines and take them into account when sentencing” (*id.*, 264, Justice Breyer). Vid. también, *Gall v. United States*, 552 US 38 (2007) (“As a matter of administration and to secure nationwide consistency, the Guidelines should be the starting point and initial benchmark” at sentencing) y *Kimbrough v. United States*, 552 US (2007) (After *Booker*, “a district judge must include the Guidelines range in the array of factors warranting consideration”).

⁸ Según el 2009 Federal Sentencing Guidelines Manual, §8C2.5 (f)(1), las empresas que tengan programas de *compliance* que cumplan con los requisitos establecidos pueden reducir el “puntaje de culpabilidad” (*culpability score*). Además, la reducción de las sanciones puede ocurrir en otros dos de los cuatro niveles que determinan el proceso de fijación de las mismas: 1) en los “upward and downward departures” que se permiten cuando únicamente han intervenido “low-level employees”; y 2) en la determinación de si imponer o no “probation” a la persona jurídica.

⁹ Vid. ABA Section of Antitrust Law, n. 2, p. 48.

¹⁰ Vid. TDLC, FNE con D&S S.A. y Cencosud S.A., Rol 101-06, Resolución del 17 de enero de 2007, C. 8° (“Con la suscripción de este avenimiento [que contempla la adopción de un programa de *compliance*], D&S estaría mostrando su intención de respetar las normas de defensa de la competencia y su responsabilidad en el cumplimiento de las mismas, en cuanto actor relevante del mercado”).

¹¹ TDLC, FNE con Farmacias Ahumada S.A. y Otros., Rol 184-08, Resolución de 13 de abril de 2009.

¹² *Id.*

¹³ Corte Suprema, FNE con Farmacias Ahumada y otros, Rol 3344-2009, Resolución del 31 de agosto de 2009, C. 5° y 9°.

comparado, que estos “protocolos internos” tienen por fin prevenir y detectar conductas ilícitas:

Que, además, este Tribunal estima que los acuerdos conciliatorios previamente individualizados no atentan contra la libre competencia, toda vez que: ... (b) contienen mecanismos destinados a la prevención y corrección de posibles infracciones, razones por las cuales serán aprobados en los términos que se señalan en lo resolutivo¹⁴.

Por ello, la pregunta formulada en este artículo es un tema importante por desarrollar. Tanto en Chile como en Latinoamérica los programas de *compliances* son cada día más una realidad que debe ser ponderada por quienes toman las decisiones al momento de establecer juicios de responsabilidad y al determinar la cuantía de las multas.

III. Sanción y política de la competencia

i. La prevención como fin primordial de la sanción en el ámbito de la Libre Competencia

El uso de la sanción en el ámbito de la libre competencia, así como en el derecho regulatorio en general, se justifica primordialmente por su efecto disuasivo o de prevención de aquellas actividades que reducen el bienestar de la población¹⁵. Como explican en términos generales Kaplow y Shavell:

Desde la perspectiva de la economía de bienestar, el propósito central del cumplimiento forzado de la Ley es reducir las actividades dañinas. Una manera de lograr este objetivo es mediante la prevención: reducir la realización de actos dañinos mediante la amenaza de sanciones¹⁶.

Según la teoría de la prevención, los actores calculan racionalmente los costos y beneficios relativos de cumplir e incumplir la Ley; el curso de acción adoptado corresponde a aquel que resulta más conveniente para cada actor. La sanción es entonces un instrumento de política pública que permite cambiar los cursos de acción, a fin de que los actores, siguiendo su propio interés, adopten aquellos actos u omisiones que aumentan el bienestar.

En la Libre Competencia y en el derecho regulatorio, la teoría de la prevención resulta especialmente apropiada, porque los actores —habitualmente grandes compañías— son racionales y altamente sofisticados¹⁷. Aunque el siguiente comentario de Spagnolo se refiere a la colusión, la idea aplica a todo el Derecho de la Competencia:

El análisis de la “elección racional” es particularmente preciso para analizar carteles y las políticas que pueden usarse contra ellos. Los eventuales culpables son gerentes de empresas con buena educación y entrenados tanto en evaluar los costos y beneficios de las elecciones que enfrentan como en reaccionar a incentivos¹⁸. El modelo de la prevención persigue el valor de la eficiencia o bienestar¹⁹. La justificación de la sanción es así consecuencialista y mira hacia el futuro (*forward-looking*) y no hacia consideraciones previas relativas a los imputados. Dado que, la eficiencia constituye un valor de importancia superior en los ámbitos regulatorios y de la libre competencia -cuyo objetivo último es modificar la conducta y no meramente castigar-, el modelo de la prevención constituye la guía central que debe animar la política de la competencia en general y la fijación de multas en particular en nuestro país.

En otras latitudes no cabe duda de que las multas deben ser establecidas de forma que disuadan a las firmas y agentes de participar en ilícitos

¹⁴ TDLC, FNE con Radio Valparaíso Ltda. y otros, Rol 194-09, Resolución del 16 de marzo de 2010, C. 5°.

¹⁵ De acuerdo a Wouter P.J. Wils, “Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice”, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=883102## (última visita, 16 de abril de 2010), p. 5, los tres objetivos del *enforcement* del Derecho de la competencia son los siguientes: “(1) clarifying the content of the prohibitions, (2) preventing violations of these prohibitions, and (3) dealing with the consequences when violations have nevertheless happened”. En este marco más amplio, la aplicación de multas y sanciones juega un rol crucial respecto al segundo de los objetivos señalados (*id.*, pp. 10-11).

¹⁶ Kaplow, Louis y Shavell, Steven. “Fairness versus Welfare” (Harvard University Press, Cambridge 2002), p. 292 (“From the perspective of welfare economics, the central purpose of law enforcement is to reduce harmful activity. One way to accomplish this goal is through deterrence: the reduction in the commission of harmful acts through the threat of sanctions”).

¹⁷ Como explica Karen Yeung, *Securing Compliance. A Principled Approach* (Hart Publishing, Oxford 2004), p. 64 “[The deterrence model] depends crucially on the assumption that individuals and firms are rational actors who act in the pursuit of self-interest in order to maximise their welfare”.

¹⁸ Giancarlo Spagnolo, “Leniency and Whistleblowers in Antitrust” in Paolo Buccirossi, *Handbook of Antitrust Economics* (MIT Press, Cambridge 2008) 258, 271 (“Rational choice analysis is particularly well suited to analyze cartels and policies against them. The wrongdoers are well-educated, calculating firm-managers, trained in evaluating costs and benefits of choices and to react to incentives”).

