

EL CONTROL PREVENTIVO DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EN CHILE

*Roberto Muñoz Castro**

RESUMEN: *El régimen de control de operaciones de concentración vigente en Chile ha sido arduamente discutido y se está llevando a cabo una modificación de este sistema por parte de las autoridades. Este artículo describe cómo funciona el sistema de control de fusiones en Chile, analiza las falencias que se han detectado en este régimen y, finalmente, analiza el actual proyecto de ley que pretende modificar el sistema.*

ABSTRACT: *The merger control system in Chile has been strongly discussed and it is being modified by authorities. This article describes how merger control works in Chile, analyzes the shortcomings that have been detected in this system and, finally, discusses the current bill that tries to change the present system.*

PALABRAS CLAVES: *Control de Concentraciones – Sistema Voluntario y Obligatorio de Control de Concentraciones – Derecho Chileno de la Libre Competencia – OCDE – Proyecto de Ley – Notificación – Umbral.*

KEYWORDS: *Merger Control – Voluntary and Mandatory Merger Control – Chilean Antitrust Law – OECE -Bill – Notification – Threshold.*

I. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

En primer lugar, resulta necesario delimitar conceptualmente *concentración* y *operación de concentración*, advirtiendo que no existe definición legal en Chile. Así pues, Domper plantea que: “existe concentración cuando hay pocas empresas en un mercado, pero con altas participaciones en el mismo”¹. Por lo tanto, para que un mercado sea concentrado no basta que

* Estudiante de quinto año de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso. Chile.

¹ DOMPER, María de la Luz (2008): “Análisis económico de las operaciones de concentración”, En: *Revista Anales Derecho UC: Temas de libre competencia*, N° 4, sección primera, p. 23.

existan pocas empresas compitiendo en él, sino que debe, conjuntamente, cumplirse el requisito de que esas empresas tengan una alta participación en dicho mercado.

Enseguida, compete analizar cuáles son las operaciones llevadas a cabo por las empresas que pueden dar lugar a un mercado donde ellas tengan alta participación, considerando, además, que en el lenguaje cotidiano aparece frecuentemente el empleo de los términos “fusión” y “operaciones de concentración” como sinónimos. La definición de fusión se encuentra en el artículo 99 inciso 1° de la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas, que prescribe: “La fusión consiste en la reunión de dos o más sociedades en una sola que las sucede en todos sus derechos y obligaciones, y a la cual se incorporan la totalidad del patrimonio y de los accionistas de los entes fusionados”². Sin perjuicio de lo anterior, Valdés Prieto postula que es posible atender a dos acepciones jurídicas del término fusión. Por un lado, en el campo del derecho comercial, el concepto se centra básicamente en la estructura jurídica del acto; y, por otro, lado, en el ámbito del derecho de libre competencia, el concepto se centra en las consecuencias económicas del acto.

Como se puede ver, el concepto de fusión en el derecho de libre competencia es de una amplitud mayor que el usado en el derecho mercantil, por lo mismo es que el primero engloba al segundo y, producto de ello es que la doctrina prefiere usar los términos “concentración” u “operación de concentración” en el ámbito del derecho de libre competencia³. En palabras de la Fiscalía Nacional Económica (en adelante FNE o la Fiscalía) es posible advertir esta distinción:

“La FNE entiende por operación de concentración o concentración, las fusiones, las adquisiciones de acciones, las adquisiciones de activos, las asociaciones y, en general, los actos y convenciones que tienen por objeto o efecto que dos o más empresas económicamente independientes entre sí pasen a conformar una sola empresa, a tomar decisiones en forma conjunta o a integrar un mismo grupo empresarial”⁴.

² Chile, *Ley sobre sociedades anónimas N°18.046*, Diario Oficial, 22 de octubre de 1981.

³ VALDÉS PRIETO, Domingo (2006): *“Libre Competencia y Monopolio”*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 530-532.

⁴ Fiscalía Nacional Económica (2012): *Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración*, [en línea; formato PDF], p. 6, [Fecha de consulta: 2/8/2015], Disponible en: www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf

Teniendo presente que la definición legal otorgada por la Ley de Sociedades Anónimas utiliza el término fusión de manera restringida al derecho comercial y que, por consiguiente, dicho término se utiliza de manera más amplia en el derecho de la competencia, es que el Informe de Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile realizado por la OCDE el año 2014 (en adelante, "Informe de la OCDE"), enfatiza la relevancia de definir legalmente y con precisión lo que se entiende por "operaciones de concentración" para tener certeza cuáles de estas operaciones serán controladas. Así, "por regla general, tanto las operaciones de concentración totales (o "fusiones"), como las adquisiciones se encuentran dentro de la categoría "operaciones de concentración", pues generan un cambio estructural estable en el mercado. Los criterios que se utilicen para definir conceptualmente una operación de concentración son particularmente relevantes a la hora de identificar las operaciones que se encuentran en los límites, tales como las alianzas estratégicas (*joint venture*) y la adquisición de intereses minoritarios, las que también pudieran requerir atención. La definición de operación de concentración también podría incluir criterios que permitan controlar aquellas operaciones escalonadas o sucesiones de actos que en conjunto equivalgan a una operación de concentración"⁵. Sin perjuicio de lo anterior, advertimos que en el presente trabajo se emplearán los conceptos de "operación de concentración" y "fusión" como sinónimos, ello con el propósito de una mayor fluidez lingüística.

II. CONTROL PREVENTIVO DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

1. *Sistemas de control preventivo o consultas*

Actualmente, en términos generales, es posible encontrar tres clases de control preventivo de las fusiones, atendiendo a si en la legislación correspondiente la notificación de la consulta

⁵ OCDE (2014): *Evaluación del régimen de control de concentraciones en Chile, Informe Secretariado OCDE*, [en línea; formato PDF], pp. 8-9,
Disponible en: http://www.oecd.org/daf/competition/Chile%20merger%20control_ESP_nov14.pdf

debe ser llevada a cabo ante el órgano encargado de analizar la operación de manera voluntaria u obligatoria.

1.1. *Sistema de consulta voluntario*

El sistema de consulta voluntario es aquel en que son las partes quienes, al sopesar los eventuales riesgos que puede conllevar la operación de concentración que desean celebrar, deciden si es necesario someter la transacción ante el órgano encargado de analizar la consulta. Los sistemas voluntarios se caracterizan por generar tasas de notificación más bajas y tener bajos costos de aplicación asociados al control de concentraciones. Países que cuentan con este sistema son Australia, Hong Kong, China, Nueva Zelanda, Singapur y Reino Unido⁶.

1.2. *Sistema de consulta obligatorio*

Es aquel en que la legislación exige que las operaciones de concentración que cumplan con determinados umbrales de notificación, serán sometidas al control de concentraciones por parte del órgano encargado. Por debajo de los umbrales, las concentraciones escapan al control de concentraciones y pueden ser consumadas sin aprobación. La mayoría de los regímenes de control de fusiones alrededor del mundo han adoptado este sistema de notificación obligatorio puro.

1.3. *Sistema de consulta híbrido*

Es aquel que consiste, esencialmente, en un sistema obligatorio de operaciones de concentración que superan ciertos umbrales, abriendo la posibilidad de analizar ciertas operaciones que no alcancen los umbrales, (i) permitiendo a las partes la notificación voluntaria de sus concentraciones en la que buscan seguridad para su operación, y (ii) otorgando a la

⁶ OCDE (2014): p. 75.

autoridad facultades para analizar de oficio y actuar en contra de las concentraciones que puedan tener problemas de competencia a pesar de ubicarse por debajo de los umbrales.

