

**LA APLICACIÓN DE MULTAS A AGENTES
ECONÓMICOS EN EL DERECHO CHILENO
DE LA LIBRE COMPETENCIA**
UNA PROPUESTA METODOLÓGICA*

Javier Tapia

Universidad de Chile

Resumen: La excesiva discrecionalidad con que cuentan hoy las autoridades chilenas para aplicar multas debe y puede ser acotada, cualitativa y cuantitativamente. Este trabajo se enfoca en el segundo aspecto. Procurando no llegar a un extremo ‘mecanicista’, se propone una metodología de cálculo de las multas a ser impuestas a los agentes económicos (que no sean personas naturales) que cometan infracciones a la libre competencia, la cual consta de cuatro etapas: (i) el cálculo de una base en función de las ventas netas del producto efectua-

JAVIER TAPIA. Abogado, Universidad de Chile; Doctor en Derecho (Ph.D.) University College London (UCL, Reino Unido) y M.Sc. en Regulación, London School of Economics and Political Science. Académico de la Escuela de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Director de Asuntos Jurídicos de la Asociación Gremial de Empresas Generadoras Eléctricas de Chile. Investigador asociado del Centre for Law, Economics & Society (CLES), University College London. Dirección electrónica: jtapia02@gmail.com.

* Agradezco los valiosos comentarios (y críticas) de Francisco Agüero, Juan Cristóbal Gumucio, Carolina Werner y los árbitros anónimos del CEP que revisaron el trabajo, así como la invaluable asistencia de María José Alcalde en una versión preliminar. Cualquier error es de mi exclusiva autoría.

das en Chile, que varía entre el 15% y el 25%, dependiendo de la gravedad de la conducta, sumadas por cada uno de los años que dure la infracción; (ii) el ajuste porcentual de la base en función de agravantes (aumento en hasta el 30%, dependiendo de la causal) y atenuantes (disminución en hasta el 20%, dependiendo de la causal); (iii) el ajuste al máximo legal; y (iv) eventualmente, la aplicación de una rebaja por el programa de delación compensada. A juicio del autor, sólo la tercera parte requiere cambio legal, para lo cual se propone modificar el actual sistema de suma fija (en UTA) por uno basado en un porcentaje: el 10% de la facturación total neta de la firma.

Palabras clave: libre competencia, multas, metodología.

Clasificación JEL: K21, L49, L98.

Recibido: enero 2013; **aceptado:** julio 2013.

SETTING FINES FOR UNDERTAKINGS IN CHILEAN COMPETITION LAW: A PROPOSAL OF METHODOLOGY

Abstract: *The excessive discretion of Chile's public authorities to set fines in competition matters may and should be restricted—from both a qualitative and a quantitative perspective. This work focuses on the latter aspect. Avoiding a 'mechanical' approach, it proposes a four-stage methodology to set fines for undertakings that engage in anticompetitive conduct, which entails (i) a base fine of 15-25% of the net sales of the product in Chile, depending on the gravity of the conduct, for each of the years of the infringement; (ii) a percentage adjustment to reflect any aggravating factors (up to a 30% increase in the base amount depending on the circumstances) and mitigating factors (up to 20% decrease in the base amount depending on the circumstances); (iii) any necessary adjustment based on the legal maximum fine allowed; and (iv) any applicable adjustments under the leniency programme. In my opinion, only the third stage requires amendments to the Competition Act. I propose changing the actual system, which caps fines based on a fix amount, to a system that imposes a 10% cap based on the net total sales of the undertaking.*

Keywords: competition law, fines, methodology.

JEL Classification Codes: K21, L49, L98.

Received: January 2013; **accepted:** July 2013.

1. Introducción

El Decreto Ley N° 211 de 1973 (DL 211) autoriza al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) imponer diversas medidas sancionatorias a aquellos agentes económicos que incurran en alguna conducta que sea declarada contraria a la libre competencia¹. Dentro de esas medidas, señaladas en el artículo 26°, se incluye la aplicación de multas, la principal sanción legal en la materia². El mismo artículo establece además algunos criterios para determinar el valor final de la multa, el cual está sujeto a un máximo legal permitido que varía en razón de la infracción cometida³.

De manera reciente, han surgido opiniones públicas argumentando que los actuales parámetros legales serían suficientes y que no sería posible establecer ‘fórmulas matemáticas’ precisas para determinar una multa. De hecho, el propio presidente del TDLC afirmó en la prensa

¹ La literatura señala que, desde el punto de vista de los objetivos del derecho sancionatorio, principalmente la disuasión, los mejores resultados se alcanzan cuando se sanciona tanto a la empresa como a los responsables de la conducta (e.g., Ginsburg & Wright, 2010). En Chile, el artículo 26° letra ‘c’ del DL 211 establece la posibilidad de que las multas sean impuestas también a directores y administradores del agente económico requerido y a toda persona que haya intervenido en el cometimiento de la infracción. Con todo, excede los límites de este trabajo analizar con mayor detalle las sanciones aplicables a personas naturales y su combinación con sanciones corporativas. En este sentido, la expresión ‘agentes económicos’ en este trabajo sólo hace referencia a personas jurídicas, públicas o privadas, actuando en la esfera de sus actividades económicas.

² El análisis económico de las sanciones concluye que, generalmente, las monetarias son más eficientes que las no monetarias (en especial, la encarcelación). Véase, e.g., Posner (2007: 223-24), Becker (1969) y Elzinga & Breit (1973). Las demás sanciones contempladas en el artículo 26° del DL 211 son no monetarias: modificar o poner término a actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos; y ordenar la modificación o disolución de sociedades y otras personas jurídicas de derecho privado. De manera reciente, la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia (CAPDLC 2012) ha recomendado la incorporación de la inhabilitación como sanción y ha presentado algunas ideas respecto de las sanciones penales. Con todo, de manera concordante con la práctica chilena, en este trabajo asumo que la multa es la más relevante y normalmente la única sanción impuesta por una contravención al DL 211.

³ Véase *infra*, sección 3.2.

que establecer tales fórmulas sería un “grave error”⁴. Válidas como ciertamente lo son, en lo personal no concuerdo con estas afirmaciones. Más aún, como mostraré, existe buena evidencia nacional y comparada para sostener que ellas no son enteramente correctas. Si bien es cierto que la determinación de una multa tiene siempre un componente discrecional (e incluso hay razones para afirmar que es bueno que ello sea así⁵), no siendo viable establecer una formulación exacta para fijar el monto adecuado en un caso concreto, en la práctica sí es posible acotar bastante el ámbito de discrecionalidad mediante la adopción explícita de una metodología *cuantitativa* que haga más objetivo el cálculo del valor final a pagar. Esta metodología debiera complementar el necesario análisis cualitativo de la multa, el cual tiene por objeto no sólo reflejar el estado y características de la industria, sino también proveer una justificación para el método y parámetros escogidos.

Las consecuencias positivas de cuantificar los criterios son importantes. Un menor espacio de discreción por parte del TDLC podría verse reflejado, por ejemplo, en una disminución de la litigación especulativa vía recurso de reclamación ante la Corte Suprema, liberando de este modo importantes recursos administrativos de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) e incrementando la disuasión⁶ —el principal objetivo a alcanzar en materia sancionatoria en libre competencia⁷. Asimismo, es

⁴ Diario *Pulso*, jueves 26.07.2012: entrevista al presidente del TDLC, p. 5.

⁵ *Infra*, nota 53 y texto principal.

⁶ Estos recursos permitirían a la FNE, por ejemplo, monitorear diversos sectores económicos en búsqueda de carteles o implementar nuevos mecanismos que aumenten la probabilidad de detección.

⁷ En Chile, el TDLC ha reconocido que la disuasión debe ser considerada al momento de fijar las multas: “Que también se considerará, para determinar el monto de la multa, la efectiva disuasión que ésta debe necesariamente tener respecto de las empresas que se sancionarán, así como su objetivo de prevención y disuasión general. [...] Así, en todo incumplimiento de la ley en el cual no exista, en términos ex ante, certeza jurídica plena y absoluta de que el ejecutante de tal ilícito será en definitiva sancionado por cometer dicho ilícito, el valor efectivo de la multa a imponerse debe ser superior al beneficio económico obtenido al realizar la conducta ilícita” (*Empresas Sanitarias*, sentencia 85/09, c° 193). En el mismo sentido, de manera reciente la Corte Suprema ha indicado: “Que en lo referente a la determinación de la multa —objeto de impugnación de los tres recursos de reclamación— este Tribunal, coincidente con lo razonado por la sentencia recurrida, *considera que la multa debe implicar a CCF al menos un costo mayor al beneficio esperado de haber establecido las barreras*

posible adecuar la multa a la capacidad económica de las firmas, o simplemente ajustarla de mejor manera a la conducta anticompetitiva en la que ha incurrido el agente.

Sin embargo, la práctica actual en materia de multas produce la pérdida de estos beneficios. Actualmente, es prácticamente imposible determinar *a priori*, de un modo general, en qué medida influirá cada criterio en el monto final de la multa; ni tampoco establecer *a posteriori* cómo un determinado criterio fue balanceado en el caso concreto. Esto contraviene las poderosas razones que indican que los organismos de defensa de la competencia debieran no sólo justificar sus decisiones en materia de multas (esto es, dar a conocer la razón que subyace a la aplicación de un determinado monto), sino también explicitar los criterios que utilizan en el cálculo⁸. El sistema, tal y como es hoy aplicado, es altamente discrecional, insuficientemente predecible y carente de transparencia. En los hechos, resulta bastante similar a lo que la doctrina denomina “*discretionary remedialism*”: “la visión de que [las autoridades de competencia] tienen discreción para establecer el remedio apropiado [o, en este caso, la sanción apropiada] en las circunstancias de cada caso individual”⁹.

Al menos el aspecto cuantitativo —en el cual se enfoca este trabajo— ha sido largamente soslayado hasta hoy por los tribunales¹⁰. En sus fallos, tanto el TDLC como la Corte Suprema sólo hacen una simple y vaga mención a los parámetros legales al momento de esta-

artificiales al mercado acreditadas en esta sentencia” (*Compañía Chilena de Fósforos S.A.*, Rol 277-2010, 02.07.2010, c° 22, énfasis agregado). Un tratamiento más extenso de los principios sancionatorios en materia de libre competencia excede los límites autoimpuestos en este trabajo.

⁸ Iguales razones se aplican (al menos) a otras autoridades regulatorias que imponen sanciones, tales como las Superintendencias.

⁹ Evans (2001: 463). El término fue utilizado por primera vez por Birks (2000), en el contexto de la restitución.

