

**DISEÑOS INSTITUCIONALES DE CONTROL
DE CONCENTRACIONES**
ANÁLISIS Y PROPUESTAS*

Nicole Nehme Z.

Universidad de Chile

Benjamín Mordoj H.

Universidad de Chile

Resumen: El sistema de control de concentraciones vigente en Chile ha estado en el centro del debate con ocasión de distintos casos de alta relevancia pública. Este artículo describe y analiza el régimen jurídico vigente sobre la materia, principalmente desde la perspectiva de los problemas procesales que presenta para la aplicación coherente de una política de competencia, consistente con los objetivos buscados por el legislador antimonopolios. Junto con lo anterior, y tomando en cuenta la literatura económica y jurídica, así como la experiencia normativa comparada, el artículo identifica las

NICOLE NEHME. Abogada de la Universidad de Chile. Profesora Asociada de Derecho Económico, Universidad de Chile. Profesora de Libre Competencia, Universidad Adolfo Ibáñez. Socia del Estudio FerradaNehme (nnehme@fn.cl).

BENJAMÍN MORDOJ. Abogado de la Universidad de Chile. Ayudante de Derecho Económico, Universidad de Chile. Asociado del Estudio FerradaNehme (bmordoj@fn.cl).

* Agradecemos los comentarios y sugerencias de los árbitros anónimos, así como del co-editor de *Estudios Públicos*. Naturalmente, los errores y omisiones siguen siendo de nuestra responsabilidad.

fallas de la actual regulación sobre control de operaciones de concentración, particularmente en sus aspectos procesales. Efectúa luego recomendaciones destinadas a avanzar hacia un diseño institucional más eficaz para el control de operaciones de concentración.

Palabras clave: control de concentraciones, sistema voluntario de control de concentraciones, derecho chileno de la libre competencia.

Recibido: enero 2012, **aceptado:** abril 2012.

INSTITUTIONAL DESIGNS OF MERGER CONTROL: ANALYSIS AND PROPOSALS

Abstract: *This paper describes and analyzes the laws governing merger control in Chile. It deals mainly with the procedural issues that arise in coherently enforcing a competition policy that is consistent with the objective sought by antitrust law. Taking into account economic and legal literature as well as comparative regulatory experience, it also proposes recommendations to move towards a more effective and transparent institutional design for a merger control regime. The paper concludes that a mechanism like the one being proposed should be adopted in an amendment to the law that sets the essential framework, leaving the more specific aspects of enforcement of that amendment to the regulatory authorities.*

Keywords: *merger control, voluntary and mandatory merger control, Chilean antitrust law.*

Received: *January 2012; accepted: April 2012.*

Cada cierto tiempo se informan nuevas fusiones u operaciones de concentración. Algunas de gran entidad y otras menos relevantes. Y la pregunta que surge es, ¿habrán o no informado las partes de la operación a las autoridades de defensa de la libre competencia? Incluso antes, ¿tenían la obligación de informarla o no? En ese caso, ¿a quién, al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) o a la Fiscalía Nacional Económica (FNE)?

Preguntas todas razonables, porque el sistema de control de operaciones de concentración en Chile no resulta claro. Ninguna norma del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento

y Turismo de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973 (DL 211) se refiere directamente a esa materia: lo que hace el DL 211 es sancionar conductas ilícitas, como el abuso de posición dominante o la colusión y dar la opción de consultar preventivamente al TDLC su parecer sobre si ciertos actos o contratos podrían dar lugar a esos ilícitos. Así, la consulta de concentraciones se hace para obtener la opinión del TDLC sobre el riesgo de un ilícito y sobre cuáles medidas podrían precaverlo.

Al dictarse la nueva versión del Decreto Ley 211, en 2004, se argumentó a favor de este sistema voluntario. Sería un medio eficaz de obtener seguridad jurídica. Permitiría que el mercado funcione: los casos que debieran llegar al TDLC por ser riesgosos para la libre competencia serían consultados por las partes, y los demás podrían materializarse sin mayores costos y demoras. Y las decisiones de mercado acerca de si recurrir o no al TDLC se basarían en incentivos, los que derivarían de circunstancias tales como que la resolución del TDLC legitimaría la operación, la que no podría volver a cuestionarse en base a los mismos antecedentes; el proceso sería rápido; y la opción por la consulta evitaría multas u otras sanciones en un proceso contencioso posterior.

Tras siete años de funcionamiento, la consulta voluntaria parece no haber sido todo lo beneficiosa que se pensó. En la actualidad, genera externalidades negativas inicialmente no evaluadas en relación al cierre de negocios y sus costos. No se trata del fondo de las decisiones del TDLC sobre fusiones, las que han sido serias y fundadas. Sino que del diseño institucional y procesal para el control de esas fusiones, el que muestra varios defectos.

De hecho, son los aspectos institucionales y procesales los que han estado principalmente en el centro del debate. Principalmente como consecuencia de lo sucedido durante el año 2011, en que diversas concentraciones de relevancia han enfrentado soluciones muy disímiles entre sí. La llamada *fusión Lan/Tam* fue consultada al TDLC por un tercero ajeno a la operación¹, frustrándose con ello el análisis de un acuerdo extrajudicial coetáneo alcanzado sobre la misma materia²; el *joint venture* entre Nestlé y Soprole fue retirado por las partes desde el

¹ TDLC, causa Rol NC N° 388-11. Consulta de Conadecus sobre operación de concentración LAN Airlines S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A.

² TDLC, causa Rol AE N° 03-11. Acuerdo extrajudicial suscrito entre Fiscalía Nacional Económica y Lan Airlines S.A.

TDLC³⁻⁴; la adquisición de Supermercados del Sur por SMU fue consultada al TDLC, una vez perfeccionada, en lo relativo a sus posibles medidas de mitigación, pero no en cuanto a la celebración de la operación misma⁵; la compra de GTD por Entel no fue presentada al TDLC por las partes, pero fue motivo de investigación por la FNE y posterior consulta al TDLC por ese organismo⁶ —se anunció luego que esta operación no se llevaría a cabo—; y la fusión entre Cencosud y Johnson's fue simplemente investigada por la FNE, prescindiendo ésta de llevar el caso ante el TDLC, al haber adoptado las partes de la operación exigencias *extrajudiciales* planteadas por la FNE como condición para el archivo de la investigación⁷.

Procedimientos y soluciones tan disímiles reflejan la necesidad de revisar una normativa que no parece entregar actualmente certeza jurídica a los agentes económicos. Esa incerteza, de hecho, se da en un conjunto de aspectos relevantes.

Primero, aunque las consultas se denominen voluntarias, no lo son en realidad. Después de una reforma al DL 211 de 2009, tanto la FNE como cualquier tercero con interés legítimo pueden consultar en lugar de las partes. Ello explica que, en *Lan/Tam*, habiendo acreditado Conadecus (una asociación de consumidores) un interés legítimo, correspondía que el TDLC aceptara su consulta. Así, basta con que una operación de concentración se haga pública, para que terceros tengan incentivos para consultar. En el caso de la FNE, la guiará el interés público; pero en el caso de terceros, el incentivo puede ser perverso, en tanto las consultas suspenden las operaciones mientras ellas no se decidan por el TDLC. Quien quiera cerrar una operación de concentración se enfrentará entonces al dilema de si consultar o asumir el riesgo

³ TDLC, causa Rol NC N° 384-10. Consulta de Soprole Inversiones S.A. y Nestlé S.A. sobre operación de concentración.

⁴ Vid, “Fallida Fusión Nestlé-Soprole Abre Debate Sobre Operaciones que Impliquen Alta Concentración”, 7 de abril de 2011, *Diario Estrategia*. En el mismo sentido, vid. la columna de Aldo González: “Fusiones en Chile: ¿hacia un sistema de consulta obligatoria?”, 15 de abril de 2011, *Diario Financiero*.

⁵ TDLC, causa Rol NC N° 397-11 N° 388-11. Consulta de SMU S.A. sobre fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A.

⁶ TDLC, causa Rol NC N° 401-11. Consulta de la FNE sobre fusión entre GTD Grupo Teleductos S.A. y Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A.

⁷ FNE, expediente Rol N° 1978-11 FNE (A).

de que un tercero lo haga en su lugar. El riesgo será mayor en la medida que la empresa tenga relevancia pública, lo que no necesariamente tendrá vinculación con los riesgos para la competencia envueltos en la operación.

Segundo, los procesos de consulta demoran doce a catorce meses en promedio (incluyendo la participación de la Corte Suprema). Si bien son plazos razonables desde la perspectiva de los estándares de litigios, son muchas veces excesivos dada la suspensión de la operación que se produce.

Tercero, las partes sólo reciben certeza sobre su operación con la decisión del TDLC (o con la de la Corte Suprema cuando se reclama). No se pueden negociar medidas de mitigación vinculantes con la autoridad, como sucede en derecho comparado, lo que incrementa la incertidumbre respecto de los resultados de una decisión de fusión.

Lo anterior impone costos importantes al sistema y explica que las empresas muchas veces eviten consultar. Más aun, que algunas intenten solamente informar a la FNE buscando convencerla técnicamente de no consultar al TDLC. Que otras busquen alcanzar transacciones con la FNE que se sometan a la simple aprobación del TDLC. Que otras pretendan consultar al TDLC solamente mitigaciones, habiendo perfeccionado ya la operación. Y que la mayoría cierre los negocios antes de hacerlos públicos.

Estas circunstancias justifican evaluar si, como sucede en prácticamente todo el mundo desarrollado (con algunas pocas excepciones como Gran Bretaña —en actual evaluación—, o Australia), no vale acaso la pena en Chile migrar hacia un sistema obligatorio de consulta de concentraciones, que al mismo tiempo contemple garantías para reducir la incertidumbre tales como: (i) fijación de umbrales claros, referidos al monto total de la operación, que determinen cuándo consultar y cuándo no; (ii) establecimiento de un procedimiento breve ante la FNE para el análisis de los riesgos de la operación; (iii) generación de un mecanismo formal de negociación de mitigaciones, con resguardos para precaver el aprovechamiento de asimetrías de información; (iv) análisis por el TDLC sólo en los casos en que la FNE haya identificado riesgos relevantes; y (v) posibilidad de someter al TDLC mitigaciones negociadas.

Un mecanismo obligatorio puede a priori mirarse como potencialmente más restrictivo para el desarrollo de los negocios. Pero no

lo es realmente si fija reglas claras, entrega certeza jurídica y permite ductilidad en la evaluación de los mecanismos de mitigación. Y para diseñar un sistema de ese tipo, hay relevante experiencia comparada.

En ese contexto, este artículo describe y analiza las principales fallas que presenta el sistema de control de operaciones de concentración actualmente vigente en Chile. Junto con un diagnóstico de las fallas, el artículo presenta algunas recomendaciones que podrían contribuir a mejorar ese sistema. El artículo se focaliza en los aspectos institucionales y procesales, que son aquellos que han estado en el centro del debate. Y omite por eso —aunque la materia es del mayor interés— discusiones como la de cuál debiera ser el estándar sustantivo bajo el cual se evalúen las operaciones de concentración. Esperamos que ésa pueda ser materia de un futuro artículo.

El esquema de análisis elegido es el siguiente. En una primera sección se identifican los principios esenciales que debieran formar parte de todo régimen de control de operaciones de concentración. En una segunda sección se describen los principales elementos del actual sistema chileno de control de operaciones de concentración (si pudiere llamárselo así). En una tercera sección, se mencionan las fallas de que adolece el sistema chileno, derivadas de su diseño o de su aplicación práctica, las que se describen en consistencia con los criterios explicitados en la primera sección. Finalmente, en la sección cuarta, que constituye el núcleo del artículo, se propone un nuevo régimen de control de operaciones de concentración para Chile, que supere las fallas antes identificadas.

I. Algunos criterios relevantes en materia de diseños institucionales de control de concentraciones

Existen ciertos elementos centrales que deben tomarse necesariamente en cuenta para el diseño de un mecanismo de control de concentraciones. Desde una perspectiva institucional, son a lo menos los que se mencionan a continuación.

I.1. Opción por un sistema voluntario, obligatorio o mixto

Las concentraciones inciden fuertemente en la estructura de uno o más mercados y, consecuentemente, en la conducta de sus partici-

pes. Ello afecta positiva o negativamente el desempeño competitivo de los mercados concernidos⁸. El derecho antimonopolios debe resolver el *trade off* entre libertad de asociación y poder de mercado, a través de un adecuado diseño institucional de control de concentraciones, independientemente del estándar sustantivo que se aplique como consecuencia de ese control⁹.

El diseño de un control de concentraciones busca, por lo tanto, analizar sus riesgos desde una perspectiva de libre competencia (de acuerdo al estándar sustantivo de evaluación, que debiera precisarse en cada jurisdicción¹⁰), al menor costo social posible, para discriminar entre aquellas operaciones no riesgosas para la libre competencia, y que por tanto podrían desarrollarse en la forma diseñada por sus partes (libertad de asociación); y aquellas operaciones que requieren de modificaciones en su estructura o conductas previstas —o inclusive su eventual prohibición— para evitar los riesgos que se estima afectarían a la libre competencia.

⁸ Alistair Lindsay y Alison Berridge, *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, 2009, p. 11.

⁹ Las concentraciones pueden implicar eficiencias intrínsecas (v.gr., economías de escala, mejoras en procesos productivos). En principio, la existencia de tales eficiencias no sería una exigencia esencial para aprobar una determinada concentración, pues se presume que las concentraciones son realizadas en el marco del ejercicio de la libertad de asociación general. Es decir, basta que la concentración sea neutra desde la perspectiva de la libre competencia, para que deba, en principio, ser aprobada. Vid., a modo de ejemplo, U.S. Department of Justice y Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, 2010, p. 1.