2. Actual sistema de consulta chileno

2.1. La facultad del TDLC para conocer operaciones de concentración

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante TDLC o el Tribunal) conoce y analiza las operaciones de concentración conforme lo establecido en el artículo 18 N° 2 del Decreto Ley 211 de 1973 (en adelante DL 211 o Ley de Competencia), que es la norma legal que le consagra la potestad de pronunciarse acerca de si una determinada fusión se ajusta o no a las normas que protegen la libre competencia. Sin perjuicio de lo anterior, dicho cuerpo legal no emplea expresamente los términos *operación de concentración* ni *fusión*, sino que indica dentro de las facultades del Tribunal la de “(...) conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos (...)”⁷. A mayor abundamiento, la facultad del TDLC para conocer de estas operaciones no está consagrada expresamente, sino que más bien, dicha potestad es fruto de la interpretación que se le ha dado a la norma. Es decir, se ha interpretado que la señalada facultad del Tribunal de conocer asuntos de carácter no contencioso, comprende la de conocer operaciones de concentración que le sean sometidas a su conocimiento, lo cual se conoce como la facultad consultiva o de absolver consultas del TDLC. En palabras de Nehme y Mordoj, la facultad que tenemos presente constituye “una tradición jurisprudencial que, basada en la interpretación que el TDLC (y antes la Comisión Resolutiva) ha hecho de las normas que contemplan la consulta voluntaria sobre la consistencia con el DL 211 de hechos, actos o contratos por celebrarse – artículos 18 N°2, N° 31 y N° 32 -, ha revisado ex ante, por vía no contenciosa, operaciones de

⁷ Chile, Decreto Ley que fija normas para la defensa de la libre competencia N° 211, Diario Oficial 17 de diciembre de 1973.

concentración para determinar, en base a su aptitud real para afectar la libre competencia, su aprobación, rechazo o aceptación sujeta a condiciones. La aplicación de esas normas se ha acompañado de un desarrollo normativo, dado a través de Autos Acordados dictados por el TDLC⁸.

2.2. *Análisis de concentraciones por la FNE*

La Fiscalía Nacional Económica se encuentra a cargo de la investigación de las operaciones de concentración, a partir de la que presenta un informe ante el TDLC, en el que da a conocer sus conclusiones respecto si la operación contempla eventuales problemas de competencia. Sin perjuicio de lo anterior, dicho informe no es vinculante para el Tribunal. Conforme al artículo 39 del DL 211, la FNE puede investigar operaciones de oficio o a partir de la demanda de un tercero⁹. Si considera que de una determinada operación se siguen problemas de competencia, la Fiscalía Nacional Económica debe iniciar una consulta o un procedimiento contencioso ante el TDLC, a menos que pueda lograr un acuerdo extrajudicial con las partes.

De manera adicional a los procedimientos contemplados en la Ley de Competencia, a juicio del Informe de la OCDE que evalúa el régimen de control de operaciones de concentración en Chile, la Guía de la Fiscalía Nacional Económica para el Análisis de Operaciones de Concentración (en adelante, "Guía de la FNE sobre Concentraciones") "permite un procedimiento informal por la vía rápida ante la FNE, que puede ser solicitado por las partes antes de la consumación de la operación"¹⁰.

La Guía de la FNE sobre Concentraciones incluye dos secciones: la primera sección es analítica y sustantiva, ella es aplicable a todas las operaciones horizontales; la segunda sección, por su parte, es procesal, la cual se aplica a todos los tipos de operaciones de concentración, incluidas expresamente las horizontales, verticales y de conglomerado. Tal como lo expone el

⁸ NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín (2012): "Diseños Institucionales de Control de Concentraciones: Análisis y Propuestas", En: *Estudios Públicos*, N° 125, p. 100.

⁹ Chile, Decreto Ley que fija normas para la defensa de la libre competencia N° 211, artículo 39, Diario Oficial 17 de diciembre de 1973.

¹⁰ OCDE (2014): p. 35.

Informe de la OCDE, la FNE no posee la facultad de aprobar o negar una operación de concentración, sino que su análisis puede dar lugar a una de las siguientes decisiones: "(i) el cierre de la investigación sin ninguna otra acción, si no se encuentra que la operación genere riesgos para la competencia; (ii) llegar a un acuerdo extrajudicial con las partes, en el que acepten las condiciones para hacer frente a las preocupaciones de la FNE sobre competencia; o (iii) someter la operación a la consulta del TDLC, a menos que las Partes se comprometan a hacerlo por sí mismas"¹¹.

Un elemento clave de la investigación que realiza la FNE es que, de conformidad con el artículo 39, letra ñ) de la Ley de Competencia, la Fiscalía puede llegar a acuerdos extrajudiciales para preservar la libre competencia en el mercado. Estos acuerdos extrajudiciales es necesario distinguirlos de los acuerdos judiciales, los que pueden lograrse por la FNE y las partes que figuran en un procedimiento contencioso del TDLC, los que están también sujetos a la aprobación del Tribunal, según el artículo 22 del DL 211.

2.3. El tipo y sanción

En Chile no existe un tipo específico para sancionar las operaciones de concentración anticompetitivas, sino que se les aplica el tipo general establecido en el artículo 3° del DL 211, conforme al cual "cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos"¹² será sancionado según lo dispuesto en el artículo 26 del mismo cuerpo legal. Por su parte, el artículo 26 del DL 211 establece tres tipos de sanciones: en primer lugar, modificar o poner término a los actos o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley; en segundo lugar, la modificación o disolución de las sociedades que hubieran intervenido en los actos y; en tercer lugar, multas pecuniarias¹³.

¹¹OCDE (2014): p. 36.

¹² Chile, Decreto Ley que fija normas para la defensa de la libre competencia N° 211, artículo 3, Diario Oficial 17 de diciembre de 1973.

¹³ Chile, Decreto Ley que fija normas para la defensa de la libre competencia N° 211, artículo 26, Diario Oficial 17 de diciembre de 1973.

2.4. Procedimiento para ejercer facultad consultiva

2.4.1 Procedimiento no contencioso

El mecanismo que contempla Chile para controlar a priori una operación de concentración es a través del procedimiento no contencioso establecido en el artículo 31 del DL 211, el cual se encuentra estructurado para conocer además otro tipo de hechos, actos o convenciones que no correspondan propiamente a este tipo de operaciones. Llama la atención que la potestad para absolver consultas sea ejercida por el TDLC a través de un procedimiento no contencioso, toda vez que puede transformarse en contencioso o litigioso si cualquier actor con interés legítimo puede aportar antecedentes en el proceso, hacer valer sus opiniones y generar, efectivamente, controversias en el proceso. Gumucio y Pustilnick dan cuenta de este problema: *“(...) con el transcurso del tiempo, se ha logrado constatar que los procedimientos a través de los cuales el TDLC conoce las operaciones de concentración han perdido dicha esencia no contenciosa pues, en la práctica, personas con “interés legítimo”, han podido intervenir en este proceso, y en algunos casos se han generado grandes disputas, tanto desde un punto de vista jurídico como económico”¹⁴. “Una operación de concentración puede ser objeto de análisis hecho por el TDLC, ya sea mediante un procedimiento de consulta o mediante un procedimiento contencioso”¹⁵.*