¹⁹ *Vid.* Yeung, n. 17, p. 64 (“The fundamental aim of the deterrence model is the pursuit of economic efficiency, that is, to allocate society’s resources efficiently, based on the view that this maximises society’s total welfare”).

anticompetitivos. En Estados Unidos, la Sección de *Antitrust* de la *American Bar Association* (ABA) afirma que “en gran medida, los castigos a los crímenes en el ámbito de los negocios están diseñados para hacer que los delitos empresariales constituyan una proposición no lucrativa”²⁰. Por su parte, las directrices del derecho europeo sobre la materia son claras al respecto:

La facultad de la Comisión de imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia, infrinjan las disposiciones del artículo 81° o del artículo 82° del Tratado constituye uno de los medios de que dispone la Comisión para poder cumplir la misión de vigilancia que le confiere el Tratado. Esta misión no comprende únicamente la tarea de proceder a la instrucción y de reprimir las infracciones individuales, sino que incluye también el deber de proseguir una política general dirigida a aplicar en materia de competencia los principios fijados por el Tratado y a orientar en este sentido el comportamiento de las empresas. **A tal efecto, la Comisión debe velar por el carácter disuasorio de su actuación... Procede fijar las multas en un nivel suficientemente disuasorio, no solo para sancionar a las empresas en cuestión (efecto disuasorio específico), sino también para disuadir a otras empresas de adoptar o mantener conductas contrarias a los artículos 81° y 82° del Tratado (efecto disuasorio general)**²¹.

En nuestro país, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha reconocido también que la dimensión disuasiva debe ser considerada al momento de fijar las multas:

Que también se considerará, para determinar el monto de la multa, **la efectiva disuasión que esta debe necesariamente tener respecto de las empresas que se sancionarán, así como su objetivo de prevención y disuasión general**. Lo anterior implica que el monto de la multa, en términos de su valor esperado por

parte de quien decide ejecutar la conducta ilícita, debiera ser al menos equivalente al beneficio económico obtenido mediante las conductas que este Tribunal ha calificado como contrarias a la Libre Competencia. Así, en todo incumplimiento de la Ley en el cual no exista, en términos *ex ante*, certeza jurídica plena y absoluta de que el ejecutante de tal ilícito será en definitiva sancionado por cometer dicho ilícito, el valor efectivo de la multa a imponerse debe ser superior al beneficio económico obtenido al realizar la conducta ilícita²².

Recientemente, la Corte Suprema se ha sumado a esta aproximación a la sanción en el ámbito de la Libre Competencia:

Que en lo referente a la determinación de la multa -objeto de impugnación de los tres recursos de reclamación- este Tribunal, coincidente con lo razonado por la sentencia recurrida, **considera que la multa debe implicar a CCF al menos un costo mayor al beneficio esperado de haber establecido las barreras artificiales al mercado acreditadas en esta sentencia**²³.

Conforme a esta visión de la sanción -cuyo origen moderno se encuentra en los trabajos clásicos de Becker²⁴ y Landes²⁵-, la pena óptima es aquella que desincentiva las actividades que reducen el bienestar. En términos simples, la pena óptima es aquella que, según un análisis costo-beneficio, da lugar al escenario en el cual el beneficio social es máximo²⁶. Este análisis debe considerar los costos de aplicación de la Ley, la probabilidad de detección de la actividad ilegal, el grado de aversión al riesgo y la posibilidad de errores tipo I y tipo II en la aplicación de la Ley.

Es importante señalar que el modelo de la prevención es plenamente consistente con la aplicación de sanciones a personas jurídicas. Desde una perspectiva consecuencialista, resulta evidente la conveniencia de obligar a las firmas

²⁰ ABA Section of Antitrust Law, n. 2, p. 30 (“[I]n large part, sentences for business crimes are designed to make corporate crimes an unprofitable proposition”).

²¹ Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23°, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) núm. 1/2003, Diario Oficial núm. C.210, de 1 de septiembre de 2006, disponible en [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC0901\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC0901(01):ES:HTML) (última visita, 20 de abril de 2010) (énfasis agregado).

²² TDLC, FNE con Empresas Sanitarias, Rol 85-2009, Resolución de 2 de julio de 2009, C. 193° (énfasis agregado).

²³ Corte Suprema, FNE con Compañía Chilena de Fósforos S.A., Rol 277-2010, Sentencia de 2 de junio de 2010, C. 22° (énfasis agregado).

²⁴ Vid. Becker, Becker. “Crime and Punishment: An Economic Approach”, 76 *Journal of Political Economy* 169 (1968).

²⁵ Vid. Landes, William. “Optimal Sanctions for Antitrust Violations”, 50 *University of Chicago Law Review* 652 (1983).

²⁶ Esto sin considerar las distintas posiciones respecto a si se debe o no considerar el beneficio del infractor de la Ley. Quienes estiman que sí debe considerarse dicho beneficio proponen el modelo de *optimal deterrence*, y quienes estiman que no debe considerarse, el *absolute deterrence*.

a internalizar el costo de las posibles infracciones a la Ley que puedan cometer sus ejecutivos y empleados de rangos medios y bajos²⁷. Según explica Wils:

Las sanciones a las firmas (multas o daños impuestos a las firmas o compañías) constituyen instrumentos útiles para prevenir las infracciones a la libre competencia por dos razones: ... dichas sanciones actúan sobre la capacidad de la firma para influenciar la conducta de sus agentes, y remueven los incentivos perversos que enfrentarían las firmas en caso que solo los individuos pudieran ser sancionados²⁸.

ii. Limitaciones impuestas por consideraciones de justicia retributiva

Aun cuando la política de la Libre Competencia debe estar **primordialmente** guiada por la eficiencia, el uso de la sanción como instrumento regulatorio exige tener presente algunas de las consideraciones de justicia retributiva que han sido elaboradas en el ámbito del Derecho Penal.

A este respecto, la tensión que existe entre la vocación consecuencialista de la regulación económica -incluida la Libre Competencia- y las restricciones de justicia retributiva que demanda el uso del castigo, es explicada muy certeramente por Yeung:

Por una parte, el foco del derecho regulatorio sobre ciertas conductas que se consideran como de "valor para la comunidad", derecho que primariamente busca modificar la conducta y no censurar, parece sugerir que la búsqueda de guías en la teoría penal es simplemente equivocada. No obstante, si la regulación incluye también el uso de sanciones ante el incumplimiento de las normas legales, con el respaldo del poder coercitivo del Estado, ello parece sugerir que la teoría penal puede ser una fuente fértil y útil de guía en nuestra búsqueda de principios²⁹.

De forma que, si bien la teoría de la prevención constituye la principal justificación para la aplicación de sanciones en el ámbito del derecho regulatorio o económico, la visión retributiva no deja por ello de establecer algunos límites a la imputación de infracciones. Como indica Yeung, una cosa es **por qué** imponemos sanciones y otra distinta es **a quién** se las imputamos:

La prevención puede dar cuenta de la explicación primaria de **por qué** castigamos las ofensas regulatorias, pero las consideraciones retributivas deben ser consideradas para explicar **a quién** castigamos. Son las limitaciones retributivas sobre el castigo, la limitación del castigo al ofensor culpable, las que distinguen al sistema de justicia criminal de otros sistemas de reducción de daños sociales³⁰.

