



COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA

4 de marzo de 2019

COMENTARIOS AL BORRADOR DE LA GUÍA INTERNA PARA SOLICITUDES DE MULTA DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA

El 7 de noviembre de 2018, la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, “FNE”) puso en consulta pública el borrador de su “*Guía Interna para Solicitudes de Multa de la Fiscalía Nacional Económica*” (la “Guía”), cuyo propósito final es el de transparentar el procedimiento para establecer la cuantía de las multas que se soliciten en sede judicial.

Tal como indica la Guía, la imposición de multas por la autoridad competente constituye una de las más importantes herramientas para la sanción y disuasión de conductas contrarias a nuestro ordenamiento jurídico de defensa de la libre competencia. En ese sentido, es destacable que la FNE explicita los criterios en base a los cuales cuantificará o determinará el cálculo de esta pretensión en los procesos contenciosos, y así colaborar para incrementar la transparencia, objetividad y predictibilidad de este procedimiento.

El Consejo General del Colegio de Abogados acordó participar del llamado realizado por la FNE y presentar comentarios a la Guía, convocando al efecto las opiniones, observaciones y/o comentarios de la Comisión de Libre Competencia del Colegio de Abogados (“la Comisión”).

La Comisión es presidida por el consejero Julio Pellegrini, y en la elaboración de este informe participaron los abogados Elías Astudillo, Jaime Barahona, Francisco Bórquez, Juan Ignacio Correa, José Luis Corvalán, Tamara de Beer, Benjamín Grebe, Juan Cristóbal Gumucio, Carolina Horn, Ignacio Larraín, Álvaro Ortuzar, Gerardo Ovalle, José Pardo, Lorena Pavic, Diego Ramos, Pedro Rencoret, Andrés Rioseco, Luis Eduardo Toro, José Gabriel Undurruga, Juan Sebastián Valdés, Nicolás Vergara y Aníbal Vial. La Comisión ha sido coordinada en calidad de Secretario por el abogado Pedro Rencoret.

Las observaciones y sugerencias compartidas por los miembros de la Comisión se consignan brevemente en el presente documento. Además, se adjuntan como anexos a este informe minutas con comentarios preparadas por miembros de la Comisión que sirven de base para la redacción de este informe.¹ Asimismo, los miembros de la Comisión han manifestado su completa disposición para colaborar con la FNE en la discusión de estos temas, si esta lo estima necesario.

I. COMENTARIO GENERAL

1. Programas de cumplimiento como circunstancia para reducir el Monto Base

La Guía se refiere indirectamente a la función de los programas de cumplimiento en la determinación de las multas, al señalar que pueden servir para una eventual reducción en el contexto de la colaboración del infractor que aporta antecedentes (letra b) del párrafo 26) y al señalar que jamás podrían significar un exención de responsabilidad (nota al pie N° 17).

La Comisión estima recomendable reconocer a los programas de cumplimiento como una circunstancia válida para reducir el Monto Base, en concordancia con la experiencia comparada. Por ejemplo, en Estados Unidos el *Department of Justice* accedió proponer una rebaja en la multa considerando la existencia de un programa de cumplimiento serio, creíble, efectivo y oportuno, que incluya -entre otros posibles elementos- el compromiso de altos ejecutivos (*tone at the top*); entrenamiento y evaluación del aprendizaje; canales de denuncias anónimas; actualización y monitoreo permanente; y medidas disciplinarias internas.² En igual sentido, las autoridades de competencia de Reino Unido,^{3,4} Canadá,⁵ Francia⁶ y España⁷ también han

¹ Al respecto, se agradece especialmente las minutas elaboradas por Ignacio Larraín, Gabriel Budnik y Matías Palma; y Juan Cristóbal Gumucio y Cristóbal Lema.

² Ver, e.g., *U.S. v. Kabaya Industry Co.* Ver también *U.S. v. Barclays PLC.*

³ Office of Fair Trading. Drivers of Compliance and Non-compliance with Competition Law. 2010, p. 7 (considera que se puede acceder a reducciones de hasta un 10%). Disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284405/of_t1227.pdf. En similar sentido, la autoridad también señala que esto es sin perjuicio de la posibilidad de que el programa puede ser considerado un agravante, si es utilizado para ocultar actos anticompetitivas o meramente para genera la impresión de estar cumpliendo la libre competencia (Ib., p. 8).

⁴ Competition Appeal Court, caso *Kier Group PLC v. OFT* N°1114/1/1/09 (11 de marzo de 2011).

⁵ Canada Competition Bureau. Corporate Compliance Programs, disponible en: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03927.html>

⁶ Autorité de la Concurrence. *Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence*, p. 10. Disponible en:

http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/document_cadre_conformite_10_fevrier_2012.pdf

⁷ Ver CNMC, Resolución de 6 de septiembre de 2016, en expediente S/DC/0544/14, Mudanzas internacionales, ver análisis en páginas 103 a 105. Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/963712_1.pdf

planteado que la implementación de programa de cumplimiento efectivo puede conducir a la reducción de eventuales multas, bajo determinadas circunstancias.

II. COMENTARIOS Y SUGERENCIAS AL TEXTO DE LA GUÍA

2. Párrafos 12 y 14

La Comisión cree recomendable que se determine con mayor precisión cuáles serían los “mejores” datos disponibles, porque la determinación de qué datos serían los más adecuados para el cálculo puede dar lugar a eventuales discrepancias entre la FNE, los investigados/requeridos y terceras partes.

Así, se sugiere reemplazar la frase “La FNE utilizará los mejores datos disponibles” del párrafo 12 por “la FNE considerará los datos disponibles, tales como los aportados por los presuntos infractores, por sus clientes, por sus proveedores o por organismos e instituciones públicos, u obtenida a través de fuentes de libre acceso durante la investigación”.

En el mismo sentido, se recomienda reemplazar la frase “[...] éste se calculará o aproximará a partir de los mejores datos disponibles” por “éste se calculará o aproximará a partir de la consideración de todos los datos disponibles, tales como los aportados por los presuntos infractores, por sus clientes, por sus proveedores o por organismos e instituciones públicos, u obtenida a través de fuentes de libre acceso durante la investigación”.

3. Párrafo 13

Lo que se pretende evitar con la imposición de sanciones es precisamente que una infracción reporte ganancias superiores a los costos del infractor. En este sentido, las ventas son utilizadas como aproximación para determinar el beneficio económico en aquellas ocasiones en que es imposible o ineficiente calcularlo con precisión. La utilización de esta aproximación no obsta a reconocer que el tope para las multas que subyace al DL 211 está relacionado con el beneficio económico obtenido por el infractor y, por ende, si se tienen estimaciones generales de su valor, éstas debiesen operar como límite al Monto Base, incluso cuando es calculado en atención a las ventas del infractor.

Conforme a lo anterior, la Comisión sugiere incluir como segunda frase del párrafo 13 lo siguiente: “Asimismo, el Monto Base no superará la cifra correspondiente a las estimaciones

generales de la cifra del beneficio económico reportado por la infracción, aumentado en un 35%”.

4. Párrafo 16 letras a) y b)

Respecto de la letra a), la Comisión considera que el concepto “organismos del Estado” y la referencia a las Asociaciones Gremiales podría prestarse para equívocos, puesto que se trata de un concepto que no tiene una definición clara. Incluso, podría importar que dichos organismos y asociaciones reciban un trato diferenciado en comparación a otros agentes económicos que están en situaciones equivalentes

Adicionalmente, dependiendo de la amplitud con que se interprete el término, podría encontrarse organismos estatales que sí realizan ventas, como Correos de Chile. Lo mismo aplica para las Asociaciones Gremiales.

Conforme a todo lo anterior, la Comisión sugiere modificar la letra a) del párrafo 16 por lo siguiente: “a) Si el infractor es una persona o entidad que no realiza ventas, como lo son, por ejemplo, algunos organismos del Estado y algunas Asociaciones Gremiales, y respecto de la cual no es posible determinar el beneficio económico obtenido de la presunta infracción”.

Respecto de la letra b), la Comisión hace presente que la ganancia de la presunta infracción puede manifestarse de distintas maneras (menores precios de compra, contraprestaciones, etc.) y no necesariamente tiene que estar vinculada a la venta de productos o servicios. Así las cosas, es posible que un agente económico obtenga beneficios económicos de una presunta infracción, pese a no tener ventas relacionadas con ella.

Por ello, la Comisión sugiere modificar la mencionada letra b) por lo siguiente: “b) Si el presunto infractor sólo realiza ventas de productos o servicios no relacionados con aquellos en que se produce la infracción y respecto de éste no es posible determinar el beneficio económico obtenido de la presunta infracción, y;”

5. Párrafos 21 y 22

Los miembros de la Comisión están contestes en que la noción que estos párrafos dan del concepto de “infractor” es muy amplio. En concreto, la explicación de la Guía permite atribuir responsabilidad a una persona o entidad por los actos, hechos o convenciones de otra persona o entidad, por la sola razón de pertenecer ambos al mismo “agente económico”, “grupo empresarial”, “núcleo de toma de decisiones” o “entidad competitiva”. Ello permitiría a la



FNE ejercer acciones contra solo una persona y centralizar en ella las medidas o sanciones que en realidad corresponden a más personas identificables, y responsables por una presunta infracción pero que necesariamente deben ser requeridas y sancionadas mediante una sentencia firme para poder ser consideradas “infractores”.

