

GUÍA PARA LA IMPOSICIÓN DE MULTAS POR INFRACCIÓN A LA NORMATIVA DE COMPETENCIA



Tabla de contenido

	TABLA DE ABREVIATURAS	3
	I.INTRODUCCIÓN	4
	II.OBJETIVOS Y ROL DE LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA EN LA IMPOSICIÓN DE MULTAS.	5
	III.PRINCIPIOS GENERALES PARA IMPOSICIÓN DE MULTAS	6
	A.Principio de legalidad y seguridad jurídica en la actividad sancionadora administrativa	6
	B.Carácter disuasorio de la sanción	7
	C.Principio de proporcionalidad	8
	D.Motivación de la sanción	9
	IV.BASE LEGAL PARA LA IMPOSICIÓN DE MULTAS	9
	A.Posibles infractores	9
	B.Tipos de infracción	10
	1.Infracción de obligaciones sustantivas	10
	2.Infracción a deberes formales	10
	3.Infracción a deberes procesales	11
	4.Otras infracciones accesorias	11
	C.Categorías de infracciones según su gravedad y montos de multas	12
	D.Criterio de gravedad particular	12
	E.Parámetros de ponderación aplicables a cada tipo de infracción	13
	V.CÁLCULO DE LAS MULTAS	14
	A.Método de cálculo de la multa	14
	B.Primer Etapa: Fijación del monto base	16
	a. Gravedad de la infracción	16
	b. Amenaza o daño causado	17
	c. Tamaño del mercado afectado	17
	d. Duración	18
	C.Segunda Etapa: Ajustes al monto base por la ponderación individual de cada infractor (Circunstancias agravantes y mitigantes)	19
	a. Intencionalidad	19
	b. Participación del infractor en el mercado	20
	c. Reincidencia del infractor	20
	d. Capacidad de pago	20
	VI. REDUCCIÓN DE MULTAS POR DISPOSICIÓN LEGAL	22
	A. Terminación anticipada con reconocimiento de comisión de la infracción.	22
	B. Exoneración y reducción de las multas (Programa de Clemencia)	23
	VII.REFERENCIAS	24

Tabla de Abreviaturas

**"SUTEL", "La Superintendencia",
"Autoridad"**

Superintendencia de Telecomunicaciones

"COPROCOM"

Comisión para Promover la Competencia

Ley 9736

Ley N° 9736, Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica

Ley 8642

Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones

Leyes de Competencia

En conjunto, la Ley N° 7472, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley N° 9736, Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica y las normas de competencia contenidas en la Ley N° 8642, Ley General de Telecomunicaciones

Ley 7472

Ley N° 7472, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor

Reglamento a la Ley 7472

Decreto Ejecutivo N° 37899-MEIC, Reglamento a la Ley N° 7472, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor

Reglamento Ejecutivo a la Ley 9736

Decreto Ejecutivo N° 43305-MEIC, Reglamento a la Ley 9736, Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica.

Reglamento de Competencia

Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones.

I. INTRODUCCIÓN

El Título III, Capítulo VII de la Ley 9736 y el Título V de la Ley 8642, regulan el régimen sancionatorio por infracciones a las normas de competencia del sector telecomunicaciones.

Conforme a dichas normas, la Autoridad tiene legalmente asignadas potestades de imperio con elementos discrecionales para la fijación de las multas en cada caso específico. Esta discrecionalidad debe ejercerse dentro de una línea coherente y objetiva, evitando las discriminaciones en la búsqueda de los objetivos que persigue la represión de las infracciones a las leyes de competencia (Comisión Europea, 1998).

Para las autoridades de competencia las multas persiguen principalmente dos finalidades. Por un lado, deben ser suficientes para compensar el daño causado a la sociedad, al afectar el proceso de competencia y libre concurrencia. Por el otro, las sanciones también deben disuadir a los agentes económicos de incurrir en prácticas y/o comportamientos que impliquen una distorsión de la libre competencia que sea perjudicial, directa o indirectamente, para la eficiencia económica y/o para los consumidores y usuarios, así como aquellas infracciones establecidas por Ley que pretenden asegurar la correcta operación del sistema de protección a la libre competencia.

El artículo 22 de la Ley 9736, concede a la SUTEL la facultad de emitir guías para orientar a los agentes económicos acerca de la forma en que ejercerán sus facultades legales y aplicarán e interpretarán el derecho de la competencia.



El objetivo de la presente guía es aumentar la transparencia, objetividad y predictibilidad sobre la forma en que la Autoridad determinará los montos de las multas por las infracciones cuyo conocimiento efectivo sea de su competencia. Con ello, se busca no solo aumentar la seguridad jurídica, sino también fortalecer la aplicación de otras figuras legales contenidas en la Ley 9736, tales como la exoneración y reducción de multas (conocida como “Programa de clemencia” según las mejores prácticas internacionales) de los artículos 121 y siguientes; así como la Terminación anticipada con reconocimiento de comisión de infracción, según los artículos 66 y siguientes de dicha Ley. Ambas figuras, para que funcionen de forma óptima, requieren de cierto grado de certeza y de predictibilidad sobre la forma en que se determinan las multas por parte de la Autoridad correspondiente.

A través de la guía, los agentes económicos conocerán con claridad el valor de cada criterio de ponderación de las sanciones económicas y podrán anticipar la forma en que la Autoridad valorará las circunstancias, los criterios de ponderación y el contexto particular de una conducta para efectos sancionatorios.

Esta guía no desarrolla los criterios bajo los cuales la Autoridad considerará si se realizó una infracción, ni tampoco contempla la imposición de las sanciones no-económicas establecidas por Ley. El propósito de este documento es difundir la forma en que la Autoridad calculará las multas al adoptar la decisión final de un procedimiento sancionatorio en el que, con base en las pruebas evacuadas y las normas de fondo correspondientes, se comprobó que existe una infracción sancionable con multa y debe determinar el monto de esta sanción.

En tal sentido, se aclara que la graduación de las multas no es una ciencia exacta, ni obedece a una fórmula rígida. Por su naturaleza, es una potestad discrecional de la Autoridad de Competencia, la cual debe tener en cuenta las particularidades de cada caso. Por ello, esta guía no pretende sustituir dicha discrecionalidad ni constituir una fórmula matemática para el cálculo de multas. Sin embargo, sí constituye una forma de incrementar la certeza en el ejercicio de esta facultad discrecional, y explicar la forma en que se aplicarán y calcularán las distintas multas por parte de la Autoridad con fundamento en los distintos criterios de Ley.

Para la elaboración de esta guía se han consultado la Ley 9736 y su Reglamento Ejecutivo, la Ley 7472 y su Reglamento, la Ley 8642 y su Reglamento, el Reglamento de Competencia, jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa pertinente, así como legislación e instrumentos normativos comparados de otros países. También se consultaron reportes y estudios doctrinales y de mejores prácticas reconocidas internacionalmente, incluyendo recomendaciones de la *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos* (OCDE), y la *International Competition Network* (ICN), entre otros. Estas fuentes han sido utilizadas de referencia con el único propósito de informar la elaboración de esta Guía.

II. OBJETIVOS Y ROL DE LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA EN LA IMPOSICIÓN DE MULTAS.

La potestad sancionadora de la Administración constituye una manifestación del ius puniendi del Estado, cuyos alcances y específicas acciones son reguladas ordinariamente en un capítulo particular de leyes especiales o de intervención sectorial (en este caso las Leyes de Competencia), en atención al interés público que para el Estado reviste una determinada materia; lo que a su vez legitima la acción represora o interviniendo sobre la esfera de derechos del ciudadano (Procuraduría General de la República, 2008).

Las sanciones administrativas buscan proteger un bien jurídico que el legislador considera instrumental y esencial para la realización de fines de interés general. En el caso particular de las normas antimonopolio, la intención del legislador fue fomentar el mayor grado posible de competencia entre agentes del mercado, partiendo de que la competencia genera mayores beneficios para el consumidor en términos de precio, calidad, servicio e innovación, mientras que se generan eficiencias económicas que contribuyen a una mejor distribución de los recursos y a una sociedad desarrollada. Por lo tanto, aquellos agentes que incurran en conductas dirigidas a disminuir, eliminar o en cualquier forma aplacar la competencia en el mercado, deben ser sancionados. De igual forma, el legislador previó determinadas infracciones para evitar que las labores de la Autoridad y sus procedimientos sean entorpecidas indebidamente, falseando indirectamente la aplicación de las normas de fondo.

