



Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile

Informe del Secretariado de la OCDE

Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile

Informe del Secretariado de la OCDE

2014



ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS

La OCDE es un foro único en donde los gobiernos de 34 democracias trabajan juntos para enfrentar los desafíos económicos, sociales y ambientales de la globalización. La OCDE está a la vanguardia de los esfuerzos por entender y ayudar a los gobiernos a responder a nuevas situaciones y preocupaciones, como lo son la gobernabilidad corporativa, la economía de la información y los retos de una población en envejecimiento. La Organización brinda un contexto en el que los gobiernos pueden comparar experiencias de políticas públicas, buscar respuestas a problemas comunes, identificar buenas prácticas y trabajar para coordinar políticas nacionales e internacionales.

Los países que conforman la OCDE son: Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, la República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Corea, Luxemburgo, México, los Países Bajos, Nueva Zelandia, Noruega, Polonia, Portugal, la República Eslovaca, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, Turquía, el Reino Unido y los Estados Unidos. La Comisión de la Comunidad Europea participa en el trabajo de la OCDE.

Las publicaciones de la OCDE difunden ampliamente los resultados de las estadísticas que recaba la Organización, y sus investigaciones en economía, cuestiones sociales y ambientales, así como los convenios, pautas y criterios acordados por sus miembros.

Este trabajo se publica bajo la responsabilidad del Secretariado General de la OCDE. Las opiniones expresadas y los argumentos esgrimidos en él no reflejan necesariamente la opinión oficial de los países miembros de la OCDE.

Este documento y cualquier mapa incluido en él se entienden sin perjuicio de la condición o soberanía de ningún territorio, de la delimitación de fronteras o límites internacionales o del nombre de ningún territorio, ciudad o área.

La OCDE cuenta con dos idiomas oficiales; inglés y francés. La versión en inglés de este informe es la única versión oficial.

© OCDE 2014

Usted puede copiar, descargar o imprimir el contenido de la OCDE para su propio uso, y puede incluir fragmentos de las publicaciones, bases de datos y productos multimedia de la OCDE en sus propios documentos, presentaciones, blogs, sitios web y materiales educativos, siempre que reconozca adecuadamente a la OCDE como fuente y propietario de los derechos de autor. Todas las solicitudes para uso público o comercial y derechos de traducción deberán enviarse a rights@oecd.org. Las solicitudes de permiso para fotocopiar partes de este material para uso público o comercial deben dirigirse al Copyright Clearance Centre (CCC) a info@copyright.com o al Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC) contact@cfcopies.com.

PREFACIO

El presente informe analiza la Ley de Competencia de Chile, respecto a las operaciones de concentración y propone enmiendas a la Ley en base a (a) las mejores prácticas internacionales, (b) el reporte de la OCDE sobre la aplicación de la recomendación de 2005 relativa a las operaciones de concentración, y (c) cuestiones identificadas en la revisión de la adhesión de Chile a l'OCDE.¹

Este informe evalúa los principales problemas derivados del régimen actual de control de concentraciones de Chile y propone recomendaciones para su mejora de conformidad con los estándares de la OCDE y las mejores prácticas internacionales. La preparación del informe consistió en revisar la legislación chilena vinculante y no vinculante (soft law), su jurisprudencia, así como de un ejercicio de constatación de los hechos realizado en Santiago con las autoridades, y los interesados en el control de concentraciones en Chile, entre los que se incluyó a la Fiscalía Nacional Económica (FNE), el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), la Corte Suprema, el Ministerio de Economía, las empresas, asociaciones de consumidores, representantes del Colegio de Abogados y expertos académicos.

¹ Las mejores prácticas internacionales incluyen las siguientes: OECD Recommendation of the Council on Merger Review, 23 de Marzo de 2005 – C(2005)34; ICN Recommended Practices for Merger Notification Procedures (2002-2004); y ICN Recommended Practices for Merger Analysis (2008-2010). Para el OECD 2005 Implementation Report: véase OECD Report on Implementation of the 2005 Recommendation: Country Experiences with the 2005 OECD Recommendation on Merger Review (2013); Para la revisión de la adhesión de Chile: véase OECD Competition Law and Policy in Chile. Accession Review (2010); así como también OECD, 2013 Annual Report on Competition Policy Developments in Chile, DAF/COMP/AR(2013)27, 2 October 2013.

El informe consta de dos partes: en la primera se describen las características más relevantes del sistema actual de control de concentraciones de Chile; en la segunda, se identifica los principales problemas derivados por dicho sistema y se proponen las recomendaciones pertinentes para su mejora a la luz del análisis de la OCDE y de las mejores prácticas internacionales.

Las principales recomendaciones formuladas en este informe se centran en:

- El establecimiento en ley de un régimen de control de concentraciones;
- La delimitación del ámbito de control de las operaciones de concentración mediante la definición de concentración, la selección de un mecanismo de notificación de operaciones de concentración y la determinación de umbrales de notificación;
- El establecimiento de un procedimiento de análisis de las operaciones de concentración transparente, eficaz y oportuno, y de las facultades de análisis que debieran corresponderle a la FNE y/o al TDLC;
- La provisión de estándares sustantivos y consistentes para evaluar el impacto de las operaciones de concentración en la competencia;
- La incorporación de herramientas de aplicación y sanción, que hagan efectivas las reglas de control de concentraciones.

El presente informe ha sido preparado por el Secretariado de la OCDE a petición del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo de Chile.

INDICE

Resumen Ejecutivo	7
Parte 1. Régimen Actual del Control de Concentraciones de Chile.....	15
Introducción.....	15
1. Marco Legal	15
2. Ámbito de Aplicación del Régimen de Control de Operaciones de Concentración	20
3. Facultad de Análisis y Procedimientos	27
4. Revisión Judicial	41
5. Análisis Sustantivo y Condiciones	43
6. Sanciones	49
Parte 2. Problemáticas Clave en el Sistema de Control de Concentraciones Vigente en Chile y Recomendaciones Bajo las Normas de la OCDE y Estándares Internacionales	53
1. Observaciones Preliminares sobre la Percepción y el Objetivo del Control de Concentraciones	54
2. Marco Legal	59
3. Ámbito de Aplicación del Control de Concentraciones	62
4. Facultad de Análisis y Procedimientos	96
5. Análisis Sustantivo de Concentraciones	114
6. Sanciones y Herramientas de Aplicación.....	119
Conclusión.....	123
Bibliografía	127
Cuadros	
Cuadro 1. Concentración de las Aerolíneas LAN/TAM	39
Cuadro 2. Estadísticas del Análisis de Concentraciones ante el TDLC y la FNE.....	73
Cuadro 3. Comparación de los Sistemas de Notificación de Concentraciones	79
Cuadro 4. Criterios del Umbral de Notificación	92
Anexo	
Análisis de Concentraciones por el TDLC y la FNE	125

RESUMEN EJECUTIVO

Este informe identifica y evalúa los principales problemas del régimen de control de concentraciones actualmente vigente en Chile, y propone recomendaciones para su mejora, a la luz del análisis de la OCDE y de las mejores de prácticas internacionales.

La principal conclusión de este informe es que el actual régimen de control de operaciones de concentración carece de transparencia, seguridad jurídica y predictibilidad, elementos clave para un eficaz sistema de control de concentraciones. Las principales razones de la situación actual en Chile son: la falta de disposiciones legales para el control de concentraciones, la carencia de criterios jurisdiccionales claros, el que el control esté sujeto a procedimientos generales antimonopolios que no fueron diseñados para tales fines y la ausencia de facultades específicas entre la FNE y el TDLC

Este informe analiza dichas cuestiones y sugiere posibles alternativas para ser consideradas por Chile. El control de concentraciones constituye un componente esencial de un sistema de competencia eficaz. Las recomendaciones en este informe van dirigidas a la adopción de un régimen de control de concentraciones más transparente y eficaz.

- (1) *El control de concentraciones debe estar incluido en la Ley de Competencia de Chile y formar parte de su política de competencia.*

En Chile, el control de concentraciones no está establecido por ley. Se ha ejercido y desarrollado por la FNE y el TDLC basados en las disposiciones generales de la Ley de Competencia. La ausencia de un marco legal puede dar lugar a problemas de legalidad y consistencia, y expone el sistema a la inseguridad jurídica para las autoridades, las empresas y, finalmente, los consumidores y la sociedad en general. Como prioridad, la Ley de Competencia de Chile debería, por lo tanto, establecer un régimen de control de operaciones de concentración formal y vinculante. El control de concentraciones debería ser

preventivo, colaborativo y específico a efectos de determinar si una operación de concentración pudiera o no tener efectos anticompetitivos. El marco legal para tal análisis debiera ser claro y preciso, más no rígido en exceso. Debe distinguir entre las reglas de control de concentraciones que necesitan ser establecidas por ley donde la certeza y la validez legal son esenciales, y las reglas de control de concentraciones no vinculantes (*soft law*) donde la flexibilidad es necesaria para asegurar la eficacia del sistema.

Dentro de los elementos esenciales para un efectivo control de concentraciones - los que debieran constar en la ley - se encuentran: una definición de los tipos de operaciones que pueden considerarse como “operaciones de concentración”; el establecimiento de un régimen de notificación de operaciones de concentración que incluya procedimientos claros, facultades de control muy claras y estándares substantivos para evaluar las operaciones de concentración; y sanciones específicas para garantizar la aplicabilidad y eficacia de las reglas de control de concentraciones. Existe la necesidad de incorporar a nivel legal cada uno de estos elementos, atendiendo las carencias del sistema de control vigente en Chile.

- (2) *Chile debe establecer una delimitación certera del ámbito de control sobre las operaciones de concentración, definiendo cuáles operaciones están sujetas al control concentraciones e incorporando un sistema claro de notificación de operaciones de concentración.*

No existe una delimitación clara del campo de control de concentraciones en la legislación vigente en Chile. El primer paso en el diseño de un régimen de control de concentraciones eficiente consiste en la delimitación de dicho ámbito, lo que puede depender de tres factores: la definición de las operaciones que deben ser sujetas al control de concentraciones, el establecimiento de un sistema de notificación, y la determinación de los umbrales de notificación.

En cuanto a la definición de operaciones de concentración, la ley debe determinar con precisión lo que se debe entender por “operación de concentración”, es decir, qué tipos de operaciones deben ser sometidas al sistema de control. Por regla general, tanto las operaciones de concentración totales (o “fusiones”), como las adquisiciones se encuentran dentro de la categoría “operaciones de concentración”, pues generan un cambio estructural estable en el mercado. Los

criterios que se utilicen para definir conceptualmente una operación de concentración son particularmente relevantes a la hora de identificar las operaciones que se encuentran en los límites, tales como las alianzas estratégicas (*joint venture*) y la adquisición de intereses minoritarios, las que también pudieran requerir atención. La definición de operación de concentración también podría incluir criterios que permitan controlar aquellas operaciones escalonadas o sucesiones de actos que en conjunto equivalgan a una operación de concentración.

Para que las operaciones de concentración puedan ser analizadas por las autoridades es necesario establecer un sistema de notificación de operaciones de concentración, el que pudiera ser obligatorio, voluntario o híbrido. Actualmente, Chile cuenta con un sistema de notificación *de facto* semi-voluntario, en el que las operaciones de concentración pueden ser sometidas al TDLC, por los participantes de la operación, por la FNE o por terceros, a partir de una acción contenciosa o no contenciosa, ya sea antes o después de la consumación de la operación. Adicionalmente, un gran número de operaciones de concentración han sido detectadas y revisadas de oficio por la FNE, sin derivar en una revisión formal por parte del TDLC. Este sistema de notificación voluntaria genera incertidumbre en las empresas y en los consumidores respecto a si una operación de concentración debiera o no ser objeto de análisis. Este informe sugiere que Chile adopte un sistema de notificación de operaciones de concentración claro, eficaz y oportuno. Dadas las ventajas y desventajas de los sistemas voluntarios y obligatorios, y dado al contexto chileno, se debería considerar la adopción de un sistema de notificación obligatorio o híbrido. Un sistema de notificación híbrido podría extender potencialmente el ámbito de aplicación del sistema de control de Chile a una gama más amplia de operaciones de concentración, pero su pertinencia y eficacia dependerá de factores adicionales. Independiente del sistema que se escoja, las partes participantes en la operación debieran ser las únicas legitimadas para notificarlas.

Además de definir el concepto de operación de concentración y de establecer un sistema de notificaciones, es necesario que Chile determine umbrales adecuados de notificación. Estos umbrales son útiles para determinar qué operaciones en específico debieran encontrarse sujetas a notificación, ya sea por su tamaño/valor, o por el tamaño/valor de las actividades que realizan sus participantes en el

país. Los umbrales de notificación deben ser determinados considerando un vínculo adecuado con la jurisdicción de que se trate, intentado identificar aquellas operaciones de concentración que pudieran generar efectos nocivos para la competencia. Tales criterios deben ser claros e igualmente aplicables a todas las operaciones de concentración.

- Los umbrales de notificación deben observar criterios objetivos y cuantificables, por ejemplo, las ventas o el valor de los activos (el tamaño de la empresa) y/o el valor de la operación contemplada (el tamaño de la operación). Para asegurar el adecuado vínculo local, por lo menos las ventas o los activos de la empresa objetivo deben ser locales.
- Los umbrales de notificación debieran ser, por lo tanto, determinados en cuanto a su nivel numérico, a la luz de, por ejemplo, el PIB de Chile, el tamaño estándar de las empresas que operan en su territorio, y el número de operaciones que pudieran ser analizadas eficazmente. El nivel de los umbrales debe ser monitoreado y adaptado con el tiempo, de manera que reflejen los cambios en la economía del país.

(3) *El procedimiento de análisis de las operaciones de concentración debe ser eficiente, transparente, previsible y colaborativo. La facultad de análisis de operaciones de concentración debe ser claramente asignada por la ley a una autoridad competente.*

El uso y coexistencia de varios procedimientos de carácter general disponibles antes y después de la consumación (como lo son los procedimientos contenciosos y los no contenciosos), han dado lugar a ineficiencias e incertidumbres. Los periodos largos y la incertidumbre en el proceso de análisis pueden tener un efecto intimidatorio e incentivar a las empresas a evitar la notificación, o incluso a no materializar las operaciones (las cuales pudiesen tener efectos pro-competitivos). En la actualidad, la responsabilidad del cumplimiento de las normas en Chile se caracteriza por las facultades compartidas entre la FNE y el TDLC. Ambas autoridades están altamente calificadas, y esto puede ofrecer ventajas para el sistema de control de concentraciones. Esta dualidad, sin embargo, no debe añadir una complejidad excesiva o retrasar el proceso de control de concentraciones. Una reforma al régimen de control de

concentraciones de Chile debe agilizar las respectivas competencias de la FNE y del TDLC en el análisis de operaciones de concentración en los siguientes términos:

Primero, Chile debe adoptar un procedimiento específicamente diseñado para el control de operaciones de concentración, el que debiera constar de dos fases: En la primera etapa (Fase I) se debiera evaluar y aprobar (con o sin condiciones) las operaciones de concentración no problemáticas, y en la segunda etapa (Fase II) se debiera evaluar aquellas operaciones que requieran una revisión más a fondo, dada su complejidad y/o los riesgos para la competencia involucrados en las mismas. La revisión de la Fase II, puede dar lugar a la aprobación de la operación, a la imposición de condiciones o a la prohibición de la misma. Las facultades de análisis pudieran ser asignadas de conformidad a las siguientes dos opciones:

- Opción 1: Fase I con la FNE y Fase II con el TDLC;
- Opción 2: Fase I y Fase II con la FNE, y una revisión judicial de la decisión de la FNE por el TDLC mediante una impugnación. Esta opción puede mejorar la eficacia y la oportunidad en el proceso de análisis.

