

EL CONTROL PREVENTIVO DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EN EL SISTEMA DE LIBRE COMPETENCIA CHILENO

Sofía Saavedra Valderrama y Roberto Muñoz Castro

RESUMEN

El régimen de control de operaciones de concentración vigente En Chile ha sido arduamente discutido y se pretende una pronta modificación de éste 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 algunas propuestas y recomendaciones que han sido elaboradas por la doctrina y ciertas organizaciones y comisiones.

ABSTRACT

The merger control system in Chile has been strongly discussed and it is intended a prompt modification by authorities. This article describes how merger control works in Chile, analyzes the shortcomings that have been detected in this system and, finally, discusses some proposals and recommendations that have been developed by the doctrine and some organizations and commissions.

PALABRAS CLAVE

Control de Concentraciones, Sistema Voluntario de Control de Concentraciones, Derecho Chileno de la Libre Competencia

KEYWORDS

Merger Control, Voluntary and Mandatory Merger Control, Chilean Antitrust Law.

INTRODUCCIÓN

Por medio del presente trabajo se busca llevar a cabo una investigación respecto de un tema que en la actualidad da lugar a una serie de esfuerzos, tanto de economistas como de juristas, por dotar a la legislación chilena de un sistema eficaz de control preventivo de las operaciones de concentración o fusiones, las que eventualmente pueden derivar en prácticas anticompetitivas.

Hay que adelantar que en el sistema chileno, las empresas interesadas en desarrollar un proceso de fusión, en términos generales, no están legalmente obligadas a consultar acerca de la viabilidad de dicha operación ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante TDLC o “el Tribunal”), no obstante lo cual, asumen el riesgo de que en el desarrollo de ésta la Fiscalía Nacional Económica (en adelante FNE) o un tercero con un interés legítimo realice una consulta al mencionado tribunal, lo que da lugar a un procedimiento que ha sido criticado, principalmente, por los efectos que dicha consulta puede generar, tales como, la perversidad que puede haber tras las consultas, la lentitud del procedimiento y porque no se pueden negociar medidas de mitigación vinculantes con la autoridad, entre otros.

El tratamiento legal sobre las operaciones de concentración y su control forman parte del ámbito de la legislación de libre competencia, contemplada en el Decreto Ley N° 211 (en adelante “DL 211”). Sin embargo, es importante advertir que se está en presencia de un asunto no puramente jurídico, puesto que se trata de un área donde el derecho y la economía se unen con el propósito de conseguir que se resguarde la libre competencia, ello porque se asume que el mercado es capaz de producir la más eficiente asignación de los recursos productivos y maximizar el excedente de productores y consumidores.

De acuerdo con lo anterior, resulta inevitable abordar en algunos puntos de este trabajo aspectos cuyo contenido suele ser más económico que jurídico, ello con el propósito de tener claridad, por sobre todo, de los efectos que pueden producir las operaciones de concentración en los mercados. Sólo teniendo dicha claridad sobre los eventuales impactos negativos o positivos a que puedan dar lugar las fusiones, será posible atender críticamente a las distintas clases de control preventivo que en Chile se puede adoptar.

Los esfuerzos por diseñar un procedimiento de control preventivo de fusiones han dado lugar a una serie de propuestas desarrolladas tanto por los autores, como también por la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia y el Secretariado de la OCDE, todas ellas abordadas en éste trabajo.

CAPÍTULO I

MERCADO CONCENTRADO, FUSIONES Y OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

1. Delimitación conceptual

En primer lugar, para abordar éste artículo, así como cualquier otro, resulta necesario dedicar algunas líneas básicas destinadas a establecer conceptos básicos, tales como “concentración” y “operación de concentración”. Es idóneo advertir que ambos términos no tienen una definición legal en la legislación chilena, por lo tanto, las respuestas a qué se debe entender por cada uno de ellos deben buscarse en los escritos de los autores.

Un alcance sencillo para comprender el término concentración puede ser entender que *“existe concentración cuando hay pocas empresas en un mercado, pero con altas participaciones en el mismo”*¹

Por consiguiente, conforme lo plantea la autora recién citada, para que un mercado sea concentrado no basta que hayan pocas empresas compitiendo en él, sino que debe, conjuntamente, cumplirse el requisito de que esas empresas tengan una alta participación en dicho mercado.

En seguida, 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 dispone:

“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.”

Sin perjuicio de lo anterior, siguiendo a Domingo Valdés Prieto, 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, es por lo mismo que el primero engloba al segundo y, producto de ello es que la doctrina prefiere usar los términos

¹ DOMPER, María de la Luz. “Análisis Económico de las Operaciones de Concentración”, 2008, Revista Anales Derecho UC: Temas de libre competencia, número 4, sección primera, p. 23.

“concentración” u “operación de concentración” en el ámbito del derecho de libre competencia.²

Por lo tanto, según Valdés Prieto, se debe entender por “operación de concentración”:

“... una noción jurídica altamente flexible, que tiene la peculiaridad de capturar una gran amplitud de prácticas mercantiles, las que se caracterizan por estar constituidas por un conjunto de hechos, actos o convenciones cuyo objeto consiste en alcanzar eficiencia en una actividad empresarial mediante la adquisición de participaciones sociales (accionariales y no accionariales) o activos en general, cuya propiedad se hallaba en poder de competidores.”

Por otro lado, también en palabras de la FNE 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.”³

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 la Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile realizada por la OCDE el año 2014, enfatiza la relevancia de definir legalmente y con precisión lo que se entiende por “operaciones de concentración” para tener certeza cuáles de éstas operaciones serán controladas.

“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.”⁴

² VALDÉS PRIETO, Domingo. Libre Competencia y Monopolio. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006. pp. 530-532.