¹⁰ En cuanto al estándar sustantivo a aplicarse para evaluar una operación de concentración, se estima habitualmente que los efectos negativos de las concentraciones se relacionan con (i) los riesgos de creación o consolidación de un poder de mercado, lo que podría a su vez derivar en un incremento de las posibilidades de abuso de ese poder de mercado (riesgos unilaterales) o de desarrollo de conductas colusorias (riesgos coordinados); o, (ii) una disminución sustantiva de la competencia como consecuencia de esa concentración (en línea con el criterio aplicado actualmente en Europa y sustentado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico en que se evalúan primordialmente los efectos en disminución de la competencia que se derivan de una concentración [that] significantly impede[s] effective competition o test “SIEC”, exista o no un poder de mercado que se cree o aumente como consecuencia de la operación”). Cfr. Alistair Lindsay y Alison Berridge, *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, 2009, pp.12 y 312. El detalle sobre el contenido de cada una de estas concepciones escapa al alcance de este trabajo.

Ahora, diseños de sistemas de control de concentraciones, los hay varios. Algunos voluntarios para las partes y otros obligatorios; algunos *apriorísticos* (basados en un análisis prospectivo) y otros, los menos, *ex post*. También existen regímenes mixtos. La decisión acerca de cuál de estos sistemas se vaya a implementar es una de las cuestiones centrales a definir para efectos de diseñar un sistema de control de concentraciones.

I.1.1. *Primera opción: ventajas de un régimen voluntario*

A favor de los regímenes voluntarios se han entregado varias fundamentaciones. A continuación se resumen algunas de ellas.

Primero, en teoría, asumiendo que los potenciales efectos anticompetitivos de una concentración constituyen información privada en poder de las partes¹¹, el régimen de control voluntario de concentraciones permitiría una mayor revelación de esa información privada a la autoridad, a un menor costo.

Segundo, se considera que bajo el esquema de control obligatorio, la autoridad de competencia debiera efectuar un análisis esencialmente prospectivo, que supone una proyección hipotética de los resultados de una concentración en el desempeño competitivo del o los mercados relevantes, sobre la base de la estructura de mercado que resultaría de dicha concentración. Sin embargo, no es claro que ese enfoque prospectivo pueda hacerse por la autoridad con la mejor información disponible, pues normalmente su obtención es costosa y poco eficaz para la autoridad, lo que la obliga a efectuar su análisis en contextos de asimetrías informacionales.

Tercero, en ese contexto, se estima que el sistema voluntario poseería dos ventajas informacionales, pues (i) otorgaría los incentivos para que las partes entreguen información a la autoridad, sobre la base de una consulta preventiva voluntaria. Dicha consulta se haría cuando las partes evalúen como probable que la autoridad controle *a posteriori* la operación, y eventualmente imponga sanciones (v. gr., multas u órdenes de desinversión) que superen los beneficios netos de la concentración; y, (ii) permitiría que la autoridad constate el desempeño competi-

¹¹ Aldo González y Daniel Benítez, “Optimal Pre-Merger Notifications Mechanisms. Incentives and Efficiency of Mandatory and Voluntary Schemes”, 2009, p. 2.

vo real de una concentración, pudiendo actuar en consecuencia a través de un control *ex post*, sin tener que recurrir a un análisis prospectivo sobre la base de información privada.

Cuarto, se estima también que el sistema voluntario ayudaría a soslayar los defectos asociados a los regímenes obligatorios, como son (i) los mayores costos de implementación involucrados (pues existirá un mayor número de operaciones a revisar); y, (ii) los posibles riesgos de que el umbral implementado por la autoridad se encuentre distorsionado (de modo similar a lo que ocurre, por ejemplo, con la determinación del nivel de una tasa impositiva, que siempre supone un componente de distorsión no necesariamente justificable desde el punto de vista técnico). Esto último podría derivar en un costo político para las autoridades de competencia, pues la fijación de un umbral que impida la revisión *ex ante* de una operación con un alto interés público involucrado, podría generar un descontento social hacia los organismos competentes¹².

I.1.2. *Segunda opción: ventajas de un régimen obligatorio*

Por otro lado, existen argumentos a favor de los regímenes obligatorios. Se resumen a continuación.

Primero, el mayor beneficio de un sistema obligatorio de control de concentraciones se encuentra en la certeza que éste otorga a los agentes privados, en cuanto a cuándo notificar o no una concentración a la autoridad de modo preventivo. Ello, pues un umbral correctamente diseñado, que soslaye aspectos subjetivos como porcentajes de participación en un mercado relevante determinado, otorga objetividad en cuanto a qué concentraciones son objeto de una mayor atención por parte de la autoridad y qué concentraciones se encuentran, incluso antes de su materialización, sometidas a una presunción favorable en cuanto a su compatibilidad con las normas de libre competencia¹³.

¹² Cfr. Chongwoo Choe y Chander Shekhar, "Compulsory or Voluntary Pre-merger Notification? Theory and Some Evidence", 2009.

¹³ A propósito de la reforma a la §7 de la Clayton Act, introducida en el año 1976 por la Hart-Scott-Rodino Act, que estableció el sistema de control preventivo obligatorio de concentraciones en Estados Unidos, vid., Ronald Johnson y Allen Parkman, "Premerger Notification and the Incentive to Merge and Litigate", 1991, pp. 160-161.

Segundo, el sistema de control obligatorio de las operaciones de concentración ha pasado a ser el estándar aplicable en el mundo desarrollado. Es el sistema imperante en jurisdicciones como las de la Unión Europea, Estados Unidos, España, Francia, Holanda, Noruega, Estonia, Canadá o Brasil.

Tercero, a pesar de sus virtudes teóricas antes descritas, el sistema voluntario de control de concentraciones, como lo muestran las experiencias en Reino Unido y Australia, se encuentra en la actualidad sometido a relevantes críticas, que principalmente se concentran en la incertidumbre que genera una eventual revisión *ex post* de una operación —normalmente, a instancias de terceros que pueden tener intereses estratégicos en dilatar o entorpecer la concentración—. Asimismo, se les critica desde una perspectiva de política pública pues, aunque resulta difícil establecer *a priori* el número de operaciones eventualmente anticompetitivas que escapen de la revisión de las autoridades bajo el régimen voluntario, la experiencia en esos países ha demostrado que un número relevante de operaciones con eventuales efectos anticompetitivos no es sometido voluntariamente a las autoridades y, así, no es objeto de investigación preventiva (siendo además su revisión *ex post* de muy difícil consecución)¹⁴.

Cuarto, se ha señalado que la opción entre un sistema puramente voluntario de control de concentraciones y un sistema obligatorio se encuentra determinada de modo relevante por el sistema de sanciones que el régimen de control de concentraciones establezca. La hipótesis en este caso es que, de encontrarse limitadas las posibles multas que la autoridad puede imponer, entonces un sistema obligatorio, que establezca la obligatoriedad de notificar previamente ciertas transacciones, parece ser el más eficiente. Lo anterior, pues las partes, en caso contrario, pueden evaluar que los potenciales beneficios de materializar una concentración sin informar previamente a la autoridad, pueden superar los costos asociados al control *ex post* que la autoridad pueda efectuar,

¹⁴ Por ejemplo, fue sometido a fuerte crítica en Chile el hecho que, habiéndose prohibido la fusión de *D&S/Falabella* por el TDLC (Resolución N°24/2008), la fusión comparable entre Cencosud/Paris ni siquiera haya sido sometida a revisión por las autoridades de libre competencia. Cuando se dictó la resolución referida al Caso *D&S/Falabella* ya había prescrito el plazo para eventualmente evaluar e intentar revertir o condicionar la operación Cencosud/Paris. Con eso, el sistema premió la conducta de quien no sometió a consulta su operación de concentración.

y que previamente conocen, por estar esas multas predeterminadas¹⁵⁻¹⁶; lo que a su vez puede derivar en una sub-notificación de operaciones de concentración.

1.1.3. Tercera opción: ventajas de un régimen mixto

Un régimen mixto es aquel en que exista la obligación de consultar por sobre ciertos umbrales, de acuerdo a las reglas de un régimen obligatorio, pero al mismo tiempo se contemple la facultad para los agentes económicos de consultar cuando se encuentren bajo esos umbrales, pero prefieran obtener certeza jurídica acerca de la licitud de su operación, por ejemplo, porque podría ella dar lugar a una oposición por parte de la comunidad o porque requieren obtener certeza.

Un sistema mixto, junto con recoger las ventajas del sistema obligatorio, podría constituir al mismo tiempo un sistema idóneo para que las partes de una operación de concentración ayuden a revelar a la autoridad cuáles operaciones, adicionalmente a las previstas *ex ante* por la normativa, podrían sufrir eventuales objeciones de libre competencia. Igualmente, podría ayudar a corregir eventuales distorsiones de los umbrales, las que pudieran generar costos políticos relevantes para la autoridad encargada de establecerlos, o para las partes de la transacción. Por medio de un sistema mixto como el propuesto, se permitiría a las partes de una operación de concentración someter su operación a la aprobación de las autoridades de libre competencia —por ejemplo, para obtener certeza jurídica o porque su transacción estaría sometida a un fuerte escrutinio público—, aunque tal operación se encuentre bajo los umbrales establecidos para la notificación obligatoria. Al tratarse del régimen que se sugiere implementar en Chile, se volverá sobre este punto *infra*.

1.2. Reducción de asimetrías de información

Antes de materializarse una concentración existen asimetrías informacionales entre las partes y la autoridad de competencia, pues los

¹⁵ Aldo González y Daniel Benítez, “Optimal Pre-Merger Notifications Mechanisms. Incentives and Efficiency of Mandatory and Voluntary Schemes”, 2009, pp. 3-12.

¹⁶ Ronald Johnson y Allen Parkman, “Premerger Notification and the Incentive to Merge and Litigate”, 1991, p. 147.

posibles efectos anticompetitivos de esa concentración —o los elementos que permitan derivarla— constituyen información privada en poder de las partes, que la autoridad desconoce. Un diseño institucional eficiente debiera incentivar la entrega de esta información privada a la autoridad, cuando ella exista, al menor costo posible para todos los involucrados.

1.3. Reducción de costos procedimentales

Tanto el control preventivo como el control *a posteriori* de una concentración tienen costos involucrados, que la regulación debiera procurar minimizar. Al ya mencionado costo vinculado a la asimetría informacional, se suman los costos (i) propios de la revisión de la operación, tanto en la evaluación preliminar de las partes como en aquella revisión que efectúa la autoridad¹⁷; (ii) de un eventual procedimiento para revertir decisiones de la autoridad, tomadas en el marco de un control de concentraciones; y, (iii) en que la autoridad incurre cuando, con posterioridad a la materialización de una operación, decide revisar sus alcances o solicitar su reversión total o parcial, independientemente de si tal concentración fue o no evaluada preliminarmente¹⁸. En todo caso, se asume que la reversión total de concentraciones ya materializadas es a veces imposible o, de resultar viable, es generalmente muy costosa desde todo punto de vista¹⁹ (lo que se conoce coloquialmente en derecho de la competencia como *unscrambling the eggs*).

1.4. Reducción de incertidumbre

Parte de los costos de un procedimiento de control de concentraciones es aquel vinculado a la incertidumbre acerca del resultado. Mientras más incierta sea la previsión del resultado por las distintas partes

¹⁷ Aldo González y Daniel Benítez, “Optimal Pre-Merger Notifications Mechanisms. Incentives and Efficiency of Mandatory and Voluntary Schemes”, 2009, p. 2.

¹⁸ En general, los regímenes de libre competencia son reacios a otorgar una cosa juzgada total a las decisiones que aprueban operaciones de concentración, aunque el nivel de intensidad de dicha cosa juzgada varía de jurisdicción en jurisdicción. En Chile, el estándar de cosa juzgada es débil, según lo establece el artículo 32 del DL 211, como se verá *infra*.

¹⁹ Ronald Johnson y Allen Parkman, “Premerger Notification and the Incentive to Merge and Litigate”, 1991, p. 147.

involucradas, mayores son los costos que se agregan al procedimiento de control de concentraciones (y mayores los incentivos a no revelar información privada). En este sentido, la claridad —legal o al menos jurisprudencial— acerca del estándar sustancial de análisis a aplicarse es relevante para la reducción de esa incertidumbre. También es relevante la demora de los procedimientos involucrados y su rol agregado en la incertidumbre jurídica: si ya existe incertidumbre acerca de los resultados materiales de un proceso, la demora no hace más que acrecentar esa incertidumbre y aumentar los costos generales del sistema de control de concentraciones. Estos son aspectos que un correcto diseño de mecanismos de control de concentraciones también debe abarcar.

1.5. Riesgos de sobre-notificación y sub-notificación

Las eventuales sanciones a las que se encuentran afectas las partes de una posible concentración por no cumplir un deber obligatorio de notificación preventiva, o por no haber notificado voluntariamente existiendo razones fundadas para ello, determinarán los incentivos a *sobre-notificar* —a notificar cualquier operación, independientemente de sus reales efectos para la competencia— o a *sub-notificar* —es decir, a no informar a la autoridad respecto de la operación, a pesar de los posibles efectos anticompetitivos de la misma—. Ello es independiente del carácter obligatorio o voluntario del control de concentraciones, pues incluso en el evento de regímenes de control obligatorio, la existencia de sanciones bajas puede hacer más conveniente para las partes el incumplimiento de tal deber²⁰. En ese contexto, el éxito de un diseño particular de control de concentraciones puede depender, de modo relevante, de los incentivos fijados por las sanciones asociadas al incumplimiento de las obligaciones de informar, y su monto.

1.6. Medidas de mitigación

Las medidas de mitigación, en tanto posibles remedios frente a previsibles efectos anticompetitivos de una concentración, cumplen un rol fundamental para garantizar las eficiencias asociadas a la opera-

²⁰ Aldo González y Daniel Benítez, “Optimal Pre-Merger Notifications Mechanisms. Incentives and Efficiency of Mandatory and Voluntary Schemes”, 2009, p. 3.

ción, reduciendo los costos sociales vinculados a futuras estructuras o desempeños imperfectos de los mercados. Los diseños institucionales de control de concentraciones debieran tender hacia mecanismos que permitan, al menor costo posible, negociar y acordar con una autoridad especializada los remedios necesarios y suficientes para el caso concreto, guardándose el rechazo de una concentración para escenarios excepcionales en los cuales se pueda argumentar fundadamente que las mitigaciones, cualesquiera sean éstas, no serían suficientes para precaver los riesgos identificados.

