

Respuesta a los comentarios del borrador de noviembre de 2018
“Guía Interna para solicitudes de multa de la Fiscalía Nacional Económica”

I. Respuestas a comentarios por párrafos.

Sección	Párrafo	Texto	Comentario(s) ¹
I	5	<p><i>“Por lo anterior, la presente Guía establece las pautas de actuación que seguirá la Fiscalía para determinar la cuantía de las multas a solicitar en los procedimientos contenciosos por infracciones a la libre competencia de aquellas previstas en los artículos 3°, 3° bis y 4° bis del DL 211⁶. Asimismo, se adelanta la forma en que la FNE considerará aquellas circunstancias contenidas en el inciso segundo de la letra c) del artículo 26, y su incidencia específica e interacción con el cálculo de las ventas del infractor o beneficio económico a que se refiere el inciso primero de la aludida disposición”.</i></p> <p><small>⁶ “En efecto, todas estas infracciones, como lo señalan los respectivos artículos, se encuentran sancionadas por el artículo 26 del DL 211. En este sentido, les son aplicables las multas a beneficio fiscal contempladas en la letra c) del mencionado artículo. La infracción contemplada en el artículo 3° bis letra a), consistente en infringir el deber de notificar a la FNE una operación de concentración, es susceptible de ser sancionada, además, con multa conforme a los criterios del artículo 26 letra e) del DL 211.”</small></p>	<p>Comentaristas 1 y 2: Las conductas del artículo 3° bis del Decreto Ley N° 211 de 1973 (“DL 211”) no comparten las características y particularidades que tienen las que iba considera el artículo 3° del mismo cuerpo legal, por lo que las multas aplicables debiesen diferenciarse o matizarse. No estaría explicitado si las multas del artículo 26 letras c) y e) podrían aplicarse de manera conjunta y en qué casos se haría, debiese incluirse también la forma en que se compatibilizarán las multas de dichos literales. Se sugiere incluir una explicación de las variantes o matices al respecto en un apartado o instrumento diverso.</p>

Respuesta FNE:

Es pertinente hacer presente que, como señala el pie de página n°6, las infracciones de los artículos 3°, 3° bis y 4° bis del DL 211 se encuentran sometidas a las medidas del artículo 26, dentro de las cuales se encuentra la multa de la letra c) del referido artículo. En cuanto a la infracción contemplada en el

¹ Conforme se señaló en el lanzamiento de la guía de multas de la FNE, el presente documento, en el cual constan las respuestas a los comentarios y preguntas que se han formulado, mantiene bajo reserva el autor de dichas observaciones. En este sentido, se ha optado por individualizar a cada uno de las instituciones participantes del proceso de consulta pública como “Comentarista”, seguido de un número que permite individualizar el origen de los respectivos aportes. Así, por ejemplo, cada vez que se haga referencia a “Comentarista 1”, se estará aludiendo al mismo partícipe.

artículo 3° bis, letra a), ésta se encuentra, además, sujeta a la imposición de multa del artículo 26 letra e) del DL 211. Con todo, en el actual párrafo 15, que recoge el criterio subsidiario de determinación de multas, se considera la particularidad de determinadas conductas infraccionales que no tienen relación con las ventas del agente económico ni le reportan de forma directa beneficio económico, como sucede, sólo a modo ejemplar, con algunas de las conductas de los artículos 3° bis y 4° bis. En la misma situación se encuentran algunas contravenciones formales a las decisiones del H. TDLC y la Excm. Corte Suprema.

Sección	Párrafo	Texto	Comentario(s)
II	10	<p><i>“Conforme se desprende de lo establecido en el artículo 26 letra c) del DL 211, el TDLC podrá aplicar multas a los agentes económicos, alternativamente, según el valor de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido, o el beneficio económico obtenido por el respectivo agente económico. En el evento de que no sea posible determinar las ventas ni el beneficio económico obtenido por el infractor, el TDLC podrá condenar al pago de una suma fija de hasta 60.000 UTA. En línea con lo anterior, la FNE fundará sus solicitudes de multa, alternativamente, según las ventas o el beneficio económico del infractor, o en subsidio, en base a un monto fijo de hasta 60.000 UTA para el caso que no sea posible determinar las ventas ni el beneficio económico”.</i></p>	<p>Comentarista 3: Pareciera desprenderse que la FNE estaría señalando que el criterio preponderante es el de beneficio económico, lo que estaría contradicho a lo largo de la Guía, en que se da cuenta que la elección es discrecional. Se sugiere reducir la discrecionalidad, teniendo la FNE que aclarar en qué casos y por qué motivos adoptará el criterio del beneficio económico por sobre el de las ventas.</p>

Respuesta FNE:

Como es claro del tenor legal, como asimismo de la Historia de la Ley, el H. TDLC tiene una opción completamente alternativa para efectos de aplicar multas. Las alternativas dicen relación con ceñirse al valor de las ventas del infractor o al beneficio económico reportado por la infracción. En virtud de ello, la Guía establece expresamente que la Fiscalía también podrá fundar sus solicitudes de multa de manera alternativa conforme a dichos criterios. Sólo a modo ejemplar, el citado párrafo 10 señala expresamente: *“En línea con lo anterior, la FNE fundará sus solicitudes de multa, alternativamente, según las ventas o el beneficio económico (...)”.*

No obstante, y en razón de la confusión que a este respecto estaba generando en algunos de los comentaristas el párrafo 11, se decidió eliminar, conforme será explicado a propósito del siguiente comentario.

De esta manera, no es efectivo que en la Guía se señale que la Fiscalía considera el beneficio económico como criterio preponderante para el cálculo de sus solicitudes de multa.

Sección	Párrafo	Texto	Comentario(s)
II	11	<p><i>“Sin perjuicio de la posibilidad alternativa referida en el párrafo anterior, para los efectos de sus solicitudes de multa, la Fiscalía privilegiará la utilización del criterio relativo a las ventas del infractor, en los siguientes casos:</i></p> <p><i>a) Cuando no sea posible obtener datos para realizar un cálculo o aproximación del beneficio económico, o cuando los datos existentes sean considerados inidóneos, insuficientes o poco fidedignos a tal propósito⁸;</i></p> <p><i>b) Cuando en razón de tratarse de una infracción susceptible de ser sancionada con una multa de baja cuantía, resulte ineficiente realizar una aproximación del potencial beneficio económico⁹, y;</i></p> <p><i>c) Cuando por las particularidades del hecho, la infracción no le hubiese reportado beneficios al agente económico o se estime que su cálculo puede subestimar considerablemente el daño social o las ineficiencias provocadas por la conducta¹⁰”.</i></p> <p>⁸<i>Durante la tramitación de la ley 20.945, se dio cuenta de que, en general, en derecho comparado, para efectos del cálculo de multas, se suele acudir a aproximaciones (proxies) del beneficio económico, como el porcentaje de las ventas, en razón de eficiencia en términos económicos y de tiempo, que se explican, en parte, por la mayor facilidad de obtención de datos sobre las ventas que de beneficio. Sólo a modo ejemplar, véanse las intervenciones de expertos en la materia, que constan en Informe de Comisión de Economía, Historia de la Ley, http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5311/HLD_5311_37_a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf (“Historia de la Ley”), pp. 48 y ss.</i></p> <p>⁹<i>Tanto en la Historia de la Ley como en la literatura económica, se da cuenta de los altos costos asociados a un cálculo estrictamente basado en los efectos de la conducta, como es el caso del beneficio económico. Por tanto, un cálculo de dicha naturaleza se torna más necesario cuando el monto potencial de la multa a imponerse sea más alto. Al contrario, mientras más baja sea la eventual multa, será menos conveniente soportar un régimen de cálculo más costoso como aquél asociado al beneficio económico. Sólo a modo ejemplar, véase Informe, p. 99.</i></p>	<p>Comentarista 4: El criterio dispuesto en la letra a) sería un incentivo a la entrega de información inidónea, insuficiente o poco fidedigna por parte de infractores que hayan obtenido beneficios superiores al 30 % de las ventas.</p> <p>Comentarista 5: Se critica lo señalado en la letra c), toda vez que la multa sobre ventas sólo procedería en casos en que no es posible determinar beneficio económico, por lo que no sería posible recurrir a las ventas en caso de que se considere que su cálculo subestima otros factores, por lo que este literal contraría el espíritu de la norma al permitir aplicar la multa que fuera mayor y no de forma residual.</p> <p>Comentarista 3: Respecto a la letra a), faltaría mayor precisión en la determinación del estándar que debe tener la información para que la FNE prefiera el criterio de ventas o beneficio. Se habla alternativamente de “cálculo o aproximación”, sin señalar parámetros de suficiencia para la aproximación. Se sugiere precisar cuándo será suficiente la aproximación. En cuanto a la letra b), debiera considerar que no sea injustificadamente gravoso para el requerido. Además, debieran precisarse los parámetros que se atenderán para concluir que sería ineficiente calcular el beneficio económico. En el caso c) no se señala si el daño social o las ineficiencias son elementos diferenciables o se refieren a un mismo elemento; tampoco se señala si se considerarán sólo las ventas en Chile, ni si se incluirán impuestos.</p>