¹⁰ Aunque en menor medida, también el plano conceptual carece de un desarrollo adecuado. Aún más, el razonamiento suele variar de un caso a otro, incluso en circunstancias análogas. Aunque excede los límites de este trabajo analizar los criterios cualitativos, compárese, a título ejemplar, la definición de “gravedad” de las sentencias mencionadas *infra*, nota 35, con la definición dada en *Oxígeno* (sentencia 43/2006, c° 97), donde se da a entender que en aquellos casos en que la colusión produce un efecto concreto, el reproche es mayor, lo que es incorrecto.

blecer una multa, sin explicitar la forma de ponderarlos¹¹. Si existe un procedimiento más acabado, él ha permanecido hasta ahora en el plano interno. Esta práctica es inadecuada, pues en el DL 211 los parámetros no sólo son escasos e insuficientes por sí mismos como justificación de un monto, sino que constituyen meros enunciados carentes de un peso específico conferido por la ley. Es precisamente este ‘peso’ el que las autoridades encargadas de sancionar debieran explicitar en cada caso concreto. En otras palabras, los conceptos de textura abierta que contiene la ley debieran ser llenados con definiciones cuantitativas serias, concretas y consistentes que permitan fundar de mejor manera las peticiones y/o sentencias.

El problema se ve agravado por la forma de presentación de las demandas y la falta de aportes de la doctrina. Por una parte, tanto los particulares como la FNE debieran dar en sus escritos una fundamentación más explícita, tanto cualitativa como cuantitativa, a sus peticiones en materia de multas. Por otra parte, a diferencia del derecho comparado, donde se han dedicado numerosos e importantes trabajos a los cruciales temas sancionatorios¹², hasta ahora las contribuciones en el derecho chileno son escasas¹³. Una metodología cuantitativa es compleja y abundante en parámetros y definiciones, por lo que requiere de un estudio acabado de los diversos *trade offs* que se generan y de las consecuencias de optar por una determinada alternativa¹⁴.

En este contexto, en el presente trabajo propongo una metodología de cálculo de multas basada en criterios económicos objetivos, claros y probados internacionalmente para determinar el monto de las sanciones monetarias a ser aplicadas a los agentes económicos en un

¹¹ En *Achap* (sentencia 128/2013), por ejemplo, el TDLC aplicó la multa “prudencialmente” (c° 203).

¹² Véanse, entre otros, Geradin (2011); Ginsburg & Wright (2010); Veljanovski (2010); Howell (2010); Werden (2009); Motta (2008); Wils (2006).

¹³ La revisión más completa es Romero (2011), quien analiza una serie de aspectos teóricos y prácticos relacionados con el diseño del sistema sancionatorio, en general, y con la aplicación de multas, en particular.

¹⁴ Por esto, la tímida propuesta de la CAPDLC (2012) —establecer la multa en base a un porcentaje de las ventas— constituye sólo un adecuado e importante punto de partida, pero es incompleta e insuficiente. Por sí sola, ella no permite dar “señales más claras a la comunidad acerca de los criterios” para establecer sanciones, ni tampoco produce “mayor predictibilidad a las decisiones”, dos de los objetivos que el propio informe menciona (p. 14).

caso concreto¹⁵. Por cierto, la originalidad no es mi objetivo¹⁶. Tanto la doctrina como la jurisprudencia comparadas han analizado y especificado el contenido de varios criterios para determinar el monto a pagar, los cuales he adoptado como base de la propuesta. Asimismo, más allá de diferencias particulares, existe hoy una metodología relativamente estandarizada, establecida en múltiples legislaciones, cuya finalidad es que las agencias de competencia apliquen multas de un modo menos discrecional, la cual es aquí recogida y adaptada al caso chileno¹⁷.

Ni la metodología ni los criterios aquí presentados debieran causar una real controversia desde un punto de vista de la aplicación de la política pública de competencia. De hecho, sólo un aspecto requiere cambio legal. En principio, los demás pueden ser recomendados por la FNE y aplicados por el TDLC, ya sea a través de una guía, la primera¹⁸, o un auto acordado, el segundo; sujetos ambos siempre al límite institucional relativo a sus respectivas atribuciones y roles¹⁹. Con todo, algunas de las propuestas son más sencillas de implementar que otras, por lo que no planteo que todas ellas deban ser adoptadas al mismo tiempo. Por el contrario, la implementación de cada una de ellas —por separado— permitiría ir superando, al menos parcialmente, los problemas del sistema actual de cálculo de multas y mejorar así el régimen de sanciones chileno en el área de la libre competencia²⁰.

¹⁵ Con anterioridad he hecho una propuesta similar para el contexto latinoamericano, en Tapia (2012).

¹⁶ Los avances del conocimiento son incrementales. Como dice la famosa frase de I. Newton: “*if I have seen further, it is by standing on the shoulders of the giants*”.

¹⁷ Para elaborar este trabajo, he analizado los sistemas de aplicación de multas en alrededor de 25 países, basado fundamentalmente en ICN (2008) y London Economics (2009). Asimismo, he utilizado principalmente las guías de multas de la Unión Europea (EU Commission, 2006), México (CFC, 2011), Francia (Autorité de la Concurrence, 2011) e Inglaterra (OFT, 2004), así como las *Sentencing Guidelines* (2012) de EE.UU. y los criterios establecidos en la jurisprudencia sudafricana (especialmente a partir de *Avengs* y *otros*, caso N° 84/CR/Dec09).

¹⁸ En el marco de las labores de promoción de la competencia emanadas del artículo 1° del DL 211.

¹⁹ Atendidos estos últimos aspectos, que el TDLC adopte una metodología parece mucho más importante que lo haga sólo la FNE.

²⁰ En este sentido, como señalé (*supra* nota 14), la propuesta de la CAPDLC (2012) de establecer la multa en función de las ventas es un buen punto de partida.

El resto del trabajo está organizado de la siguiente forma. La segunda parte explica con más detalle la dificultad de determinar el beneficio económico de una infracción a la libre competencia y la consecuente necesidad de utilizar *proxis* cuantitativos. Enseguida, la parte tres detalla las dos falencias actuales del sistema: la falta de criterios objetivos y la forma en que actualmente está establecido el máximo legal. La parte siguiente describe la metodología propuesta, que consta de tres pasos más uno eventual. La parte 5 y final concluye.

2. El problema básico: La dificultad de determinar el beneficio económico

Quizás el principal argumento para no adoptar una metodología objetiva de cálculo de multa dice relación con la dificultad de determinar el daño a los consumidores (y a la economía). Este daño incluye no sólo factores asociados al precio, sino también otros no cuantificables con facilidad, tales como una merma en la calidad del producto o servicio o el llamado ‘efecto paraguas’ en materia de carteles, entre otros²¹. Por tanto, él resulta imposible de determinar sin contar con un extenso análisis de datos.

La dificultad en parte se aminora si lo que se calcula es directamente el beneficio económico para el infractor, el cual corresponde a la utilidad adicional esperada que emana del comportamiento ilícito. Entre otros, esta utilidad puede derivar, por ejemplo, de un aumento en la participación de mercado de la firma producto de ese comportamiento; de la venta de productos o servicios prohibidos; o del ‘ahorro’ de costos directamente relacionados con el incumplimiento (éste sería el caso de aquellos costos que son evitados por el infractor durante el período de infracción o de aquellos necesarios para cumplir con cierta normativa y en los cuales el infractor no incurre). A su vez, la utilidad adicional es generalmente aproximada al sobreprecio del bien o servicio²². Para

²¹ De acuerdo al ‘efecto paraguas’, las firmas no pertenecientes al cartel también aumentan sus precios durante el período colusivo producto del ‘relajo’ en la competencia.

²² No hay consenso respecto al valor porcentual real de este sobreprecio. Para casos de carteles, algunos estudios empíricos han señalado que el sobreprecio varía entre el 31% y el 49% (Connor y Lande, 2006); sin embargo, otros han rebajado ese monto: 23,3% promedio (Connor, 2010);

calcular este último, es necesario estimar el precio que hubiera primado en el mercado si no se hubiera desarrollado la conducta ilícita (por ejemplo, si no hubiera existido un cartel) durante el período de tiempo en que ella se desarrolló, lo que es conocido como el precio *but for*²³.

Existen diversos métodos económicos alternativos para efectuar el cálculo²⁴. Por ejemplo, existe la alternativa de comparar el período de la infracción con uno anterior o uno posterior en el cual, se presume, no está presente la conducta anticompetitiva (éste es el llamado *before-and-after method*)²⁵. Asimismo, es posible utilizar diversos modelos de comparación o *yardstick methods*, mediante los cuales es posible modelar el mismo período infraccional (por ejemplo, un período colusorio) ‘como si’ la conducta anticompetitiva no se hubiera llevado a cabo, para luego comparar los resultados; o, de modo similar, puede compararse el precio que prevalece en un mercado diferente, similar a aquel donde se produce la infracción, pero que se presume competitivo²⁶. En fin, otras técnicas utilizadas incluyen el uso de simulaciones de precios compe-

24% (aunque 29% en carteles internacionales) (Connors & Helmers, 2007); 20,70% (Smuda, 2012); 13,8% (Boyer y Kotchoni, 2012 & 2010). En cualquier caso, el valor máximo del sobreprecio depende de la elasticidad de la demanda y otras características del mercado. Por su parte, en materia de abusos de posición dominante existen aún menos ejemplos de cálculo de daños (para algunos, véase Ashurst, 2004), pero teóricamente ésta es una tarea más sencilla, al menos en el caso de abusos exclusorios: los costos de entrada impuestos sobre rivales son relativamente sencillos de calcular, mientras que cualquier diferencia que pueda existir con el costo social es recuperable a través de las acciones privadas (Posner, 2001). Con todo, el cambio en la estructura de mercado puede provocar nuevas dificultades para las metodologías empíricas.

²³ Esto puede ser expresado con la fórmula $D = (P_{real} - P_{but-for})Q_{real}$, donde D es el daño; P_{real} el precio pagado por el bien o servicio; $P_{but-for}$ el precio que hubiera sido pagado sin los actos ilícitos; y Q_{real} la cantidad demandada del bien o servicio.

²⁴ Para un análisis detallado, véase Davis y Garcés (2010: 347 y ss.) y ABA (2010).

²⁵ El modelo *before-and-after* puede ser complementado con el uso de múltiples variables que den cuenta de los cambios en las condiciones de oferta y demanda.

