

Unclassified

DAF/COMP/LACF(2013)13

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

17-Jul-2013

Spanish - Or. English

DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE

DAF/COMP/LACF(2013)13
Unclassified

LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM (Spanish Version)

FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA

Sesión I: Criterios para la imposición de multas por infracciones a la ley de competencia

Contribución de Chile (TDLC)

3 y 4 de septiembre de 2013, Lima, Perú

Se hace circular el documento adjunto elaborado por Chile (TDLC) PARA SU DEBATE en la Sesión I del Foro Latinoamericano de Competencia que se llevará a cabo los días 3 y 4 de septiembre de 2013 en el Perú.

Contacto: Sean ENNIS, Economista Sénior
Tel: +33 (0) 1 45 24 89 78; Correo electrónico: Sean.ENNIS@oecd.org

JT03343052

Complete document available on OLIS in its original format

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

Spanish - Or. English



FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA

-- 3 y 4 de septiembre de 2013, Lima (Perú) --

Sesión I: Criterios para la imposición de multas por infracciones a la ley de competencia

CONTRIBUCIÓN DE CHILE (TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA)

1. En Chile, el Decreto Ley N° 211 (“D.L. N° 211”) establece la normas aplicables a la defensa de la competencia. En dicho cuerpo legal, las contravenciones a la libre competencia son definidas de forma amplia en el artículo 3: *“El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso”*. La misma disposición establece más adelante tipos específicos de conductas, incluyendo expresamente casos de carteles y abuso de posición dominante¹.

2. A su vez, el artículo 26 de dicha ley establece las medidas que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) puede aplicar, incluyendo en su literal c) la imposición de multas: *“(…) En la sentencia definitiva, el Tribunal podrá adoptar las siguientes medidas: (...) c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente a veinte mil unidades tributarias anuales [aproximadamente US\$ 19.000.000] y, en el caso de sancionar una conducta prevista en la letra a) del artículo 3° (colusión), hasta por una suma equivalente a treinta mil unidades tributarias anuales [aproximadamente US\$ 28.500.000]. Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo. Las multas aplicadas a personas naturales no podrán pagarse por la persona jurídica en la que ejercieron funciones ni por los accionistas o socios de la misma. (...) En el caso de las multas aplicadas a personas jurídicas, responderán solidariamente del pago de las mismas sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieren participado en la realización del mismo”*.

¹ *“Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes: a) Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación. b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes. c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”*.

3. Las multas sólo pueden ser impuestas por el TDLC luego de un proceso contencioso legalmente tramitado, iniciado por requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica o demanda de un particular (artículos 18 N° 1 y 20 del D.L. N° 211), siendo improcedente el inicio de procedimientos y la aplicación de sanciones por el TDLC actuando de oficio.

4. El TDLC aplica multas cuando declara la comisión de una infracción a las normas de defensa de la competencia, sea que se trate de un caso de colusión, de uno de abuso de posición dominante, o de otro tipo de infracción. Desde la perspectiva de la imposición de multas, existen básicamente tres diferencias entre los casos de colusión y los casos de abusos de posición dominante:

- En el año 2009 se modificó el rango de las multas aplicables a los casos de carteles, estableciéndose un máximo de 30.000 unidades tributarias anuales (equivalentes aproximadamente a US\$ 28.500.000, tal como consta en el texto vigente de la ley, ya citado). Antes de esta modificación, existía un rango único de multa, común para toda clase de infracciones, cuyo máximo era de 20.000 unidades tributarias anuales (aprox. US \$19.000.000). Dicho rango es aplicable actualmente a la imposición de multas por infracciones distintas de los carteles.
- Sólo los participantes de carteles pueden optar a una exención o a una reducción de la multa que les sería aplicable, mediante la presentación de una solicitud de delación compensada o *leniency*, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 39 bis del DL N° 211.
- La colusión es considerada como la infracción contra la libre competencia de mayor gravedad², lo que incide en el proceso de determinación de multas.

5. Es importante asimismo señalar que las multas pueden ser aplicadas indistintamente a personas jurídicas (ordinariamente compañías, aunque pueden imponerse a otros agentes económicos), personas naturales (individuos) o ambas; y que se aplican por igual a entidades privadas y públicas. En la jurisprudencia del TDLC es posible encontrar ejemplos para cada una de dichas hipótesis.