³ Fiscalía Nacional Económica. Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración. 2012. P. 6. [en línea] www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf

⁴ OCDE. EVALUACIÓN DEL RÉGIMEN DE CONTROL DE CONCENTRACIONES EN CHILE, 2014. pp. 8-9

Sin perjuicio de lo anterior, desde ya advertimos que en el presente trabajo emplearemos los conceptos de “operación de concentración” y “fusión” como sinónimos, ello con el propósito de una mayor fluidez lingüística.

2. Clasificación de las fusiones u operaciones de concentración

Como se advirtió en la parte introductoria, es inevitable realizar un estudio sobre este tema sin tratar puntos que tengan un contenido más económico que jurídico, por no decir completamente económico. Es en este punto y en los dos que siguen, donde este trabajo trata temas que tienen mayor relación con el área de la economía.

Las operaciones de concentración se clasifican en tres tipos:

“Fusiones horizontales: Son aquellas se dan entre dos empresas que son actuales o potenciales competidores – es decir, que venden el mismo producto o sustitutos. El término horizontal quiere decir que las dos empresas se encuentran en el mismo nivel en la cadena de producción – por ejemplo, dos fábricas de acero, dos distribuidores de cerveza, o dos vendedores al por menor de equipos electrónicos que compiten dentro de un área geográfica determinada.

Fusiones verticales: Son aquellas que tienen lugar entre dos empresas que se encuentran en distintos niveles en la cadena de producción, las cuales tienen una relación vendedor – comprador actual o potencial. Entre los ejemplos se puede mencionar una fusión entre un productor de cerveza y un distribuidor de cerveza (sin importar si antes de la fusión el segundo distribuía la cerveza del primero), y una fusión entre una mina de carbón y una generadora de energía eléctrica.

Fusiones conglomerales o conglomerados: Se trata de una definición de carácter residual, es decir, corresponde a aquellas fusiones que se dan entre empresas que no producen productos que compitan y que tampoco se encuentran en una relación actual o potencial de vendedor – comprador.”⁵

La importancia de la clasificación a que dan lugar las fusiones dice relación con los efectos que ellas tienen, toda vez que unas tienen mayores riesgos de producir consecuencias anticompetitivas que otras. Por consiguiente, será necesario que el órgano encargado de llevar a cabo el control preventivo de dicha fusión haga la distinción entre estos tres tipos

⁵ Traducción libre de: “Horizontal mergers take place between two firms that are actual or potential competitors – that is they sell the same products or close substitutes. The term horizontal signifies that the two enterprises are at the identical level in the chain of production – for example, two manufacturers of Steel, two distributors of beer, or two retailers of electronics equipment competing for customers within a given geographic area.

Vertical merger take place between firms at different levels in the chain of production – firms that have actual or potential buyer – seller relationships. Examples include a merger between a brewer and a beer distributor (wether or not that brewer was using that distributor at the time), and merger between a coal mine and an electricity generator. Finally, conglomerate mergers are neither horizontal nor vertical, that is, the firms neither produce competing products nor are in an actual or potential buyer – seller relationship.” OCDE. 1998. A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy [en línea] <www.oecd.org> [consulta: 23 de julio de 2014] p. 42.

de fusiones para así no impedir una operación que puede dar lugar a sinergias y no a prácticas anticompetitivas, respecto de lo cual se abundará más adelante.

3. Medición de la concentración en un mercado.

Siguiendo a María de la Luz Domper⁶, existen dos fórmulas para medir la concentración de un mercado:

En primer lugar, la razón de concentración, la cual es una fórmula que mide el porcentaje de ventas que realizan las empresas más grandes que hay en un mercado, respecto de las ventas totales de la industria.

El segundo método es el índice de *Herfindahl Hirschman*, el cual es el más utilizado, que consiste en una fórmula que eleva al cuadrado las participaciones de mercado de las empresas que conforman la industria.

Haciendo referencia a *Horizontal Merger Guidelines de la Federal Trade Commission* y del Departamento de Justicia de Estados Unidos: “... las Agencias generalmente clasifican los mercados en tres tipos:

Mercados no concentrados: HHI por debajo de 1500

Mercados moderadamente concentrados: HHI entre 1500 y 2500

Mercados altamente concentrados: HHI por encima de 2500.”⁷

4. Efectos o riesgos de las fusiones

En primer lugar, es menester señalar en este punto que la relación que existe entre la concentración y la competencia no es lineal, sino que hay otros factores que afectan tal relación. Conforme a ello, es que no resulta correcto seguir la hipótesis que tuvo aceptación hace décadas, que estima que una industria donde la estructura es concentrada, necesariamente genera conductas anticompetitivas. Por lo tanto, no hay que suponer a priori que si hay alta concentración en un mercado, ello dará lugar a un alto poder de mercado, lo cual desenlazará en precios altos.

De acuerdo a lo que señala María de la Luz Domper, “*los otros factores que afectan dicha relación son: la elasticidad precio de la demanda y la presencia de barreras a la entrada*

⁶ DOMPER, María de la Luz. 2008. “Análisis Económico de las Operaciones de Concentración”. Revista Anales Derecho UC: Temas de libre competencia, número 4, sección primera. P. 24.