²⁶ En ambos métodos el cálculo es facilitado por el uso de herramientas económicas, como regresiones. Sin emplear estos métodos, en *Tecumseh* (sentencia 122/12) el TDLC utilizó una comparación entre dos firmas, basado en la similitud de costos de las materias primas y la tecnología utilizada por ellas, además del aumento similar que en términos porcentuales evidenciaron los precios de ambas firmas.

titivos y colusivos a partir de un modelo estructural; el uso de modelos de competencia que relacionan el precio con la estructura de la industria con el objeto de derivar analíticamente el efecto de pasar de un estado de competencia a uno de no competencia; y el método de *cost-plus*, según el cual el precio *but for* se construye agregando un cierto margen a los costos de la firma.

En la práctica, todos los métodos presentan limitaciones intrínsecas que hacen que el cálculo del sobreprecio sea extremadamente complejo²⁷. Todos ellos se basan en cierto grado de especulación y requieren de la construcción de supuestos. Estos últimos, a su vez, dependen en gran medida del nivel de información que se posea (la cual puede incluso estar disponible mucho tiempo después de cesada la conducta)²⁸ y de las particularidades de un determinado caso (como el mercado relevante). En ocasiones incluso puede ser necesario usar más de un método, combinarlos o construir marcos de estimación. En fin, los *tests* econométricos siempre requieren de prueba acerca de cuán robustos son. Al mismo tiempo, idealmente el análisis cuantitativo debería ser complementado con un detallado análisis cualitativo que refleje el estado y características de la industria y provea una justificación para el método y parámetros escogidos.

Todo lo anterior implica una pesada carga administrativa. Esto hace que el cálculo concreto de daños, a pesar de utilizar técnicas relativamente precisas para cuantificar el impacto de una infracción, se encuentre en la práctica mayoritariamente restringido al ámbito de la litigación privada (fundamentalmente en Estados Unidos, aunque con una creciente importancia en Europa y otros países) o en trabajos académicos²⁹.

²⁷ Por ejemplo, mientras la comparación debe ser ajustada con el fin de aislar las diferencias de costos y otras entre los mercados o períodos que se comparan, el modelo ‘antes y después’ depende de las circunstancias específicas de cada mercado (por ejemplo, del grado de concentración). Otro problema complejo, aunque más relevante en materia de cálculo de perjuicios, está vinculado al llamado efecto *pass-on*, que dice relación con la posibilidad que, en ciertos casos, las firmas víctimas de un cartel aguas arriba no sufran todo el sobreprecio asociado a la actividad del cartel porque traspasan parte del incremento a los consumidores finales.

²⁸ Además, en Chile existe una evidente carencia de datos públicos.

²⁹ Kneuper & Langefeld (2011) argumentan que, considerando costos y beneficios, el método de cálculo de daños debería ser utilizado de manera más amplia. Para un buen resumen de lo que sucede en distintos países en materia de cuantificación de daños, véase OECD (2012).

En Chile, si bien la jurisprudencia no ha podido soslayar el beneficio económico como criterio de determinación, por cuanto se encuentra expresamente establecido en el DL 211, ella no ha logrado entregar pautas claras para su determinación —lo que es del todo esperable atendidas las complejidades de cálculo antes indicadas³⁰. Esto es posible de ser subsanado. En mi opinión, debiera emplearse un sistema basado en aproximaciones, similar al utilizado por otros organismos de defensa de la competencia en el derecho comparado. Este sistema, como veremos, normalmente da inicio al proceso de cálculo de una multa con la adopción de un cierto valor de referencia que es equiparado, en el plano teórico, al beneficio económico obtenido por el infractor.

3. Dos problemas adicionales del sistema chileno

Sumado a la dificultad de determinar el beneficio económico, el sistema chileno actual de cálculo de multas adolece de al menos otras dos importantes deficiencias. Primero, los criterios consagrados en el artículo 26° del DL 211 constituyen simples enunciados que no clarifican de manera suficiente cómo debe ser establecida una multa en la práctica, ni mucho menos objetivan el cálculo (3.1). De hecho, en más de una ocasión la propia Corte Suprema ha criticado la aplicación de multas realizada por el TDLC³¹; aunque, más allá de las críticas, ella

³⁰ Ante la OECD, Chile ha manifestado que la cuantificación de daños es “poco común” (OECD, 2012: 79). Sí se ha reconocido expresamente que no es posible evaluar directamente las ganancias adicionales (*Tecumseh*, sentencia 122/12, c° 117). Quizás los casos en que el TDLC ha realizado el esfuerzo de cálculo más relevante han sido el mismo *Tecumseh*, *Guerra del Plasma* (sentencia 63/08), *AM Patagonia* (sentencia 74/2008) y *PTLA* (sentencia 100/2010). En otros, como por ejemplo *Transportes Central Osorno* (sentencia 94/10), sólo ha hecho una mención vaga al posible beneficio obtenido por los agentes económicos requeridos, señalando que la multa no debe ser inferior a dicho valor.

³¹ La Corte ha indicado que es “casi como una facultad discrecional” (Rol N° 2339-2008, *Guerra del Plasma*, considerando trigésimo tercero), “[...] sin suficientes motivos, fundamentos y circunstancias sobre los parámetros utilizados para la fijación del monto en cuestión”, enfatizando además la necesidad de fundamentar la aplicación de multas para la consecución del debido proceso, tanto formal como sustancial (este último vinculado, a su vez, a la razonabilidad y la proporcionalidad) (Rol N° 5937-08, *AM Patagonia*, considerando duodécimo).

tampoco ha contribuido a dar la certeza necesaria mediante el establecimiento de criterios precisos³². Segundo, el máximo aplicable expresado en la ley no resulta compatible con los objetivos del derecho de la libre competencia y puede, en ocasiones, resultar insuficiente para disuadir a potenciales infractores de incurrir en conductas ilícitas (3.2).

3.1. Carencia de criterios cuantitativos para el cálculo de las multas

El artículo 26° letra c) del DL 211, en su inciso final, indica cuatro criterios para determinar la multa. La lista no es, por cierto, exhaustiva: cada uno de ellos subsume diversas circunstancias que han sido esgrimidas en casos concretos para fundamentar una multa determinada³³. Un primer problema es que esto ha sido hecho de una forma relativamente indeterminada y carente de sistematización, lo que da lugar a excesiva incertidumbre. Con todo, más determinante aún resulta el hecho que tampoco exista, hasta hoy, en los casos concretos resueltos por el TDLC, referencia alguna a los parámetros que se utilizan para *cuantificar* cada uno de esos criterios.

Por ejemplo, en *Guerra del Plasma* la Corte Suprema decidió que la duración de la conducta considerada por el TDLC no se condecía con el monto condenado y procedió a rebajar de manera importante la multa³⁴. Sin embargo, no indicó parámetro alguno que permitiera dilucidar cómo fue calculado el monto en que en definitiva aquella fue disminuida. En otras palabras, ¿qué justificó la rebaja impuesta en ese caso específico y no otra cifra por concepto de ‘duración’?

³² Por el contrario, más bien ha sido ambigua tanto desde un punto de vista cualitativo como de uno cuantitativo. Por una parte, aun cuando hace mención a la discrecionalidad del TDLC al determinar las multas, ha tomado en consideración los mismos fundamentos ya considerados por este último para aumentar la multa, sin especificar el *porqué* del aumento. Por otra parte, ahora desde un punto de vista cuantitativo, en aquellos casos en que se mantienen los mismos fundamentos que los esgrimidos por el TDLC, no se señala el *peso específico* que tiene cada criterio.

³³ Véase Romero (2011). Hay incluso extremos: extrañamente, la colusión fue considerada como agravante del abuso de posición dominante (!) en *Guerra del Plasma* (sentencia 63/08): “...lo anterior es aún más grave si el abuso de dicho poder de mercado se ejerce, como ocurrió en este caso, mediante la colusión...” (c° 155). Para una crítica, Tapia (2010).

³⁴ Corte Suprema, sentencia Rol N° 2339-08, de fecha 13.08.2008, reclamación en contra de la Sentencia 63/08 del TDLC, de fecha 10.04.2008.

Lo mismo se repite en la jurisprudencia respecto de otros criterios. Por ejemplo, el TDLC ha reiterado en varias ocasiones que la colusión es la más grave infracción a la libre competencia³⁵, pero no ha instaurado un parámetro que permita establecer cuánto debe elevarse la multa por este factor. De modo similar, no hay un criterio que permita determinar cuánto ‘pesa’ la reincidencia o la gravedad de la conducta en el cálculo específico de una multa, aunque ambos son comúnmente mencionados en los fallos. El resultado es un sistema que fomenta la discrecionalidad, conlleva el germen de la arbitrariedad, aminora la predictibilidad de las decisiones y atenta contra la claridad de las reglas.

3.2. Problemas respecto de la multa máxima legal

La segunda deficiencia del actual sistema dice relación con la multa máxima. El DL 211 permite al TDLC aplicar multas hasta por un máximo de 20 mil unidades tributarias anuales (UTA) o, en el caso de las conductas colusorias, hasta un máximo de 30 mil UTA³⁶. El problema es que si bien el máximo a pagar por concepto de multas debe siempre tener un tope (en virtud del principio de proporcionalidad), existen serios inconvenientes asociados a la *forma* en que está establecido ese máximo en nuestra legislación.

En efecto, existen muy pocas legislaciones que establecen un monto determinado³⁷. Existen muy atendibles razones que explican esto. Primero está la sencilla razón que aquél puede quedar rápidamente obsoleto con el paso del tiempo y/o la dinámica de los mercados, aun cuando se incorpore un mecanismo de indexación como en el caso

³⁵ Entre los fallos más recientes, véase *Tecumseh* (sentencia 122/12), c° 124; *Farmacias* (sentencia 119/12), c° 195; *Radios* (Sentencia N° 112-2011), c° 72; y *Buses Puerto Montt-Los Muermos* (sentencia 116/11), c° 39.

³⁶ Los montos máximos han cambiado en el tiempo. Hasta el año 2004 el tope era de 20 mil unidades tributarias mensuales. El año 2003 se modificó el DL 211, estableciéndose como monto máximo 20 mil UTA. Finalmente, en el año 2009, se estableció el actual máximo legal (Ley N° 20.361, promulgada el 7 de julio de 2009 y publicada en *D. O.* el 13 de julio 2009).

³⁷ Entre otras: Colombia, México, Canadá y Japón. La *Sherman Act* de Estados Unidos fija como máximo US\$100 millones, pero una regla general aplicable a todas las infracciones criminales permite que la multa sea “el monto más alto entre el doble de la ganancia o la pérdida bruta producida por [la infracción]” (18 U.S.C. § 3571 (d)).

del DL 211³⁸. Segundo, un monto expresado en valores monetarios predeterminados está fijado independiente de la situación económica de la infractora y/o su posición en el mercado. Por esto, las empresas de menor tamaño³⁹ podrían verse enfrentadas a pagar altas sumas de dinero que no se condicen con su situación económica⁴⁰; o, a la inversa, en el caso de aquellas firmas con alta facturación el monto fijo aumenta la probabilidad de que el pago de la multa les sea indiferente, especialmente si ellas han obtenido mayores beneficios que los reflejados en la multa.