Este procedimiento de consulta se rige por los artículos 18 N° 2 y 31 del DL 211, además del Auto Acordado N° 12/2009 del TDLC sobre la información relevante para un control preventivo de operaciones de concentración (en adelante, "Auto Acordado del TDLC sobre Concentraciones"). Planteados de manera sintética, los pasos del procedimiento de consulta son los siguientes: Las partes, la FNE o terceros que tengan un interés legítimo en la operación de concentración pueden someter la operación a consulta ante el TDLC, quien no puede iniciar de oficio un análisis. Este procedimiento de consulta puede tener lugar tanto antes como después de la operación. Si se presenta antes de la operación, el procedimiento de consulta es suspensivo,

¹⁴ GUMUCIO, Juan Cristóbal y PULSTINICK, Tammy (2014): “Control de Fusiones en Chile ¿Requiere de un Cambio?”, En: VALDÉS PRIETO, Domingo: *Nuevas tendencias del moderno derecho económico*, Santiago, Legal Publishing Chile: Thomson Reuters, p. 84.

¹⁵ OCDE (2014): p. 29.

en virtud del Auto Acordado del TDLC sobre procedimientos paralelos. Si se presenta después de la operación, la consulta permite una revisión *ex post* no contenciosa. En el contexto de una operación de concentración, sea antes o después del cierre de la operación, se entiende que el artículo 18 N° 2 del DL 211 permite al Tribunal aprobar la operación, aprobarla bajo ciertas condiciones, o rechazarla, cuando no existan condiciones suficientes para evitar la materialización de riesgos anticompetitivos.

El proceso no contencioso del TDLC que se inicia a través de la consulta se traduce en un sistema de control de fase única, el que presenta una duración indeterminada toda vez que el análisis completo de la consulta no se sujeta a ningún límite temporal. Como señala el informe de la OCDE, conforme a la investigación realizada a 14 fallos emitidos por el Tribunal en consultas de concentraciones, el promedio de duración de ellas fue de nueve meses¹⁶.

El procedimiento contencioso es aquél en que tanto la FNE, como terceros (sin interés legítimo requerido) pueden impugnar una operación de concentración ante el TDLC, de conformidad con el artículo 3° del DL 211. Este procedimiento puede promoverse antes o después de la consumación de la operación. Sin embargo, es necesario hacer presente que lo más común y probable es que tenga lugar luego de que la operación se haya materializado.

Una de las principales diferencias, en comparación con el procedimiento de consulta, es que el procedimiento contencioso permite al demandante no sólo perseguir el establecimiento de condiciones o medidas para los agentes, sino también la imposición de sanciones o multas en contra de las partes. El procedimiento contencioso se rige por el artículo 18 N° 1 y los artículos 19 al 29 del DL 211, que se aplica a cualquier infracción en materia de competencia. El procedimiento se puede iniciar a través de un requerimiento si es que es presentado por la FNE, o por una demanda, en el caso que sea presentado por un tercero. En gran medida este procedimiento sigue el Código de Procedimiento Civil chileno, donde las partes pueden hacer observaciones por escrito y se contempla una audiencia oral. El TDLC es libre de imponer medidas preliminares en espera de la sentencia definitiva. Existe la posibilidad de que el Tribunal

¹⁶ OCDE (2014): p. 32.

invite a las partes a resolver el caso por medio de un acuerdo o conciliación, el cual queda sujeto a la aprobación final del TDLC, conforme lo establece el artículo 22 de la Ley de Competencia.

La sentencia definitiva que se pronuncia sobre un procedimiento contencioso puede: (i) aprobar la operación de concentración; (ii) declararla anticompetitiva y prohibirla; (iii) condicionar la operación al cumplimiento de "medidas preventivas, correctivas o prohibitivas" y/o imponer sanciones. El artículo 26 del DL 211 señala que dichas medidas pueden incluir la terminación o modificación de los actos o acuerdos contrarios a la competencia y la disolución de las entidades resultantes de la violación, es decir, la disolución de la empresa resultante de la concentración.

Sin perjuicio de lo anterior, el procedimiento de consulta es la vía privilegiada para el control de concentraciones, toda vez que solamente ha habido un único procedimiento de concentración contencioso ante el Tribunal, que fue iniciado en el año 2012 por la Fiscalía Nacional Económica en contra de una operación consumada en la industria cinematográfica, por considerar que ésta tenía perniciosos efectos contra la libre competencia¹⁷.

2.3.2. Procedimiento voluntario

Históricamente Chile optó por un sistema voluntario en el supuesto pragmático de que contaba con una economía pequeña y con unos pocos competidores en cada industria, en quienes se podía confiar que condujeran una autoevaluación en sus operaciones.

Sin embargo, se ha calificado el sistema de notificación actual en Chile como *semi-voluntario*, toda vez que "los análisis de concentraciones se han visto obligados a transitar por canales indirectos, como lo es otorgándole derecho a terceros de someter a análisis operaciones de concentración en las que no son parte, y al imponer la condición de notificación obligatoria en transacciones subsecuentes"¹⁸. La razón por la que se pasó a denominar este sistema como voluntario fue la dictación de la Ley N° 19.911, que crea el TDLC, la que dispuso, en el artículo 18 N° 2 de la

¹⁷ *Requerimiento de la FNE contra Hoyts Cinemas Chile y Otros*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 28 de junio del 2012, Rol C 240-12.

¹⁸ OCDE (2014): p. 70.

Ley de Competencia, la posibilidad de que la FNE o quien tenga interés legítimo pueda solicitar al Tribunal que conozca de una determinada operación de concentración.

En los últimos cuatro años, de un universo de catorce operaciones de concentración, solamente tres¹⁹ fueron sometidas al conocimiento del TDLC voluntariamente por las partes de la operación. Por lo demás, de esas tres, sólo una efectivamente fue consultada ante el Tribunal, puesto que en las otras dos oportunidades se consultaron medidas de mitigación para la transacción ya materializada.

Por su parte, el informe de la OCDE señala que en Chile la notificación de operaciones de concentración no es tan voluntaria como aparenta por los siguientes motivos: (i) si las partes omiten consultar la operación ante el TDLC, deben asumir el riesgo de que sea presentada ante el Tribunal por la FNE o por terceros, ya sea a través de una consulta (procedimiento no contencioso), de acuerdo al artículo 18 N° 2 de la Ley de Competencia, o por medio de un requerimiento o demanda (procedimiento no contencioso), en virtud del artículo 18 N°1 del mismo cuerpo legal; (ii) en varias de sus sentencias y resoluciones (tanto en el contexto de operaciones de concentración como de prácticas restrictivas) el TDLC ha impuesto a determinadas empresas y personas el deber de consultar ante el mismo tribunal respecto de cualquier operación futura; (iii) en el sector de los medios de comunicación, la regulación de Chile requiere que las partes involucradas en operaciones que implique cualquier cambio en la propiedad o del control de los medios mismos de comunicación, soliciten a la FNE un informe favorable respecto de la misma²⁰. A raíz de los tres puntos anteriores, es que la OCDE ha manifestado que “la notificación para efectos de control de concentraciones califica como cuasi-obligatoria, o por lo menos, como semi-voluntaria”²¹.