Segundo, sea que el proceso de análisis de concentraciones recaiga en la FNE o en el TDLC, los estándares procedimentales deben reforzarse en todos los niveles, lo que en el contexto de las operaciones de concentración requiere: que la independencia, considerando un régimen efectivo de incompatibilidades, sea plenamente garantizada por la ley; que los plazos de análisis de concentraciones sean determinados y respetados; y que se adopte un proceso de colaboración transparente, que involucre especialmente a las partes de la operación. Para asegurar que el control de concentraciones sea preventivo, la ley debería establecer también que el proceso de análisis tenga un efecto suspensivo.

Estas reformas en el procedimiento permitirían que las operaciones de concentración se analicen de forma puntual, eficaz y predecible, para el beneficio de los consumidores y la economía chilena.

- (4) *El control de concentraciones debe contemplar un estándar sustantivo en virtud del cual las concentraciones sean analizadas.*

El propósito del control de concentraciones es evaluar el impacto de dichas operaciones en la competencia e impedir que se materialicen aquellas con efectos negativos. Las reglas de control de concentraciones deben incluir un estándar sustantivo mediante el cual se analice el impacto de la operación sobre la competencia. La Ley de Competencia de Chile prohíbe cualquier acto que tenga o pueda tener efectos anticompetitivos, pero no dice nada sobre el estándar con el cual tales efectos son analizados. En la aplicación práctica, la FNE y el TDLC han adoptado un criterio de análisis basado en el estándar de reducción sustancial de la competencia o *Substantial Lessening of Competition test* (por sus siglas en inglés SLC). Este estándar, sin embargo, debería establecerse en la ley. Debe proporcionarse orientación clara, ya sea por ley o a través de normas no vinculantes (*soft law*), respecto de los factores cualitativos y cuantitativos pertinentes para la aplicación del estándar, y en cómo el análisis puede variar entre las operaciones de concentración horizontales, verticales y de conglomerado. La adopción de umbrales sustantivos (distintos de los umbrales de notificación), también pueden ser útiles para identificar cuáles de las concentraciones notificadas pueden ser autorizadas de forma expedita.

- (5) *Chile debe adoptar las herramientas de aplicación y sanciones adecuadas para garantizar la eficacia del sistema de control de concentraciones.*

Un sistema efectivo de control de concentraciones debe incluir sanciones o medidas de apremio por el incumplimiento de las obligaciones comprendidas en la ley. Estas sanciones deben ser distintas a las previstas para conductas anticompetitivas en general (contempladas en el Artículo 26 de la Ley de Competencia), debiendo poner énfasis en la obstrucción o violación de las normas de control de concentraciones como tal, independientemente de si la operación es pro o anticompetitiva. Actualmente, sólo existe un delito punible con prisión en contra de la obstrucción de la investigación de la FNE, el que requiere ser tramitado en sede penal. Por otro lado, el incumplimiento de las condiciones a las que se encuentran sujetas las operaciones sólo puede ser sancionado después de un nuevo proceso,

promovido por la FNE ante el TDLC. Para garantizar su eficacia, el control de concentraciones de Chile debe contemplar a nivel legal sanciones claras (por ejemplo, multas administrativas) y penas periódicas en contra de las violaciones a las normas del proceso de control de operaciones de concentración. Tales sanciones y penalidades serían particularmente relevantes para los casos en que las partes de una operación que deba ser notificada omitan hacerlo, la perfeccionen estando ésta suspendida, incumplan las condiciones a las que se haya sujetado la operación, o en los casos en que las partes de una operación, o incluso terceros, proporcionen información incompleta o inexacta.

PARTE 1. RÉGIMEN ACTUAL DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES DE CHILE

Introducción

Esta primera parte describe la situación actual del control de concentraciones en Chile.² El control de concentraciones se caracteriza, ante todo, por el hecho de que no se encuentra establecido expresamente en la ley. Las principales características del control de concentraciones destacadas en esta primera parte son el resultado de un análisis a la Ley de Competencia vigente en Chile, de la jurisprudencia pertinente y de las normas no vinculantes (*soft law*), así como de discusiones sustantivas que fueron sostenidas con las autoridades y otros agentes relevantes en materia de control de operaciones de concentración en Chile. Los aspectos del sistema vigente de control de concentraciones que se abordan en esta primera parte son los siguientes: el marco legal actual de Chile (sección 1), el ámbito de control que comprende el sistema de control de concentraciones (sección 2), las facultades y procedimientos del control de concentraciones (sección 3), la revisión judicial de las decisiones sobre concentraciones (sección 4), el estándar sustantivo para evaluar el impacto en la competencia de las concentraciones (sección 5), y finalmente, las herramientas de aplicación y sanciones que podrían ser utilizadas en el contexto del análisis de concentraciones (sección 6).

1. Marco Legal

La Ley de Competencia en Chile se rige por el Decreto Ley No. 211 de 17 de diciembre de 1973 (en adelante, Ley de Competencia),³ cuya última enmienda se realizó en 2009.⁴ En ella se describe los tipos de actos que

² Este informe se cerró en Abril de 2014.

³ Decreto Ley N° 211, disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=236106&idVersion=2009-10-11>; La primera Ley de Competencia se adoptó en 1959, como parte de la Ley N° 13.305.

⁴ La Ley de Competencia de 1973 fue enmendada esencialmente por la Ley N° 19.911 de 14 de Noviembre de 2003, disponible en:

constituyen violaciones a la normatividad de competencia, junto con sus condiciones y sanciones correspondientes. Asimismo, establece las facultades de las autoridades: la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y el Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia (TDLC).⁵ El poder de decisión en materia de competencia se sitúa preponderantemente en el TDLC. Se trata de un tribunal especializado, independiente y que opera bajo la supervisión de la Corte Suprema. Sus jueces son abogados y economistas. La FNE es la autoridad responsable de la realización de las investigaciones. Es un organismo independiente que forma parte del Poder Ejecutivo, y está sujeto a la supervisión del Presidente de Chile a través del Ministerio de Economía.⁶ También se compone por abogados y economistas.

La Ley de Competencia no incluye ninguna disposición específica sobre el control de concentraciones.⁷ El control de concentraciones en Chile se basa, principalmente, en las disposiciones sustantivas de los artículos 1, 3 y 26 de Ley de Competencia, y en la práctica desarrollada a lo largo del tiempo por las dos autoridades. El Artículo 1 establece que la Ley de Competencia debe “*promover y defender la libre competencia en los mercados.*” El Artículo 3 establece que

<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=217122>; y la Ley N° 20.361 de 13 de Julio de 2009, disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1004121&idParte=8740652&idVersion=2009-07-13>.

⁵ El portal de la FNE: www.fne.gob.cl. La FNE fue creada en 1963; la División de Fusiones y Estudios de la FNE fue creada en 2012. El portal del TDLC: www.tdlc.cl. El TDLC fue creado en 2003 (en vigor a partir de 2004), para reemplazar la Comisión de la Competencia y la Comisión Consultativa establecidas por la Ley de Competencia de 1973. El Artículo 2 de la Ley de Competencia otorga facultades de aplicación a la FNE y al TDLC, cada uno juega un papel importante, como se explica más adelante.

⁶ Artículo 33 de la Ley de Competencia. La FNE es un organismo independiente colocado dentro del Poder Ejecutivo, y las disposiciones institucionales prevén garantías de independencia en el cumplimiento de la Ley de Competencia y política chilenas. Por ejemplo, el Fiscal de la FNE es nombrado por el Presidente, pero sólo puede ser destituido por el Presidente en caso de negligencia manifiesta, y sujeto al voto de la Corte Suprema.

⁷ El término “concentración,” presente a lo largo de este informe, se utiliza en un sentido genérico amplio, incluyendo cualquier operación de concentración; sea horizontal, vertical o de conglomerado, adquisiciones, alianzas estratégicas (*joint venture*), etc.

“cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos” será sancionado según lo dispuesto en el Artículo 26.⁸ Las disposiciones de la Ley de Competencia proporcionan el objetivo general y la orientación para el desarrollo y aplicación de las normas de control de concentraciones. En particular, la inclusión en el Artículo 3 de los actos que “*tienda a producir dichos efectos [anticompetitivos]*” ha servido de base legal para el control de concentraciones.

Una referencia indirecta al control de concentraciones se encuentra en el Art 18 (2) de la Ley de Competencia, que faculta al TDLC para: “*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.*”⁹ Aunque su objetivo no es específicamente el control de concentraciones, esta disposición ha abierto formalmente la puerta a la promoción de asuntos no contenciosos ante el TDLC, ya sean anteriores o posteriores a la materialización de operaciones de concentración, como se explica a continuación.

El sistema jurídico chileno se basa en la tradición jurídica continental, en la que la ley estatutaria constituye el vínculo legal principal. En ausencia de normas relativas al control de concentraciones, la Guía de la FNE y los Autos Acordados del TDLC constituyen el principal recurso de normas sustantivas y procesales aplicables al control de concentraciones en Chile.¹⁰

⁸ El Artículo 26 de la Ley de Competencia establece tres tipos de sanciones: “modificar o poner término a los actos o [...] acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley [...] la modificación o disolución de las sociedades [...] que hubieran intervenido en los actos;” y/o multas pecuniarias.

⁹ En el Artículo 31 de la Ley de Competencia se detalla el procedimiento de consulta mientras que el Artículo 32 describe el efecto de la aprobación de las concentraciones por parte del TDLC a través de consultas.

¹⁰ La Guía de la FNE no es vinculante, mientras que los Autos del TDLC son vinculantes en el ámbito de su jurisdicción.

- La Guía de la FNE para el Análisis de Operaciones de Concentración (en adelante, “Guía de la FNE sobre Concentraciones”):¹¹ incluyen dos secciones, una primera sección, analítica y sustantiva, aplicable a todas las operaciones horizontales, y una segunda sección, procesal, aplicable a todos los tipos de operaciones, incluidas expresamente las horizontales, verticales y de conglomerado. Este nuevo conjunto de guías, adoptadas en 2012, tiene en cuenta las modificaciones legislativas hechas a la Ley de Competencia en 2009 y refleja en gran medida la práctica de concentraciones reciente de la FNE y la jurisprudencia del TDLC. La Guía de la FNE sobre Concentraciones no vincula al TDLC, ni a la Corte Suprema, sin perjuicio del mecanismo de consulta establecido en el Artículo 18 (2) de la Ley de Competencia.
- El Auto Acordado N° 12/2009 del TDLC sobre la información relevante para un control preventivo de operaciones de concentración (en adelante, “Auto Acordado del TDLC sobre Concentraciones”):¹² Facilita indicaciones útiles acerca de los factores examinados por el TDLC para el análisis de una operación de concentración consultada en virtud del Artículo 18 (2) de la Ley de Competencia.¹³
- El Auto Acordado N° 5/2004 sobre la forma de tramitación de demandas o requerimientos, por una parte, y de consultas, por la otra, cuando recaigan sobre mismos hechos, en relación con la aplicación del procedimiento denominado “no contencioso” del artículo 31 del texto en vigor del Decreto Ley No. 211 (en adelante, “Auto Acordado

¹¹ FNE, "Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración", Octubre de 2012, disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>. Esta Guía de 2012 sustituye a las anteriores guías de operaciones de concentración de 2006.

¹² Un decreto de la corte o “Auto Acordado” es un instrumento jurídico adoptado por los tribunales de la administración de justicia. TDLC Auto Acordado N° 12/2009 sobre Información Relevante para el Control Preventivo de Operaciones de Concentración, de 20 de Marzo de 2009, disponible en: http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Autoacordado_N_12_2009.pdf

¹³ Véase sección 5 sobre el “Análisis Sustantivo” para mayor información sobre estos factores.

del TDLC sobre Procedimientos Paralelos”):¹⁴ Fue dictado a raíz de la introducción del procedimiento de consulta previsto en el Artículo 18 (2) de la Ley de Competencia. En virtud de este cuerpo normativo, las operaciones de concentración, especialmente las consumadas, pueden presentarse ante el TDLC bajo una consulta no contenciosa y/o bajo un procedimiento contencioso. Este Auto Acordado establece el método seguido por el TDLC para evitar que tengan lugar procedimientos paralelos, y el eventual riesgo de decisiones contradictorias.¹⁵

Por último, la FNE y el TDLC han adoptado reglas internas de procedimiento, que se aplican a los procedimientos de concentración. Las Instrucciones Internas de la FNE para los Procedimientos de Aplicación establecen las normas de procedimiento que la FNE debe respetar en la realización de sus investigaciones (en adelante, “Instrucciones de Procedimiento de la FNE”).¹⁶ El Auto Acordado N° 11/2008 del TDLC sobre la Reserva y Confidencialidad de la Información asume como regla general que los procesos de que conoce el TDLC son públicos, y establece las circunstancias excepcionales por las que ciertos elementos del procedimiento pueden ser protegidos como confidenciales o reservados.¹⁷

Adicionalmente, debe considerarse la jurisprudencia del TDLC y los informes de investigación de la FNE, que han sido publicados.¹⁸ Una reforma a

¹⁴ TDLC Auto Acordado N° 5/2004 sobre Procedimientos Paralelos, de 22 de Julio de 2004, disponible en: http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Autoacordado_N_5-2004.pdf

¹⁵ Véase sección 3 sobre “Procedimientos de Análisis” para más detalles sobre la consulta y los procedimientos contenciosos.

¹⁶ FNE. “Instructivo Interno para el Desarrollo de Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica,” Mayo de 2013; disponible en: <http://www.fne.gob.cl/english/wp-content/uploads/2013/06/Internal-Instruccions-2.pdf>.

¹⁷ TDLC Auto Acordado N° 11/2008 sobre la Reserva o Confidencialidad de la Información en los Procesos del TDLC, de 26 de Noviembre de 2008, disponible en: <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Auto%20Acordado%20N%C2%B0%2011%20Refundido.pdf>

¹⁸ Los informes de la FNE se publican periódicamente en: www.fne.cl; y el TDLC publica sus sentencias en: www.tdlc.cl.

la Ley de Competencia sobre el control de concentraciones fue sugerida por el TDLC en su Informe Anual de 2013 (en adelante “Informe Anual del TDLC de 2013”) y por el Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia de 2012, encargado por el Sr. Piñera, entonces Presidente de Chile (en adelante, “Informe de la Comisión Asesora”).¹⁹ El programa político de la recientemente electa Presidenta Bachelet prevé la introducción de normas de control de concentraciones en el marco de su política de protección a los consumidores, competencia y transparencia, que podría traducirse en una reforma legislativa en un futuro próximo.²⁰

Este informe enfatiza la importancia del control de concentraciones y la necesidad de adoptar un régimen de control de concentraciones que sea claro, vinculante y efectivo como parte de la Ley de Competencia de Chile.

2. **Ámbito de Aplicación del Régimen de Control de Operaciones de Concentración**

No existe una definición legal de los **tipos de operaciones** que deban estar sujetas al control de concentraciones en Chile. Cualquier hecho, acto o

¹⁹ Informe Anual por el Presidente del TDLC, de 13 Mayo de 2013, disponible en: <http://www.tdlc.cl/UserFiles/P0001/File/CUENTAS%20PUBLICAS%20TDLC/Cuenta%20Publica%202013.pdf>. El Informe de la Comisión Asesora “Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia”, de Julio de 2012, disponible en: <http://www.economia.cl/wp-content/uploads/2012/07/INFORME-FINAL-ENTREGADO-A-PDTE-PINERA-13-07-12.pdf>. El propósito de la Comisión Asesora era analizar las normas de la competencia existentes y proponer las principales modificaciones *de lege ferenda* para mejorar la Ley de Competencia chilena, incluyendo el control de concentraciones. En 2004, un proyecto de enmienda de ley, la Ley No. 3618-03, fue presentado por los miembros de Parlamento en la búsqueda por establecer un sistema de notificación de concentraciones obligatorio y control de concentraciones por arriba de ciertos umbrales. El proyecto no ha avanzado desde 2004 y, por tanto, se considera «archivado»: véase Iniciativa del Senado; “Regulación de concentraciones y adquisiciones”, Boletín 3618-03, 21 de Julio de 2004.