⁷ Traducción libre de: “...the Agencies generally classify markets into three types:

Unconcentrated Markets: HHI below 1500

Moderately Concentrated Markets: HHI between 1500 and 2500

Highly Concentrated Markets: HHI above 2500”. US DEPARTMENT OF JUSTICE y FEDERAL TRADE COMMISSION. 2010. Horizontal Merger Guidelines [en línea] <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html>> [consulta: 7 de junio de 2014]

*al mercado. Por lo tanto, la participación de mercado no es determinante, sino solo uno de los factores que incide en los precios y en el poder de mercado.”*⁸

Por consiguiente, no basta con que una operación de concentración aumente el nivel de concentración en un mercado relevante para que deba prohibirse dicha fusión. De hecho, las concentraciones pueden en algunos casos ser beneficiosas para los mercados, ya que pueden traducirse en una serie de sinergias y ganancias de eficiencia, tales como economías de ámbito y de escala, cuyos beneficios son transferibles a los consumidores, ya sea por un incremento de la calidad o la disminución del precio de los productos y servicios de dicho mercado relevante.

En segundo lugar, es preciso señalar que, sin perjuicio de lo anterior, de los tres tipos de fusiones ya señalados, las fusiones horizontales son las más peligrosas en el sentido de que son las que tienen mayor probabilidad de generar efectos anticompetitivos, toda vez que, por definición, reducen el número de competidores en un mercado particular.

Los efectos anticompetitivos que puede generar una fusión horizontal pueden ser de dos categorías:

(i)Unilaterales: *“Una fusión que tiene efectos anticompetitivos unilaterales tiene lugar cuando se crea una sola empresa con poder sustancial de mercado o se aumenta significativamente el poder de mercado que ya era disfrutado por una sola empresa. En la peor situación, la fusión puede dar vida a un monopolio. Incluso, si no se da lugar a un monopolio, la fusión podría crear una empresa con poder de mercado lo suficientemente alto - o reforzar la posición de una empresa que ya tiene poder de mercado - de modo tal que puede elevar el precio por encima del precio de competencia...”*⁹

Este tipo de efectos dice relación con que el nuevo agente económico que surge de la operación tenga un poder de mercado tal que le permita influir en el precio de los productos y servicios en el mercado relevante, pudiendo elevarlos por sobre el costo marginal, lo que disminuye el excedente del consumidor.

(ii)Coordinados: *“Una fusión horizontal, al reducir la competencia, hace que sea más fácil para las empresas que permanecen en el mercado poder coordinar su comportamiento - la competencia de precios, la cantidad y la calidad no pueden ser alcanzados. Más bien, estas*

⁸ DOMPER, María de la Luz. 2008. “Análisis Económico de las Operaciones de Concentración”. Revista Anales Derecho UC: Temas de libre competencia, número 4, sección primera. P. 27.

⁹ Traducción libre de: *“A merger that has anticompetitive unilateral effects creates a single firm with substantial market power or significantly increases the market power already enjoyed by a single firm. In the worst situation a merger may create a monopoly. Even if a monopoly is not found, a merger could create a firm with high enough market power – or strengthen the position of a firm that already has market power – so that it can raise its price above the competitive level...”* OCDE. 1998. *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy* [en línea] <www.oecd.org> [consulta: 23 de julio de 2014] p. 42.

*empresas ganan cierta cantidad de monopolio o de oligopolio que los beneficia a sí mismos...*¹⁰

Estos efectos coordinados se refieren a los riesgos de que se genere una coordinación entre los oferentes del mercado que se ha concentrado en virtud de la fusión, con el propósito de elevar los precios por sobre el costo marginal, generando también como consecuencia la pérdida de excedente del consumidor.

En tercer lugar, los riesgos para la libre competencia que puede generar una fusión vertical podrían ser el resultado de una alteración, por parte de la empresa integrada, de la estructura de costos de sus competidores no integrados, ya sea por conductas tales como un incremento de barreras de entrada o un aumento de precios en un determinado eslabón de la cadena de producción. En este sentido, un ejemplo típico de conducta anticompetitiva por parte de un oferente verticalmente fusionado sería el dificultar o impedir el acceso a competidores a las instalaciones o materias primas que sean esenciales para la producción de un bien o servicio que el mismo oferente produce en otra parte de la cadena de producción.

En cuarto lugar, en relación a las operaciones de concentración conglomeradas, ellas suelen no producir efectos contrarios a la competencia, más allá de la aprehensión que pueda generar su tamaño, ya que cada una de las sociedades que componen el conglomerado suelen operar en mercados diferentes.

¹⁰ Traducción libre de: *"A horizontal merger may reduce competition by making it easier for the firms remaining in the market to coordinate their behavior – the competitive Price, quantity, and quality may not be reached. Rather, such firms earn some amount of monopoly or oligopoly profits for themselves..."* OCDE. 1998. A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy [en línea] <www.oecd.org> [consulta: 23 de julio de 2014] p. 43.

CAPÍTULO II

CONTROL PREVENTIVO DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

1. Sistemas de control preventivo o consultas

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

1.1. Sistema de consulta voluntario

Es aquél 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 Unido.¹¹

1.2. Sistema de consulta obligatorio

Es aquél 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 concentraciones alrededor del mundo han adoptado este sistema de notificación obligatorio puro.

1.3. Sistema de consulta híbrido

Es aquél 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 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.

¹¹ OCDE. EVALUACIÓN DEL RÉGIMEN DE CONTROL DE CONCENTRACIONES EN CHILE, 2014 p. 75

2. Actual sistema de consulta chileno

2.1 La facultad del TDLC para conocer operaciones de concentración

El Tribunal conoce y analiza las operaciones de concentración conforme lo establecido en el artículo 18 N° 2 del DL 211, 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...”*

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 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 TDLC”*.¹²

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 cual presenta 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 tercero. Si considera que de una determinada operación se siguen problemas de competencia, la Fiscalía Nacional Económica debe iniciar una

¹² NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín. 2012. Diseños Institucionales de Control de Concentraciones: Análisis y Propuestas. P. 100

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 presentado por 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"*¹³

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 Informe de la OCDE sobre Concentraciones en Chile, 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."*¹⁴

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 cuales 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"* 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 pecuniarias.