¹⁹ *Consulta de Copec S.A. sobre los efectos en Chile de su participación en la propiedad de Terpel Colombia y medidas de mitigación*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2011, Rol NC 380-10; *Consulta sobre Operación de Fusión de Anagra S.A. y SQM Comercial S.A.*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2009, Rol NC 339-09; *Consulta de SMU S.A. sobre fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A.*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2012. Rol NC 397-11.

²⁰ OCDE (2014): pp. 24-25.

²¹ OCDE (2014): pp. 24-25.

2.3.3. Estructura del procedimiento

Sobre la estructura del procedimiento, este se compone de las siguientes fases o etapas: (i) envío de la consulta; (ii) notificación del inicio del procedimiento por publicaciones y comunicaciones a determinados organismos y agentes económicos; (iii) aporte de antecedentes por la FNE, las partes y terceros; (iv) realización de una audiencia pública; (v) dictación de la resolución; y (vi) eventual revisión judicial de la resolución por la Corte Suprema, a través del denominado recurso de reclamación²².

2.4 Medidas de mitigación

Puede entenderse a las medidas de mitigación, en el marco de las operaciones de concentración, como un conjunto de condiciones que se le imponen a una operación de concentración para hacerla compatible con la libre competencia.

El objetivo que persiguen estas medidas es subsanar el daño que puede causar la operación de concentración, restaurando los niveles de competencia a los que existían antes de su ocurrencia. En tal sentido, se hace hincapié en que las autoridades no pueden pretender, a través de una medida de mitigación, incrementar los niveles de competencias existentes, sino únicamente restablecerlos²³.

El Tribunal tiene la potestad exclusiva de aceptar las medidas de mitigación que sean propuestas por las partes o por la FNE, o para imponer en su resolución, de oficio, las condiciones que privativamente estime adecuadas para aprobar una determinada concentración, conforme a lo señalado en el artículo 31 N° 5 de la Ley de Competencia.

Las partes tienen certeza de la entidad y carácter de las medidas sólo al momento de dictarse la resolución definitiva por el TDLC o incluso por la Corte Suprema en caso de

²² NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín (2012): pp.100-109.

²³ AGÜERO, Francisco (2010): "Capítulo XII: Rol de las Medidas de Mitigación o Condiciones Impuestas para Aprobar Operaciones de Concentración: Un Análisis Aplicado al Sector Retail", En: *Montt, Paulo y Nehme, Nicole (Eds). Libre Competencia y Retail: Un análisis crítico.*, Santiago, Legal Publishing, pp. 313-323.

reclamación que decidiera el procedimiento no contencioso presentado.

Por consiguiente, en caso de acuerdo de medidas de mitigación entre la FNE y las partes, no hay certidumbre respecto de que el alcance de las medidas acordadas sea aceptado por el TDLC. Lo anterior da lugar, en palabras de Nehme y Mordoj a "una falta de flexibilidad del procedimiento, una mayor incertidumbre acerca de sus resultados, y un incentivo a peticiones desmedidas de mitigaciones por parte de terceros intervinientes - free riding- basado en que las partes no tienen la oportunidad de conocer la opinión del TDLC sino hasta la fecha de la resolución final"²⁴.

2.5. Resolución del TDLC

A menos que ocurra el desistimiento de los consultantes, el procedimiento no contencioso sólo puede terminar por medio de una resolución del Tribunal que: (i) apruebe pura y simplemente la concentración consultada; (ii) la apruebe con medidas de mitigación que deberán ser cumplidas por las partes en calidad de condiciones; o (iii) rechace derechamente la concentración sometida a su conocimiento, de acuerdo a lo señalado en el artículo 31 N° 5 DL 211.

Por lo tanto, el Tribunal no puede imponer las sanciones que contempla el artículo 26 de la Ley de Competencia a las partes, toda vez que dichas sanciones se reservan propiamente al procedimiento contencioso.

2.6. Revisión judicial por la Corte Suprema

De acuerdo a los artículos 27 y 31 de la Ley de Competencia, la revisión judicial de las resoluciones y sentencias del TDLC le corresponde a la Excm. Corte Suprema, a través del recurso de reclamación, el que puede ser presentado por cualquier parte ante el Tribunal, dentro de los diez días hábiles a partir de la notificación de la resolución o sentencia. El recurso de reclamación no suspende los efectos de la resolución o sentencia del TDLC, a excepción del pago

²⁴ NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín (2012): p. 117.

de las multas. Como lo señala el Informe de la OCDE sobre Concentraciones en Chile "la reclamación puede dirigirse a cualquier aspecto de la sentencia o resolución de término, incluyendo las condiciones establecidas en ésta, la decisión misma de aprobación o rechazo, y la sanción. La aprobación, por parte del TDLC, de acuerdos extrajudiciales celebrados entre la FNE y las Partes, puede ser impugnada ante el mismo tribunal, mientras que los acuerdos conciliatorios aprobados por el TDLC pueden ser impugnados ante la Corte Suprema"²⁵.

III. FALENCIAS DEL SISTEMA

1. *No existe un sistema propiamente tal*

Hay un cierto sector de nuestra doctrina que plantea este punto, donde es posible ubicar a Valdés Prieto, Gumucio y Pulstinick, quienes se han arriesgado a afirmar que "en Chile no es idóneo hablar de un "sistema" de control de fusiones debidamente normado en nuestra legislación antimonopolio, pues, en efecto, si se revisa la legislación de libre competencia chilena, contemplada en el Decreto Ley N° 211...en ninguno de sus artículos se hace mención a la palabra "fusión" u "operación de concentración"²⁶.

Sin embargo, cuando se creó el TDLC en el año 2004 por medio de la Ley N° 19.911, quedó plasmado en la historia de dicha ley que el Tribunal sí contaba con atribuciones para conocer y analizar aquellas operaciones de concentración que voluntariamente le eran sometidas a su conocimiento²⁷.

Asimismo, el Informe de la OCDE sobre Concentraciones en Chile, al referirse al marco legal al que se encuentran sujetas las fusiones en Chile, es tajante en cuanto a señalar que "la primera problemática consiste en la ausencia de un control de concentraciones en la ley. La Ley de Competencia de 1973, con enmiendas, no prevé la posibilidad de un control de concentraciones como tal, ni se refiere a las concentraciones de forma explícita"²⁸.

²⁵ OCDE (2014): p. 42.

²⁶ GUMUCIO, Juan Cristóbal y PULSTINICK, Tammy (2014), En: VALDÉS PRIETO, Domingo: pp. 78-79.

²⁷ Historia de la Ley N° 19.911, Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 14 de noviembre de 2003).

²⁸ OCDE (2014). P. 59.

Tomando en cuenta lo anterior, se hace necesario advertir que la ausencia de un marco legal trae como consecuencia la inseguridad jurídica para las autoridades, las empresas y también los consumidores y la sociedad en su conjunto.

2. Engañoso sistema no contencioso y voluntario

Como ya se ha señalado, la Ley N° 19.911 que creó el TDLC el año 2004 tuvo en su proceso legislativo la intención de que las operaciones de concentración fueran conocidas por el Tribunal a través de procedimientos no contenciosos y voluntarios. Sin perjuicio de lo anterior, es posible afirmar que, en la práctica, personas con *interés legítimo* han podido intervenir en este proceso, y en algunos casos se han generado grandes disputas, lo cual, objetivamente, permite hacer dudar respecto de si catalogar o no al procedimiento de control de operaciones de concentración como no contencioso y voluntario.