²⁰ Véase Programa de Gobierno 2014-2018 de Michelle Bachelet sobre “Control de operaciones de concentración” en *Protección y defensa de los consumidores, competencia y transparencia*, disponible en: <http://michellebachelet.cl/programa/>, p. 61.

convención, incluidas las operaciones de concentración, se encuentran sujetas a la Ley de Competencia (Artículo 3) en la medida de que éstas impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, o tienda a producir tales efectos. En la práctica, esta disposición ha permitido un amplio enfoque a los tipos de operaciones analizadas por el control de concentraciones. De hecho, cualquier operación horizontal, vertical o de conglomerado, adquisición o alianza estratégica (*joint venture*), puede ser sujeta a análisis, y las autoridades pueden imponer medidas correctivas o sanciones si encuentran efectos adversos reales o potenciales en la competencia.²¹ Las operaciones entre extranjeros y las operaciones que incluyen al menos una parte o una empresa extranjera pueden, igualmente, formar parte de este enfoque basado en los efectos.²² No se requiere un nexo especial o adicional con Chile (por ejemplo, los activos nacionales o las ventas).²³

La Ley de Competencia no incluye ninguna excepción, exclusión o exención de los tipos de operaciones, entidades o sectores que pudieran caer fuera de su ámbito de aplicación.²⁴

²¹ OCDE, Derecho y Política de Competencia en Chile: Examen de Acceso (2010), disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/47951548.pdf>; y OCDE, Seguimiento a los nueve exámenes inter-pares de la política y el derecho de competencia de países de América Latina (2012), disponible en: http://www.oecd.org/daf/competition/2012Follow-upNinePeer%20Review_sp.pdf.

²² Ibid.

²³ Un claro ejemplo de control sobre las concentraciones de extranjeros con extranjeros es proporcionada por el análisis de 2013 de la concentración *Nestlé/ Pfizer*: TDLC, *Nestlé/Pfizer*, AE N° 07-13, de 18 de Abril de 2013, disponible en: http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Artículo%2039%20ñ%20_Resolución%20_07_2013.pdf; el acuerdo alcanzado entre la FNE y las Partes está disponible en: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/04/acuer_01_2013.pdf.

²⁴ Del mismo modo, ninguna otra disposición de ley o reglamentos sectoriales prevé la exclusión de la Ley de Competencia. En el sector de los medios de comunicación sujetos a concesión la notificación de concentraciones es obligatoria. Esta regulación sectorial somete operaciones en este sector al análisis de la FNE, que puede remitir el asunto al TDLC, en virtud de la Ley N° 19.733, Artículo 38.

Más orientación sobre los tipos de operaciones consideradas en el control de concentraciones es provista por la Guía de la FNE sobre Concentraciones y el Auto Acordado del TDLC sobre Concentraciones:

- La Guía de la FNE sobre Concentraciones define una “concentración horizontal” como: “*las fusiones, las adquisiciones de acciones, las adquisiciones de activos, las asociaciones y, en general, los actos y convenciones que tengan por objeto o efecto que dos o más empresas económicamente independientes entre sí, pasen a conformar una sola empresa, a tomar decisiones en forma conjunta o a integrar un mismo grupo empresarial.*” De acuerdo con la FNE “*esta definición se basa en conceptos económicos*” y se dirige hacia “*el cambio en los incentivos que se produce cuando, por ejemplo, dos entidades económicas distintas, mediante un acuerdo contractual o factual, alinean sus incentivos con el fin de maximizar sus ganancias, disminuir su nivel de autonomía, o alterar la forma en la que toman decisiones competitivas.*”²⁵ Este amplio enfoque le permite a la FNE analizar también las alianzas estratégicas (*joint venture*), la adquisición directa o indirecta de una participación minoritaria, los cambios en la dirección de una empresa en competencia, etc.²⁶ La Guía de la FNE sobre Concentraciones no proporciona detalles de los tipos de operaciones verticales o de conglomerado que también pudieran atraer la atención de la FNE.²⁷
- El Auto Acordado del TDLC sobre Concentraciones define una concentración como “*todo hecho, acto o convención, simple o complejo, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, por medio del cual: a) un una entidad competitiva independiente se fusione o adquiera de manera duradera, una influencia decisiva en la gestión*

²⁵ Guía de Concentración de la FNE, nota al pie 2. El énfasis es nuestro.

²⁶ Ibid. Hasta ahora, una alianza estratégica (*joing venture*) ha sido notificada ante el TDLC, a saber, la alianza entre Nestlé y Fonterra para la producción conjunta y venta de productos lácteos (debido a las preocupaciones de la FNE y las condiciones estructurales que impuso, las Partes desistieron finalmente de la operación). Véase TDLC, *Nestlé/Soprole*, Resolución Final N° 85, 7 de Abril de 2011; y OCDE 2010 Informe Anual sobre Desarrollo de Políticas de Competencia en Chile, DAF/COMP/AR(2011)25.

²⁷ La nota al pie 1 de la Guía de la FNE se limita a definir lo que se entiende por operaciones verticales y de conglomerado.

*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 cualquiera de ellas.”*²⁸ A diferencia de la Guía de la FNE sobre Concentraciones, esta definición no se limita a las concentraciones horizontales. El criterio de “influencia decisiva” previsto por el TDLC refleja el amplio alcance jurisdiccional de Chile en materia de concentraciones, a pesar de que pudiera sugerir un entendimiento más estrecho respecto del “cambio de incentivo” antes mencionado.²⁹

La Ley chilena no contempla **umbrales** numéricos o de valor para delimitar el ámbito de aplicación del régimen de control. Con todo, la Guía de la FNE sobre Concentraciones, indica que no investigará aquellas operaciones horizontales que se encuentren por debajo de ciertos niveles del HHI.³⁰ Estos umbrales no constituyen norma de clausura, pues no excluyen la posibilidad de control de parte de la FNE, ni la eventual notificación de la operación a la FNE. Sin embargo, tales umbrales pueden ser entendidos como presunciones sustantivas (de orden práctico): Dado el régimen de notificación voluntaria actualmente vigente, y la posibilidad de que la FNE no actúe en contra de operaciones de concentración inferiores a tales umbrales, las partes de la concentración (en adelante, las Partes) pueden decidir no notificar su proyecto

²⁸ Auto Acordado del TDLC sobre Concentraciones, Artículo 4 (énfasis añadido). El criterio de influencia decisiva fue aplicado por el TDLC en su sentencia: el proyecto de alianza estratégica (*joint venture*) entre Endesa y Colbún, en: TDLC, *Endesa/Colbún*, NC 134-0619 de Octubre de 2007, <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=829>.

²⁹ El amplio enfoque adoptado hacia operaciones analizadas también se deriva de un sistema de notificación voluntaria, que se lleva a cabo, fundamentalmente, a través de un proceso de consulta estipulado en el Artículo 18 (2) de la Ley de Competencia, que a su vez, no se limita estrictamente a las concentraciones. Aproximadamente el 25% de las consultas del TDLC se refieren a concentraciones.

³⁰ Guía de Concentración de la FNE, sección I.2.4. Los umbrales son: (i) posterior a la operación, HHI inferior a 1500; (ii) HHI posterior a la operación igual o superior a 1500 pero inferior a 2500 (mercado moderadamente concentrado) y Δ HHI inferior a 200; o (iii) HHI posterior a la operación igual o superior a 2500 (mercado altamente concentrado) pero Δ HHI inferior a 100.

de concentración si no alcanza dichos umbrales sustantivos. Conforme se ha planteado, los umbrales del HHI comprendidos en la Guía de la FNE sobre Concentraciones son de alcance limitado, no son vinculantes, y su aplicación se acota a las operaciones horizontales presentadas ante la FNE, entidad que se reserva el derecho de investigar operaciones que no alcancen los umbrales bajo una de las siguientes circunstancias especiales: (i) una de las Partes involucradas es un competidor potencial; (ii) una de las Partes es un innovador importante o un competidor fuerte e independiente (una empresa “maverick”); o (iii) existen señales actuales o recientes de coordinación.³¹

Respecto al **sistema de notificación**, no existe en Chile un régimen de control obligatorio, toda vez que la notificación de una operación es **voluntaria**: la notificación se traduce en la “consulta” respecto de una operación determinada que puede ser promovida ante el TDLC, conforme lo dispone el Artículo 18 (2) de la Ley de Competencia. La notificación puede tener lugar antes o después de la consumación de la operación. La notificación no está sujeta a ningún pago de derechos, umbral o fecha límite. El TDLC es la única autoridad competente para aprobar, condicionar y/o rechazar una operación después de una consulta voluntaria.³²

En la práctica, la notificación de concentraciones no es tan voluntaria como aparenta. En primer lugar, si las partes omiten consultar la operación de concentración ante el TDLC deben asumir el riesgo de que ésta sea presentada ante el Tribunal por la FNE o por terceros, ya sea a través de una consulta (procedimiento no contencioso), de acuerdo al Artículo 18 (2) de la Ley de Competencia o por medio de un requerimiento o demanda (procedimiento contencioso) en virtud del Artículo 18 (1).³³ Esto último caso puede tener lugar cuando la FNE o terceros consideren que la operación pudiera implicar infracciones a la ley.³⁴ La Ley de Competencia prevé un plazo de prescripción de tres años para la acciones contenciosas, contado desde de la ejecución de la conducta atentatoria a la libre competencia en que se fundan, mas nada dice

³¹ Ibid.

³² Véase sección 3 sobre las “Facultades de Análisis,” sujeto a revisión judicial por la Corte Suprema.

³³ Véase más adelante, en relación con la polémica admisión de terceras partes con interés legítimo para someter una concentración a consulta.

³⁴ Ver TDLC Informe Anual, 2013, op. cit.

sobre la temporalidad de los procedimientos de consulta.³⁵ En segundo lugar, en varias de sus sentencias y resoluciones (en el contexto tanto de operaciones de concentraciones como de prácticas restrictivas) el TDLC ha impuesto a determinadas empresas y personas el deber de consultar ante el mismo tribunal respecto de cualquier operación futura.³⁶ En tercer lugar, en el sector de los medios de comunicación, la regulación de Chile requiere que las partes involucradas en operaciones que impliquen cualquier cambio en la propiedad o del control de los medios masivos de comunicación, soliciten a la FNE informe favorable respecto de la misma.³⁷ Por estas razones, la notificación, para efectos del control de concentraciones, califica como cuasi-obligatoria, o por lo menos, como semi-voluntaria.

³⁵ Artículo 20 al. 3 de la Ley de Competencia.

³⁶ Véase adelante, sección 5 sobre “Condiciones”. Por ejemplo, algunas empresas en los sectores de supermercados y energía están obligadas, en virtud de la resolución del TDLC a consultar al TDLC respecto a cualquier operación de concentración del sector: TDLC, *SMU/SDS*, NC 397-11, 12 de Diciembre de 2012, http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Resolucion_43_2012.pdf (confirmada por la Corte Suprema); y TDLC, *Copec/Terpel*, NC 380-10, 26 de Mayo de 2011, http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Resolucion_34_2011.pdf (en ambos casos, las partes notificaron su operación posterior a la consumación).

³⁷ Ley sobre libertad de opinión e información y ejercicio del periodismo - Ley de Prensa N° 19.733, en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=186049>. Se requiere notificación preliminar cuando la operación de medios involucra una concesión para operar (por ejemplo, el espectro radioeléctrico), mientras que para las operaciones que no, la notificación posterior a la consumación se requiere con 30 días a partir de ésta. Esta notificación se realiza con la FNE, que puede remitir el asunto con el TDLC si suscita preocupaciones. Las operaciones en otras industrias reguladas – incluyendo la banca, electricidad, agua, telecomunicaciones, fondo de pensiones (AFP) – requieren notificación a los organismos reguladores, que no sean las autoridades de competencia. La FNE colabora con estas instituciones, pero en general se entera de las concentraciones por la prensa o por la “Información Relevante” publicada por la Superintendencia Valores y Seguros (SVS).

La notificación voluntaria (consulta) ante el TDLC ofrece varias ventajas:³⁸

- Si la operación cumple con la resolución que pone término al procedimiento de consulta – a través de la cual el TDLC puede imponer condiciones –, no sería susceptible de ser objetada por la vía contenciosa respecto a posibles daños y perjuicios.³⁹
- La consulta voluntaria permite el ahorro de costos, dado que los costos procedimentales incurridos en una revisión no contenciosa son más bajos que los involucrados en los procesos contenciosos;
- La aprobación formal de la operación otorga seguridad jurídica a las Partes, sus accionistas y sus clientes.

Sin perjuicio de que la Ley de Competencia no contempla el deber de notificar las operaciones a la FNE, otorga a la FNE la facultad de celebrar acuerdos extrajudiciales.⁴⁰ Además, la Guía de la FNE sobre Concentraciones de la FNE ofrece a las Partes la posibilidad de presentar un proyecto de operación de concentración ante la FNE para un análisis más expedito (“vía rápida”).⁴¹ Este procedimiento basado en normas no vinculantes (*soft law*) ante

³⁸ Como se detalla en la Parte 2, sección 4 de este informe, sin embargo, el proceso de consulta también implica una serie de obstáculos que pueden impedir que las Partes notifiquen su operación.

³⁹ Salvo por un cambio de circunstancias, en cuyo caso la operación puede ser revaluada, según dicta el Artículo 32 de la Ley de Competencia. Ver también la contribución de Chile a la Mesa Redonda de la OCDE sobre “Condiciones en Casos de Concentración”, 2011, DAF/COMP (2011) 13, en <http://www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf>, p. 57.

⁴⁰ Artículo 39 (ñ) de la Ley de Competencia sobre acuerdos extrajudiciales. La sección II de la Guía de la FNE sobre Concentraciones proporciona el conjunto de normas procesales adoptadas por la FNE para todos los tipos de concentraciones (es decir, a diferencia de la sección I, la sección II no está limitada a operaciones horizontales). Ver también OCDE, Seguimiento a los Nueve Exámenes Inter-Pares de la Política y el Derecho de Competencia en Países de América Latina, (2012), op. cit.

⁴¹ Guía de la FNE sobre Concentraciones, sección II.4, en la cual la FNE se compromete a analizar la operación notificada dentro de los siguientes 60 días a partir de la apertura formal de la investigación.

la FNE es utilizado, en particular, cuando las Partes no tienen ninguna duda sobre la legalidad de su plan de concentración, o cuando están dispuestos a aceptar las condiciones impuestas. La notificación a la FNE no ofrece ninguna certeza sobre la operación, ya que no impide impugnaciones de terceros ante el TDLC, según se explica a continuación.⁴²

3. Facultad de Análisis y Procedimientos

La Ley de Competencia no establece **facultades específicas de análisis de concentraciones**. Las atribuciones relativas al control de operaciones de concentración son compartidas por el TDLC y la FNE, en virtud de sus respectivas facultades generales de aplicación previstas en los artículos 2, 18, 26 y 39 de la Ley de Competencia.

- La defensa de la competencia en Chile, incluido el control de concentraciones, se materializa principalmente en sede judicial. El TDLC es la única autoridad que tiene la facultad de aprobar, bloquear, condicionar y/o sancionar una operación de concentración, ya sea en una consulta o en un procedimiento contencioso.⁴³ En la práctica el TDLC ha impuesto una diversa gama de condiciones en sus resoluciones y sentencias referidas a operaciones de concentración.⁴⁴ La Corte Suprema sostuvo que el TDLC no estaba sujeto a ningún tipo de restricción legal, y está autorizado a imponer condiciones para mitigar los riesgos para la competencia que se desprendan de una operación.⁴⁵ El TDLC también puede imponer a las Partes multas administrativas cuando la operación consumada viole la Ley de Competencia.⁴⁶

⁴² Véase adelante, sección 3 sobre “Facultad de Análisis y Procedimientos” para mayor información sobre la notificación a la FNE y el procedimiento de acuerdo.