Será entonces relevante que el diseño institucional garantice una instancia de discusión y acuerdo entre las partes y la autoridad respecto a qué remedios serían los adecuados para precaver los riesgos esperables de una operación en concreto. Pero también, que el procedimiento seguido en esta determinación de mitigaciones cumpla con el rol de reducir las asimetrías de información a que pueda estar afectada la autoridad, y goce del control necesario para precaver costos en perjuicio del interés social, considerando que la autoridad opera bajo un modelo *agente-principal*.

En este sentido, también, el rechazo de una operación constituiría la hipótesis más extrema y excepcional de intervención de la autoridad, reservada para aquellos casos en que el *trade off* entre libertad de asociación y poder de mercado (y los riesgos o efectos nocivos que se prevean) no pueda ser resuelto mediante la imposición de mitigaciones, atendidos los altos costos sociales derivados de autorizar la operación²¹.

El tratamiento de las medidas de mitigación es también un aspecto crucial en el diseño de cualquier sistema de control de operaciones de concentración.

II. Síntesis del actual sistema chileno de control de operaciones de concentración

No existe realmente en Chile un sistema *ad-hoc* de control de operaciones de concentración. Ese concepto, de hecho, no se menciona

²¹ Chongwoo Choe y Chander Shekhar, "Compulsory or Voluntary Pre-merger Notification? Theory and Some Evidence", p. 27. En el mismo sentido, Alistair Lindsay y Alison Berridge, "The EC Merger Regulation: Substantive Issues", 2009, p. 68.

en el DL 211²²⁻²³. Tampoco la ley define los casos en que se estimaría lícita o no una determinada operación de concentración, o las mitigaciones que se podrían imponer para aprobarla.

Lo que más bien existe es 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° 2²⁴, N° 31²⁵ y N° 32²⁶—, ha revisado *ex ante*, por vía

²² En el derecho chileno, las definiciones de operación de concentración son administrativas. Se entiende por operaciones de esa clase, todo: “[H]echo, acto o convención [...] por medio del cual: (a) una entidad competitiva independiente se fusione o adquiera de manera duradera una influencia decisiva en la gestión de otra entidad competitiva independiente, que deja entonces de serlo; o (b) dos o más de dichas entidades participen conjuntamente en un emprendimiento o conformen una entidad común, reduciendo así de manera significativa y duradera la independencia competitiva de cualesquiera de ellas” (Auto Acordado N°12/2009 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia). También, se han definido como “[A]quellos actos o convenciones que tienen por objeto o efecto que dos o más empresas económicamente independientes entre sí pasen a conformar una sola empresa o a formar parte de un mismo grupo empresarial” (Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales de la Fiscalía Nacional Económica). Estas definiciones son en términos generales consistentes con aquellas que se utilizan en el derecho comparado. Vid. U.S. Clayton Act, §7 —15 U.S.C. § 18a— y artículo 3° del Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo de la Unión Europea, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

²³ No se tratan algunos casos excepcionales de control obligatorio de concentraciones que existen fuera del DL 211, como es el caso, a modo de ejemplo, de (i) la Ley N° 19.733, sobre Libertad de Información y Opinión; (ii) el DFL N° 3 de 1997, que fija el texto de la Ley General de Bancos; (iii) el DFL N° 251 de 1931 que establece la Ley de Seguros; y, (iv) el DL N° 3500 de 1980 que contiene la Ley sobre Régimen de Previsión Social. De hecho, salvo, en algún sentido, por la Ley N° 19.733, los otros cuerpos legales asumen objetivos distintos a los de libre competencia para el control de esas operaciones (v.gr., riesgo sistémico asociado al sistema de pagos).

²⁴ “El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: 2) 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”. DL 211, Art. 18.

²⁵ “El ejercicio de las atribuciones a que se refieren los números 2) y 3) del artículo 18 [...] se someterán al siguiente procedimiento: [...]”. DL 211, Art. 31.

²⁶ “Los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, no acarrearán

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 TDLC²⁷.

II.1. Antecedentes generales: la concepción original del sistema chileno de control de concentraciones

De acuerdo con el diseño actual del DL 211, no existe el deber de someter una operación de concentración futura a un procedimiento de control preventivo ante el TDLC.

En la reforma realizada por la Ley N° 19.911 al DL 211, en el año 2003, se estableció un procedimiento de tipo no contencioso, destinado a que los agentes económicos pudieran consultar voluntariamente operaciones de concentración —entre otras— en aquellos casos en que existieran dudas acerca de su potencialidad para atentar contra la libre competencia. Con ello, se absorbieron en el TDLC las facultades que las antiguas Comisiones Preventivas poseían para absolver consultas de esta naturaleza²⁸.

Según se desprende de la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 19.911, durante el debate legislativo que culminó con la atribución de esta facultad al TDLC, el legislador consideró que, al radi-

responsabilidad alguna en esta materia, sino en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo Tribunal, y ello desde que se notifique o publique, en su caso, la resolución que haga tal calificación [...]”. DL 211, Art. 32.

²⁷ Éstos son: (i) Auto Acordado N° 5/2004, sobre “Forma de tramitación de demandas o requerimientos, por un parte, y de consultas, por la otra, cuando recaigan sobre unos mismos hechos, en relación con la aplicación del procedimiento denominado ‘no contencioso’ del artículo 31 del texto en vigor del Decreto Ley N° 211”; (ii) Auto Acordado N° 11/2008 “Sobre Reserva o Confidencialidad de la Información en los Procesos”, recientemente modificado, a la fecha de redacción de este artículo, por el Auto Acordado N° 15/2012; y, (iii) Auto Acordado N° 12/2009, “Sobre información relevante para el control preventivo de operaciones de concentración”.

²⁸ El antiguo artículo 8° del DL N° 211, señalaba: “Las Comisiones Preventivas Regionales tendrán las siguientes atribuciones y funciones: b) Pronunciarse respecto de las consultas que se formulen sobre actos o contratos que se propongan ejecutar o celebrar en cuanto puedan alterar la libre competencia”.

car el procedimiento de consulta en ese tribunal, se permitiría uniformar sus decisiones en aquellas materias que presentaran relevancia económica para el país. Lo anterior contribuiría a la seguridad jurídica de los agentes económicos, al permitirles anticipar razonablemente la decisión del TDLC, en el marco de un procedimiento no contencioso y sin sujeción a sanciones. Con ello, buscó generar los incentivos para que, en forma previa a su ejecución, las concentraciones relevantes fueran sometidas voluntariamente al control de las autoridades de libre competencia —ante el mismo tribunal que potencialmente debería juzgarlas en caso de registrarse en el futuro conductas anticompetitivas— contribuyendo ello a un ahorro en costos de litigación y a una disminución de la probabilidad de ocurrencia de un atentado contra la libre competencia²⁹⁻³⁰ (además de la reducción de asimetrías de información entre autoridad y particulares, según se indicó *supra*). En todo caso, la elección entre un sistema obligatorio o voluntario no parece haber sido un aspecto fundamental de la discusión³¹, probablemente como consecuencia de que se mantenía, en lo sustancial, el sistema de control voluntario que venía de la redacción original del DL 211 en el año 1973³².

En la base del sistema voluntario que proponía el DL 211, se concebían ciertos incentivos para que las partes de una operación de concentración sometieran su conocimiento al TDLC por vía no contenciosa³³. Entre esos incentivos, que estaban en el espíritu del DL 211 y que luego el mismo TDLC complementó, se encontraban, entre otros:

²⁹ Vid. Boletín N° 2.944-03. Segundo Informe Comisión de Constitución y Economía, Unidas del Senado, 11 de marzo de 2003.

³⁰ En este sentido, vid. Boletín N° 2.944-03. Intervención del H. Senador Moreno en Sesión 25^a, de 3 de septiembre de 2002.

³¹ El actual presidente del TDLC, en su intervención como profesor de Derecho Comercial ante la Comisión de Constitución y Economía Unidas de la Cámara de Diputados, de 15 de mayo de 2003, señaló que: “[E]chaba de menos una referencia al control preventivo de fusiones y adquisiciones, es decir, la adopción de medidas para evitar un eventual control del mercado”. Boletín N° 2.944-03.

³² Bajo el Boletín N° 3618-03, se intentó fallidamente tramitar un proyecto de ley que regulaba “Fusiones y tomas de control de empresas” y cuya única disposición incorporaba un artículo 3° bis al DL N°211. El proyecto se encuentra hoy archivado.

³³ Vid. Nicole Nehme, “Sistema Chileno de Defensa de la Libre Competencia: ¿Necesidad de Requerir Autorización Previa para la Aprobación de Operaciones de Concentración?”, 2006.

(i) una tramitación teóricamente expedita (de acuerdo al texto del DL 211, se podría haber estimado una duración del procedimiento de cerca de tres meses ante el TDLC, y de otros tantos ante la Corte Suprema); (ii) la circunstancia de que sólo las partes futuras de una operación de concentración podrían consultar su consistencia con el DL 211, de acuerdo con el procedimiento no contencioso; (iii) el hecho de que, por medio del Auto Acordado N° 5/2004, el TDLC estableciera que, presentada una consulta sobre una operación de concentración, no podría en paralelo la misma operación evaluarse bajo un procedimiento contencioso, lo que evitaba litigios costosos y prolongados con etapas probatorias inclusive; (iv) el que la decisión que se dictara sobre una operación de concentración no pudiera culminar en la imposición de una multa; y, (v) el que la aprobación de una operación de concentración por el TDLC permitiera que la misma no volviera a revisarse en sede antimonopolios, salvo ocurrencia de nuevos antecedentes no evaluados antes por el TDLC. Más adelante se revisará por qué un conjunto de estos incentivos, concebidos originalmente como tales, dejaron de operar en la práctica o se relativizaron fuertemente.

El sistema chileno, en cuanto a su carácter voluntario, se asimila a la regulación que poseen por ejemplo Australia y el Reino Unido —aunque en estos últimos dos casos, a diferencia de lo que sucede en Chile, existe una regulación explícita de control de concentraciones—³⁴. Este diseño de control voluntario de concentraciones es la opción minoritaria en el derecho comparado siendo, por el contrario, el sistema de notificaciones obligatorias, sobre la base de un umbral (*threshold*) determinado, el que impera en el mundo.

II.2. Legitimación para interponer consultas sobre operaciones de concentración futuras

Tras la modificación introducida al DL 211 por la Ley N° 20.361 del año 2009, se reconoció legitimidad activa para consultar operaciones futuras de concentración por vía del procedimiento no contencioso,

³⁴ Vid. secciones 50 y 50a de la Trade Practices Act, 1974, de Australia, y sección 3 de la Enterprise Act, 2002 de Reino Unido. En el caso del Reino Unido, las reglas comunitarias de la Unión Europea, que establecen un control obligatorio de concentraciones, tienden a superponerse para el caso de concentraciones con tamaño comunitario.

a todo aquel que posea *interés legítimo* —incluyendo, desde luego, a las partes de la operación, sus socios y accionistas— y a la FNE, en su carácter de representante del interés general de la colectividad en el orden económico (artículos 18 N° 2 y 39.b del DL 211)³⁵. Según se señaló *supra*, el TDLC ha decidido recientemente que el concepto de *legítimo interesado* no se circunscribe únicamente a las partes de la operación futura, sino que abarca, a lo menos, también a asociaciones de consumidores que representan intereses colectivos y difusos³⁶. En cambio, el TDLC no ha aclarado si dicha legitimación activa amplia alcanzaría o no a cualquier tercero que acredite un interés particular distinto al de una asociación de consumidores, aunque ello podría ocurrir en el futuro³⁷⁻³⁸.

³⁵ Esta última facultad sólo se encontraba reconocida indirectamente a nivel jurisprudencial por el TDLC, en opinión dividida. Vid., a modo de ejemplo, Resolución de 30 de julio de 2008, causa Rol NC N° 198-07. El voto de minoría había señalado que: “[A] mayor abundamiento, el carácter voluntario de las consultas que puedan realizarse de acuerdo con el artículo 18, número 2, del Decreto Ley N° 211, hace improcedente que quienes aporten antecedentes y opinen sobre el asunto consultado, puedan adquirir por esa sola razón la naturaleza de parte con todos los derechos y obligaciones que ello conlleva. Por consiguiente, el único recurso que habrían podido deducir los otros intervinientes para intentar modificar lo decidido en un procedimiento no contencioso regido por el mencionado artículo 31, es el recurso de reposición que establece su inciso final”. Lo anterior fue confirmado por la Corte Suprema en la causa Rol N° 4797-2008 a que dieron lugar los recursos de reclamación aceptados por el TDLC.

³⁶ TDLC, Resolución de 17 de marzo de 2011, causa Rol NC N° 388-11.

³⁷ *Ibid.*, Considerando Octavo: “Que en consecuencia, el interés legítimo de CONADECUS para formular la consulta de autos no sólo se fundamenta en una faz subjetiva, al actuar dicha organización en representación de consumidores que son titulares de derechos individuales o colectivos que pueden verse afectados por la operación consultada, sino también en una objetiva, por la circunstancia de que los intereses individuales o colectivos de sus representados pueden también resultar afectados por la resolución que este Tribunal adopte respecto de tal operación. Esto último, por lo demás, y desde una óptica sistemática, se corresponde plenamente con otra disposición legal en nuestro ordenamiento, que versa sobre el interés en procedimientos para el ejercicio de potestades de la misma naturaleza jurídica que la contenida en el artículo 18° N° 2 del Decreto Ley N° 211, cual es el caso del artículo 21 de la Ley N° 19.880”.

³⁸ A partir de la última jurisprudencia del TDLC, a propósito de la *fusión Lan-Tam*, no existe claridad —en el sentido de un conjunto de decisiones

II.3. Estructura del procedimiento no contencioso

En la actualidad, el procedimiento no contencioso se compone de las siguientes etapas: consulta; notificación del inicio del procedimiento a través de publicaciones; aporte de antecedentes por los intervinientes; alegatos; resolución; y, eventualmente, conocimiento de la materia por la Corte Suprema por vía del recurso de reclamación (artículo 31 del DL 211).

La Ley N° 20.361 introdujo una modificación a este procedimiento, pues permitió a las partes aceptar las medidas de mitigación propuestas por la FNE en la etapa de aporte de antecedentes, lo que podría ser considerado por el TDLC al momento de resolver la consulta. Esta reforma, contrariamente a lo que se estimó al momento de legislar, no ha aportado sustancialmente a una mayor celeridad del procedimiento de consulta.