Ejemplo de lo anterior es el caso de la consulta de la fusión de LAN y TAM²⁹ donde las partes de la operación consultada eran, valga la redundancia, LAN y TAM, pero la entidad que consultó fue la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios (Conadecus). Por su parte, PAL solicitó el rechazo de la fusión y presentó un requerimiento de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional mientras se tramitaba la consulta.³⁰ Asimismo, AChET presentó los principales riesgos a la libre competencia que provocaría la fusión.

En cuanto a la voluntariedad de la notificación, como ya se señaló previamente, en los últimos cuatro años, de un total de catorce operaciones, sólo tres de ellas³¹ fueron sometidas al conocimiento del TDLC voluntariamente por las partes de la operación.

En concordancia con lo anterior, se puede advertir que el Tribunal ha conocido casos de

²⁹ *Consulta de Conadecus sobre operación de concentración LAN Airlains S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A.*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2011, Rol NC 388-11.

³⁰ Tribunal Constitucional, sentencia de 24 de agosto de 2011, Rol N° 2046-11.

³¹ *Consulta de Copec S.A. sobre los efectos en Chile de su participación en la propiedad de Terpel Colombia y medidas de mitigación*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2011, Rol NC 380-10; *Consulta sobre Operación de Fusión de Anagra S.A. y SQM S.A.*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2009, Rol NC 339-09; *Consulta de SMU S.A. sobre fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A.*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2012, Rol NC 397-11.

operaciones de concentración no porque las partes voluntariamente lo hayan querido, sino porque: "(i) ha sido la FNE quien ha puesto en funcionamiento este procedimiento; (ii) las partes han estado obligadas a consultar la operación por disposición previa del TDLC; (iii) existe una normativa especial que así lo dispone; o bien (iv) terceros ajenos a la operación, con un dubitable interés legítimo, han solicitado al TDLC la revisión de dicha operación"³².

En la medida que sea un tercero ajeno quien pueda adoptar la decisión de notificar la operación, se derivan costos adicionales para las partes de una fusión y también para las autoridades, toda vez que ellas tendrán que internalizar el riesgo de que terceros adopten una decisión de consultar. Asimismo, en palabras de Nehme y Mordoj "(...) también existen riesgos de *free-riding*, dados por el interés de potenciales terceros de simplemente agregar costos a una concentración eventual, por vía de someterla a consulta, o de solicitar la revisión de una consulta previamente resuelta por el TDLC"³³.

Lo anterior se agrava cuando se toma en cuenta que la actuación estratégica de terceros, cuando es temeraria, no puede ser ni siquiera desincentivada mediante la sanción del pago de costas del juicio, toda vez que esta institución no está contemplada para el procedimiento no contencioso. Por lo tanto, se trata de un riesgo adicional que da lugar a una mayor incertidumbre jurídica y cuyo costo es soportado por las leyes y por el presupuesto público.

También según las apreciaciones de Nehme y Mordoj, este es el escenario más negativo posible porque da cuenta de un sistema a medio camino entre un sistema obligatorio y uno voluntario, con lo cual "se reducen los incentivos de señalización asociados al sistema voluntario y, al mismo tiempo, se deja en poder de terceros distintos de las partes y la autoridad la determinación de cuándo una concentración debe ser forzosamente consultada"³⁴.

Por todo lo anterior es que actualmente las partes de una operación deben asumir la decisión de consultar, adicionalmente, en base al riesgo de ser su operación objeto de consultas por la FNE o terceros.

³² Gumucio, Juan Cristóbal y Pulstinick, Tammy (2014), En: VALDÉS PRIETO, Domingo: p. 87.

³³ Nehme, Nicole y Mordoj, Benjamín (2012): p. 112.

³⁴ Nehme, Nicole y Mordoj, Benjamín (2012): pp. 112-113.

3. Riesgo de comportamientos oportunistas

En estricta relación con la falencia recién tratada, es posible hablar de ciertas conductas eventualmente oportunistas de terceros mediante el procedimiento. Como ya se ha expuesto, es usual que, en la práctica, terceros con intereses específicos intervengan en este tipo de procedimientos, oponiéndose a la operación, o exigiendo que se aprueben condiciones que se encuentran más bien destinadas a obtener ventajas competitivas o a intervenir problemas generales de los mercados involucrados. “El incentivo de retardar e instrumentalizar un proceso de consulta pareciera ser perverso para el éxito del sistema de control de concentraciones, pues los terceros pueden exigir, sin un costo relevante, condiciones que afectan a las partes de la operación, o el funcionamiento de los mercados principales o conexos”³⁵.

De acuerdo a lo anterior, es posible afirmar que, en el caso de los competidores, el sistema no desincentiva que ellos actúen retardando y entorpeciendo el normal desarrollo del procedimiento con el objeto de debilitar la posición de las partes de la concentración. Estas conductas perversas por parte de los terceros pueden traer a las partes de la operación eventuales perjuicios, tales como daños a su imagen, desvío de recursos, pérdida de personal clave, entre otros, además de la paralización en decisiones comerciales relevantes de mediano o largo plazo.

4. Procedimiento lento

Cuando se consagró la facultad consultiva del Tribunal, se buscó un procedimiento expedito para ejercerla, intentándose obtener equilibrio entre un procedimiento rápido y transparente, con lo cual se pretendía otorgar una certeza a las partes de una operación de que la transacción sería analizada por el TDLC a través de un procedimiento expedito y sumario³⁶.

Sin embargo, la tramitación de una consulta ante el TDLC, desde su ingreso hasta la dictación de una resolución, toma alrededor de ocho meses, a lo que deben sumarse aproximadamente cuatro a seis meses ante la Excma. Corte Suprema, con ocasión de recursos de

³⁵ NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín (2012): pp. 113-114.

³⁶ GUMUCIO, Juan Cristóbal y PULSTINICK, Tammy (2014): En: VALDÉS PRIETO, Domingo: p. 90.

reclamación, con lo que el tiempo que finalmente demora la aprobación de una operación de concentración se aproxima o supera al año³⁷. Este plazo parece ser excesivo si se considera que el mundo de los negocios es un escenario dinámico, que demanda la mayor rapidez y fluidez posible. En otras palabras, cuando una empresa analiza la posibilidad de comprar otra, normalmente no está en posición de esperar un año para hacer su negocio, lo cual también ocurre desde el punto de vista del vendedor, pues puede ocurrir que tampoco esté dispuesto a esperar un año ya que las razones que lo llevan a vender pueden ser apremiantes, o incluso puede ocurrir que esté dispuesto a vender más barato a otra empresa con el fin de evitar un largo procedimiento.

Por consiguiente, no es incorrecto señalar que la excesiva duración del procedimiento puede aparejar la caída de operaciones que podrían traer beneficios a la economía chilena y derivar perjuicios a la inversión, toda vez que el costo en que el procedimiento se traduce en cuanto al tiempo puede ser elevado y las empresas no estar en condiciones de soportarlo.