⁴³ Basado en los artículos 3, 18 (1) y (2) y 26 de la Ley de Competencia; la facultad de aprobar y prohibir no se mencionan específicamente en la ley. Por el contrario, la FNE no está facultada para la toma de ninguna decisión definitiva (Artículo 39 de la Ley de Competencia).

⁴⁴ Véase sección 5 sobre “Condiciones” para mayores ejemplos sobre las condiciones impuestas en los casos de concentración.

⁴⁵ Corte Suprema, 5 de Abril de 2012, Expediente No. 9843-2011 (caso LAN/TAM).

⁴⁶ Artículo 26 de la Ley de Competencia.

- Las facultades de investigación corresponden a la FNE, la que desarrolla procedimientos investigativos frente a cualquier infracción potencial o efectiva a la Ley de Competencia. Las investigaciones se inician de oficio o previa demanda de un tercero.⁴⁷ La FNE actúa como fiscal de la competencia y representa el interés público ante el TDLC. En esta función, la FNE puede solicitar la revisión de actos presuntamente anticompetitivos, y buscar sanciones y/o medidas preliminares.⁴⁸ La FNE también está facultada para lograr acuerdos judiciales, y desde 2009, puede celebrar acuerdos extrajudiciales con las Partes para resolver eventuales infracciones a la Ley de Competencia.⁴⁹ La FNE ha utilizado su poder conciliatorio notablemente en el contexto del control de concentraciones. A raíz de su investigación, la FNE puede resolver el caso con las Partes y cerrar la investigación, o someter el caso ante el TDLC.⁵⁰ Dependiendo de si la operación ya ha sido consumada o si tiene efectos anticompetitivos, puede hacerlo a través de una consulta o un proceso contencioso, como se describe más adelante.

El control de concentraciones en Chile puede tener lugar a través de varios **procedimientos de análisis de concentraciones**. De hecho, el control de concentraciones puede iniciarse no sólo por una notificación voluntaria de las Partes, sino también por iniciativa de la FNE o de terceros. Asimismo, la Ley de Competencia prevé dos tipos de procedimientos ante el TDLC: (contencioso y no contencioso, (sección 3.1). El tipo de procedimiento depende de quién lo inicia, y de si éste ha sido promovido a través de demanda o requerimiento

⁴⁷ Arts. 18 (2) y 39 (a) de la Ley de Competencia; las facultades de investigación específicas de la FNE se establecen en el Artículo 39 (f) a (n).

⁴⁸ Artículo 39 (b) y (c). “Investigaciones” se utiliza de forma genérica; la aplicación de la Ley de Competencia en Chile no es de naturaleza penal.

⁴⁹ Artículo 39 (ñ): acuerdos extrajudiciales, sujetos a la aprobación del TDLC; y Artículo 22: acuerdos conciliatorios.

⁵⁰ La FNE también puede reabrir una investigación bajo el Artículo 39 de la Ley de Competencia. Sin embargo, la FNE no puede impugnar una operación que ha sido aprobada por el TDLC, con base en los mismos hechos: ver la contribución de Chile al debate de la OCDE sobre “Investigaciones consumadas y concentraciones no notificables”, de 25 de Febrero de 2014, DAF/COMP/WP3/WD (2014) 13, [http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD\(2014\)13&docLanguage=En](http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/WD(2014)13&docLanguage=En).

(análisis contencioso) o a través de una consulta (análisis no contencioso). Por otra parte, las facultades de investigación y de solución de controversias de la FNE otorgan la posibilidad de que el proceso de revisión de concentraciones se dé ante la FNE (sección 3.2).

3.1 *Análisis de Concentraciones por el TDLC*

Una operación de concentración puede ser objeto de un análisis hecho por el TDLC, ya sea mediante un procedimiento de consulta o mediante un procedimiento contencioso. Desde su creación (año 2004) el TDLC ha emitido decisiones en 16 casos de operación de concentración,⁵¹ tal como se detalla en el Anexo de este informe.

El **procedimiento de consulta** se rige por los artículos 18 (2) y 31 de la Ley de Competencia, además del Auto Acordado del TDLC sobre Concentraciones. Según el Artículo 18 (2), la consulta del TDLC consiste en conocer los “*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*”. El procedimiento consta de los siguientes pasos:

- Las Partes, la FNE o terceros que tengan un interés legítimo en la operación de concentración⁵² pueden someter la operación a consulta ante el TDLC.⁵³ El TDCL no puede iniciar de oficio un análisis.

⁵¹ Después de 14 consultas, un proceso contencioso y un proceso de aprobación de un acuerdo extra judicial.

⁵² El Artículo 18 (2) de la Ley de Competencia se refiere a “quien tenga interés legítimo;” hay controversia a si esta referencia incluye a terceras partes o si debiera limitarse sólo a las Partes. En el caso LAN/TAM, el TDLC votó a favor de terceros con base en esta disposición, lo que sugiere una amplia interpretación de tal disposición. Ver TDLC, *LAN/TAM*, NC N° 388-11, de 21 de Septiembre de 2011, en: http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Resolucion_37-11.pdf y Corte Suprema, Expediente N° 9843-2011, de 5 de Abril de 2012, http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Resolucion_37_Corte_Suprema.pdf. Por el contrario, en NewsCorp/Liberty Media (acuerdo de intercambio de acciones), el TDLC rechazó la consulta solicitada por un tercero: TDLC, NC 233-07, 28 de Noviembre de 2007, http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Resolucion_Termino_52_2007.pdf.

- Un procedimiento de consulta puede tener lugar en cualquier momento, ya sea antes o después de la operación. Si se presenta antes de la operación, el procedimiento de consulta es suspensivo, en virtud del Auto Acordado del TDLC sobre Procedimientos Paralelos.⁵⁴ Si se presenta después de la operación, la consulta permite una revisión *ex post* no contenciosa. A la fecha, dos operaciones fueron presentadas para consulta *ex post* por las Partes; en ambos casos, el TDLC estableció que cualquier operación futura que involucrara a las mismas empresas fuese notificada *ex ante*.⁵⁵ En virtud de lo señalado por el Artículo 18 (2) de la Ley de Competencia, el TDLC establece las condiciones (es decir, las medidas) necesarios para garantizar que la operación de que se trate cumpla con la Ley de Competencia. En el contexto de una operación de concentración, sea antes o después del cierre de la operación, se entiende que esta disposición permite al TDLC aprobar la operación, aprobarla bajo ciertas condiciones, o rechazarla, cuando no existan condiciones suficientes para evitar la materialización de riesgos anticompetitivos.
- Desde la creación del TDLC, casi todas los análisis de concentraciones fueron motivados por una consulta (14 de las 16 analizadas), incluidas una presentada por la FNE, una por un tercero y 12 por las Partes.⁵⁶

⁵³ Hasta 2009, la FNE sólo podía presentar un procedimiento contencioso contra una operación. Desde la enmienda de 2009 a la Ley de Competencia, la FNE también puede iniciar un procedimiento de consulta. La FNE ejerció esta nueva facultad por primera vez en la concentración Alvi/D&S (supermercado), un procedimiento de consulta a partir del cual las Partes finalmente desistieron de la operación. Ver TDLC, *Alvi/D&S*, NC 383-10, 2 de Mayo de 2011, http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Resolucion_Termino_83_2011.pdf.

⁵⁴ No existe una base jurídica clara para el efecto suspensivo previsto en el Artículo 3 del Auto Acordado del TDLC sobre Procedimientos Paralelos. El efecto suspensivo nunca ha sido cuestionado y se respeta por las Partes en la práctica.

⁵⁵ TDLC, *COPEC/Terpel*, op. cit, y *SMU/SDS*, op. cit.

⁵⁶ Ver el Anexo a este informe para una lista detallada de los casos de análisis de concentraciones del TDLC.

- Las consultas y su contenido son publicados por el Diario Oficial y en el sitio web del TDLC, con excepción de la información de carácter confidencial. Los procedimientos no contenciosos se inician con la publicación de la resolución de inicio del procedimiento del TDLC. La FNE, las autoridades directamente interesadas, y los agentes económicos que, a discreción exclusiva del Tribunal, estén relacionados con el asunto, deben ser notificados del inicio del procedimiento.⁵⁷ Dentro del plazo establecido por el TDLC, no menor a 15 días hábiles, todas las partes involucradas (con interés legítimo) pueden aportar los antecedentes que estimen pertinentes.⁵⁸ La FNE emite un informe y expresa su opinión respecto de los efectos en la competencia de la operación objeto de la consulta. La FNE también puede proponer condiciones para hacer frente a los riesgos anticompetitivos involucrados en la operación, las que no son vinculantes para el TDLC. El TDLC debe celebrar una audiencia pública, antes de dictar la resolución de término del procedimiento.
- Con independencia de si la operación de concentración implica inconvenientes desde el punto de vista de la libre competencia, el proceso no contencioso del TDLC (iniciado a través de consulta) se traduce en un sistema de control de fase única. Este procedimiento presenta una duración indeterminada.⁵⁹ El análisis completo de la

⁵⁷ Artículo 31 (1) de la Ley de Competencia. Las “*autoridades que estén directamente concernidas*” se entiende generalmente como una referencia a otras autoridades nacionales, en lugar de las autoridades de competencia extranjera.

⁵⁸ Durante el procedimiento no contencioso (consulta) ante el TDLC, la FNE, las agencias gubernamentales y terceros que acrediten interés legítimo, pueden hacer comentarios sobre el proyecto de concentración, incluyendo las condiciones, también pueden sugerir nuevas condiciones. Ver la contribución de Chile a la Mesa Redonda de la OCDE sobre “Condiciones en casos de Operaciones de Concentración,” 2011, op. cit.

⁵⁹ El Artículo 31 (2) y (3) prevé la posibilidad de un proceso de análisis de alguna manera acelerado, si las partes acuerdan con la FNE las condiciones recomendadas en el curso del procedimiento del TDLC. En dicho caso, el TDLC puede convocar una audiencia pública dentro de los siguientes 15 días hábiles, que dará fin al procedimiento. Hasta la fecha, este procedimiento se ha usado dos veces en el contexto de concentraciones: (i) en la operación entre las aerolíneas LAN/TAM (op. cit.); y (ii) en la concentración de Radiodifusión (TDLC, *Radiodifusion SpA*, NC 404-12, 29 Octubre 2012,

consulta no está sujeto a ningún límite temporal. El Artículo 31 de la Ley de Competencia establece plazos para diversas etapas del proceso no contencioso, pero no son respetados consistentemente por el TDLC.⁶⁰

El segundo procedimiento consiste en el **procedimiento contencioso**, en el que tanto la FNE, como terceros (sin interés legítimo requerido) pueden impugnar una operación de concentración ante el TDLC de conformidad con el Artículo 3 de la Ley de Competencia. El procedimiento contencioso puede ser promovido antes o después de la consumación de la operación, aunque es más probable y común que ello tenga lugar una vez que la operación se ha materializado. A diferencia de los procedimientos de consulta, el proceso contencioso permite que el demandante busque no sólo el establecimiento de condiciones o medidas, sino también la imposición de sanciones (multas) en contra de las Partes. A la fecha, el TDLC ha revisado una operación de concentración en un procedimiento contencioso.⁶¹

El procedimiento contencioso se caracteriza por:

- El procedimiento contencioso se rige por el Artículo 18 (1) y los artículos 19 al 29 de la Ley de Competencia, que se aplica a cualquier infracción en materia de competencia. El procedimiento inicia con un requerimiento (presentado por la FNE) o demanda (presentado por un tercero). El requerimiento o la demanda deben describir los hechos (la concentración, por ejemplo) que infringen la Ley de Competencia y el mercado o los mercados afectados por la presunta infracción. En gran medida el procedimiento contencioso sigue el código de procedimiento civil de Chile. En éste las partes pueden hacer observaciones por escrito y se contempla una audiencia oral. El TDLC es libre de imponer medidas preliminares en espera de la sentencia definitiva.

<http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Resoluci%C3%B3n%20N%C2%B0%2041-2012.pdf>.

⁶⁰ Esto es verdad, sobre todo para el plazo final dentro del cual normalmente el TDLC debe emitir su fallo. Hasta la fecha, los 14 fallos emitidos por el TDLC en consultas de concentraciones (las estadísticas para este informe se cerraron el 31 de Enero de 2014) duraron aproximadamente 9 meses en promedio. Para mayor información, ver el Anexo a este informe y el punto “Periodo de Análisis” en esta sección.

⁶¹ TDLC, *Chile Films IVM/Hoyts Cinemas*, C 240-12, 15 de Enero de 2013, http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Resolucion_Termino_107_2013.pdf.

- En el curso del procedimiento contencioso, el TDLC también puede invitar a las Partes a resolver el caso mediante un acuerdo (“conciliación”), sujeto a su aprobación final con base en el Artículo 22 de la Ley de Competencia. Esta facultad de arreglo de controversias sólo se encuentra disponible en los procesos contenciosos y termina con el proceso si es aprobada por el TDLC.⁶²
- La sentencia definitiva del TDLC en un procedimiento contencioso puede aprobar la operación de concentración, declararla anticompetitiva y prohibirla, condicionarla al cumplimiento de “medidas preventivas, correctivas o prohibitivas”, y/o imponer sanciones.⁶³ Dichas medidas pueden incluir la terminación o modificación de los actos o acuerdos contrarios a la competencia y la disolución de las entidades resultantes de la violación (es decir, la disolución de la empresa resultante de la concentración) según lo establecido en el Artículo 26 de la Ley de Competencia.
- En 2012, la FNE inició por primera vez un procedimiento contencioso en contra de una operación consumada en la industria cinematográfica que presentaba problemas de competencia. Como parte del procedimiento del TDLC, la FNE llegó a un acuerdo judicial con las Partes, lo que requirió desinversiones *ex post*, aprobadas por el TDLC.⁶⁴ Este ha sido hasta ahora el único procedimiento de concentración contencioso ante el TDLC, lo que indica que, incluso posterior a la consumación de la operación, el procedimiento de consulta es el canal privilegiado para el control de concentraciones.

Los procedimientos de control de concentraciones ante el TDLC, sean en consulta o en procedimientos contenciosos, son públicos, incluyendo las presentaciones por escrito y las audiencias orales. El principio de la publicidad se asienta en el Auto Acordado del TDLC sobre Concentraciones⁶⁵ y en el Auto

⁶² El Artículo 22 sólo se aplica a procedimientos contenciosos previstos en el Artículo 18 (1) de la Ley de Competencia.

⁶³ Arts. 3 y 26 de la Ley de Competencia.

⁶⁴ TDLC, *Hoyts cinemas*, op. cit.; y el acuerdo judicial concluido entre la FNE y las Partes, disponible en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/01/Acuerdo-conciliatorio-C240-12-001.pdf>

⁶⁵ Auto Acordado del TDLC sobre Concentraciones, Artículo 6.

Acordado No. 15/2012, que modifica el Auto Acordado No. 11/2008 sobre reserva o confidencialidad en los procesos, basado en el Artículo 22 de la Ley de Competencia. El TDLC puede acordar, excepcionalmente, proteger la información como “reservada” o “confidencial”, cuando información delicada o secretos industriales o empresariales estén en juego.⁶⁶

El TDLC ha abordado el riesgo de que tengan lugar múltiples procedimientos referidos a los mismos hechos (u operación) en el Auto Acordado del TDLC sobre Procedimientos Paralelos. Dicho Auto Acordado contempla reglas que definen la forma de proceder en supuestos de que existan demandas o requerimientos (procedimiento contencioso) y consultas (procedimiento no contencioso) que se refieran a los mismos hechos:

- Si un procedimiento contencioso se ha presentado con anterioridad, una consulta referente a los mismos hechos no es admisible (si las Partes desean una consulta, deben formar parte del procedimiento contencioso).⁶⁷
- Si una consulta se presenta con anterioridad: (i) antes de la operación, la consulta tiene prioridad sobre cualquier acción contenciosa (el demandante puede hacer valer sus acciones en el procedimiento de consulta); mientras que si se presenta (ii) después de la consumación de la concentración, una demanda contenciosa posterior prevalece y transforma el procedimiento de consulta en un procedimiento contencioso (al que se une la parte consultante).⁶⁸

El TDLC debe emitir las sentencias correspondientes a cada procedimiento contencioso, incluyendo las posibles condiciones y sanciones, si es que tuvieren lugar.⁶⁹ Las resoluciones del TDLC en procedimientos de consulta son

⁶⁶ Información confidencial y reservada son dos conceptos distintos y gozan de dos diferentes niveles de protección. Información reservada significa que la información sólo es accesible para las Partes del procedimiento (incluida la FNE), pero no para terceros. A la Información Confidencial se le concede un mayor nivel de protección, ya que sólo es accesible para la parte que la presentó, el TDLC y la FNE. Ver el TDLC Auto Acordado 15/2012, op. cit., Arts. 3 y 4.