En lo concerniente a la finalidad de las sanciones administrativas, la jurisprudencia nacional ha reconocido que *"la intencionalidad que obra de por medio cuando el Estado impone una multa, busca dos objetivos no excluyentes, siendo el primero castigar al infractor y el segundo, disuadir a los miembros del colectivo a no cometer las infracciones, o dicho de manera positiva, a respetar las normas que se encuentran en la ley formal"* (Sala Constitucional, 2013; Tribunal Contencioso Administrativo, 2010).

En el caso específico de las sanciones y multas en materia de competencia, los objetivos que normalmente persiguen las autoridades de competencia son la disuasión, el castigo o la restitución, o una combinación de ellos. Algunas jurisdicciones hacen más hincapié en un objetivo sobre los otros, o incluso excluyen totalmente alguno de ellos. Para muchas autoridades, reviste especial importancia el objetivo de disuadir a las personas o empresas de volver a involucrarse conductas ilícitas en el futuro (es decir, se trata de una disuasión específica), así como de disuadir a otros posibles infractores de incurrir en prácticas anticompetitivas, constituir cárteles anticompetitivos o de unirse a ellos (es decir, disuasión generalizada) (OCDE, 2019).

Así, la sanción establecida por Ley no sólo tiene como finalidad corregir una falta, sino que tiene un carácter disuasivo, no sólo para el infractor sino para la colectividad, procurando que la conducta sancionada no se repita. *"Las sanciones económicas que los órganos públicos pueden imponer en materia de derecho de la competencia deben de ser de un monto que sea útil, para que los agentes económicos desistan de cualquier práctica orientada a eliminar la libre competencia en un determinado sector del mercado. La prevención general negativa siempre se impone frente a una conducta cuya gravedad es proporcional a la sanción impuesta. De igual forma, la sanción tiene relación con el lucro que pudo obtenerse mediante la distorsión de la libre competencia."* (Sala Constitucional, 2013).

Conforme a los dictados de la jurisprudencia nacional aplicable (Tribunal Contencioso Administrativo, 2010) en la aplicación de multas, la SUTEL deberá observar el cumplimiento de los principios de razonabilidad, proporcionalidad y justicia, de modo que sus actuaciones no sean arbitrarias. Tanto la Ley 9736 como la Ley 8642 establecen un sistema de multas de máximos y mínimos para cada falta. Dentro de este rango, de manera razonada, la Autoridad determinará la sanción en el caso concreto, tomando como base los criterios de ponderación que establece el artículo 120 de la Ley 9736.

Este deber de fundamentación para la aplicación de una sanción constituye parte integrante del derecho al debido proceso, según se profundiza en las siguientes secciones de esta guía.

III. PRINCIPIOS GENERALES PARA IMPOSICIÓN DE MULTAS

La Ley otorga a la autoridad discrecionalidad en la valoración de los distintos elementos que se toman en cuenta al determinar las multas. Esta discrecionalidad, sin embargo, no es absoluta ni puede ejercerse de forma abusiva, sino que su ejercicio está limitado por la legalidad y los principios generales del derecho, especialmente aquellos principios y derechos de los particulares que sirven de contención al ejercicio punitivo del Estado (Tribunal de Casación Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, 2011).

La discrecionalidad de la autoridad para fijar las multas debe siempre aplicar los siguientes principios:

1. Legalidad y seguridad jurídica.
2. Carácter disuasorio de la sanción.
3. Proporcionalidad.
4. Motivación de la sanción.

Para la determinación de los umbrales de una multa por aplicar, la Autoridad considerará los siguientes principios derivados del debido proceso constitucional (sin perjuicio de los demás principios y reglas procedentes de otras Leyes y/o normativa secundaria aplicable a la actividad punitiva):

A. Principio de legalidad y seguridad jurídica en la actividad sancionadora administrativa

Debido a la naturaleza punitiva que comparten el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal, tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional (Sala Constitucional, 2000), para la imposición de las multas administrativas previstas en la legislación de competencia, la Autoridad se apegará *-mutatis mutandis-* al principio de legalidad penal y al principio de seguridad jurídica. En palabras de la Sala Constitucional: *"si bien el principio de legalidad en materia sancionatoria cobra su mayor entidad en el orden penal, es indudable que las garantías constitucionales que le acompañan también extienden sus alcances al campo de las infracciones administrativas, lo que no significa un automático traslado en idénticas condiciones, pues la especificidad de la actuación administrativa y la diversidad de las sanciones aplicables hacen que la aplicación de este sistema de garantía adquiera sus propios matices"* (Sala Constitucional, 2020).

Al amparo de estos principios, las sanciones que imponga la Autoridad se limitarán estrictamente a las conductas previstas expresamente en las infracciones contempladas en la Ley 9736 y la Ley 8642, considerando el desarrollo que, de dichas infracciones, contengan sus respectivos Reglamentos y demás normas secundarias.

Por derivación, la determinación de las multas se adecuará también al principio de tipicidad y a la prohibición de analogía. Estos principios presuponen que las infracciones incluidas por el Legislador en las leyes aplicables contienen una definición precisa de la conducta reprochada, que permite a los agentes conocer con suficiente grado de certeza los alcances y límites de aquellas conductas prohibidas (*lex certa*).

Por lo tanto, en la valoración de las conductas prohibidas y para evitar ampliaciones por analogía de los supuestos fácticos prohibidos, la Autoridad seguirá las definiciones contenidas en las Leyes y demás normas aplicables, según se interpretan en las secciones siguientes de esta guía y en la jurisprudencia administrativa que se desarrolle a lo largo del tiempo.

B. Carácter disuasorio de la sanción

Como y se indicó, el principal propósito de las multas por infracciones a las leyes de competencia es disuadir las conductas. Es decir, procurar que de la conducta ilegal sean esperables más costos que beneficios, para que no sea rentable cometer la infracción (CNMC, 2016). Esta necesidad de fijar las multas en un valor suficientemente disuasorio cumple el doble propósito de sancionar a los infractores (efecto disuasorio específico) y además disuadir a otras empresas de adoptar o mantener conductas contrarias a la Ley (efecto disuasorio general) (Comisión Europea, 2006).

En lo concerniente a la finalidad de las sanciones administrativas, la jurisprudencia nacional ha reconocido que *“la intencionalidad que obra de por medio cuando el Estado impone una multa, busca dos objetivos no excluyentes, siendo el primero castigar al infractor y el segundo, disuadir a los miembros del colectivo a no cometer las infracciones, o dicho de manera positiva, a respetar las normas que se encuentran en la ley formal”*.

(Sala Constitucional, 2013)

Las multas, por tanto, son un importante instrumento de prevención de violaciones a las reglas y políticas antimonopolio debido a tres factores (P.J. WILS, 2006):



1. El efecto disuasorio comentado, debido a la amenaza creíble de ser sancionado económicamente en caso de incurrir en una infracción y el costo que ello representaría en el análisis de costo-beneficio que realice el agente previo a cometer la infracción.
2. El efecto moral que provoca en quienes sí cumplen la normativa, pues refuerza su compromiso con el cumplimiento de la normativa de competencia, y
3. El incremento que se genera en el costo de liderar, conformar y gestionar una conducta ilegal, debido a los programas de clemencia y/o las circunstancias agravantes o atenuantes de las multas.

Debido a las funciones descritas, el efecto disuasivo de la multa implica, en teoría, que a través de la sanción se elimine el beneficio económico que pueda generarse con motivo de una infracción y además se desincentiven futuros incumplimientos (FNE, 2019). Sin embargo, los beneficios derivados de la infracción son muchas veces difíciles de calcular. Por ello muchas leyes de competencia usualmente acuden a otro tipo de parámetros tales como un porcentaje de los ingresos del infractor (OCDE, 2002). Este es el tipo de sanción que establecen tanto la Ley 8642, como la Ley 9736, para la mayoría de las infracciones.