La pregunta es cuál debiera ser el nivel de la multa si no se establece un monto fijo. Un extendido argumento en nuestro derecho, en favor del sistema actual indica que las multas contempladas en el DL 211 ya son las más altas establecidas en la legislación chilena en el ámbito económico⁴¹, y que si se cambiara por otro sistema ellas podrían aumentar aún más⁴². Sin embargo, lo importante no es el monto, sino si él permite alcanzar un adecuado nivel de disuasión. Considerando esto, existen buenas razones para pensar que en Chile la disuasión no es adecuada; incluso si el argumento indicado fuese cierto⁴³. Esto, por cuanto los beneficios derivados de acciones anticompetitivas son en algunos

³⁸ En Estados Unidos, por ejemplo, donde las multas impuestas por una autoridad pública sólo se aplican en casos criminales (como los carteles), los bajos montos legales han históricamente restado importancia a este mecanismo sancionatorio. Sólo desde el año 2004 el sistema fue mejorado, aumentando significativamente las multas. Véanse Page (2012) y Mutchnik *et al.* (2008).

³⁹ Para estos efectos, debiera considerarse al menos la situación de las microempresas y las pequeñas empresas, en los términos de la Ley 20.416 sobre empresas de menor tamaño.

⁴⁰ Véanse *infra*, nota 93 y el texto principal.

⁴¹ Las multas máximas legales son las siguientes: Superintendencia de Bancos: 10.000 UF; Superintendencia de Servicios Sanitarios: 10.000 UTA; Superintendencia de Electricidad y Combustibles: 10.000 UTA; Subsecretaría de Telecomunicaciones: 10.000 UTM; Superintendencia de Valores y Seguros: 15.000 UF (que puede ser incrementada hasta en tres veces ese valor en ciertas circunstancias).

⁴² El temor no es infundado: la literatura económica estándar sugiere precisamente establecer altos montos en las multas y daños compensatorios (dos medidas muy similares desde la perspectiva económica) y usarlos al máximo posible, pues ellos no reducen el bienestar social.

⁴³ Desde un punto de vista de la disuasión en general, la literatura muestra ambiguos efectos del incremento en las multas (*e.g.*, Ginsburg & Wright, 2010).

casos probablemente más altos que la multa máxima actual⁴⁴ y, segundo, porque la probabilidad de detección parece ser aún baja en nuestro derecho⁴⁵. De esto no se sigue, por cierto, que las multas deban aumentar exponencialmente, sino que ellas deben ser parte de una política sancionatoria diseñada adecuadamente, incorporando otros mecanismos de disuasión⁴⁶ y balanceando esta última con la necesidad de poner un tope a la multa en virtud de la proporcionalidad requerida por los principios básicos del derecho infraccional.

La solución requiere de una reforma legal al sistema de cálculo de la multa máxima. Para estos efectos, es aconsejable utilizar alguno de los dos métodos de más extendido uso en otras legislaciones⁴⁷. El primero, excepcional en el derecho comparado, confiere al tribunal u órgano administrativo que impone la multa la facultad de fijar el monto máximo aplicable, decidiendo caso a caso, normalmente en atención a la capacidad económica del agente sancionado. El segundo, adoptado en la mayoría de las legislaciones, utiliza como máximo un porcentaje de la facturación, ventas u otra medida de los ingresos del agente infractor⁴⁸. Por cierto, es también posible considerar modelos mixtos⁴⁹.

⁴⁴ Especialmente en materia de carteles (véase *supra* nota 22). Con todo, en *Tecumseh* (sentencia 122/12), el monto de la multa excedió al beneficio económico calculado por el propio TDLC y la FNE, lo que se explicaría sólo en la búsqueda del efecto disuasivo (c° 124). A mi juicio, esto es incorrecto (véase *infra*, sección 4.1.4).

⁴⁵ Esto último se ve agravado si se considera que en la práctica la multa máxima legal sólo ha sido aplicada en un caso: *Farmacias* (sentencia 119/12, ratificada por la Corte Suprema en sentencia rol 2578-2012, de fecha 07.09.2012).

⁴⁶ Tales como encarcelación (eventualmente), la inhabilitación o el uso de acciones privadas (que en Chile no se han desarrollado con la fuerza necesaria), más un aumento real de la probabilidad de detección.

⁴⁷ Una completa revisión de la aplicación de los métodos en varios países se encuentra en el apéndice de Ginsburg & Wright (2010).

⁴⁸ Un máximo del 10% de la facturación anual del agente económico es utilizado en Alemania, Inglaterra, Francia, EE. UU., Sudáfrica, India y la UE, entre otras. En otros países el porcentaje es incluso mayor, como en Brasil, donde llega al 30% de las ventas. En México, el máximo es entre el 5 y 10% de los ingresos del agente económico, dependiendo de la conducta.

⁴⁹ Por ejemplo, en Nueva Zelanda la multa máxima para un agente económico es el monto mayor entre (i) diez millones de dólares de ese país, o (ii) tres veces la ganancia ilícita obtenida, si ésta es posible de ser calculada o, en caso contrario, el 10% de la facturación de la firma y sus empresas relacionadas (véase *Commerce Act* de Nueva Zelanda, 1986, sección 80 (2B)). En Holanda es la cantidad mayor entre el 10% de la facturación anual o 450 mil euros. Sistemas similares a este último se encuentran, por ejemplo, en la República Checa y Eslovaquia.

En favor del segundo método está el hecho de que la imposición de la multa no pone en peligro —por regla general— la solvencia del agente económico condenado, pues aquella será siempre proporcional al tamaño de alguna medida económicamente relevante de la firma. Asimismo, se evita el riesgo de obsolescencia y se superan los problemas de falta de disuasión. Es precisamente este método el que propongo sea incorporado por vía legal en nuestra legislación, para ser aplicado en la forma que detallo más adelante⁵⁰.

4. La solución: Una propuesta de metodología

Para superar los problemas indicados, en esta sección presento una propuesta metodológica para calcular la multa a aplicar en un caso concreto. Ella se basa en la premisa de que las sanciones en materia de libre competencia son, en esencia, una técnica regulatoria, un medio para normar actividades económicas dentro de un sistema económico de mercado, y en este contexto deben ser primordialmente entendidas y analizadas⁵¹. Por tanto, la metodología busca, ante todo, disuadir conductas ineficientes.

La metodología incorpora una serie de opciones explícitas cuyo fundamento es explicado en cada caso⁵². Aun así, se debe considerar que nunca será posible ni conveniente determinar, con total certeza y de manera anticipada, el monto que corresponderá pagar por concepto de multa. En todo método, para determinarla existe un factor que se decide

⁵⁰ Los detalles *infra*, sección 4.3.

⁵¹ Según la doctrina mayoritaria del Tribunal Constitucional, el derecho administrativo sancionador es una de las manifestaciones de un único *ius puniendi* del Estado (véase sentencias del TC, roles 479 y 480, con votos disidentes que califican de manera importante este aserto).

⁵² Una metodología como la aquí propuesta permite aplicar el artículo 6° de la Ley 20.416, sobre empresas de menor tamaño, el cual indica que los servicios públicos que realicen procedimientos de fiscalización a este tipo de entidades deben mantener publicados en su sitio web y disponibles al público en sus oficinas los “manuales o resoluciones de carácter interno en los que consten las instrucciones relativas a los procedimientos de fiscalización establecidos por la autoridad correspondiente que guían a sus funcionarios y fiscalizadores en los actos de fiscalización y aplicación de multas y sanciones” (destacado agregado). La sanción de no hacerlo es la nulidad de derecho público del acto, fuera de las responsabilidades de tipo administrativo que puedan corresponder.

caso a caso, pues el efecto disuasivo y el valor que se otorga a éste será siempre una cuestión casuística. Asimismo, cierto grado de incertidumbre es positivo en esta materia, pues evita que las firmas ‘calculen’ el precio por cometer infracciones. Por lo tanto, una propuesta de método de cálculo de multas sólo puede aspirar a proveer de manera anticipada el *posible rango de aplicación*⁵³.

En el derecho comparado existe una visión relativamente estandarizada en cuanto a la forma como las agencias calculan las multas que serán impuestas a quienes infringen la normativa. Más allá de diferencias particulares, no sólo las variables usadas al calcular una multa son en general muy similares, sino también lo son las etapas a seguir. Así, el cálculo concreto de la multa comienza generalmente con la determinación de una ‘multa base’, para luego incorporar atenuantes y agravantes y finalmente llegar a la ‘multa final’ luego de efectuados ciertos ajustes. La metodología aquí propuesta utiliza estas mismas etapas.

4.1. Primera etapa: Cálculo de la multa base

El cálculo de la multa base es la primera operación que se realiza para determinar la sanción a pagar. Para calcularla, es necesario, primero, establecer un valor de referencia que será utilizado como parámetro inicial, para luego considerar los factores de mayor importancia en relación con la conducta anticompetitiva: su gravedad (en función de la cual se determina el valor en concreto) y su duración.

4.1.1. Las ventas como valor de referencia

La mayoría de los países utiliza las *ventas* del bien o servicio relacionado con la infracción, realizadas por el agente infractor durante un determinado tiempo, como valor de referencia para comenzar a calcular una multa⁵⁴. En algunas jurisdicciones estas ventas son consi-

⁵³ Por esto, los rangos porcentuales propuestos más adelante no dejan de ser, en cierto sentido, discrecionales, reflejando sólo una opción personal y razonable para aplicar la experiencia comparada al derecho chileno.

⁵⁴ La denominación específica del valor de referencia varía dependiendo del país. Algunos lo denominan “volumen de comercio” (EE. UU.); otros hablan de “facturación relevante”; y otros de “ventas afectadas” (México). Sin embargo, la diferencia es casi completamente semántica, siendo el criterio aplicable similar.

deradas *netas*, es decir, los ingresos percibidos por la firma en razón de la venta de sus productos relacionados con la infracción en el mercado geográfico relevante, menos el importe por devoluciones, bonificaciones, descuentos e impuestos respectivos. En otras, como la Unión Europea (UE), el valor de las ventas se determina antes de la aplicación del IVA y otros impuestos directamente vinculados con las ventas⁵⁵. Además, en ciertas jurisdicciones, como la europea o en Estados Unidos, se utiliza el valor de las ventas globales de la empresa⁵⁶.