	<p>¹⁰<i>En general, las infracciones a la libre competencia generan una pérdida social que excede las ganancias del infractor, que incluso podrían ser escasas. Sin embargo, hay casos en que esa desproporción, es más significativa, lo que suele darse cuando, por ejemplo, se afectan parámetros de competencia distintos del precio, como la innovación, la variedad del producto, la afectación de la capacidad de elección del consumidor, etc. Sólo a modo de referencia, véase Informe, p. 99.</i></p>	
--	--	--

Respuesta FNE:

En este párrafo 11, la Fiscalía señalaba ciertos casos en que, más allá de la facultad siempre alternativa concedida por la ley de acudir al criterio de ventas o beneficio económico, se privilegiaría la utilización de las ventas.

Sin embargo, en razón de las confusiones que generó dicho párrafo en diversos comentaristas, y atendido el hecho de que las hipótesis mencionadas en la anterior redacción no afectan la regla general de que la Fiscalía ejercerá su facultad de solicitar multas de manera alternativa (entre el criterio ligado a las ventas y aquel del beneficio económico), se ha optado por eliminar el referido párrafo.

Finalmente, en relación a los impuestos, no es efectivo que éstos no se encuentren considerados, toda vez que el nuevo párrafo 11 hace referencia a ello. Sin embargo, se incluye una modificación en dicho párrafo en aras de una explicación más acabada al respecto.

Sección	Párrafo	Texto	Comentario(s)
II	12 ²	<p><i>“Para efectos de cuantificar el valor de las ventas correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción, la FNE utilizará los mejores datos disponibles. Si la información proporcionada por el agente económico es insuficiente o incompleta, se podrá establecer el valor de las ventas sobre datos parciales. Este valor se determinará antes de la aplicación de cualquier impuesto”.</i></p>	<p>Comentarista 1: La FNE señala que, para calcular multa por ventas utilizará “los mejores datos disponibles”, cuestión subjetiva y fuente de conflicto. Además, no se señala qué tipos de datos pueden ser éstos, ni su titularidad (ámbito de discrecionalidad en la selección). La FNE debiera estar obligada a considerar la información de los investigados/requeridos. <u>Se sugiere modificar la redacción en los términos que propone.</u></p> <p>Comentarista 5: Se critica el uso de la expresión “mejores datos disponibles”, por ser general, subjetiva y, con ello, excesivamente discrecional, lo que no otorgaría certeza jurídica. Por otro lado, acudir a datos parciales para determinar el valor de las ventas también sería incorrecto, ya que puede dar lugar a conclusiones erradas e imprecisas. Por último, la aplicación de la multa antes de cualquier impuesto no considera que éstos son costos para las empresas. Se sugiere precisar conceptos de "mejores datos disponibles" y "datos parciales", además, aclarar que el valor se determinará antes de la aplicación de impuestos si aquellos no representan un costo efectivo, en caso contrario debiese determinarse una vez aplicados tales.</p> <p>Comentaristas 6 y 7: En caso de carteles internacionales y/o que involucren a empresas internacionales, ¿sólo las ventas nacionales serán consideradas (atención al principio ne bis in ídem)? ¿qué rol juegan las tasas de intercambio? Sugieren aclarar el tipo de tasas de intercambio que se utilizará.</p> <p>Comentarista 6 agrega: ¿Qué ocurre en casos de bid-rigging donde uno de los miembros del cartel no realizó ventas? Sugieren utilizar como un buen parámetro el valor neto de la oferta.</p> <p>Comentarista 2: Determinar con mayor precisión cuáles son los "mejores datos disponibles", ya que la identificación de los datos más adecuados</p>

² Dada la eliminación del antiguo párrafo 11, el párrafo 12 comentado es, actualmente, el párrafo 11.

			<p>puede discrepar entre la FNE, los investigados/requeridos y terceras partes (cuestión subjetiva y fuente de conflicto). Se sugiere una redacción alternativa bastante amplia (reemplazar <i>mejores</i> por <i>todos</i>, por ejemplo).</p>
--	--	--	--

Respuesta FNE

Las observaciones de los Comentaristas 1 y 2 han sido consideradas para efectos de la redacción del actual párrafo 11, en que se señalan qué antecedentes pueden ser estimados como los “mejores datos disponibles”.

Respecto a lo señalado por el Comentarista 5, en lo que no dice relación con la modificación del párrafo 11 ya comentada, es preciso considerar lo siguiente: la estimación de las ventas durante un período como un indicador para aproximarse a las ventas del agente económico durante otro período en que no se tienen datos disponibles, es una herramienta legítima y que ha sido validada por jurisprudencia del H. TDLC. En cuanto a la sugerencia de incorporar ciertos impuestos para este cálculo, es un comentario que ha sido recogido para efectos de la redacción del párrafo 11 actual, que va en línea de aquellos datos que se consideran para la valorización de las ventas en materia de operaciones de concentración³.

En relación a la inquietud de los Comentaristas 6 y 7 acerca de qué ventas serán consideradas, es pertinente señalar que nuestra normativa establece expresamente que la aplicación de multas por este criterio debe considerar “*las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción*”. En ese sentido, será carga de la Fiscalía acreditar que los antecedentes que consideró se refieren a ventas “asociadas” a la infracción acusada. Además, las sugerencias de los Comentaristas 6 y 7 sobre el tipo de cambio han sido consideradas para efectos de la actual redacción del párrafo 11, nuevamente en línea de lo establecido para la valorización de las ventas en materia de operaciones de concentración.

³ Véase FNE, “Guía Práctica para la Aplicación de Umbrales de Notificación de Operaciones de Concentración en Chile”, junio de 2017, en <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-Interpretacion-Umbrales-1-1.pdf>, párrafo n° 7, que dispone: “*Los importes a considerar para calcular las ventas deben excluir los impuestos directamente relacionados con el volumen de ventas, tales como el Impuesto al Valor Agregado, aranceles u otros gravámenes aduaneros, el impuesto sobre las bebidas alcohólicas, el impuesto al tabaco, etcétera. Asimismo, los montos descontados del precio de venta, en virtud de, por ejemplo, ofertas o descuentos por volumen, han de ser excluidos al momento de determinar el monto de las ventas para estos efectos.*”

Sección	Párrafo	Texto	Comentario(s)
II	13 ⁴	<p><i>“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”.</i></p>	<p>Comentaristas 1 y 2: Las estimaciones que se tengan del valor del beneficio económico, incluso cuando se calcula en atención a las ventas del infractor, deben operar como límite al monto base. Se sugiere incorporar tal criterio al párrafo (agregar “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%”).</p>
			<p>Comentarista 3: Indica el monto máximo del monto base por ventas (20%), pero no se explica cómo se determina el porcentaje exacto dentro de ese rango, por lo que podrían considerarse agravantes que están en una segunda etapa (se debe evitar que se computen dos veces las mismas circunstancias).</p>
			<p>Comentaristas 6 y 7: Puntos que deben abordarse: (i) ¿Qué productos o servicios están comprendidos en la "línea de productos o servicios? En algunas jurisdicciones se ha establecido una "lista de actividades/productos" que deben tenerse en cuenta al fijar multas. (ii) Inexistencia de justificación de por qué utilizar hasta el 20%. Comentarista 7 agrega: tratándose de la metodología usada para determinar el monto base, es necesario que los criterios no sean insuficientes ni excesivos para alcanzar un nivel adecuado de disuasión; sería ideal incluir una mayor definición de la relación entre la infracción y la línea de productos o servicios (por ejemplo: qué ocurre cuando la conducta afecta bienes “intermedios”), y justificar el por qué utilizar hasta el 20%.</p>

⁴ Dada la eliminación del antiguo párrafo 11, el párrafo 13 comentado es, actualmente, el párrafo 12.