En algunas ocasiones, sin embargo, la multa impuesta a los agentes económicos es insuficiente para disuadir las conductas prohibidas (OECD, 2013). Un ejemplo de ello se da en los casos en que una infracción genera ganancias para la empresa que la comete, y una parte de estas ganancias benefician a quienes tomaron la decisión de realizarla. Posteriormente, si la conducta es detectada y castigada la sanción deberá ser afrontada por la empresa, por lo que el principal daño lo sufrirán sus accionistas y no quienes decidieron infringir la Ley.

Por ello, en procura de mantener el carácter disuasorio de las multas impuestas por las autoridades de competencia, en muchas ocasiones, se imponen también sanciones para las personas físicas que

participaron en la conducta, así como de otras sanciones no-económicas para los agentes económicos que las realizan (OFT, 2009). Las multas impuestas a personas físicas constituyen también un incentivo adicional para que éstas acudan a reportar carteles realizados en secreto, o para que cooperen durante una investigación en curso (OECD, 2013).

C. Principio de proporcionalidad

La autoridad debe imponer las sanciones en estricto apego al principio constitucional de proporcionalidad. De conformidad con este principio, el importe o umbral de las multas debe ser adecuado a la gravedad y dimensión de la conducta del infractor, al mismo tiempo que suficiente para garantizar los fines públicos perseguidos con la sanción. En términos simples, el principio de proporcionalidad establece que si la infracción es grave debe tener una sanción fuerte o igualmente grave, por el contrario, si la infracción es leve, tiene que aplicarse una sanción leve. Por su parte, si existe esta discrecionalidad de elegir entre varias sanciones, otro elemento a considerar es el optar por la que menos afecte la esfera jurídica del administrado, es decir la sanción menos perjudicial (Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, 2009).

En el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador el principio de proporcionalidad determina la necesaria adecuación o equilibrio de las penas a la gravedad de las infracciones, por lo que la autoridad administrativa deberá seleccionar la sanción específica que mejor se aplique al caso concreto dentro del margen de discrecionalidad otorgado previamente por el legislador (Procuraduría General de la República, 2001). La jurisprudencia constitucional ha señalado sobre el particular que *“la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende lograr en beneficio de la colectividad”* (Sala Constitucional, 2013).

El principio de proporcionalidad de las multas cumple una doble función. Por un lado, pretende que el monto de la multa guarde relación con las consecuencias causadas por la infracción. Las violaciones a la ley generan un beneficio anti jurídico para quien las comete y en el caso de las prácticas anticompetitivas extrae rentas a los consumidores en favor del o de los infractores. Las multas deben ser proporcionales a este beneficio ilegítimo. Por el otro lado, la proporcionalidad es también un límite para que las multas no sean excesivas.

Una multa excesivamente alta, además de su posible nulidad por infracción al principio constitucional de proporcionalidad, podría generar distintas consecuencias no deseadas, entre las cuales están las siguientes (OFT, 2009):

- **Disuasión excesiva:** Multas desproporcionadamente altas podrían desincentivar la inversión por parte de potenciales inversionistas, o la expansión de empresas hacia nuevos negocios.
- **Errores en la aplicación de la Ley:** Ninguna autoridad de competencia debe descartar la posibilidad de cometer errores en la aplicación de la ley. Estos errores pueden ser tanto por sancionar casos que no lo ameritan (error tipo 1 o “falso positivo”) o no intervenir en casos que sí debe hacerlo (error tipo 2 o “falso negativo”). Además del costo económico de ambos tipos de error, éstos también disminuyen el carácter disuasorio de la multa. En el caso de los falsos positivos, habría poca diferencia entre cumplir la Ley o infringirla. Con los falsos negativos, si los infractores no reciben sanción, el beneficio percibido por cumplir la ley es menor para quienes la respetan.
- **Riesgo de insolvencia:** Aun cuando la multa se fije en un monto aparentemente óptimo, es posible que el infractor no le pueda hacer frente y genere una situación de insolvencia. En estos casos la multa no solo se vuelve confiscatoria, sino que además podría generar la salida de agentes económicos del mercado, lo cual es un resultado no deseado por la Autoridad.

Por estas razones se valorarán todos los criterios de ponderación de las sanciones, previstos en el artículo 120 de la Ley 9736 y de acuerdo con la definición, el método y el valor asignado a cada criterio en las secciones subsiguientes de esta guía.

D. Motivación de la sanción

La motivación es la fundamentación fáctica y jurídica utilizada por la SUTEL para justificar la legalidad y oportunidad de los actos que adopta. Para efectos de la presente guía, es la exteriorización de las razones de hecho y de derecho que sirven de causa a la aplicación individualizada de una multa por infracción a las reglas de competencia.

La motivación es un elemento esencial de los actos administrativos, especialmente de aquellos susceptibles de incidir negativamente en la esfera jurídica de los particulares. La motivación es también un componente esencial del debido proceso, según reiterada jurisprudencia nacional, pues permite al destinatario de los actos comprender las razones de las decisiones administrativas y combatirlas mediante los remedios previstos para tales efectos (Tribunal Contencioso Administrativo, 2010).

En el contexto de un procedimiento sancionatorio en materia de competencia, la determinación del importe de las multas debe estar claramente motivado. Según la jurisprudencia nacional (Tribunal Contencioso Administrativo, 2010), para que la motivación de la multa sea válida y suficiente, deberá expresar los parámetros y criterios objetivos utilizados para imponer la sanción en cada caso y para cada agente particular. Particularmente, la Autoridad hará referencia expresa y profusa a los criterios de ponderación previstos en el artículo 120 de la Ley 9736, los aplicará al caso concreto, y dimensionarán tanto en qué forma se presentaron como en qué grado (Tribunal Contencioso Administrativo, 2008); lo anterior en concordancia con lo dispuesto también en el artículo 136 de la Ley 6227.

En atención a la jurisprudencia aludida, será especialmente importante que, con vista en la metodología contemplada en secciones subsiguientes de esta guía, la Autoridad seleccione y exponga, de manera razonada, los parámetros tomados como base para adecuar la multa a la situación particular e individualizada de cada empresa o persona sancionada. Por lo tanto, en todo acto final emitido con ocasión de un procedimiento especial sancionatorio del régimen de competencia, la SUTEL expondrá el razonamiento que informa sus decisiones sancionatorias y que justifica, en cada caso y para cada infractor individualmente considerado, el importe de una multa específica.

IV. BASE LEGAL PARA LA IMPOSICIÓN DE MULTAS

A. Posibles infractores

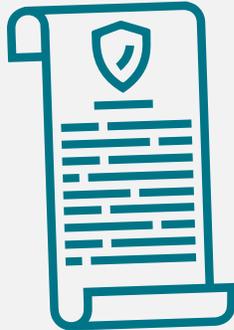
La Ley 9736 establece sanciones para cuatro tipos de infractores:

- *Agentes económicos que realizan una conducta prohibida:* Los agentes económicos que ejecutan directa y materialmente, por sí mismos, las conductas monopolísticas prohibidas o que omiten el cumplimiento de las obligaciones formales o procedimentales descritas en las secciones anteriores de esta Guía.
- *Personas físicas o jurídicas que promueven o coadyuvan a la realización de una práctica monopolística:* Son quienes, sin ejecutar directa y materialmente, por sí mismos, prácticas monopolísticas prohibidas o concentraciones ilícitas, coadyuvan, facilitan, propician o inducen la comisión de las infracciones por parte de terceros. Un ejemplo sería una cámara o asociación gremial que facilita o promueve la comisión de una práctica monopolística por parte de sus miembros.

- *Personas físicas actuando en representación de agentes económicos infractores:* Son quienes participan directamente en prácticas monopolísticas o concentraciones ilícitas, pero actuando en representación de un agente económico. A modo de ejemplo, los representantes legales, apoderados, directores, gerentes o cualquier otra persona física que, de hecho o de derecho, actúe por cuenta u orden de dicho agente.
- *Funcionarios públicos que promueven o coadyuvan a la realización de una práctica monopolística:* Para efectos de esta guía, se considerará funcionario público a la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, según la definición del artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública. Se considera infractor al funcionario que coadyuve, facilite, propicie o participe de cualquier forma en la realización de prácticas monopolísticas por parte de agentes económicos en el mercado.