II.4. Suspensión de la concentración consultada

Independientemente de quien inicie el procedimiento no contencioso, el TDLC ha establecido que la interposición de la consulta suspende cualquier efecto de la concentración analizada, no pudiendo en consecuencia las partes materializar dicha operación mientras se encuentre pendiente el procedimiento³⁹. El mismo efecto suspensivo se ha producido, en los hechos, cuando las consultas han sido interpuestas por terceros ajenos a la operación, a consecuencia de decisiones explícitas que ha adoptado el TDLC en esos casos⁴⁰.

consistentes sobre la materia— respecto a la aptitud de los acuerdos extrajudiciales, celebrados entre la FNE y los particulares al amparo del artículo 39 ñ) del DL 211, para constituir mecanismos alternativos de control de concentraciones distintos del procedimiento no contencioso de consulta. En efecto, el TDLC rechazó el acuerdo extrajudicial propuesto, en razón de existir una consulta ya iniciada sobre la misma materia. La prevención al respecto fue del ministro señor Depolo, quien se mostró contrario a la validez de este mecanismo en el marco del control de una concentración (Resolución de 28 de enero de 2011, causa Rol AE N° 03-11).

³⁹ Auto Acordado N° 5/2004.

⁴⁰ Vid, a modo de ejemplo, causas Rol NC N° 383-10 (Caso *D&S/Alvi*, consultado por la FNE) y Rol NC N° 388-11 (Caso *LAN/TAM*, consultado por CONADECUS).

II.5. Imposibilidad de iniciar contenciosos paralelos

Si una consulta voluntaria es presentada por las partes oportunamente —esto es, previo a la implementación de la operación de concentración—, no puede darse inicio ante el TDLC a procedimientos contenciosos que involucren la misma operación, sea por requerimiento de la FNE o por una demanda de cualquier tercero⁴¹. Con esta disposición, contemplada en un Auto Acordado del TDLC, éste probablemente buscó incentivar a las partes a consultar una operación tan pronto como fuera posible, con el objeto de evitar hipotéticas demandas derivadas de los efectos que, a juicio de terceros, pudiera generar la operación. Como se verá, el incentivo no ha resultado eficaz o al menos suficiente, frente a otras fallas de mayor entidad que presenta nuestro sistema.

II.6. Rol de las medidas de mitigación

El TDLC tiene la potestad exclusiva de aceptar las medidas de mitigación propuestas por las partes o la FNE, o para imponer, en su resolución y de oficio, otros remedios —*condiciones*, en la terminología del DL 211— que privativamente estime adecuados, como condición para aprobar una determinada concentración (artículo 31 N° 5 del DL 211). El rol de las medidas de mitigación en el marco de operaciones de concentración ha sido recientemente desarrollado por el TDLC en el Caso *John Malone*, señalando ese Tribunal que ellas tienen duración indefinida —salvo que se solicite expresamente su alzamiento en un nuevo procedimiento no contencioso—⁴²; sus efectos alcanzan incluso a terceros que no han sido parte de la operación (efecto extensivo o *erga omnes*)⁴³; y tienen la naturaleza jurídica de obligaciones de hacer o no hacer cuyo incumplimiento puede ser sancionado en sede contenciosa⁴⁴.

Las partes sólo tienen certeza acerca de la entidad y carácter de esas medidas, al momento de dictarse la resolución definitiva (por el TDLC o incluso la Corte Suprema en caso de reclamación) que decide el procedimiento no contencioso presentado.

⁴¹ Auto Acordado N° 5/2004.

⁴² Causa Rol C N° 156-08, Sentencia N° 117/2011, Considerandos Vigésimo Primero y siguientes. A la fecha de redacción de este artículo, la causa se encuentra pendiente de revisión por parte de la Corte Suprema.

⁴³ *Ibíd.*, Considerandos Trigésimo Noveno y siguientes.

⁴⁴ *Ibíd.*, Considerandos Quincuagésimo y Octogésimo.

II.7. Características de la resolución del TDLC y la sentencia de la Corte Suprema, dictadas en el marco de una consulta

Salvo en caso de desistimiento de los consultantes, el procedimiento no contencioso sólo puede terminar mediante una resolución del TDLC 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 (artículo 31 N° 5 del DL 211). No puede, en consecuencia, imponer el TDLC las sanciones del artículo 26 del DL 211 a las partes, al ser dichas sanciones propias de un procedimiento contencioso.

La Corte Suprema, en virtud del recurso de reclamación, pareciera tener idénticas potestades que el TDLC en la materia, pese a una antigua jurisprudencia que se pronunciaba en un sentido más limitado⁴⁵.

A la fecha de redacción este artículo se han resuelto catorce operaciones de concentración sometidas al conocimiento del TDLC desde su creación en el año 2004 —excluyendo aquellas de notificación obligatoria, al amparo de la Ley N° 19.733, y aquellas retiradas antes de su tramitación final—, de las cuales doce⁴⁶ se han resuelto del siguiente

⁴⁵ En concreto, la Corte Suprema señaló en una ocasión que no poseía jurisdicción para revocar o anular una aprobación otorgada por el TDLC en relación a una consulta voluntaria, sosteniendo que su jurisdicción se limitaba a la revisión judicial de las condiciones con arreglo a las cuales se aprobó la operación consultada. Sentencia de 15 de julio de 2005, causa Rol N° 396-2005. Recursos de Reclamación en contra de Resolución N° 2/2005 del TDLC (Telefónicas Móviles S.A./Bellsouth Corporation). Considerandos Décimo Tercero y Décimo Cuarto. Sin embargo, posteriormente modificó esa interpretación, y estableció que cuenta con facultades amplias de revisión en materias no contenciosas, lo que decidió mediante su Sentencia de 22 de noviembre de 2007, causa Rol N° 4578-2007 Recursos de Reclamación en contra de Resolución N° 20/2007 (Prisa/ Iberoamericana Radio Chile S.A.) del TDLC, Considerando Segundo.

⁴⁶ Aunque resulte discutible, se incluye la Resolución N° 11/2006 del TDLC, relativa a una Consulta de Sudamericana, Agencias Aéreas y Marítimas S.A. para aumentar los límites a la integración vertical aplicables a la concesión del frente de atraque Molo Sur del Puerto de San Antonio. Al permitirse por el TDLC un 60% máximo de participación accionaria con derecho a voto por el consultante, existió un cambio de control en San Antonio Terminal Internacional S.A. que justificaría considerar a esa operación como una concentración vertical.

modo: dos han sido aprobadas pura y simplemente; once han sido aprobadas con medidas de mitigación estructurales o conductuales, y solamente una ha sido rechazada.

II.8. Inmunidad parcial derivada de una aprobación pura y simple o condicionada

En principio, una concentración aprobada por el TDLC o la Corte Suprema goza de inmunidad en cuanto a una eventual “responsabilidad antimonopolios” posterior, derivada de los mismos hechos. Sin embargo, la extensión de esta inmunidad, por la vía de la cosa juzgada de lo resuelto, pareciera ser más débil que en el derecho comparado, en cuanto permite a las autoridades una revisión posterior de la concentración misma o del mercado en su conjunto, sobre la base de *nuevos antecedentes* (artículo 32 del DL 211).

Recientemente, la Corte Suprema ha ratificado la posibilidad amplia de una revisión *ex post* de concentraciones previamente consultadas y aprobadas por el TDLC, justificando esa posibilidad de revisión, entre otras cosas, en el carácter esencialmente prospectivo del control de concentraciones⁴⁷.

⁴⁷ Sentencia de 5 de abril de 2012, causa Rol N° 9843-2011. Recursos de Reclamación en contra de Resolución N° 37/2011 (Caso *LAN-TAM*). Considerando Trigésimo Quinto: “Que, por último, cabe destacar que en atención a la naturaleza del procedimiento de autos nada impide que si cambian las circunstancias de hecho sea modificado el alcance de las medidas reclamadas, es decir, las medidas de adoptadas no inhiben ni a la Fiscalía Nacional Económica ni al propio Tribunal para volver a pronunciarse al respecto si de hechos nuevos surge la necesidad de hacerlo. Tanto más cuanto que sólo una vez materializada la operación de concentración se podrá evaluar el funcionamiento y efectividad de las medidas de mitigación aplicadas como conjunto con efectos combinados de modo que las condiciones de competencia efectiva se mantengan en forma permanente en un mercado relevante como es el aéreo”. En el mismo sentido, Sentencia de 10 de agosto de 2010, causa Rol N° 68-10. Recursos de Reclamación en contra de Resolución N° 31/2010 del TDLC (Anagra S.A./ Soquimich Comercial S.A.). Considerando Octavo: “[S]i luego de concretarse esta operación se produce alguna situación que se estime atentatoria contra la libre competencia, tanto la Fiscalía Nacional Económica como los particulares que se sientan perjudicados con dicha situación podrán, la primera, presentar un requerimiento y los segundos, entablar un reclamo”.

II.9. Control de operaciones de concentración existentes

Respecto de concentraciones existentes, esto es, aquellas que ya se materializaron sin haber sido sometidas a una aprobación *ex ante* (y que son, en consecuencia, revisadas *ex post* por la autoridad), o aquellas que, al amparo de *nuevos antecedentes* son revisadas nuevamente, a pesar de haber sido preventivamente autorizadas, se siguen en general las mismas reglas que para las concentraciones futuras, salvo por las siguientes características.

1. *Inicio y conversión del procedimiento.* En el caso del control de concentraciones existentes, éste puede llevarse a efecto a través del procedimiento contencioso, como consecuencia de la demanda de un particular o un requerimiento de la FNE; o, puede también conocerse en el marco de un procedimiento no contencioso, a través de una consulta, bajo las mismas reglas aplicables a concentraciones futuras.

Sin embargo, si el procedimiento es no contencioso, una oposición a la concentración consultada, por un *legítimo contradictor*, en la fase de aporte de antecedentes, convierte automáticamente el procedimiento en contencioso⁴⁸, aplicándose las disposiciones del DL 211 para tal caso (artículos 19 a 29). Es posible que el TDLC, a través de esta sanción procesal implícita, haya buscado desincentivar la consulta de operaciones de concentración ya materializadas, favoreciendo en consecuencia el control voluntario de operaciones futuras.

2. *Sentencia del TDLC o la Corte Suprema.* A diferencia de las concentraciones futuras, y en caso de convertirse el procedimiento en contencioso, es posible que el TDLC o la Corte Suprema apliquen a las partes de la concentración las sanciones previstas en el artículo 26 del DL 211.

Esas sanciones incluyen, eventualmente, la disolución de la persona jurídica o entidad resultante de la concentración; medidas de desinversión parciales —obligatorias en su aplicación por las partes, a diferencia de las condiciones establecidas en el marco de un procedimiento no contencioso, que están supeditadas a la materialización de la operación, por lo que tienen un componente voluntario—; y la imposición de multas de hasta 30.000 Unidades Tributarias Anuales. No existen aún precedentes sobre esta materia en Chile.

⁴⁸ Auto Acordado N° 5/2004.

III. Identificación de algunas fallas del sistema chileno en función de los criterios relevantes en materia de diseños institucionales de control de concentraciones

Más allá de la bienintencionada inspiración con la que se estableció el sistema voluntario chileno, la experiencia práctica ha revelado algunos importantes defectos de su diseño institucional o, alternativamente, deficiencias en su aplicación, que han desnaturalizado la concepción inicial de su diseño.

III.1. Primer problema. Legitimación activa para consultar preventivamente

Como se ha dicho, en la actualidad, el DL 211 permite a la FNE y a terceros interponer consultas sobre operaciones de concentración, en la medida que dichos terceros acrediten la existencia de un *interés legítimo*.

Por la vía jurisprudencial, el TDLC ha reafirmado que, a lo menos, las asociaciones de consumidores cuentan con ese interés legítimo. Este concepto de legitimación activa amplia pareciera entrar en contradicción con el régimen voluntario de control de concentraciones que actualmente se encuentra vigente en Chile⁴⁹. El objetivo principal de un sistema voluntario de notificaciones es que sean *las partes* de la operación quienes evalúen los posibles riesgos anticompetitivos de una

⁴⁹ De hecho, en otras jurisdicciones con regímenes voluntarios de control de concentraciones, la participación de terceros interesados (incluyendo asociaciones de consumidores o cualquier persona natural) se acepta bajo la forma de aporte de antecedentes. Sólo la autoridad que representa el interés general de la colectividad tiene legitimación activa para iniciar un procedimiento para cuestionar una operación no consultada. Así por ejemplo sucede en el caso del Reino Unido, en que es la *Office of Fair Trading*, en su calidad de representante del interés general, quien puede iniciar una investigación respecto de concentraciones ya efectuadas y, en su caso, referirlas a la *Competition Commission*, quien decide finalmente si la concentración ya materializada tiene o no riesgos anticompetitivos. Las terceras partes carecen de legitimación para iniciar un procedimiento directamente ante la *Competition Commission*, aunque se permite a terceros reclamar de las decisiones de la *Office of Fair Trading* o la Comisión de Competencia ante el *Competition Appeal Tribunal* (es decir, controlar *ex post* la actuación de la autoridad). Enterprise Act, 2002, Sección 3, §22-31.

operación y contribuyan así a la señalización de información relevante para las autoridades⁵⁰. Ahora, la interpretación del TDLC no parece atribuible a un error de apreciación, sino que, precisamente, a la aplicación de una norma introducida por una discutible técnica legislativa, dada por la introducción de modificaciones por la Ley N° 20.361, que contradijeron el espíritu original del DL N° 211. En tal sentido, el TDLC se limitó a aplicar el derecho vigente, el que contempla en esta redacción una errada técnica de política de competencia.

En la medida que sea un tercero ajeno quien pueda adoptar esa decisión, existen costos adicionales para las partes de una concentración y para las autoridades, en cuanto ellas deberán internalizar el riesgo de que terceros adopten una decisión de consultar, forzando a una eventual *sobre-notificación* cuando no existan méritos para ello sobre la base de la información disponible. También existen riesgos de *free-riding*, dados por el interés de potenciales terceros de simplemente agregar costos a una concentración eventual, por la vía de someterla a consulta, o de solicitar la revisión de una consulta previamente resuelta por el TDLC, al amparo del artículo 32 del DL 211. Esa actuación estratégica de terceros, cuando es temeraria, no puede ni siquiera ser desincentivada mediante la sanción del pago de las costas del juicio, pues esa institución no está contemplada para el procedimiento no contencioso. Se trata en consecuencia de un riesgo adicional que da lugar a una mayor incertidumbre jurídica y cuyo costo es soportado por las partes y por el presupuesto público.