Respuesta FNE:

En cuanto a lo sostenido por los Comentaristas 1 y 2, reiteramos que el artículo 26 letra c) del DL 211 concede una facultad alternativa al H. TDLC, quien, para efectos del cálculo de las multas a imponer en el caso concreto, puede ceñirse al valor de las ventas del infractor o al beneficio económico reportado por la infracción. Por tanto, en caso de procederse mediante el criterio de ventas, no es procedente utilizar el criterio de tope máximo de beneficio económico.

Respecto a la observación del Comentarista 3, se indica que el Capítulo II, acápite A (“Primera etapa: determinación del Monto Base”), apartado iv (“Disposiciones comunes a los tres criterios de determinación del Monto Base”) de la Guía, establece los elementos que se considerarán para la determinación del porcentaje dentro de los rangos señalados para la estimación del monto base. No existen en dicha instancia elementos que después se consideren nuevamente para aumentar el monto base.

En cuanto a lo señalado por los Comentaristas 6 y 7, es preciso considerar que nuestro artículo 26 letra c) del DL 211 establece que, en relación con las ventas, éstas corresponden a “*la línea de productos o servicios asociada a la infracción*”, por lo que el cálculo deberá considerar, y justificar, qué productos o servicios se encuentran *asociados* a la infracción.

Como se señaló, en el Capítulo II, acápite A, apartado iv de la Guía, se tratan los elementos que propenden a determinar el porcentaje exacto dentro del rango de hasta el 20% de las ventas que constituirá el monto base de la multa. Al respecto, es importante tener presente que, al momento de considerar la disuasión, al alero de nuestra normativa, y –adicionalmente– en un contexto en que la Fiscalía se limita a requerir la imposición de multa en un proceso contradictorio ante un Tribunal imparcial, cuyas decisiones son revisables por la E. Corte Suprema, difícilmente se corre el riesgo de multas que sean excesivas (“sobre disuasión”). En relación con el criterio de ventas, sólo como referencia, debe considerarse que la guía de multas de la Unión Europea establece que su monto base puede ser hasta el 30% de las ventas, pudiendo incrementarse hasta un monto equivalente al 10% del volumen total de negocios del agente económico. En nuestra norma legal, el 30% de las ventas es el límite máximo de multa posible. Por su parte, en relación con el criterio del beneficio económico, como se señala en el pie de página relativo al párrafo 19 de la Guía, en materia de carteles la consideración de la disuasión “*exige tener presente que la multa óptima debería ser superior al resultado de las ganancias que espera obtener el infractor, lo que se obtiene de la división del beneficio económico obtenido por la probabilidad de su detección. Dado que, en el mundo, en general sólo uno entre seis o siete carteles es detectado (de esta manera, la probabilidad de detección oscila entre 0.14 y 0.16), la multa debería oscilar entre seis a siete veces el beneficio económico*”. Nuestro máximo legal es el doble del beneficio económico.

Sección	Párrafo	Texto	Comentario(s)
II	14 ⁵	<p><i>“En aquellos casos en que se optare por el beneficio económico obtenido por la infracción para efectos de determinar la multa, éste se calculará o aproximará a partir de los mejores datos disponibles. Si la información es incompleta, se podrá establecer el beneficio económico a partir de datos parciales, sin perjuicio de lo señalado en el numeral 11. La FNE, para efectos de la labor de determinación del beneficio económico, podrá utilizar la metodología que le parezca más adecuada al caso concreto, pudiendo asesorarse por profesionales expertos externos a la Fiscalía”.</i></p>	<p>Comentarista 4: Podrían identificarse los parámetros que la FNE utilizará para definir la conveniencia de una u otra metodología, según los que evaluará, tales como tipo de conducta o variable competitiva afectada.</p> <p>Comentaristas 6 y 7: Para efectos del uso del beneficio económico, “se utilizará la metodología que le parezca más adecuada al caso concreto”. Se sugiere dar ejemplos de metodologías que se consideran apropiadas (por ejemplo, cuando es más beneficiosa para el demandado), para evitar falta de seguridad jurídica.</p> <p>Comentarista 1: La FNE señala que para calcular multa por beneficio económico utilizará “los mejores datos disponibles”, cuestión subjetiva y fuente de conflicto. Además, no se señala qué tipos de datos pueden ser éstos, ni su titularidad (ámbito de discrecionalidad en la selección). La FNE debiera estar obligada a considerar la información de los investigados/requeridos. Se sugiere modificar redacción en términos que propone.</p>

Respuesta FNE:

En relación a lo sostenido por los Comentaristas 4, 6 y 7, no se estima necesario ni adecuado identificar parámetros ni brindar mayores ejemplos de metodologías porque, como se señala en el párrafo comentado, ello dependerá de las particularidades del caso concreto. Además, tal especificación será debidamente expuesta ante el H. TDLC como se establece en el párrafo 33 de la Guía.

Respecto a la observación del Comentarista 1, en línea con la sugerencia realizada respecto del actual párrafo 11, ha sido considerada para efectos de la redacción del actual párrafo 13.

⁵ Dada la eliminación del antiguo párrafo 11, el párrafo 14 comentado es, actualmente, el párrafo 13.

Sección	Párrafo	Texto	Comentario(s)
II	15 ⁶	<i>“El Monto Base calculado según este criterio no superará la cifra equivalente al beneficio económico reportado por la infracción, aumentado en un 35%”.</i>	<p>Comentaristas 6 y 7: Explicar por qué el monto base máximo, si se sigue el beneficio económico, sería beneficio económico + 35%. Además, se recomienda definir “beneficio económico”. Igualmente, se sugiere especificar sobre qué base se evaluará si los datos de beneficio económico son inidóneos, insuficientes o poco fidedignos.</p> <p>Comentarista 3: Conforme a la FNE, el efecto disuasivo persigue, al menos, que se elimine todo el beneficio económico. Por ello, habría que expresar si el 35% adicional corresponde a disuasión. Siendo así, ese porcentaje parece discrecional y no se expresan los fundamentos. El monto debiera ser “por mucho” inferior a ese 35%, como ocurre en la Unión Europea (en que se fijaría un umbral entre el 15% y el 25%). En dicho sentido, sería beneficioso aclarar a qué corresponde el aumento en un 35%, para evitar la aplicación duplicada de criterios que podrían ser utilizados como agravante en la segunda etapa.</p>

Respuesta FNE:

En general, en relación a estos comentarios, es posible señalar que no se ha estimado necesario realizar modificaciones a la Guía. Se ha determinado un monto base con tope de hasta dos tercios del límite máximo, sea que se siga el criterio de ventas (el 20% equivale a dos tercios del 30% correspondiente al monto máximo legal), el criterio del beneficio económico (el beneficio económico aumentado en un 35% es, aproximadamente, dos tercios del monto máximo correspondiente al doble del beneficio económico) o el criterio subsidiario de hasta 60.000 UTA (caso en el cual el monto base puede ascender hasta 40.000 UTA, dos tercios del límite máximo legal).

En el Capítulo II, acápite A (“Primera etapa: determinación del Monto Base”), apartado iv (“Disposiciones comunes a los tres criterios de determinación del Monto Base”) de la Guía, se señalan los elementos que deberán considerarse para efectos de establecer el monto exacto dentro del tramo establecido para el monto base. Como puede revisarse en dicho acápite, se considerará especialmente la naturaleza del ilícito y el efecto disuasivo de la multa.

Como fuese señalado en la Guía, este procedimiento de cuantificación de multas en etapas no es extraño en jurisdicciones comparadas, en que también puede encontrarse. Sin embargo, por regla general, en dichos ordenamientos la multa se calcula sobre las ventas del infractor (y no sobre el beneficio

⁶ Dada la eliminación del antiguo párrafo 11, el párrafo 15 comentado es, actualmente, el párrafo 14.

económico) y los importes básicos suelen ser superiores al 20% que se ha determinado utilizar en nuestra Guía, lo que, sin embargo, y como ya se señaló a propósito de un comentario anterior, viene dado por nuestro contexto normativo e institucional.

