

Unclassified**Spanish - Or. English****10 September 2019****DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE****Cancels & replaces the same document of 4 September 2019****LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COMPETITION FORUM (Spanish version) FORO LATINOAMERICANO Y DEL CARIBE DE COMPETENCIA
Sesión I: Metodologías para el cálculo de multas por infracciones a la normativa de competencia****- Contribución de Chile -****24-25 de septiembre 2019, San Pedro Sula, Honduras**

Se hace circular el documento adjunto elaborado por Chile (FNE) PARA SU DEBATE en la Sesión I del Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia que se llevará a cabo los días 24-25 de septiembre 2019 en Honduras.

Sra. Lynn Robertson, Gerente GFC, LACCF ; Experto en Competencia -
Lynn.Robertson@oecd.org.

JT03450797

Sesión I: Metodologías para el cálculo de multas por infracciones a la normativa de competencia

- Contribución de Chile* -

1. Introducción

1. La imposición de una multa a beneficio fiscal, tanto en el ámbito nacional como en legislaciones comparadas, constituye uno de los mecanismos principales para sancionar y disuadir la comisión de ilícitos anticompetitivos. En el marco institucional vigente en Chile, la potestad sancionatoria y, con ella, la determinación final de la multa que se impondrá a los infractores, le corresponde al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) y a la Excelentísima Corte Suprema (“Corte Suprema”).

2. Sin embargo, la Fiscalía Nacional Económica (de aquí en más “FNE” o “Fiscalía”), como la agencia encargada de la defensa y promoción de la libre competencia en los mercados y sectores productivos de la economía chilena, en ejercicio de su facultad para actuar como parte ante el TDLC, al interponer una acción jurisdiccional o requerimiento, con el objeto de que se sancione todo hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia en los mercados, o tienda a producir tales efectos, podrá fundar su pretensión sancionatoria de multa en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones, conforme se desprende de los artículos 1º, 2º, 3º, 3º bis, 4º bis, 18 N° 1, 20, 39 inciso primero y letra b), y 39 bis del Decreto Ley N° 211 de 1973 (“DL 211”), que fija las normas para la defensa de la libre competencia.

3. De esta forma, la FNE, velando por la mayor transparencia, objetividad, predictibilidad y adecuación a los parámetros legales y antecedentes jurisprudenciales existentes al respecto, ha sistematizado las directrices que seguirá para determinar la cuantía de las multas que se solicitarán en los procedimientos contenciosos ante los órganos competentes, en la Guía Interna para Solicitudes de Multa (“Guía”)¹, publicada en agosto de 2019, con la especial finalidad de colaborar con los órganos jurisdiccionales en el proceso de fijación de dicha sanción. Así, tal instrumento explicita la forma en que la Fiscalía fundará en cada caso sus solicitudes de multa, informando de manera efectiva los fundamentos que subyacen tales solicitudes y dotando de contenido algunos aspectos del ámbito de discrecionalidad que la ley le entrega.

* Esta contribución fue preparada por la Fiscalía Nacional Económica de Chile.

¹ Véase <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/08/Gu%C3%ADa-de-multas.pdf>. Para su elaboración, se consideró -además de la realización de un análisis específico y original de las nuevas disposiciones legales sobre la materia- el desarrollo jurisprudencial del TDLC y la Corte Suprema, como también lo dispuesto en otras guías e instrucciones sobre aplicación de multas elaboradas por agencias y organismos antimonopolio extranjeros. Asimismo, el análisis realizado por la FNE recibió la colaboración de diversas instituciones que participaron del proceso de discusión pública al que se sometió la Guía.

2. Antecedentes: Nueva normativa referida a la imposición de multas por infracción a la libre competencia

4. Con fecha 30 de agosto de 2016, entró en vigencia la Ley 20.945 que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia, introduciendo importantes modificaciones al DL 211. En cuanto a las sanciones pecuniarias, se introdujeron cambios a los montos máximos por concepto de multa, así como a los criterios que deben considerarse para su cómputo y determinación por el TDLC y la Corte Suprema.

5. El texto actual de la letra c) del artículo 26 del cuerpo legal señalado dispone que las multas a beneficio fiscal aplicadas judicialmente podrán ascender hasta el 30% de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el período por el que se haya extendido o, alternativamente, hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción; y, de manera subsidiaria, en caso de que no se pueda determinar las ventas ni el beneficio económico, el TDLC podrá aplicar multas de hasta 60.000 unidades tributarias anuales (UTA)²⁻³. Asimismo, la norma establece que para la determinación de la multa se considerará: (1) el beneficio económico que se hubiera obtenido con motivo de la infracción; (2) la gravedad de la conducta; (3) el efecto disuasivo, (4) la calidad de reincidente (que se configurará en caso de haber sido condenado mediante sentencia ejecutoriada por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez años); (5) la capacidad económica del infractor; y, (6) la colaboración que aquel haya prestado a la FNE antes o durante la investigación.