Adicionalmente, ya que los montos máximos de las multas contempladas en el artículo 26 del DL 211 están relacionadas a las ventas o beneficio económico del infractor, se podría sobrepasar dichos máximos si se suman las ventas o beneficios económicos de personas jurídicas o naturales distintos de la persona sancionada (infractor), aunque estén relacionadas, para incrementar el monto de la multa.

Por último, la Comisión hace presente que entender que personas naturales o jurídicas no relacionadas corresponden a la misma persona sancionada (infractor) por el solo hecho de conformar una misma “entidad competitiva” es poco claro y podría prestarse para confusiones. Los ejemplos citados en la nota al pie N°14 se refieren a casos anteriores a la Ley N°20.945, cuando el límite de la multa era una cantidad fija y el TDLC efectuaba un razonamiento para ponderarla dentro de esos límites, pero estimamos que no habilita para incrementar los límites legales de las multas.

6. Párrafo 24

La Comisión está conteste en que la reincidencia como circunstancia “agravante” de responsabilidad debe ser personalísima y, por tanto, si se persigue la responsabilidad de una persona natural o jurídica, solo debiese considerarse la calidad de reincidente de cada persona individualmente considerada.

Se sugiere modificar el párrafo para que su redacción final sea la siguiente: “24. Se considerará como una circunstancia relevante para los efectos de aumentar el Monto Base de la multa a solicitar, la calidad de reincidente del infractor, condición que se atribuirá a aquellos personas o agentes económicos que hayan sido previamente condenados por infracciones anticompetitivas de cualquier naturaleza durante los últimos diez años”.

7. Párrafo 25 letras d) y e), g) y j)

La Comisión sugiere eliminar las letras d), e), g) y j) del párrafo 25.

Esto, pues no resulta claro por qué razones la intervención de las personas naturales y jurídicas individualizadas en los literales d) y e) puede agravar la presunta infracción y,

consecuentemente, puede aumentar el Monto Base. No se entiende bien por qué hay mayor disvalor de la conducta si las empresas se coluden al reunirse en una asociación gremial a si lo hacen directamente o a través de otros terceros.

Por otra parte, los directores, administradores y ejecutivos relevantes son efectivamente quienes toman las decisiones de las empresas, ya sea que éstas sean legales o ilegales. Pero, si son ilegales, procede su persecución, pero no su agravación por ese solo hecho.

A mayor abundamiento, si la FNE decide perseguir la responsabilidad de estas personas naturales o jurídicas, se estaría utilizando las mismas circunstancias, por un lado, para buscar la sanción de personas y, por otro, para ponderar la gravedad de la presunta infracción cometida, Ello podría implicar una vulneración del principio *ne bis in ídem* o, al menos, del principio de proporcionalidad.

Además, miembros de la Comisión sostienen que no debiese incluirse el literal g) porque el conocimiento de la presunta ilicitud del actuar, o la consciencia de la antijuridicidad, es un requisito de sancionabilidad de los ilícitos anticompetitivos.

Respecto al “entorpecimiento” de una investigación de la FNE, al que se refiere la letra j), es una conducta ilícita que tiene sanciones y apremios específicos y diferenciados de las medidas aplicables a las infracciones a los arts. 3º, 3º bis y 4º bis del DL 211.⁸ En consecuencia, no parece adecuado considerar como agravante de la conducta, el haber entorpecido una investigación, toda vez que ello podría vulnerar el principio non bis in idem si la letra j) es utilizada para ponderar la gravedad la conducta y, además, la FNE ejerce las facultades, o el TDLC impuso multas, de conformidad a los arts. 39, letras h) y j), 39 ter y 42 del DL 211.

Adicionalmente, de todas las letras del párrafo 25, la j) tiene la particularidad que se trata de una conducta que se ejecuta una vez iniciada la investigación, a diferencia de las demás que se refieren derechamente a circunstancias que rodean la misma conducta ilícita cometida. Así las cosas, no debiera considerarse para determinar la “gravedad de la conducta”, toda vez que la “conducta” a la que se refiere el inciso final de la letra c) del artículo 26 del DL 211 es la conducta investigada y requerida, no el entorpecimiento de la investigación.

En consecuencia, no procede utilizar el entorpecimiento como elemento agravante de la conducta toda vez que (i) ya tiene su sanción particular en la ley como se mencionó anteriormente; y, (ii) porque nada tiene que ver con la gravedad de la conducta investigada sino

⁸ Ello es equivalente y congruente con la regulación de la obstrucción a la justicia en los arts. 269bis y 269ter del Código Penal, que es perseguido y sancionado separadamente del hecho punible cuyo esclarecimiento se obstaculizó.

que constituye, por sí sola, una conducta contraria al DL 211 que debiese ser sancionada de manera independiente.

8. Párrafo 26 letra a) y letra b)

La Comisión entiende que el estándar para que un aporte de antecedentes constituya colaboración deba ser diferente según si se verifica antes o durante la investigación –y que, de hecho, debiese ser menor si ocurre antes-. Sin embargo, la exigencia del literal a) antes transcrito parece excesiva para una fase preliminar de la actuación de la FNE, pues establece que los antecedentes deben conducir a la “comprobación de una contravención al DL 211”. Siendo que esta es una etapa en que la FNE solo debe decidir si iniciar una investigación o archivar la denuncia, la colaboración de los terceros debiese estar encaminada a permitir a la FNE instruir investigaciones en atención a lo dispuesto en el art. 39 letra a) del DL 211. Lo anterior es aún más cierto si se considera que, en conformidad al art. 41 del DL 211, durante la etapa de admisibilidad de una denuncia, el aporte de antecedentes es voluntario.

Conforme a lo anterior, la Comisión sugiere modificar la letra a) del párrafo 26 por lo siguiente: “a) Se entenderá que ha existido colaboración antes de la investigación si el potencial infractor aportó antecedentes en período de admisibilidad de una denuncia, siempre que corresponda a un aporte completo, veraz y conducente a la instrucción de una investigación para la comprobación de una contravención al DL 211”.

Adicionalmente, la letra b) del artículo 26 indica que se entenderá que existe colaboración durante la investigación en aquellos casos en que el potencial infractor aporte “antecedentes de manera completa, oportuna y veraz que representen una contribución sustancial al esclarecimiento de los hechos investigados por la FNE”. Pero por otra parte se indica que no se entenderá que hay colaboración por el mero cumplimiento de los requerimientos de información de la FNE (artículo 39 letras h) y j) del DL 211).

Al respecto, a juicio de la Comisión, ambas ideas podrían ser incompatibles, toda vez que ante un requerimiento de información de la FNE, toda persona debe aportar antecedentes completos, oportunos y veraces que contribuyan al esclarecimiento de los hechos. Es por lo mismo que el cumplimiento de la obligación legal debiese entenderse como colaboración durante la investigación.

Por último, existe consenso en la Comisión en relación a la dificultad y problemas de limitar la relevancia de los programas de cumplimiento a una forma de colaboración con la FNE, para efectos de reducir el Monto Base. Los programas de cumplimiento tienen variadas utilidades y

la misma FNE “pretende incentivar a los diversos agentes económicos a desarrollar mecanismos internos que busquen prevenir la comisión de infracciones a la normativa de libre competencia”. Así, aunque no esté expresamente contemplado en el DL 211, la FNE podría considerar la mantención de un programa de cumplimiento en forma más amplia para efectos de reducir el Monto Base, por ejemplo, agregando esta implementación como otra circunstancia representativa de menor gravedad de la conducta en el párrafo 29.⁹

Se sugiere eliminar la frase “No se entenderá que ha existido colaboración en estos términos por el mero cumplimiento formal de obligaciones legales, como son aquellas a que se refieren los literales h) y j) del artículo 39” del inciso primero de la letra b) del párrafo 26.

Por último, la Comisión sugiere incorporar como literal del párrafo 29 lo siguiente: “e) La ejecución de un programa de cumplimiento, antes de la presunta infracción, que contemple la prevención de atentados contra la libre competencia y que haya sido implementado conforme a las directrices y lineamientos impartidos por la FNE”.

9. Párrafo 29

Miembros de la Comisión sostienen que la creencia, de manera justificada y de buena fe, de que la ejecución del hecho, acto o convención es conforme a derecho y al DL 211 debiese ser incluida como otra circunstancia representativa de menor gravedad de la conducta, considerándose como un elemento para reducir el Monto Base.