Sección	Párrafo	Texto	Comentario(s)
II	16 ⁷	<p><i>“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:</i></p> <p><i>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 Gremiales¹¹;</i></p> <p><i>b) Si el infractor sólo realiza ventas de productos o servicios no relacionados con aquellos en que se produce la infracción, y;</i></p> <p><i>c) Si el infractor es una persona natural que no actúa como agente económico en el mercado”.</i></p> <p><small>¹¹De 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.</small></p>	<p>Comentaristas 1 y 2: Respecto de la letra a), el concepto “organismos del Estado” y la referencia a las Asociaciones Gremiales podría prestarse para equívocos, ya que no tienen una definición clara, además, algunos sí realizarían ventas (por ejemplo: Correos de Chile, algunas A.G.). Respecto de la letra b), se señala que el agente puede obtener beneficio aún sin realizar ventas, ya que la ganancia puede manifestarse de distintas maneras (por ejemplo: menores precios de compra, contraprestaciones). Se sugiere modificar redacción por una que considere estos comentarios.</p> <p>Comentarista 1 agrega: con relación a la letra a), algunas entidades que no persiguen beneficios económicos podrían obtener beneficios - tanto económicos como de otra índole - al infringir el DL 211.</p> <p>Comentarista 2 agrega: tratándose de la letra a), lo señalado podría generar un trato diferenciado entre otros agentes económicos en situaciones equivalentes y dichos organismos y asociaciones.</p> <p>Comentarista 3: El literal a) indica que si el infractor es una persona o entidad que no persigue beneficios económicos, la FNE recurrirá al monto fijado en el DL 211 para determinar la multa. Sin embargo, la Guía no aclara qué sucede en el caso de las empresas del Estado, que pueden considerarse organismos del Estado.</p>

Respuesta FNE:

Tomando en consideración las observaciones de los Comentaristas 1, 2 y 3 se ha modificado la redacción del actual párrafo 15 relativo a la causal de la letra a). No se ha considerado modificar la causal de la letra b), sin perjuicio de que la aclaración del anterior literal subsana la inquietud comentada a su respecto.

Además, se ha estimado pertinente agregar un literal d), de manera de recoger algunas inquietudes planteadas en relación a considerar la particularidad de determinadas conductas infraccionales que no tienen relación con las ventas del agente económico ni le reportan beneficio económico en forma

⁷ Dada la eliminación del antiguo párrafo 11, el párrafo 16 comentado es, actualmente, el párrafo 15.

directa, como sucede, sólo a modo ejemplar, con algunas de las conductas de los artículos 3° bis y 4° bis del DL 211. En la misma situación se encuentran algunas contravenciones formales a las decisiones del H. TDLC y la Excma. Corte Suprema.

Sección	Párrafo	Texto	Comentario(s)
II	17 ⁸	<i>"El Monto Base calculado según este criterio subsidiario tendrá en consideración el tiempo por el que se prolongue la infracción y no será superior a 40.000 UTA".</i>	<p>Comentarista 3: Explica el monto máximo del criterio subsidiario de determinación de multa, sin indicar cómo se determina el monto exacto dentro de las 40.000 UTA. Se sugiere aclarar la manera en que se determinará dicho monto exacto, en atención a la mayor certeza jurídica y de manera que no se dupliquen los criterios que se podrían utilizar a modo de agravantes.</p>

Respuesta FNE:

En relación a este comentario, en línea con aquello respondido respecto del actual párrafo 12, se ha determinado un monto base con tope de hasta dos tercios del límite máximo. En este caso, el límite máximo legal de multa a imponer si se sigue el criterio subsidiario es de 60.000 UTA. En el Capítulo II, acápite A ("Primera etapa: determinación del Monto Base"), apartado iv ("Disposiciones comunes a los tres criterios de determinación del Monto Base") se señalan los elementos que deberán considerarse para efectos de establecer el monto exacto dentro del tramo establecido para el monto base. Como puede revisarse en dicho acápite, se considerará especialmente la naturaleza del ilícito y el efecto disuasivo de la multa.

⁸ Dada la eliminación del antiguo párrafo 11, el párrafo 17 comentado es, actualmente, el párrafo 16.

Sección	Párrafo	Texto	Comentario(s)
II	21 y 22 ⁹	<p>Párrafo 21: <i>“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”.</i></p>	<p>Comentarista 4: Del amplio concepto de infractor contenido en el párrafo se seguiría que no procedería perseguir a la empresa y a sus ejecutivos porque serían un mismo y único infractor.</p>
		<p>¹⁴Véanse 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°.</p>	<p>Comentarista 5: El Comentarista 5 observa una confusión entre la persona jurídica que incurre en la infracción y el grupo económico o entidad del que forma parte. La responsabilidad es personal y no puede por interpretación administrativa extenderse a otras personas. Según el concepto de la FNE, podría sancionarse a una empresa que no ha tenido participación alguna en la infracción por el simple hecho de tener una matriz común con una sociedad infractora.</p>
		<p>Párrafo 22: <i>“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”.</i></p>	<p>Comentaristas 1 y 2: Concepto de infractor es demasiado amplio, siendo improcedente por contrariar el principio de responsabilidad personal y por vulnerar los máximos legales, referidos particularmente a límites de multas (multas máximas son respecto a ventas o beneficio económico del infractor, no la suma de ventas o del beneficio de personas jurídicas o naturales distintas a la persona sancionada, aunque estén relacionadas). Por ello, se debe eliminar tal ampliación. Los casos jurisprudenciales mencionados en la Guía son anteriores a la ley 20.945, donde el límite de la multa era una cantidad fija.</p>
		<p>¹⁵Lo 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.</p>	<p>Comentarista 6: El Comentarista 6 sugiere que debería especificarse que el monto base de la multa sólo podrá considerar aquellos agentes que hayan sido requeridos por la FNE. En Chile, no existe “<i>partnership liability</i>”, por lo que cada compañía debería ser perseguida para asegurar derecho a defensa.</p> <p>Comentarista 3: No puede separarse la pretensión sancionatoria de atribución de culpa. Así, si en el Requerimiento se incorporan distintas personas jurídicas, no es concordante que el monto respecto de cada una de ellas se fije en consideración de las ventas de todas ellas.</p>

⁹ Dada la eliminación del antiguo párrafo 11, los párrafos 21 y 22 comentados son, actualmente, los párrafos 20 y 21.

Respuesta FNE:

En relación al tratamiento de estos párrafos, dado que diversos comentarios se refirieron conjuntamente a ambos, resulta conveniente proceder también de manera conjunta para efectos de su respuesta.

En razón de las inquietudes expuestas por los comentaristas que hacían presente algunas confusiones que podían seguirse de la lectura de tales párrafos, se ha estimado necesario modificar su redacción en los términos que pueden encontrarse actualmente en la Guía. En este espacio, valga aclarar algunas cuestiones.

En primer lugar, la Guía dice relación con la exposición de una metodología a la que la Fiscalía se ceñirá para efectos de sus solicitudes de multa en relación con la facultad del H. TDLC dispuesta en el artículo 26 letra c) del DL 211. En este acotado sentido, no se ha querido realizar un pronunciamiento sobre legitimación pasiva. En efecto, los eventuales requeridos por la FNE en procesos llevados a cabo ante el H. TDLC, serán aquellas personas, naturales o jurídicas, sindicadas como responsables por su intervención en conductas anticompetitivas conforme nuestra normativa dispone.

Sin embargo, puede ocurrir el evento de que el presunto responsable de la infracción, siendo parte de un grupo empresarial, tenga la capacidad de adoptar decisiones competitivas en el mercado como un agente independiente, pero que, sin embargo, sea otro agente del mismo grupo empresarial quien reciba el producto de las ventas y/o el beneficio económico derivado de la infracción (esta es una interpretación que se sigue *a contrario sensu* de los casos jurisprudenciales referidos en pie de página del anterior párrafo 21, los cuales establecían que, en casos de que existiera un agente económico que no tenía la capacidad de adoptar decisiones de manera independiente de su grupo empresarial, pudiese perseguirse a la sociedad matriz de dicho grupo, habida cuenta de que la responsabilidad de los hechos debía predicarse de ella). Esta misma situación se puede observar en casos de agentes que, no siendo partes formalmente de un holding empresarial, sí configuran una misma entidad competitiva con otros agentes no relacionados.