B. Tipos de infracción

La Ley 9738 contempla una serie de infracciones que podrían ser relevantes en el contexto de una investigación de la SUTEL o de un procedimiento de concentración, las cuales tienen una naturaleza distinta entre sí. La naturaleza de cada infracción determinará la elección de los criterios del artículo 120 de la Ley 9736 que aplicarán al caso concreto, así como para verificar la existencia o no de reincidencia¹.



Tipos de infracciones según su naturaleza

Las infracciones de la Ley 9736 son de cuatro tipos, dependiendo de su naturaleza:

- a. Transgresión de obligaciones sustantivas.
- b. Contravención a deberes formales.
- c. Incumplimiento de deberes procesales.
- d. Otras infracciones accesorias.

La naturaleza de cada infracción influye en la elección de los criterios que se utilizan para cuantificar las multas.

Para efectos de esta guía, las infracciones se describen, según su naturaleza, de la siguiente forma:

1. *Infracción de obligaciones sustantivas*

Las obligaciones de este tipo se refieren a las prácticas anticompetitivas y concentraciones indebidas, que son conductas que distorsionan la competencia y falsean el funcionamiento del mercado.

2. *Infracción a deberes formales*

Los deberes formales son obligaciones impuestas por Ley a los administrados para coadyuvar a la Autoridad a ejercer sus funciones, cuyo incumplimiento constituye una infracción, aun cuando no exista una violación material o sustancial a las normas que protegen la competencia en los mercados.

¹. El Artículo 1 inciso h) de la Ley 9736 define la reincidencia como la "reiteración de una infracción que se refiera a conductas tipificadas en la misma naturaleza, según lo establecido en los artículos 115, 116, 117 y 118 de la presente ley; en el capítulo III de la Ley N.º 7472, Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, de 20 de diciembre de 1994 y sus reglamentos, y en el capítulo II del título III de la Ley N.º 8642, Ley General de Telecomunicaciones, de 4 de junio de 2008 y sus reglamentos, en lo relativo al régimen sectorial de competencia. Lo anterior, siempre y cuando ocurra dentro de los siguientes cuatro años a partir de la firmeza, en sede administrativa, de la última sanción impuesta."

Estas obligaciones incluyen, esencialmente, aquellas que imponen a los agentes económicos el deber de contribuir y brindar toda información relevante que sea solicitada por la Autoridad para ejercer sus facultades legales, investigar potenciales infracciones y velar por la competencia en el mercado.

3. *Infracción a deberes procesales*

Los deberes procesales son obligaciones establecidas con el fin de proteger la efectiva realización de una investigación, estudio de mercado u otro proceso por parte de la autoridad, así como la ejecutoriedad de sus resoluciones.

4. *Otras infracciones accesorias*

La Ley 9736 contiene otras infracciones que no califican dentro de ninguna de las categorías anteriores y que son accesorias a una infracción a obligaciones sustantivas, con la cual se relacionan. Se trata de la sanción a quien coadyuve, facilite, propicie o induzca a un tercero a realizar prácticas monopolísticas o concentraciones ilícitas (Art. 117.d.); a la persona física que participa directamente en prácticas monopolísticas o concentraciones ilícitas, (Art. 119.g.) o al funcionario público que las facilite o propicie (Art. 119.h.). Estas infracciones se analizarán conforme a las reglas aplicables a la infracción sustantiva de la cual se derivan.

De conformidad con el artículo 115 de la Ley 9736, todas estas infracciones se clasifican en tres grupos: leves, graves y muy graves. Esta clasificación determinará la multa máxima a imponer en cada caso.

En resumen: La naturaleza de la infracción sirve para determinar los factores que se consideran en el cálculo de la multa, así como en determinar si hay reincidencia. La clasificación legal de su gravedad determina la multa máxima a imponer.

Combinando ambos factores, su naturaleza y la clasificación legal de su gravedad, las infracciones contempladas en la Ley se pueden ubicar de la siguiente forma:

Naturaleza de la infracción	Infracción leve ²	Infracción grave ³	Infracción muy grave ⁴	Otras
Infracción a obligaciones sustantivas			Prácticas monopolísticas relativas y absolutas. Concentración ilícita	
Infracción a deberes formales	Brindar información de manera incompleta o retrasar su entrega Notificar posterior a su ejecución, una concentración económica	Negarse injustificadamente a suministrar información.	Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución para suspender o contrarrestar los efectos anticompetitivos de una práctica monopolística	
		Suministrar información falsa, alterada o engañosa		
		Omitir la notificación de una concentración		
Infracción a deberes procesales	Dificultar o entorpecer una inspección o investigación.	Impedir, por cualquier medio, la labor de investigación e inspección.	Incumplir un compromiso de terminación anticipada.	
			Incumplir un compromiso o condición de una concentración.	

² Ley 9736. Artículo 116.

³ Ley 9736. Artículo 117.

⁴ Ley 9736. Artículo 118.

Naturaleza de la infracción	Infracción leve ²	Infracción grave ³	Infracción muy grave ⁴	Otras
Otras infracciones accesorias		Coadyuvar, facilitar, propiciar o inducir realizar conductas anticompetitivas por parte de terceros.	Incumplir una medida cautelar impuesta.	Personas físicas que participen directamente en prácticas monopolísticas o concentraciones ilícitas, en representación o por cuenta de una persona jurídica o entidad de hecho.
				Funcionarios públicos que coadyuven, faciliten, propicien o participen en la realización de prácticas monopolísticas.

C. Categorías de infracciones según su gravedad y montos de multas

Según se indicó, el importe de multa está relacionado directamente con su respectiva clasificación de gravedad, asignadas por Ley de la siguiente forma⁵:

1. Infracciones leves: Hasta treinta salarios base del cargo de auxiliar judicial 1, según la Ley de Presupuesto de la República.
2. Infracciones graves: Multa máxima de cero coma cinco por ciento (0,5%) de los ingresos brutos del operador o proveedor obtenidos durante el período fiscal anterior.
3. Infracciones muy graves: Multa máxima de uno por ciento (1%) de los ingresos brutos del operador o proveedor obtenidos durante el período fiscal anterior.

D. Criterio de gravedad particular

El artículo 68 de la Ley 8642 prevé la posibilidad de aumentar las multas cuando la SUTEL considere que el caso es de "gravedad particular". Este supuesto se regirá por las siguientes reglas especiales:

- a. Se entiende que una infracción reviste gravedad particular cuando sea de una trascendencia o significancia mayor para el mercado, que hace insuficiente la sanción prevista (Procuraduría General de la República, 2009). Se trata de una situación excepcional, en la que la Autoridad llega al convencimiento que la sanción indicada en el numeral 3 anterior no cumple con su propósito disuasor.
- b. La resolución que declare la infracción como de gravedad particular, por su trascendencia y consecuencias, debe estar debidamente motivada y desprenderse con claridad de los hechos demostrados en el procedimiento, debiendo desarrollarse con detalle el razonamiento que motive y explique de forma contundente las razones que dan a entender esta calificación agravada (Procuraduría General de la República, 2015). Entre los elementos que podría considerar la SUTEL están, por ejemplo, si las ganancias obtenidas por el infractor producto de su conducta ilegal superan el monto máximo que le correspondería como multa; la cantidad y tamaño de agentes económicos involucrados; la situación y características del mercado al momento de la infracción; las medidas tomadas por los infractores para ocultar su conducta o impedir su detección; u otros elementos similares que de forma motivada y razonada valore la Autoridad.

⁵. El monto de las multas para cada tipo de infracción lo establece en el artículo 68 de la Ley 8642.

