

Unclassified

DAF/COMP/LACF(2017)38

Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

04-Apr-2017

Spanish - Or. English

DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE

DAF/COMP/LACF(2017)38
Unclassified

LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish Version)
FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA
Sesión I: Cárteles: Estimación del daño y las acciones públicas para la aplicación de la ley

-- Contribución de Chile --

4-5 de abril 2017, Managua, Nicaragua

Se hace circular el documento adjunto elaborado por Chile PARA SU DEBATE en la Sesión I del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 4-5 de abril 2017 en Nicaragua.

Lynn ROBERTSON, Coordinadora de Relaciones Globales, División de Competencia de la OCDE
[Tel: +33(0)1 45 24 18 77, Correo electrónico: lynn.robertson@oecd.org]

JT03412005

Complete document available on OLIS in its original format

This document and any map included herein are without prejudice to the status of or sovereignty over any territory, to the delimitation of international frontiers and boundaries and to the name of any territory, city or area.

Spanish - Or. English

FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA



15º Foro Latinoamericano y del Caribe de Competencia
4-5 DE ABRIL DE 2017, Managua, Nicaragua

Sesión I: Cárteles: Estimación del daño y acciones públicas para la aplicación de la ley

-- CONTRIBUCIÓN DE CHILE (TDLC)* --

1. Antecedentes – Normativa chilena sobre imposición de multas y demandas privadas por daños

1.1 Multas

1. El Tribunal de Competencia puede imponer multas a empresas y particulares que vulneren la normativa de defensa de la competencia, bien mediante abuso de posición dominante o a través de un cártel o práctica concertada.

2. Como se expondrá a continuación, la finalidad exclusiva de las multas en Chile es disuadir las prácticas contrarias a la competencia, mientras que las demandas privadas por daños o acciones colectivas tienen por objeto el resarcimiento del daño causado.

3. Con arreglo al Derecho chileno, pueden imponerse multas a miembros de cárteles, con independencia del daño causado por el cártel. Por consiguiente, pueden imponerse multas a participantes en cárteles que no se han puesto en práctica. En consecuencia, no constituye un requisito previo para la imposición de multas que el cártel haya provocado un daño.

4. Además, la normativa en vigor hasta 2016 disponía que, en caso de cártel, el demandante únicamente debía demostrar la existencia de un acuerdo o práctica concertada que tuviera por objeto la fijación de precios, el reparto o la división del mercado, la manipulación de licitaciones o la limitación de la producción, y que dicho acuerdo o práctica concertada confiriera una posición dominante a sus participantes.

5. En agosto de 2016 entró en vigor una reforma legal de la normativa chilena de defensa de la competencia. Dicha reforma supuso importantes cambios, como la introducción de sanciones penales o la ilegalización *per se* de los cárteles especialmente graves, entre otras modificaciones (en lo sucesivo, la

* Contribución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“Tribunal de Competencia” o “TDLC”).

“Reforma”). En el caso de los cárteles o prácticas concertadas especialmente graves, el criterio *per se* entraña que para que puedan imponerse multas a los miembros del cártel ya no es necesario acreditar que éste ha dado lugar a una posición dominante, sino únicamente que existe un acuerdo o práctica concertada.

6. En lo que atañe a las multas por conductas contrarias a la competencia, la Reforma ha sustituido el límite máximo previsto en la legislación anterior (para los cárteles, la multa máxima ascendía a 25 millones de USD) por un tope flexible. En particular, las prácticas anticompetitivas pueden dar lugar a multas de hasta el doble de los beneficios ilícitos obtenidos por los infractores o, con carácter alternativo, hasta un 30% de las ventas anuales realizadas por las empresas de bienes o servicios que guarden relación con la infracción durante su período de existencia. Desde un punto de vista económico, el beneficio ilícito o la ganancia económica obtenido por el miembro del cártel se considera una redistribución de rentas desde los consumidores hacia las empresas del cártel debido a precios supracompetitivos/ es equivalente a un "sobreprecio". Pues bien, el límite máximo de las multas no incluye las pérdidas irre recuperables provocadas por el cártel.

7. Con carácter subsidiario, en caso de que el Tribunal no pueda determinar ni el beneficio ilícito ni las ventas de las empresas infractoras, las multas pueden ascender a 50 millones de USD.

8. Por último, la Reforma ha incorporado diversos factores que el TDLC debe tomar en consideración a la hora de fijar las multas: disuasión y capacidad económica del infractor. Otras circunstancias que han de ser tenidas en cuenta y que ya figuraban en la normativa anterior a la Reforma incluyen la colaboración con la Fiscalía Nacional Económica antes o durante su investigación, la gravedad de la conducta, el beneficio ilícito obtenido y la reincidencia.