En concreto, en derecho de la libre competencia existen conductas que caen dentro de las denominadas “áreas grises”, particularmente en cuanto se trata de conductas que pueden constituir una eventual infracción de libre competencia pero que pueden ser fácilmente confundidas con el resultado de una competencia agresiva lícita, que el sistema busca incentivar. Normalmente, ese tipo de hechos, actos o convenciones están sujetos a la denominada regla de la razón, es decir, a una evaluación de sus efectos que considera tanto sus

⁹ A este respecto, puede observarse el ejemplo español, en el que, para poder valorar la existencia de estos programas como una circunstancia atenuante, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, exige que las empresas hayan procedido a una reorganización preventiva e investigadora y al establecimiento de medidas eficaces para prevenir, evitar y, en su caso, descubrir con prontitud las infracciones. Esto último permitiría acercar la implementación de programas de cumplimiento, con las limitaciones normativas del DL 211 que la misma FNE reconoce, a las consecuencias en sede penal de los modelos de prevención, contempladas en la Ley N° 20.393. A este respecto, cabe destacar que el listado de circunstancias a ser consideradas para la determinación de multas (contenido en el artículo 26° del DL 211) no es exhaustivo. Por lo mismo, es perfectamente posible que la existencia de este tipo de programas de cumplimiento implementados en forma previa a la presentación de un requerimiento ante el TDLC sea considerada como una atenuante que reduce la multa.



daños como sus beneficios. Determinar la licitud o ilicitud de ese tipo de conductas –por ejemplo, de restricciones verticales- en base a la regla de la razón es sumamente difícil y complejo, incluso para abogados especializados en libre competencia, la FNE y el TDLC. En atención a lo anterior, puede esperarse que los agentes económicos, cuando deciden ejecutar ese tipo de acciones, también yerren al calificar su ilicitud.

Por otra parte, algunos miembros de la Comisión consideran que debiese considerarse como circunstancia para reducir el Monto Base el no haber sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas, como contrapunto a la reincidencia del presunto infractor, sería óptimo considerar.¹⁰

Por todo lo anterior, algunos miembros de la comisión sugieren: (i) agregar como literal del párrafo 29 lo siguiente: “e) Si la conducta en cuestión fue llevada a cabo bajo la creencia justificada y de buena fe, que su ejecución estaba en conformidad al DL 211”; y, (ii) incorporar, como primer párrafo de esta sección, lo siguiente: “Se considerará como una circunstancia relevante para los efectos de reducir el Monto Base de la multa a solicitar, el que el presunto infractor no haya sido previamente condenado por infracciones anticompetitivas de cualquier naturaleza durante los últimos diez años”.

10. Párrafo 31

La Comisión está conteste en que la multa solicitada y la que eventualmente se imponga no debiese superar la capacidad económica del requerido o, al menos, no debiese hacer peligrar su viabilidad económica. Así lo reconoce correctamente el párrafo 28 de la Guía.

Sin embargo, el mínimo establecido en el párrafo 31, en cuanto que la multa final no podrá ser nunca inferior al beneficio económico reportado por la infracción, podría llevar a una eventual inviabilidad económica del sancionado.

Conforme a lo anterior, se sugiere modificar el párrafo 31 para que su redacción final quede de la siguiente manera: “31. Asimismo, la multa que resulte de los ajustes al Monto Base no será nunca inferior al beneficio económico reportado por la infracción, en caso que la solicitud de la referida sanción se haya fundado en tal criterio, sin perjuicio de lo señalado en los párrafos 26 a 29.”.

¹⁰ Esta sería el símil de la atenuante de irreprochable conducta anterior contemplada en el artículo 11° N° 6 del Código Penal.

11. Párrafo 33

La forma en la que se encuentra redactado este párrafo, permite a la FNE exponer las razones que llevaron a determinar la multa solicitada justo antes de la vista de la causa, lo que en términos prácticos podría incluso llevar a casos en los que dicha circunstancia se comunique al TDLC y a las partes el mismo día de la vista de la causa, justo antes de su comienzo. Situación que, como es lógico, dejaría en indefensión a el o los requeridos. Por lo anterior, la Comisión considera que es necesario conocer al comienzo del procedimiento los criterios y elementos utilizados para cuantificar la multa que se solicita al TDLC en el marco de un procedimiento contencioso.

En consecuencia, se sugiere modificar el párrafo 33 para que quede finalmente de la siguiente manera: “33. En aquellos procedimientos contenciosos en que la FNE solicite la imposición de una multa y que se presenten ante el TDLC con posterioridad a la publicación final de la presente Guía, la FNE expondrá, en su requerimiento, las consideraciones empleadas para determinar el Monto Base, su corrección y finalmente los factores que justifican los ajustes aplicados para arribar a la sanción que se solicita imponer”.

III. OTRAS RECOMENDACIONES

12. Establecimiento formal de un período de negociación de multas, entre el supuesto infractor y la autoridad, previo a la interposición de las acciones judiciales

Para potenciar la función práctica de la Guía, algunos miembros de la Comisión proponen que, una vez que la FNE tome la convicción de que existe una infracción a la libre competencia, comunique a las potenciales requeridas, de forma previa a la presentación del requerimiento al TDLC, el monto base y las agravantes que tendrá en consideración para la solicitud de la multa. De este modo, las potenciales requeridas podrán entregar antecedentes que, razonablemente, la FNE pudo no haber estimado (o estimado erróneamente) para su análisis de multa. Lo anterior, siguiendo el criterio internacional en la materia.¹¹ Así, se estima

¹¹ En concreto, en algunas de las jurisdicciones en que la autoridad cuenta con una guía para la determinación de las multas a imponer o solicitar, se observa que tanto la infracción concreta, como los criterios y antecedentes utilizados para determinar la multa a solicitar, son puestos en conocimiento de los investigados, para que éstos, dentro de un plazo razonable, puedan manifestar su conformidad con los criterios y puedan revisar los datos que han sido tenidos a la vista por la autoridad. Esto tiene por finalidad principal permitir la colaboración de buena fe y transparente entre las empresas infractoras y la autoridad.



que esta discusión colaborativa podría conducir a que la autoridad reduzca el monto de la multa, con ocasión a antecedentes que, de otra forma, no se hubiesen podido tener a la vista.

Por su parte, otros miembros de la Comisión no concuerdan con esta recomendación. Estiman que, en rigor, el proceso judicial es el momento para discutir los errores en que pueda haber incurrido la FNE. Además, tampoco se cree adecuado que la FNE deba “avisar” que requerirá ni cuáles serían los fundamentos de su futura acción. Aquello equivladría a añadir una fase administrativa previa al proceso contencioso seguido ante el TDLC que la Ley no contempla.

13. La graduación de las conductas

En consideración a la existencia de ilícitos más graves que otros, resulta de toda lógica que, existiendo una escala de graduación, la naturaleza de la infracción sea determinante para el establecimiento del monto base, como bien señala el párrafo 18 de la Guía. Sin embargo, la Guía no es del todo clara en señalar la incidencia de la gravedad de la conducta en la determinación de la multa ni cómo ésta se relacionará con los criterios de ventas y beneficio económico.

En línea con lo anterior, la Comisión sugiere tomar en consideración, por ejemplo, las diferencias que el legislador ha establecido en materia de colusión en licitaciones, como criterio específico de determinación del monto de la multa. En efecto, el artículo 3 letra a) del Decreto Ley 211 (en adelante, “DL 211”) considera, en términos generales, como contrarios a la libre competencia todos los acuerdos que involucren competidores entre sí y que consistan en afectar el resultado de procesos de licitación. Sin embargo, al momento de establecer las sanciones penales, el artículo 62 del DL 211 solo criminaliza los acuerdos entre competidores para afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadores de servicios públicos, u órganos públicos. Así las cosas, se sugiere tomar en consideración esa diferencia legal a la hora de fijar el monto de las multas específicamente en materias de colusión en licitaciones.

Finalmente, la Comisión considera conveniente establecer criterios para otras conductas distintas de la colusión, estableciendo de manera clara y transparente la graduación de conductas, para ello se podría seguir el esquema actualmente utilizado por las Directrices de la Comisión Europea para el Cálculo de Multas, estableciendo que la valoración de la gravedad de las infracciones se realice sobre la base de una escala continua que obedezca a diversos factores.

14. Inclusión de otras sanciones que pueden ser solicitadas por la FNE y aplicadas por el TDLC en la Guía o en otro instrumento

La Comisión considera útil contar con los lineamientos y parámetros que la FNE considerará para decidir cuándo solicitar las demás sanciones establecidas en el artículo 26 del DL 211.