²⁷ Vid. Khanna, V.S. "Corporate Criminal Liability: What Purpose Does It Serve", 109 *Harvard Law Review* 1477, 1494 (1996) ("I treat deterrence, not retribution, as the aim of both corporate criminal liability and corporate civil liability"). *Vid. id.*, p. 1496 ("A corporation exposed to liability internalizes the costs of harm and provides incentives for its managers to avoid harm"). *Vid. también*, Arlen, Jennifer, "Evolution of Corporate Criminal Liability: Implications for Managers", NYU, Law and Economics Research Paper N° 04-022, en Jeffrey Sonnenfeld y Robert Gandossey eds, *Leadership and Governance from the Inside Out* (2004), disponible en <http://ssrn.com/abstract=591202> (última visita, 17 de abril de 2010) ("[A] central reason why corporations are held criminally liable is to provide them with strong financial incentives to deter their employees' wrongdoing").

²⁸ Wouter J.P. Wils, "The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law: Essays in Law & Economics" (Kluwer Law International, La Haya 2002), p. 196 ("Corporate sanctions (fines and/or damages imposed on undertakings or companies) are a useful instrument to deter antitrust violations for two reasons...: they exploit the firm's ability to influence the behaviour of its agents, and they remove the perverse incentive which firms would face if only individual actors were punished"). *Vid. también*, Paolo Buccirosi y Giancarlo Spagnolo, "Optimal Fines in the Era of Whistleblowers - Should Price Fixers Still Go to Prison?", *Lear Research Paper* N° 05-01, 2005, disponible en <http://ssrn.com/abstract=871726> (última visita, 17 de abril de 2010), p. 44 ("Individual liability alone may remove incentives for corporations to monitor crime *ex ante*, as principals, who are responsible for deciding the level of internal monitoring, are not directly penalized"). En el mismo sentido y llevando el argumento aún más lejos, *vid.* Anthony I. Ogus, "Regulation: Legal Form and Economic Theory" (Hart Publishing, Oxford 1996), p. 82, quien explica la responsabilidad estricta en el caso de personas jurídicas en los siguientes términos:

Two other indicators are potentially more helpful and correlate with the economic considerations mentioned above. The first is where a defendant, although not directly carrying out the prohibited activity, is well placed to control or prevent its occurrence. This most obviously applies where the offence is committed within an enterprise, and is thus a major justification for corporate strict liability. The second is where a proof of a mental state would be very difficult (and costly).

²⁹ Yeung, n. 17, p. 78 ("On the one hand, the focus of regulatory law on conduct considered to be of "value to the community", which primarily seeks to modify behaviour, rather than censure, may suggest that searching for guidance within penal theory is simply wrongheaded. Yet if regulation encompasses the use of sanctions for failure to comply with legal rules, backed by the coercive power of the state, this suggests that penal theory may be a fertile and fruitful source of guidance in our quest for principles").

³⁰ *Id.*, p. 86 ("[D]eterrence may provide the primary explanation of why we punish regulatory offences, but retributivist concerns must be relied on to explain whom we punish. It is the retributive constraints on punishment, limiting its imposition to the guilty offender, which distinguishes the criminal justice system from other social harm reduction systems") (énfasis en el original). *Vid. id.*, p. 87 ("While deterrence theory provides the primary justification, in seeking to deter others from offending, desert theory constrains the pursuit of the consequence-based goals of deterrence by restricting punishment to the guilty offender").

En nuestro medio nacional, se ha insistido desde hace algún tiempo que tanto el castigo criminal como la sanción administrativa o infraccional constituyen “manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado”³¹. Aunque la formulación es algo críptica y metajurídica³², la jurisprudencia nacional ha señalado que la sanción administrativa es una forma de represión estatal sujeta a cumplir -en principio y con **matices importantes**- con las consideraciones de **justicia retributiva**, de naturaleza **garantista**, que han sido desarrolladas y maduras en el ámbito del Derecho Penal. Tal como lo indica nuestro Tribunal Constitucional:

Los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado³³.

La tensión entre la vocación consecuencialista de la regulación y las consideraciones de justicia retributiva que se derivan del uso de la sanción infraccional suele presentarse, al menos en apariencia, en la discusión sobre la constitucionalidad o legalidad de la denominada **responsabilidad estricta** (esto es, en la responsabilidad imputada sin exigir negligencia o dolo). En concreto, el Derecho Administrativo Sancionador e Infraccional, incluyendo el de la libre competencia, tienen una tendencia “natural” a imputar infracciones sin requerir la comprobación de la culpa o dolo del infractor³⁴, lo que, según algunos, colisionaría con las consideraciones de justicia retributiva a que hemos hecho referencia.

Esta tensión parece ser, en realidad, más aparente que real. Primero, porque en el ámbito del derecho regulatorio o económico, y tratándose de sujetos sofisticados, los resultados obtenidos rara vez son producto del azar o de accidentes. Como dijo el Juez Hand en el famoso caso “Alcoa”, “ningún

monopolista monopoliza sin tener conciencia de lo que está haciendo”³⁵. De forma que, la liberación del demandante -normalmente la Administración- de la obligación de probar culpa o dolo responde a la sólida intuición inicial de que los resultados obtenidos son los queridos por la firma demandada, situación que difícilmente puede ser considerada como atentatoria a los principios de la justicia retributiva.

Segundo, porque frecuentemente y por consideraciones de justicia retributiva, se acepta que las firmas acusadas puedan probar falta de culpa o dolo como eximentes de responsabilidad, atenuando así los rigores de un modelo de responsabilidad estricta puro o radical. De todos modos, este modelo de responsabilidad estricta puro o radical tampoco tiene sustento en la prevención y la eficiencia. Por el contrario, como señala Wils, “multar a las firmas por conductas que no pueden evitar a un costo razonable no tendrá ningún efecto preventivo, al mismo tiempo que puede generar gastos ineficientes”³⁶. En el mismo sentido, Yeung afirma que:

El impacto preventivo de la responsabilidad estricta es poco claro, no solamente en términos empíricos, sino también en términos lógicos. Dado que las ofensas sujetas a responsabilidad estricta pueden ocurrir como consecuencia del azar o la mala fortuna, ¿por qué podría la responsabilidad estricta generar incentivos a tomar mayores cuidados, si es que la responsabilidad surgirá de todas maneras en caso de ocurrir la conducta prohibida, sin importar lo cuidadoso que el actor pueda haber actuado?³⁷.

Con el fin de dar solución a esta aparente tensión de valores, algunos países como Australia y Canadá han optado abiertamente por un modelo pragmático y de compromiso, conforme al cual las infracciones regulatorias pueden ser imputadas, *prima facie*, sin necesidad de probar culpa o dolo.

³¹ Tribunal Constitucional (TC), Rol 244, C. 9°. Vid. también, TC, Rol 480, C. 5°; y, Contraloría General de la República (CGR), D. 14.571 de 2005, D. 31.239 de 2005, D. 34.407 de 2008, D. 49.968 de 2008.