- c. En estos casos, la multa podrá establecerse en un rango entre el uno por ciento (1%) y el diez por ciento (10%) de las ventas anuales obtenidas por el infractor durante el ejercicio fiscal anterior, o igual porcentajes del valor de los activos del infractor. La Ley no especifica cuál de los dos parámetros, ventas o activos, debe utilizarse, por lo que la SUTEL podrá elegir uno u otro haciendo la debida fundamentación y justificación de su decisión.
- d. En el caso de que no se pueda aplicar la sanción sobre las ventas o los activos, como podría ser por ejemplo si se carece de información confiable sobre su valor, la SUTEL estimará los ingresos presuntos del infractor. Esta estimación la hará con base en los ingresos brutos promedio del infractor en períodos anteriores, así como los ingresos promedio del período anterior de otros operadores o proveedores que desarrollen actividades económicas y comerciales similares.
- e. Si el infractor forma parte de un grupo económico, la sanción será impuesta con base en el ingreso bruto o las ventas anuales de las empresas que conforman el grupo⁶.
- f. Para definir el monto exacto de la multa a imponer dentro de este rango, se tomarán en consideración los mismos criterios de ponderación que establece la Ley para la infracción que se trate.

E. Parámetros de ponderación aplicables a cada tipo de infracción

Las multas que imponga la Autoridad serán proporcionales a los criterios de ponderación objetivos establecidos en el artículo 120 de la Ley 9736⁷:



1. La gravedad de la infracción.



2. La amenaza o el daño causado.



3. La intencionalidad.



4. El tamaño del mercado afectado.



5. La participación del infractor en el mercado.



6. La duración de la conducta.



7. La reincidencia.



8. La capacidad de pago del infractor.

Por la distinta naturaleza de las infracciones, no todos los criterios son aplicables a todos los casos. De ahí que el artículo 120 de la Ley 9736 establece que, al imponerse la sanción, se deberá motivar la utilización o no de cada uno de ellos.

En principio, conforme a la naturaleza de los tipos de infracción que se delimitaron anteriormente, se prevé que los distintos criterios de ponderación se apliquen de la siguiente manera:

⁶. El artículo 6 de la Ley 8642 define "Grupo económico" como "agrupación de sociedades que se manifiesta mediante una unidad de decisión, es decir, la reunión de todos los elementos de mando o dirección empresarial por medio de un centro de operaciones, y se exterioriza mediante dos movimientos básicos: el criterio de unidad de dirección, ya sea por subordinación o por colaboración entre empresas, o el criterio de dependencia económica de las sociedades que se agrupan, sin importar que la personalidad jurídica de las sociedades se vea afectada, o que su patrimonio sea objeto de transferencia."

⁷. La definición de cada uno de estos criterios y los rangos de valor en que se divide cada uno de ellos, se muestra en el próximo capítulo.



- *Infracción de obligaciones sustantivas:* En los casos relacionados con prácticas monopolísticas o concentraciones ilícitas, la SUTEL aplicará todos los criterios de ponderación.
- *Infracciones a deberes formales:* Cuando lo que se atribuya al infractor sea una infracción a un deber formal de los enlistados anteriormente, la SUTEL aplicará como criterios de ponderación: la gravedad de la infracción; la reincidencia; la intencionalidad; la capacidad de pago del infractor; y la amenaza o el daño causado.
- *Infracciones a deberes procesales:* Cuando lo que se atribuya al infractor sea una infracción a un deber procesal de los enlistados anteriormente, la SUTEL aplicará los siguientes criterios de ponderación: gravedad de la infracción; la reincidencia; la intencionalidad; la capacidad de pago del infractor; y la amenaza o el daño causado.

Lo anterior no obsta que, en casos específicos, la Autoridad considere la utilización o no de los criterios de ponderación contemplados en la Ley de forma distinta a la expresada en los párrafos anteriores, según autoriza el artículo 120 de la Ley 9736. Lo anterior, mediante resolución fundada, en atención a las circunstancias del caso y con la debida motivación.

V. CÁLCULO DE LAS MULTAS

Las Leyes de Competencia en Costa Rica no establecen una forma determinada para calcular las multas a imponer. Sin embargo, en línea con el objeto principal de esta guía, que es aumentar la predictibilidad de las sanciones y la seguridad jurídica, el Reglamento de Competencia, en su Sección II: “Metodología para el cálculo de la multa”, en sus artículos 104 y siguientes, estableció una forma estándar en línea con la práctica internacional en el tema⁸.

A partir de lo anterior, la Autoridad aplicará un método de determinación de las multas en **dos fases**. Este mecanismo permite balancear el fin disuasorio de la multa con el ejercicio de la discrecionalidad de la Autoridad, valorando de forma individual los distintos criterios establecidos por Ley, así como las circunstancias particulares de cada infractor. Esto es de particular relevancia en los casos en que los infractores son varios.

Esta no es una fórmula rígida e inflexible, sino que sirve como un modelo que utilizará la Autoridad como referencia en esta determinación, y que servirá para que los administrados tengan una noción de los montos aproximados de las multas a las que se exponen por determinadas conductas. Dentro de la discrecionalidad que le otorga la Ley, es posible que en algunos casos específicos la Autoridad se aparte de esta metodología, pudiendo hacerlo mediante resolución fundada en la que se motive las razones de su decisión.

A. Método de cálculo de la multa

El método de dos fases (a) determina inicialmente un monto base de la multa basado en los factores relacionados con las circunstancias y características de la **infracción cometida** (“*offense-related criteria*”), y (2) ajusta la multa en consideración de las **características específicas del infractor** (“*offender-related criteria*”). En los casos que involucran a más de un infractor, el monto base será el mismo para todos, mientras que los ajustes basados en las condiciones individuales podrían variar.

⁸. Internacionalmente, varias autoridades de competencia han publicado políticas para el cálculo de multas cuya metodología está en línea con la que aquí se describe, con sus variaciones ajustadas a las legislaciones locales. Entre ellas, destacan las de la Unión Europea (Comisión Europea, 2006) (Comisión Europea, 1998), España (CNMC, 2018), Alemania (Bundeskartellamt, 2013) y Chile (FNE, 2019).

De tal manera, los ocho factores de ponderación definidos en la Ley son clasificados en dos grupos, asignando a cada uno un porcentaje máximo que puede representar dentro de la multa máxima establecida por Ley⁹:



**Criterios sobre la infracción cometida
(60% del valor de la multa máxima)**

1. La gravedad de la infracción (15%)
2. La amenaza o el daño causado (15%)
3. La duración de la conducta (15%)
4. El tamaño del mercado afectado (15%)



**Criterio sobre las características del infractor:
(40% del valor de la multa máxima)**

1. La intencionalidad (20%)
2. La participación de mercado (10%)
3. La reincidencia (10%)
4. La capacidad de pago (Sí /No)

Así que, en términos generales, y sujeto a los ajustes que se determinen para el caso, el monto base por tipo de infracción podría llegar hasta un 60% de la multa máxima establecida por Ley. Posteriormente, una vez que le apliquen los ajustes individuales, este monto base podría: mantenerse igual, disminuir hasta un 10% de la multa máxima, o aumentar hasta un 40% de la multa máxima. Una vez determinado el monto de la multa, se determinará si el infractor tiene o no capacidad de hacerle frente, según se detalla más adelante.

En todos los casos, la multa se calculará ya sea como un porcentaje “de los ingresos brutos del operador o proveedor obtenidos durante el período fiscal anterior” (artículo 68 de la Ley 8642), o con base en un monto específico de salarios base, conforme se describe en la Sección IV.B. de esta guía.

Para el caso de las multas basadas en los ingresos brutos, éstos se determinarán con base en los mejores datos disponibles para la Autoridad. Presumiblemente estos datos son los que constan en los estados financieros del infractor del año anterior a la fijación de la infracción. Sin embargo, si no existen tales estados financieros o si no muestran información confiable, las Autoridades podrán utilizar otros mecanismos de prueba para establecer el valor de los ingresos brutos y utilizar la información que considere pertinente o adecuada para fijar las sanciones.

Para el caso de las sanciones a imponer por SUTEL, el artículo 68 de la Ley 8642 señala que, si el infractor forma parte de un grupo económico, la sanción será impuesta con base en el ingreso bruto o las ventas anuales (según proceda) de las empresas que conforman el grupo.

⁹. Lo anterior con excepción de la capacidad de pago, la cual tendrá una valoración distinta según se detalla más adelante.