6. Las multas impuestas por el TDLC cumplen, primero, una función sancionatoria. Dos de los factores considerados por el DL N° 211 para determinar su monto se justifican en el reproche al actuar del agente económico sancionado (gravedad de la conducta y calidad de reincidente del autor). Otro factor considerado por el DL N° 211 es el beneficio económico obtenido mediante la ejecución de las conductas, por lo que la recuperación de las ganancias ilícitamente habidas (*disgorgement*) constituye, en cierta medida, el segundo de los objetivos del sistema de multas³. El potencial efecto disuasorio constituye un tercer fin de dicho sistema.

² Lo anterior es ilustrado en la siguiente consideración emitida por la Excelentísima Corte Suprema de Chile, al resolver la reclamación de una sentencia de colusión de líneas de autobuses: *"la colusión constituye de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas. El resultado probable de tal coordinación es la subida de los precios, la restricción de la producción y con ello el aumento de los beneficios que obtienen las participantes"*.

³ Para efectos de determinar el beneficio económico obtenido, el TDLC intenta estimar las pérdidas sociales sufridas por la sociedad como consecuencia de las prácticas sancionadas, incluyendo el denominado deadweight loss y los daños infligidos a agentes económicos en particular. Tratándose de estos últimos, el afectado puede demandar la indemnización de perjuicios en un proceso diverso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del DL N° 211, que señala: *"La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar, con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá ante el tribunal civil competente de conformidad a las reglas generales, y se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario, establecido en el Libro III del Título XI del Código de Procedimiento Civil.- El tribunal civil competente, al resolver sobre la indemnización de perjuicios, fundará su*

7. Para asegurar la proporcionalidad, predictibilidad y transparencia del proceso de determinación de las multas, el TDLC explicita en las consideraciones de sus sentencias los distintos parámetros tomados en cuenta al momento de sancionar. Al respecto, es ilustrativo lo señalado en la Sentencia N° 97 de 2010, sobre conductas unilaterales, relativa a restricciones impuestas por una empresa de telecomunicaciones para la transmisión de voz sobre IP de otra empresa en su plataforma de internet, servicio que competía con el propio servicio de telefonía fija de la primera:

“Septuagésimo sexto. Que, en primer término, es preciso recordar que, en octubre del 2006, TCH fue sancionada mediante Sentencia de este Tribunal N°45/ 2006, por imponer restricciones en los contratos mayoristas del servicio de banda ancha con el objeto de impedir la entrada y desarrollo de la telefonía IP, que era entonces una nueva tecnología que amenazaba con arrebatarle clientes del servicio de telefonía tradicional;

Septuagésimo octavo. Que, entonces, TCH no sólo es reincidente porque ha infringido nuevamente las normas de defensa de la libre competencia previstas en el DL N° 211, sino que, además, es contumaz, porque ha vuelto a incurrir en conductas que excluyen y levantan barreras de entrada respecto de los proveedores de telefonía IP, que son los mismos afectados por su primitiva infracción. En efecto, infringiendo abiertamente lo resuelto en el N° 11) de la mencionada sentencia N°45/ 2006, TCH incurrió nuevamente en hechos, actos o convenciones que obstaculizan injustificadamente la prestación de telefonía IP sobre banda ancha;

Septuagésimo noveno. Que, luego, el beneficio económico obtenido por TCH con motivo de la infracción, correspondería a los mayores ingresos provenientes del incremento artificial de su participación de mercado en el servicio de telefonía, lo cual es especialmente difícil de estimar, considerando que la telefonía IP no se ha podido desarrollar con normalidad precisamente como consecuencia de las reiteradas conductas exclusorias de TCH;

Octogésimo. Que, por último, las infracciones que corresponde sancionar son especialmente graves, atendido fundamentalmente que no constituyeron un caso aislado acaecido a mediados del 2007 y que, por el contrario, tal como se señaló anteriormente, los precios de sus ofertas conjuntas actualmente siguen induciendo a los clientes a contratar minutos de tráfico de voz con dicha empresa, con el efecto exclusorio antes dicho;

Octogésimo primero. Que, además, como ya se argumentó, las infracciones cuestionadas afectan a un porcentaje muy significativo de la población nacional, respecto del cual TCH cuenta con poder de mercado en la provisión de banda ancha. Así, los consumidores de banda ancha que desean además servicio telefónico enfrentan un mercado menos competitivo y ven restringida su libertad para escoger el proveedor de telefonía que les resulte más conveniente. Por su parte, los consumidores de banda ancha que no desean telefonía, se ven forzados a contratar igualmente el servicio telefónico para acceder a la banda ancha;” (énfasis añadido).