En concreto, algunos miembros de la Comisión consideran relevante conocer aspectos como los siguientes:

1. Para qué tipo de presuntas infracciones la FNE podría solicitar sanciones distintas a las multas. Por ejemplo, para el caso de la disolución contemplada en la letra b) del artículo 26, sería útil saber si únicamente se pedirá su aplicación para colusiones o si sería posible que la FNE pida esta sanción para otras conductas y, de ser así, qué circunstancias influirían en esta pretensión. Para el caso de la prohibición de contratar con el Estado, qué tipo de conductas anticompetitivas de la letra a) del artículo 3 podrían ser perseguidas bajo esta sanción.¹² Qué influencia tendrá la cuantía de la multa en la decisión de la FNE de solicitar otras sanciones. Por ejemplo, si será más probable que la FNE solicite la disolución de la persona jurídica o la prohibición de contratar con el Estado mientras más grande sea el monto de la multa, y viceversa.
2. Finalmente, qué influencia tendrá la solicitud conjunta de 2 o más de estas sanciones en la magnitud de las restantes sanciones. En el entendido que el poder disuasorio del conjunto de sanciones sería superior al de una sola de ellas, por ejemplo, la FNE debería considerar reducir el monto de la multa calculada en conformidad a la Guía cuando, además, pide la disolución y/o prohibición de contratar con el Estado.

Conforme a lo anterior, la Comisión sugiere incorporar una explicación de cómo la FNE compatibilizará la solicitud de multas con otras sanciones, que contenga al menos los tres temas recién planteados, sea como una sección IV de la Guía –titulada, por ejemplo, “Compatibilización de las multas con otras sanciones”- o en otro instrumento distinto.

15. Forma de determinar la multa en caso de infracciones al artículo 3° bis y, en particular, compatibilización de multas del 26° letras c) y e) (párrafo 5 y nota al pie 6)

¹² Dado lo gravoso y complejo de esta última sanción –tanto para el Estado como para el condenado- parece prudente limitar su aplicación solamente a los carteles “duros” y siempre que existan suministros alternativos que permitan evitar un gravamen excesivo para el Estado por dejar de contratar con el condenado.

Los ilícitos anticompetitivos que pueden ocurrir en el contexto de las operaciones de concentración, contemplados en el artículo 3 bis del DL 211, tienen características y particularidades que los hacen distintos de los hechos, actos o convenciones proscritos en el artículo 3 de dicho cuerpo legal.

Atendido lo anterior, la Comisión estima que la determinación de la multa en uno y otro caso debiese ser diferente o, al menos, realizarse con ciertos matices. A modo de ejemplo, las ventas de las partes de una operación de concentración –presuntos infractores- no parecen ser un proxy adecuado para fijar una eventual multa, tanto por su potencialidad de llevar a multas excesivamente grandes como por la dificultad de establecer cuál es la “línea de productos o servicios asociada a la infracción”.

Conforme a lo anterior, la Comisión sugiere incluir una explicación de las variantes o matices que tendrá la determinación de la multa en caso de las infracciones contempladas en el artículo 3° bis, sea como una sección IV (o V, si se acepta el comentario general 14 anterior) de la Guía –titulada, por ejemplo, “Determinación de multas para infracciones al artículo 3° bis”- o en otro instrumento distinto.

16. Reemplazo de términos “infracción” e “infractor” por “presunta infracción” y “presunto infractor”

A lo largo de la Guía, la FNE se refiere en reiteradas ocasiones a la “infracción” y al “infractor”. Se advierte que en muchas ocasiones se está referenciando correctamente a disposiciones del DL 211 o a momentos en que la responsabilidad del infractor no es discutida¹³, pues son etapas en las que el comportamiento anticompetitivo y su autor ya fueron acreditadas en un juicio.

Ahora bien, ya que en múltiples pasajes de la Guía se utilizan estos términos en relación a una etapa previa al término probatorio, a la determinación de responsabilidad y al juicio antimonopólico en general¹⁴, la Comisión sugiere reemplazar los términos por “presunto infractor” y “presunta infracción”, cuando sean utilizados para hacer referencia a un momento en que no se ha acreditado la supuesta vulneración del DL 211.

* * * * *

¹³ Por mencionar algunos, párrafos 5, 10 parte inicial, 16 y 20; y notas 6 y 13.

¹⁴ Entre otros, párrafos 10 parte final, 11 letras b) y c), 12 y 13; y títulos II.A.i y II.A.ii.



Esperamos que el presente informe sea de utilidad y pueda constituir un aporte en la elaboración de la Guía. Quedamos a disposición de la Fiscalía Nacional Económica para responder cualquier duda o comentario que puedan requerir.

Asimismo, se adjuntan como anexos a este informe minutas con comentarios preparadas por miembros de la Comisión.

Sin otro particular, le saluda atentamente,

Julio Pellegrini Vial
Presidente de la Comisión de Libre Competencia
Colegio de Abogados de Chile A.G.



ANEXOS

Para : Ricardo Riesco Eyzaguirre – Fiscal Nacional Económico

De : Equipo Libre Competencia de Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría

Ref. : Comentarios a la Guía Interna para Solicitudes de Multa de la Fiscalía Nacional Económica

Fecha : 21 de diciembre de 2018

El presente documento ha sido elaborado con el objeto de colaborar con la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) en la determinación de los criterios, transparentes y públicos, que utilizará al momento de establecer la cuantía de las multas que solicitará en sede judicial ante una infracción al Decreto Ley N° 211 de 1973 (“DL 211”).

Para estos efectos, se ha efectuado un estudio del borrador de la Guía Interna para Solicitudes de Multa de la FNE (“Guía”), cuyo análisis se puede resumir en los siguientes puntos:

- (i) La relación entre la implementación de programas de cumplimiento y la posibilidad de que esto se traduzca, o no, en reducciones a las multas;
- (ii) El establecimiento formal de un período de negociación de multas, entre el supuesto infractor y la FNE, previo a la interposición de un requerimiento, en conformidad al procedimiento establecido en el artículo 20° y siguientes del DL 211; y
- (iii) La graduación de conductas anticompetitivas.

I. Relación entre la implementación de programas de cumplimiento y la posibilidad de que esto se traduzca, o no, en reducciones a las multas

Conforme al modelo planteado por la Guía, cada una de las multas que será solicitada en sede judicial deberá, primero, ser determinada conforme a un monto base (calculado según las ventas del infractor o el beneficio económico reportado por la infracción). Tras la determinación de este monto base, la FNE considerará ciertas circunstancias atenuantes y agravantes que, de existir, aumentarán o reducirán el monto base.

Entre otros elementos, el DL 211, en su artículo 26°, letra c), considera como un elemento para la determinación de las multas por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”), “*la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación*”. En concordancia con lo anterior, la Guía señala que “*reconocerá la colaboración del infractor especialmente en aquellos casos en que los antecedentes sean aportados como resultado de la ejecución de un programa de cumplimiento que contemple la prevención de atentados contra la libre competencia y que haya sido implementado conforme a las directrices y lineamientos impartidos por la FNE*”.

Del párrafo N° 26 de la Guía, se desprende que sería posible sostener que la entrega de información durante la implementación de un programa de cumplimiento, de acuerdo con los requisitos señalados *supra*, bastarían para que la FNE tuviese que aplicar una reducción sobre el monto base. Sin embargo, la Guía no es del todo clara respecto de la forma en que la FNE evaluará: (i) la existencia de programas de cumplimiento implementados de forma previa a los hechos denunciados; y (ii) la implementación de un programa de cumplimiento iniciado a propósito de una denuncia o investigación por atentados a la libre competencia.

A este respecto, cabe destacar que el listado de circunstancias a ser consideradas para la determinación de multas (contenido en el artículo 26° del DL 211) no es exhaustivo. Por lo mismo, es perfectamente posible que la existencia de este tipo de programas de cumplimiento implementados en forma previa a la presentación de un requerimiento ante el TDLC sea considerada como una atenuante que reduce la multa¹.

En tal sentido, somos de la opinión que los programas de cumplimientos implementados de forma previa a la presentación de un requerimiento ante el TDLC debiesen ser incluidos como una circunstancia atenuante a la ocurrencia de los hechos que motivan la infracción. A este respecto, puede observarse el ejemplo español, en el que, para poder valorar la existencia de estos programas como una circunstancia atenuante, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, exige que las empresas hayan procedido a una reorganización preventiva e investigadora y al establecimiento de medidas eficaces para prevenir, evitar y, en su caso, descubrir con prontitud las infracciones².

II. Establecimiento formal de un período de negociación de multas, entre el supuesto infractor y la autoridad, previo a la interposición de las acciones judiciales

En algunas de las jurisdicciones en que la autoridad cuenta con una guía para la determinación de las multas a imponer o solicitar, se observa que tanto la infracción concreta, como los criterios y antecedentes utilizados para determinar la multa a solicitar, son puestos en conocimiento de los investigados, para que éstos, dentro de un plazo razonable, puedan manifestar su conformidad con los criterios y puedan revisar los datos que han sido tenidos a la vista por la autoridad. Esto tiene por finalidad principal permitir la colaboración de buena fe y transparente entre las empresas infractoras y la autoridad.