En consecuencia, pareciera ser que esta legitimación activa amplía sitúa actualmente, y después de la Ley N° 20.361, al régimen de control de concentraciones chileno en el escenario más negativo posible —esto es, a medio camino entre un sistema obligatorio y uno voluntario—, desde que se reducen los incentivos de señalización asociados al sistema voluntario y, al mismo tiempo, se deja en poder de terceros

⁵⁰ Aldo González y Daniel Benítez, “Optimal Pre-Merger Notifications Mechanisms. Incentives and Efficiency of Mandatory and Voluntary Schemes”, 2009, pp. 2-3. En el mismo sentido Chongwoo Choe y Chander Shekhar, “Compulsory or Voluntary Pre-merger Notification? Theory and Some Evidence”, pp. 2009, 2-3. De este modo, los comportamientos oportunistas de las partes que deciden no consultar concentraciones eventualmente perjudiciales, pueden ser corregidos mediante la revisión ex post de la concentración, esta vez con mejor información disponible que aquella propia de un análisis prospectivo que debe efectuarse antes de materializarse la operación.

distintos de las partes y la autoridad la determinación de cuándo una concentración debe ser forzosamente consultada.

A lo anterior debe agregarse la jurisprudencia del TDLC, el que ha acogido medidas precautorias que han paralizado operaciones de concentración, antes de su materialización, como resultado de requerimientos hechos por la FNE en sede contenciosa contra ciertas concentraciones (Sentencia N° 65/2008, *Caso FNE/D&S-Cencosud*). Ello ha reforzado la relativización del modelo voluntario de consultas vía incentivos.

Así, 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; o inclusive de ser ella objeto de precautorias dictadas en el marco de juicios contenciosos.

III.2. Segundo problema. Riesgos de comportamientos oportunistas por intervinientes durante el procedimiento de consulta

En complemento al punto tratado previamente, hay que considerar las conductas eventualmente oportunistas de terceros *durante* el procedimiento no contencioso.

El procedimiento no contencioso establecido en el DL 211, supone que cualquier legítimo interesado pueda participar de éste, en calidad de interviniente, aportando antecedentes.

Aunque eso resulta legítimo en su espíritu, es usual que, en la práctica, terceros con intereses específicos intervengan en este tipo de procedimientos oponiéndose a la concentración, o exigiendo la aprobación de condiciones que más bien se encuentran destinadas a obtener ventajas competitivas o a intervenir problemas generales de los mercados involucrados, que exceden a los efectos en la competencia de la operación de concentración consultada. Entre esos terceros pueden contarse principalmente competidores, proveedores, contrapartes, asociaciones de consumidores u organismos públicos con atribuciones distintas a las de velar por la libre competencia. Hemos dicho que no existen sanciones para intervenciones temerarias (v.gr., condena a pagar las costas), ni para la entrega de información inexacta o la imputación de ilícitos a las partes de la operación, sin presentación de evidencia acerca de su ocurrencia.

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. Asimismo, en el caso de competidores, el sistema estimula —o al menos no desincentiva— que éstos actúen retardando y entorpeciendo el normal desarrollo del procedimiento no contencioso, con el objeto de debilitar la posición de las partes de la concentración. La posición de terceros, de hecho, ha estado en gran medida en el origen de la mayor duración que ha ido presentado, tanto ante el TDLC como ante la Corte Suprema, la tramitación de los procesos de consulta de concentraciones a que se refiere el punto que sigue. Ello resulta especialmente grave cuando, durante la tramitación del proceso de consulta, las partes consultantes pueden sufrir un conjunto de perjuicios competitivos en imagen, desvío de recursos, pérdida de personal clave, entre otros, además de la paralización en decisiones comerciales relevantes de mediano o largo plazo.

III.3. Tercer problema. La duración del procedimiento no contencioso pareciera ser en los hechos excesiva

Sumado a lo anterior, tomando como base algunas de las últimas concentraciones resueltas por el TDLC y la Corte Suprema⁵¹, se observa un trámite de, al menos, ocho meses ante el TDLC, a lo que deben sumarse aproximadamente cuatro a seis meses ante la Corte Suprema, con ocasión de recursos de reclamación. Esto es consistente con las estadísticas agregadas que el TDLC publica anualmente, y que dan cuenta de una duración aproximada de los procedimientos no contenciosos, incluyendo concentraciones, de 236 días corridos ante el TDLC (7,8 meses)⁵².

⁵¹ Éstas son: Resolución N° 24/2008 (Caso *D&S/Falabella*), Resolución N° 31/2009 (Caso *Anagra/SQM-C*, confirmada por Corte Suprema en causa Rol N° 68-10) y Resolución N° 33/2011 (Caso *Cencosud/Condell*). Se excluye la Resolución N° 37/2011 (Caso *Lan/Tam*), pues éste no se ha resuelto por la Corte Suprema hasta la fecha de redacción del artículo.

⁵² TDLC, “Séptima Cuenta Pública del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, 12 de mayo de 2011. Disponible en: <http://www.tdlc.cl/UserFiles/P0001/File/CUENTAS%20PUBLICAS%20TDLC/Cuenta%20pblica%202011.pdf>.

Este plazo parece excesivo, considerando que, en el derecho comparado, una concentración tarda normalmente entre 25 a 120 días hábiles en ser aprobada por la autoridad, dependiendo de su complejidad y el número y término de las medidas de mitigación discutidas y acordadas con las partes⁵³. Sólo unos pocos casos que llegan a discusión judicial duran un tiempo sustancialmente mayor en ser resueltos.

Así las cosas, una concentración notificada previamente —por las partes, la FNE o algún tercero con *interés legítimo*— al TDLC, puede suspender el perfeccionamiento de la operación por aproximadamente doce a catorce meses desde su consulta, a consecuencia del efecto suspensivo establecido en el Auto Acordado N° 5/2004.

En el caso de concentraciones horizontales, ello genera en muchas ocasiones costos y eventuales conflictos adicionales para las partes involucradas, quienes deben seguir manteniendo su comportamiento competitivo, pero bajo una probabilidad esperada de concentración (concretamente, deben evitar cualquier imputación de coordinación por ese largo plazo, al tiempo que desarrollar *due diligences* y otros procesos de evaluación de las eficiencias de la operación).

En muchas ocasiones, adicionalmente, independientemente del tipo de concentración, durante este proceso se ven paralizadas decisiones de inversión relevantes (v. gr., inversiones de gran tamaño) como consecuencia de la incertidumbre propia de una concentración sujeta a análisis por la autoridad, lo que podría tener efectos negativos en la intensidad competitiva del o los mercados relevantes involucrados en la operación.

De hecho, no es descartable que las fallidas concentraciones propuestas en las fusiones de *D&S/Falabella* y *Anagra/SQM-C*, hubiesen tenido como causa relevante la prolongada tramitación del procedimiento no contencioso. La evidencia indica, al menos para el caso *D&S/Falabella*, que esa demora 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 proyectada⁵⁴. Por otro lado, en el caso de la concentración *Anagra/SQM-C*, la demora en la decisión pareciera

⁵³ Vid., por ejemplo, artículo 10 del (CE) N° 139/2004 del Consejo de la Unión Europea y U.S. Clayton Act, §7 –15 U.S.C. § 18^a, (b)(1), (e)(2) y (g)(2).

⁵⁴ Vid., Hecho Esencial presentado ante la Superintendencia de Valores y Seguros por la compañía Distribución y Servicio D&S S.A., de 3 de marzo de 2008, §3-§4.

haber desactualizado el acuerdo en principio celebrado por las partes, lo que podría haber puesto término a la operación, a pesar de haber sido ésta aprobada. Finalmente, aunque ello ha sido descartado en medios de prensa⁵⁵, la consulta que hizo la FNE de la fusión entre GTD y Entel podría haber jugado algún rol en la decisión de GTD de no suscribir finalmente el compromiso de fusión.

Si finalmente se suma a la larga tramitación, la incertidumbre en sus resultados (la que se incrementó con el rechazo de *D&S/Falabella*), y los costos comerciales envueltos en un proceso de larga duración (pérdidas de imagen, de personal clave, desviación de recursos, etc.) se entiende que en el último tiempo las partes de operaciones de concentración hayan intentado evitar recurrir al procedimiento no contencioso. Sintomático es que *Coppec/Terpel* se haya intentado llevar a la FNE, sin éxito, al exigir el fiscal que las partes presentaran consulta. Que *D&S/Alvi* igualmente se haya intentado negociar con la FNE, aunque esta última decidió presentar consulta —y el proceso se abortó luego, al no cerrarse la transacción entre D&S y Alvi y venderse esta empresa a un tercero—. Que *Lan/Tam* intentara resolverse vía un acuerdo extrajudicial, también fallido. O que en el caso de *SMU/Supermercados del Sur*, se hayan consultado de manera inédita solamente las mitigaciones, pero no la licitud de la operación en sí⁵⁶.

III.4. Cuarto problema. Ausencia de flexibilidad procedimental y acceso preliminar a decisión de autoridades

El actual procedimiento no contencioso, no permite a las partes negociar las medidas de mitigación de los riesgos competitivos, ni con la FNE, ni con el mismo TDLC. En la práctica, las partes de una concentración deben prever los riesgos que la autoridad podría considerar, y hacer una propuesta unilateral de medidas de mitigación. El resultado sólo será conocido cuando el TDLC dicte su resolución sobre la operación de concentración. La experiencia muestra que, en algunos casos, el TDLC acepta algunas de las medidas propuestas por las partes (Re-

⁵⁵ María José Tapia y Sandra Novoa, “En Sorpresiva Decisión Dueño de GTD Desiste de la Fusión con Entel”, *Diario La Tercera*, 10 de enero de 2012; p. 21.

⁵⁶ El presidente del TDLC reaccionó señalando que el TDLC podría revocar la fusión. Vid., “Tomás Menchaca: Fusión SMU-SDS Podría Ser Retrotraída por el TDLC”, *Estrategia*, 23 de diciembre de 2011.

solución N° 1/2004, *Caso VTR/Metrópolis*); en otras, elabora las suyas propias (Resolución N° 2/2005, *Caso Telefónica/BellSouth*; Resolución N° 31/2009, *Caso Anagra/SQM-C*), y en otras, finalmente, considera que ninguna mitigación podría compensar los riesgos de la operación (Resolución N° 24/2008, *Caso Falabella/D&S*). Lo anterior da lugar 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 los 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.

Como se señaló *supra*, la Ley N° 20.361 de 2009 sólo introdujo la posibilidad de que las partes de una concentración manifiesten su aceptación a las medidas de mitigación propuestas por la FNE, en la fase de aporte de antecedentes (que fue el mecanismo utilizado en el *Caso Lan/Tam* para incorporar los términos del acuerdo extrajudicial rechazado). Sólo en esa circunstancia se prevé una tramitación más expedita del procedimiento no contencioso, aunque ella no parece sustancial (el resultado que se logra es que se fijen audiencias de alegato dentro de quince días hábiles, en lugar de un máximo de treinta días hábiles bajo la tramitación regular). En este sentido, esa reforma no contribuye realmente a solucionar este problema.

La tendencia en el derecho comparado, en cambio, es a que las partes tengan la posibilidad de negociar medidas de mitigación con la autoridad y que, en caso de ser aceptadas, se permita además una tramitación más expedita del procedimiento consultivo⁵⁷.

⁵⁷ Vid., a modo de ejemplo, (CE) N° 267/2008 de la Comisión Europea; §5. En caso que las mitigaciones sean consideradas aceptables, la Comisión otorga una autorización en la primera fase (*Fase I*) del procedimiento, sin necesidad de recurrir a la segunda fase de análisis de la concentración (*Fase II*). Como lo señalan Aldo González y Daniel Benítez, “Optimal Pre-Merger Notifications Mechanisms. Incentives and Efficiency of Mandatory and Voluntary Schemes”, 2009, p. 2: “According to the statistics, more than 95% of the notified mergers in Europe and the US are approved in the first phase”. En todo caso, la Administración Obama, a través de la *Federal Trade Commission* y el *Department of Justice*, ha ido crecientemente mostrando una mayor cautela en la aprobación de concentraciones y, como contrapartida de lo anterior, una mayor disposición a bloquear ante los tribunales algunas operaciones de tamaño relevante, al estimar que las mismas pueden dar lugar a empresas too big to fail con riesgos sistémicos involucrados (a pesar de no ser ello, en principio, parte de un análisis propio de libre competencia). Vid., Mark Whitener, “Interview with J. Thomas Rosch, Commissioner, Federal Trade Commission, 2009”, *Antitrust*, 2009, p. 41.

En la actualidad, el régimen chileno impide ambas situaciones con lo que también se encuentra en el peor de los escenarios. 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 ese tipo—; y, al mismo tiempo, ello no deriva en una tramitación sustancialmente más rápida de concentraciones previamente notificadas.

III.5. Quinto problema. Alguna incertidumbre respecto a la naturaleza confidencial de la información entregada

El TDLC ha incrementado el nivel y detalle de la información que debe ser entregada al iniciarse una consulta relativa a una concentración, según lo exige su Auto Acordado N° 12/2009. Esa información incluye detalles de la operación de concentración, de los mercados involucrados, sus eficiencias y las medidas de mitigación evaluadas, entre otros.

Esta obligación no tiene como contrapartida una presunción de confidencialidad de los antecedentes que deben ser entregados. Por el contrario, son las partes de la operación quienes deben justificar la solicitud de confidencialidad, y queda a criterio del TDLC si otorgarla o no⁵⁸. Las partes deben, además, entregar una versión pública de cada documento que presenten.