En estos casos en que se tiene un responsable de la conducta que no realiza ventas ni obtiene beneficio económico, pero que forma parte de un grupo empresarial o entidad competitiva en que existe un agente que está recibiendo el producto de dichas ventas correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción o el beneficio económico reportado por la infracción, podrán utilizarse los antecedentes relativos a las ventas o el beneficio económico de aquella entidad, para efectos del cálculo de la multa a ser impuesta en el caso concreto al agente económico requerido.

Lo señalado viene dado, además, por una razón de texto legal: en el caso de que la multa se calcule sobre el beneficio económico, debe considerarse aquél *“reportado por la infracción”*.

Finalmente, ya en la redacción anterior se expresaba en pie de página que *“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”*, idea que se mantiene actualmente, por lo que no existe la posibilidad de que la Fiscalía considere más de una vez los antecedentes relativos a las ventas o el beneficio económico de un mismo agente.

Sección	Párrafo	Texto	Comentario(s)
II	24 ¹⁰	<p><i>“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”.</i></p>	<p>Comentaristas 1 y 2: La reincidencia como circunstancia "agravante" de responsabilidad debe ser personalísima, por lo que la calidad de reincidente la tiene cada persona individualmente considerada. Estiman que al hablarse de <i>“personas o agentes económicos que hayan sido previamente condenados...”</i> se vulneraría dicho carácter personalísimo. Se sugiere modificar redacción en determinado sentido.</p> <p>Comentaristas 6 y 7: En EE.UU., Unión Europea y Reino Unido, la reincidencia aplica a ilícitos idénticos o similares. Se sugiere aclarar si la reincidencia se basa en la comisión del mismo ilícito o similar.</p> <p>Comentarista 6 agrega: también debería aclararse si se entenderá esta “agravante” aplicable respecto de cada sociedad en particular o podrá seguirse del grupo económico.</p> <p>Comentarista 3: Sería beneficioso aclarar si la calidad de reincidente se aplicará cuando exista acuerdo extrajudicial, o si se aplicará a personas naturales que participaban en una empresa anteriormente condenada.</p>

Respuesta FNE:

La calidad de reincidente es, efectivamente, una circunstancia personal, por lo que no puede imputarse a un agente lo que realizaron anteriormente las personas naturales que lo constituyen, ni tampoco lo que hizo otra entidad. Para efectos de eliminar toda duda, se consideran los comentarios en la actual redacción. En relación a qué tipo de infracciones se considerarán para estimar la circunstancia de reincidencia, el artículo 26 letra c), al pronunciarse a dicho respecto, señala que la reincidencia viene dada por haber sido condenado previamente por *“infracciones anticompetitivas”*, sin distinguir la naturaleza del ilícito anticompetitivo. Además, siempre es necesaria una condena, lo que presupone la existencia de una sentencia condenatoria ejecutoriada.

¹⁰ Dada la eliminación del antiguo párrafo 11, el párrafo 24 comentado es, actualmente, el párrafo 23.

Sección	Párrafo	Texto	Comentario(s)
II	25 ¹¹	<p><i>“Para efectos de ponderar la gravedad de la conducta, la FNE podrá considerar, entre otras, la concurrencia de circunstancias tales como:</i></p> <p><i>a) Si el infractor es el organizador o instigador de la conducta¹⁶, o presionó, o ejecutó medidas de sanción o castigo en contra de otro agente económico para hacer efectivas las prácticas que constituyen la infracción;</i></p> <p><i>b) El grado de poder de mercado del agente involucrado en la conducta. En caso que la conducta involucre a dos o más infractores, podrá estimarse el grado de poder de mercado que éstos alcancen de manera conjunta;</i></p> <p><i>c) Que la conducta afecte bienes o servicios especialmente sensibles para la población, o de consumo masivo o primera necesidad, o se trate de bienes o servicios con baja o nula sustituibilidad;</i></p> <p><i>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;</i></p> <p><i>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;</i></p> <p><i>f) Actuar secreto o subrepticio del infractor, en términos que haya tenido por objeto prevenir su detección por parte de las autoridades en materia de la libre competencia;</i></p> <p><i>g) Existencia de antecedentes que revelen que el infractor tuvo conocimiento de la ilicitud de su actuar;</i></p>	<p>Comentaristas 1 y 2: Respecto a las letras d) y e), no se ve razón por la que la intervención de estas personas agrave la presunta infracción y, con ello, aumente el monto base. Si se decide, además, perseguir la responsabilidad de dichas personas se sancionaría dos veces lo mismo, vulnerando principio ne bis in ídem o, al menos, principio de proporcionalidad. Tratándose de la letra g), es un requisito de sancionabilidad, por lo que no puede ser agravante. Se sugiere eliminar literales d), e), j) y g).</p> <p>Comentarista 1 agrega: en cuanto a la letra j), colisionaría con las facultades de la FNE de solicitar al TDLC multas en caso de incumplimiento de respuesta (artículo 39 letras h) y j)) o de interponer querrela por ocultar información o entregar información falsa. Además, podría vulnerar también el principio ne bis in ídem.</p> <p>Comentarista 2 agrega: respecto a la letra j), no procede ya que la conducta descrita (i) tiene asociada sanciones penales específicas y diferenciadas a las medidas aplicables a las infracciones del DL 211, por lo que no procede su concurrencia como agravante (podría vulnerar también el principio ne bis in ídem); y, (ii) se ejecuta una vez iniciada la investigación, no durante la comisión de la conducta ilícita, por lo que no agrava tal comportamiento.</p> <p>Comentaristas 6 y 7: Admitiendo que muchas de estas circunstancias pueden ser expresivas de una mayor gravedad de la conducta, sugieren mayor precisión respecto de varias de éstas:</p> <p>a) Rol de organizador o instigador: difícil ver quien tiene ese rol, sobre todo en carteles; pueden cambiar a lo largo del tiempo; y, los investigados tendrán más incentivos a disputar el rol ante la FNE, lo que dilatará los procesos.</p>

¹¹ Dada la eliminación del antiguo párrafo 11, el párrafo 25 comentado es, actualmente, el párrafo 24.

	<p>h) Existencia de antecedentes que revelen que el infractor intentó ocultar o alterar evidencia relevante de la conducta;</p> <p>i) Que la conducta afecte o restrinja la innovación, en mercados donde el bienestar de los consumidores dependa fundamentalmente de ésta, y;</p> <p>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”.</p> <p>¹⁶En infracciones cuya ejecución se extiende por un largo periodo de tiempo, el infractor puede no ejercer permanentemente el rol de organizador o instigador, lo cual no obstará la apreciación de mayor gravedad si con el ejercicio de su función ha facilitado la ejecución de la conducta, en mayor medida que su(s) co-infractor(es). Además, en ciertas circunstancias, el rol de organizador o instigador puede ser intercambiado entre los co-infractores, caso en el que se considerará este criterio de mayor gravedad respecto de todos los que lo hayan detentado o ejercido.</p>	<p>b) Grado de poder de mercado: poder de mercado y cuota de mercado son conceptos distintos. Se sugiere diferenciarlos y establecer un criterio objetivo para medir el grado de poder de mercado.</p> <p>c) Bienes o productos sensibles o esenciales: podrían darse ejemplos de éstos.</p> <p>d) Restricción a la innovación: dado que la importancia varía dependiendo del mercado afectado, podría ser difícil determinar en qué mercado la conducta perjudica el desarrollo de nuevas tecnologías o la mejora de productos o servicios.</p> <p>e) Comportamiento injustificado del investigado de entorpecer la investigación: debería ser considerada una infracción independiente y no una agravante.</p> <p>Comentarista 3: Sería beneficioso aclarar: (i) la diferencia entre los literales f) (actuar secreto o subrepticio) y h) (intentó ocultar o alterar evidencia); (ii) si el literal e) se relaciona con la expectativa de que las personas señaladas tengan mayor conocimiento de la ley y, por ello, actúan con “dolo calificado”, por lo que, de ser ese el motivo, sería redundante con letra g); y, (iii) cómo se conjuga el incumplimiento de entrega de antecedentes como agravante, con la posibilidad de perseguirlo ante el TDLC durante la investigación (posibilidad de infracción al non bis in ídem). Por otro lado, las letras e) y g) establecen como agravantes circunstancias discutibles porque debiesen ser neutras, o ser consideradas como atenuantes su no efectividad.</p>
--	--	--

Respuesta FNE:

En general, y como se señala expresamente en el párrafo 8 de la Guía, para su elaboración se consideró, por una parte, el desarrollo jurisprudencial del H. TDLC y la E. Corte Suprema en la materia y, por otra parte, la experiencia comparada vertida en lo dispuesto en guías e instrucciones elaboradas por agencias y organismos extranjeros, así como en instancias de intercambio de experiencias en la aplicación de multas. En particular, en materia de circunstancias que se considerarán para aumentar y reducir el monto base, estas consideraciones tuvieron especial relevancia.