¹³ OCDE. EVALUACIÓN DEL RÉGIMEN DE CONTROL DE CONCENTRACIONES EN CHILE, 2014. P. 35

¹⁴ *Ibidem*, p. 36.

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 éste 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.

Juan Cristóbal Gumucio y Tommy 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.”*¹⁵

*“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”*¹⁶

Procedimiento de consulta: Este procedimiento 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, 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

¹⁵ GUMUCIO, Juan Cristóbal y PULSTINICK, Tammy. 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, 2014. P. 84

¹⁶ OCDE. EVALUACIÓN DEL RÉGIMEN DE CONTROL DE CONCENTRACIONES EN CHILE, 2014. P. 29

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. Si bien el artículo 31 de la Ley de Competencia establece plazos para diversas etapas del proceso no contencioso, ellos no son respetados consistentemente por el TDLC.

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 meses.¹⁷

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 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

¹⁷ OCDE. EVALUACIÓN DEL RÉGIMEN DE CONTROL DE CONCENTRACIONES EN CHILE, 2014. P. 32

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 competencia.¹⁸

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...”*¹⁹

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 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 14 operaciones de concentración, solamente 3²⁰ fueron sometidas al conocimiento del TDLC voluntariamente por las partes de la operación. Por lo demás, de esas 3, 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

¹⁸ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2013. Rol C240-12 Requerimiento de la FNE contra Hoyts Cinemas Chile y Otros.

¹⁹ OCDE. EVALUACIÓN DEL RÉGIMEN DE CONTROL DE CONCENTRACIONES EN CHILE, 2014 p. 70

²⁰ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2011. Rol NC 380-10 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, 2009. Rol NC 339-09 Consulta sobre Operación de Fusión de Anagra S.A. y SQM Comercial S.A.; Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2012. Rol NC 397-11 Consulta de SMU S.A. sobre fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A.

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 misma.²¹

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...*”²²

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 reclamación.²³

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 competencia existentes, sino

²¹ OCDE. EVALUACIÓN DEL RÉGIMEN DE CONTROL DE CONCENTRACIONES EN CHILE, 2014. pp. 24-25

²² *Ibidem*.

²³ NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín. 2012. Diseños Institucionales de Control de Concentraciones: Análisis y Propuestas. Pp.100-109

únicamente restablecerlos.²⁴

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 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 en *"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"*.²⁵

2.5 Resolución del TDLC

A menos que ocurra el desestimiento 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 de las multas.

²⁴ Agüero, Francisco. 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. Stgo, Legal Publishing Chile, 2010. Pp. 313-323.

²⁵ NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín. 2012. Diseños Institucionales de Control de Concentraciones: Análisis y Propuestas. P. 117.

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...*"²⁶

²⁶ OCDE. EVALUACIÓN DEL RÉGIMEN DE CONTROL DE CONCENTRACIONES EN CHILE, 2014. P. 42

CAPÍTULO III

FALENCIAS DEL SISTEMA

1. No existe un sistema propiamente tal

Cierto sector de la doctrina, encabezado por los autores Domingo Valdés Prieto, Juan Cristóbal Gumucio y Tommy Pulstinick 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".*²⁷

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 conocimiento.²⁸

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"*²⁹

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.

²⁷ GUMUCIO, Juan Cristóbal y PULSTINICK, Tommy. 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, 2014. P. 78-79

²⁸ 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).

²⁹ OCDE. EVALUACIÓN DEL RÉGIMEN DE CONTROL DE CONCENTRACIONES EN CHILE, 2014. p. 59.

Ejemplo de lo anterior es el caso de la consulta de la fusión de LAN y TAM³⁰ 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.³¹ 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 14 operaciones, sólo 3 de ellas³² 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 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*"³³

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 los autores 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...*"³⁴

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.

³⁰ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2011. Rol NC 388-11. Consulta de Conadecus sobre operación de concentración LAN Airlains S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A.

³¹ Tribunal Constitucional, sentencia de 24 de agosto de 2011. Rol N° 2046-11.

³² Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2011. Rol NC 380-10 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, 2009. Rol NC 339-09 Consulta sobre Operación de Fusión de Anagra S.A. y SQM S.A.; Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2012. Rol NC 397-11 Consulta de SMU S.A. sobre fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A.

³³ GUMUCIO, Juan Cristóbal y PULSTINICK, Tammy. 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, 2014. P. 87

³⁴ NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín. 2012. Diseños Institucionales de Control de Concentraciones: Análisis y Propuestas. P. 112.

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..."*³⁵

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.

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 concentración, 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..."*³⁶

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

³⁵ NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín. 2012. Diseños Institucionales de Control de Concentraciones: Análisis y Propuestas. Pp. 112-113.

³⁶ NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín. 2012. Diseños Institucionales de Control de Concentraciones: Análisis y Propuestas. Pp. 113-114-

transacción sería analizada por el TDLC a través de un procedimiento expedito y sumario.³⁷

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 reclamación, con lo que el tiempo que finalmente demora la aprobación de una operación de concentración se aproxima o supera al año.³⁸ 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 proyectada.³⁹

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 aprobada.⁴⁰

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 mitigación que eventualmente disminuirán el riesgo anticompetitivo de la futura operación que desean celebrar, "*...pero nada se menciona respecto de poder*

³⁷ GUMUCIO, Juan Cristóbal y PULSTINICK, Tammy. 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, 2014. P. 90

³⁸ "Estadísticas", Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, accedido 30 noviembre de 2014, <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?GUID=&ID=341>

³⁹ NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín. 2012. Diseños Institucionales de Control de Concentraciones: Análisis y Propuestas. P. 115.