⁶⁷ Auto Acordado del TDLC sobre Procedimientos Paralelos, Artículo 1.

⁶⁸ Ibid., Arts. 3 y 2, respectivamente.

⁶⁹ Artículo 26 de la Ley de Competencia.

declaratorias y pueden incluir condiciones (las correcciones, por ejemplo) para que la operación cumpla con la ley.⁷⁰ La FNE es responsable de fiscalizar el cumplimiento de las resoluciones y sentencias del TDLC.⁷¹ En caso de incumplimiento, la FNE debe promover un procedimiento contencioso ante el TDLC en contra del infractor.

3.2 *Análisis de Concentraciones por la FNE*

La FNE está a cargo de una investigación, a partir de la cual presenta un informe ante el TDLC, en el que proporciona sus conclusiones en cuanto a si la operación plantea problemas de competencia. El informe de la FNE no es vinculante para el TDLC.

Incluso en ausencia de un procedimiento abierto del TDLC, la FNE puede investigar operaciones, de oficio o a partir de la demanda de un tercero, como se estipula en el Artículo 39 de la Ley de Competencia.⁷² Estas investigaciones pueden tener lugar antes o después de la operación. En el curso de su investigación, se cumple con las Instrucciones de Procedimiento de la FNE. Si se encuentra que una operación plantea problemas de competencia, la FNE debe iniciar una consulta o un procedimiento contencioso ante el TDLC, a menos que pueda lograr un acuerdo extrajudicial con condiciones para las Partes.

Adicional a las mencionadas disposiciones y procedimientos de la Ley de Competencia, la Guía de la FNE sobre Concentraciones permite un procedimiento informal por la vía rápida ante la FNE, que puede ser solicitado por las Partes antes de la consumación de la operación (*ex ante*).⁷³ Este análisis especial por parte de la FNE es, por tanto, preventivo y voluntario:

⁷⁰ Los juicios declarativos suelen ser jurídicamente vinculantes sobre la legalidad de la materia sometida a consulta. Aunque la facultad de prohibir el acto consultado, no se especifica en la ley, el TDLC ha prohibido concentraciones después de dos procedimientos de consulta: TDLC, *D&S/Falabella*, NC N° 199-07, 31 de Enero de 2008, http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Resolucion_24_2008.pdf; y *Shell/Terpel*, NC 37/2011 (modificada en un procedimiento de reclamación por la Corte Suprema, que impuso condiciones, Expediente N° 9843-2011).

⁷¹ Artículo 39 (d) de la Ley de Competencia.

⁷² Ibid. Las facultades de investigación de la FNE se detallan en el Artículo 39 (e) a (n) de la Ley de Competencia

⁷³ La sección II de la Guía de la FNE sobre Concentraciones establece el procedimiento de análisis de concentraciones sometido por la FNE. Por el

- Para fomentar la notificación voluntaria, la FNE tiene un enfoque colaborativo con las Partes y se compromete a entregar sus conclusiones sobre el proyecto de operación dentro de siguientes 60 días hábiles.⁷⁴ El análisis de la FNE no tiene efectos suspensivos.⁷⁵ La notificación de las Partes se hace de manera pública, mientras que la información de los antecedentes, presentada por las Partes o por terceros, puede ser protegida bajo la categoría de confidencial o reservada.⁷⁶
- El análisis de la FNE puede dar lugar a una de las siguientes decisiones: (i) el cierre de la investigación sin ninguna otra acción, si no se encuentra que la operación genere riesgos para la competencia; (ii) llegar a un acuerdo extrajudicial con las Partes, en el que acepten las condiciones para hacer frente a las preocupaciones de la FNE sobre competencia;⁷⁷ o (iii) someter la operación a la consulta del TDLC, a menos que las Partes se comprometan a hacerlo por sí mismas.⁷⁸ La FNE no posee la facultad de aprobar o negar una operación de concentración.

contrario de la sección I de la Guía, la sección II se aplica a todos los tipos de concentraciones, sean horizontales, verticales o de conglomerado.

⁷⁴ Secciones II.1.1 y II.4 de la Guía de la FNE sobre Concentraciones. El periodo de análisis de 60 días puede extenderse por acuerdo conjunto de la FNE y las Partes. En ausencia de un dictamen emitido por la FNE dentro de dicho plazo, se considera que la operación no plantea problemas de competencia.

⁷⁵ La posibilidad de que las Partes cierren el trato mientras se lleva a cabo el análisis de la FNE se prevé en la Guía de la FNE sobre Concentraciones, sección II.1 (*in limine*), II.1.2 (*in fine*) y II.3. Esto nunca ha sucedido en las operaciones notificadas por las Partes, pero ha sucedido en el curso de las investigaciones que se iniciaron de oficio por la FNE.

⁷⁶ Sección II.1.3 de la Guía de la FNE sobre Concentraciones.

⁷⁷ Los acuerdos extrajudiciales entre la FNE y las Partes están sujetos a la aprobación del TDLC, en cumplimiento del Artículo 39 (ñ) de la Ley de Competencia.

⁷⁸ Artículo II.1.1 de la Guía de la FNE sobre Concentraciones. Cuando el asunto se somete al TDLC, las investigaciones de la FNE continúan como parte del procedimiento de consulta del TDLC.

- El proceso de análisis de la FNE ofrece a las Partes el beneficio de obtener rápidamente una opinión oficial sobre su proyecto de concentración y concluir con un acuerdo extrajudicial en lugar de pasar por un largo proceso de consulta suspensiva ante el TDLC.
- Este proceso de revisión de la FNE, sin embargo, no impide los procedimientos ante el TDLC. Al notificar a la FNE, las Partes podrían enfrentar dos procedimientos de análisis sucesivos (uno con la FNE y otro con el TDLC), si la FNE decide someter la operación a la consulta del TDLC, o si un tercero, simultánea o subsecuentemente, presenta una consulta o una demanda ante el TDLC.⁷⁹

Desde la creación de la División de Fusiones y Estudios de la FNE en 2012,⁸⁰ la FNE ha investigado 38 operaciones: 35 se abrieron de oficio y tres fueron presentadas por las Partes. Sólo una se sometió a consulta ante el TDLC; y en otra se alcanzó un acuerdo extrajudicial entre la FNE y las Partes, el que fue presentado ante el TDLC para su aprobación.⁸¹

Un elemento clave de la investigación de la FNE consiste en la posibilidad de lograr acuerdos extrajudiciales.⁸² Esta facultad no es específica de las concentraciones. La FNE puede utilizarlos en el curso de cualquier

⁷⁹ La conclusión de la FNE, sin embargo constituye un fuerte incentivo o desincentivo para los terceros. Hasta la fecha, ningún tercero ha presentado una demanda ante el TDLC respecto de una concentración que ha sido investigada por la FNE, luego de que dicha investigación ha sido archivada. En teoría, el hecho de haber notificado determinada operación a la FNE, no obsta a que las Partes también pueden presentar una consulta ante el TDLC respecto de la misma.

⁸⁰ Antes de la creación de la División de Fusiones y Estudios, de la FNE, las operaciones se examinaban por la División General de Investigación de la FNE.

⁸¹ Ver más adelante para mayor información sobre acuerdos extrajudiciales (Nestlé/Pfizer).

⁸² De conformidad con el Artículo 39 (ñ) de la Ley de Competencia, la FNE puede llegar a acuerdos extrajudiciales para preservar la libre competencia en el mercado. Los acuerdos extrajudiciales deben distinguirse de los acuerdos judiciales, que pueden lograrse por la FNE y las Partes como parte de un procedimiento contencioso del TDLC, también sujetos a la aprobación definitiva del TDLC bajo el Artículo 22 de la Ley de Competencia.

investigación, incluidas las investigaciones referentes a cárteles o al abuso de posición dominante. Los acuerdos extrajudiciales se han previsto en el contexto de las operaciones de concentración en que las Partes están de acuerdo con la FNE sobre los riesgos potenciales de una concentración, y en las medidas que deben ser tomadas para salvaguardar la competencia en los mercados.⁸³ Los acuerdos extrajudiciales están sujetos a la aprobación del TDLC, normalmente dentro de un plazo de 20 días hábiles desde la presentación del acuerdo.⁸⁴ La ley no prevé qué sucede si el TDLC rechaza un acuerdo.⁸⁵ Hasta ahora, la FNE ha resuelto un caso de operación de concentración en el contexto de una operación extranjera global, que obtuvo la aprobación del TDLC.⁸⁶ La admisibilidad de los acuerdos extrajudiciales relativos a operaciones de concentración ha sido una cuestión muy debatida a nivel del TDLC.⁸⁷

⁸³ Los términos y condiciones de este acuerdo se publican en los informes de la FNE (excepto por la información confidencial), junto con información pública relevante que justifique la eficacia de las medidas de mitigación, es decir, las condiciones.

⁸⁴ El TDLC debe celebrar una sola audiencia dentro de los 5 días hábiles a partir de la presentación del acuerdo, y tomar su decisión definitiva dentro de los 15 días hábiles a partir de la audiencia; la decisión aprueba o rechaza el acuerdo.

⁸⁵ Dado que el TDLC no puede actuar de oficio, una solicitud de la FNE o un tercero (motivado por el rechazo del TDLC) sería necesaria para abrir un procedimiento del TDLC formal respecto a la operación.

⁸⁶ En la concentración Nestlé/Pfizer, la FNE llegó a un acuerdo extrajudicial con Nestlé y Pfizer en relación con la adquisición global Nestlé de los negocios de nutrición infantil de Pfizer; Nestlé acordó, en virtud de este acuerdo, vender la fórmula infantil de Pfizer a un tercero. La FNE inició su investigación de oficio en Agosto de 2012 y el TDLC aprobó formalmente el acuerdo extrajudicial en Abril de 2013; véase TDLC, *Nestlé/Pfizer*, op. cit. La FNE logró un acuerdo extrajudicial y colaboró con las autoridades de competencia extranjeras que también analizaban la operación.

⁸⁷ En el caso Nestlé/Pfizer el TDLC tuvo que resolver principalmente respecto de dos cuestiones: en primer lugar, si el acuerdo extrajudicial entre la FNE y las Partes era admisible en el contexto de las concentraciones (admitido por una apretada mayoría de jueces del TDLC); y, en segundo lugar, si el contenido del acuerdo resultaba suficiente para preservar la competencia (aprobado por unanimidad por el TDLC). A pesar de ser una decisión firme, la variedad de opiniones entre los jueces del TDLC generaron incertidumbre entre las empresas en cuanto a si un acuerdo futuro sería aprobado. No ha

Por otro lado, la operación LAN/TAM dio lugar a un procedimiento de análisis del TDLC, a pesar de un acuerdo extrajudicial alcanzado entre las Partes y la FNE, como se resume a continuación.

Cuadro 1. Concentración de las Aerolíneas LAN/TAM: Un Ejemplo de los Riesgos de la Duplicación de Procedimientos de Revisión de Concentraciones en Chile

LA FNE abrió de oficio una investigación en la adquisición de TAM, una compañía aérea de Brasil, por LAN, una compañía aérea de Chile, a raíz del informe de su proyecto de fusión presentado ante la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS). La FNE y las Partes llegaron a un acuerdo extrajudicial en enero de 2011 frente a los riesgos derivados de la operación. El 27 de enero de 2011, horas antes de la consumación del acuerdo, una asociación de consumidores sometió ante el TDLC una consulta referente al proyecto de fusión LAN/TAM. Esta acción de terceros fue admitida por el TDLC en virtud del Artículo 18 (2) de la Ley de Competencia. En consecuencia, el TDLC rechazó el acuerdo entre la FNE y las Partes, y en su lugar abrió un análisis judicial completo.⁸⁸ Como parte del proceso de consulta, la FNE presentó su informe de investigación ante el TDLC. El TDLC autorizó la operación mediante sentencia definitiva de 21 de septiembre de 2011, sujeto a una serie de condiciones.⁸⁹ Estas condiciones judiciales son similares a aquellas acordadas por la FNE y las Partes en el acuerdo extrajudicial, cuyo objetivo esencial era reducir las barreras a la entrada y cuestiones referentes al aumento en las tarifas en algunas rutas afectadas por la operación. La sentencia del TDLC fue confirmada en el proceso de reclamación por la Corte Suprema el 5 de abril de 2012, lo que cerró definitivamente el asunto.⁹⁰

habido otro acuerdo extrajudicial desde entonces. Ver también OECD, 2013 Annual Report on Competition Policy Developments in Chile, DAF/COMP/AR(2013)27, 2 de Octubre de 2013, [http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/AR\(2013\)27&docLanguage=En](http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/AR(2013)27&docLanguage=En).

⁸⁸ El Auto Acordado del TDLC aborda los casos de consulta paralela y procedimientos contenciosos ante el TDLC; no se refiere a la instancia derivada del caso LAN/TAM, es decir, una solicitud de acuerdo de la FNE (a raíz de una notificación voluntaria ante la FNE) presentada paralela a un procedimiento de consulta por un tercero ante el TDLC.

⁸⁹ TDLC, LAN/TAM, N° 388-11 NC, 21 de Septiembre de 2011, http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Resolucion_37-11.pdf

⁹⁰ LAN y TAM dedujeron recurso de reclamación en contra de ciertas condiciones: Corte Suprema, Expediente N° 9843-2011, 5 de Abril de 2012, http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Resolucion_37_Corte_Suprema.pdf

Como resultado, las concentraciones pueden llegar a ser revisadas únicamente por la FNE,⁹¹ o tanto por la FNE como por el TDLC, sucesiva⁹² o simultáneamente⁹³ incluso, dependiendo de quién inicie el procedimiento, cuándo, por qué, y ante qué autoridad.

No hay **plazos** eficaces para el análisis establecidos por ley. Ciertas fases del procedimiento están sujetas a los términos legales establecidos en los artículos 20 al 31 de la Ley de Competencia. El Artículo 26 establece un plazo máximo para la emisión de la sentencia del TDLC, pero generalmente no es respetado. En la práctica, la duración de un análisis de concentraciones ante el TDLC varía dependiendo de si es conducido bajo una consulta o un procedimiento contencioso. Las consultas de operaciones de concentración ante el TDLC duran en promedio 263 días naturales (9 meses, aproximadamente),⁹⁴ mientras que un procedimiento contencioso tiende a ser más largo.⁹⁵ Además, cualquier parte puede apelar a ambos tipos de procedimientos ante la Corte Suprema. Hasta ahora, la mitad de las sentencias del TDLC sobre operaciones de concentración fueron sujetas a la revisión judicial de la Corte Suprema, lo que duró 189 días naturales en promedio (6 meses, aproximadamente).⁹⁶ En el

⁹¹ Es decir, en casos en que la FNE cierra la investigación y ningún procedimiento se presenta ante el TLDC.

⁹² Es decir, en casos en que se logra un acuerdo o en los que la operación de concentración se somete a análisis o investigación ante la FNE, seguido de una consulta o procedimiento ante el TDLC.

⁹³ Las normas procesales pueden llevar a procedimientos contenciosos o no contenciosos que se presentaron simultáneamente. El Auto Acordado del TDLC sobre Procedimientos Paralelos, op. cit., aborda este riesgo.