8. A diferencia de otras legislaciones, el sistema de multas contemplado en el DL N° 211 no considera la determinación de una multa base, fijada en función del volumen de negocio afectado por las conductas, las ventas de los agentes económicos sancionados u otro parámetro similar. El TDLC sólo cuenta con los dos rangos legales de sanciones pecuniarias ya referidos (hasta aprox. US\$ 28.500.000 para casos de carteles y hasta aprox. US\$ 19.000.000 para otras infracciones), debiendo fijar las multas aplicables a un caso concreto previa consideración de factores contemplados en el DL N° 211 (gravedad de

fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos, establecidos en la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dictada con motivo de la aplicación de la presente ley”.

la conducta, beneficio económico obtenido, reincidencia, colaboración con la investigación)⁴, así como los demás criterios que jurisprudencialmente estime pertinentes.

9. Aunque muchas veces es difícil calcular del beneficio económico obtenido por los infractores, el TDLC siempre intenta estimar los daños causados por las conductas reprochadas en sus sentencias. Para ello, se toma en consideración, por ejemplo, el volumen de ventas en el mercado afectado por la conducta y la duración de la misma. El siguiente extracto ilustra el razonamiento que normalmente desarrolla el TDLC para fijar las multas correspondientes (extracto de Sentencia N° 63, de 2008, por colusión, relativa a dos tiendas por departamento que acordaron bloquear una feria de productos tecnológicos organizada por un banco):

“Centésimo sexagésimo. Que entonces, para los efectos de determinar el monto de la sanción, según lo dispuesto en el inciso final del artículo 26° del D.L. N° 211, este Tribunal debe considerar, entre otras circunstancias, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta y la calidad de reincidente del infractor. En este caso, tanto Falabella como Paris tienen el carácter de reincidentes, y la gravedad de la conducta exclusoria se ve fuertemente incrementada por el hecho que las requeridas actuaron coludidas;

Centésimo sexagésimo primero. Que, como otro elemento relevante para determinar el monto de la multa, este Tribunal considera que el beneficio económico logrado por la conducta ilícita corresponde no sólo a las mayores ventas que tuvieron las requeridas al impedir la realización de la Feria, sino además el efecto disuasivo de largo plazo sobre sus proveedores y sobre quienes consideren desarrollar nuevos canales de ventas para éstos, en los términos ya descritos;

Centésimo sexagésimo segundo. Que, además, del mérito de autos y según los hechos acreditados en esta sentencia, este Tribunal estima que la conducta de Falabella fue de mayor gravedad y reprochabilidad que la de Paris, considerando que fue un ejecutivo de esa empresa quien tomó la iniciativa de llamar a sus competidores, Paris y Ripley, con los efectos ya expuestos, y dado que, a mayor abundamiento, se ha establecido que Falabella presionó a más proveedores y en forma más intensa que Paris;

Centésimo sexagésimo tercero. Que, asimismo, se ha establecido que Falabella tiene una mayor participación que Paris: (i) en las ventas de productos de electrohogar; (ii) en las ventas de estos productos con tarjetas propias –y por consiguiente en el crédito asociado a éstas-; y, (iii) específicamente, en las ventas de los productos de los proveedores que fueron presionados para que no asistieran a la Feria (en promedio 22% y 14%, respectivamente). En consecuencia, el beneficio económico esperado por Falabella, a causa de estos ilícitos, se estima fue mayor que el obtenido por Paris. Así, a mayor abundamiento y a modo de referencia, el monto de la multa para cada empresa requerida corresponderá, aproximadamente, a un 2% de las ventas de cada una de estas empresas, en el año 2005, de productos de electro-hogar con tarjeta propia;

Centésimo sexagésimo cuarto. Que, considerada así la gravedad de las conductas sancionadas y el beneficio obtenido de ellas, este Tribunal fijará, proporcionalmente, una multa más alta respecto de Falabella, según se establece en lo resolutivo;”

10. Además de los tres factores que conducen a la imposición de multas más altas (gravedad de la conducta, beneficio económico obtenido y reincidencia), y de un cuarto que permite disminuir el monto de las mismas (la cooperación otorgada por el infractor a la Fiscalía Nacional Económica, antes o durante la investigación), el TDLC ha considerado explícita o implícitamente en su jurisprudencia otros factores en el

⁴ Artículo 26, letra c), inciso segundo del DL N° 211: “Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, la gravedad de la conducta, la calidad de reincidente del infractor y, para los efectos de disminuir la multa, la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación”.

proceso de determinación de multas, tales como el rol de instigador u organizador de la colusión, el volumen de comercio afectado, o la duración de las prácticas.