En el caso de la fusión D&S/Falabella, la evidencia indica que la prolongada tramitación incidió de modo fundamental en la decisión de las partes de no perseverar en la operación, a través de la no impugnación ante la Corte Suprema de la Resolución N° 24/2008 del TDLC, que rechazó la fusión proyectada³⁸.

Por otro lado, en el caso de la concentración Anagra/SQM-C, la demora en la decisión pareciera haber desactualizado el acuerdo en principio celebrado por las partes, lo que podría haber puesto término a la operación, a pesar de haber sido aprobada³⁹.

5. Procedimiento sin oportunidad de negociar mitigaciones

El artículo 31 del DL 211 no contempla una instancia donde las partes puedan acercarse al TDLC y negociar con él medidas de mitigación. En efecto, lo que dispone es que podrán aportar antecedentes, entendiéndose esa instancia como la oportunidad para ofrecer medidas de

³⁷ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, “Estadísticas”, [Fecha de consulta: 6/7/2015], Disponible en: <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?GUID=&ID=341>

³⁸ NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín (2012): p. 115

³⁹ NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín (2012): p. 116.

mitigación que eventualmente disminuirán el riesgo anticompetitivo de la futura operación que desean celebrar, "...pero nada se menciona respecto de poder discutir las, ponderarlas y acordarlas con el Tribunal"⁴⁰.

Sin embargo, el artículo 39, letra ñ) de la Ley de Competencia sí contempla una instancia donde las partes de una operación de concentración podrían eventualmente negociar medidas de mitigación con la FNE, suscribiendo con ésta lo que se conoce como un acuerdo extrajudicial, el que requiere de la posterior aprobación del Tribunal.

Por lo tanto, toda vez que las partes no están facultadas para negociar con el TDLC medidas para mitigar los eventuales riesgos anticompetitivos que generaría la operación, la tendencia es que las partes, en la práctica, han tenido que pronosticar los riesgos que, a juicio del Tribunal, podrían mitigar dichos *adivinados* efectos anticompetitivos⁴¹.

Lo anterior da lugar a la incertidumbre, ello a raíz de que en ciertas situaciones el TDLC ha aceptado algunas de las medidas de mitigación propuestas por las partes⁴²; otras veces ha elaborado las suyas propias⁴³ y, en otros casos, ha considerado que ninguna medida propuesta es suficiente, por lo que ha rechazado la operación⁴⁴.

De acuerdo a los planteamientos de Nehme y Mordoj, Chile en este punto también se encuentra en el peor de los escenarios, toda vez que "es imposible negociar medidas de mitigación con la FNE o recibir una señal del TDLC sobre la materia - en su carácter de tribunal, le está vedado entregar señales de este tipo-: y, al mismo tiempo, ello no deriva en una tramitación

⁴⁰ GUMUCIO, Juan Cristóbal y PULSTINICK, Tammy (2014), En: VALDÉS PRIETO, Domingo: p. 91.

⁴¹ GUMUCIO, Juan Cristóbal y PULSTINICK, Tammy (2014), En: VALDÉS PRIETO, Domingo: p. 91.

⁴² Véase, por ejemplo, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2004, Resolución N°1/2004, en NC 02-04 Consulta de Liberty Comunicaciones de Chile Uno Ltda., y Cristal Chile Comunicaciones S.A., sobre eventual fusión de Metrópolis Intercom y VTR S.A.

⁴³ Véase, por ejemplo, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2005, Resolución N° 2/2005, en NC 01-04 Consulta de Telefónica Móviles S.A., sobre aprobación de acuerdo de eventual toma de control de Bellsouth Comunicaciones S.A.; y Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2009, Resolución N° 31/2009, en NC 339-09 Consulta sobre Operación de Fusión de Anagra S.A. y SQM Comercial S.A.;

⁴⁴ *Consulta sobre Fusión de D&S y Falabella*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2008. Resolución N°24/2008, en NC 199-07; *Consulta de Organización Terpel Chile, relativa a la adquisición por parte de Quiñenco S.A. de los activos de las sociedades Petróleos Trasandinos S.A. y Operaciones y Servicios Terpel Limitada.*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2012. Resolución N° 39/2012, en NC 399-11.

sustancialmente más rápida de concentraciones precisamente notificadas"⁴⁵.

6. *El resultado*

Las falencias que se han descrito pueden, en síntesis, resumirse en la existencia de una relevante incertidumbre jurídica, la que afecta a los actores del sistema, en relación al régimen de control de operaciones de concentración chileno.

Es posible señalar que la incertidumbre se da en distintos ámbitos: incertidumbre sobre la necesidad de consultar o no una operación de concentración; sobre el rol que se dará a los terceros para efectos de iniciar un procedimiento o durante su desarrollo; sobre la duración del procedimiento; sobre la aceptabilidad de las mitigaciones ofrecidas por las partes, y, finalmente, sobre la aprobación o rechazo final de la operación por parte del TDLC o la Corte Suprema.

Estas fallas del diseño institucional han traído como consecuencia la incrementación de la inseguridad jurídica y los costos y riesgos asociados al régimen de control de concentraciones.

Lo anterior ha llevado incluso a que ciertas operaciones de concentración, eventualmente relevantes, se desechen *ex ante* por sus partes, precisamente por los costos y riesgos que las empresas evalúan que se encuentran presentes en la consulta de operaciones de concentración.

Las falencias descritas también han llevado a una suerte de selección adversa del sistema, toda vez que se privilegia a aquellas empresas consultoras más agresivas o menos conservadoras en lo regulatorio, que han estado dispuestas a cerrar operaciones sin consultarlas previamente, y que por eso han podido firmar con sus contrapartes contratos no sujetos a condiciones de aprobación, *versus* las compañías más rigurosas en el cumplimiento de las normas, que no han podido perfeccionar contratos de adquisición o fusión sin condicionarlos a la previa obtención de aprobaciones por parte de los órganos de libre competencia⁴⁶.

⁴⁵ NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín (2012): p.118.

⁴⁶ NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín (2012): p. 118-120.

IV. ACTUAL PROYECTO DE LEY

1. *Generalidades*

Existe un proyecto de ley⁴⁷ que fue enviado por el gobierno de la presidenta Michelle Bachelet al Congreso en marzo del presente año y que pretende realizar determinadas modificaciones en materia de libre competencia. En él se busca reformar principalmente dos materias, las cuales son, por un lado, la regulación de las colusiones, aumentando el monto máximo de las multas y consagrando un tipo específico de colusión en el Código Penal y, por otro lado, establecer un sistema de control preventivo y obligatorio de fusiones u operaciones de concentración.

2. *Propuesta del proyecto en cuanto al sistema de control de operaciones de concentración*

2.1. *Inclusión de un régimen específico de control de operaciones de concentración en la Ley de Competencia*

Como ya se ha señalado, en la ley vigente, acudiendo a las normas generales existe un control *semi-voluntario*, en que las operaciones de concentración son sometidas al conocimiento del TDLC por las partes, la Fiscalía Nacional Económica o terceros ajenos a la operación.

El proyecto propone un nuevo "Título IV", denominado "*De las operaciones de concentración*".

2.2. *Definición de qué operaciones están sujetas al control de operaciones de concentración e incorporación de un sistema de notificación de dichas operaciones*

En primer lugar, el proyecto define el término *operación de concentración* como: "*Todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos previamente independientes entre sí dejen de serlo, en cualquier ámbito de sus actividades*".