³² Vid. Nieto, Alejandro. “Derecho Administrativo Sancionador”. 2º ed., Tecnos, Madrid 1994. p. 88 (quien, en el contexto de las “manifestaciones del *ius puniendi*” califica a este último de “metanormativo” y de “un tanto mítico”).

³³ TC, Rol 244, C. 9°.

³⁴ Vid. Nieto, n. 32, p. 359, quien señala que “la más reciente jurisprudencia está confirmando -con carácter general, es decir, en todos los sectores y con independencia de su regulación práctica- la legalidad de estas sanciones [a las personas jurídicas] sin necesidad de entrar en el análisis de la culpabilidad, acudiendo más bien a explicación de puro sentido común”.

³⁵ *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 432 (2d Cir. 1945) (“[N]o monopolist monopolizes unconscious of what he is doing”).

³⁶ Wils, n. 15, p. 11, n. 35 (“Fining companies for conduct they cannot avoid at reasonable cost will have no deterrent effect, while it may generate wasteful expense”).

³⁷ Yeung, n. 17, p. 85 (“But the deterrence impact of strict liability is unclear, not merely in empirical terms, but also in terms of logical reasoning. Given that strict liability offences may occur through mere accident or misfortune, why should strict liability strengthen the incentive to take care, since liability will arise if the proscribed conduct occurs, however careful the actor may have been?”).

Sin embargo, se permite que el demandado pueda eximirse de responsabilidad probando que adoptó todas las medidas de cuidado razonable según las circunstancias³⁸. El resultado es, en consecuencia, un modelo de responsabilidad estricta de carácter moderado.

En Chile no es clara la aplicación del principio de culpabilidad en el ámbito infraccional y sancionador. Es frecuente, por un lado, escuchar teorizaciones puristas -los “apóstoles garantistas de la represión administrativa”, como los llama Nieto³⁹-, que demandan prueba estricta de culpabilidad, y, por otro lado, comprobar una realidad práctica conforme a la cual la sanción es aplicada otorgando escasa atención a dicho requisito. En nuestro país, la culpabilidad infraccional -o, más precisamente, la imputación de infracciones en ausencia de ella- es una práctica frecuente en búsqueda de una teoría (satisfactoria)⁴⁰.

Por ello, consideramos que la solución australiana y canadiense debiera en principio adoptarse en nuestro medio. Constituye un equilibrio razonable y apropiado en los ámbitos del Derecho Administrativo Sancionador e Infraccional -al menos el que atañe a firmas grandes y sofisticadas-, que permite articular los valores de la eficiencia y la prevención junto a los principios limitadores de la justicia retributiva.

IV. Programas de *compliance* y culpabilidad

i. Exoneración o aminoración de responsabilidad

Revisados los aspectos generales de los programas de *compliance* y de los sistemas de sanción

regulatoria, corresponde ahora tratar en qué medida un programa de *compliance* serio, creíble y efectivo puede servir de base para una defensa de exoneración de responsabilidad en el caso que una firma haya incurrido en conductas prohibidas por el DL 211. Concretamente, se busca determinar bajo qué circunstancias una empresa puede alegar exitosamente que un programa de *compliance* serio, creíble y efectivo impide imputar responsabilidad por hechos ilícitos cometidos por sus empleados.

Como hemos indicado en la introducción, este trabajo no analiza qué requisitos o características hacen que un programa de *compliance* sea serio, creíble y efectivo. De todas maneras, estimamos necesario aclarar a modo de referencia que la ocurrencia de un hecho ilícito no impide calificar a un programa de *compliance* como serio, creíble y efectivo. Así lo señalan expresamente las *Sentencing Guidelines* norteamericanas: El hecho de que un crimen haya ocurrido no significa necesariamente que el programa sea generalmente inefectivo⁴¹. La misma opinión manifiesta el *Competition Bureau* de Canadá⁴².

Como contrapunto, la simple existencia de un programa de *compliance* no constituye un hecho que, *per se*, permita exonerar o atenuar la responsabilidad de una firma frente al Derecho de la Competencia. Esto es, la mera formalidad de su adopción no configura una defensa exculpatoria o atenuante en favor de las firmas infractoras⁴³.

Ahora bien, de lo anterior no se sigue que los programas de *compliance* no tengan utilidad jurídica para las firmas a la hora de enfrentar una infracción regulatoria. En el Derecho comparado, su valor depende, ante todo, de la naturaleza y gravedad

³⁸ Vid. Ogas, n. 28, pp. 83-84:

In Australia and Canada, the conjunction of judicial opposition to strict liability and recognition of the administrative burden of proving *mens rea* has led to a compromise solution. A statute may be construed as giving rise to prima facie strict liability, in that the prosecution need prove nothing more than the *actus reus*, but allowing the defendant to avoid liability by proving that he took all reasonable care in the circumstances, or that he had an honest and reasonable belief in a state of facts which if they existed, would make his conduct lawful.

³⁹ Nieto, n. 32, p. 352.

⁴⁰ Esta afirmación es hecha, más en general y respecto a la realidad norteamericana, por David Weissmann y David Newman, “Rethinking Criminal Corporate Liability”, 82 *Indiana Law Journal* 411, 418 (2007): “The history of the development of criminal corporate liability is, at bottom, the story of a practice in search of a theory”.

⁴¹ 2009 Federal Sentencing Guidelines Manual, 8B2.1 (a), disponible en <http://www.ussc.gov/2009guid/TABCON09.htm> (última visita, 16 de abril de 2010) (“The failure to prevent or detect the instant offense does not necessarily mean that the program is not generally effective in preventing and detecting criminal conduct”).

⁴² Gobierno de Canadá, Competition Bureau, Corporate Compliance Programs, Septiembre de 2008, disponible en <http://competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/02732.html> (última visita, 20 de febrero de 2010) (“[W]here a business has a program in place and a contravention of any of the Acts occurs, a program may still be considered credible and effective, where it can be demonstrated that it was reasonably designed, implemented and enforced in the circumstances”).

⁴³ En Estados Unidos la situación es aún más estricta, pues los programas de *compliance* no pueden servir de base, por regla general, para una defensa de exoneración por diligencia debida. Vid. *United States v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 882 F.2d 656, 660 (2d Cir. 1989) (“[A] compliance program, however extensive, does not immunize the corporation from liability when

de la conducta. Esto, a su vez, es función de, a los menos, dos variables: primero, si se trata o no de un *hard-core cartel* o acuerdo colusivo; y, segundo, si los ejecutivos de la firma participaron o no en la comisión de la infracción. Estas dos variables pueden ser combinadas en la siguiente matriz que da cuenta del disvalor de la conducta en cuestión:

		Quién lo comete	
		Ejecutivos	Empleados de rango medio y bajo
Tipo de atentado	Acuerdos colusivos	Altísimo disvalor	Alto disvalor
	Atentados verticales y unilaterales	Alto disvalor	Disvalor mediano/bajo

En el Derecho comparado, los programas de *compliance* serios, creíbles y efectivos pueden servir para exonerar o atenuar la responsabilidad tratándose de infracciones que no correspondan a acuerdos colusivos y que hayan sido cometidas por empleados de rango medio y bajo. Esto es, las infracciones de disvalor mediano/bajo (casillero sur-oeste de la matriz anterior) pueden permitir, bajo ciertas circunstancias, que una firma sea exonerada de responsabilidad o que la sanción sea atenuada.