⁴⁰ NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín. 2012. Diseños Institucionales de Control de Concentraciones: Análisis y Propuestas. P. 116.

discutirlas, ponderarlas y acordarlas con el Tribunal..."⁴¹

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 anticompetitivos.⁴²

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 partes⁴³; otras veces ha elaborado las suyas propias⁴⁴ y, en otros casos, ha considerado que ninguna medida propuesta es suficiente, por lo que ha rechazado la operación.⁴⁵

De acuerdo a los planteamientos de los autores 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 sustancialmente más rápida de concentraciones precisamente notificadas...*"⁴⁶

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 concentraciones 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

⁴¹ GUMUCIO, Juan Cristóbal y PULSTINICK, Tammy. 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, 2014. P. 91.

⁴² *Ibidem*

⁴³ 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.

⁴⁴ 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.;

⁴⁵ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2008. Resolución N°24/2008, en NC 199-07 Consulta sobre Fusión de D&S y Falabella; y Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2012. Resolución N° 39/2012, en NC 399-11 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.

⁴⁶ NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín. 2012. Diseños Institucionales de Control de Concentraciones: Análisis y Propuestas. P. 118.

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 competencia.⁴⁷

⁴⁷ NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín. 2012. Diseños Institucionales de Control de Concentraciones: Análisis y Propuestas. P. 118-120.

CAPÍTULO IV

RECOMENDACIONES

1. Generalidades

Teniendo presente las falencias de que adolece el régimen de control de concentraciones en Chile, ha surgido un interés por parte de los especialistas en esta materia en cuanto a sugerir propuestas y recomendaciones respecto a cómo debe ser el sistema de control de fusiones que debe regir en Chile para que funcione de manera más eficaz y en beneficio de la economía chilena y, así, dejar de lado la incertidumbre e inseguridad jurídica que lo caracterizan.

En este capítulo se tratarán tres recomendaciones que es posible atender por su importancia:

La primera de ellas es la propuesta entregada por la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia del año 2012, cuya importancia radica en ser un informe oficial del gobierno de ese entonces, que contempla las opiniones de destacados especialistas de la materia.

La segunda de estas recomendaciones está formada por la evaluación realizada por la OCDE respecto a las operaciones de concentración en Chile, cuyo informe fue publicado en julio de 2014 y que es de suma importancia y consideración a raíz de que emana de una respetable organización internacional.

Por último, la tercera de las recomendaciones que será expuesta en este trabajo es la propuesta de Juan Cristóbal Gumucio y Tammy Pustilnick Arditi que está presente en el libro "Nuevas Tendencias del Moderno Derecho Económico" de Domingo Valdés Prieto, cuya importancia radica en la crítica expresa que realiza a la propuesta entregada por la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia del año 2012, dando lugar, por tanto, a una propuesta alternativa e interesante de analizar toda vez que ilustra la discusión entre optar por un procedimiento con notificación obligatoria o perfeccionar el sistema de notificación voluntaria.

2. Propuesta de la Comisión Asesora Presidencial

El Informe de la Comisión de Libre Competencia entregó un análisis del estado de la institucionalidad en materia de libre competencia y entregó recomendaciones destinadas a perfeccionar la legislación de libre competencia actualmente vigente, entre ellas respecto del régimen de control de operaciones de concentración.

La Comisión propuso optar por un sistema de consulta mixto, a través de un esquema de "umbrales" que definirían si procede o no la consulta obligatoria, sin embargo, la Comisión no señaló el monto o la forma de determinar tales umbrales.

En tal sentido, el informe de la Comisión señala que propone "*... un sistema donde la consulta se hace obligatoria si la fusión se encuentra por sobre indicadores que sirven*

para advertir que la operación podría contribuir a una estructura de mercado potencialmente no competitiva, a la luz de ciertos indicadores (“umbrales”) establecidos por la autoridad...”⁴⁸

La Comisión de Libre Competencia señala expresamente que propone un sistema de notificación de operaciones de concentración mixto, el cual lo describe de la siguiente manera:

“El establecimiento de este sistema – que podemos calificar como un “sistema mixto” - se basa en separar aquellas operaciones que superen un cierto “umbral”- entendido este como un indicador de riesgo de amenaza a la competencia- las que deberán someterse a un procedimiento de notificación ante la FNE, de aquellas empresas cuya operación quede por debajo del umbral, las no deberán someterse a un procedimiento alguno de revisión. Estas empresas podrían someterse voluntariamente al examen de fusiones de la FNE, para obtener una mayor certeza jurídica respecto a eventuales cuestionamientos con respecto a una potencial amenaza a la libre competencia de ésta.”⁴⁹

Por otro lado, respecto a la facultad de terceros de realizar consultas, la Comisión señala que: *“En el marco del esquema expuesto, la participación de terceros con interés legítimo en la operación, debería manifestarse en la entrega de antecedentes a la FNE durante el período de análisis de la operación”.*⁵⁰ Con ello el informe sugiere, en otras palabras, que no puedan intervenir terceros en los procesos de fusión, sino que solo puedan hacer consultas y/o intervenir aquellas empresas que se están fusionando y la Fiscalía Nacional Económica.

Esta sugerencia que excluye la participación de los terceros en el procedimiento ha sido criticada por Hernán Calderón, Presidente de la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios (Conadecus), quien, al respecto, ha manifestado que *“...estos expertos entienden la libre competencia como una gestión de propietarios en un ámbito exclusivo, en el cual pueden hacer lo que quieran, sin que los consumidores o usuarios, es decir la otra no propietaria del mercado puedan intervenir cautelando sus derechos. Es decir, los consumidores son para ellos sujetos pasivos y cautivos de un mercado salvaje que no les reconoce derechos.”*⁵¹

Asimismo, el presidente de Conadecus realiza una crítica general a la Comisión y al interés perseguido por ésta, manifestando que los especialistas que la componen privilegiarían el interés de las grandes empresas por sobre la libre competencia: *“Es claro que de esta Comisión no se podía esperar mucho, salvo una que otra excepción. Pues quedó claro que tuvo el objetivo específico de despejar el camino para que las grandes empresas consoliden sus monopolios y nadie tenga medios legales de oponerse. A ella, los conflictos de interés que la cruzan, no la ha dejado ver la realidad.”*⁵²

⁴⁸ Comisión Asesora Presidencial Para la Defensa de la Libre Competencia. Informe Julio 2012. P. 25.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 26.