Hasta la fecha, el TDLC ha manejado razonablemente, en los procesos concretos, las exigencias relativas a la información confidencial. Sin embargo, la existencia aún de cierta incertidumbre respecto al manejo de esta información por el TDLC o la FNE, y su eventual publicidad, pueden derivar en comportamientos estratégicos de las partes —destinados a evitar la entrega de esos antecedentes— o desincentivar concentraciones por el hecho de darse acceso a competidores a información comercialmente sensible de las empresas.

Recientemente, a través del Auto Acordado N° 15/2012, el TDLC modificó y fijó un texto refundido del Auto Acordado sobre Reserva o Confidencialidad de la Información en los Procesos, con el objeto de armonizarlo con los actuales incisos 7° y 8° del artículo 22 del DL 211

⁵⁸ Bajo el DL 211 y el Auto Acordado N° 15/2012, la confidencialidad de la información entregada es excepcional, siendo la regla general la publicidad de los antecedentes que se entreguen.

que fueron modificados por la Ley N° 20.361⁵⁹. Lo más destacable, para estos efectos, es que la posibilidad de decretar confidenciales o reservados determinados antecedentes no alcanza ya a los escritos o presentaciones hechas al TDLC, sino que únicamente a los documentos o antecedentes que se acompañen en calidad de instrumentos⁶⁰. En todo caso, el Auto Acordado N° 15/2012 mantiene el principio de confidencialidad o reserva, aunque sometido a la discrecionalidad del TDLC que será ejercida de modo contingente⁶¹. Esto no resuelve totalmente el problema de incertidumbre antes descrito.

III.6. En definitiva, existe una incertidumbre relevante vinculada al control de operaciones de concentración, lo que da lugar a externalidades negativas no presupuestadas al momento de diseñarse el sistema

Todo lo explicado se puede resumir en la existencia de una relevante incertidumbre jurídica, que afecta a los actores del sistema, en relación al régimen de control de concentraciones chileno: 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 confidencialidad de los antecedentes entregados a la autoridad; sobre las sanciones aplicables en caso de ausencia de consulta, especialmente en situaciones en que la necesidad de consultar sea dudosa; 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 de la Corte Suprema.

Estas fallas del diseño institucional han traído por efecto incrementar la inseguridad jurídica y los costos y riesgos asociados al régimen de control de concentraciones. Esto 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 se encuentran presentes en la consulta de operaciones de

⁵⁹ Disponible en: <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Auto%20Acordado%20N%C2%B0%2015.pdf>.

⁶⁰ *Ibíd.*, Resuelvo segundo, párrafo cuarto.

⁶¹ *Ibíd.*, Resuelvo sexto.

concentración; con lo cual la institucionalidad se pierde, por los costos de regulación asociados, el evaluar siquiera las ventajas y desventajas de operaciones que potencialmente podrían ser beneficiosas para la sociedad y los mercados. El hecho de que la institucionalidad desincentive la evaluación misma de ciertas operaciones de concentración (objetivo no inicialmente buscado por un sistema que se planteó como *a priori* neutro ante las concentraciones en sí), habla de la conveniencia de revisarla.

Las fallas descritas también han llevado a una suerte de *selección adversa* del sistema, en el sentido de privilegiar a aquellas empresas con culturas 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 —o no han obtenido para ello autorizaciones de sus controladores o asesores legales— perfeccionar contratos de adquisición o fusión sin condicionarlos a la previa obtención de aprobaciones por parte de los órganos de libre competencia. Ese efecto tampoco parece ser deseable. Más aun cuando, hipotéticamente, esas mismas empresas con culturas más agresivas podrían ser luego potencialmente más laxas en su entendimiento acerca de los límites impuestos por la legislación de libre competencia a sus conductas e incurrir por lo tanto más plausiblemente en ilícitos anticompetitivos. Y cuando razonablemente se podría concluir que, en esos casos, podría existir un mayor riesgo de revisión *ex post* de las conductas de las empresas resultantes de la concentración, en un contexto en que los costos de revisión *ex post* de las operaciones debieran resultar, en la práctica, más elevados que los de un análisis preventivo de las mismas conductas⁶².

⁶² De hecho, en el Día de la Competencia organizado por la FNE en octubre de 2011, Javier Tapia, entonces Jefe de la División de Estudios de la FNE, planteó la hipótesis de que la gran proporción de sentencias referidas a sanción de abusos de posición dominante existente en Chile —proporción alta en comparación con los estándares de derecho comparado—, podría explicarse, entre otras razones, por la existencia del régimen voluntario de control de operaciones de concentración en nuestro país.

IV. Algunas recomendaciones para mejorar el diseño institucional de control de concentraciones en Chile

IV.1. Antecedentes generales. Posibilidad de modificar el régimen chileno de control de concentraciones por vía reglamentaria, o necesidad de hacerlo por vía legal

En nuestro ordenamiento jurídico existe un conjunto de materias que obligatoriamente deben ser normadas por leyes, no pudiendo por tanto el Poder Ejecutivo, por la vía de reglamentos autónomos —esto es, reglamentos dictados sin existir una norma legal expresa que los autorice—, regular estos ámbitos de reserva legal exclusiva⁶³.

A pesar de que nuestra Constitución Política (CPR) amplió enormemente los ámbitos de ejercicio de la potestad reglamentaria, existe consenso⁶⁴ en cuanto a que, entre las materias que han quedado reservadas exclusivamente a la ley —al menos, según se verá, respecto a sus características esenciales—, se encuentran aquellas que dicen relación con (i) la regulación u ordenación de las actividades económicas que los particulares pueden libremente ejercer (artículo 19 N° 21 inciso 1° de la CPR); y, (ii) el establecimiento de obligaciones (conocidas como *obligaciones innovativas*) que limiten o condicionen el ejercicio de los derechos fundamentales garantizados por la CPR, entre los que se encuentra precisamente el libre ejercicio de actividades económicas y, además, el derecho a la libre asociación (artículo 19 N° 26, en relación con el artículo 19 N° 15 y N° 21 de la CPR)⁶⁵.

⁶³ La denominada *potestad reglamentaria* se encuentra consagrada en el artículo 32 N° 6 de la Constitución Política de la República, que dispone, como atribución esencial del Presidente de la República: “Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal [potestad reglamentaria autónoma], sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes [potestad reglamentaria de ejecución]”.

⁶⁴ Vid., Luis Cordero, “Lecciones de Derecho Administrativo”, pp. 137-138.

⁶⁵ Lo anterior se deriva del propio texto de tales disposiciones. El artículo 19 N° 21 inciso 1° de la CPR garantiza a toda persona: “El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”. Por su parte, el artículo 19 N° 26, establece: “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

En este contexto, la introducción de algún sistema puro o mixto de control obligatorio de control de concentraciones que modifique el actual sistema voluntario del DL 211 supone la introducción de deberes adicionales para los agentes económicos en el marco del ejercicio de sus derechos fundamentales. De esto se derivan algunas consecuencias.

Primero, no es posible establecer un nuevo diseño institucional de ese tipo en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma. Al establecer expresamente el artículo 19 N° 21 y N° 26 de la CPR la necesidad de que exista una norma legal mínima que, respectivamente, regule o limite una actividad económica o introduzca *obligaciones innovativas* para los particulares, el Poder Ejecutivo, a través de un reglamento autónomo (v.gr., decreto supremo), no puede diseñar un nuevo régimen de control de concentraciones sin vulnerar la CPR. Esa alternativa debiera por eso ser descartada.

Segundo, en principio, sí sería posible efectuar una modificación de ese tipo en virtud de un reglamento de ejecución, aunque sólo en la medida que una ley modificatoria del DL 211 estableciera el contenido mínimo del nuevo diseño institucional de control de concentraciones, y al mismo tiempo reservara a un reglamento de ejecución los aspectos concretos de ese nuevo diseño.

Por lo anterior, no sería posible modificar el régimen chileno de control de concentraciones por vía reglamentaria, sin que al menos se dictara una ley con los elementos mínimos de esa modificación. Cuál debiera ser la densidad de ese contenido mínimo para que esa ley, y consecuencialmente el reglamento, no esté afectada por vicios de constitucionalidad, es una materia a evaluar en un análisis separado⁶⁶.

Sin embargo, preliminarmente, esta eventual ley debiera, a lo menos, contener (i) una enunciación del control obligatorio de concentraciones y las sanciones por su incumplimiento; y, (ii) la descripción de las normas procedimentales mínimas asociadas a la distribución de competencias entre la FNE, el TDLC y la Corte Suprema. Para el re-

⁶⁶ La pregunta por cuál es el contenido mínimo que una ley modificatoria de ese tipo debiera tener, requiere un análisis jurídico separado y especial que excede los objetivos de este artículo. Basta señalar, por ahora, que ello es un tema ampliamente discutido por la doctrina, alguna de la cual postula una reserva *absoluta* a favor de ley, mientras otra sostiene que es posible una reserva legal relativa. Vid., a modo de ejemplo, Carlos Carmona, “Un Nuevo Estadio en la Relación Ley-Reglamento: El Ámbito del Reglamento”, 2002, pp. 154-190.

glamento de ejecución quedaría reservado el detalle del procedimiento de control y el monto de los umbrales requeridos para su verificación (aunque esto último pudiera también ser establecido por resolución administrativa fundada de la FNE, por delegación de la ley, según se explica *infra*).

IV.2. Beneficios y problemas de los regímenes voluntarios y obligatorios de control de concentraciones

En la sección I se han entregado algunos fundamentos relacionados con la eficiencia de los regímenes voluntarios y obligatorios de control de concentraciones. Como se mencionó allí, se ha sometido a crítica y revisión en el último tiempo el funcionamiento práctico del régimen voluntario en jurisdicciones como las del Reino Unido⁶⁷ y Australia.

Las críticas planteadas a los regímenes comparados asimilables al chileno, unidas a las deficiencias ya descritas de nuestro sistema actual, parecen hacer preferible la adopción en Chile de un sistema obligatorio de control preventivo de concentraciones, en base a ciertos umbrales (*thresholds*) previamente definidos, por sobre los cuales debiera informarse obligatoriamente de las concentraciones concernidas. Ello, sin perjuicio de poderse establecer, adicionalmente, algunos incentivos a la notificación voluntaria de concentraciones que, no obstante encontrarse bajo tales umbrales, tengan, por las características de litigiosidad de los mercados involucrados u otras consideraciones de tipo estratégico, una probabilidad relevante de ser objeto posterior de una demanda por terceros (de modo similar a como ocurre, por ejemplo, en Noruega, Sudáfrica o Canadá, o como ocurre con las propuestas de reforma del sistema en Reino Unido que buscan migrar hacia un sistema obligatorio, aunque con incentivos propios de un sistema híbrido o mixto)⁶⁸.

⁶⁷ De hecho, los problemas identificados bajo el régimen voluntario de control de concentraciones en Reino Unido han llevado a sus autoridades a proponer una profunda reforma de dicho régimen. Durante el primer semestre del año 2011 se abrió un proceso de consulta pública sobre la materia, iniciado por el UK Department for Business, Innovations & Skills (UK BIS). Ver: “A Competition Regime for Growth: A Consultation on Options for Reform” (§4: A Stronger Merger Regime), pp. 32-33. A la fecha de redacción de este artículo, no se había elegido todavía el modelo de diseño institucional a adoptar.

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 33 (§4.6).

En la práctica, ello implicaría la adopción de un sistema híbrido o mixto de control de concentraciones (en principio, obligatorio por sobre ciertos umbrales, pero al cual puedan también someterse voluntariamente operaciones que no superen tales umbrales), que sería consistente con la evidencia más reciente sobre la materia, de la cual se resumen algunas consideraciones en la Tabla N° 1.

TABLA N° 1

Sistema obligatorio	Sistema voluntario	Sistema mixto
<p>Establece un criterio objetivo (especialmente con un umbral calculado en base a los ingresos agregados de las empresas objeto de la transacción —<i>turnovers</i>—), para determinar si una concentración debe o no ser consultada.</p>	<p>No establece un criterio objetivo y deja a las partes la decisión de consultar o no preventivamente, sujeto a un control <i>ex post</i> de la autoridad.</p>	<p>Tiene los mismos efectos que un sistema obligatorio en cuanto a la certeza jurídica que otorga, pues las concentraciones que se encuentren bajo los umbrales previamente definidos, no deben consultarse. Sólo se pueden consultar voluntariamente si así lo deciden sus partes, como parte de un incentivo para impedir posteriores demandas de terceros.</p>
<p>Consecuencia: otorga mayor certidumbre a los agentes económicos, pues conocerán siempre cuándo deben notificar preventivamente una concentración.</p>	<p>Consecuencia: genera situaciones de incertidumbre, pues terceras partes (o la autoridad) pueden demandar a las partes con posterioridad a la materialización de la concentración, exigiendo su reversión total o parcial o la imposición de multas.</p>	<p>La eventual distorsión de los umbrales se compensa con los incentivos que pueden derivarse de las notificaciones voluntarias, que pueden llevar a que se consulten operaciones que, sin exceder los umbrales, enfrenten riesgos de demandas posteriores.</p>
<p>Los umbrales son difíciles de establecer, pues existen riesgos de que se ubiquen por sobre o por debajo de lo recomendable, llevando a situaciones de exceso o carencia de información en relación a las operaciones de concentración (sobre-notificación o sub-notificación).</p>	<p>Al no existir umbrales, esta eventual distorsión desaparece.</p>	
	<p>Normalmente, el interés de terceros de que se revise la operación, da lugar a demandas o solicitudes <i>ex post</i> respecto de la materialización de la concentración, lo que genera incertidumbre y altos costos sociales y privados.</p>	
<p>La negativa de una autoridad a analizar preventivamente una fusión, como consecuencia de encontrarse ésta por debajo de los umbrales, puede generar un costo político (pues existirán terceros eventualmente disconformes con la operación, quienes carecerán de una instancia para manifestar su opinión).</p>	<p>Existe el riesgo de que el control <i>ex post</i> sea ineficaz, considerando el problema de irreversibilidad.</p>	<p>Se neutraliza el efecto de un mayor costo político derivado de los umbrales, pues la instancia de sujeción voluntaria de la operación de concentración a la autoridad puede permitir a los terceros, en una audiencia convocada por la autoridad y vinculante para ellos, manifestar su opinión respecto de la operación.</p>
<p>Se evita el problema de irreversibilidad total o parcial asociado al control <i>ex post</i> (<i>unscrambling the eggs</i>).</p>		<p>Al igual que en el sistema obligatorio, se evita el problema de irreversibilidad total o parcial de una concentración.</p>

IV.3. Una propuesta preliminar de control de concentraciones para el caso chileno

Todo lo señalado lleva a plantear a continuación algunas recomendaciones que pudieran mejorar el actual régimen de control de concentraciones chileno.