En tal sentido, para que la Guía tenga realmente una función práctica, proponemos que, una vez que la FNE tome la convicción de que existe una infracción a la libre competencia, comunique a las potenciales requeridas, de forma previa a la presentación del requerimiento ante el TDLC, el monto base y las agravantes que tendrá en consideración para la solicitud de la multa. De este modo, las potenciales requeridas podrán entregar

¹ En tal sentido: P. Pérez Fernández, “*La importancia de los programas de cumplimiento –compliance programmes– en las políticas sancionadoras de las autoridades de competencia*”, Información Comercial Española. Revista de economía, número 876, 2014, pp. 75-90.

² Resolución de la CNMC de 6 de septiembre de 2016 en el expte. S/DC/0544/14 *Mudanzas Internacionales*, p. 104.

antecedentes que, razonablemente, la FNE pudo no haber estimado (o estimado erróneamente) para su análisis de multa.

Eventualmente, esta discusión colaborativa podría conducir a que la autoridad reduzca el monto de la multa, con ocasión a antecedentes que, de otra forma, no se hubiesen podido tener a la vista.

En concreto, la oportunidad de conocer de manera anticipada los criterios utilizados por la FNE para la determinación de la multa permitiría que los infractores aporten antecedentes respecto de sus ventas; los beneficios económicos efectivos reportados por la conducta; y antecedentes que la FNE no haya tenido a la vista a la hora de ponderar la gravedad de la conducta como las señaladas en el párrafo N° 25 de la Guía.

III. La graduación de las conductas

Tal como ya ha sido reconocido por la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, la Guía caracteriza a la colusión como el atentado más grave a la libre competencia, en especial a los denominados carteles duros (i.e., carteles vinculados a fijar precios, alterar la producción, zonas o cuotas de mercado y afectar el resultado de procesos de licitación). En consideración a la existencia de ilícitos más graves que otros, resulta de toda lógica que, existiendo una escala de graduación, la naturaleza de la infracción sea determinante para el establecimiento del monto base³.

Sin embargo, la Guía no es del todo clara en señalar la forma en que la gravedad de la conducta afectará la determinación de la multa ni cómo ésta se relacionará con los criterios de ventas y beneficio económico. En otras palabras, no resulta claro cómo es que, una vez establecido, por ejemplo, el monto total de ventas del infractor correspondiente a la línea de productos o servicios asociados a la infracción se podría aplicar sobre ese monto un factor agravante que incrementara la multa. Lo anterior entendiendo que, en este caso, el monto base no superara el 20% de las mismas.

Por otro lado, podría resultar conveniente establecer criterios para otras conductas distintas de la colusión⁴, estableciendo de manera clara y transparente la graduación de conductas. Alternativamente, esta FNE podría seguir el esquema actualmente utilizado por las Directrices de la Comisión Europea para el Cálculo de Multas, estableciendo que la valoración de la gravedad de las infracciones se realice sobre la base de una escala continua que obedezca a diversos factores.

³ En este sentido, las conductas más graves (como los carteles duros), deberían ser puestas en el extremo superior de la escala, mientras que conductas menos graves (como puede ser una infracción general al artículo 3°, inciso primero del DL 211) deberían ser incluidas en el extremo inferior de la escala.

⁴ A modo ejemplar, la legislación portuguesa contempla que además de las prácticas colusorias, se considerará como muy grave aquellas prácticas unilaterales abusivas de exclusión o de creación de barreras a la entrada en el mercado (artículo 75 de la Ley Portuguesa de la Competencia).

**COMENTARIOS A BORRADOR PARA DISCUSIÓN PÚBLICA DE LA “GUÍA
INTERNA PARA SOLICITUDES DE MULTA DE LA FISCALÍA NACIONAL
ECONÓMICA”**

Previo a exponer nuestros comentarios, quisiéramos manifestar nuestro reconocimiento a la iniciativa de la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) de plasmar la experiencia y aprendizajes relativos a las solicitudes de multas en un documento que entregue orientaciones sobre las posibles peticiones de la FNE, y su forma de cálculo, en futuras acciones judiciales. Agradecemos el esfuerzo realizado, y manifestamos desde ya nuestra disponibilidad para seguir colaborando en el futuro.

A continuación, presentamos nuestras observaciones al borrador para discusión pública de la “**Guía Interna para solicitudes de multa de la Fiscalía Nacional Económica**” de la FNE (“**Guía**”)¹.

En primer término presentamos comentarios de carácter general relacionados a temáticas que podría incluirse o pormenorizarse más en la Guía, pasando luego a formular comentarios más específicos referidos a ciertos aspectos y/o párrafos de la Guía que a nuestro juicio requieren aclaraciones y/o modificaciones.

I. COMENTARIOS GENERALES:

1. Inclusión de otras sanciones que pueden ser solicitadas por la FNE y aplicadas por el TDLC en la Guía o en otro instrumento

Comentario: El artículo 26° actual del DL 211 contempla múltiples otras sanciones, fuera de la multa, que la FNE puede solicitar y el TDLC imponer. Por ejemplo, la medida de disolución de personas jurídicas de su letra b) y la prohibición de contratar con el Estado de su letra d)². Respecto de estas sanciones también sería útil contar con los lineamientos y parámetros que la FNE considerará para decidir cuándo solicitarlas.

Como mínimo, sería útil tener respuestas a las siguientes cuestiones. Primero, para qué tipo de presuntas infracciones la FNE podría solicitar estas sanciones. Para el caso de la

¹ La Guía se encuentra disponible en: <http://www.fne.gob.cl/fne-inicia-consulta-publica-sobre-guia-interna-para-solicitudes-de-multa/>.

² Las multas del literal e) de dicho artículo 26° son mencionadas en el comentario general N° 2.

disolución, si únicamente se pedirá su aplicación para colusiones, como parece apropiado conforme a la experiencia pasada; o si sería posible que la FNE pida esta sanción para otras conductas y, de ser así, qué circunstancias influirían en esta pretensión. Para el caso de la prohibición de contratar con el Estado, qué tipo de conductas anticompetitivas del artículo 3 a) podrían ser perseguidas bajo esta sanción, es decir, solo carteles *hard core* o cualquier acuerdo horizontal que encaje en dicho precepto. Dado lo gravoso y complejo de esta última sanción –tanto para el Estado como para el condenado- parece prudente limitar su aplicación solamente a los carteles *hard core* y siempre que existan suministros alternativos que permitan evitar un gravamen excesivo para el Estado por dejar de contratar con el condenado.

En segundo lugar, si la cuantía de la multa tendrá alguna influencia en la decisión de la FNE de solicitar otras sanciones. Por ejemplo, si será más probable que la FNE solicite la disolución de la persona jurídica o la prohibición de contratar con el Estado mientras más grande sea el monto de la multa, y viceversa.

Finalmente, si la solicitud conjunta de 2 o más de estas sanciones tendrá alguna influencia en la magnitud de las restantes sanciones. En el entendido que el poder disuasorio del conjunto de sanciones sería superior al de una sola de ellas, por ejemplo, la FNE debería considerar reducir el monto de la multa calculada en conformidad a la Guía cuando, además, pide la disolución y/o prohibición de contratar con el Estado.

Sugerencia: Incorporar una explicación de cómo la FNE compatibilizará la solicitud de multas con otras sanciones, que contenga al menos los tres temas recién planteados, sea como una sección IV de la Guía –titulada, por ejemplo, “Compatibilización de las multas con otras sanciones”- o en otro instrumento que a futuro lance la FNE.

2. **Forma de determinar la multa en caso de infracciones al artículo 3° bis y, en particular, compatibilización de multas del 26° letras c) y e) (párrafo 5 y nota al pie 6)**

Comentario: Los ilícitos anticompetitivos que pueden ocurrir en el contexto de las operaciones de concentración, contemplados en el artículo 3° bis del DL 211, tienen características y particularidades que los hacen incomparables con los hechos, actos o convenciones proscritos en el artículo 3° de dicho cuerpo legal. Por ende, la determinación de la multa en uno y otro caso debiese ser diferente o, al menos, realizarse con ciertos matices. A modo de ejemplo, las ventas de las partes de una operación de concentración –presuntos infractores- no parecen ser un proxy adecuado para fijar una eventual multa, tanto por su potencialidad de llevar a multas excesivamente grandes como por la dificultad de establecer cuál es la “línea de productos o servicios asociada a la infracción”. En forma similar, la seriedad y gravedad de este tipo de infracciones –que la FNE enfatizó fuertemente

en el único caso de *gun jumping* que ha habido en Chile³- no tiene parangón, por ejemplo, con la gravedad asociada a la colusión y difícilmente puede ser medida con los parámetros que la Guía propone en su párrafo 25 para la generalidad de los comportamientos anticompetitivos.

Un tema específico que merita mención particular es cómo se compatibilizarán las multas de los literales c) y e) del artículo 26°. La forma de cuantificar una y otra está especificada –la primera a través de la Guía, la segunda en forma legal-, pero la FNE no se ha hecho cargo de explicar si podría solicitar ambas multas en forma conjunta y, en caso de que ello fuese una alternativa, en qué situaciones lo haría. En principio, pareciera que si se solicitan ambas multas, la cuantía de la multa del literal c) debiese considerar, de alguna forma, el hecho de que además se está pidiendo otra sanción de igual naturaleza –tal como también debiese considerar si se está pidiendo otra sanción de *diferente* naturaleza-.