El propósito de considerar las ventas en función de los ingresos es objetivizar el criterio legal del “beneficio económico obtenido con motivo de la infracción”, dadas las complejidades de su determinación⁵⁷. Mi primera propuesta, entonces, es utilizar ese mismo valor como referencia, considerando para efectos del cálculo concreto un porcentaje de las ventas netas del producto efectuadas por el agente económico en Chile.

Esta propuesta ya ha sido hecha por la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia (CAPDLC, 2012), la cual indicó que las multas debieran ser establecidas sobre la base del beneficio económico obtenido como consecuencia de la infracción más un monto que actuaría como disuasivo; pero que, sin embargo, en reconocimiento de “las dificultades prácticas que involucra disponer de medidas certeras y oportunas del ‘beneficio monopólico’” (ibíd.: 4), recomendaba al TDLC adoptar una política basada en un porcentaje de las ventas de las firmas participantes en la infracción.

Existen también precedentes del uso de un método similar a éste en la jurisprudencia nacional. En *Guerra del Plasma* (sentencia 63/08), por ejemplo, el TDLC utilizó, como *base* para determinar el valor de la multa, el 2% de las ventas anuales de productos electrodomésticos realizadas por medio de la utilización de las tarjetas de créditos de los agentes económicos infractores, percibidas por cada uno de ellos⁵⁸. Al establecer este porcentaje se tomaron en consideración los beneficios

⁵⁵ EU Commission (2006: párrafo 17).

⁵⁶ Esta medida es facultativa en Europa (EU Commission, 2006: párrafo 18). Sin embargo, ella no considera que los carteles internacionales son generalmente sancionados en más de una jurisdicción.

⁵⁷ DL 211, art 26° inciso 3°. Véase *supra*, sección 2.

⁵⁸ C° 63. Esta base de cálculo se tradujo en una multa más alta para una de las firmas involucradas, debido (entre otros factores) a sus mayores ventas.

económicos de las empresas, los cuales —a decir del TDLC— se vieron reflejados en sus ventas.

Sin embargo, aunque el hecho de considerar las ventas fue una decisión correcta, la forma de aplicar el método por parte del TDLC fue errada. Considerar un porcentaje de las ventas ‘anuales’ es correcto sólo si se está determinando el tope de la multa, no la base⁵⁹. Si lo que se hubiera intentado determinar hubiese sido el tope de la multa, ciertamente se podría concluir que 2% es bajo para el caso de un cartel (que era realmente la conducta del caso)⁶⁰. Pero si lo que se quiso fue calcular la base de la multa, las ventas no debieron haberse considerado anuales, sino en función de la duración de la conducta, y el porcentaje exacto de las ventas netas que debió haber sido utilizado en el cálculo debió considerar la ‘gravedad de la conducta’⁶¹, como veremos a continuación.

4.1.2. La gravedad de la conducta

La gravedad de la conducta es el factor que determina el porcentaje de las ventas netas que será utilizado en el cálculo. La mayoría de los países aplica porcentajes diferentes dependiendo de aquélla. Por ejemplo, en la UE las conductas son clasificadas en diversos grados, a partir de lo cual la Comisión aplica una escala porcentual que alcanza hasta el 30% de las ventas como máximo⁶². Por su parte, Estados Unidos comienza utilizando al menos el 20% del volumen del comercio⁶³, porcentaje que puede llegar hasta el 40% en atención a la gravedad de la conducta y otras circunstancias⁶⁴. Es importante reiterar que, en esta etapa, se trata de porcentajes aplicados a las ventas asociadas al produc-

⁵⁹ *Infra*, sección 4.3.

⁶⁰ Si bien los estudios comparados no son contestes en cuanto a las ganancias promedio de un cartel, hemos visto que ninguno de ellos ha calculado un monto inferior al 13% (véase *supra*, nota 22).

⁶¹ Recuérdese que las metodologías comparadas típicamente utilizan al menos un 10% (*supra*, nota 48).

⁶² EU Commission (2006: párrafos 19-23). Un sistema similar de graduación es seguido, entre otros, en Francia, Sudáfrica y Corea del Sur.

⁶³ Este porcentaje representa: (i) el 10% por el beneficio económico obtenido por la firma que lleva a cabo la conducta, (ii) duplicado en razón del efecto disuasivo. Este último aumento lo analizo *infra* en sección 4.1.4.

⁶⁴ Éstas son: el tamaño del agente económico y la posición de los directivos de la empresa involucrados en la decisión de cometer la infracción. Para que esta última sea considerada en el aumento, la decisión de incurrir en la conducta anticompetitiva *debe* haber sido tomada por un director o gerente de la firma.

to y no a las ventas anuales totales, que son —como se verá— las que se utilizan para calcular el máximo de la multa.

Mi segunda propuesta es que el porcentaje de las ventas que se aplique por gravedad de la conducta varíe entre 15% y 25% de las ventas netas afectadas. Para estos efectos, propongo dividir la gravedad de la conducta en tres categorías:

- i. *Conductas de mediana gravedad*: aquí se incluye la conducta descrita en el artículo 3° letra c) del DL 211, sólo en lo que respecta a competencia desleal, y la contravención a órdenes y resoluciones. A esta categoría se le aplicaría el porcentaje mínimo, esto es, el 15% de las ventas afectadas, sin perjuicio de aumentos en atención a las circunstancias del caso en particular.
- ii. *Conductas graves*: se incluyen en esta categoría la conducta descrita en el artículo 3° letra b) del DL 211 (referida a abusos de posición dominante) y la conducta descrita en el artículo 3° letra c) del DL 211, en lo referido a prácticas predatorias. Mi propuesta es que en estos casos se aplique desde el 20% de las ventas afectadas, porcentaje que aumentaría hasta el 25% en atención a las características específicas de la conducta.
- iii. *Conductas gravísimas*: conductas colusorias, sean perseguidas por vía del artículo 3° letra a) del DL 211 o por vía del inciso primero del mismo artículo. Mi propuesta es que en estos casos se aplique siempre el porcentaje máximo, esto es, el 25% de las ventas afectadas.

Nótese que el rango propuesto en este último caso asume que el beneficio económico medio de un cartel es cercano al 13%⁶⁵, correspondiendo el porcentaje restante a una mezcla de la gravedad de la conducta en sí misma, como al efecto disuasivo⁶⁶.

El porcentaje de las ventas netas afectadas que corresponda según el caso debe ser aplicado de acuerdo al tiempo de duración de la conducta. Como veremos a continuación, existen diversas maneras alternativas de incorporar dicho tiempo.

⁶⁵ Esto es, el mínimo porcentaje de ganancia de un cartel que ha sido estimado por los estudios. Véase *supra* nota 22.

⁶⁶ Véase *infra*, sección 4.1.4. Con todo, el porcentaje equivalente al efecto disuasivo sería, en ausencia de modificación legal, en la práctica mínimo, dado que el máximo legal aplicable considerado por el legislador chileno está establecido en UTA y no en porcentaje de facturación.

4.1.3. La duración de la conducta⁶⁷

La duración de la conducta puede ser incorporada en el cálculo en dos momentos: primero, como atenuante o agravante, una vez que la multa base ya ha sido calculada⁶⁸; segundo, ella puede ser utilizada, durante esta primera etapa, como variable para determinar el *proxi* del beneficio económico reportado por el agente infractor. La mayoría de las jurisdicciones comparadas sigue esta última tendencia, y mi propuesta en este caso es hacer lo mismo.

Cuando la duración es considerada para calcular la multa base, ella puede ser aplicada de dos maneras diversas:

- Primero, los años de duración de la conducta pueden ser *multiplicados* por el porcentaje que corresponda (de acuerdo a la gravedad) de las ventas del producto efectuadas durante el último ejercicio comercial en que el agente económico tuvo participación en la infracción⁶⁹.
- Alternativamente, las ventas efectuadas durante cada uno de los años que duró la infracción pueden ser *sumadas*⁷⁰.

Esta diferencia matemática produce una gran diferencia práctica⁷¹. El principal problema del modelo de multiplicación es el carácter

⁶⁷ Como ha sostenido el TDLC, en materia de carteles “[...] la ejecución del ilícito de colusión se inicia cuando se perfecciona el acuerdo anticompetitivo y se extiende hasta la terminación, cese o supresión del concierto de voluntades que lo configura” (*Tecumseh*, sentencia 122/2012, c° 11). Lo importante es la “unidad de acción” (ibíd.). (Nótese que la aseveración es previa a la reforma del año 2009.) Sin embargo, la Corte Suprema ha fallado —erróneamente— que una conducta colusoria que tuvo un año de duración “descarta un proceso persistente o constante en la transgresión a la libre competencia” (sentencia rol 5937-08, *AM Patagonia*, c° 13).

⁶⁸ Éste es el caso de Canadá, donde la duración es utilizada como agravante e incluso, en casos excepcionales, como atenuante, cuando la infracción fue cometida durante un corto período de tiempo, siendo además necesario que el agente infractor haya cesado espontánea y voluntariamente la comisión de la infracción.

⁶⁹ Éste es el modelo aplicado, por ejemplo, en la UE, Francia, el Reino Unido, Suiza, la República Checa, Hungría, Italia, Noruega y Sudáfrica, entre otros.

⁷⁰ Éste es el modelo aplicado, por ejemplo, en Estados Unidos, México, Holanda, Alemania y Rusia, entre otros.

⁷¹ Alternativamente, siguiendo la misma lógica matemática del método de suma, es posible calcular la media de las ventas durante el tiempo de duración de la infracción y utilizar ese resultado como parámetro para determinar el valor de referencia. Luego, este resultado se multiplica por el número de años de duración.

arbitrario del indicador, pues el último año puede no ser representativo de los beneficios económicos del agente requerido derivados de la infracción⁷². En cambio, el método alternativo de sumar las ventas busca reflejar de mejor manera la realidad, aunque requiere de un mayor nivel de información que, en la práctica, podría no estar disponible. Desde este punto de vista, el método de multiplicación parece ser más práctico. Aun así, atendidos tanto la menor discrecionalidad que produce como el hecho que la información más relevante para estos efectos (esto es, el monto de las ventas) está generalmente disponible, mi propuesta es utilizar el método de suma.

Asimismo, en mi opinión la duración no debiera estar limitada a un número máximo de años aplicable en el cálculo fijado de forma arbitraria, sino que se debiera tomar en consideración el número exacto de años que perduró la infracción (o el que pueda probarse en el caso concreto, con el límite de los plazos de prescripción). Para esto, la tendencia mundial es aproximar. Así, toda infracción que haya sido menor que un año, sin importar el número de meses, es generalmente considerada que ha durado uno completo. Sobre el año, se aproxima al tiempo superior si han transcurrido más de seis meses del año respectivo, o al tiempo inferior en caso contrario.