1.2 Demandas por daños

9. En Chile, las demandas privadas por daños tienen exclusivamente por objeto que se indemnice/compense el daño causado por las empresas infractoras. No son punitivas como en otras jurisdicciones.

10. En lo que respecta a la indemnización de los daños, hasta el momento en Chile los tribunales civiles eran los órganos jurisdiccionales competentes para resolver las demandas privadas por daños derivados de prácticas contrarias a la normativa sobre competencia (o las posteriores demandas por daños). La Reforma de 2016 ha modificado ese régimen y ha atribuido al Tribunal de Competencia potestad para resolver sobre tales demandas.

11. A partir de la entrada en vigor de la Reforma, los clientes afectados, las empresas intermedias o los competidores pueden interponer demandas de indemnización de daños ante el Tribunal de Competencia. Además, los consumidores que hayan sido víctimas de la infracción pueden interponer acciones colectivas ante el TDLC, es decir, incoar un procedimiento de forma colectiva de conformidad con el procedimiento establecido en la Ley de Defensa de los Consumidores.

12. Las demandas privadas de daños sólo pueden interponerse una vez que el TDLC ha sancionado a los miembros del cártel. Por consiguiente, la conducta ilícita se considera un hecho probado – a resultados de la sentencia emitida en el procedimiento administrativo - de modo que el procedimiento por daños se centra en si la conducta provocó o no un daño y, en caso afirmativo, sobre su magnitud y el vínculo de causalidad entre el cártel y el daño. Sin embargo, es posible que el TDLC ya haya apreciado los beneficios ilícitos al determinar las multas durante el procedimiento administrativo, de modo que dicha apreciación puede ser tenida en cuenta en el posterior procedimiento por daños.

13. Como se expondrá *infra*, la aplicación de las normas que rigen las demandas privadas por daños acarreará diversas dificultades, en particular, la cuantificación de los daños.

2. Método para determinar las multas en casos de cártel

14. Tal y como se ha señalado, en Chile las multas tienen por finalidad disuadir futuros comportamientos de cártel. A este respecto, el TDLC ha puesto expresamente de manifiesto el objetivo disuasorio de las multas (por ejemplo, en las sentencias n.ºs 122/2012 y 136/2014, ambas referidas a cárteles).¹

15. Según la teoría del carácter disuasorio de las sanciones, ello implica que el importe óptimo de la multa debe ser superior al beneficio ilícito obtenido por los miembros del cártel. Dicho de otro modo, una sanción será disuasoria siempre que el coste esperado derivado de formar parte de un cártel, igual a la probabilidad de ser sancionado multiplicada por el importe de la sanción, sea igual o superior al beneficio que se espera obtener del cártel.

16. Es importante señalar que, hasta el momento, todas las multas que ha impuesto el TDLC están sujetas al umbral superior previsto en la normativa anterior (límite fijo de 25 millones de USD).

17. En Chile no existen normas jurídicas vinculantes o no vinculantes que establezcan directrices a efectos de la determinación de las multas.

18. No obstante, en asuntos recientes, el TDLC ha tenido en cuenta los beneficios ilícitos obtenidos por los miembros del cártel a la hora de fijar las multas. A continuación se analizará, en particular, una resolución judicial que expone el planteamiento cuantitativo y la metodología aplicada por el Tribunal de Competencia para determinar las multas²:

2.1 *Jurisprudencia*

2.1.1 *Cártel entre empresas de productos asfálticos - reparto de clientes y manipulación de licitaciones (Sentencia n.º 48/2015)*

19. En dicho asunto, el Tribunal de Competencia consideró que varias empresas que comercializaban productos asfálticos -*Asfaltos Chilenos S.A.* (“ACH”), *Dynal Industrial S.A.* (“Dynal”), *Empresa Nacional de Energía Enx S.A.* (“ENEX”) y *Química Latinoamericana S.A.* (“QLA”)- habían puesto en práctica acuerdos para asignar contratos específicos de suministro de productos asfálticos utilizados en obras y proyectos viales. Más concretamente, el TDLC estimó que se habían coordinado para asignar determinados proyectos en el marco de procedimientos de licitación organizados por empresas de construcción que utilizan los productos asfálticos como insumos.

20. El Tribunal impuso a ACH una multa de aproximadamente 1,3 millones de USD, a Dynal una multa de 587.000 USD y a QLA una multa de 1,5 millones de USD. Eximió a ENEX del pago de las multas, en su condición de beneficiario del programa de clemencia. Además, ordenó a las cuatro

¹ Sentencia n.º 122/2012, considerando 124, sobre compresores de refrigerantes, y sentencia n.º 136/2014, considerando 135, sobre un cartel de autobuses interurbanos.