IV.3.1. Sistema mixto de control de concentraciones.

Aspectos fundamentales

Se recomienda establecer un sistema mixto de control de concentraciones, aunque con una marcada tendencia hacia un sistema obligatorio, de acuerdo a los principios siguientes.

1. Se contempla el diseño de un régimen de control preventivo de tipo obligatorio para operaciones de concentración que se encuentren por sobre un umbral previamente determinado según las reglas que más adelante se sugieren.

2. No obstante, por las ventajas informacionales del sistema voluntario, se sugiere mantenerlo para las operaciones que presenten para las partes dudas en cuanto a la necesidad de su control. Convendrá entonces implementar incentivos para que se notifiquen voluntariamente las operaciones que, no encontrándose por sobre el umbral fijado por la autoridad, pudieran generar atención pública relevante, o estuvieran afectas a un riesgo posterior de judicialización (o simplemente para los casos en que las partes quieran obtener certeza). Por ello se propone implementar un sistema de incentivos que permita la obtención de una autorización por parte de la autoridad, que otorgue inmunidad a las partes respecto de eventuales reclamos *ex post*, una vez materializada la operación⁶⁹.

3. Como complemento de este sistema, y para entregar certeza al sistema, se recomienda fijar un límite para que la FNE pueda investigar,

⁶⁹ Un esquema similar a éste se utiliza en Australia, aunque no ha tenido mayor aplicación práctica, probablemente como consecuencia de la demora en su tramitación y la naturaleza pública de este procedimiento, que permite a terceros intervenir en el mismo y deducir reclamaciones ante los tribunales competentes. De ajustarse ambas cuestiones, es posible que dicho sistema resulte eficiente y tienda a ser utilizado.

de oficio o por denuncia de terceros, aquellas concentraciones que no se encuentren sometidas al control preventivo obligatorio.

4. Las notificaciones de operaciones de concentración futuras debieran efectuarse a la FNE, en su calidad de representante del interés general en materias de libre competencia⁷⁰.

5. En su aspecto obligatorio, el sistema debiera establecer la obligatoriedad de notificar previamente a la FNE acerca de cualquier operación de concentración que pueda ser *a priori* calificada por el DL 211 como de magnitud relevante para la economía nacional, por superar los umbrales preestablecidos al efecto.

Siguiendo la experiencia comparada, debiera optarse, para las notificaciones obligatorias, por establecer umbrales sobre la base de los *ingresos totales proyectados* o *volumen total de ventas* de la entidad resultante de la concentración (*turnovers*), y no en consideración a las participaciones de mercado de cada entidad —pues ello haría depender el sistema de la definición de mercado relevante que se haga, lo que siempre resulta discrecional y problemático—⁷¹.

Los umbrales debieran establecerse en atención a la realidad de tamaño de los mercados nacionales y debieran ser lo suficientemente altos como para no sobrecargar la revisión obligatoria por parte de las autoridades, o su revisión de concentraciones inocuas, y debieran ser actualizables anualmente por la FNE mediante una resolución administrativa fundada.

Tomando como referencia algunas regulaciones vigentes en el extranjero, aplicadas a economías de tamaños comparables a la chilena —según se detalla en el Anexo de este artículo—, se propone en principio que el umbral que se considere para Chile sea del rango de un equivalente a 40 millones a 50 millones de dólares de los Estados Unidos de América; esto es, que cuando los ingresos totales proyectados o el volumen total de ventas estimadas (ambos en el mercado nacional) de la entidad resultante de la concentración sea igual o superior a un valor

⁷⁰ Experiencias en este sentido ya se han introducido en el régimen chileno. En efecto, con ocasión de la Ley N° 20.361, las notificaciones preventivas establecidas en la Ley N° 19.733, sobre Libertad de Información y Opinión, fueron trasladadas desde el TDLC a la FNE.

⁷¹ Vid, a modo de ejemplo, United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *FTC v. Whole Foods Market Inc.*, 16 de agosto de 2007, pp. 9-10.

que se defina en base a ese rango, la operación deba obligatoriamente notificarse.

6. Para efectuar las notificaciones obligatorias o voluntarias a la FNE, sólo debieran tener legitimación activa las partes de la concentración, incluyendo sus accionistas o dueños. Los terceros ajenos a la operación, en cambio, sólo tendrían el rol de aportantes de antecedentes, pero carecerían de la posibilidad de impulsar el conocimiento de una operación de concentración (salvo en la hipótesis de una demanda por incumplimiento del deber de notificar una operación que supere el umbral de consulta obligatoria).

IV.3.2. Procedimiento eficaz con intervención de la FNE y el TDLC (este último a lo menos para los casos más complejos)

Para salvar las fallas del procedimiento actual, se propone el diseño de un procedimiento que combine la participación de la FNE y el TDLC en un contexto de mayor celeridad, seguridad jurídica y previsibilidad. Todas estas propuestas siguen en lo relevante los estándares existentes en el derecho comparado.

1. Se sugiere que la FNE siga un procedimiento administrativo, independientemente de si la notificación se haga obligatoriamente, o como parte de una consulta voluntaria. El procedimiento podría contener los elementos que se describen a continuación.

Fase I. Una vez notificada una concentración, sea voluntariamente o por aplicación de la obligación conforme al umbral preestablecido, la FNE debiera tener 30 días corridos para notificar su aprobación pura y simple. Si la FNE estimara que pudieran existir potenciales riesgos derivados de la concentración, pero que éstos pudieran ser subsanados mediante la adopción de algunos remedios o mitigaciones de menor entidad, debiera comunicarlo a las partes de la operación, para que procedan a evaluar y proponer esas medidas de mitigación, dentro de un plazo adicional (por ejemplo 15 días corridos). En el caso de que las partes alcancen un acuerdo con la FNE acerca de los remedios a implementar, la concentración quedaría aprobada bajo tales condiciones. Las negociaciones podrían llevarse a cabo a través de un intercambio formal de correspondencia que se inicie con la oferta de medidas de mitigación por las partes o, en su caso, de la FNE. Lo anterior, sin perjuicio de las

reuniones de negociación que resulten necesarias, sujetas a un registro fidedigno de las mismas.

Fase II. En el caso que la FNE, mediante resolución fundada en argumentos de hecho, jurídicos y económicos, estimara que existen riesgos de que la operación disminuya sustantivamente la competencia en uno o más mercados relevantes —y que las medidas ofrecidas por las partes no fueren suficientes para mitigar tales riesgos— debiera proceder a efectuar un análisis más detallado de dichos riesgos y de las medidas de mitigación que serían aceptables para autorizar la operación. Esta nueva etapa no debiera exceder un plazo razonable (por ejemplo los 100 días corridos). En esta misma oportunidad, y sólo excepcionalmente, la FNE podría rechazar una concentración por estimar que no existirían mitigaciones que pudieran eliminar el riesgo de una disminución sustantiva de la competencia⁷².

2. Es importante determinar también la participación del TDLC en relación al control de concentraciones. Ello, para ser consistentes con el sistema del DL 211, que establece en calidad de tribunal al TDLC y, por sobre todo, para garantizar un control ulterior por parte de un tribunal colegiado de decisiones que podrían verse como más intrusivas respecto de la libertad económica, la libertad de asociación y la propiedad.

Concentraciones de Fase I. En cuanto a las decisiones de la FNE de la Fase I, se evalúa la opción de participación del TDLC o de exclusión de esa participación.

Primera opción: que las decisiones de la FNE de la Fase I deban ser puestas en conocimiento del TDLC sobre la base de un procedimiento público y que permita la participación de todos quienes deseen aportar antecedentes en una audiencia pública convocada al efecto. La audiencia pública no podría llevarse a efecto con posterioridad a diez

⁷² Como señaláramos *supra*, normalmente el derecho comparado exige estándares muy estrictos para que la autoridad de competencia rechace operaciones, en lugar de sujetarlas a condiciones para su materialización. Lo anterior, pues se estima que normalmente existirán medidas de mitigación suficientes para limitar los potenciales riesgos de una concentración. Ello ha llevado a que el rechazo de concentraciones sea excepcional. En efecto, según las estadísticas disponibles, durante el período 1990-marzo 2011, sólo el 0,45% de las concentraciones notificadas a la Comisión Europea han sido rechazadas: de un total de 4.617 concentraciones notificadas (i) 4.218 han sido aprobadas en la Fase I (206 de las cuales han conllevado remedios en esta Fase); (ii) 197 han sido aprobadas en una fase II; y, (iii) sólo 21 han sido prohibidas.

días hábiles, contados desde que se pusiera en su conocimiento la resolución de la FNE. La resolución del TDLC debería ser dictada dentro del plazo fatal de quince días hábiles, contados desde que se lleve a efecto la audiencia pública.

Ventajas: las ventajas de este mecanismo serían la seguridad que entregaría, desde una perspectiva institucional, y la participación del TDLC en el análisis de toda operación de concentración, lo que al mismo tiempo haría de manera breve y sumaria.

Desventajas: la pérdida de agilidad y celeridad que podría darse por la vía de una intervención del TDLC en todos los casos de concentración, sean éstos más o menos relevantes para los mercados. En definitiva, existiría una menor aplicación del principio de oportunidad y de economía procesal. También requeriría incrementar el presupuesto y funcionarios del TDLC.

Segunda opción: que las decisiones de la FNE de la Fase I queden a firme en sede administrativa después de haberse dictado, sin preverse intervención del TDLC.

Ventajas: una mayor celeridad y eficacia del procedimiento en lo referido a las concentraciones de menor entidad. Una más adecuada aplicación del principio de oportunidad y economía procesal, especialmente en el caso de que el umbral que finalmente se escoja dé lugar a un número importante de notificaciones de operaciones de concentración que sobrecargue a la institucionalidad. Se aplicaría por analogía la solución a la que se llegó en materia de notificación de operaciones de concentración bajo la Ley N° 19.733, sobre Libertad de Información y Opinión (Ley de Prensa), una vez que se constató la mala experiencia derivada del exceso de procedimientos que hubo ante el TDLC por esta materia⁷³.

⁷³ Hasta antes de la Ley N° 20.361, de julio de 2009, La Ley de Prensa otorgaba a las Comisiones Preventivas Antimonopolios (antecesoras del TDLC) el control preventivo obligatorio de operaciones de concentración en esos mercados (artículo 38). Frente al gran número de concentraciones inocuas o irrelevantes que eran notificadas al TDLC —alrededor de 320 consultas, con un promedio anual de 53 solicitudes anuales, mayoritariamente asociadas a cambios en la propiedad de concesiones de radiodifusión sonora locales o regionales—, el legislador optó, a partir del año 2009, por entregar dicho control a la FNE, y sólo en caso de existir un informe desfavorable de esta última, se prevé un nuevo control por el TDLC.

Desventajas: prescindir del control realizado por el órgano jurisdiccional especializado del DL 211, que es precisamente una de las particularidades valoradas del sistema chileno antimonopolios⁷⁴. Podría mirarse políticamente como un retroceso respecto de la fortaleza institucional del sistema actual del DL 211 que sí pone en manos del TDLC la decisión final sobre el destino de los actos de concentración. Podría incentivar a la FNE a sobre-calificar operaciones de concentración como de Fase II, como una vía de asegurar la intervención del TDLC, lo que sería contraproducente con los fines de eficiencia buscados por este nuevo diseño.

Siendo ésas algunas de las ventajas y desventajas posibles de una u otra solución, se opta por prescindir de la participación del TDLC en esta Fase I. La experiencia práctica acumulada bajo la antigua Ley de Prensa es reveladora de los negativos efectos del exceso de carga procesal impuesto al TDLC. Sería problemático que el TDLC reste esfuerzos del control de carteles o sanción de abusos de posición dominante por dedicarse a una revisión administrativa de todas las decisiones de la FNE sobre operaciones de concentración, inclusive las de menor entidad. Luego, siendo la FNE un órgano especializado, si éste estima que la operación es suficientemente inocua como para ser resuelta en Fase I, parece razonable que el TDLC no intervenga en base a un control obligatorio. Probablemente se cubran por esta vía casos similares a los que actualmente, de ser detectados e investigados por la FNE, se archivan por ésta sin más. Luego, al reservarse la intervención del TDLC para la Fase II, se mantiene su control para los casos que den cuenta de decisiones probablemente más intrusivas respecto de garantías constitucionales económicas.

Concentraciones de Fase II. En cuanto a las decisiones de la FNE de Fase II, se propone que todos los casos deban ser puestos en conocimiento del TDLC, sobre la base de un procedimiento jurisdiccional

⁷⁴ Otros casos de sistemas institucionales antimonopolios de tipo duales —esto es, que contemplen una agencia administrativa y un órgano jurisdiccional especializado— sólo se encuentran presentes en Canadá y Sudáfrica. El resto de las jurisdicciones más relevantes de libre competencia ha optado por un régimen de agencia administrativa y la posibilidad de revisión judicial de sus decisiones por los tribunales ordinarios, en la forma de contenciosos administrativos. El Reino Unido se encuentra evaluando, como una de las opciones posibles de rediseño de su sistema de control de concentraciones, un mecanismo dual tipo agencia administrativa-órgano jurisdiccional. Desconocemos, sin embargo, cuál será el diseño final que allí se implementará.

no contencioso, público y que permita la participación de todos quienes deseen aportar antecedentes en una audiencia pública convocada al efecto. El TDLC haría las veces en este caso de órgano jurisdiccional colegiado de control de la decisión de la FNE.

La audiencia pública no podría llevarse a efecto con posterioridad a los veinte días hábiles, contados desde que se ponga en conocimiento del TDLC la resolución de la FNE. La resolución del TDLC debería ser dictada dentro del plazo fatal de veinte días hábiles, contados desde que se lleve a efecto la audiencia pública.

En cuanto a la posibilidad de reclamación ante la Corte Suprema, se plantean dos opciones.