4.1.4. El efecto disuasivo

Finalmente, varias legislaciones incorporan el efecto disuasivo como una variable distinta dentro de la multa base; la cual sólo tiene relación con las políticas de competencia y el ‘mensaje’ que se desea enviar a las demás firmas del mercado. En este caso, el valor de referencia, calculado en función de la gravedad y la duración de la conducta, puede verse aumentado en cierto porcentaje que se explica únicamente en la necesidad de desincentivar a las demás firmas a cometer conductas anticompetitivas.

Por ejemplo, en la UE la Comisión puede agregar entre 15% y 25% del valor de las ventas sólo como medida disuasiva⁷³. Esta cifra, conocida como *entry fee*, se suma a la ya obtenida previamente. Con todo, a diferencia de esa cifra, el *entry fee* no se multiplica por el nú-

⁷² Es posible que el volumen de ventas afectadas (nacional o global) fluctúe de un año a otro, incluso en una gran magnitud.

⁷³ EU Commission (2006: párrafo 25).

mero de años de participación en la infracción. De manera similar, en Alemania es posible que la autoridad de competencia multiplique hasta por dos la multa base sólo en razón del efecto disuasivo. En cambio, a diferencia de estos ejemplos, en Estados Unidos el efecto disuasivo se encuentra ya incorporado, de forma previa, en el porcentaje del “valor del comercio” inicial a ser aplicado (es decir, en el valor de referencia), el cual, según lo explicado previamente, varía entre 20% y 40%.

En mi opinión, el efecto disuasivo no debe ser utilizado como variable separada al momento de determinar la multa, sino que debe ser considerado al determinar el porcentaje de gravedad. Existen dos razones centrales que justifican esta opción. La primera es que el arbitrio es insalvable: no existe modo de calcular el porcentaje requerido para disuadir. Sin embargo, al acotar el rango porcentual de las ventas que será considerado, aquél es en gran medida controlado. La segunda razón es práctica: la multa máxima está actualmente establecida en UTA en el DL 211 y, por tanto, mientras no se modifique el DL 211, aplicar un monto alto por efectos disuasivos implicaría que la multa final muchas veces supere dicho límite. De todos modos, la multa final del modelo propuesto en este trabajo debiera reflejar un monto cercano o mayor que los beneficios económicos obtenidos por el agente infractor (a excepción del caso en que este último tenga una muy alta facturación total).

4.2. Segunda etapa: Aplicar agravantes y atenuantes

El segundo paso para calcular la multa consiste en ajustar la multa base considerando atenuantes y agravantes. Al respecto, recuérdese que mientras la FNE *solicita* una determinada sanción a través de sus requerimientos, corresponde al TDLC (y eventualmente a la Corte Suprema) la determinación concreta de la sanción. Por tanto, si bien los criterios agravantes pueden ser aplicados por cualquiera de estos organismos, no parece que sea la FNE la que, en su calidad de órgano persecutor, deba aplicar atenuantes en su solicitud de multas, siendo sólo el TDLC el encargado de considerarlas en la determinación⁷⁴.

⁷⁴ Nótese que la posición de la FNE no es análoga a la de un fiscal en materia penal. Primero, los fiscales tienen un deber expreso de imparcialidad, que la FNE no posee. Segundo, este deber está fundado en el carácter garantista de esa área del derecho. En fin, el carácter retributivo de la sanción penal es diverso de la finalidad disuasiva de la sanción solicitada en sede de competencia.

4.2.1. *¿Qué circunstancias agravantes y atenuantes se deben considerar?*

Como hemos visto, de los criterios expresamente mencionados en el artículo 26° del DL 211, tanto el beneficio económico como la gravedad de la conducta ya se encuentran incorporados a través del cálculo de la multa base. El de la reincidencia es, entonces, el único que debe ser considerado en esta etapa.

Asimismo, dado que el mencionado artículo deja abierta la posibilidad de incorporar más circunstancias, mi propuesta es que también se consideren expresamente otras agravantes. Estas últimas varían entre un país y otro. Sin embargo, aparte de la reincidencia, hay ciertos factores considerados graves por la mayoría. Entre ellos están el que el agente económico sea instigador de la conducta; el entorpecimiento de la investigación y/o a la justicia⁷⁵; el intentar controlar/monitorear el cumplimiento de la conducta; la participación en ésta de un alto ejecutivo (o de quien posea una ‘autoridad sustancial’) o de directores⁷⁶; continuar con la conducta después de estar en conocimiento de que se inició una investigación en su contra; adoptar medidas vengativas y/o represalias comerciales en razón de que otra firma ha cooperado o entregado información durante la investigación; etc.

Existe una causal en particular, inexistente como tal en el derecho comparado, cuyo uso ha tenido cierta acogida en nuestra práctica jurídica: la importancia del mercado afectado. En mi opinión, el peligro central de acogerla es que su uso implica establecer valoraciones subjetivas respecto de la jerarquía de un determinado bien o servicio. No es claro, por ejemplo, si la relevancia se determina en base al nivel de consumo, al valor económico o a otro criterio (como por ejemplo una

⁷⁵ El artículo 42° del DL N° 211 indica que “las personas que entorpezcan las investigaciones que instruya la Fiscalía Nacional Económica en el ámbito de sus funciones, podrán ser apremiadas con arresto hasta por 15 días”. Es razonable interpretar que, para que se configure la agravante, es necesario al menos haber *solicitado* el apremio al juez de garantía competente, pero no parece necesario, en cambio, que se materialice el apercibimiento. Con todo, esta causal no ha sido nunca invocada desde la creación del TDLC (por Ley 19.911 de 2003), y la historia de la reforma de la Ley 20.361 de 2009, que modificó la disposición, ni siquiera alude a ella.

⁷⁶ Véase *Achap* (sentencia 128/2013), c° 202 (indicando que los directores “no actuaron conforme a sus deberes y permitieron que se configurara el boicot de autos”).

supuesta mayor valoración ‘social’)⁷⁷. Además, acogerla en casos de carteles implica entregar el mensaje de que estos últimos resultan más reprochables en ciertos mercados que en otros, cuestión que contraviene no sólo la teoría económica, sino los fundamentos de una correcta política pública en la materia. Quizás una forma de entender la causal de manera más adecuada sería atendiendo al riesgo que presenta la conducta para la integridad o continua existencia de un mercado, cualquiera que éste sea. Esta interpretación es sustancialmente distinta de la anterior, menos subjetiva, y busca precisamente proteger el pilar fundamental del derecho de la competencia y la economía de mercado.

Por su parte, en materia de atenuantes, el artículo 26° inciso final del DL 211 acoge únicamente la cooperación que realiza la empresa en la investigación. Sin embargo, el TDLC ha aceptado otras, lo mismo que hacen tanto la legislación como la doctrina comparada, aunque en general son menos las hipótesis que hacen precedentes las atenuantes que las agravantes. Por ejemplo, también es considerado el hecho de poner fin a la conducta/infracción al momento de saber que se le está investigando por ésta⁷⁸ y el haber tenido una limitada participación en la infracción⁷⁹. Otras jurisdicciones incluyen la autodenuncia y la aceptación de responsabilidad.

El valor de una circunstancia atenuante se determina caso a caso, en base a cuánto el agente económico cooperó y la utilidad de la colaboración. Es decir, las atenuantes se aplican *conjuntamente* con la cooperación. La regla es que sólo se apliquen si el agente económico ha prestado una cooperación *significativa* con la investigación; esto es, cuando brinda información necesaria y útil durante la investigación de manera espontánea y voluntaria, no proveniente de la aplicación del Programa de Delación Compensada del artículo 39° bis del DL 211 (en

⁷⁷ Véanse, por ejemplo, los fallos del TDLC en *Farmacias* (sentencia 119/2012), c° 197 (refiriéndose a “el tipo de mercado afectado y su importancia relativa en cuanto a la naturaleza del producto o productos”); y en *PTLA* (sentencia 100/2010), c° 107 (indicando que “las conductas en cuestión han afectado a un porcentaje importante de la población en Chile”).

⁷⁸ Es considerada por República Checa, Hungría, Italia, Japón, México, Rusia, Serbia, Suiza y Turquía. En Chile, el TDLC la ha aplicado en *AM Patagonia* (sentencia 74/2008, c° 38), aunque sostiene —erradamente— que este factor atenúa la ‘gravedad’ de la colusión.

⁷⁹ Considerada en la República Checa, UE, Hungría, Italia, Corea del Sur, Nueva Zelanda, Rusia, Serbia, Turquía, Suiza y Estados Unidos.

caso de carteles)⁸⁰. Qué tipo o cuánta cooperación se consideran significativas son cuestiones que se deberán decidir caso a caso en atención a los antecedentes.

Finalmente, consistente con las recomendaciones mundiales más avanzadas y con la práctica más actual de la FNE (2012), propongo incluir el uso de programas de cumplimiento como una atenuante. En este caso, correspondería al TDLC considerar la tenencia del programa ya sea por sí mismo o como “colaboración *antes* de la investigación”, en los términos del artículo 26° inciso final del DL 211⁸¹. Obviamente, para que ello sea posible, el programa debiera cumplir con las características mínimas que aseguren su efectividad y seriedad, las cuales han sido, por ejemplo, claramente indicadas por la FNE (2012). La carga de la prueba recae siempre en la firma, quien deberá presentar la correspondiente ‘defensa de cumplimiento’.

4.2.2. *¿Cómo se aplican cuantitativamente las circunstancias agravantes y atenuantes?*

Existen diversos métodos para aplicar las agravantes y atenuantes durante el cálculo de la multa. En EE. UU. se aplica un ‘puntaje de culpabilidad’ del agente económico. Así, a cada agravante y atenuante se le asigna un puntaje, que va desde 0,05 como mínimo a 4,0 como máximo⁸², el cual luego se multiplica por la multa base. Los jueces son libres de determinar el monto definitivo de la multa entre el rango mínimo y máximo resultante de la aplicación del multiplicador a la multa base. No obstante, las Cortes pueden desviarse hacia arriba o hacia

⁸⁰ Nótese que no he incluido el Programa de Delación Compensada como una circunstancia atenuante, ya que, como veremos, para incrementar su efectividad es más conveniente aplicarlo después de ajustar la multa de acuerdo a la multa máxima (si procede).

⁸¹ Alternativamente, el uso de un programa de cumplimiento podría ser reconocido en el cálculo de la multa base, considerando ‘menos grave’ la conducta. Este reconocimiento correspondería a la FNE, y en tal caso el TDLC no debiera volver a reconocer la existencia del programa como atenuante. Éste parece ser el sistema establecido en FNE (2012: 18). Sin embargo, mi opción actual es por el reconocimiento como atenuante por parte del TDLC, a fin de no confundir la evaluación de la conducta misma con el hecho de que se hayan buscado vías adecuadas para evitarla.