En cualquier otra circunstancia, la existencia de un programa de *compliance* no tendrá mayor utilidad defensiva. Por una parte, la participación

de altos funcionarios de las empresas impide incluso que se dé lugar a la reducción de las multas. En Estados Unidos, las *Sentencing Guidelines* no permiten atenuar la responsabilidad cuando hay participación de “personal de alto nivel” (*high-level personnel*)⁴⁴. La situación es similar en el Reino Unido, donde, según explica la *Office of Fair Trading* (OFT), los programas de *compliance* pueden ser un factor de mitigación en caso de incumplimiento de la normativa de la libre competencia, siempre y cuando no hayan participado altos ejecutivos de la empresa (*senior management*). Según las *2005 Guidance on Business Compliance*, la participación de altos ejecutivos puede ser incluso una agravante de la responsabilidad⁴⁵.

Dado este criterio, resulta difícil que un programa de *compliance* pueda servir de exculpación o aminoración de responsabilidad en casos de *hard-core cartels*. La evidencia empírica comprueba que dichos ilícitos -“el mal supremo de la libre competencia”⁴⁶- son casi siempre orquestados por altos funcionarios de la empresa. Así lo señala Stephan en su reciente estudio sobre la materia:

La evidencia empírica obtenida a partir de infracciones descubiertas en el pasado reciente muestra cómo quienes son responsables de orquestar los carteles típicamente saben que lo están haciendo ilegal, hacen grandes esfuerzos por evitar ser descubiertos, y usualmente son altos ejecutivos dentro de la firma⁴⁷.

its employees, acting within the scope of their authority, fail to comply with the law and the consent decree”), y *United States of America v. Ionia Management S.A.*, 526 F. Supp. 2d 319 (2d Cir., 2007). Vid. también, Huff, n. 1, p. 1252.

⁴⁴ “2009 Federal Sentencing Guidelines Manual”, §8C.2.5 (b), disponible en <http://www.uscourts.gov/2009guid/TABCON09.htm> (última visita, 16 de abril de 2010). Vid. también, ABA Section of Antitrust Law, n. 2, p. 19 (“The theory, at least when the 1991 Sentencing Guidelines for Organizations were issued, was to distinguish between companies whose top management was involved in or directed unlawful behavior, and law-abiding companies that nevertheless found themselves in trouble of the behavior of one or a few rogue employees”).

⁴⁵ OFT, “How your business can achieve compliance” (2005), pp. 15-16, disponible en www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/ca98.../oft424.pdf (última visita, 18 de abril de 2010):

The fact that a compliance programme is in place may be taken into account as a mitigating factor when we calculate the level of a financial penalty. We will give careful consideration to the precise circumstances of the infringement and in particular the efforts made by management to ensure that the programme has been properly implemented. We will also take account of the seniority of the person or persons involved in the infringement. We will view very seriously the involvement of directors or senior management in any infringement and may treat such involvement as an aggravating factor when setting the level of financial penalty. For example, the mitigation in having a compliance programme in place may be offset where it was blatantly ignored at a very senior level.

La situación es similar en Canadá. De acuerdo con el ABA Section of Antitrust Law, n. 2, p. 176, “a compliance program may be of little help, and in fact may work against a company, where... senior personnel either participated in or condoned the improper conduct that conflicted with the direction of the program”.

⁴⁶ Vid. *Verizon Communications, Inc. v. Trinko*, 540 US 398, 405 (2004), donde Justice Scalia califica la colusión como el “supreme evil of antitrust”. Nuestro TDLC, FNE con Sociedad de Transportes Central Ltda. y otros, Sentencia N° 94/2010, de 7 de enero de 2010, C. 98° también ha señalado que “la colusión es de aquellas [infracciones] que merece el mayor reproche para el derecho de la competencia”.

⁴⁷ Stephan, Andreas “Hear no Evil, See no Evil: Why Antitrust Compliance Programmes may be Ineffective at Preventing Cartels”, ESRC Centre for Competition Policy & Norwich Law School, University of East Anglia, CCP Working Paper 09-09, p. 2, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1432340 (última visita, 17 de abril de 2010) (“Empirical evidence from infringements uncovered in the recent past shows how those responsible for cartels typically know what they are doing is illegal, go to great lengths to avoid detection, and are usually senior managers within the firm”). En particular, ver la tabla 1 (*id.*, pp 8-9), donde indica el rango de los funcionarios involucrados en los carteles internacionales más recientes.

En todo caso, a este respecto, en la Unión Europea, la Comisión estableció recientemente en el caso *Electrical Carbon and Graphite* que la introducción de un programa de *compliance* no exculpa ni aminora la responsabilidad tratándose de casos relativos a carteles:

La Comisión considera que no es apropiado tomar en consideración la existencia de un programa de *compliance* como una circunstancia atenuante en el caso de una infracción colusiva, sea que la infracción se haya cometido antes o después de la introducción del referido programa⁴⁸.

Según lo señalado, de acreditarse que una empresa cuenta con un programa de *compliance* serio, creíble y efectivo, y que ningún ejecutivo de la empresa tuvo participación en los hechos que se le imputan -ninguno de los cuales es un *hard-core cartel*-, podría en principio ser exculpada sobre la base de dicho programa. Ahora bien, para precisar en qué circunstancias los programas de *compliance* serios, creíbles y efectivos *deben* exonerar la responsabilidad en casos de infracciones distintas a la colusión y que hayan sido cometidas por empleados de rango medio y bajo, deben revisarse primero las consideraciones de prevención y retribución que justifican la sanción monetaria a las firmas.

ii. Argumentos de eficiencia y justicia retributiva

En principio, y conforme a lo que ya se ha adelantado, el argumento de eficiencia que justifica una defensa basada en programas de *compliance* es simple: si la empresa ha adoptado

todas las medidas **razonables** requeridas para prevenir que sus empleados infrinjan la Ley y si ante una infracción por parte de un empleado es igualmente castigada, entonces la Ley no cumple con los fines de prevención⁴⁹.

Como explica Weissmann, el modelo de responsabilidad estricta puro o radical es antitético al fin de prevención de los derechos criminal, sancionatorio e infraccional⁵⁰. El modelo de la prevención no opera si se castiga a quien ya ha realizado todos los esfuerzos por prevenir que el hecho antijurídico ocurra:

Ni la prevención general ni la especial son satisfechas en tales situaciones de castigo según la responsabilidad estricta], puesto que la compañía ya ha adoptado todas las acciones que el Derecho, y el gobierno, deberían o habrían impuesto al condenarla. En términos breves, no hay nada que prevenir, pues la firma ya está haciendo exactamente lo que la sociedad quiere que la firma haga⁵¹.