⁹⁴ Esta cifra considera la duración promedio de 14 casos de operaciones de concentración analizados por el TDLC bajo procedimientos no contenciosos (consulta).

⁹⁵ Sólo ha habido un caso de concentración analizado por el TDLC bajo un procedimiento contencioso (TDLC, *Hoyts Cinemas*, op. cit.). Dado que este caso terminó con un acuerdo judicial entre la FNE y las Partes, no hay información para calcular la duración del procedimiento de análisis de concentraciones contencioso. Sin embargo, considerando todos los casos contenciosos ante el TDLC (incluidos casos de colusión, abuso unilateral, etc.), han demorado entre 12 y 20 meses ante el TDLC.

⁹⁶ El análisis de la Corte Suprema de una sentencia emitida en un proceso contencioso podría tomar más tiempo, pero esto no se ha probado en el contexto de concentraciones.

Anexo del presente informe figura la lista detallada y la duración de cada procedimiento realizado hasta la fecha.

En cuanto al análisis de las operaciones de concentración por parte de la FNE, la Guía de la FNE sobre Concentraciones, establece que cerrará su investigación en un plazo máximo de 60 días hábiles a partir de la publicación de la notificación de la operación. La FNE y las Partes pueden acordar conjuntamente una extensión. Este plazo se aplica sólo a las operaciones notificadas voluntariamente por las Partes *ex ante*. Las investigaciones de la FNE iniciadas de oficio, o por la demanda de un tercero, son sujetas al principio de “plazo razonable” bajo las Instrucciones de Procedimiento de la FNE.⁹⁷ La duración promedio de las investigaciones de la FNE es de 114 días naturales (4 meses, aproximadamente).

4. Revisión Judicial

Conforme a los artículos 27 y 31 de la Ley de Competencia, la **revisión judicial** de las resoluciones y sentencias del TDLC le corresponde a la Corte Suprema, a través del recurso de reclamación. Dicho recurso puede ser presentado por cualquier parte ante el TDLC, dentro de los primeros 10 días hábiles a partir de la notificación de la resolución o sentencia. Así las cosas, existen dos niveles de revisión judicial, uno ante el TDLC y otro en sede de la Corte Suprema. La revisión judicial de la Corte Suprema cuenta con las siguientes particularidades:

- El recurso de reclamación no suspende los efectos de la resolución o sentencia del TDLC, a excepción del pago de las multas (de ser el caso).⁹⁸ En cuanto a la suspensión de la operación, no existe una norma específica, pero las Partes generalmente son reacias a cerrar un trato estando pendiente la sentencia de la Corte Suprema.
- Sólo las resoluciones y sentencias de término del TDLC pueden ser impugnadas ante la Corte Suprema.⁹⁹

⁹⁷ Las Instrucciones de Procedimiento de la FNE establecen ciertos criterios para determinar lo que es un periodo razonable. Ver *Instrucciones Internas de la FNE*, op. cit.

⁹⁸ Artículo 27 *in fine* de la Ley de Competencia. Las Partes también pueden solicitar la suspensión del fallo del TDLC a la Corte Suprema.

⁹⁹ Las decisiones intermedias del TDLC (por ejemplo, medidas preliminares) sólo pueden ser impugnadas ante el mismo TDLC a través de un recurso de

- La reclamación puede dirigirse a cualquier aspecto de la sentencia o resolución de término, incluyendo las condiciones establecidas en ésta, la decisión misma de aprobación o rechazo, y la sanción.¹⁰⁰ La aprobación, por parte del TDLC, de acuerdos extrajudiciales celebrados entre la FNE y las Partes, puede ser impugnada ante el mismo tribunal,¹⁰¹ mientras que los acuerdos conciliatorios (judiciales) aprobados por el TDLC pueden ser impugnados ante la Corte Suprema.
- La historia de la Ley indica que el recurso de reclamación estaba destinado a ser de carácter administrativo y de alcance más limitado que un recurso ordinario. El recurso de reclamación permitiría a la Corte Suprema examinar la mala aplicación de la ley, y ejercer un margen de discrecionalidad en cuanto a las multas impuestas de acuerdo a la ley, excluyendo la revisión de los hechos.¹⁰² La Corte Suprema, sin embargo, la ha interpretado ampliamente, al considerar que cuenta con jurisdicción total. Así, ha entendido que puede cambiar su juicio en cualquier aspecto de la sentencia del TDLC, sean cuestiones de hecho, interpretaciones de la ley, sanciones, condiciones o valoración de pruebas.
- La Corte Suprema lleva a cabo su revisión a la luz de los principios y normas estipulados en la Ley de Competencia y de la Constitución de Chile.

revisión (“recurso de reposición”), Artículo 27 al. 1 de la Ley de Competencia.

¹⁰⁰ Artículo 31 de la Ley de Competencia. Antes de la Reforma de Ley de 2009, las decisiones de aprobación se sometían a una revisión judicial.

¹⁰¹ Artículo 39 (ñ) de la Ley de Competencia.

¹⁰² Al mismo tiempo, el “recurso de reclamación” apuntaba a ser un poco más amplio de alcance que una casación o una revisión de anulación, que se limitaría a la (mala) aplicación de la ley. Véase el *Discusión generada en el Congreso Nacional al tramitarse la Ley 19.911*, <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/2472/1/HL19911.pdf>C:\Users\chammas_m\Downloads\HL19911.pdf.

- Hasta ahora, las apelaciones se han centrado, en su mayor parte, al tipo y el alcance de las correcciones impuestas por el TDLC.¹⁰³

Las decisiones de la FNE no son decisiones judiciales de término, por lo que no están sujetas a una revisión judicial de la Corte Suprema. Al llevar a cabo sus investigaciones, la FNE está sujeta a las obligaciones generales de la administración pública.¹⁰⁴

5. Análisis Sustantivo y Condiciones

La legislación chilena no consta de un **estándar sustantivo** o de criterios analíticos que deban ser observados al controlar operaciones de concentración. En consonancia con la disposición general del Artículo 3 de la Ley de Competencia, el análisis de concentraciones debe determinar, de manera general, si la operación “*impediría, restringiría o entorpecería la libre competencia, o si tiende dichos efectos.*” El estándar sustantivo para el control de concentraciones abarca elementos tanto del índice de dominancia, como el estándar SLC, inclinándose más por este segundo elemento, alineado con el estándar basado en los posibles efectos anticompetitivos del Artículo 3 de la Ley de Competencia. La Guía de la FNE sobre Concentraciones y el Auto Acordado del TDLC sobre Concentraciones proporcionan orientación adicional sobre el estándar sustantivo y los factores utilizados para determinar si una operación bajo análisis puede tener efectos anticompetitivos.

Como primer paso, tanto la FNE como el TDLC generalmente requieren que se defina el mercado relevante, incluido el producto y el área geográfica. Ambos indicadores, cualitativos y cuantitativos, pueden ser utilizados para

¹⁰³ La mitad de las resoluciones sobre concentraciones del TDLC emitidos hasta la fecha fueron sujetos a una revisión judicial, uno contra una decisión de prohibición, y el resto en contra de la decisión de condiciones. Véase el Anexo a este informe para una lista detallada de los fallos del TDLC que fueron sometidos a una revisión judicial.

¹⁰⁴ La violación de estas obligaciones puede ser sometida a una revisión judicial limitada ante el TDLC, a una revisión constitucional ante las Cortes de Apelaciones, y reclamación de agravios ante los tribunales civiles. La revisión constitucional se basa en el Artículo 20 de la Constitución de Chile, mientras que la responsabilidad de agravio de agencias administrativas se basa en el Artículo 30 párr. 2 de la Constitución de Chile: Ver Constitución Política de la República de Chile, en su versión modificada y consolidada en: http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/index_html.

definir el mercado relevante. En años recientes, la FNE y el TDLC han cambiado de un enfoque estático a una evaluación más dinámica y prospectiva de los mercados relevantes,¹⁰⁵ favoreciendo el uso de evidencia económica. Sin embargo, la realización de análisis económicos cuantitativos ha demostrado en la práctica ciertas dificultades para la FNE y el TDLC, por las siguientes razones:

- Las autoridades se enfrentan a la falta de estadísticas públicas suficientes para desarrollar sus análisis. De este modo, deben confiar, en gran medida, en los antecedentes aportados por las Partes.
- Las autoridades no cuentan con facultades para obligar a los particulares o interesados, o a compañías de investigación de mercados, a suministrar información.
- No existen sanciones específicas para el suministro de información inexacta o falsa.¹⁰⁶

¹⁰⁵ La contribución de Chile a Comité de Competencia de la Mesa Redonda de la OCDE sobre “Definición de Mercado” (2012), 11 de Octubre de 2012, DAF/COMP(2012)19, <http://www.oecd.org/daf/competition/Marketdefinition2012.pdf>. La Guía de la FNE sobre Concentraciones de la FNE también indica que la FNE considera la dimensión temporal del mercado relevante.

¹⁰⁶ Contribución de Chile al Comité de Competencia de la Mesa Redonda de la OCDE sobre “Definición de Mercado,” *ibid*; y la contribución de Chile al Comité de Competencia de la Mesa Redonda de la OCDE sobre “Evidencia Económica en el Análisis de Concentraciones” (2011), 27 de Julio de 2012, DAF/COMP (2011)23, <http://www.oecd.org/daf/competition/EconomicEvidenceInMergerAnalysis2011.pdf>. Además de la falta de medios coercitivos para solicitar información de la Ley de Competencia, el Artículo 30 (h) de dicha Ley establece un procedimiento que permite específicamente a cualquier receptor de una solicitud de información de la FNE a oponerse a tal solicitud ante el TDLC. La reforma de 2009 a la Ley de Competencia aumentó las facultades de investigación de la FNE, tales como el poder llevar a cabo redadas y usar micrófonos para reunir evidencia, pero sólo en el ámbito de los acuerdos restrictivos. Por ejemplo, en el caso de D&S/Falabella (op. cit.), varios bancos se opusieron a proporcionar la información requerida por la FNE ante el TDLC. Además, una empresa de investigación de mercado se negó a proporcionar (y también vender) su estudio de mercado. El TDLC apoyó la oposición de la empresa.

Así las cosas, sin perjuicio de la importancia de los indicadores cuantitativos, y de que la FNE y el TDLC cuentan con la experiencia suficiente para analizar este tipo de información, las autoridades han basado, hasta ahora, sus análisis de concentraciones principalmente en indicadores cualitativos.¹⁰⁷ La FNE y el TDLC también pueden considerar la jurisprudencia nacional y extranjera, encuestas de los consumidores, y la información de la agencia de estadísticas nacional y los reguladores del sector (por ejemplo, los reguladores en los sectores de la salud, seguros y valores), siempre que ello sea apropiado, y la información esté disponible. La FNE y el TDLC también pueden encargar estudios externos de mercado o contratar economistas expertos externos.¹⁰⁸

El siguiente paso y la meta última del análisis de la FNE y del TDLC, consiste en evaluar los efectos en la competencia de la operación en el o los mercados relevantes. La disposición general basada en los efectos del Artículo 3 deja espacio para que las autoridades consideren un enfoque flexible y económico. De acuerdo con la Guía de la FNE sobre Concentraciones, se considera que una operación infringe la Ley de Competencia “*cuando otorga, refuerza o incrementa, o puede otorgar, reforzar o incrementar la capacidad de la entidad fusionada, por sí sola o en conjunto con otras, para ejercer poder de mercado, o cuando tienda o pueda tender a ello.*” Esto sucede cuando “*la entidad fusionada enfrenta menores constricciones competitivas que aquellas que enfrentarían por separado las entidades que se concentran si la operación no tuviera lugar,*” lo que hace que “*la entidad fusionada en forma unilateral o coordinada, alternativa o conjuntamente, incremente los precios, reduzca la cantidad producida, disminuya la innovación, la calidad o la variedad, o altere alguna otra variable competitiva, causando perjuicio a los consumidores, de un modo que ninguna de las Partes de la operación habría podido realizar por separado.*”¹⁰⁹ El Auto Acordado del TDLC sobre Concentraciones menciona

¹⁰⁷ Contribuciones de Chile al Comité de Competencia de la Mesa Redonda de la OCDE sobre “Definición de Mercado,” op. cit., y sobre “Evidencia Económica en Análisis de Concentraciones,” op. cit. Algunos Informes de la FNE y fallos del TDLC reflejan su disposición a confiar en la evidencia económica para fines del control de concentraciones: ver por ejemplo: TDLC, *D&S/Falabella*, op. cit.; TDLC, *Hoyts Cinemas*, op. cit.; y TDLC, *SMU/SDS*, op. cit.

¹⁰⁸ Artículo 39 (k) de la Ley de Competencia.

¹⁰⁹ Este estándar sustantivo es provisto en la Guía de la FNE sobre Concentraciones aplicable a las operaciones horizontales.

someramente que evalúa los *efectos esperados* de la operación en la *estructura* y la *competencia* en los mercados afectados.¹¹⁰

No se constatan a nivel legal, ni jurisprudencial, la existencia de exenciones o reglas *de minimis* relativas a los efectos competitivos. Sin embargo, la Guía de la FNE sobre Concentraciones contempla un puerto seguro basado en los niveles de concentración.¹¹¹ Mientras que el TDLC también se basa en las participaciones de mercado, el Auto Acordado del TDLC sobre Concentraciones no requiere información del HHI como tal, ni prevé indicación alguna sobre el puerto seguro.¹¹²

La FNE y el TDLC generalmente comparan los efectos anticompetitivos de las operaciones en contraposición de sus eficiencias pro-competitivas. Aunque la norma legal que se utiliza para evaluar las eficiencias no es siempre clara, ambas autoridades consideran seriamente las eficiencias de la operación específica.¹¹³ La jurisprudencia del TDLC revela que puede examinar el impacto de la operación en la eficiencia dinámica, la innovación y el excedente del consumidor.¹¹⁴ Las Partes tienen la obligación de demostrar y cuantificar las eficiencias.¹¹⁵ En la práctica, dado que las partes no siempre presentan la

¹¹⁰ Sección 1, e) del Auto Acordado del TDLC sobre Concentraciones. Ver Parte II, sección 5 sobre el análisis sustantivo más adelante para un comentario en el hecho de que el Auto Acordado del TDLC se refiere a “mercado relevante” y “afectado” sin distinguir entre los dos.

¹¹¹ Sección I.2.4 de la Guía de la FNE sobre Concentraciones establece umbrales basados en el HHI, como se describe en el párrafo 10 y nota 28 de este informe.

¹¹² El TDLC nunca ha confiado explícitamente en los puntos de referencia de la FNE basados en el HHI.

¹¹³ OCDE, Derecho y Política de la Competencia en Chile: Examen de Acceso (2010), op. cit.

¹¹⁴ Ibid. Ver por ejemplo, TDLC, *D&S/Falabella*, op cit.

¹¹⁵ De acuerdo con la Guía de la FNE sobre Concentraciones, los efectos anticompetitivos pueden ser compensados por el poder de negociación de los clientes, o en su defecto, consideraciones firmes; sólo el poder compensatorio de los clientes ha sido invocado hasta ahora como defensa de las Partes ante el TDLC.

información necesaria,¹¹⁶ las eficiencias son evaluadas bajo criterios cualitativos (más que cuantitativos), con un enfoque centrado en si las eficiencias alegadas son factibles y si éstas son efectivamente traspasables a los consumidores.¹¹⁷

En resumen, el análisis sustantivo realizado en Chile se caracteriza por tres factores:

- La falta de un sistema legal de normas sustantivas ha dado lugar a un enfoque económico flexible del análisis de concentraciones. Este enfoque económico de los efectos y eficiencias de una operación de concentración ha permitido la ejecución de un control de concentraciones pragmático en el análisis de las operaciones presentadas para su análisis;
- En un esfuerzo por mejorar la predictibilidad y transparencia jurídicas, la Guía de la FNE sobre Concentraciones y el Auto Acordado del TDLC sobre concentraciones y sus jurisprudencia proporcionan orientación, aunque no vinculante, en cuanto a las normas, factores e indicadores utilizados para los fines del análisis sustantivo;
- Los análisis sustantivos de la FNE y del TDLC son desafiados en la práctica por la falta de información pública disponible, y muchas veces por el carácter insuficiente o poco fiable de la información proporcionada por las Partes.¹¹⁸

Si la FNE o el TDLC concluyen que la operación tiene la posibilidad de “*impedir, restringir o entorpecer la libre competencia*” como se señala en el Artículo 3 de la Ley de Competencia, tienen la facultad de imponer condiciones como resultado de dos procedimientos alternativos:

- Un acuerdo extrajudicial entre la FNE y las Partes, sujeto a la aprobación del TDLC;¹¹⁹

¹¹⁶ Contribución de Chile al Comité de Competencia de la Mesa Redonda de la OCDE sobre “Evidencia Económica en el Análisis de Concentraciones,” op. cit.