B. Primera Etapa: Fijación del monto base

El monto base de la multa se fijará en función a las circunstancias generales de la conducta reprochada y las características del mercado afectado. Cuando las infracciones sean efectuadas por varios participantes, este monto base será el mismo para todos los infractores.

Parámetro	Grado	Rango de multa
 Gravedad de la infracción.	Leve	0-5%
	Grave	5%-10%
	Muy grave	10%-15%
 Amenaza o el daño causado.	Leve	0-5%
	Grave	5%-10%
	Muy grave	10%-15%
 Tamaño del mercado afectado.	Baja	0-5%
	Alta	5%-10%
	Muy alta	10%-15%
 Duración.	Corta	0-5%
	Mediana	5%-10%
	Larga	10%-15%

Los criterios generales que determinarán el monto base de la multa son:

a. Gravedad de la infracción: La gravedad de la infracción se considerará según la naturaleza de la conducta realizada, y los efectos potenciales para el mercado que, razonablemente, se puedan asociar a dicha conducta. Bajo este parámetro se considerará lo siguiente:

- i. Restricciones leves: Serán leves las restricciones a la competencia cuyas repercusiones en el mercado son usualmente limitadas. Es decir, se trata de prácticas o conductas que normalmente se asocian con la posibilidad de generar ganancias de eficiencia en el mercado (como por ejemplo los acuerdos verticales), y por lo general no consisten en restricciones relacionadas con los precios de los productos o servicios.

Además, se trata de conductas que los infractores no han mostrado interés en aplicar de forma generalizada, por lo que no son susceptibles de afectar más que a una parte relativamente restringida del mercado.

- ii. Restricciones graves: Se considerarán graves aquellas infracciones que son susceptibles de generar mayores restricciones al proceso de competencia que las mencionadas en el punto anterior, pero sin alcanzar el grado descrito en el numeral siguiente. Un ejemplo de ellas son las prácticas monopolísticas relativas relacionadas con precios, o aquellas prácticas monopolísticas relativas que usualmente se asocian menos con ganancias de eficiencia, tales como los actos unilaterales de abuso de poder de mercado.

Serán también graves aquellas infracciones similares a las mencionadas en punto anterior, cuando los infractores hubiesen mostrado esfuerzos por aplicarlas de forma amplia y/o agresiva.

- iii. Restricciones muy graves: Se calificarán como muy graves, principalmente las prácticas monopolísticas absolutas, que no admiten justificaciones de eficiencia, así como

aquellas prácticas que, admitiéndolas, sean especialmente restrictivas para el proceso de competencia, ya que pueden menoscabar el efectivo funcionamiento del mercado.

- b. Amenaza o daño causado:** Bajo este criterio, la Autoridad de Competencia evaluará el daño efectivamente causado por la conducta infractora, así como el daño potencial que, conforme a las pruebas que consten en el expediente, pueda ser razonablemente atribuido a dicha conducta.

El daño se valorará en función de la afectación del proceso de competencia, independientemente del daño económico que pudiesen haber sufrido otros agentes económicos (este último no se tomará en cuenta por parte de las Autoridades).

Esta valoración se realizará en atención a lo siguiente:

- i. Daño leve: Se entenderá que el daño causado es leve cuando la conducta infractora no hubiese sido ejecutada del todo, o bien su efecto en la materialidad es muy reducido.
- ii. Daño grave: El daño causado es grave cuando efectivamente se causó un daño sustancial al proceso de competencia (como, por ejemplo, la materialización de un cartel o la exclusión del mercado de competidores relevantes) pero este daño puede revertirse en el corto plazo al suprimir la conducta, o mediante cambios futuros en la conducta del infractor que sean fáciles y rápidos de implementar.
- iii. Daño muy grave: Será muy grave el daño según el cual las condiciones de competencia no pueden restablecerse en el corto plazo, aún si se suprime la conducta prohibida. Esta situación ocurre, por ejemplo, si la práctica genera una cadena de efectos cuya supresión es compleja; que afecta varios mercados distintos; si generó una extracción relevante de las rentas de un grupo amplio de consumidores; o si producto de la práctica se excluyen del mercado competidores que representen una porción relevante del mercado y su reingreso en el corto plazo es difícil o imposible.

En el caso de las infracciones a deberes procesales, se considerará que la infracción causa un daño muy grave cuando afecte de forma directa el resultado del proceso.

En aquellos casos que la Autoridad posea elementos para determinar el monto del beneficio ilícito obtenido por el infractor, se presumirá que este beneficio corresponde a rentas extraídas de los consumidores, por lo que se incluirá dentro de la ponderación del daño causado para efectos de determinar la multa.

- c. Tamaño del mercado afectado:** Según este criterio de valoración, se evalúa la porción del mercado relevante que se ha visto afectado por la práctica. Entre mayor sea la porción del mercado afectado mayor habrá sido el perjuicio causado, porque habrá habido menos posibilidades de que los consumidores eviten la infracción acudiendo a proveedores alternativos (CNMC, 2018).

Para ello, se toma en consideración tanto el área geográfica, como el mercado de producto en los que se ejecutó la práctica, y se aplican los siguientes parámetros:

- i. Afectación baja: Se da en aquellos casos que la práctica prohibida afecta menos del treinta por ciento (30%) del mercado relevante.
- ii. Afectación alta: La afectación es alta cuando el mercado relevante se afectó en una porción igual o mayor al treinta por ciento (30%), pero menor al ochenta por ciento (80%).
- iii. Afectación muy alta: Ocurre cuando al menos el ochenta por ciento (80%) del mercado relevante es afectado por la conducta infractora.

d. Duración: La duración de la conducta se calificará según las siguientes categorías:

- i. Corta duración: Serán de corta duración aquellas conductas que no se realizaron en la materialidad, o cuya aplicación es inferior a un año.
- ii. Mediana duración: La duración de la práctica prohibida será mediana cuando su ejecución es igual o superior a un año, y menor a cinco años.
- iii. Larga duración: La duración de la conducta se considerará larga cuando la misma se ejecute por un lapso superior a los cinco años.



Estos criterios se aplicarán de la siguiente forma a los casos concretos: El monto base sumará hasta un 60% del máximo de la multa. En consecuencia, cada uno de estos cuatro factores representa un 15% de la multa máxima. La autoridad calificará la incidencia de cada uno de los factores en el caso con un valor que irá de 0-5%; 5%-10%; o de 10%-15% según corresponda a cada caso. El valor específico que se asignará lo determinará la Autoridad atendiendo a las circunstancias del caso en particular, mediante resolución motivada. La suma de los 4 criterios dará el monto de la suma base.

Para cada infracción la SUTEL considerará los factores que apliquen según su tipo, conforme a lo que se detalla en la sección IV de esta guía.

Ejemplos de cálculo del monto base

Ejemplo #1: Un grupo de empresas que en conjunto representan un 90% del mercado acuerdan repartirse las licitaciones públicas de las compras de su producto. El acuerdo se aplica de forma exitosa durante 7 años:

Factor	Grado	Valor dentro de Monto Base
Gravedad de la infracción	Muy grave	10-15%
Amenaza o daño causado	Muy grave	10-15%
Tamaño del mercado afectado	Muy alta	10-15%
Duración	Larga	10-15%

Para este caso, es esperable que el monto base de la multa se ubique entre un 40% y un 60% de la multa máxima (aunque por el tipo de práctica que se trata probablemente tienda a acercarse más al rango alto, salvo que alguna circunstancia del caso indique algo distinto).

Ejemplo #2: Otro grupo de empresas alcanza un acuerdo similar al anterior, con la diferencia que éstas representan en conjunto un 35% del mercado y que el acuerdo nunca se ejecutó en la práctica:

Factor	Grado	Valor dentro de Monto Base
Gravedad de la infracción	Muy grave	10-15%
Amenaza o daño causado	Leve	0-5%
Tamaño del mercado afectado	Alta	5-10%
Duración	Corta	0-5%

En este caso, es previsible que el monto base de la multa se fije en algún valor entre el 15% y 35% de la multa máxima.