Contrariamente a lo esperado por un modelo de prevención, la responsabilidad estricta pura o radical desincentiva la adopción de programas de *compliance*. Así lo ha reconocido la Corte Suprema norteamericana tratándose de la responsabilidad civil semi-infraccional correspondiente a *punitive damages* por infracción de la obligación laboral de no discriminar (conocido como "Title VII" en consideración a su ubicación en el US Code⁵²):

Burlington Industries, Inc. v. Ellerth, 524 U.S. 742, 764 (1998): "El Título VII está diseñado para promover

⁴⁸ COMP/E-23/38.359 *Electrical and mechanical carbon and graphite products*, OJ [2004] L 125/45, ¶ 313 disponible en www.ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/decisions/38359/en.pdf (última visita, 17 de abril de 2010) ("The Commission consider that it is not appropriate to take the existence of a compliance programme into account as an attenuating circumstance for a cartel infringement, whether committed before or after the introduction of such a programme"). Vid. también, *Case T-31/99 ABB Asea Brown Boveri v. Commission* [2002] ECR II-1884, ¶ 221, caso anterior en el que la Corte decidió no incluir como atenuante un programa de *compliance* adoptado después de descubierto el cartel:

Although it is indeed important that the applicant took measures to prevent future infringements of Community competition law by its personnel, that fact does not alter the reality of the infringement found in the present case (*Case T-7/89 Hercules Chemicals v Commission* [1991] ECR II-1711, paragraph 357). Furthermore, it follows from the case-law that, although the implementation of a compliance programme demonstrates the intention of the undertaking in question to prevent future infringements and therefore constitutes a factor which better enables the Commission to accomplish its task of, inter alia, applying the principles laid down by the Treaty in competition matters and influencing undertakings in that direction, the mere fact that in certain of its previous decisions the Commission took the implementation of a compliance programme into consideration as a mitigating factor does not mean that it is obliged to act in the same manner in a specific case (*Case T-319/94 Fiskeby Board v Commission* [1998] ECR II-1331, paragraph 83, and *Mo och Domsjö v Commission*, cited above, paragraph 417). That is all the more so when, as here, the infringement in question constitutes a manifest violation of Article 85(1)(a) and (c) of the Treaty.

En el mismo sentido, vid. *Case T-224/00 Archer Daniels Midland v. Commission* [2003] ECR II-2597, ¶ 280.

⁴⁹ Sobre la razonabilidad de las medidas, no debe olvidarse que, como afirma Weissmann y Newman, n. 40, p. 430: "Companies, unlike most individuals, cannot control absolutely the conduct of the people for whose conduct they can be criminally liable".

⁵⁰ Weissmann y Newman, n. 40, p. 412.

⁵¹ *Id.*, p. 412 ("Neither specific nor general deterrence are furthered in such a situation since the company has already taken all the actions that the law, and the government, should or likely would impose upon conviction. In short, there is nothing to deter since the corporation is already doing exactly what society wants the corporation to do").

⁵² Title VII, Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C. §2000e.

la creación de políticas antiacoso y mecanismos efectivos de reclamo. Si la responsabilidad de los empleadores depende en parte de los esfuerzos de los empleadores para crear tales procedimientos, entonces se estaría dando lugar a la intención del Congreso de promover la conciliación más que la litigación en el contexto del Título VII". ["Title VII is designed to encourage the creation of antiharassment policies and effective grievance mechanisms. Were employer liability to depend in part on an employer's effort to create such procedures, it would effect Congress' intention to promote conciliation rather than litigation in the Title VII context"].

Kolstad v. American Dental Association, 526 US 526, 545-46 (1999): "En el contexto de daños punitivos, un empleador no debiera ser responsable vicarialmente por las conductas discriminatorias de agentes empresariales en los casos en que esas conductas sean contrarias a los esfuerzos de buena fe del empleador por cumplir con el Título VII... El otorgamiento de protección frente a los daños punitivos a los empleadores que hagan esfuerzos de buena fe por prevenir las discriminaciones en el lugar de trabajo persigue el objetivo del Título VII de motivar a los empleadores a detectar y prevenir violaciones al Título VII". ["[I]n the punitive damages context, an employer may not be vicariously liable for the discriminatory employment decisions of managerial agents where these decisions are contrary to the employer's good-faith efforts to comply with Title VII... [G]iving punitive damages protection to employers who make good-faith efforts to prevent discrimination in the workplace accomplishes Title VII's objective of 'motivating employers to detect and deter Title VII violations'"].

Penn State Police v. Suders, 452 US 129, 145 (2004): "Conectar el estándar de responsabilidad a los esfuerzos de un empleador por instalar procedimientos de reclamo persigue el propósito del Congreso de promover la conciliación más que la litigación... Al mismo tiempo, esa conexión entre la limitación de la responsabilidad y medidas efectivas de prevención y corrección puede servir al propósito preventivo del Título VII por

la vía de fomentar que los empleados acusen los casos de acoso antes que los mismos sean severos o masivos". ["Tying the liability standard to an employer's effort to install effective grievance procedures would advance Congress' purpose to promote conciliation rather than litigation... At the same time, such linkage of liability limitation to effective preventive and corrective measures could serve Title VI's deterrent purpose by encouraging employees to report harassing conduct before it becomes severe or pervasive"].

Si bien los programas de *compliance* son atractivos para las firmas, porque reducen los riesgos de infracción regulatoria (*antitrust risk*), el beneficio representado por la eliminación o aminoración de las multas opera como un incentivo adicional para la adopción de estos programas. En un reciente comentario de las Secciones de *Antitrust* y de Derecho Internacional de la ABA al proceso de reforma canadiense, estas prestigiosas instituciones gremiales expresaron su opinión en el sentido que los programas de *compliance* deben ser seriamente sopesados por las autoridades como una forma de incentivar su adopción por parte de las empresas⁵³. Dicho criterio fue aceptado por el *Competition Bureau* de Canadá, al menos en cuanto a la aminoración de la responsabilidad⁵⁴.

En este punto, la responsabilidad estricta puede incluso llegar a establecer "incentivos perversos"⁵⁵. Por una parte, si los programas son inútiles, las firmas invertirán menos recursos en su implementación, pues perderán el beneficio de la eliminación o reducción de la multa. Por otra parte, la existencia de un programa serio, creíble y efectivo en dicho contexto puede a veces terminar debilitando la defensa de una firma en un litigio: el programa puede facilitar la producción de documentos, testigos y antecedentes contrarios a los intereses de la empresa.