¹¹⁷ Ibid. Un examen exhaustivo de las eficiencias potenciales fue realizado por la FNE, sobre todo en el análisis de la concentración LAN/TAM, op. cit.

¹¹⁸ Véase más adelante, sección 6 sobre “Sanciones” (*in fine*).

¹¹⁹ Ver sección 3 sobre “Procedimientos de Análisis de Concentraciones” para mayor información sobre los acuerdos de la FNE.

- Una resolución o sentencia del TDLC tras una consulta o un procedimiento contencioso, como se describió anteriormente.¹²⁰

En cuanto a la naturaleza y el alcance de las condiciones, la Ley de Competencia no hace referencia a los tipos de condiciones que puedan ser impuestas a partir de una consulta, mientras que el Artículo 26 de la Ley de Competencia describe los tipos de condiciones (“medidas”) que pueden ser impuestas tras un proceso contencioso: la modificación o rescisión de un acto o acuerdo que se considera contraria a la Ley de Competencia, y la modificación o disolución de la entidad resultante por un acto o acuerdo ilegal. Tales medidas pueden ser impuestas en un contexto de operaciones de concentración. La orientación adicional sobre las condiciones a las concentraciones es empírica y la proporciona la jurisprudencia del TDLC. Se han impuesto tanto condiciones estructurales como de comportamiento. El TDLC tiende a favorecer las condiciones estructurales que se consideran más sencillas de implementar y supervisar.¹²¹ Las condiciones de comportamiento también han sido impuestas para complementar las estructurales, o cuando el TDLC ha concluido que las cuestiones preocupantes pueden ser superadas en el corto plazo.¹²² Una amplia gama de condiciones estructurales y de comportamiento se han impuesto en casos de operaciones horizontales.¹²³ Las condiciones pueden ser impuestas

¹²⁰ Ver sección 3 sobre “Procedimientos de Análisis de Concentraciones” para mayor información sobre las sentencias del TDLC.

¹²¹ Contribución de Chile a la Mesa Redonda de la OCDE sobre “Condiciones en Casos de Concentraciones,” op. cit.

¹²² Ibid. Las condiciones de comportamiento impuestas hasta ahora incluyen la transparencia y requisitos no discriminatorios, la prohibición de agrupación, la obligación de tarifa de uniformes, y restricciones a operaciones futuras (incluyendo la notificación obligatoria).

¹²³ Cabe destacar los casos de las aerolíneas (*LAN/TAM*, op. cit.), y las industrias de telecomunicaciones (*Radiodifusión*, op. cit.), supermercado (*SMU/SDS*, op. cit.), cine (*Cinemas Hoyts*, op. cit.) y combustible (*Copec/Terpel*, op. cit.). Ninguna operación vertical ha sido analizada por el TDLC desde su creación, en vigor a partir 2004. Al conocer de la operación LAN/TAM la Corte Suprema confirmó que el TDLC no estaba sujeto a ninguna restricción legal en cuanto a las condiciones que está autorizado a imponer para mitigar los riesgos para la competencia resultantes de la operación, ver Corte Suprema 5 de Abril de 2012, Expediente No. 9843-2011.

tanto antes como después de la operación,¹²⁴ y afectar los activos tanto nacionales como extranjeros, aunque la FNE no dispone de los medios adecuados para garantizar la cooperación extranjera sobre las condiciones.¹²⁵

Las condiciones impuestas por el TDLC están sujetas a la revisión judicial eventual de la Corte Suprema, en virtud del recurso de reclamación promovido por la FNE o por cualquiera de las partes en el procedimiento.¹²⁶

La FNE es responsable de supervisar el cumplimiento de las condiciones. El TDLC normalmente establece el plazo en el cual tales medidas deben adoptarse. La FNE puede iniciar un procedimiento ante el TDLC por el incumplimiento de dichas condiciones.¹²⁷

6. Sanciones

La Ley de Competencia prevé multas como sanción a aplicar frente a cualquier violación de la Ley de Competencia, en virtud del Artículo 26 (c).¹²⁸

¹²⁴ Las condiciones se impusieron posteriores a la consumación de las concentraciones en tres casos, el resto fueron impuestas previo a la concentración. Ver el Anexo a este informe para ejemplos más detallados.

¹²⁵ En algunos casos, el TDLC impuso condiciones que se acordaron por primera vez por la FNE y las Partes mediante un acuerdo judicial (por ejemplo, el caso Cinemas Hoyts). Las condiciones transfronterizas fueron notablemente impuestas en el fallo LAN/TAM, que afectó, por ejemplo, horarios en el aeropuerto de Sao Paulo y frecuencias en la ruta Santiago/Lima.

¹²⁶ Véase sección 4 sobre “Revisión Judicial” para más detalles en el procedimiento de reclamación.

¹²⁷ Ver Violación por Malone, ciudadano de EUA, de las condiciones impuestas en su sentencia No. 1/2004 (*Metropolis Intercom/VTR*), http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_117_2011.pdf; el TDLC apoyó en Junio de 2013 el requerimiento de la FNE en contra de la violación de la condición. Malone y la FNE, finalmente llegaron a un acuerdo durante el procedimiento de reclamación (en contra de la sentencia del TDLC) ante la Corte Suprema. Se acordaron condiciones, no se impuso multa alguna.

¹²⁸ Esta sección se ocupa de las sanciones en el sentido estricto, es decir, las sanciones que pueden ser impuestas a los efectos de sancionar a las Partes por un acto anticompetitivo. Por tanto, las condiciones, que también pueden ser vistas como sanciones a una concentración anticompetitiva no se incluyen aquí. Véase sección 5 sobre “Condiciones” para más información.

Las multas pueden imponerse a personas naturales y jurídicas, son de carácter administrativo y pueden ascender a un máximo de 20,000 unidades tributarias anuales.¹²⁹ El Artículo 26 (c) establece los criterios para determinar la cuantía de la multa, dentro de los que destaca el beneficio económico derivado de la infracción, la gravedad de la conducta ilegal, y la colaboración de las Partes en la investigación.

No existen sanciones específicas para las concentraciones. Las multas previstas en el Artículo 26 (c) sólo pueden ser impuestas en el contexto de operación de concentración tras un procedimiento contencioso, previsto en el Artículo 18 (1), siempre que el TDLC concluya que la operación consumada presenta efectos anticompetitivos, y las sanciones hayan sido solicitadas por la FNE o el demandante.¹³⁰ Hasta ahora, el TDLC se ha pronunciado en un procedimiento contencioso en contra de una operación consumada en la industria cinematográfica. En dicho procedimiento, las Partes y la FNE llegaron a un acuerdo judicial y no se impuso multa alguna.¹³¹

La Ley de Competencia no establece sanciones periódicas. Como consecuencia, el cumplimiento de las condiciones, ya sean resultado de una consulta o de un procedimiento contencioso ante el TDLC, o por un acuerdo con la FNE, no pueden aumentar periódicamente. El incumplimiento de las condiciones debe someterse ante el TDLC en un procedimiento de infracción por separado para que las sanciones sean impuestas.¹³²

La FNE y el TDLC carecen de los medios coercitivos necesarios para obtener información y evidencia útiles de las Partes o de terceros, sean entidades públicas o privadas.¹³³ No tiene la facultad de imponer medidas de apremio a las

¹²⁹ Aproximadamente US\$ 19.2 o €14 millones; de acuerdo a la información de la FNE y la tasa de conversión de moneda del BCE de diciembre de 2013.

¹³⁰ Las multas previstas fueron solicitadas por la FNE o la demanda de un tercero.

¹³¹ El acuerdo judicial se logró entre la FNE y las Partes y lo aprobó el TDLC; establece una serie de condiciones *ex post*; ver TDLC, *Cinemas Hoyts*, op. cit.

¹³² Contribución de Chile a la Mesa Redonda de la OCDE sobre “Condiciones en Casos de Concentración,” op. cit.

¹³³ En palabras de la misma FNE, “la FNE ha enfrentado dificultades en la obtención de información de las Partes y terceros. En varias ocasiones se ha opuesto a las solicitudes de información de la FNE y/o retrasado la entrega de la información requerida. Cuando la información finalmente se recibe, por lo

Partes, o a terceros, por la falta de respuesta a un requerimiento de información o por proporcionar información errónea, inexacta, incompleta o engañosa.¹³⁴

En suma, el control de concentraciones actual de Chile se ha construido en la práctica por los esfuerzos de investigación de la FNE y por la jurisprudencia del TDLC, basados en las disposiciones generales de la Ley de Competencia y las distintas normas de carácter no vinculante (*soft law*).

general es poco clara” Contribución de Chile al Comité de Competencia de la Mesa Redonda de la OCDE sobre “Evidencia Económica en el Análisis de Concentraciones,” op. cit. Como consecuencia, el análisis de concentraciones se basa, en gran medida, en la buena voluntad de los requeridos. A la luz de estas dificultades, la FNE se reserva el derecho de revisar su conclusión: ver la Guía de la FNE sobre Concentraciones, sección I.1 *in fine*.

¹³⁴ El Artículo 42 de la Ley de Competencia prevé una sanción penal (hasta 15 días de cárcel) por obstrucción del proceso de investigación. Esta sanción, sin embargo, sólo puede ser impuesta tras un procedimiento independiente que presenta la FNE, previa autorización del TDLC, en una corte penal.

PARTE 2. PROBLEMÁTICAS CLAVE EN EL SISTEMA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES VIGENTE EN CHILE Y RECOMENDACIONES BAJO LAS NORMAS DE LA OCDE Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES

Esta Parte 2 identifica las principales problemáticas del sistema de control de concentraciones vigente en Chile, proporciona una evaluación de tales problemas bajo las normas de la OCDE y las mejores prácticas internacionales. Asimismo establece recomendaciones que fomentan la adopción de un régimen de control de concentraciones más efectivo, eficaz y transparente.

Las principales cuestiones identificadas y examinadas en esta Parte 2 pueden dividirse en tres categorías:

- Los riesgos derivados de una percepción adversa de las operaciones de concentración y del control de concentraciones (sección 1)
- El vacío legal en la Ley de Competencia con respecto al control de concentraciones, de ahí la necesidad de establecer un régimen de control de concentraciones por la ley (sección 2);
- Las cuestiones técnicas y sustantivas relacionadas con:
 - El ámbito de control de operaciones de concentración: mediante la definición de las concentraciones a analizar, la selección de un mecanismo de notificación y la determinación de los umbrales de notificación (sección 3);
 - Las facultades y procedimientos de análisis, que incluyen la asignación de facultades entre la FNE y el TDLC y las condiciones del debido proceso (sección 4);
 - El estándar sustantivo y los factores para evaluar las operaciones de concentración (sección 5);
 - Las herramientas de aplicación y sanciones (sección 6).

Según se señaló la Parte 1 de este informe, se han identificado estas problemáticas tras la evaluación del régimen de control de concentraciones vigente en Chile, así como de la posterior discusión con las autoridades responsables e interesados en el control de concentraciones en Chile.

Las recomendaciones de este informe tienen por objeto proporcionar posibles alternativas para establecer un régimen de control de concentraciones eficaz. La mayor parte de los temas tratados en este informe son interdependientes, y cualquier reforma al sistema de concentraciones debe considerar esta interdependencia para asegurar la *coherencia interna* del sistema. Por lo tanto, a efectos de que el régimen sea coherente y eficaz, las herramientas esenciales para la mejora del control de concentraciones deben ir de la mano.¹³⁵ En donde existen varias alternativas, puede tomarse una opción con el apoyo de la evaluación y las recomendaciones establecidas en esta segunda parte.

1. Observaciones Preliminares sobre la Percepción y el Objetivo del Control de Concentraciones

Un importante factor subyacente en la evaluación y reforma del control de concentraciones consiste en la percepción de las concentraciones y el control de las mismas.

Hoy en día, existe una percepción en la opinión pública de Chile, entre las autoridades y los responsables de las políticas, de que cada operación es un “caso” a ser resuelto a través de un proceso judicial, ya sea antes o después de su consumación.¹³⁶ El régimen de control de concentraciones vigente genera

¹³⁵ Por ejemplo, la reforma del sistema de notificación debe ir de la mano con mejores procedimientos de análisis de concentraciones y periodos procesales; establecer un sistema de notificación obligatorio o híbrido debe ir de la mano con las sanciones por falta de notificación; el establecimiento de normas sustantivas para el análisis de concentraciones debe combinarse con la facultad de requerir información relevante para realizar el análisis, etc.

¹³⁶ Este enfoque resulta del hecho de que la mayoría de las decisiones más conocidas en Chile sobre concentraciones tratan de concentraciones polémicas con efectos anticompetitivos que fueron adjudicados por el TDLC tras largos procedimientos. Todas las decisiones del TDLC han, ciertamente, ya sea prohibido (*D&S/Falabella* y *Shell/Terpel*, esta última prohibición fue anulada por la Corte Suprema) o impuesto condiciones para la legalidad de la concentración. Los casos de concentraciones polémicos incluyen, por

una visión negativa o sospechosa, ya que las concentraciones están sujetas al mismo trato que los acuerdos anticompetitivos y los abusos de posición dominante.¹³⁷ También fomenta un enfoque contencioso hacia su análisis, sometiendo dichas operaciones a procedimientos inflexivos, permitiendo a terceros a las operaciones promover procedimientos de análisis, y al limitar la intervención de las Partes en una audiencia judicial en la que todos los intervinientes están presentes, incluidos la FNE y terceros.¹³⁸

Una percepción negativa de las operaciones de concentración y de su sistema de control, con un cargado carácter litigioso, tiene dos consecuencias principales:

- En primer lugar, asume el riesgo de no ofrecer la opción de una adecuada discusión de las condiciones con las Partes en los procedimientos de consulta, y el riesgo de que una alta cantidad de sentencias sea apelada ante la Corte Suprema.¹³⁹
- En segundo lugar, puede sesgar y distorsionar, consciente o inconscientemente, la evaluación de futuras propuestas de reforma.

En la mayoría de los países, las principales áreas de aplicación de la ley en materia de competencia son tres, a saber: el control de concentraciones, la prohibición de acuerdos anticompetitivos (principalmente cárteles), y la prohibición de abusos de posición dominante (“monopolización”). Los acuerdos anticompetitivos y los abusos de posición dominante constituyen infracciones a

ejemplo *D&S/Falabella*, *COPEC/Terpel*, *LAN/TAM*, *SMU/SDS*, *Hoyts Cinemas* y *Nestlé/Pfizer*. Véase el Anexo *infra* para un información más detallada y resultados.

¹³⁷ Aunque a través de diferentes procedimientos, ya que la mayoría de las concentraciones son analizadas en procedimientos de consulta, mientras que los acuerdos anticompetitivos y abusos de posición dominante se tratan en un proceso contencioso. Ver Parte I de este informe para más información sobre los procedimientos de concentraciones, y sobre el estándar sustantivo, posibles condiciones y sanciones, igualmente aplicables a concentraciones, acuerdos anticompetitivos y abusos de posición dominante.