C. Segunda Etapa: Ajustes al monto base por la ponderación individual de cada infractor (Circunstancias agravantes y mitigantes)

Una vez determinado el monto base, la Autoridad valorará las circunstancias particulares de los infractores, para determinar si debe agravarse o atenuarse la multa a imponer. De la valoración de estos aspectos saldrá el segundo componente de la multa, que podría representar hasta un 40% de la multa máxima a imponer.

Criterio	Grado	Rango de multa
 Intencionalidad	Acto no intencional	-5% a 0
	Participante	0 a 10%
	Organizador o instigador	0 a 20%
 Participación en el mercado	Baja	-5% a 0
	Alta	0 a 5%
	Muy alta	0 a 10%
 Reincidencia	No reincidente	0
	Reincidente	10%
 Capacidad de pago	Capaz de pagar la multa	0
	Incapaz de pagar la multa	Multa se ajusta al máximo que el infractor tenga capacidad de pagar.

Los criterios por los cuales se podría ajustar el monto base de la multa son los siguientes

a. Intencionalidad: Este criterio exige a la SUTEL valorar si el infractor sabía o, de acuerdo con las circunstancias, debía saber o estaba en posición de saber y/o conocer, que su comportamiento era contrario a la Ley y aun así lo haya ejecutado. La intencionalidad del infractor se valorará según el grado específico de participación que tuvo en la conducta desplegada, según lo siguiente:

- i. Acto no intencional: Se considera que el acto no es deliberado cuando el infractor demuestre alguna de las siguientes circunstancias:
 - Que la infracción se cometió por negligencia;
 - La existencia de una duda razonable y objetiva de la empresa en cuanto al carácter ilícito del comportamiento anticompetitivo;

- Su participación en la infracción es sustancialmente limitada y eludió efectivamente su aplicación, adoptando un comportamiento competitivo en el mercado;
 - Previo al inicio de la investigación, el agente económico adoptó un programa de cumplimiento en los términos del artículo 26 de la Ley 9736 y 29 de su Reglamento Ejecutivo. Lo anterior siempre y cuando el interesado demuestre que: a) el programa se aplica de forma adecuada; b) la infracción es una desviación involuntaria al mismo, que no refleja la voluntad e intención del agente económico; y c) la infracción cesó inmediatamente a partir de la primera comunicación que tuvo el agente económico sobre la realización de la conducta.
- ii. **Participante:** Se considera como un participante en la conducta infractora a aquel agente económico que, sin ser el organizador o líder de la conducta, participa de ella conscientemente, sin que exista ninguna circunstancia que haga pensar que está en algún supuesto del inciso anterior.
- iii. **Organizador o instigador:** Se trata de quien lidera u organiza la conducta prohibida de una forma consciente. Asimismo, califica dentro de esta categoría quien realiza o anuncia represalias contra otros para hacer cumplir los acuerdos o prácticas ilícitas. En aquellos casos que a lo largo de la ejecución de la conducta el rol de organizador o instigador sea desempeñado por más de un infractor, se considerará como tal a todos aquellos que lo hubiesen ejercido en algún momento.

Aquellos infractores que demuestren haber actuado de forma no-intencional, tal circunstancia será un atenuante de la sanción. Haber tenido los roles de participante o de organizador/instigador será un agravante.

b. Participación del infractor en el mercado: Para evaluar la participación en el mercado por parte del infractor se toman en cuenta los siguientes parámetros:

- i. **Participación baja:** Se da en aquellos casos que la participación o cuota de mercado del infractor es menor al treinta por ciento (30%) del mercado relevante.
- ii. **Participación alta:** La participación o cuota de mercado del infractor es alta cuando ésta es igual o mayor al treinta por ciento del mercado (30%), pero menor al ochenta por ciento (80%).
- iii. **Participación muy alta:** Se considera que el infractor alcanzó esta categoría cuando su participación de mercado es de ochenta por ciento (80%) o superior.

Una participación baja será un aspecto mitigante o atenuante de la sanción, mientras que las participaciones alta y muy alta serán agravantes.

c. Reincidencia del infractor: Al analizar el criterio de la reincidencia se verificará si el infractor ha sido sancionado anteriormente por conductas de la misma naturaleza en los 4 años anteriores al caso en cuestión, contados a partir de la firmeza, en sede administrativa, de la última sanción impuesta (Art. 1 inc. h) de la Ley 9736).

La reincidencia del infractor será un agravante de la multa.

d. Capacidad de pago: En circunstancias excepcionales, la Autoridad podrá reducir la multa debido a la incapacidad real, efectiva y cierta del infractor para pagar la multa. El objeto de este ajuste será exclusivamente asegurarse que, producto de una incapacidad de pago, la imposición de la multa no pondrá irremediabilmente al infractor en un peligro real de caer en la insolvencia.

Es decir, no se considerarán problemas de liquidez o la existencia de una situación difícil, sino solamente aquellos casos en que el pago de la multa provocará la salida de la empresa del mercado, lo cual iría en contra del objetivo principal de las leyes de competencia, que es proteger el proceso competitivo (UNCTAD, 2010).

Esta determinación conlleva un análisis financiero del infractor, en el que la Autoridad podrá tomar en cuenta, entre otras, los siguientes indicadores¹⁰:

- i. Razón de endeudamiento (Pasivo total / Activo total), que mide el nivel de endeudamiento de una empresa en relación con sus activos.
- ii. Margen neto de utilidades negativo. Es decir, que sufrió pérdidas en el año anterior a la fijación de la multa.
- iii. Monto de la multa significativamente superior a sus utilidades o excedentes.
- iv. Situación de quiebra o insolvencia declarada por una autoridad competente.

Del análisis de estos factores, y cualquier otro que considere adecuados la Autoridad, se concluirá si el infractor está en capacidad de hacerle frente a la multa. En todo caso, si el infractor alega incapacidad de pago tendrá la carga de la prueba, y esta circunstancia será atendida por la Autoridad una vez determinado el monto base de la multa y realizados sus ajustes (FNE, 2019). En este caso, el monto de la multa a pagar podrá ajustarse a un valor que el infractor tenga capacidad de hacerle frente, reduciendo la multa lo menos posible, únicamente en lo indispensable para evitar comprometer gravemente la continuidad de la empresa (OECD, 2019).

La SUTEL aplicará los criterios individuales de ajuste del monto base de la siguiente forma:

Criterio	Aplicación
Intencionalidad	<p>En caso de <i>actos no intencionales</i>, tratándose de un atenuante, el monto base podrá bajar hasta un 5% del monto máximo de la multa o mantenerse igual.</p> <p>Para los <i>participantes</i>, el monto base podrá mantenerse o bien subir hasta un 10% del monto máximo de la multa.</p> <p>Para los <i>organizadores o instigadores</i>, el monto base podrá mantenerse o subir hasta un 20% del monto máximo de la multa. La multa final de los organizadores o instigadores no podrá ser menor que la de los participantes, ni de quienes actúan de forma no deliberada.</p>

¹⁰. A modo de referencia, y sin que necesariamente este parámetro sea seguido por la SUTEL, la autoridad de competencia de Corea reduce la multa teniendo en cuenta los siguientes parámetros: (i) Si la empresa sufrió un deterioro en su capital en el ejercicio anual anterior, la multa se reducirá en un 50%; (ii) Si tiene un coeficiente de deuda superior al 300% y un déficit de ingresos netos, la reducción será de hasta el 30%; (iii) Con un deterioro de capital superior en un 50% del activo total, la reducción podría ser de más del 50%. Además, si una sociedad se encuentra en proceso de rehabilitación y se la considera incapaz de pagar, se le condona la multa (Fair Trade Commission, 2016) (UNCTAD, 2010).

Criterio	Aplicación
Participación en el mercado	Para los infractores con <i>participación baja</i> , el monto de la multa base podrá bajar hasta un 5% del monto máximo de la multa o mantenerse igual.
	Para los infractores con <i>participación alta</i> , el monto de la multa base podrá mantenerse o subir hasta un 5% del monto máximo de la multa.
	Para los infractores con <i>participación muy alta</i> , el monto de la multa base podrá mantenerse o subir hasta un 10% del monto máximo de la multa.
Reincidencia	Para los infractores <i>reincidentes</i> el monto de la multa base aumentará el equivalente a un 10% del máximo de la multa.
Capacidad de pago	El criterio relativo a la capacidad de pago del infractor se utilizará una vez definida la multa total a partir de los demás criterios.
	La SUTEL podrá ajustar a la baja el monto de la multa teniendo en cuenta la posibilidad real, efectiva y cierta del infractor de satisfacer la multa impuesta, habida consideración de su situación patrimonial, ingresos y capacidad de pago, con vista en la prueba que al respecto conste en el expediente sancionador.