⁵¹ Calderón, Hernán. "Omisiones y Amenazas a la Libre Competencia"

<http://www.conadecus.cl/conadecus/?p=4297> . .

⁵² *Ibidem*.

3. Propuesta Informe OCDE

El Informe sobre la Evaluación del Régimen de Control de Operaciones de Concentración en Chile del año 2014 se hace cargo detalladamente de este tema.

La primera recomendación que hace como sugerencia la OCDE es que Chile debe establecer en la ley un régimen de control formal y vinculante para solucionar las falencias en cuanto al marco legal en que se inserta el régimen de control de fusiones.

El informe señala, sin embargo que *"...esto no significa que todos los aspectos del control de las operaciones de concentración deban estar detallados en la ley. La eficacia y efectividad del sistema pueden requerir que se deje a regulaciones secundarias y a la práctica de las autoridades cierto margen de apreciación y adaptación..."*⁵³

Por otro lado, la OCDE recomienda delimitar el ámbito de aplicación del control de operaciones de concentración, sobre lo cual indica que, por lo general, son tres los pasos para determinar si una operación es sujeta al control de concentraciones: (i) la definición de las concentraciones susceptibles de control; (ii) el establecimiento de un sistema de notificación; y (iii) la determinación de los umbrales de notificación.⁵⁴

(i) Definición de las concentraciones susceptibles de control: El Informe de la OCDE da cuenta que tanto la FNE y el TDLC han proporcionado cierta orientación en sus respectivas Guías y Autos Acordados para llenar esta ausencia. Sin embargo, estas definiciones no gozan de la fuerza legal de la Ley de Competencia y no son enteramente compatibles entre sí. En este punto la OCDE no aprecia eventuales definiciones idóneas en concreto como propuesta para delimitar el ámbito de aplicación del control de fusiones, pero señala que los criterios esenciales para identificar qué constituye una operación de concentración deberían ser vinculantes *erga omnes* y definidos de forma consistente, exponiendo los distintos criterios que se utilizan a nivel mundial.⁵⁵

(ii) Establecimiento de un sistema de notificación: El informe de la OCDE sugiere que Chile debe, al respecto, en primer lugar, seleccionar un mecanismo de notificación (obligatorio, voluntario o híbrido), y en segundo lugar, establecer las características necesarias para las notificaciones, para que sean efectivas, eficaces y oportunas.⁵⁶

En este punto resulta interesante hacer notar que el informe pareciera pretender mostrarse imparcial respecto a si Chile debe continuar con su sistema de notificación voluntario o debe optar por uno híbrido, ello toda vez que la redacción del informe se dedica extensamente a simplemente hacer una suerte de comparación de virtudes y defectos entre ambos sistemas de notificación. Sin embargo, es posible notar que este informe se inclina expresamente por sugerir a Chile que adopte un sistema de notificación obligatorio, por cuanto señala que:

"A la luz de las ventajas y desventajas de cada sistema de notificación, y dada la experiencia actual de Chile y su panorama económico e institucional, un sistema obligatorio previsto de las condiciones que aseguren su eficacia puede mostrarse más

⁵³ OCDE. EVALUACIÓN DEL RÉGIMEN DE CONTROL DE CONCENTRACIONES EN CHILE, 2014. P. 60

⁵⁴ *Ibidem*, p. 62.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 64-72.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 75.

efectivo. Tanto el TDLC como la FNE también han expresado la opinión de que el control de concentraciones debe ser obligatorio y previo a la operación..."⁵⁷

Algunas consideraciones que hace el informe respecto de la adopción de un sistema obligatorio son que sólo las concentraciones que cumplan con los umbrales de notificación serían sometidas al control de concentraciones. Por debajo de los umbrales, las concentraciones escaparían al control de concentraciones y podrían ser consumadas sin aprobación.

Asimismo, señala que el sistema de notificación híbrido también puede resultar efectivo y puede captar más operaciones que un sistema obligatorio, pero su pertinencia y eficacia depende de factores adicionales, por lo tanto, parece objetivo y fundado señalar que el informe de la OCDE se inclina por el sistema de notificación obligatoria, descartando el sistema voluntario expresamente: "*Por consiguiente, Chile debe elegir un sistema de notificación obligatorio o híbrido, y debe plantearse seriamente determinar los umbrales de notificación adecuados...*"⁵⁸

(iii) Determinación de umbrales de notificación: La problemática que se visualiza en este punto consiste en que el régimen de control de concentraciones vigente en Chile no contiene umbrales de notificación. Esta ausencia va de la mano con el hecho de que la ley no prevé ningún mecanismo de notificación específico para las concentraciones.

Los umbrales de notificación son un factor primordial en la selección de las operaciones de concentración que serán sometidas al control de concentraciones. El propósito principal de los umbrales de notificación es establecer un nexo suficiente con la jurisdicción y atraer las operaciones que potencialmente generen preocupaciones de competencia.