3. Métodos para la determinación de multas

6. En su guía, la FNE señala que se sujeta a una metodología de dos etapas para la determinación de la cuantía de la multa a ser solicitada ante el TDLC y la Corte Suprema; la primera de ellas consiste en la determinación de un monto base; y, la segunda, en el ajuste de aquel -aumentándolo o reduciéndolo- en consideración a determinados presupuestos legales y fácticos.

3.1. Primera etapa: determinación del Monto Base

7. Conforme lo establece el artículo 26 letra c) del DL 211 ya señalado, la FNE fundará sus solicitudes de multa, alternativamente, según las ventas o el beneficio económico del presunto infractor o, en subsidio, en base a un monto fijo de hasta 60.000 UTA.

² Una UTA equivale, en la actualidad, a una suma aproximada de 820 dólares.

³ Con anterioridad, el tope de la multa ascendía a la suma equivalente a 20.000 UTA y, tratándose de la colusión, sancionada en la letra a) del artículo 3° del DL 211, hasta por una suma equivalente a 30.000 UTA.

3.1.1. Ventas del presunto infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la presunta infracción

8. Para cuantificar el valor de dichas ventas se utilizarán los mejores datos disponibles⁴. Si la información aportada por el agente económico es insuficiente o incompleta, se determinará en base a proyecciones y aproximaciones sobre esos datos parciales.

9. Si las ventas fueron efectuadas en una moneda distinta al peso chileno, para su conversión se utilizará el tipo de cambio promedio anual publicado por el Banco Central de Chile para el año anterior a aquel en que se realice el cálculo⁵. Asimismo, los importes a considerar para el cálculo de las ventas no considerarán los montos afectos a impuestos relacionados directamente con el volumen de ventas (por ejemplo, el Impuesto al Valor Agregado, aranceles u otros gravámenes aduaneros, impuesto al tabaco o sobre bebidas alcohólicas).

10. El Monto Base de la multa contemplará todo el periodo por el cual la infracción acusada se hubiese extendido y será equivalente a un porcentaje de las ventas del presunto infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la conducta requerida, que no superará el 20% de las mismas.

3.1.2. Beneficio económico reportado por la presunta infracción

11. Se calculará o aproximará a partir de los mejores datos disponibles. También se podrá determinar el beneficio económico en base a proyecciones o aproximaciones de los datos parciales con los que se cuenta, en el caso de que la información sea incompleta.

12. El Monto Base, según este criterio, no será mayor a la cifra equivalente al beneficio económico reportado por la infracción, aumentado en un 35%.

3.1.3. Multa hasta por una suma equivalente a 60.000 UTA

13. Este criterio se limita a las siguientes hipótesis: (1) si el agente económico requerido es una persona o entidad que no obtiene beneficios económicos ni realiza ventas (por ejemplo, algunos organismos del Estado y la mayoría de las Asociaciones Gremiales); (2) si el agente económico requerido sólo realiza ventas de productos o servicios no relacionados con aquellos asociados a la infracción; (3) si el presunto infractor es una persona natural que no actúa como agente económico autónomo en el mercado; y, (4) si la naturaleza de la infracción no tiene relación con las ventas del presunto infractor, ni le ha reportado beneficio económico de forma directa.

14. El Monto Base calculado según este criterio subsidiario considerará el tiempo por el que se prolongue la conducta requerida y sus efectos, y no será superior a 40.000 UTA.

⁴ Se entenderá por “mejores datos disponibles” los aportados por los presuntos infractores, por organismos e instituciones públicas o aquellos obtenidos a través de fuentes de libre acceso.

⁵ Si las ventas están pactadas en moneda distinta de aquellas reportadas por el Banco Central de Chile, la conversión se hará utilizando fuentes oficiales del país cuya moneda es utilizada.

3.1.4. Disposiciones comunes a los tres criterios de determinación del Monto Base

15. Para tal determinación, se considerará la naturaleza del ilícito anticompetitivo objeto de la infracción⁶ y el efecto disuasivo de la multa⁷.

16. En los casos en que un agente económico, formando parte de un grupo empresarial, sea el presunto responsable de una infracción por tener la capacidad de adoptar decisiones competitivas en el mercado como un agente económico autónomo del grupo del que forma parte, pero no realice la venta ni obtenga el beneficio económico por recibirlo una entidad relacionada, para calcular la multa a su respecto podrán estimarse de igual manera los antecedentes relativos a las ventas o el beneficio económico de aquella entidad relacionada. Misma regla se aplicará en casos en que el agente económico responsable conforme una misma entidad competitiva con otras personas no relacionadas que realicen la venta u obtengan el beneficio económico. Así, no será considerada en forma aislada la persona específica, natural o jurídica, que realizó las ventas o experimentó el incremento patrimonial, ni el modo en que se hubieren repartido dichas ganancias⁸.