En aquellos casos en donde se indica un rango, el valor específico que se asignará a cada criterio lo determinará la Autoridad atendiendo a las circunstancias del caso en particular, mediante resolución motivada.

La descripción anterior utiliza como ejemplo una práctica monopolística. Este método de cálculo, sin embargo, aplicará *mutatis mutandis* para las multas aplicables a todos los tipos de infracciones y todas las categorías de infractor que establece la Ley.

VI. REDUCCIÓN DE MULTAS POR DISPOSICIÓN LEGAL

En determinadas situaciones la Ley prevé una reducción o eliminación de las multas. La SUTEL aplicará estos supuestos de la siguiente forma:

A. *Terminación anticipada con reconocimiento de comisión de la infracción.*

Una vez que la SUTEL ha iniciado un procedimiento especial sancionatorio en contra de un agente o individuo, y hasta antes de iniciada la comparecencia oral y privada, el agente o individuo podrá reconocer su responsabilidad y con ello contribuir a agilizar el procedimiento, en cuyo caso, tendrá derecho a una reducción de un 10% de la multa que le hubiere correspondido por la infracción investigada.

En este supuesto, la Autoridad deberá calcular la multa en apego a las reglas y a los criterios de ponderación estipulados en esta guía, cual si no hubiese existido reconocimiento alguno del agente. Solo una vez que se determine el monto total que le hubiese correspondido por concepto de multa, será procedente la reducción del 10%, siempre y cuando se hubiese aceptado expresamente el reconocimiento mediante

resolución formal, previo cumplimiento de los requisitos y del procedimiento establecido al efecto.

B. *Exoneración y reducción de las multas (Programa de Clemencia)*

El artículo 121 y siguientes de la Ley 9736, desarrollados en los artículos 184 y siguientes de su Reglamento Ejecutivo, así como en los artículos 121 y siguientes del Reglamento de Competencia, establecen la posibilidad de exoneración o reducción de las multas en determinadas circunstancias, mediante la figura conocida internacionalmente como “Programa de Clemencia” o “Delación Compensada”. Esta posibilidad tiene por objeto facilitar la detección de carteles y/o prácticas monopolísticas absolutas o avanzar en la investigación de aquéllas ya detectadas, apoyando la actividad investigadora de la SUTEL y su capacidad para acreditar, de acuerdo con el nivel de prueba requerido legalmente, los hechos y conductas investigados.

Por tanto, sólo las empresas o las personas físicas que colaboren voluntariamente con la SUTEL, contribuyendo de manera determinante al esclarecimiento de los hechos y a desencadenar o avanzar en la investigación relativa a un cartel o práctica anticompetitiva, pueden beneficiarse de la reducción y exoneración de las multas establecidas en la Ley. Con ello se potencia la posibilidad de detectar y desarticular carteles y, en última instancia, para disuadir de la comisión de este tipo de prácticas.

Conforme a los artículos 122 y 123 de la Ley 9736, para acceder al Programa y obtener la exoneración o la reducción, el agente o individuo debe:

- a) Cooperar, de forma plena y continua, con la autoridad de competencia correspondiente durante el proceso de investigación y en la tramitación del procedimiento, en la forma en que se establece en el artículo 188 del Reglamento Ejecutivo de la Ley 9736 y 124 y 125 del Reglamento de Competencia.
- b) Terminar su participación en la práctica monopolística absoluta en el momento y en la forma que le indique la autoridad de competencia correspondiente.
- c) No haber adoptado medidas para obligar a otros agentes económicos a participar en la infracción.

Si el agente o persona física que revela la existencia de la práctica anticompetitiva es el primero en hacerlo, tendrá derecho a una exoneración completa de la multa, mientras que, quienes le sigan, tan solo tendrán derecho a una reducción equivalente al cincuenta por ciento (50%) para el caso del segundo agente económico; treinta por ciento (30%) para el caso del tercer agente económico y veinte por ciento (20%) para el cuarto agente económico, siempre y cuando aporten elementos de prueba adicionales a los que ya tenga la SUTEL. Los agentes económicos subsiguientes posteriores al cuarto agente económico no obtendrán el beneficio de reducción de la multa.

La exoneración o reducción de la multa en estos supuestos se otorgará mediante resolución formal, una vez finalizado el procedimiento y de manera estrictamente confidencial, en el legajo separado y confidencial que deberá llevar la autoridad de competencia al efecto.

Por lo tanto, la SUTEL seguirá el procedimiento sancionatorio normal en contra del agente o agentes sometidos al Programa de Clemencia y de los demás agentes o personas involucradas en la infracción investigada, y posteriormente, valorará y fijará la multa que le correspondería a todos ellos con fundamento en la metodología y los parámetros estipulados en esta guía, cual si no se hubiesen sometido al Programa. La exoneración completa o reducción de la multa se otorgará de la manera estipulada en la Ley y los Reglamentos, previa verificación de los requisitos aplicables.

VII. REFERENCIAS

- Bundeskartellamt. (2013). *Guidelines for the setting of fines in cartel administrative proceedings*. Alemania.
- CNMC. (2016). *Valoración económica de las sanciones de competencia*. España: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
- CNMC. (2018). *Indicaciones provisionales de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre la determinación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007*. España: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
- Comisión Europea. (1998). *Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento no 17 y del apartado 5 del artículo 65 del Tratado CECA*. 98/C 9/03.
- Comisión Europea. (2006). *Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003*. 2006/C 210/02.
- Fair Trade Commission. (2016). *Public Notice of Detailed Guidelines for Imposing Administrative Monetary Penalties*. Corea.
- FNE. (2019). *Guía Interna para Solicitudes de Multa de la Fiscalía Nacional Económica*. Fiscalía Nacional Económica, Chile.
- OCDE. (2002). *Hard Core Cartels – Harm and Effective Sanctions*. *OECD Observer*.
- OECD. (2013). *Cartel Sanctions against Individuals*. París: Organisation for Economic Co-operation and Development.
- OECD. (2019). *Foro Latinoamericano y Del Caribe de Competencia. Metodologías para el cálculo de multas por infracciones a la normativa de competencia*. Organisation for Economic Co-operation and Development.
- OFT. (2009). *An assessment of discretionary penalty regimes*. Reino Unido: Office of Fair Trading.
- Procuraduría General de la República. (2001). *Dictamen C-222-2001*.
- Procuraduría General de la República. (2008). *Dictamen C-437-2008*.
- Procuraduría General de la República. (2009). *Dictamen C-197-2009*.
- Procuraduría General de la República. (2015). *Dictamen C-27-2015*.
- Sala Constitucional, Voto 8193-2000 (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 2000).
- Sala Constitucional, Voto 13600-2007 (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 2007).
- Sala Constitucional, Voto 371-2013 (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 2013).
- Sala Constitucional, Resolución N° 05692 - 2013 (2013).
- Sala Constitucional, Voto 4444-2020 (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 2020).
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia 044-2008 (2008).
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia 31-2010 (2010).
- Tribunal Contencioso Administrativo, Voto 31-2010 (2010).
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia 3928-2010 (2010).
- Tribunal Contencioso Administrativo, Sentencia 31-2010 (2010).

Tribunal de Casación Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, Resolución N° 00022 - 2011 (2011).

Tribunal Procesal Contencioso Administrativo, Sección Sexta, Resolución 826-2009 (2009).

UNCTAD. (2010). *Sanciones y Recursos Apropriados. TD/RBP/CONF.7/5*. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.

Wils, W. P. (2006). Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice. *World Competition*, 29(2).

Wish, R., & Bailey, D. (2012). *Competition Law* (7 ed.). Londres: Oxford University Press.