Asimismo, se establecen ciertos requisitos copulativos que deben cumplir las operaciones

⁴⁷ Proyecto de ley que modifica el DFL N° 1 de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211 de 1973, 2015.

de concentración para que deban notificarse previamente a la FNE, a saber: (i) Que la suma de las ventas en Chile de los agentes económicos que proyectan concentrarse haya alcanzado, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifica la notificación, montos iguales o superiores al umbral establecido mediante Reglamento por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo; (ii) que en Chile, por separado, al menos dos de los agentes económicos que proyectan concentrarse hayan generado ventas, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifica la notificación, por montos iguales o superiores al umbral establecido mediante Reglamento dictado por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

En segundo lugar, se define *Agente económico* como "*Toda entidad, o parte de ella, cualquiera sea su forma de organización jurídica o aún cuando carezca de ella, que desarrolle o haya desarrollado directa o indirectamente actividades empresariales, ofreciendo o demandando bienes o servicios. Se considerará asimismo como un agente económico al conjunto de activos tangibles o intangibles, o ambos, que permitan el desarrollo de una actividad empresarial*".

Por otro lado, la iniciativa busca prescribir que los agentes económicos que proyecten concentrarse deban suspender la operación hasta que se encuentre firme la resolución o sentencia que ponga término definitivo al procedimiento correspondiente.

Para aquellas operaciones de concentración que no superen los umbrales que se determinen, igualmente pueden ser notificadas de forma voluntaria. Ello sin perjuicio de que el proyecto contempla la situación consistente en que si la operación de concentración no superase el umbral y no se haya notificado voluntariamente, la FNE tendrá la atribución de instruir las investigaciones que estime convenientes dentro del plazo de un año contado desde que se haya perfeccionado la operación.

Respecto a los terceros distintos a los agentes económicos parte de la operación, la iniciativa dispone que ellas no tienen la facultad de notificar ni de llevar a cabo acciones estratégicas para paralizar, sino que sólo pueden aportar antecedentes a la investigación que lleve a cabo la FNE.

2.3. Establecimiento de un procedimiento "eficiente, transparente, previsible y colaborativo para el análisis de las operaciones de concentración"

El proyecto propone radicar el procedimiento de control en la FNE, el que contaría con dos fases, a saber:

Una primera fase en la que la FNE debe determinar rápidamente si la operación merece ser investigada en virtud de eventuales riesgos anticompetitivos que pueda presentar, contando para ello con un plazo de 25 días desde que la notificación se considera completa por la propia FNE.

Una segunda fase en que la FNE en un plazo de hasta 90 días desde la notificación investiga y analiza la operación en profundidad.

En ambos casos, si la FNE no resuelve dentro del plazo, la operación se entiende aprobada por el solo ministerio de la ley.

Luego de la segunda fase, el Fiscal Nacional Económico deberá: (i) aprobar la operación en forma pura y simple; (ii) Aprobar a condición de que se dé cumplimiento a medidas ofrecidas por el notificante; (iii) prohibir la operación.

Por su parte, en contra de la resolución del Fiscal Nacional Económico que prohíbe la operación, el notificante podrá promover ante el TDCL, en un plazo de 10 días contados desde la notificación de dicha resolución, un recurso de revisión especial, que se regula en el nuevo artículo 31 bis que esta iniciativa propone.

Por último, contra la sentencia dictada por el TDLC no procede recurso alguno, quedando la intervención de la Corte Suprema limitada al recurso de queja, que opera de forma excepcional en la situación de que el Tribunal cometa faltas o abusos graves.

2.4. Adopción de un estándar sustantivo en virtud del que las operaciones de concentración serán analizadas

Al respecto, el estándar vigente es el contemplado en el inciso primero del artículo 3° de la Ley de Competencia, que consiste en que el hecho, acto o convención *"impida, restrinja o*

entorpezca la libre competencia o que tienda a producir dichos efectos".

La iniciativa propone un estándar sustantivo que tanto el TDLC como la FNE deben tener presente al momento de resolver acerca de una operación de concentración, el cual es *"la reducción sustancial de la competencia"*.

2.5. Presencia de herramientas de aplicación y sanciones

El proyecto propone incorporar un nuevo artículo 3° bis que establece que podrán aplicarse las medidas del artículo 26 de la Ley de Competencia, así como aquellas medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que resulten necesarias, a quienes: (i) Infrinjan el deber de notificación de una operación de concentración contemplado en la ley, caso en que podrá aplicarse una multa a beneficio fiscal de hasta 20 UTA por cada día de retardo contado desde el perfeccionamiento de la operación; (ii) Contravengan el deber de suspensión de una operación de concentración que ha sido notificada a la FNE; (iii) No den cumplimiento a las medidas de mitigación de riesgos anticompetitivos con que se hubiere aprobado una operación de concentración; o (iv) perfeccionen una operación de concentración en contra de lo dispuesto en la resolución o sentencia que haya prohibido dicha operación.

3. Problemas de la iniciativa

En primer lugar, parece menester cuestionarse cuán conveniente resulta tener un sistema de notificación obligatorio de operaciones de concentración. Ello toda vez que, si bien el sistema obligatorio tiene la ventaja de otorgar certeza a las partes respecto de cuándo consultar una operación de concentración, se hace necesario prever cuán eficaz pueda llegar a ser el sistema en la práctica. *"El costo de oportunidad que conlleva notificar operaciones que por su tamaño no son potencialmente atentatorias a la libre competencia, el costo público que implica para el organismo de libre competencia revisar un universo de operaciones y el costo privado que significa para las partes de la operación someterse a un proceso de consulta, nos lleva a cuestionar si es éste es el sistema ideal para*

*Chile, tomando en consideración las características del mercado y el tamaño del mismo*⁴⁸.

En un análisis efectuado por don Juan Cristóbal Gumucio y don Tammy Pulstinick, lograron concluir que en las principales jurisdicciones antimonopólicas que cuentan con un sistema de control obligatorio de fusiones, del universo de operaciones revisadas por las autoridades antimonopólicas, sólo el 4% aproximadamente de ellas justificaba en la práctica que fueran examinadas, pues el 96% restante fueron resueltas en la primera fase de notificación o bien autorizadas sin reparos⁴⁹.

En tal análisis se indica que en el caso de Estados Unidos, durante el año fiscal 2010, las agencias de competencia revisaron 1.128 operaciones de concentración, de las cuales sólo 46 operaciones, es decir, un 4,1% no fueron resueltas en la primera fase de investigación. Por su parte, Brasil, durante el año 2010, el CADE conoció 615 fusiones, de las cuales 588 fueron aprobadas sin condiciones, 27 con condiciones y sólo 1 de ellas fue rechazada. "Si analizamos las estadísticas de Estados Unidos, la Unión Europea, Brasil y México, todos con umbrales distintos, cada vez llegamos a la misma conclusión: la gran mayoría de las operaciones analizadas, nunca debieron ser revisadas"⁵⁰.

En segundo lugar, en cuanto al umbral que deberán prestar atención los agentes económicos para informar o no a la FNE antes de realizar una operación de concentración, no parece coherente que se deje su determinación en manos de un futuro reglamento si el propósito de la modificación del sistema de control de fusiones es otorgar certeza a las partes respecto de cuándo notificar la operación.