En relación a las circunstancias del actual párrafo 24, éstas, obtenidas del análisis de los desarrollos comentados, han sido consideradas por la Fiscalía en virtud de diversas razones que justifican una mayor gravedad, entre las cuales merece ser destacada la efectividad de las labores investigativas de la FNE y el carácter particularmente dañino de la conducta porque, por ejemplo, afecte bienes o servicios sensibles, de consumo masivo o de primera necesidad; considere la participación de directores, administradores o ejecutivos relevantes que aseguren la efectividad de la conducta; o lleve aparejada la desnaturalización de otro tipo de actividades como la organización gremial de entidades en diversos mercados. En el mismo sentido, factores como el hecho de ser o no una compañía de importante tamaño relativo con experiencia en procesos de operaciones de concentración, el hecho de que la información y conocimiento necesario para determinar la existencia de la infracción estuviere públicamente disponible y la existencia de precedentes respecto de casos similares, entre otros, son circunstancias que la experiencia comparada ha considerado en relación a las conductas vinculadas a infracciones formales cometidas en el marco de un proceso de notificación de una operación de concentración, razón por la que ha sido incorporada en la letra g) no solo el conocimiento del actuar ilícito sino también la circunstancia que haber sido exigible dicho conocimiento, en razón de antecedentes como los previamente señalados,

Es pertinente hacer presente que, dado que en el actual párrafo 24 se establecen circunstancias sólo a modo ejemplar, es posible que existan otros elementos que, en el caso concreto, justifiquen una mayor gravedad.

En todo caso, es importante no desatender el hecho de que, conforme lo establecido en el párrafo 33 de la Guía, la Fiscalía tendrá el deber de exponer las consideraciones empleadas para cuantificar sus solicitudes de multa, teniendo que justificar, entre otras, aquellas circunstancias que se estimó concurrían a aumentar el monto base.

Finalmente, en razón de los comentarios recibidos, se ha estimado conveniente modificar la redacción de la circunstancia descrita en el literal j), de manera que no se produzcan confusiones en relación a facultades de la FNE durante el procedimiento investigativo, también presentes en el DL 211. En efecto, la redacción de esta circunstancia considera comportamientos más amplios que aquellos reconocidos en los artículos 39 letras h) y j) y 42 del DL 211.

Sección	Párrafo	Texto	Comentario(s)
II	26 ¹²	<p><i>“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:</i></p> <p><i>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.</i></p> <p><i>b) Se entenderá que ha existido colaboración durante la investigación en aquellos casos en que el potencial infractor, actuando de buena fe y de forma no oportunista, aporte antecedentes de manera completa, oportuna y veraz que representen una contribución sustancial al esclarecimiento de los hechos investigados por la FNE. 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.</i></p> <p><i>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.</i></p>	<p><u>Comentaristas 1 y 2:</u> Respecto de la letra a), el estándar sería demasiado alto, sobre todo siendo un aporte anterior a la investigación. El aporte sólo debería permitir iniciar investigación.</p> <p><u>Comentaristas 1, 2 y 8:</u> En cuanto al inciso segundo de la letra b), la Guía señala indirectamente que la función de los programas de cumplimiento es servir para una eventual reducción, en el contexto de la colaboración del infractor que aporta antecedentes, y expresa, además, que jamás puede constituir una exención de responsabilidad. Parece excesivo e inadecuado limitar la relevancia de tales programas a una forma de colaboración. Podría estimarse como una circunstancia para reducir el monto base (siguiendo la experiencia comparada de países como EE.UU., Reino Unido, Canadá, Francia y España) o agregarla como atenuante en el artículo 29.</p> <p><u>Comentarista 2 agrega:</u> respecto de la letra b), se señala que el cumplimiento de la obligación legal debiese entenderse como colaboración durante la investigación. Así, es erróneo considerar que la colaboración por el mero cumplimiento de los requisitos de información de la FNE (artículo 39 letras h) y j) del DL 211, no constituye colaboración en los términos del párrafo 26.</p> <p><u>Comentarista 5:</u> El inciso cuarto restringe el efecto positivo de los programas de cumplimiento al limitar su alcance a la mera entrega de antecedentes, omitiendo que su utilidad va más allá, ya que se relaciona también con la manifestación de una voluntad real de los agentes económicos de evitar incurrir en conductas anticompetitivas. Se sugiere ampliar disposición y considerar la existencia del programa de cumplimiento como colaboración.</p>

¹² Dada la eliminación del antiguo párrafo 11, el párrafo 26 comentado es, actualmente, el párrafo 25.

	<p><i>Lo dispuesto en este párrafo no aplicará en aquellos casos en que la colaboración se entregue en el contexto de un programa de beneficios del artículo 39 bis”.</i></p> <p>¹⁷Véase 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.</p>	<p>Comentarista 6: En cuanto a la colaboración, se pide mayor precisión, sugiriendo un listado de acciones específicas que podrían ser consideradas bajo este concepto. De otra manera, parece difícil distinguir entre colaboración y autoincriminación.</p> <p>Comentarista 3: Se habla de una “eventual reducción” de la multa, eventualidad que no estaría en las agravantes. Debería aclararse si tanto agravantes como atenuantes son de aplicación necesaria o más bien discrecional; y si se podrán aplicar sólo las agravantes en el segundo caso. En cuanto a la atenuante de la letra b), la expresión “oportunista” no es clara, ¿debe ser “previo a requerimiento de la autoridad” o “previo a la investigación”? Podría vulnerarse el principio de no autoincriminación. No debería ser “oportunista” una actuación que sólo tenga por objeto atenuar sanciones. Por último, debiese también señalarse la forma en que se compatibiliza la letra b) con el derecho a defensa.</p>
--	--	---

Respuesta FNE:

Es preciso señalar que, evidentemente, no puede considerarse como colaboración para efectos de reducir el monto base, el mero cumplimiento de obligaciones legales de entrega de antecedentes, existiendo pronunciamientos del H. TDLC en este sentido. En efecto, la consideración de esta circunstancia se dará en aquellos casos en que el presunto infractor ha demostrado una diligencia superior a la obligatoria en términos legales, incentivándose, de esta manera, comportamientos de investigados que propendan a investigaciones más eficientes y expeditas.

Por lo anterior, no se estima que se esté realizando una exigencia inapropiada o exagerada en la redacción de este párrafo. Tampoco puede existir una infracción al principio de no autoincriminación en la medida que lo que se pretende es brindar un espacio en el que únicamente exista un incentivo, y no una imposición, a colaborar con la Fiscalía (en virtud de una consideración expresa en el artículo 26 letra c) del DL 211), el cual puede ser considerado al momento de cuantificar la solicitud de multa, incentivo que siempre podrá, o no, ser recogido por el presunto infractor.

Sin perjuicio de lo anterior, se han considerado los comentarios vinculados a la apreciación de los programas de cumplimiento, por lo que se ha hecho una breve agregación en el párrafo 25 en relación a que los programas de cumplimiento deberán ceñirse a las directrices de la FNE, el TDLC y la Corte Suprema, y se ha agregado a la Guía un nuevo párrafo 26 que considera la implementación de programas de cumplimiento, en los términos que en dicho párrafo se expresan, como una circunstancia independiente de reducción de multa.