Ahora bien, es necesario señalar que puede existir un efecto adverso en este esquema: la eliminación o reducción de la multa esperada puede funcionar como un desincentivo al esfuerzo que hagan las firmas por cumplir con

⁵³ Antitrust Section, American Bar Association, Submission of the American Bar Association Sections of Antitrust Law and International Law in response to the Canadian Competition Bureau's Request for comments on its updated draft Bulletin on Corporate Compliance Programs, Mayo 2008, p. 10, disponible en [http://new.abanet.org/antitrust/Searchable Antitrust Library/comments-canadiandraft.pdf](http://new.abanet.org/antitrust/Searchable%20Antitrust%20Library/comments-canadiandraft.pdf) (última visita, 20 de febrero de 2010) ("The Sections believe that giving greater weight to effective compliance programs will encourage greater adoption of such programs by businesses").

⁵⁴ Gobierno de Canadá, Competition Bureau, Corporate Compliance Programs, Septiembre del 2008, disponible en <http://competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/02732.html> (última visita, 20 de febrero del 2010) ("The existence of a program does not immunize businesses or individuals from enforcement action by the Commissioner or from prosecution by the DPP. However, in determining the most appropriate means to resolve cases involving offences where the exercise of due diligence is a factor, the Commissioner and the DPP may give weight to the existence of a credible and effective program").

⁵⁵ Kolstad v. American Dental Association, 526 US 526, 545 (1999).

la regulación. Este desincentivo producido como efecto de la reducción de las multas esperadas debe ser contrarrestado por la vía de reforzar los estándares mínimos exigidos a los programas de *compliance*. Por ello, los órganos reguladores de la competencia deben mantenerse estrictos y exigir, como ya hemos señalado, que los programas sean serios, creíbles y efectivos.

Finalmente, la posibilidad de imponer sanciones separadas a los empleados contumaces, pero no a las empresas que cuenten con programas de *compliance* permite mantener los intereses de ambas partes en tensión. En este sentido, la defensa de exoneración de responsabilidad evita que los intereses de empleadores y empleados contumaces converjan bajo ciertos supuestos. La firma podrá así combatir y oponerse a toda forma de infracción, no debiendo tolerar ni buscar acomodo o encubrimiento a ninguna ilegalidad de sus funcionarios.

Para resumir: desde el punto de vista de la eficiencia, los programas de *compliance* aumentan el bienestar social, pues previenen la comisión de infracciones al Derecho de la Competencia. Es más, permiten prevenir infracciones en situaciones en las que la simple imposición de multas no es eficaz. De este modo, si la normativa incentiva la adopción de programas de *compliance*, entonces promueve la prevención. Por lo mismo, la regla de eliminación de multas, si es acompañada de un estricto control de seriedad, credibilidad y efectividad de los programas, puede incentivar los programas y aumenta el bienestar.

Los argumentos de justicia retributiva confirman los resultados obtenidos a partir del análisis de eficiencia. Incluso aunque fuera eficiente imputar responsabilidad en forma estricta, razones de justicia retributiva señalan que no es apropiado sancionar a una empresa por el mero hecho que uno de sus empleados haya incurrido en un ilícito. En ausencia de **conducta organizacional reprochable** -normalmente asociada a la selección

del personal, su entrenamiento y vigilancia⁵⁶-, las empresas no deben ser sancionadas⁵⁷.

La conducta organizacional es reprochable no solo cuando los altos directivos participan o toleran ciertas actividades ilegales. Cuando las empresas cuentan con un personal numeroso, el hecho que los empleados estén sometidos a incentivos económicos que conduzcan en la dirección del ilícito **puede ser** motivo suficiente de reproche. Esto por cuanto la firma controla y determina tales incentivos económicos. Como indica Arlen:

A fin de prevenir la comisión de delitos, los administradores deben asegurarse de que las personas al interior de la firma que puedan tener alguna disponibilidad a violar la Ley no encuentren los incentivos para hacerlo. Si los administradores se aseguran de que el crimen no genere beneficios, entonces los empleados evitarán incumplir la Ley. Si el delito trae beneficios, entonces es probable que alguien quiera cometerlo... La evidencia sugiere que el crimen corporativo no puede ser desestimado como el resultado de algunas raras "manzanas podridas", quienes se introducen inadvertidamente en el grupo humano de la firma. Los individuos que cometen crímenes empresariales no son de alguna manera especialmente "malos" o inmorales. Los delitos empresariales ocurren de la confluencia de la disponibilidad de un individuo a cometer un delito y de los incentivos y capacidad de poder hacerlo. Cualquier grupo grande de personas (como es el caso de cualquier compañía que se transa en la bolsa) contiene personas que tendrán disponibilidad a violar la Ley si las ganancias de hacerlo son suficientemente considerables⁵⁸.

De lo anterior se sigue que si los incumplimientos regulatorios son explicables en función de los incentivos y condicionamientos económicos de los servicios prestados por los empleados, las firmas pueden ser sancionadas sin violentar

⁵⁶ Como señalan Weissmann y Newman, n. 40, p. 429, "[w]hen a corporation is held criminally responsible for the criminal actions of an employee, retribution requires us to first determine what it is that the corporation did or did not do that warrants criminal sanction".

⁵⁷ *Id.*, p. 412 ("With respect to retribution, unless one adopts the extreme view that merely employing a person who commits a crime is a "wrong"... there is no organizational conduct deserving of criminal sanction").

⁵⁸ Arlen, n. 27, p. 5 y p. 5 n.12 ("[I]n order to deter crime, managers must ensure that those people within the company who are willing to break the law do not face strong incentives to do so. If managers ensure crime does not pay, then employees will eschew it. If crime does pay, then someone is likely to commit it... Evidence suggests that corporate crime cannot be dismissed as the result of the rare 'bad apple', who inadvertently slipped into the corporate barrel. Individuals who commit corporate crimes are not some how especially 'bad' or immoral people. Corporate crime results from a confluence of an individual's willingness to commit crime and her incentives and ability to do so. Any large group of people (such as a publicly held corporation) contains people who will be willing to break the law if the gains from doing so are large enough").

los principios de la justicia retributiva. Por el contrario, infracciones que responden a anomalías conductuales de ciertas personas, sin que tales conductas puedan ser explicadas en términos del beneficio personal y/o empresarial, no deben ser imputados a las firmas.

A modo de referencia, la recientemente promulgada Ley N° 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas contempla en sus artículos 3° y 4° una defensa exculpatoria sobre la base de programas de *compliance*. Aunque dicha normativa no sea directamente aplicable al ámbito regulatorio e infraccional, la misma demuestra que los principios de justicia retributiva hablan en favor de reconocer la defensa de exoneración a las firmas que cuentan con programas serios, creíbles y efectivos.

En síntesis, de lo expuesto se sigue que en ausencia de conducta organizacional reprochable, una empresa no debiera ser condenada por supuestas infracciones al DL 211. En principio, y sujeto a los matices que se indican a continuación, resulta improcedente imputar a una empresa infracciones no colusivas cometidas por funcionarios de rango medio o bajo si es que el programa de *compliance* de la firma es serio, creíble y efectivo. Los argumentos de eficiencia no lo justifican, y los de justicia retributiva lo prohíben.