11. Otra de las reformas introducidas en 2009 fue la instauración de un mecanismo de delación compensada, programa de clemencia o *leniency*. De conformidad con el artículo 39 bis del DL N° 211, el primer agente económico que aporte antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica que conduzcan a la acreditación de una colusión y a la determinación de los responsables podrá obtener al beneficio de exención de multa. También se contempla la posibilidad de otorgar el beneficio de reducción de multa⁵. La sentencia N° 122 de 2012 es un ejemplo en el que una empresa fue eximida de multa por acogerse al beneficio de delación compensada:

“Centésimo vigésimo quinto. Que, por otra parte, como ha sido señalado por la Fiscalía y por la requerida Tecumseh do Brasil en autos, esta última se ha acogido al beneficio de delación compensada contenido en el artículo 39 bis del D.L. N°211, por lo cual la Fiscalía en su requerimiento ha solicitado la exención completa de la multa a esta requerida, indicando que Tecumseh do Brasil ha cumplido los requisitos exigidos por la ley para la procedencia del citado beneficio;

Centésimo vigésimo sexto. Que, habiéndose acreditado la conducta de colusión delatada y no habiéndose alegado –ni menos probado– que Tecumseh fue el organizador de la conducta ilícita y que coaccionó a los demás participantes del acuerdo, corresponde aplicar la exención de multa solicitada por la Fiscalía Nacional Económica en su requerimiento, en virtud de lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 39 bis del D.L. N° 211.”

12. Por último, el TDLC no ha considerado explícitamente como factor, al momento de fijar multas, la capacidad de pago de las entidades multadas. No obstante lo anterior, se observa que, cuando las multas son impuestas a empresas unipersonales o a compañías pequeñas –las que incluso podrían eventualmente desaparecer del mercado por la obligación de pagar una multa desproporcionadamente alta–, el monto de dichas multas es lo suficientemente bajo como para que no se corra ese peligro.

13. En suma, el sistema de determinación de las multas a aplicar por el TDLC (i) descansa en criterios legales amplios que buscan un fin retributivo, compensatorio y disuasorio; (ii) se aplica a personas naturales o jurídicas, sean éstas públicas o privadas; (iii) se aplica *ex post* a conductas restrictivas de la competencia, sean éstas carteles, conductas unilaterales u otras; (iv) sólo procede como resultado de procedimientos contenciosos legalmente tramitados; (v) cuenta con un sistema más severo para el caso de carteles, para el cual también rige el beneficio de exención o reducción de la multa propio de un sistema de delación compensada; y, (vi) depende de la aplicación específica de los criterios legales que efectúe el TDLC en cada caso concreto.

⁵ *Artículo 39 bis del DL N° 211: “El que ejecute una conducta prevista en la letra a) del artículo 3° podrá acceder a una reducción o exención de la multa cuando aporte a la Fiscalía Nacional Económica antecedentes que conduzcan a la acreditación de dicha conducta y a la determinación de los responsables.- Para acceder a uno de estos beneficios, el ejecutor de la conducta deberá cumplir los siguientes requisitos: 1. Proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal; 2. Abstenerse de divulgar la solicitud de estos beneficios hasta que la Fiscalía haya formulado el requerimiento u ordene archivar los antecedentes de la solicitud, y 3. Poner fin a su participación en la conducta inmediatamente después de presentar su solicitud.- Para acceder a la exención de la multa, además de cumplir los requisitos señalados en el inciso anterior, el ejecutor de la conducta deberá ser el primero que aporte los antecedentes a la Fiscalía, dentro del grupo de responsables de la conducta imputada.- Para acceder a una reducción de la multa, además de cumplir los requisitos señalados en el inciso segundo, el ejecutor de la conducta deberá aportar antecedentes adicionales a los presentados por quien primero acompañó antecedentes a la Fiscalía en virtud de este artículo. En todo caso, la rebaja de la multa que solicite el Fiscal en su requerimiento, no podrá ser superior al 50% de la mayor multa solicitada para los demás ejecutores de la conducta que no pueden acogerse a los beneficios de este artículo (...).”*