⁸² Aunque las *Sentencing Guidelines* (2012) indican que el mínimo es 0,75, sin que importe el puntaje real que de otro modo aplicaría al ofensor.

abajo del rango si concurren algunos factores especiales, incluyendo el riesgo que presenta la conducta para la integridad o continua existencia de un mercado, si la organización es un organismo público, o si excepcionalmente se determina que la culpa recae en la organización.

Otro modelo varía porcentualmente la multa base en relación con las agravantes y atenuantes. Por ejemplo, en la UE la agravante de reincidencia permite aumentar la base hasta en 100%. Lo central es que, luego, las demás circunstancias serán aplicadas de forma acumulativa, es decir, sumándolas. Por tanto, siguiendo con el ejemplo, la siguiente agravante o atenuante se aplicará porcentualmente a partir de la multa base ya aumentada por la reincidencia. En definitiva, el resultado será más alto que el que se obtendría con la aplicación de todas las agravantes de una sola vez.

No obstante, el sistema de puntajes y el de porcentajes son en la práctica similares en varios aspectos. Por ejemplo, los límites máximos pueden ser iguales en uno y otro caso. Asimismo, en ambos casos no es facultativo el aplicar o no la circunstancia agravante o atenuante de que se trate, pero las circunstancias y características del caso determinarán qué porcentaje o puntuación debe aplicarse en definitiva. Con todo, ciertas diferencias son importantes de considerar. Así, mientras el sistema de puntuación es menos discrecional, el sistema de porcentaje confiere una mayor flexibilidad en el rango de posibilidades de ajuste de la multa (por ejemplo, mientras el primero da la posibilidad de modificar la multa en 0%, 10%, 20% o 30%, el segundo permite toda posible aplicación entre 0 y 30%).

En este caso, mi preferencia es por un sistema de porcentajes, según el cual el máximo aplicable en el caso de las agravantes será un aumento de hasta 100% de la multa base y en el caso de las atenuantes una rebaja de hasta 50% de ella.

En particular, el porcentaje máximo aplicable a cada una de las agravantes que se apliquen a un caso concreto sería el siguiente:

- Reincidencia: aumento de hasta 30% de la multa base⁸³;

⁸³ En el derecho comparado este porcentaje es a veces variable. En Francia, por ejemplo, corresponde a entre 15 y 50%, dependiendo del lapso de tiempo transcurrido desde que comenzó a llevarse a cabo la conducta hasta el momento en que se descubre la infracción, y de la naturaleza de la infracción. En la UE, la multa base puede ser incrementada hasta en 100% por este concepto. Sin embargo, he optado por un porcentaje predeterminado con el fin de restringir al máximo posible el margen de discrecionalidad de la autoridad.

- El agente es instigador de una conducta concertada: aumento de hasta 20% de la multa base;
- Obstrucción de la justicia y/o la investigación: aumento de hasta 20% de la multa base⁸⁴;
- Otras: en conjunto, aumento de hasta el 20% de la multa base:
 - Riesgo para la integridad o continua existencia del mercado.
 - Continuar con la infracción incluso después de conocer formalmente que se le investiga⁸⁵.
 - Gerentes o directores involucrados directamente en la infracción.
 - Otras debidamente fundadas.
- Monitoreo y/o control de una conducta concertada: aumento de hasta el 10% de la multa base.

Por su parte, el porcentaje de reducción aplicable a cada una de las atenuantes sería el siguiente:

- Cooperación significativa en la investigación: reducción de hasta el 20% de la multa base;
- Programa de *compliance*: reducción de hasta el 20% de la multa base; y,
- Otras: hasta el 10% de la multa base⁸⁶.

4.3. Tercera etapa: Ajustar la multa al máximo legal

Mi propuesta en esta materia es la única que requiere un cambio legal: en vez de que la multa máxima legal sea un valor fijo, propongo que dicho máximo esté establecido: (i) sobre la base de un *porcentaje* (ii) definido sobre las ventas totales de la firma (iii) durante un período determinado, (iv) efectuadas en el territorio nacional.

⁸⁴ Véase *supra*, nota 75.

⁸⁵ De acuerdo a la FNE (2013: 7), “La comunicación del inicio de la investigación será enviada a más tardar dentro del plazo de 5 días después de dictada la resolución que lo ordena, salvo en los casos en que se hubiere solicitado y accedido por el TDLC a mantener la reserva de la misma. En estos casos, la comunicación al afectado se realizará una vez alzada esa reserva”. La comunicación es por escrito, cumpliendo con los demás requisitos indicados en el instructivo interno de la FNE.

⁸⁶ Siempre que concurra además la cooperación significativa, de acuerdo a lo señalado en la sección 4.2.1.

Primero, con relación al porcentaje, propongo establecer como tope de la multa el 10% de la facturación neta (total) del agente económico. Esto es consistente con el derecho comparado, pues, como he adelantado, la gran mayoría de los países no indica un monto determinado sino que utiliza precisamente dicho porcentaje como máximo⁸⁷. Para estos efectos, propongo que por ‘agente económico’ se entienda también la matriz por las conductas anticompetitivas llevadas a cabo por alguna de sus filiales o subsidiarias, siempre que hayan fallado en asegurarse que éstas hayan implementado un programa de *compliance*⁸⁸.

Enseguida, es importante que el máximo aplicable sea determinado en relación con la facturación *net*a, pues si la multa base y las demás operaciones de cálculo se realizan en relación con un porcentaje de las ventas, resulta recomendable mantener un criterio similar al momento de establecer un máximo. Nótese, asimismo, que la cifra considerada dice relación con la facturación *total* del agente, no sólo la relacionada con el producto determinado, que es la utilizada para calcular la multa base.

Tercero, en cuanto al período de tiempo, en algunas legislaciones comparadas el 10% de las ventas netas totales es normalmente calculado en base a las ventas del último año comercial⁸⁹. Se ha criticado que éste sería un período de tiempo arbitrario que no reflejaría ni la situación económica ni financiera de la firma, por lo que se debiera buscar uno más representativo⁹⁰. Sin embargo, la crítica al menos deja dudas desde la perspectiva financiera, pues en la práctica las firmas suelen funcionar precisamente en anualidades para efectos de reparto de dividendos, gestión presupuestaria y otros. Lo que sí parece tener mayor sentido es que dicho período no tiene relación con la infracción cometida. Por esto, consistente con mi proposición en materia de cálculo de la multa base⁹¹, propongo que se tome en consideración todo el período durante el cual se llevó a efecto la infracción.

Finalmente, algunas jurisdicciones no sólo toman en consideración la facturación dentro del ámbito nacional, sino que el porcen-

⁸⁷ Véase *supra*, nota 48.

⁸⁸ En el derecho comparado existe discusión respecto de qué debe entenderse por agente económico para estos efectos. La propuesta sigue aquí a Hofstetter & Ludescher (2010).

⁸⁹ E.g., OFT (2004: párrafo 2.17); EU Commission (2006, párrafo 32).

⁹⁰ Geradin (2011: 39).

⁹¹ *Supra*, sección 4.1.3.

taje máximo se calcula considerando la facturación global del agente económico. Este último es el caso de Estados Unidos y de la UE. Sin embargo, mi recomendación es considerar sólo las ventas efectuadas en Chile, pues es probable que si la conducta se ha efectuado a nivel internacional, la firma ya haya sido, o vaya a ser también, sancionada en otras jurisdicciones. De considerarse las ventas mundiales, el principio de proporcionalidad podría verse vulnerado.

Como beneficio conexo, el cambio aquí propuesto permitiría tomar en consideración de mejor manera a las empresas de menor tamaño, al hacer la multa proporcional a la capacidad de pago. A este respecto, algunos economistas han sostenido que una multa podría llevar a una firma a la quiebra⁹². El argumento, sin embargo, es débil. Un pago único por concepto de multa no altera, necesariamente, los retornos futuros esperados de la firma, que son los verdaderos determinantes de su viabilidad en el largo plazo. Recuérdese que, económicamente, la decisión de cierre de una firma depende de sus costos totales; la quiebra puede ser sólo una situación transitoria. El máximo legal de la multa cumple precisamente el rol de prevenir estas situaciones, *siempre que* diga relación con la capacidad económica⁹³.

4.4. Etapa eventual: Aplicar la delación compensada (*leniency*)

Eventualmente, durante el proceso de determinación de la multa, corresponderá aplicar la delación compensada (artículo 39 bis del DL 211). En breve, cuando una firma cumple con las condiciones exigidas por la ley, puede acceder a una exención o rebaja de la multa⁹⁴. Para los efectos de la metodología aquí propuesta, lo relevante es el momento en que debe ser aplicada la delación compensada en caso de rebaja.

En efecto, el resultado es diverso si se considera la delación como atenuante o si se la incorpora en el cálculo después que la multa ha sido ajustada al máximo legal (en caso que proceda tal ajuste). Al re-

⁹² E.g., Van Cayseele *et al.* (2008).

⁹³ Con todo, idealmente también podrían ser adoptadas otras medidas que impidan eventuales dificultades económicas; por ejemplo, la posibilidad de que el TDLC decreta el pago de la multa en cuotas cuando así lo considere necesario (esta medida, sin embargo, probablemente requiere cambio legal).

⁹⁴ La exención total fue aplicada, por ejemplo, en *Tecumseh* (sentencia 122/12), c° 125.

cibir aplicación posterior, el programa tiene mayores beneficios para los agentes que colaboraron con la investigación, pues la rebaja es mayor. Por esto, mi propuesta es que, cuando proceda aplicarla, la reducción por delación compensada sea considerada como la etapa final del proceso de determinación de la multa.

Luego de esto, no debería proceder variante alguna que modifique el monto estimado. La multa final es aquella suma que deberá pagar la firma como sanción.

5. Conclusiones

Las bases del derecho de la competencia moderno son eminentemente económicas. Esto es al menos claro cuando se trata del análisis sustancial de las conductas, el cual está basado en sofisticados conceptos teóricos económicos y de organización industrial, que tienen por objetivo determinar si una práctica es anticompetitiva y daña a la sociedad, o si ella es socialmente beneficiosa en razones de consideraciones de eficiencia (u otras)⁹⁵.