Por consiguiente, si la iniciativa tiene la voluntad de entregar mayor certidumbre, resulta más idóneo que dicho umbral se determine en la ley y que se discuta, por lo tanto, en el Parlamento.

De conformidad con lo anterior, si se opta por un sistema de control de operaciones de concentración obligatorio, parece más adecuado establecer un umbral suficientemente alto, toda

⁴⁸ GUMUCIO, Juan Cristóbal y PULSTINICK, Tammy (2014), En: VALDÉS PRIETO, Domingo: p. 104.

⁴⁹ GUMUCIO, Juan Cristóbal y PULSTINICK, Tammy (2014), En: VALDÉS PRIETO, Domingo: pp.102-103.

⁵⁰ GUMUCIO, Juan Cristóbal y PULSTINICK, Tammy (2014), En: VALDÉS PRIETO, Domingo: p. 101.

vez que con ello se respetaría la libertad de emprender de los privados, no se espantaría a los inversionistas y no se caería en un uso excesivo de recursos, atendiendo a que, como se ha planteado, la mayoría de las operaciones no suelen ser una amenaza a la libre competencia.

En tercer lugar, la iniciativa del gobierno propone un procedimiento de revisión compuesto por dos etapas. En la primera, la FNE tiene la facultad de aprobar aquellas operaciones que no presenten riesgos anticompetitivos. En la segunda etapa, la FNE analizaría aquellas operaciones más complejas en profundidad. Finalizada esta segunda fase, la FNE tiene la facultad de permitir la operación de forma pura y simple, permitirla condicionalmente o, por último, prohibir la fusión. Ante la decisión de la FNE, las partes sólo podrían solicitar revisión del TDLC cuando la operación haya sido rechazada por la Fiscalía, no pudiendo hacerlo en caso de que esta última imponga condiciones excesivas o incumplibles para realizar la operación, lo que no parece razonable.

V. CONCLUSIONES

1. En este artículo se ha descrito el sistema de operaciones de concentración que rige en Chile y se ha puesto de manifiesto que existe consenso en cuanto a que dicho régimen presenta serias falencias que producen como efecto inseguridad e incertidumbre para los actores de los distintos mercados y para la sociedad en su conjunto.
2. Tomando en consideración lo anterior, las autoridades, conscientes de las fallas en el sistema, han demostrado la intención de realizar una modificación legal del proceso al que se someten las consultas de fusiones.
3. La respuesta del gobierno ante las falencias descritas ha sido presentar un proyecto de ley que propone pasar desde un actual sistema *voluntario* o *semi-voluntario* de control de operaciones de concentración a un sistema obligatorio en que se busca que los agentes económicos notifiquen a la FNE su intención de realizar una operación de concentración antes de perfeccionarla si es que ella superase un determinado umbral.
4. Sin perjuicio de lo anterior, resulta necesario cuestionarse la eficacia práctica de disponer de un sistema de control de fusiones obligatorio toda vez que pudiera incluso llegar a ser

innecesario, por cuanto ciertos estudios demuestran que en los sistemas de notificación obligatoria la gran mayoría de las operaciones revisadas no atentan contra la libre competencia, por lo que, podría parecer más eficaz continuar con un sistema de control voluntario pero perfeccionado.

5. Ahora bien, si se opta por un sistema de control de operaciones de concentración obligatorio, es menester atender la situación anterior, es decir, que la mayoría de las operaciones no atenta contra la libre competencia y, por lo mismo, sería idóneo fijar un umbral suficientemente alto para no destinar recursos públicos y privados ni poner mayores barreras a operaciones que son inocuas.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

___AGÜERO, Francisco (2010): “Capítulo XII: Rol de las Medidas de Mitigación o Condiciones Impuestas para Aprobar Operaciones de Concentración: Un Análisis Aplicado al Sector Retail”, En: *Montt, Paulo y Nehme, Nicole (Eds). Libre Competencia y Retail: Un análisis crítico.*, Santiago, Legal Publishing.

___DOMPER, María de la Luz (2008): “Análisis económico de las operaciones de concentración”, En: *Revista Anales Derecho UC: Temas de libre competencia*, N° 4, sección primera.

___FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2012): *Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración*, [en línea; formato PDF], p. 6, [Fecha de consulta: 2/8/2015], Disponible en: www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf

___GUMUCIO, Juan Cristóbal y PULSTINICK, Tammy (2014): “Control de Fusiones en Chile ¿Requiere de un Cambio?”, En: VALDÉS PRIETO, Domingo: *Nuevas tendencias del moderno derecho económico*, Santiago, Legal Publishing Chile: Thomson Reuters

___NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín (2012): “Diseños Institucionales de Control de Concentraciones: Análisis y Propuestas”, En: *Estudios Públicos*, N° 125

___OCDE (2014): *Evaluación del régimen de control de concentraciones en Chile, Informe Secretariado OCDE*, [en línea; formato PDF], pp. 8-9, Disponible en:

http://www.oecd.org/daf/competition/Chile%20merger%20control_ESP_nov14.pdf

___TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, “Estadísticas”, [Fecha de consulta: 6/7/2015],

Disponible en: <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?GUID=&ID=341>

___VALDÉS PRIETO, Domingo (2006): *Libre Competencia y Monopolio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile

LEGISLACIÓN UTILIZADA

___ Chile, Decreto Ley que fija normas para la defensa de la libre competencia N° 211, Diario Oficial 17 de diciembre de 1973.

___ Chile, *Ley sobre sociedades anónimas N°18.046*, Diario Oficial, 22 de octubre de 1981.

___ Chile, *Historia de la Ley N° 19.911, Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 14 de noviembre de 2003.

___ Chile, *Proyecto de ley que modifica el DFL N° 1 de 2004*, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211 de 1973, 2015.

JURISPRUDENCIA UTILIZADA

___ *Consulta de Conadecus sobre operación de concentración LAN Airlains S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A.*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2011, Rol NC 388-11.

___ *Consulta de Copec S.A. sobre los efectos en Chile de su participación en la propiedad de Terpel Colombia y medidas de mitigación*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2011, Rol NC 380-10.

___ *Consulta sobre Fusión de D&S y Falabella*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2008. Resolución N°24/2008, en NC 199-07.

___ *Consulta de Liberty Comunicaciones de Chile Uno Ltda., y Cristal Chile Comunicaciones S.A., sobre eventual fusión de Metrópolis Intercom y VTR S.A.*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2004, Resolución N°1/2004, en NC 02-04.

___ *Consulta de Organización Terpel Chile, relativa a la adquisición por parte de Quiñenco S.A. de los activos de las sociedades Petróleos Trasandinos S.A. y Operaciones y Servicios Terpel Limitada.*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2012. Resolución N° 39/2012, en NC 399-11.

___ *Consulta sobre Operación de Fusión de Anagra S.A. y SQM Comercial S.A.*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2009, Rol NC 339-09.

___ *Consulta de SMU S.A. sobre fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A.*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2012. Rol NC 397-11.

___ *Consulta de Telefónica Móviles S.A., sobre aprobación de acuerdo de eventual toma de control de Bellsouth Comunicaciones S.A.* Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2005, Resolución N° 2/2005, en NC 01-04.

___ *Requerimiento de la FNE contra Hoyts Cinemas Chile y Otros*, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 28 de junio del 2012, Rol C 240-12.

___ Tribunal Constitucional, sentencia de 24 de agosto de 2011, Rol N° 2046-11.