Sugerencia: Incluir una explicación de las variantes o matices que tendrá la determinación de la multa en caso de las infracciones contempladas en el artículo 3° bis, que como mínimo se haga cargo de la compatibilización de las multas de los literales c) y e) de artículo 26°, sea como una sección IV (o V, si se acepta el comentario general N° 1) de la Guía –titulada, por ejemplo, “Determinación de multas para infracciones al artículo 3° bis”- o en otro instrumento que a futuro lance la FNE.

3. Reemplazo de términos infracción e infractor por presunta infracción y presunto infractor

Comentario: A lo largo de la Guía, la FNE se refiere en reiteradas ocasiones a la “*infracción*” y al “*infractor*”. Se advierte que en muchas ocasiones la FNE está referenciando correctamente a disposiciones del DL 211 o a momentos en que la responsabilidad del infractor no es discutida –por mencionar algunos, párrafos 5, 10 parte inicial, 16 y 20; y notas 6 y 13–, pues son etapas en las que el comportamiento anticompetitivo y su autor ya fueron acreditadas en un juicio. Ahora bien, ya que en múltiples pasajes de la Guía se utilizan estos términos en relación a una etapa previa al término probatorio, a la determinación de responsabilidad y al juicio antimonopólico en general -entre otros, párrafos 10 parte final, 11 letras b) y c), 12 y 13; y títulos II.A.i y II.A.ii-, habría un uso no-neutral del lenguaje que supondría un prejuizamiento del actuar de los investigados/requeridos e infringiría el principio de presunción de inocencia.

Sugerencia: Reemplazar los términos por “**presunto infractor**” y “**presunta infracción**”, cuando sean utilizados para hacer referencia a un momento en que no se ha acreditado la supuesta vulneración del DL 211.

³ FNE, Requerimiento de la FNE en contra de Minerva S.A. y Otra, causa Rol C-346-2018, pp. 12-14.

4. **Eliminación de ampliación de concepto de “infractor” contenida en párrafos 21 y 22**

“21. La Fiscalía entenderá que el “infractor” en términos del artículo 26 letra c) comprende a todas aquellas personas que conforman un mismo agente económico, lo que incluye a personas relacionadas o que pertenezcan a un mismo grupo empresarial, en la medida que la responsabilidad por los actos, hechos o convenciones celebrados o ejecutados pueda predicarse respecto de un mismo centro o núcleo de toma de decisiones. Asimismo, y aun no tratándose de personas relacionadas, la Fiscalía entenderá que corresponden a un mismo infractor aquellas personas naturales o jurídicas que conforman una misma entidad competitiva¹⁴.
22. Por consiguiente, en casos en que el agente económico esté conformado por más de una persona natural o jurídica, el Monto Base se determinará en atención a las ventas en la línea de productos o servicios asociados a la infracción, o al beneficio económico o su aproximación, según corresponda, en términos globales, esto es, sin consideración a la persona específica que realizó las ventas o experimentó el incremento patrimonial, ni al modo en que se hubieren repartido dichas ganancias¹⁵.”

[nota al pie] 14 Véanse Sentencia TDLC N° 133/2014, cons. 19° y 22°; Sentencia TDLC N° 134/2014, cons. 13°; Sentencia TDLC N° 136/2014, cons. 10°; y Sentencia TDLC N° 139/2014, cons. 293°-294°.

[nota al pie] 15 Lo expuesto no aplicará en aquellos casos en que la FNE persiga separadamente la responsabilidad de las personas naturales o jurídicas que conformen un mismo agente económico.”

Comentario: Los párrafos 21 y 22 contemplan una ampliación del concepto de “infractor” que es improcedente, por ser contraria al principio de responsabilidad (infracional) personal y al DL 211, en particular a los límites de multas establecidos en este cuerpo normativo. La noción que estos párrafos dan de infractor es fundamental para toda la Guía –y, más generalmente, para la actividad de la FNE- en tanto delimita quiénes serán sujetos del cálculo de multa ahí reseñado.

En primer lugar, la explicación de estos párrafos vulnera el principio de responsabilidad personal, en tanto permite atribuir responsabilidad a una persona o entidad por los actos, hechos o convenciones de otra persona o entidad, por la sola razón de pertenecer ambos al mismo “agente económico”, “grupo empresarial”, “núcleo de toma de decisiones” o “entidad competitiva”. Ello permitiría a la FNE ejercer acciones contra solo una persona y centralizar en ella las medidas o sanciones que en realidad corresponden a más personas identificables, y responsables por una presunta infracción, que pertenecen a un determinado agente económico.

En segundo lugar, ya que las sumas máximas de las multas contempladas en el art. 26 del DL 211 están relacionadas a las ventas o beneficio económico del *infractor*, vulnera los

máximos legales sumar ventas o beneficios económicos de personas jurídicas o naturales distintos de la *persona sancionada* (infractor), aunque estén relacionadas, para incrementar el monto de la multa, si ésta excede el 30% de sus ventas o el doble de su beneficio económico. Es aún más grave estimar que personas naturales o jurídicas no relacionadas corresponden a la misma *persona sancionada* (infractor) por el hecho de conformar una misma entidad competitiva; concepto de imprecisos límites legales. La nota al pie N°14 se refiere a casos anteriores a la Ley N°20.945, cuando el límite de la multa era una cantidad fija y el TDLC efectuaba un razonamiento para ponderarla dentro de esos límites, pero no habilita para incrementar los límites establecidos por la ley actual.

II. COMENTARIOS POR PÁRRAFOS:

1. Párrafo 13

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

Comentario: Bajo la nueva versión del DL 211, se pretende evitar que una infracción reporte ganancias superiores a los costos –en este escenario, multas- que sufre el infractor. En este sentido, las ventas son utilizadas como aproximación o *proxy* –tal como se señala en la Guía-del beneficio económico en aquellas ocasiones en que es imposible o ineficiente calcular con precisión el beneficio económico derivado de la conducta. La utilización de esta aproximación no obsta a reconocer que el tope para las multas que subyace al DL 211 está relacionado con el beneficio económico obtenido por el infractor y, por ende, si se tienen estimaciones generales de su valor, éstas debiesen operar como límite al Monto Base, incluso cuando es calculado en atención a las ventas del infractor.

Sugerencia: Incluir como segunda frase del párrafo 13 lo siguiente: “Asimismo, el Monto Base no superará la cifra correspondiente a las estimaciones generales de la cifra del beneficio económico reportado por la infracción, aumentado en un 35%”.

2. Párrafos 12 y 14

“12. Para efectos de cuantificar el valor de las ventas correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción, [1] *la FNE utilizará los mejores datos disponibles.* [...] 14. En aquellos casos en que se optare por el beneficio económico obtenido por la infracción para efectos de determinar la multa, [2] *éste se calculará o aproximará a partir de los mejores datos disponibles...*” (cursiva y destacado propios)

Comentario: Decidir qué son los “mejores” datos disponibles es una cuestión subjetiva que puede facilitar el surgimiento de disputas –que probablemente surgirán sin importar la redacción que se adopte- entre la FNE, los investigados/requeridos y terceras partes respecto a qué datos eran los más adecuados para el cálculo efectuado. Además, al no mencionarse ni ejemplificarse qué tipos o categorías de datos son susceptibles de ser utilizados, se aumenta el ámbito de discrecionalidad –sumándose al ya mencionado criterio subjetivo- de la FNE, que podría optar, arbitrariamente, entre información aportada por los presuntos infractores, por sus clientes, por sus proveedores, y por organismos/instituciones públicos, u obtenida a través de fuentes de libre acceso. En este sentido, la FNE debiese estar, al menos en cierto nivel, obligada a considerar la información aportada por los investigados/requeridos.

Sugerencia: Reemplazar las frases destacadas por las siguientes:

[1] “la FNE **considerará todos** los datos disponibles, **tales como los aportados por los presuntos infractores, por sus clientes, por sus proveedores o por organismos e instituciones públicos, u obtenida a través de fuentes de libre acceso durante la investigación.**”;

[2] éste se calculará o aproximará a partir **de la consideración de todos los** datos disponibles, **tales como los aportados por los presuntos infractores, por sus clientes, por sus proveedores o por organismos e instituciones públicos, u obtenida a través de fuentes de libre acceso durante la investigación.**”

3. Párrafo 16 letras a) y b)

16. Conforme dispone la letra c) del artículo 26, en el evento de que no sea posible determinar ni las ventas ni el beneficio económico obtenido por el infractor, el TDLC podrá aplicar multas hasta por una suma equivalente a 60.000 UTA. *La FNE entenderá que tal criterio se encuentra limitado a las siguientes hipótesis:*

a) Si el infractor es una *persona o entidad que no persigue beneficios económicos ni realiza ventas, como lo son, por ejemplo, los organismos del Estado y las Asociaciones Gremiales*¹¹;

[nota al pie] 11 De esto se dejó expresa constancia durante la tramitación de la ley 20.945. Sólo a modo ejemplar, véase la intervención del Sr. Fiscal Nacional Económico en Historia de la Ley, p. 333. (cursiva y destacado propios)

Comentario: El concepto “organismos del Estado” no tiene una definición clara y, dependiendo de la amplitud con que se interprete el término, algunos si realizan ventas, como Correos de Chile⁴. Asimismo, existen asociaciones gremiales que tienen incluida la venta de bienes o servicios dentro de sus actividades.