3.2. Segunda etapa: ajustes al Monto Base

17. La FNE considerará las circunstancias que conforme al artículo 26 letra c) deben ponderarse.

3.2.1. Circunstancias que se considerarán para aumentar el Monto Base

18. Como se ha señalado, se considerará: (1) la calidad de reincidente del presunto infractor; (2) si aquel es el organizador o instigador de la conducta, o si presionó o ejecutó medidas de castigo contra otro agente para hacer efectiva la infracción; (3) su grado de poder de mercado; (4) que la conducta afecte bienes o servicios sensibles para la población (de consumo masivo, de primera necesidad o baja sustituibilidad); (5) si el hecho fue organizado, coordinado, celebrado, ejecutado o monitoreado con la participación de una entidad que reúne a competidores; (6) la participación de directores, administradores y/o ejecutivos relevantes del agente económico, o sus representantes; (7) el actuar secreto o subrepticio del presunto infractor; (8) la existencia de antecedentes que revelen que el infractor tuvo o debió tener conocimiento de la ilicitud de su actuar, o que intentó ocultar o alterar evidencia relevante; (9) que la conducta afecte la innovación en mercados donde aquella es relevante para el bienestar de los consumidores; y, (10) el comportamiento injustificado que haya entorpecido o perseguido entorpecer la investigación de la FNE,

⁶ Tratándose de la naturaleza del ilícito, y en conformidad a lo declarado tanto por el TDLC como por la Corte Suprema, la colusión constituye el atentado más grave contra la libre competencia. Además, la legislación chilena ha admitido que los “cárteles duros” vinculados a variables económicas como precios, producción, zonas o cuotas de mercado y procesos de licitación son más graves que el resto de los acuerdos o prácticas concertadas entre competidores.

⁷ Este criterio tiene por objeto que, a través de la imposición de la multa, al menos se elimine todo beneficio económico generado por la infracción, desincentivando futuros incumplimientos. La consideración a la disuasión ha sido considerada en la jurisprudencia del TDLC y la Corte Suprema.

⁸ Aquello no aplicará en los casos en que la FNE persiga separadamente la responsabilidad de las personas naturales o jurídicas que conformen un mismo agente económico.

siempre que el presunto infractor no haya sido objeto de una multa conforme al artículo 39 letras h) y/o j), según el procedimiento del artículo 39 ter del DL 211⁹.

3.2.2. Circunstancias que se considerarán para reducir el Monto Base

19. La FNE considerará para tales efectos: (1) la colaboración que el agente económico haya prestado antes o durante la investigación; (2) la adopción previa a la conducta anticompetitiva de un programa de cumplimiento serio y eficaz en materia de libre competencia; (3) la capacidad económica del infractor; y, (4) la concurrencia de otras circunstancias representativas de menor gravedad de la conducta, tales como el rol secundario del infractor, la producción de efectos poco significativos en el mercado, si se acredita que la conducta fue autorizada por alguna autoridad pública o por la regulación administrativa, o que fue dada a conocer al público por el infractor con anterioridad al inicio de la investigación por la Fiscalía.

20. La multa finalmente solicitada por la FNE que resulte de los ajustes al Monto Base, en ningún caso superará el máximo legal establecido en la letra c) del artículo 26 del DL 211, según el criterio de determinación de multa que se siga. Asimismo, la multa no será nunca inferior al beneficio económico obtenido con la infracción, si la solicitud de aquella se hizo en base a tal criterio, exceptuando el caso en que de hacerlo se amenace irreparablemente la viabilidad económica del agente.

4. Consideraciones finales

21. Sin perjuicio de lo expuesto, la FNE, para la interpretación de los parámetros legales que regulan la determinación de multas, prestará especial atención a los criterios jurisprudenciales desarrollados por los órganos judiciales competentes al respecto, encontrándose el instrumento aquí descrito en permanente revisión. Asimismo, la metodología señalada tiene carácter general, por lo que las características específicas de cada caso podrían llevar a la FNE a apartarse en mayor o menor medida aquella.

22. En suma, y sin perjuicio de que la potestad sancionatoria está radicada en el TDLC y en la Corte Suprema, la FNE ha estimado conveniente publicar los parámetros que considerará al determinar sus pretensiones de multa bajo la vigencia de la nueva regulación, velando por la mayor efectividad del sistema para la determinación de multas a aplicar a quienes infrinjan la normativa de competencia en Chile, contenida esencialmente el DL 211.

⁹ Procedimiento iniciado por la facultad de la FNE de solicitar ante el H. TDLC la aplicación de multa al presunto infractor que, habiéndosele solicitado información en el marco de una investigación seguida por la Fiscalía, no la haya entregado o lo haya hecho de forma incompleta, sin justificación plausible.