Bajo una *primera opción*, sólo podrían reclamarse, ante la Corte Suprema, las decisiones del TDLC que (i) rechacen las resoluciones de Fase II de la FNE; (ii) modifiquen lo resuelto por la FNE en la Fase II, imponiendo nuevas condiciones; o, (iii) confirmen las resoluciones de rechazo de la FNE. Dicho recurso sólo podría ser interpuesto por las partes de la operación de concentración, y tendría por objeto que la Corte Suprema analice si sería procedente aprobar la concentración pura y simplemente, o sujeta a determinadas condiciones. Esto es, no serían susceptibles de recurso de reclamación las resoluciones del TDLC que simplemente aprueben una operación de concentración o confirmen la aprobación entregada por la FNE y las condiciones bajo las cuales haya sido entregada.

Se puede evaluar, como una *segunda opción*, el excluir directamente la participación de la Corte Suprema del análisis de operaciones de concentración. Esto, en base a consideraciones como las siguientes: (i) la intervención del TDLC ya aseguraría un control de las decisiones de la FNE por parte de un órgano jurisdiccional y colegiado, no pareciendo indispensable entonces el establecimiento de una segunda jerarquía de control; (ii) ya existen procedimientos no contenciosos desarrollados por el TDLC en los cuales no se prevé la participación de la Corte Suprema por vía de recursos jurisdiccionales ordinarios, lo que ha sido validado en su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, entendiéndose que en esos casos el TDLC, sin perjuicio de su carácter de organismo jurisdiccional, ejerce potestades de tipo administrativo⁷⁵;

⁷⁵ Tribunal Constitucional, Sentencia de 9 de septiembre de 2010, Rol 1448-09. Por otra parte, la Corte Suprema, en su Sentencia de fecha 27 de enero de 2009, recaída en causa Rol N° 4797-2008, ha establecido el carácter administrativo de dichas resoluciones. Así lo ha recogido el mismo TDLC en su Sentencia N° 117/2011, de 29 de diciembre de 2011, Rol N° 156-08.

(iii) los procedimientos de control de concentraciones son fuertemente técnicos en sus análisis y contenidos, por lo que la Corte Suprema probablemente actuaría con *deferencia* en una eventual revisión, de manera que su intervención tendría la desventaja de afectar los plazos y aumentar la incertidumbre del proceso, sin un necesario correlato de modificación real de las decisiones —de hecho, hasta la fecha, la Corte Suprema no ha revocado decisiones del TDLC en materia de análisis de operaciones de concentración—; (iv) ayudaría a la seguridad jurídica que el sistema requiere y a su celeridad, el que la decisión final sea adoptada por el TDLC, sin posibilidad de revisión ulterior, y, (v) un proceso de este tipo sin participación de la Corte Suprema, sería consistente con las lógicas de la reforma procesal civil en curso, que excluye la intervención de esa Corte en los procedimientos de tipo no contencioso.

La resolución del TDLC —o en su caso de la Corte Suprema para la primera opción—, que apruebe una concentración pura y simplemente o sujeta a condiciones, tendría efecto de cosa juzgada, salvo cuando se acredite posteriormente que dicha aprobación haya sido obtenida mediante la entrega de antecedentes falsos (lo que supone una modificación para hacer más estricta la hipótesis de cosa juzgada aparente del actual artículo 32 del DL 211).

IV.3.3. *Opción de que las partes de una operación de concentración que así lo deseen, puedan someterla voluntariamente al procedimiento de notificación antes descrito*

Con el objeto de incentivar la notificación de concentraciones que se encuentren debajo del umbral previamente definido, pero que puedan generar para sus partes contingencias antimonopolios con posterioridad a su materialización, se recomienda que la autorización otorgada por la FNE a una concentración voluntariamente notificada confiera una presunción de validez o inmunidad, impidiendo que posteriormente se pueda reclamar en su contra (salvo en la hipótesis de antecedentes falsos señalada *supra*). Ello podría materializarse a través de la obtención de un certificado de compatibilidad que la autoridad emita a las partes y que otorgue inmunidad a la operación.

Por su parte, para aquellas operaciones que no se notifiquen voluntariamente, se podría establecer un mecanismo conforme al cual, sólo dentro de los seis meses siguientes a la materialización o anuncio

de la concentración, la FNE pueda iniciar una investigación de oficio o por denuncia de algún tercero. Transcurrido ese lapso sin que existiera una investigación, se otorgaría el mismo efecto de inmunidad a la operación, como si ésta hubiese sido notificada preventivamente. Un período razonablemente corto, como el sugerido, cumpliría adecuadamente con la función de entregar certeza, a la vez que constituiría un nuevo incentivo a la notificación voluntaria de aquellas operaciones que las partes pudieran estimar como potencialmente sujetas a una objeción *ex post* por parte de terceros.

IV.3.4. *Confidencialidad de los antecedentes*

Todos los antecedentes que la FNE reciba en el marco de las concentraciones Fase I y II se debieran presumir confidenciales cuando se refieran a información comercial sensible, y se debieran encontrar amparados por el artículo 42 del DL 211. Sin perjuicio de lo anterior, dentro del plazo en que la FNE deba notificar al TDLC su decisión en la Fase II, las partes de la operación deberían elaborar versiones públicas de tales antecedentes, con el objeto de que ellas puedan ser revisadas por terceros antes de la audiencia pública.

En este caso, el TDLC sólo podría solicitar que determinados antecedentes confidenciales sean completados por las partes, pero no podría levantar la confidencialidad, salvo en caso que la FNE y las partes acepten esa publicidad.

IV.3.5. *Desincentivos para litigantes temerarios*

Para garantizar la eficiencia y celeridad de los procedimientos de Fase II que lleguen al TDLC, debieran contemplarse mecanismos de disuasión —multas o sanciones procesales eficientes— para los terceros intervinientes que ante el TDLC desarrollen conductas de obstrucción del procedimiento o de deslealtad procesal.

ANEXO

Monto de los umbrales existentes en algunos regímenes
comparados de control de operaciones de concentración
(actualizado a dólares de Estados Unidos)

País	Monto de umbral que hace obligatoria notificación previa de concentración. (Montos aproximados)**	Factor de interés*
1 Austria	(i) Si las partes conjuntamente alcanzaron ingresos por más de US\$433 millones a nivel mundial, durante el último año fiscal; o, (ii) si las partes conjuntamente alcanzaron ingresos por más de US\$ 43 millones en el mercado nacional***; se exceptúan operaciones en que sólo una parte alcanzó ingresos nacionales por más de US\$7,2 millones y las restantes partes no superan conjuntamente los US\$ 43 millones de ingresos a nivel global.	PCR (PIBPC: US\$ 40,978)
2 Bélgica	(i) Si las partes conjuntamente alcanzaron ingresos por más de US\$ 144 millones en el mercado nacional; y al mismo tiempo, (ii) al menos dos de las partes tuvieron ingresos por más de US\$ 57,7 millones en el mercado nacional.	PCR (PIBPC: US\$ 36,834) TP (11 millones)
3 Colombia****	(i) Si los activos combinados en Colombia de las partes exceden un valor de US\$28 millones; o, (ii) si los ingresos operacionales combinados de las partes exceden los US\$28 millones .	AL
4 Eslovaquia	(i) Si las partes conjuntamente alcanzaron ingresos por más de US\$66,2 millones a nivel mundial, durante el último período contable; y al mismo tiempo, (ii) al menos dos de las partes tuvieron ingresos, cada uno, por más de US\$ 20,1 millones en el mercado nacional, durante el último período contable. O, (iii) al menos una de las partes tuvo ingresos por más de US\$ 27,4 millones en el mercado nacional, durante el último	PCR (PIBPC: US\$ 23,197)

- período contable; y al mismo tiempo, (iv) otra parte alcanzó ingresos por más de US\$66,2 millones a nivel mundial, durante el último período contable.
- 5 Holanda (i) Si las partes conjuntamente alcanzaron ingresos por más de US\$163 millones a nivel mundial, durante el último año fiscal; y al mismo tiempo, (ii) al menos dos de las partes tuvieron ingresos por más de **US\$ 43,3 millones** en el mercado nacional, durante el último año fiscal. TP (16.6 millones)/ PCR (PIBPC: US\$ 41,691)
 - 6 Hungría (i) Si los ingresos netos del Grupo Empresarial exceden, a nivel nacional, un valor de US\$81,5 millones; y al mismo tiempo, (ii) si los ingresos netos combinados de al menos dos las partes, a nivel nacional, excedieron los **US\$2,7 millones**. PIBPC: US\$ 19,501
 - 7 Israel (i) Si las partes conjuntamente alcanzaron ingresos por más de US\$44,2 millones a nivel nacional, durante el último año fiscal; y al mismo tiempo, (ii) al menos dos de las partes tuvieron, cada uno, ingresos por más de **US\$ 3 millones** en el mercado nacional, durante el último año fiscal. PCR (PIBPC: US\$ 30,347)
 - 8 Polonia (i) Si los ingresos netos de los Grupos Empresariales exceden, a nivel mundial, conjuntamente un valor de US\$1,500 millones; o, (ii) si los ingresos netos de los Grupos Empresariales exceden, a nivel mundial, conjuntamente un valor de **US\$72 millones**. PIBPC: US\$ 19,887
 - 9 Portugal (i) Si las partes conjuntamente alcanzaron ingresos netos por más de US\$ 216,5 millones durante el año fiscal previo; y al mismo tiempo, (ii) al menos dos de las partes tuvieron ingresos por más de **US\$ 2,9 millones** en el mercado nacional. PCR (PIBPC: US\$ 23.078) /TP (10,6 millones)
 - 10 República Checa (i) Si las partes conjuntamente alcanzaron ingresos por más de US\$78,2 millones a nivel nacional, durante el último período contable; y al mismo tiempo, (ii) al menos dos de las partes tuvieron ingresos PCR (PIBPC: US\$ 25,525)

netos, cada uno, por más de US\$13 millones en el mercado nacional, durante el último período contable. O,
 (iii) al menos una de las partes tuvo ingresos netos por más de US\$ 78,2 millones en el mercado nacional, durante el último período contable; y al mismo tiempo, (iv) otra parte alcanzó ingresos por más de **US\$78,2 millones** a nivel mundial, durante el último período contable.

* Nomenclatura: (i) “PIBPC”: Producto Interno Bruto per cápita, ajustado a PPP [la referencia utilizada para Chile fue de US\$ 15,866]; (ii) “TP”: tamaño de población; (iii) “AL”: país de América Latina; y, (iv) “PCR”: país de comparación relevante (en paréntesis el indicador que se considera para este último caso).

** Para países miembros de la Unión Europea los umbrales se aplican para aquellas concentraciones que no tengan una dimensión comunitaria, de conformidad con la Regulación (CE) N° 139/2004 sobre Control de Concentraciones [2004].

*** Se estima que en Austria umbrales bajos han llevado a sobre-notificaciones. Christian Herbst, “The Mergers & Acquisitions Review”, 2009, p. 67.

**** En proceso de reforma.

BIBLIOGRAFÍA

- Carmona, Carlos. “Un Nuevo Estadio en la Relación Ley-Reglamento: el Ámbito del Reglamento”. *Revista de Derecho Público* 63 (2002).
- Choe, Chongwoo y Shekhar Chander. “Compulsory or Voluntary Pre-Merger Notification? Theory and Some Evidence”. *Munich Personal Repec Archive* (2009).
- Cordero, Luis. “Lecciones de Derecho Administrativo”, apuntes para la cátedra de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2011.
- Diario Estrategia*. “Fallida Fusión Nestlé-Soprole Abre Debate Sobre Operaciones que Impliquen Alta Concentración”, 7 de abril de 2011.
- . “Tomás Menchaca: Fusión SMU-SDS Podría Ser Retrotraída por el TDLC”, 23 de diciembre de 2011.
- Farrell, Joseph y Carl Shapiro. “Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition”. *The B.E. Journal of Theoretical Economics* 10 (2010).
- Fiscalía Nacional Económica. “Guía Interna Para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales”, octubre 2006, Santiago.
- Fondo Monetario Internacional. “World Economic Outlook Database”, junio 2011.
- González, Aldo. “Fusiones en Chile: ¿Hacia un Sistema de Consulta Obligatoria?”, *Diario Financiero*, 15 de abril de 2011.

- González, Aldo y Daniel Benítez. "Optimal Pre-Merger Notifications Mechanisms. Incentives and Efficiency of Mandatory and Voluntary Schemes". Policy Research Working Paper N° 4936 (2009), The World Bank.
- Herbst, Christian. "The Mergers & Acquisitions Review". En Simon Robinson (ed.), Austrian Chapter, *Law Business Research*, 2009.
- Johnson, Ronald y Allen Parkman. "Premerger Notification and the Incentive to Merge and Litigate". *The Journal of Law Economics and Organization* 7 (1991).
- Lindsay, Alistair y Alison Berridge. *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*. Sweet & Maxwell, 2009.
- Nehme, Nicole. "Sistema Chileno de Defensa de la Libre Competencia: ¿Necesidad de Requerir Autorización Previa para la Aprobación de Operaciones de Concentración?". *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia* 21 (2006).
- Montt, Paulo. "Operaciones de Concentración en el Sector Retail: La Experiencia de EE.UU., la UE y Chile". En Paulo Montt y Nicole Nehme (ed.), *Libre Competencia y Retail: Un Análisis Crítico*. Santiago: Abeledo Perrot, 2010.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. "Substantive Criteria Used for the Assessment of Mergers", febrero 2003.
- Tapia, María José y Sandra Novoa. "En Sorpresiva Decisión Dueño de GTD Desiste de la Fusión con Entel", *Diario La Tercera*, 10 de enero de 2012.
- Schwalbe, Ulrich y Daniel Zimmer. "Law and Economics in European Merger Control". Oxford University Press, 2009.
- United Kingdom Department for Business, Innovations & Skills. "A Competition Regime for Growth: A Consultation on Options for Reform", junio 2011, Londres.
- United States Department of Justice y Federal Trade Commission. "Horizontal Merger Guidelines", agosto de 2010, Washington.
- Whitener, Mark. "Interview with J. Thomas Rosch, Commissioner, Federal Trade Commission". *Antitrust* 23, 26 de enero de 2009, pp.32-45. □