Sin embargo, las sólidas bases económicas parecen tambalear cuando se trata de determinar en concreto una sanción (y por ende, una multa) en casos de infracción a las normas sustantivas. Por esencia, sea en el plano público o privado, el derecho sancionatorio requiere *cuantificación* (de daños, beneficios económicos, etc.). Este último acto, a su vez, presenta complejidades empíricas que dejan en evidencia el abismo existente entre teoría y práctica, por una parte, y limitan severamente el aporte del análisis económico en esta materia, por otra. Por una parte, la cuantificación requeriría de análisis extremadamente complejos como para ser aplicados en el contexto de un proceso en un marco de tiempo razonable, aun cuando se litigue frente a un tribunal altamente especializado como en el caso chileno⁹⁶. Por otra, la complejidad puede generar cierta tensión con algunos principios generales del derecho sancionador y la necesidad de que la sanción no sea establecida de manera

⁹⁵ La excepción son los temas relativos a la definición del mercado relevante, los cuales tienen un componente empírico importante.

⁹⁶ Sobre modelos institucionales en materia de competencia, véase Tapia y Montt (2012).

arbitraria⁹⁷. Todo esto hace que no sea aconsejable aplicar estudios empíricos en materia sancionatoria.

Con todo, lo anterior no implica ‘saltar’ de inmediato a la conclusión de que las sanciones no pueden estar basadas en una cierta metodología que, sumada al desarrollo de criterios cualitativos, otorgue pautas cuantitativas fundadas en sólidos pilares económicos (como en ocasiones se ha sostenido en nuestro derecho). Por el contrario, esto constituye un complemento necesario a las medidas y herramientas introducidas por las reformas más recientes a la institucionalidad de competencia chilena —particularmente, multas más altas a ser aplicadas por el TDLC y mayores herramientas a la FNE para perseguir las infracciones cometidas por agentes económicos.

Las ventajas de la cuantificación son múltiples. Primero, sólo una metodología robusta permite sancionar a una firma infractora con una suma determinada que tenga algún grado demostrable de relación con la conducta anticompetitiva en que ha incurrido. Segundo, si bien es inevitable la existencia de cierto nivel de discreción en materia de multas, la objetivación del cálculo incrementa la disuasión, pues ésta sólo puede ser alcanzada cuando la multa que un agente infractor espera le sea aplicada, en caso de ser descubierta, es clara y predecible. Finalmente, la liberación de recursos que trae aparejada la reducción de la discreción tiene el potencial de incrementar, en paralelo, la probabilidad de detección.

Lamentablemente, bajo nuestro marco jurídico actual, las ventajas son en gran medida inalcanzables si no ocurre un cambio en la práctica jurídica. Este cambio, en la forma que he indicado en este trabajo, tiene sólo *un* componente legal; los demás pueden ser de inmediata aplicación. Con todo, si bien las propuestas aquí planteadas pueden o no ser acogidas de manera exacta por las autoridades, su propósito es al menos contribuir al debate acerca de la mejor forma de alcanzar un adecuado nivel de disuasión de las conductas anticompetitivas. En este sentido, una metodología de cálculo debiera ser explicitada lo más pronto posible.

⁹⁷ Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional, rol 376, de fecha 17.06.03 (estableciendo que las sanciones administrativas sólo pueden ser aplicadas previa instrucción de un debido proceso administrativo).

BIBLIOGRAFÍA

- ABA Section of Antitrust Law. *Proving Antitrust Damages: Legal and Economic Issues* (2ª ed.), 2010.
- Ashurst. "Study on the Conditions of Claims for Damages in Case of Infringements of EC Competition Rules. Part 2, Analysis of Economic Models for the Calculation of Damages". Estudio preparado para la Comisión Europea, 2004.
- Autorité de la Concurrence. "Notice of 16 May 2011 on the Method Relating to the Setting of Financial Penalties", 2011.
- Becker, Gary. "Crime and Punishment: An Economic Approach". *Journal of Political Economy* 76, 1969, pp. 169-217.
- Birks, Peter. "Three Kinds of Objection to Discretionary Remedialism". *University of Western Australia Law Review* 29, 2000, pp. 1-17.
- Boyer, Marcel y Rachidi Kotchoni. "The Econometrics of Cartel Overcharges". Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=1787632>> (última visita: 20 de junio 2011), 2011.
- . "How Much do Cartels Typically Overcharge?" Disponible en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2076055> (última visita: 10 de agosto 2012), 2012.
- CAPDLC (Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia). "Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia", julio 2012.
- CFC (Comisión Federal de Competencia de México). "Proyecto de Criterios Técnicos para la Imposición de Multas en Materia de Competencia Económica", abril 2011.
- Commerce Act*. Nueva Zelanda, 1986.
- Connor, John M. "Price-Fixing Overcharge: Revised 2nd Edition". Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=1610262>> (última visita: 20 de junio 2010), 2010.
- Connor, John M. y C. Gustav Helmers. "Statistics on Modern Private International Cartels, 1990-2005". *American Antitrust Institute Working Paper* N° 07-01, 2007.
- Connor, John M. y Robert H. Lande. "How High do Cartels Raise Prices? Implications for Optimal Cartel Fines". *Tulane Law Review* 80, 2006, pp. 513-570.
- Davis, Peter y Eliana Garcés. *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2010.
- Elzinga, Kenneth G. y William Breit. "Antitrust Penalties and Attitudes toward Risk: An Economic Analysis". *Harvard Law Review* 86, 1973, pp. 693-713.
- E.U. Commission. "Directrices para el Cálculo de las Multas Impuestas en Aplicación del Artículo 23, Apartado 2, Letra a), del Reglamento (CE) N° 1/2003", DOCE 2010, septiembre 2006.
- Evans, Simon. "Defending Discretionary Remedialism". *Sydney Law Review* 23, 2001, pp. 463-500.

- FNE (Fiscalía Nacional Económica). “Informe Anual 2009”, 2010, Santiago.
- . “Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia”. Material de Promoción N° 3, junio 2012, Santiago.
- . “Instructivo Interno para el Desarrollo de las Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica”, mayo de 2013, Santiago.
- Geradin, Damien. “The EU Competition Law Finin System: A Reassessment”. Disponible en: <<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstractid=1937582> (última visita: 28 de noviembre 2012), 2011.
- Ginsburg, Douglas H. y Joshua Wright. “Antitrust Sanctions”. *Competition Policy International* 6 (2), 2010, pp. 3-39.
- Hofstetter, Karl y Melanie Ludescher. “Fines against Parent Companies in EU Antitrust Law: Setting Incentives for ‘Best Practice Compliance’”. *World Competition* 33 (1), 2010, pp. 55-76.
- Howell, Beryl A. “Sentencing of Antitrust Offenders: What Does the Data Show?”. Disponible en http://www.ussc.gov/About_the_Commission/About_the_Commissioners/Selected_Articles/Howell_Review_of_Antitrust_Sentencing_Data.pdf (última visita: 28 de agosto de 2013), 2010.
- ICN (International Competition Network), Cartel Working Group. “Setting of Fines for Cartels in ICN Jurisdictions”. Informe de “7th ICN Annual Conference Kyoto”. Disponible en: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc351.pdf>> (última visita: 1 de junio 2011), 2008.
- Kneuper, Robert y James Langefeld. “The Potential Role of Civil Antitrust Damage Analysis in Determining Financial Penalties in Criminal Antitrust Cases”. *George Mason Law Review* 18 (4), 2011, pp. 953-986.
- London Economics. “An Assessment of Discretionary Penalties Regimes”. Informe preparado para Office of Fair Trading, OFT 1132. Londres, octubre 2009.
- Motta, Massimo. “On Cartel Deterrence and Fines in the European Union”. *European Competition Law Review* 29 (4), 2008, pp. 209-220.
- Mutchnik, James, Christopher Casamassima y Brenton A. Rogers. “The Volume of Commerce Enigma”. *Antitrust Source* 7, 2008, pp. 1-10.
- OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development) “Economic Survey of Chile”, 2010a.
- . “Competition Law and Policy in Chile”, 2010b.
- . “Quantification of Harm to Competition by National Courts and Competition Agencies”. Policy Roundtable, febrero 2011, 2012.
- OFT (Office of Fair Trading). “OFT’s Guidance as to the Appropriate Amount of a Penalty”, 2004.
- Page, William. “Optimal Antitrust Remedies: A Synthesis”. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2061791 (última visita: 18 de diciembre 2012), 2012.
- Posner, Richard. *Antitrust Law*. The University of Chicago Press (2^a ed.), 2001.
- . *Economic Analysis of Law*. Wolters Kluwer (7^a ed.), 2007.
- Romero, Juan José. “Enforcement, Sanciones y Multas en el Sistema de Libre Competencia Chileno”. En Centro de Libre competencia UC (edit.), *La*

- Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*. Santiago: Thomson Reuters, 2011.
- Smuda, Florian. “Cartel Overcharges and the Deterrent Effect of EU Competition Law”. *ZEW Discussion Papers* N° 12-050, 2012.
- Tapia, Javier. “Carácter Anticompetitivo de los Acuerdos Restrictivos de la Competencia en el Sector Retail”. En Paulo Montt y Nicole Nehme (eds.), *Libre Competencia y Retail*. Santiago: Legal Publishing, 2010.
- . “Increasing Deterrence in Latin American Competition Law Enforcement Regimes”. En Richard Whish y Christopher Townley (eds.), *New Competition Jurisdictions: Shaping Policies and Building Institutions*. Edward Elgar, 2012.
- Tapia, Javier y Santiago Montt. “Judicial Scrutiny and Competition Authorities: The Institutional Limits of Antitrust”. En Sokol, Daniel y Ioannis Lianos (eds.), *The Global Limits of Competition Law*. Stanford University Press, 2012.
- U.S. Department of Justice. “The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the Last Two Decades”. Presentado en The 24th Annual National Institute on White Collar Crime, febrero 2010, Miami, Florida.
- U.S. Sentencing Commission. “Guidelines Manual”, § 3 E1.1, noviembre 2012.
- Van Cayseele, Patrick, Peter D. Camesasca y K. Hugmark. “The EC Commission 2006 Fine Guidelines Reviewed from an Economic Perspective: Risking Over-Deterrence”. *The Antitrust Bulletin* 53 (4), 2008.
- Veljanovski, Cento. “European Commission Cartel Prosecution and Fines, 1998-2006. An Updated Statistical Analysis of Fines under the 1998 Penalty Guideline”. Disponible en <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1016014> (última visita: 29 de noviembre 2012), 2010.
- . “Deterrence, Recidivism and European Cartel”. Disponible en: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1758639> (última visita: 29 de noviembre 2012), 2011.
- Werden, Gregory. “Sanctioning Cartel Activity: Let the Punishment Fit the Crime”. *European Competition Journal* 5 (1), 2009, pp. 19-36.
- Wils, Wouters. “Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice”. *World Competition* 29 (2), 2006, pp. 183-208. □