² Esa misma metodología se aplicó para cuantificar las multas en el caso de un cartel entre un grupo de ginecólogos implantado a través de su asociación gremial— cartel de fijación de precios (Sentencia n.º 145/2015). Se trataba de un caso de colusión en el que la Fiscalía Nacional Económica acusó a la Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de Ñuble -una provincia del sur de Chile- y a 25 ginecólogos de fijar los precios. Según el requerimiento, la Asociación había fijado precios mínimos para procedimientos de maternidad estándar, provocando un daño directo a los pacientes que contaban con un seguro médico privado. El Tribunal Supremo ratificó el importe de las multas en 2016.

demandadas poner en práctica un programa de cumplimiento en materia de libre competencia de acuerdo a la guía publicada por la Fiscalía Nacional Económica.

21. Tras tomar en consideración el contexto fáctico y las pruebas presentadas en el procedimiento, el Tribunal de competencia evaluó y cuantificó la multa adecuada, a la luz de los principios de proporcionalidad y carácter razonable. En particular, el TDLC estableció directrices sobre cómo determinar las multas en casos de cártel:

- La multa consta de dos elementos económicos, que representan cada uno de ellos la mitad de la multa total, a efectos de evitar la doble sanción:
 - un elemento fijo que constituye la multa para todos los miembros del cártel y que únicamente sanciona la participación en el acuerdo ilegal, al margen de los beneficios ilícitos obtenidos del cártel ("importe de base de la multa"). El mismo importe se impone a todos los miembros del cártel, y
 - un elemento variable que depende de los beneficios ilícitos obtenidos por cada miembro del cártel.
- El TDLC observó que el importe de base de la multa es un porcentaje de las ventas totales relacionadas con cada acuerdo ilegal. En cuanto a la determinación del elemento variable, habida cuenta de que las pruebas presentadas durante el procedimiento en relación con los beneficios ilícitos no eran concluyentes, el TDLC aplicó un porcentaje de las ventas de los miembros del cártel como cifra aproximada de tales beneficios ilícitos. Sin embargo, el TDLC reconoció que los beneficios ilícitos son el indicador ideal para determinar el elemento variable.
- A continuación, el Tribunal de Competencia determinó el "importe total global de la multa", a saber, la suma de todas las multas impuestas a todos los miembros del cártel. El TDLC señaló que, con carácter general, dicho importe representa el 20% de las ventas de los productos objeto de los acuerdos ilegales, el 30% de las ventas cuando los cárteles son estables y se prolongan a lo largo del tiempo siempre que se aporten pruebas directas en tal sentido en el procedimiento, y el 10% cuando exista una práctica concertada con respecto a la cual sólo existan pruebas circunstanciales (entendidas éstas como indicios económicos y/o factores positivos). El importe total global de la multa se divide en partes iguales para determinar el importe de base de la multa y el elemento variable (es decir, si es un 20%, el elemento fijo representará el 10%).
- Por último, han de tomarse en consideración las circunstancias agravantes y atenuantes para determinar la multa total y definitiva aplicable a cada miembro del cártel.³
- Además, en ese caso concreto, varias consideraciones particulares resultaban determinantes: de las sociedades que celebraron varios acuerdos para manipular licitaciones en el marco del suministro de productos asfálticos y que participaron en cada acuerdo ilegal, únicamente una, miembro del cártel, se adjudicó el contrato de que se trataba (en lo sucesivo, "adjudicataria"). Por consiguiente, en determinadas licitaciones, algunos de los competidores que eran miembros del cártel no resultaron adjudicatarios del contrato. Sin embargo, el TDLC concluyó que esos competidores debían abonar en todo caso el elemento variable de la multa por manipulación de la licitación, si bien en un importe menor que la adjudicataria.

³ Por ejemplo, en el caso de los ginecólogos, arriba indicado, se aplicó una agravante. En efecto, la multa impuesta al presidente de la asociación gremial se incrementó en un 20% porque había instigado el acuerdo de fijación de precios.

- Pues bien, todos los miembros del cártel debieron abonar, en cierta medida, un elemento variable, pero el TDLC consideró necesario diferenciar el importe que debía abonar la adjudicataria y el importe aplicable a los competidores que habían participado en el acuerdo. Adoptando un planteamiento conservador y simple, el TDLC estimó que la adjudicataria debía pagar el doble del elemento variable que los restantes miembros del cártel, con respecto a cada acuerdo de manipulación de licitaciones. Por ejemplo, en una de las licitaciones, tres empresas (A, B y C) presentaron ofertas. Si se aplica la regla general del 20% arriba indicada y A resulta adjudicataria del contrato, debería pagar el 5% de las ventas resultantes de la oferta en concepto de elemento variable, mientras que B y C pagarían, cada una de ellas, un 2,5% por ese concepto, sumando un total del 10%.