V. Regla propuesta: exoneración en caso de infracciones marginales por funcionarios contumaces

Conforme a los principios y reglas explicados, podemos ya enunciar y justificar la respuesta a la pregunta sobre programas de *compliance* y responsabilidad que se plantea en este Informe: tratándose de infracciones distintas de los acuerdos colusivos y siempre que ellas sean cometidas por empleados de rango medio y bajo, una firma que ha implementado un programa de *compliance* serio, creíble y efectivo no debe ser condenada por infracción a las normas del DL 211 cuando la conducta ilícita es marginal dentro de la organización y la misma no responde a incentivos racionales de los empleados infractores.

Esta defensa estará disponible siempre y cuando una empresa sea capaz de acreditar el siguiente conjunto de hechos:

- Que el programa de *compliance* es serio, creíble y efectivo.
- Que los empleados que han incurrido en las conductas ilícitas diferentes de colusión no ocupan cargos directivos en la empresa; esto es, que se trata empleados de rango medio o bajo.
- Que el número de empleados que ha incurrido en conductas ilícitas es muy reducido dentro de la organización en general y en la categoría específica de empleo en particular (ejemplo vendedores).
- Que los empleados involucrados incurrieron en las conductas en cuestión por razones ajenas a los incentivos proporcionados por la organización, es decir, que se trata de funcionarios contumaces.

Como ya hemos indicado, cumpliéndose los requisitos anteriores, ni la eficiencia ni el modelo de la prevención fundada en ella justifican que se imponga una sanción. Sancionar en tales circunstancias a una empresa que cuenta con un programa de *compliance* serio, creíble y efectivo no aumenta el bienestar ni establece los incentivos necesarios para que las empresas adopten dichos programas. No puede haber prevención cuando la empresa nada pudo razonablemente hacer por prevenir los hechos que se le imputan.

Tampoco se cumple con el “presupuesto” o requisito que la Corte Suprema chilena, desde una perspectiva de justicia retributiva, ha denominado “intencionalidad correspondiente a la faz subjetiva”⁵⁹. A este respecto, la Corte Suprema ha entendido que el requisito de culpabilidad en el ámbito de la Competencia debe entenderse como “la reprochabilidad de la acción, que ejecutada voluntariamente ha tenido consigo el carácter de ser antijurídica por haber vulnerado las normas que consagra la Ley en protección de la libertad que ha de existir para competir libremente en el mercado”⁶⁰. Por su parte, el TDLC ha incorporado recientemente la idea de falta de culpabilidad como “inexigibilidad de otra conducta”⁶¹.

⁵⁹ Corte Suprema, FNE y Banco de Chile con Falabella y otros, Rol 2339-2008, Sentencia del 13 de agosto de 2008, C. 17°.

⁶⁰ Corte Suprema, Voissnet con Empresa de Telecomunicaciones de Chile S.A., Rol 6236-2006, Sentencia de 4 de julio de 2007, C. 29.

⁶¹ TDLC, FNE con Sociedad de Transportes Central Ltda. y otros, Sentencia N° 94/2010, de 7 de enero de 2010, C. 100 (haciendo referencia a una posible eximente de culpabilidad constituida por hechos que “fueran de una entidad suficiente como para hacer imposible la exigencia de otra conducta”).

En ausencia de **conducta organizacional reprochable**, la actuación de empleados contumaces de rango medio y bajo, cuando ellos no son un número significativo en la empresa, no permite imputar culpabilidad de la empresa. Esto es, nada cabe reprochar a una empresa que ha establecido un programa de *compliance* serio, creíble y efectivo, que en el margen resulta no ser cumplido por algunos pocos funcionarios contumaces por razones distintas del interés propio y de la empresa⁶².

Al final del día, la regla de exculpación que propone este trabajo es una aplicación en el ámbito de los abusos unilaterales y verticales del principio de *minimis non curat lex* (doctrina de *minimis*⁶³). En el contexto de un sistema normativo que impone un modelo de responsabilidad que bordea el carácter estricto -como es el caso de la libre competencia-, hechos aislados y de poca entidad como sería el caso de infracciones de algunos pocos funcionarios contumaces, deben ser generalmente tratados directamente entre la FNE y la firma interesada en cumplir la Ley dentro del contexto de los “diálogos regulatorios”⁶⁴. Como afirma Alejandro Nieto:

No deben ser calificadas de infracción ni, por ende, conminadas con sanción las conductas de contenido antijurídico mínimo, puesto que el costo administrativo del aparato represivo de control y sanción, así como el costo social de la irritación producida por su uso (o el desprestigio producido por su tolerancia) son mayores que los beneficios esperados por su establecimiento. El uso cotidiano de la espada represora termina embotándola⁶⁵.

VI. Conclusiones

Los programas de *compliance* constituyen una dimensión relevante del proceso de *enforcement* del Derecho de la Competencia en el mundo contemporáneo. Gracias a un cambio en la cultura corporativa, los programas serios, creíbles y efectivos permiten prevenir y detectar infracciones, incluso en situaciones o circunstancias en que el aparato represor del Estado no habría podido hacerlo.

La política de la competencia tiene un objetivo primordial: aumentar el bienestar. Según dicho objetivo, el Derecho de la Competencia debe ser interpretado de manera que prevenga la comisión de conductas infraccionales. Específicamente, la aplicación de sanciones por parte de las autoridades que protegen la competencia debe fomentar el establecimiento de un sistema de incentivos que oriente el comportamiento de firmas y empresarios en el sentido de no cometer infracciones.

Consecuentemente, la presencia de programas de *compliance* debe ser seriamente considerada por los órganos de protección de la competencia al momento de determinar la responsabilidad de las firmas infractoras. Como hemos afirmado, tratándose de infracciones distintas de la colusión y siempre que ellas sean cometidas por empleados de rango medio y bajo, una firma que ha implementado un programa de *compliance* serio, creíble y efectivo no debe ser condenada por infringir a las normas del DL 211 cuando la conducta ilícita es marginal dentro de la organización y la misma no responde a incentivos racionales, sino a la contumacia de los empleados infractores.

⁶² Una de las razones más comunes que lleva a los empleados a cometer infracciones a la libre competencia es el beneficio de la empresa, y el beneficio indirecto que de ello se sigue para el empleado. Por ello, como explica el ABA Section of Antitrust Law, n. 2, p. 30:

If corporate profit is the motivation for an antitrust crime yet individual employees commit antitrust crimes for which the corporation is liable, then it would seem to be important to direct compliance efforts against those individuals within the company who profit when the corporation profits.

⁶³ Vid. Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (de *minimis*) (publicado en el Diario Oficial N° C 368 de 22/12/2001), disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52001XC1222%2803%29:ES:HTML> (última visita 19 de abril de 2010).

⁶⁴ En palabras de Yeung, n. 17, p. 83, “the harshness of strict liability may be mitigated in practice through the judicious exercise of discretion by enforcement authorities”. Sobre “diálogos regulatorios” vid. Julia Black, “Talking about Regulation”, 1998 *Public Law* 77 (1998).

⁶⁵ Nieto, n. 32, p. 32.