Por el contrario, bajo un régimen de notificación voluntario, no hay necesidad de establecer umbrales de notificación. El principal detonante de las notificaciones voluntarias consiste en los criterios de una evaluación sustantiva de una operación, que deben ser lo suficientemente claros y objetivos para que las partes autoevalúen si deben notificar su proyecto de concentración y para que la autoridad pueda actuar de oficio y analizar dichas concentraciones.

En síntesis, recomienda que los umbrales de notificación deben ser claros y objetivos, basados exclusiva y objetivamente en criterios cuantificables.

La determinación de los niveles numéricos de los umbrales debe considerar lo siguiente:

(i) Chile puede determinar el nivel numérico adecuado a la luz de, por ejemplo, su PIB, el tamaño estándar de las empresas operando en su territorio, y el número de operaciones que pueden ser analizadas efectivamente.

(ii) Los umbrales separados por sectores son una opción riesgosa porque plantean incertidumbres similares que los umbrales de participación de mercado, surge el riesgo de enfrentar quejas por ser discriminatorios, arbitrarios o políticos, y pueden no adaptarse tan rápido a la evolución de las industrias.

(iii) La necesidad de seguridad jurídica debe equilibrarse con la posibilidad de ajustar los umbrales si la experiencia muestra que se establecieron demasiado altos o demasiado

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 80.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 89.

bajos.⁵⁹

Finalmente, el informe, respecto a los derechos de terceros, señala expresamente que el procedimiento da lugar a comportamientos oportunistas de terceros y que sólo las partes de la operación deben estar facultadas para consultar o la autoridad mediante su facultad de oficio, con lo que se asemeja a la sugerencia de la Comisión de Libre Competencia al respecto:

*"Los procedimientos actuales en Chile dejan espacio para las acciones oportunistas de terceras partes. Bajo un sistema de control ex ante efectivo, sólo las Partes deberían estar facultadas para iniciar un proceso de análisis de concentraciones mediante una notificación o la autoridad mediante su facultad de oficio. Los derechos de las terceras partes deberían ser limitados a expresar sus opiniones sobre una operación bajo análisis, y a informar a la autoridad de cualquier operación de concentración notificable que no fue notificada."*⁶⁰

4. Propuesta de Juan Cristóbal Gumucio y Tammy Pustilnick

En primer lugar, al igual que las dos propuestas anteriores, las recomendaciones de estos autores abogan porque el sistema de control de concentraciones debiera evitar que los terceros ajenos a la operación tengan la facultad de presentar la solicitud, es decir, un procedimiento controlado por las partes.

*"Se sugiere que el procedimiento se inicie por medio de una notificación a la FNE de la intención de concentrarse; por ende, sólo las partes de la operación, sus dueños o accionistas, se encontrarían legitimados para acceder a este sistema de notificación previa..."*⁶¹

Sin perjuicio de lo anterior y, al igual que las recomendaciones de la Comisión y de la OCDE, no se excluye totalmente a los terceros del procedimiento, ya que los autores manifiestan que sería idóneo contar con la instancia para que terceros ajenos a la operación puedan hacer valer sus opiniones y aporten antecedentes al mismo, ya que ello daría lugar a un procedimiento más transparente e informado.⁶²

En segundo lugar, Gumucio y Pustilnick proponen un procedimiento expedito, que contemple plazos breves.

En tercer lugar, los autores proponen un procedimiento donde se puedan negociar mitigaciones, sugiriendo que *"una vez efectuada por las partes la notificación de la futura operación, en caso de estimar que pudieran existir riesgos derivados de la misma, que no sean contrapesadas con las eficiencias derivadas de la operación, debiera comunicarlo a las partes de la transacción, para que procedan a evaluar y proponer medidas de mitigación, debiendo existir una instancia de negociación entre las partes y la FNE para*

⁵⁹ *Ibidem*, p. 87-95

⁶⁰ *Ibidem*, p. 110.

⁶¹ GUMUCIO, Juan Cristóbal y PULSTINICK, Tammy. 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, 2014. P. 97.

⁶² *Ibidem*

*discutir estas medidas."*⁶³

En cuarto lugar, estiman como órgano idóneo para llevar a cabo el control a la FNE, ello porque *"tiene una mayor dotación que el TDLC y su estructura administrativa, en vez de judicial, le otorga mayor flexibilidad para negociar medidas de mitigación"*.⁶⁴ Proponen que la decisión de la FNE sea recurrible ante el TDLC por las partes que notificaron la operación y, finalmente, que la decisión del Tribunal pueda ser recurrida ante la Excm. Corte Suprema vía recurso de reclamación, el cual sólo podría ser interpuesto por las partes de la operación o la FNE.

En quinto lugar, recomiendan justificadamente un procedimiento con un sistema de notificación voluntaria, lo cual es el punto en que discrepan totalmente con las propuestas de la Comisión de Libre Competencia y del informe de la OCDE y también con otros autores, como Nehme y Mordoj, quienes proponen un sistema mixto de control de concentraciones con una marcada tendencia hacia un sistema obligatorio.⁶⁵ Es por este carácter minoritario y de poca aceptación en la doctrina nacional en cuanto a continuar con un sistema de notificación voluntaria, que parece interesante analizar la propuesta de Gumucio y Pulstinick en cuanto a mantener el procedimiento voluntario pero mejorarlo. El análisis parece interesante toda vez que la tendencia mayoritaria, que sugiere un sistema de notificación mixto u obligatorio, descartando el sistema voluntario, pareciera dejar de lado una serie de perjuicios que acarrearía un eventual cambio de sistema de notificación.

*"...nuestra sugerencia es la de optar por continuar con la esencia voluntaria, pero mejorada; es decir, que las partes sean quienes, al sopesar los eventuales riesgos que puede conllevar la operación de concentración que desean celebrar, decidan si es necesario someter la transacción ante la FNE o no, teniendo la opción de acceder, por medio de un sistema de notificación previa y expedita, a la revisión de la futura operación de concentración."*⁶⁶

Los autores para justificar su propuesta ponderan la certeza que otorga una notificación obligatoria versus lo eficaz que en la práctica ella puede llegar a ser.