2.1.2 Aplicación práctica:

22. Uno de los acuerdos de manipulación de licitaciones concernía a ENEX, a ACH y a QLA. ENEX resultó ser la adjudicataria. Se aplicó la regla general del 20% para determinar el importe total global de la multa.

23. Por consiguiente, ENEX debía abonar un 3,33% de las ventas resultantes de ese acuerdo como importe de base de la multa, más un 5% (como elemento variable). Pues bien, la multa total que ENEX abonó por ese acuerdo en particular ascendió al 8,33% de las ventas relacionadas con ese contrato de suministro de productos asfálticos. Por el contrario, ACH y QLA abonaron ambas un 2,5% de las ventas relacionadas con el contrato como elemento variable, más un 3,33%. Por tanto, cada una de ellas satisfizo un importe igual al 5,83% de las ventas objeto de dicho contrato (adjudicado a ENEX).⁴

3. Cuantificación de los daños

24. Como se ha indicado anteriormente, la Reforma de 2016 en Chile ha tenido como consecuencia atribuir al Tribunal de Competencia potestad para resolver demandas privadas de daños. Dado que esta Reforma es reciente, aún no existe jurisprudencia en materia de indemnización de daños. Sin embargo, el TDLC es consciente de las dificultades a las que se enfrentará para cuantificar de forma rigurosa el daño y para establecer los límites y el alcance de los perjuicios ‘indemnizables’.

25. Los retos que probablemente se plantearan girarán en torno a los siguientes aspectos:

- Disponibilidad de datos (podría resultar particularmente difícil estimar las pérdidas irrecuperables provocadas por el cártel a raíz de los efectos en la producción).
- Herramientas cuantitativas y económicas utilizadas para determinar los daños. El TDLC debe escoger cuidadosamente su planteamiento a la luz de los datos disponibles y del tipo de sector y producto, entre otros factores.
- Además, para determinar el sobreprecio del cártel (beneficios ilícitos) es necesario establecer un escenario hipotético contrario, es decir, determinar qué habría sucedido en el mercado a falta del cártel en términos de precios. No se trata en absoluto de una tarea trivial. Existen múltiples metodologías que pueden resultar útiles, como los enfoques financieros, estructurales o empíricos que se fundamentan en gran medida en la econometría. Sin embargo, pueden surgir dificultades durante la cuantificación relacionadas, por ejemplo, con el período del cártel, la disponibilidad de

⁴ Procede recordar que, como se ha señalado *supra*, ENEX se había acogido al programa de clemencia, de modo que, en última instancia, fue eximida del pago de la multa. Pese a todo, fue tomada en cuenta a la hora de determinar las multas aplicables a las demás demandadas.

datos, en particular, de aquellos referidos al período anterior al cártel, y con el conocimiento de otros factores que pueden incidir en el precio de los productos.

- Por ejemplo, desde un punto de vista empírico, la estimación de diferencias en diferencias puede ser un método fiable y ampliamente aplicado para determinar los daños ocasionados por cárteles. Se basa en grupos de tratamiento experimental y de control sin necesidad de tener que realizar de hecho un experimento. La principal hipótesis en la que se fundamenta la validez de esta técnica es que, a falta del tratamiento, la diferencia entre el grupo de "tratamiento" y el grupo de "control" es constante a lo largo del tiempo. Dicha hipótesis se denomina hipótesis de tendencia paralela. Es necesario que se cumpla la hipótesis. Dicho de otro modo, el grupo de control tiene que ser un grupo de control válido (como si se hubiera elegido de forma aleatoria) y los demás factores distintos del cártel deben afectar a ambos grupos por igual.
- Además, pueden surgir dificultades a la hora de estimar los daños indirectos, es decir, cuando el cártel afecta a un sector que vende insumos a empresas situadas en una fase posterior de la cadena de distribución [empresas intermedias] y éstas repercuten el sobreprecio aplicado por el cártel a los consumidores. Por consiguiente, habida cuenta de que el daño ocasionado a las empresas intermediarias es menor, dado que éstas repercuten el sobreprecio en los consumidores, el TDLC debe determinar si, en el marco de procedimientos relativos a demandas privadas por daños, pueden admitirse, como argumentos de defensa, alegaciones referidas a dicha repercusión del sobreprecio. Una opción sensata sería permitir que los clientes indirectos pudieran invocar que han sufrido un daño, junto con las empresas intermedias. Sin embargo, el TDLC aún no ha adoptado una postura oficial al respecto.
- Asimismo, resulta necesario determinar si debe tenerse en cuenta el impacto del cártel en la eficacia dinámica o en la innovación y, en caso afirmativo, dicho factor también puede constituir una dificultad adicional a la hora de cuantificar el daño.