Sección	Párrafo	Texto	Comentario(s)
II	27 y 28	<p>Párrafo 27: “Capacidad económica del infractor. La FNE podrá ajustar a la baja el Monto Base teniendo en cuenta la posibilidad real, efectiva y cierta de un agente económico de satisfacer la multa a ser impuesta por el TDLC, habida consideración de su tamaño, en términos de ingresos operacionales y capacidad de pago. Lo anterior aplicará, especialmente, si el sujeto obligado al pago de la multa es una persona natural”.</p> <p>Párrafo 28: “Asimismo, se atenderá a la capacidad económica del infractor en aquellos casos que la aplicación de una multa en los términos que señala esta Guía amenace irreparablemente la viabilidad económica del agente y se hayan presentado a la FNE antecedentes objetivos que avalen la situación financiera y la inviabilidad económica del infractor”.</p>	<p>Comentaristas 6 y 7: No se considera el riesgo de insolvencia o falta de medios financieros para el pago de la multa, incluso después de reducir el monto base. En sistemas comparados, se ha permitido el pago en cuotas.</p> <p>Comentarista 6 agrega: podría considerarse la posibilidad de sanciones alternativas que tengan como objetivo la disuasión. Además, da ejemplos de sistemas comparados en que se permite el pago en cuotas (Comisión Europea y el Departamento de Justicia de Estados Unidos).</p> <p>Comentarista 7 agrega: tampoco se consideran métodos alternativos de pago que tengan en cuenta la capacidad económica del sancionado.</p>

Respuesta FNE:

La manera en que la multa debe pagarse no es una materia que compete a la FNE. Además, la normativa legal no contempla la posibilidad de modificar la multa por otro tipo de sanción en caso de inviabilidad.

Se acoge el comentario realizado específicamente al párrafo 28, en el sentido de considerar la circunstancia de la inviabilidad económica con posterioridad al proceso de ajustes al monto base, por lo que se ha establecido una nueva redacción.

Sección	Párrafo	Texto	Comentario(s)
II	29	<p><i>“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:</i></p> <p><i>a) El rol secundario del infractor, en términos que su participación en la conducta fue acotada en el ámbito temporal o geográfico, o por otras circunstancias su intervención amerita un menor reproche;</i></p> <p><i>b) Si la conducta no fue implementada completamente o no produjo efectos apreciables en el mercado;</i></p> <p><i>c) Si se acredita que la conducta fue conocida y autorizada expresamente por alguna autoridad pública o por la regulación sectorial, y;</i></p> <p><i>d) Si se acredita que la conducta fue dada a conocer al público por el infractor con anterioridad a la instrucción de una investigación por parte de la Fiscalía”.</i></p>	<p><u>Comentaristas 1 y 2:</u> Debiesen incluirse como circunstancias que representan menor gravedad de la conducta: (i) la creencia, justificada y de buena fe, de que la ejecución de la conducta que supuestamente atentó contra la libre competencia era conforme a derecho; y (ii) la circunstancia de no haber sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas.</p> <p><u>Comentarista 4:</u> En relación a la letra b), pareciera ser aplicable sólo en aquellos casos de acuerdos, porque en el resto sería requisito para que la conducta sea sancionable.</p> <p><u>Comentaristas 6 y 7:</u> a) Rol secundario del infractor: ya señalado en relación al rol de instigador, es difícil determinar qué rol específico le cupo a un agente, sobre todo en casos de carteles. La investigación podría entorpecerse por estas circunstancias. b) Conducta no implementada o que no produjo efectos: la disuasión aconseja que la punibilidad tenga que ver con la naturaleza del ilícito más que con su éxito. Además, existen dificultades para obtener evidencia económica suficiente de los efectos de la conducta, lo que complejiza y demora la investigación. c) Autorización de la autoridad o de la normativa sectorial: cuestión de alta complejidad, administrada de manera distinta por diversas jurisdicciones. Las complejidades están asociadas a: estructura de gobierno, operación de sistemas regulatorios, asignación de responsabilidad entre regulado y regulador y otras cuestiones que debieran ser ponderadas por la FNE para determinar cuándo se está frente a una conducta ilícita autónoma más que a una atenuante.</p> <p><u>Comentarista 6 agrega:</u> con relación a la letra a), sumado a lo señalado por ambas, si la autoridad concede descuentos a las empresas infractoras en función de su nivel de cooperación con el acuerdo ilícito, puede crear incentivos para que asuman posiciones pasivas y sólo reaccionen a las invitaciones a coludirse.</p>

			<p>Además, como letra d), el Comentarista 6 recomienda considerar los programas de cumplimiento como un criterio atenuante de la multa autónoma.</p> <p>Comentarista 3: Se señala que se evaluará si procede el ajuste en caso de que concurren las circunstancias indicadas sin establecer criterios para esa evaluación. En cuanto a la letra c), la conducta no debiera ser culpable, pues para esos casos existe la facultad de recomendación normativa. Por último, se sugiere incorporar como atenuante la reparación celosa del mal causado.</p>
--	--	--	---

Respuesta FNE:

Como fuese señalado respecto de las circunstancias que se estiman para efectos de aumentar el monto base de la multa, en esta materia ha tenido notable influencia el desarrollo de la jurisprudencia de nuestro H. TDLC y Corte Suprema, como asimismo la experiencia comparada. De esta manera, no se ha estimado necesario agregar circunstancias que no se siguen de tal desarrollo, sin perjuicio de que, en todo caso, el listado de situaciones reconocidas en este párrafo es sólo ejemplar, por lo que el derecho de las partes para invocar otras circunstancias que podrían ser valoradas por la FNE se mantiene.

Sin perjuicio de lo señalado, y además de haberse agregado un nuevo párrafo 26 en que se estima la implementación de programas de cumplimiento como una circunstancia autónoma para efectos de la reducción del monto base, varios de los comentarios han sido considerados para efectos de algunas modificaciones al actual párrafo 29, literales b) y c). En este sentido, por ejemplo, se consideró lo expuesto los Comentaristas 6 y 7 en relación a que la punibilidad de las conductas no debiera estar asociada a su implementación efectiva, sino que a su naturaleza, concretándose en una nueva redacción de la letra b) del párrafo comentado.

Sección	Párrafo	Texto	Comentario(s)
II	31	<p><i>“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”.</i></p>	<p>Comentaristas 1 y 2: La multa no debe superar la capacidad económica, ni hacer peligrar la viabilidad económica del requerido.</p> <p>Comentarista 1 agrega: en caso de que produjera tales efectos, aquello se transformaría en una sanción equivalente a la disolución de la persona jurídica (cuestión que de proceder debe solicitarse de forma separada).</p> <p>Comentarista 2 agrega: aquello lo reconoce el párrafo 28, sin embargo, la circunstancia de que la multa final no pueda nunca ser inferior al beneficio económico reportado por la infracción puede significar la inviabilidad económica del sancionado.</p>

Respuesta FNE:

Como se señaló en relación al tratamiento de los comentarios a los párrafos 27 y 28, estos comentarios han sido considerados para la redacción definitiva tanto de aquellos párrafos como del presente.

Sección	Párrafo	Texto	Comentario(s)
III	33	<p><i>“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”.</i></p>	<p>Comentaristas 1, 2 y 5: Se estima que se posterga en exceso la exposición de los criterios y consideraciones utilizados para determinar la multa (dilación innecesaria), puesto que deberían transparentarse desde el requerimiento.</p>

Respuesta FNE:

No se estima procedente realizar una modificación a la Guía, toda vez que se cree suficiente que la Fiscalía, además de tener publicada esta Guía que regirá los procesos internos de cuantificación de multas a ser solicitada ante el H. TDLC, se comprometa a exponer tal metodología concreta antes de la vista de la causa. En este sentido, el respectivo requerido en ningún caso queda en un estado de indefensión, pudiendo, además de acreditar su inocencia, aportar ante un órgano jurisdiccional imparcial, como lo es el H. TDLC, antecedentes que justifiquen una reducción del monto solicitado por la FNE.