Tanto los agentes económicos que persiguen beneficios económicos –entendido como fines de lucro o posibilidad de repartir utilidades- como los que no lo hacen pueden obtener beneficios (económicos y de otra índole) de una presunta vulneración al DL 211. La obtención de beneficios económicos –de la presunta infracción- no depende de la persecución de beneficios económicos –de las actividades realizadas por la entidad-.

En atención a lo anterior, asumir que los “organismos de Estado” y a las Asociaciones Gremiales siempre caerán en la hipótesis descrita en el párrafo 16 parece, en primer lugar, incorrecto –puesto que ellos pueden tener ventas y/u obtener beneficios de una presunta

⁴ El Ministerio de Hacienda califica a Correos de Chile como parte de la categoría “Otros Organismos del Estado” en <http://www.hacienda.cl/sitios-de-interes/sitios-nacionales/organismos-del-estado-de-chile/otros-organismos-del-estado.html>.

infracción-; y, en segundo, contrario al derecho a la igualdad –ya que estarían recibiendo un trato diferenciado en comparación a otros agentes económicos que están en situaciones equivalentes-.

Sugerencia: Modificar la frase destacada de la siguiente forma: “persona o entidad que no realiza ventas, como lo son, por ejemplo, **algunos** organismos del Estado y **algunas** Asociaciones Gremiales, y respecto de la cual no es posible determinar el beneficio económico obtenido de la presunta infracción”.

“ ...
b) Si *el infractor sólo realiza ventas de productos o servicios no relacionados con aquellos en que se produce la infracción, y;* (cursiva y destacado propios)

Comentario: La ganancia de la presunta infracción puede manifestarse en múltiples ámbitos (menores precios de compra, contraprestaciones, etc.) y no necesariamente tiene que estar vinculada a la venta de productos o servicios. Por ende, es factible que un agente económico obtenga beneficios económicos de una presunta infracción, pese a no tener ventas relacionadas con ella.

Sugerencia: Modificar la frase destacada de la siguiente forma: “Si el **presunto** infractor sólo realiza ventas de productos o servicios no relacionados con aquellos en que se produce la infracción y respecto de éste no es posible determinar el beneficio económico obtenido de la presunta infracción, y;”

4. Párrafo 24

24. Se considerará como una circunstancia relevante para los efectos de aumentar el Monto Base de la multa a solicitar, la calidad de reincidente del infractor, *condición que se atribuirá a aquellas personas o agentes económicos que hayan sido previamente condenados por infracciones anticompetitivas de cualquier naturaleza durante los últimos diez años.*

Comentario: La reincidencia como circunstancia “agravante” debe ser personalísima y, por tanto, si se persigue la responsabilidad de una persona natural o jurídica, solo debiese considerarse la calidad de reincidente de cada persona individualmente considerada⁵.

⁵ En cierta forma esto es reconocido por la FNE en la Guía de Querellas:

“32. Para la decisión de presentar o no una querrela criminal la FNE podrá tener en cuenta la gravedad manifiesta de las intervenciones individuales y los roles claves desempeñados por personas naturales identificadas o identificables en la organización, celebración y/o ejecución del acuerdo colusorio. Asimismo, la FNE podrá considerar el hecho de que las *personas naturales hubieren intervenido previamente en otras*

Sugerencia: Modificar la frase destacada de la siguiente forma: “condición que se atribuirá a **aquellos ~~personas o agentes económicos~~** que hayan sido previamente condenados por infracciones anticompetitivas de cualquier naturaleza durante los últimos diez años”.

5. **Párrafo 25 letras d) y e), j), y g)**

25. Para efectos de ponderar la gravedad de la conducta, la FNE podrá considerar, entre otras, la concurrencia de circunstancias tales como:

[...]

d) Si el hecho fue organizado, coordinado, celebrado, ejecutado o monitoreado con la participación de una asociación o entidad que reúne a competidores o en el marco de actividades o reuniones relacionadas a la referida asociación o entidad;

e) La participación de directores, administradores o ejecutivos relevantes del agente económico en la ejecución de la conducta, o bien la intervención de personas que, en los hechos, actúen en el ejercicio de atribuciones propias de directores, administradores o ejecutivos relevantes;

Comentario: No se ve razón para que la intervención de las personas naturales y jurídicas individualizadas en los literales d) y e) agrave la presunta infracción y, consecuentemente, aumente el Monto Base. En efecto, no se explica por qué hay mayor disvalor de la conducta, si las empresas se coluden con motivo de una reunión en una asociación gremial, a si lo hacen directamente o a través de otros terceros. En cuanto a los directores, administradores y ejecutivos relevantes, estas personas componen los órganos decisorios de una empresa, por lo que es natural que sean ellos quienes tomen las decisiones de las empresas, ya sea que éstas sean legales o ilegales. Si son ilegales, procede su persecución, pero no su agravación por ese solo hecho. A mayor abundamiento, si la FNE decide perseguir la responsabilidad de estas personas naturales o jurídicas, se estaría utilizando las mismas circunstancias, por un lado, para buscar la sanción de personas –asociaciones gremiales y directores, administradores y ejecutivos relevantes-; y, por otro, para ponderar la gravedad de la presunta infracción cometida, y consecuentemente aumentar el Monto Base impuesto a los presuntos infractores. Ello podría implicar una vulneración del principio *ne bis in idem* o, al menos, del principio de proporcionalidad, pues la misma razón que habilita su persecución sería la fuente de su agravación. Ahora bien, la transgresión de este principio sería inevitable si las circunstancias d) y e) conllevan a un aumento efectivo de la multa impuesta a asociaciones gremiales y de directores, administradores o ejecutivos relevantes, respectivamente.

infracciones al artículo 3° y, en general, los antecedentes que justifiquen la necesidad de solicitar la aplicación de la pena de inhabilitación prevista por la ley.”

FNE, Guía Interna para la Interposición de Querellas por el Delito de Colusión, Santiago, junio de 2018, párrafo 32, disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/06/Gu%C3%ADa-de-Querellas-final-definitiva.pdf>. (cursiva propia).

Sugerencia: Eliminar los literales d) y e) de párrafo 25.

...

j) Comportamiento injustificado del requerido que haya entorpecido, o perseguido entorpecer, la investigación de la FNE, ya sea negándose a entregar antecedentes durante la investigación, infringiendo los límites de tiempo impuestos para su entrega o, de cualquier manera, dilatando o dificultando la actuación de la Fiscalía. Lo anterior, sin perjuicio de las facultades de la FNE de solicitar al TDLC la imposición de multa en conformidad al artículo 39, letras h) y j) en procedimiento establecido en el artículo 39 ter; y de solicitar el arresto como medida de apremio conforme al artículo 42.

Comentario: El “entorpecimiento” de una investigación de la FNE –sea a través del ocultamiento de información o entrega de información falsa, o a través de la falta injustificada de respuesta o concurrencia a declarar- es una conducta ilícita que tiene sanciones –presidio y multas- y apremios específicos y diferenciados de las medidas aplicables a las infracciones a los arts. 3º, 3º bis y 4º bis del DL 211. Ello es equivalente y congruente con la regulación de la obstrucción a la justicia en los arts. 269bis y 269ter del Código Penal, que es perseguido y sancionado separadamente del hecho punible cuyo esclarecimiento se obstaculizó. En consecuencia, no parece adecuado considerar como agravante de una conducta eventualmente contraria a los arts. 3º, 3º bis y 4º bis del DL 211, el haber entorpecido la investigación a ella relacionada, en tanto la FNE tiene las facultades para perseguir, en sede de libre competencia y penal, ese tipo de entorpecimientos.

A mayor abundamiento, en línea con el comentario a los literales d) y e), podría vulnerarse el principio *ne bis in ídem* si la circunstancia j) es tenida en cuenta para ponderar la gravedad de la conducta y, además, la FNE ejerció las facultades, o el TDLC impuso multas, de conformidad a los arts. 39, letras h) y j), 39 ter y 42 del DL 211. La transgresión de este principio sería inevitable si el TDLC o los tribunales penales imponen sanciones o apremios a las mismas entidades para las cuales la concurrencia de la circunstancia j) haya derivado en un aumento efectivo de la multa impuesta por su conducta anticompetitiva.