Señalan que la principal ventaja del sistema obligatorio consiste en la certeza que otorga a las partes respecto a cuándo consultar una operación de concentración, para lo cual se fijan umbrales determinados por la legislación de protección a la libre competencia.

"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

⁶³ *Ibidem*, p. 98.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín. 2012. Diseños Institucionales de Control de Concentraciones: Análisis y Propuestas. P. 125.

⁶⁶ GUMUCIO, Juan Cristóbal y PULSTINICK, Tammy. 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, 2014. P. 99.

*las operaciones analizadas, nunca debieron ser revisadas...*⁶⁷

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.

En el caso de 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.

Del análisis que efectuaron los autores, lograron concluir que de 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% (aprox) 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 reparos.⁶⁸

*"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 el sistema ideal para Chile, tomando en consideración las características del mercado y el tamaño del mismo."*⁶⁹

Por consiguiente, Gumucio y Pustilnick consideran que el sistema de consulta voluntaria es el que debe permanecer vigente en Chile, toda vez que, en oposición al procedimiento obligatorio, resulta eficaz a raíz de que la autoridad antimonopolio no deberá revisar aquellas operaciones que no afecten significativamente la libre competencia. Ello se refleja en la disminución significativa del costo público y privado asociado a la obligación de consultar, como asimismo la del costo de oportunidad debido al retraso en la implementación de la transacción o bien, el costo que significa que la operación de fusión finalmente no se lleve a cabo por la demora en obtener su autorización.

Por su parte, los autores se hacen cargo de las críticas que se formulan contra el sistema de notificación voluntaria, señalando lo siguiente:

"...como consecuencia de que las partes no están obligadas a notificar la futura transacción, se critica el riesgo social, económico e incluso político que significa que operaciones de gran magnitud pasen inadvertidas, pues existe abundante doctrina que asume que la reversión total de operaciones de concentración, una vez materializada, es imposible o extremadamente onerosa de realizar..."

Lo anterior, sin embargo, ha sido enmendado en el último tiempo, señalándose que el riesgo de que grandes operaciones pasen "desapercibidas" se ve mermado si la autoridad antimonopolio encargada de fiscalizar cumple un rol activo en la vigilancia de aquellos mercados más sensibles desde la perspectiva de la libre competencia.

⁶⁷ Ibídem, p. 101.

⁶⁸ Ibídem, pp. 102-103.

⁶⁹ Ibídem, p. 104.

*Igualmente el riesgo disminuye cuando la legislación antimonopólica contempla la facultad que con posterioridad, tanto particulares como la autoridad antimonopolio, puedan desafiar la operación ya materializada..."*⁷⁰

CONCLUSIONES

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.

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.

La discusión sobre cómo debe ser el régimen de control de fusiones se da en distintos planos de la sociedad, tanto a nivel doctrinal, como a nivel de organizaciones internacionales, como a nivel de los consumidores y también a nivel de gobierno.

Es posible advertir distintas apreciaciones respecto a cómo debe funcionar el sistema en un futuro. Es menester destacar que tanto el Informe de la OCDE, como el Informe de la Comisión Asesora Presidencial y también la doctrina mayoritaria estudiada, están contestes en que una de las modificaciones que debe realizarse apunta a evitar que terceros ajenos a la operación puedan presentar la solicitud. Sin embargo, la gran discrepancia en cuanto a esta modificación se encuentra por parte de Conadecus, que aboga por no reservar exclusivamente el control del sistema a las partes de las operaciones de concentración.

Otro de los aspectos que se discuten para ser modificados es en cuanto a continuar con un sistema de notificación voluntaria o mutar a una notificación obligatoria o mixta. Es posible advertir que la tendencia mayoritaria es a sugerir un sistema inclinado hacia la notificación obligatoria, tal como lo recomienda la OCDE a Chile, el Informe de la Comisión Asesora Presidencial y cierto sector de la doctrina, abogando por la mayor certeza que otorgaría este sistema. Sin embargo, también existe una voz minoritaria que advierte que tal sistema no resulta, en la práctica, eficaz a partir de ciertos estudios que demuestran que en los sistemas de notificación obligatoria la gran mayoría de las operaciones revisadas no atentan contra la libre competencia.

⁷⁰ *Ibíd*em, pp. 106-107

REFERENCIAS

Agüero, Francisco. 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*. Stgo, Legal Publishing Chile, 2010.

Calderón, Hernán. "*Omisiones y Amenazas a la Libre Competencia*" <http://www.conadecus.cl/conadecus/?p=4297>.

Comisión Asesora Presidencial Para la Defensa de la Libre Competencia. Informe Julio 2012.

DOMPER, María de la Luz. "Análisis Económico de las Operaciones de Concentración", 2008, Revista Anales

Fiscalía Nacional Económica. Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración. 2012. [en línea] www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf

GUMUCIO, Juan Cristóbal y PULSTINICK, Tammy. *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, 2014.

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).

NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín. "Diseños Institucionales de Control de Concentraciones: Análisis y Propuestas". Estudios Públicos. 2012

OCDE. Evaluación del Régimen de Concentraciones en Chile, 2014.

OCDE. 1998. A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy [en línea] <www.oecd.org> [consulta: 23 de julio de 2014]

US DEPARTMENT OF JUSTICE y FEDERAL TRADE COMMISSION. 2010. Horizontal Merger Guidelines [en línea] <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html>> [consulta: 7 de junio de 2014]

VALDÉS PRIETO, Domingo. *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.