II. Respuestas a comentarios generales.

Temas generales	Comentario(s)
Inclusión de otras sanciones y relación de dichas sanciones con la multa.	<p>Comentaristas 1 y 2: Incluir otras sanciones que pueden ser solicitadas por la FNE y aplicadas por el TDLC (no necesariamente deben ser incluidas en la guía, también podría ser en otro documento). Además, señalar si la cuantía de la multa tiene alguna influencia en la decisión de solicitar otras sanciones y viceversa; y si la solicitud conjunta de dos o más de estas sanciones tendrá alguna influencia en la magnitud de las restantes.</p> <p>Sugerencia: explicar la forma en que se compatibilizará la solicitud de multa con otras sanciones en un apartado o instrumento independiente.</p> <p>Comentarista 1 agrega: incluir especialmente los lineamientos y parámetros a considerar por la FNE para decidir si solicitar la disolución de personas jurídicas y la prohibición de contratar con el Estado.</p> <p>Comentarista 2 agrega: sería útil conocer lineamientos y parámetros adoptados por la FNE para solicitar las demás sanciones del art. 26 del DL 211. En especial, la Comisión estima relevante saber para qué tipo de infracciones la FNE podría solicitar sanciones distintas a la multa.</p>

Respuesta FNE:

La Guía tiene el objeto exclusivo de referirse a las solicitudes de multa que realizará la Fiscalía en los respectivos casos concretos. No se estimó necesario el tratamiento de otras sanciones, en razón de que aquéllas no se encuentran sometidas a un proceso de cuantificación una vez decidida la procedencia de su solicitud. La solicitud de multa es, por ello, independiente a la solicitud de otro tipo de medidas.

Temas generales	Comentario(s)
Reemplazo de términos “infracción” e “infractor” por “presunta infracción” y “presunto infractor”.	<p>Comentaristas 1 y 2: Reemplazar términos “infracción” e “infractor” por “presunta infracción” y “presunto infractor” cuando se utilizan en pasajes que se refieren a etapas en que el comportamiento anticompetitivo y su autor no ha sido acreditado, ya que supone un prejuizgamiento y vulnera la presunción de inocencia. Sugerencia: reemplazar los términos.</p>

Respuesta FNE:

Se han considerado estos comentarios para efectos de la redacción definitiva de la Guía, realizando los cambios en los párrafos que era pertinente.

Temas generales	Comentario(s)
Criterios respecto de personas naturales.	<p>Comentarista 3: Se sugiere incluir los criterios adoptados por la FNE para determinar: (i) si se requerirá a personas naturales, en su calidad de tales, que hayan actuado representando o mediando intereses de las empresas; (ii) la forma en que se fijarán las multas a solicitar respecto de ellas, como sucede en jurisdicciones comparadas (por ejemplo, en EE.UU.) dado que se estima inadecuado aplicar el criterio de ventas; y, (iii) si se aplicará igualmente a personas naturales y jurídicas las circunstancias para aumentar el monto base.</p>
	<p>Comentarista 7: Respecto a la determinación del monto base, se debe clarificar la metodología de cálculo respecto de personas naturales.</p>

Respuesta FNE:

La exposición de los criterios bajo los cuales se adoptará la decisión de requerir a personas naturales no es objeto de la Guía.

Por otra parte, la normativa del DL 211, en materia de multas, no realiza mayores distinciones para efectos de su metodología de cálculo entre personas naturales y jurídicas, por lo que tampoco se estima necesario hacerlo en la Guía.

Sin embargo, la calidad de persona natural sí es considerada en relación a algunas materias. Por ejemplo, en el actual párrafo 15 se señala que en caso de que se trate de una persona natural que no actúe como agente económico autónomo, se acudirá al criterio subsidiario de cuantificación de multa. Además, en relación a la capacidad económica, contemplada en los actuales párrafos 27 y 28, se señala que se considerará la posibilidad real y efectiva de satisfacer una multa como una circunstancia para ajustar a la baja el monto base, lo que aplica especialmente en caso de personas naturales.

Temas generales	Comentario(s)
No se expresa cómo influye la concurrencia de circunstancias para aumentar o reducir el monto de la multa.	<p>Comentarista 3: No se establece la forma en que la concurrencia de las circunstancias atenuantes y agravantes afectará al monto concreto de la multa, sin que se señale si implicarán un alza o baja de un porcentaje determinado o si se considerarán para un alza o baja global (aquello sí lo expresaría la Unión Europea).</p>

Respuesta FNE:

El párrafo 22 de la Guía establece expresamente: “*En una segunda etapa, la FNE realizará ajustes al Monto Base mediante una evaluación global de la conducta, considerando aquellas circunstancias que de acuerdo al artículo 26 letra c) deben ponderarse para efectos de incrementar o reducir la multa, según se indica en los párrafos que siguen.*”

Temas generales	Comentario(s)
Período de negociación de multas.	<p>Comentaristas 2 y 8: El establecimiento formal de un periodo de negociación de multas, entre el supuesto infractor y la autoridad, previo a la interposición de las acciones judiciales, permitiría a las eventuales requeridas presentar antecedentes que la FNE no hubiese considerado, lo que se sigue en algunas jurisdicciones comparadas. Sin embargo, en la presentación del Comentarista 2 se señala que algunos miembros no comparten esta observación, porque es el proceso judicial la instancia para discutir los errores en que haya incurrido la FNE. Tampoco es adecuado que la FNE avise que va a requerir, ni cuáles serían sus fundamentos para su futura acción (aquello equivaldría a añadir una fase administrativa previa).</p>

Respuesta FNE:

No se ha estimado procedente establecer un período de negociación de multas, por lo que se comparte el criterio de aquellos miembros del Comentarista 2 que expresaron que es el proceso judicial la instancia en que las partes exponen sus consideraciones sobre la multa. Se comparte también lo expresado en el sentido de que *“tampoco se cree adecuado que la FNE deba “avisar” que requerirá ni cuáles serían los fundamentos de su futura acción. Aquello equivaldría a añadir una fase administrativa previa al proceso contencioso seguido ante el TDLC que la Ley no contempla”*.

Temas generales	Comentario(s)
Diferenciación de conductas por tipos de ilícitos.	<p>Comentaristas 2 y 8: Dado que hay ilícitos más graves que otros es lógico que, existiendo una graduación, la naturaleza de la infracción sea determinante al determinar el Monto Base. 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 venta y beneficio económico. En este sentido, un buen ejemplo es el que ha dado al legislador al establecer como ilícito anticompetitivo toda colusión en licitaciones, pero como delito solamente aquellas que son realizadas por empresas públicas u órganos prestadores de servicios públicos; allí se considera tal diferencia legal a la hora de fijar el monto de las multas. Es conveniente, entonces, determinar criterios para otras conductas distintas de la colusión, estableciendo una graduación de conductas (existiendo una escala de graduación, la naturaleza de la infracción será determinante para el establecimiento del monto base), para ello podría seguirse el ejemplo de las Directrices de la Comisión Europea, asentando que la valoración de la gravedad de las infracciones se realice sobre la base de una escala continua.</p>
	<p>Comentaristas 6 y 7: Se aconseja que la FNE aclare en ambas etapas de cálculo de multa los criterios que adoptará al sancionar cárteles y abuso de posición dominante (proporcionar directrices, por ejemplo, sobre la forma de determinar la multa para cada tipo de conducta), ya que existen diferencias importantes entre ambas y no reconocer esta distinción podría infringir la proporcionalidad de la sanción. En general, la colusión merece multas más altas.</p>

Respuesta FNE:

El artículo 26 letra c) del DL 211, que establece la facultad del H. TDLC de aplicar multas, no realiza ninguna distinción entre ilícitos anticompetitivos, por lo que se ha estimado confeccionar una Guía que explique una metodología para efectos de justificar la solicitud de multa relativa a cualquiera de esas infracciones.

Sin perjuicio de ello, la naturaleza del ilícito anticompetitivo es uno de los elementos a ser considerados para efectos de determinar si se acude al criterio subsidiario, conforme se señala en el párrafo 15 de la Guía. Además, en el párrafo 18 se han realizado referencias generales elaboradas en virtud de jurisprudencia y normativa nacional que, en general, califican a la colusión como el atentado más grave en contra de la libre competencia. Sin embargo, no es posible ir más allá de estas consideraciones generales, porque la ponderación específica de casos concretos puede arrojar que exista un caso de abuso unilateral grave que genere especial daño, en comparación con un cartel limitado en tiempo, espacio y objeto.