Sugerencia: Eliminar el literal j) del párrafo 25.

g) Existencia de antecedentes que revelen que el infractor tuvo conocimiento de la ilicitud de su actuar;

Comentario: El conocimiento de la presunta ilicitud del actuar, o la consciencia de la antijuridicidad, es un requisito de sancionabilidad de los ilícitos anticompetitivos y, por

ende, malamente puede considerarse como una circunstancia para ponderar la gravedad de la conducta.

Sugerencia: Eliminar el literal g) de párrafo 25.

6. **Párrafo 26 letra a) y letra b) (inciso segundo)**

26. La FNE considerará, para una eventual reducción de la multa a solicitar, la colaboración que el agente económico haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación, en los siguientes términos:

a) Se entenderá que ha existido colaboración antes de la investigación si el potencial infractor aportó antecedentes en período de admisibilidad de una denuncia, *siempre que corresponda a un aporte completo, veraz y **conducente a la comprobación de una contravención al DL 211.*** (cursiva y destacado propios)

Comentario: Se entiende que el estándar para que un aporte de antecedentes constituya colaboración deba ser diferente según si se verifica antes o durante la investigación –y que, de hecho, debiese ser menor si ocurre antes-. Sin embargo, la exigencia del literal a) antes transcrito parece excesiva para una fase preliminar de la actuación de la FNE, pues establece que los antecedentes deben conducir a la “comprobación de una contravención al DL 211”. Siendo que esta es una etapa en que la FNE solo debe decidir si iniciar una investigación o archivar la denuncia, la colaboración de los terceros debiese estar encaminada a permitir a la FNE instruir investigaciones en atención a lo dispuesto en el art. 39 letra a) del DL 211. Lo anterior es aún más cierto si se considera que, en conformidad al art. 41 del DL 211, durante la etapa de admisibilidad de una denuncia, el aporte de antecedentes es voluntario.

Sugerencia: Modificar la frase destacada de la siguiente forma: “siempre que corresponda a un aporte completo, veraz y conducente a la **instrucción de una investigación para la comprobación de una contravención al DL 211**”.

b) [...]

La FNE reconocerá la colaboración del infractor especialmente en aquellos casos en que los antecedentes sean aportados sin previo requerimiento de la Fiscalía, o como resultado de la ejecución de un programa de cumplimiento que contemple la prevención de atentados contra la libre competencia y que haya sido implementado conforme a las directrices y lineamientos impartidos por la FNE¹⁷.

[nota al pie] 17 Véase FNE, “Programas de cumplimiento de la normativa de la libre competencia”, Material Promocional N°3, junio, 2012, en <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/06/Programas-de-Cumplimiento.pdf>. Es preciso hacer presente que la implementación de este tipo de programas de cumplimiento jamás podrá significar la exención de responsabilidad del agente económico.

Comentario: Parece excesivo e inadecuado limitar la relevancia de los programas de cumplimiento, para efectos de reducir el Monto Base, a una forma de colaboración con la FNE. Los programas de cumplimiento tienen variadas utilidades y la misma FNE “pretende incentivar a los diversos agentes económicos a desarrollar mecanismos internos que busquen prevenir la comisión de infracciones a la normativa de libre competencia”⁶. Así, aunque no esté expresamente contemplado en el DL 211, la FNE podría considerar la mantención de un programa de cumplimiento en forma más amplia para efectos de reducir el Monto Base, por ejemplo, agregando esta implementación como otra circunstancia representativa de menor gravedad de la conducta en el párrafo 29. Esto último permitiría acercar la implementación de programas de cumplimiento, con las limitaciones normativas del DL 211 que la misma FNE reconoce⁷, a las consecuencias en sede penal de los modelos de prevención, contempladas en la Ley N° 20.393. Cabe considerar que ninguna de estas opciones, u otras que puedan emplearse para reconocer la relevancia de esta u otras circunstancias para reducir el Monto Base, está excluida por el DL 211, desde que el inciso segundo de la letra c) de artículo 26° se refiere a circunstancias que, *entre otras*, pueden ser consideradas para determinar multas.

Sugerencia: Incorporar como literal del párrafo 29 lo siguiente: “La ejecución de un programa de cumplimiento, antes de la presunta infracción, que contemple la prevención de atentados contra la libre competencia y que haya sido implementado conforme a las directrices y lineamientos impartidos por la FNE”.

⁶ Material de Promoción N° 3

⁷ FNE, Guía de Multas, nota al pie 17.

7. **Párrafo 29**

29. Finalmente, se examinará la procedencia de un ajuste al Monto Base en virtud de otras circunstancias representativas de menor gravedad de la conducta, tales como:

Comentario: Muchas de las conductas que supuestamente constituyen infracciones de libre competencia pueden ser fácilmente confundidas con un comportamiento constitutivo de una competencia agresiva, que el sistema busca incentivar. Normalmente, ese tipo de hechos, actos o convenciones están sujetos a la denominada regla de la razón, es decir, a una evaluación de sus efectos que considera tanto sus daños como sus beneficios. Determinar la licitud o ilicitud de ese tipo de conductas –por ejemplo, de restricciones verticales- en base a la regla de la razón es sumamente difícil y complejo, incluso para abogados especializados en libre competencia, la FNE y el TDLC. En atención a lo anterior, es lógico esperar que los agentes económicos, cuando deciden ejecutar ese tipo de acciones, también yerren al calificar su carácter de anti o pro competitivas. Por ende, la creencia de que la ejecución del hecho, acto o convención es conforme a derecho y al DL 211 debiese ser incluida como otra circunstancia que representa una menor gravedad de la conducta y, en consecuencia, supondría un ajuste al Monto Base.

Sugerencia: Incluir como literal del párrafo 29 lo siguiente: “Si la conducta en cuestión fue llevada a cabo bajo la creencia, de buena fe, que su ejecución estaba en conformidad al DL 211”.

Comentario: Como contrapunto a la reincidencia del presunto infractor, sería óptimo considerar como circunstancia para reducir el Monto Base el no haber sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas. Esta sería el símil de la atenuante de irreprochable conducta anterior contemplada en el artículo 11° N° 6 del Código Penal.

Sugerencia: Incorporar, como primer párrafo de esta sección, lo siguiente: “Se considerará como una circunstancia relevante para los efectos de reducir el Monto Base de la multa a solicitar, el que el presunto infractor no haya sido previamente condenado por infracciones anticompetitivas de cualquier naturaleza durante los últimos diez años”.

8. **Párrafo 31**

“31. Asimismo, la multa que resulte de los ajustes al Monto Base *no será nunca inferior al beneficio económico reportado por la infracción, en caso que la solicitud de la referida sanción se haya fundado en tal criterio.*”

Comentario: La multa solicitada por la FNE –y la que eventualmente imponga el TDLC- no debiese superar la capacidad económica del requerido o, al menos, no debiese hacer peligrar su viabilidad económica. Ello sería particularmente pernicioso –fuera del obvio perjuicio causado al agente económico- en el caso de mercados concentrados en que la pérdida de un competidor puede afectar considerablemente su estructura competitiva, pasándose de una mera afectación de intereses privado al menoscabo de intereses públicos.

Por otro lado, si una multa es capaz de generar un efecto de tal magnitud en un agente económico que lo pone en riesgo cierto de caer en insolvencia, ésta se transformaría, de facto, en una sanción equivalente, en cierta forma, a la disolución de la respectiva persona jurídica. Si la FNE se encontrase ante una presunta infracción que estimase debe ser sancionada con la disolución del agente económico requerido, debiese solicitar y fundar específicamente esta última sanción.

Sugerencia: Modificar la frase destacada de la siguiente forma: “no será ~~nunca~~ inferior al beneficio económico reportado por la infracción, en caso que la solicitud de la referida sanción se haya fundado en tal criterio, **sin perjuicio de lo señalado en los párrafos 28 y 29.**”.

9. **Párrafo 33**

“33. En aquellos procedimientos contenciosos en que la FNE solicite la imposición de una multa y que se presenten ante el TDLC con posterioridad a la publicación final de la presente Guía, *la FNE expondrá, antes de la vista de la causa,* las consideraciones empleadas para determinar el Monto Base, su corrección y finalmente los factores que justifican los ajustes aplicados para arribar a la sanción que se solicita imponer.”

Comentario: El monto de la multa –o, más ampliamente, la sanción a ser impuesta- ha sido, es y será un tema primordial de la controversia entre la FNE y los requeridos y de la sentencia del TDLC. Por ende, postergar la exposición de las consideraciones empleadas para determinar la multa parece no solo innecesario e inadecuado, sino también conculcatorio del derecho de defensa de los presuntos infractores. Retrasar esta exposición tampoco parece beneficioso para la FNE, pues el proceso de determinación de la multa, como es lógico, antecede a su solicitud.

Sugerencia: Modificar la frase destacada de la siguiente forma: “la FNE expondrá, **en su requerimiento,**”.

Santiago, diciembre de 2018