¹³⁸ Ver adelante, sección 4 para mayor información sobre procedimientos actuales y de terceras partes.

¹³⁹ Estas consecuencias se tratan a detalle más adelante en la sección 4 sobre los procedimientos de análisis de concentraciones.

la Ley de Competencia, son perseguidos por las autoridades y pueden generar sanciones contra individuos o entidades responsables. Por el contrario, una operación de concentración no constituye una infracción como tal. Las operaciones de concentración pueden ser un mecanismo común para que las empresas hagan crecer sus negocios, se expandan geográficamente, lleguen a más consumidores, diversifiquen su cartera, generen sinergias, logren eficiencias, economías de escala y alcance, y/o aumentan la competitividad internacional.¹⁴⁰ Desde la perspectiva de la política de competencia, la mayoría de las operaciones son en términos de competencia neutrales e incluso, pro-competitivas al fomentar el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. Estas concentraciones son legales y la política de competencia no debería eliminar los incentivos de las empresas para efectuar este tipo de operaciones.¹⁴¹

Por lo tanto, el punto de partida respecto de las concentraciones y su control debe ser neutral y objetivo. Debe ser así, ya sea que se realice a través de la autoridad de competencia o por el poder judicial.¹⁴² El objetivo principal de la política de control de concentraciones es trazar el límite entre las concentraciones pro o anticompetitivas, identificar los tipos de operaciones más inclinadas a tener efectos anticompetitivos, dar la posibilidad de corregir los problemas de competencia, y asignar con eficiencia los recursos de aplicación de la ley. La mayoría de los países han adoptado un control de concentraciones preventivo. A diferencia de los acuerdos anticompetitivos y abusos de posición dominante, que se investigan *ex post*, el control de concentraciones brinda a las autoridades de competencia la oportunidad de realizar una evaluación antes de que la conducta (es decir, la concentración) tenga lugar, previniendo el daño al consumidor *ex ante*. En estas materias, el control de concentraciones está diseñado para animar, y más a menudo, obligar a las Partes a informar a la autoridad sobre su proyecto de concentración antes de su consumación. La

¹⁴⁰ Estos beneficios también fueron puestos en relieve en el Informe de la Comisión Asesora, op. cit.

¹⁴¹ La disuasión ocurre, por ejemplo, cuando los procedimientos del control de concentraciones son demasiado pesados, inciertos o extensos: las empresas pueden desistir de continuar su proyecto de concentración o de hacerlo público, en particular en entornos de control de concentraciones voluntarios.

¹⁴² El TDLC debe distinguir entre sus atribuciones regulatorias o administrativas en el control de concentraciones preventivo versus su jurisdicción para juzgar las violaciones (*ex post*). Cada tipo de jurisdicción debe tener distintos enfoques, procedimientos y facultades.

aplicación *ex post*, si la hay, está claramente circunscrita y constituye un último recurso si el mecanismo preventivo ha fallado.

La Ley de Competencia es de derecho y orden público, lo que aplica al interés general. La protección de las dinámicas de competencia, el bienestar del consumidor y la eficiencia económica en general son el objetivo más común de las políticas de competencia. Por lo tanto, el control de concentraciones debe estar aislado de intereses privados y estrategias oportunistas, que pueden poner en riesgo las operaciones competitivas y desperdiciar recursos públicos y privados. Para ello es necesario evitar el riesgo de que terceros desafíen las concentraciones en cualquier momento, lo que requiere revisiones más automáticas de las operaciones que probablemente despierten preocupación sobre la competencia (por iniciativa de las Partes, o de oficio), y relegar los esquemas litigiosos como último recurso cuando otros mecanismos hayan fallado.

Por último, el control de concentraciones debe ser específico sobre las concentraciones, sobre los hechos y sobre los mercados. Chile es descrito como una economía pequeña con industrias altamente concentradas (con pocos jugadores).¹⁴³ Estos niveles de concentración preexistentes explican, hasta cierto punto, la sospecha en torno a las operaciones de concentración, especialmente las concentraciones horizontales, que concentran los mercados. Si bien estos aspectos son relevantes para un análisis sustantivo, deben ser examinadas en

¹⁴³ Foro Económico Mundial, *Informe de Competitividad Global*, 2013-2014, ver Pilar 6 de los Indicadores clave, pp. 470- 471, <http://reports.weforum.org/the-global-competitiveness-report-2013-2014/>: Chile ocupa el lugar número 134th de los 148 países clasificados desde el de menor a mayor economía concentrada (es decir, unos cuantos “jugadores” y el domino del mercado). Chile es una economía abierta, con barreras de intercambio bajas y reglas de IED favorables, pero hasta la fecha, la mayoría de las empresas activas en Chile son chilenas, cuenta con limitada propiedad de empresas extranjeras, *ibid*, pp. 478-481. Una economía pequeña puede definirse como “una economía independiente soberana que puede soportar sólo un pequeño número de competidores en la mayoría de sus industrias cuando atienden a la demanda. El tamaño del mercado es influenciado por tres factores primordiales: el tamaño de la población, la dispersión del a población, y el grado de la integración económica con las jurisdicciones vecinas” [la traducción es nuestra], ver Michal Gal, “Merger Policy for Small and Micro Jurisdictions”, en *More Pros and cons of Merger Control*, Konkurrensverket Swedish Competition Authority, http://www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/Pros&Cons/rapport_pr_os_and_cons_more_merger_control_2012.pdf, p. 69.

términos objetivos y caso por caso. No todas las operaciones son problemáticas, no todas las industrias están concentradas, y el contexto de cada operación debe ser analizado con cuidado, ya que puede variar con el tiempo, en especial dado que el análisis de concentraciones es esencialmente prospectivo. Por lo tanto, el análisis de concentraciones no debe dejarse a la mano de los sesgos negativos del mercado o la industria, ni se debe utilizar como herramienta para regular o corregir fallas en el mercado preexistentes que no son inherentes a la concentración.

En resumen, antes de cualquier reforma al control de concentraciones, el legislador y la autoridad deben estar al tanto de cualquier prejuicio o percepción adversa que pueda distorsionar la buena fe y la apreciación objetiva de las iniciativas de reforma. El objetivo pretendido por cualquier régimen de control de concentraciones debe ser claro, con el fin de adoptar los mecanismos más adecuados, tomando en cuenta el contexto jurídico, institucional y económico de Chile.

Resumen: Percepción y objetivo del control de concentraciones

- Las concentraciones y el control de concentraciones debe ser abordado a través de una visión objetiva y neutral.
- Las concentraciones deben percibirse menos como “casos” y más como operaciones comerciales comunes, que pudiesen tener efectos a favor y/o en contra de la competencia.
- El análisis del control de concentraciones no debe tener un carácter contencioso, con independencia de si su análisis tiene lugar ante la autoridad de competencia o en el poder judicial.
- El control de concentraciones debe ser preventivo y específico sobre las concentraciones; y requiere un análisis caso por caso.

2. Marco Legal

2.1 Problemáticas

La primera problemática consiste en la ausencia de un control de concentraciones en la ley. La Ley de Competencia de 1973, con enmiendas, no prevé la posibilidad de un control de concentraciones como tal, ni se refiere a las concentraciones de forma explícita.

2.2 Evaluación y Recomendaciones

La ausencia de un marco legal para el control de concentraciones da pie a la *inseguridad jurídica* para las autoridades, las empresas y, finalmente, para los consumidores y la sociedad en general.

A nivel de las autoridades, la FNE y el TDLC han elaborado el sistema de control de concentraciones vigente mediante normas no vinculantes (*soft law*), a la luz de las disposiciones generales de la Ley de Competencia.¹⁴⁴ El uso de las normas no vinculantes (*soft law*) conduce a dos tipos de problemas:

- Por un lado, plantea una *cuestión de legalidad*. En ausencia de disposiciones legislativas explícitas sobre el control de concentraciones, ciertos Autos Acordados del TDLC y la Guía de la FNE pueden considerarse que van más allá de la Ley.¹⁴⁵ Esta Guía y Autos Acordados atienden la necesidad de una eficacia y pragmatismo ausentes en las disposiciones legales formales, pero su legalidad puede cuestionarse en los tribunales.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Las disposiciones generales pertinentes incluyen los Arts. 3, 18, 26 y 39 (ñ) de la Ley de Competencia. Ver Parte I para mayor información sobre estas disposiciones y sobre los Autos del TDLC y la Guía de la FNE.

¹⁴⁵ El sistema jurídico chileno se basa en la tradición jurídica continental. De hecho, podría ser cuestionado el efecto suspensivo de las consultas, que sólo es establecido en el Auto Acordado del TDLC sobre Concentraciones, así como el procedimiento de análisis de concentraciones por la vía rápida ante la FNE, que existe en virtud de la Guía de la FNE sobre Concentraciones.

¹⁴⁶ Por ejemplo, el caso LAN/TAM desencadenó un debate considerable sobre si debe permitirse a terceras partes someter concentraciones a consulta en virtud del Artículo 18 (2) de la Ley de Competencia, mientras que el caso Nestlé/Pfizer puso en duda si los acuerdos extrajudiciales previstos en el

- Por otro lado, plantea el *riesgo de incompatibilidad*. Dado que las normas no vinculantes (*soft law*) corresponden a dos autoridades diversas (la FNE y el TDLC) existe el riesgo de que adopten distintos caminos normativos, que con el tiempo pueden tornarse conflictivos.

Si Chile desea dotarse de un sistema de control de concentraciones efectivo, eficaz y transparente, debe establecer en la ley un régimen de control formal y vinculante. Esto no significa que todos los aspectos del control de las operaciones de concentración deban estar detallados en la ley. La eficacia y efectividad del sistema pueden requerir que se deje a regulaciones secundarias y a la práctica de las autoridades cierto margen de apreciación y adaptación. Dado que la aplicación de la Ley de Competencia se comparte entre la FNE y el TDLC, el riesgo de incompatibilidad en las políticas de aplicación también debiera abordarse. Una opción sería entregar a una comisión conjunta de expertos la facultad de dictar normas de control de concentraciones en las que la ley deje espacio para normas no vinculantes (*soft law*).¹⁴⁷

En segundo lugar, a *nivel de las empresas*, la ausencia de un marco legal resulta perjudicial y costosa, tanto para las empresas como para la economía en general. La falta de normas vinculantes claras bajo las cuales las operaciones deban ser analizadas, los plazos del proceso, y las normas sustantivas aplicables, pueden ocasionar que las empresas se vean disuadidas de informar a la FNE o al

Artículo 39 (ñ) de la Ley de Competencia son permitidos en el contexto de un análisis de concentraciones.

¹⁴⁷

En dicho caso, la ley debe dejar claro quién tiene la facultad de ofrecer esas orientaciones, y otorgar carácter obligatorio a tal orientación tanto a la FNE como al TDLC en el ejercicio de sus respectivas facultades de control de concentraciones. Una comisión conjunta podría incluir miembros actuales o anteriores de la FNE y el TDLC para adoptar reglas y normas comunes que fueran relevantes al nivel tanto de la FNE como del TDLC: por ejemplo, orientación sobre la aplicación del estándar sustantivo, normas en el tratamiento de la información confidencial, la evaluación de la carga de trabajo y los criterios de notificación. La FNE y el TDLC podrían, sin embargo, tener normas internas separadas en cuanto a su propio funcionamiento y procedimientos se refiere. El objetivo principal de establecer comisiones conjuntas consiste en evitar inconsistencias en el nivel de la aplicación, cuando la aplicación del control de concentraciones está en las manos de dos organismos separados (ejecutivo y judicial).

TDLC sobre su proyecto de concentración.¹⁴⁸ Como resultado, existe toda una gama de posibles operaciones anticompetitivas que pueden escapar del control de concentraciones (“bajo control”). Las operaciones anticompetitivas sin control dañan la competencia en los mercados, y por lo tanto, a la economía y los consumidores.¹⁴⁹ Del mismo modo, las empresas conservadoras o adversas al riesgo pueden abandonar ciertos proyectos de concentración, pues no pueden costear la incertidumbre legal en torno al régimen de control de concentraciones de Chile.¹⁵⁰ Esto es costoso para una sociedad en la que concentraciones potencialmente pro-competitivas son abandonadas, no pudiendo generar sinergias y eficiencias en beneficio de los consumidores. Las empresas conservadoras pueden, como alternativa, decidir presentar todos los proyectos de concentración, incluidos los no problemáticos, ante la FNE o el TDLC en busca de su autorización, y por lo tanto, tener confianza de que su concentración se mantendrá firme. Con esta acción y debido a la ausencia de normas claras vinculantes, invertirían tiempo y dinero en largos procedimientos de análisis, que pudieran afectar la viabilidad y los beneficios del proyecto de concentración por completo. Tales procedimientos pueden también implicar un desperdicio de los recursos de las empresas y de las autoridades si la concentración notificada es notoriamente no problemática (“sobre control”). Un sistema de notificación claro, procedimientos de análisis eficientes, plazos y normas sustantivas, como se explica más adelante en este informe, pueden evitar en gran medida estos riesgos.

En tercer lugar, a *nivel del consumidor*, son ellos quienes en última instancia sufren las consecuencias de concentraciones anticompetitivas no analizadas, o el abandono de concentraciones pro-competitivas, y la asignación

¹⁴⁸ Una adquisición muy conocida que escapó al control de concentraciones es la adquisición de Paris por Cencosud S.A. En 2005, mediante el cual Cencosud se convirtió en el mayor supermercado de Chile y expandió su negocio de tarjetas de crédito.

¹⁴⁹ En Chile, el riesgo puede mitigarse cuando una concentración involucra las empresas que cotizan en industrias muy visibles al público (por ejemplo, supermercados, telecomunicaciones, energía), generalmente ubicadas en los principales centros económicos (las regiones de Santiago y Valparaíso), y con probabilidades de ser reportadas en la prensa. El riesgo aumenta, sin embargo, con respecto a las concentraciones que involucran sectores más pequeños, empresas de propiedad privada, empresas extranjeras o empresas ubicadas en áreas remotas de Chile.

¹⁵⁰ Los abandonos se han producido en varios sectores, según lo confirmado por los asesores legales corporativos y abogados de competencia.

ineficiente de los recursos de empresas públicas y privadas en procedimientos innecesarios e ineficientes.

Resumen: Marco Legal

- Establecer por la ley un régimen de control de concentraciones formal y vinculante que garantice su cumplimiento, claridad, certeza y consistencia para todos.
- Distinguir entre las normas y estándares de control de concentraciones que necesitan ser establecidos por la ley en las que la certeza y fuerza legal son esenciales, y las normas y estándares que pudieran dejarse a las normas no vinculantes (*soft law*) en las que la flexibilidad y adaptación son necesarias para asegurar la eficacia del sistema-.
- El marco legal debe ser claro y preciso, pero no rígido en exceso. Para asegurar la certeza jurídica, si la facultad de adoptar normas no vinculantes (*soft law*) se confía tanto a la FNE como al TDLC, la ley debe establecer los mecanismos para evitar incompatibilidades, por ejemplo, al establecer una comisión conjunta responsable de la adopción de normas no vinculantes (*soft law*) comunes y coherentes.

3. **Ámbito de Aplicación del Control de Concentraciones**

El primer paso necesario en el diseño de un sistema de control de concentraciones es definir cuándo debe evaluarse una operación de concentración. Comúnmente, son tres los pasos para determinar si una operación es sujeta al control de concentraciones: (3.1) la *definición de las concentraciones* susceptibles de control, (3.2) el establecimiento de un *sistema de notificación*, y (3.3) la determinación de los *umbrales de notificación*.

3.1 **Definición de las concentraciones susceptibles de análisis**

3.1.1 *Problemáticas*

El sistema de control de concentraciones vigente se ha basado, hasta ahora, únicamente en el Artículo 3 de Ley de Competencia, que prohíbe “*cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la competencia o*

que tienda a producir dichos efectos.”¹⁵¹ Por lo tanto, la Ley de Competencia no incluye una definición de “concentraciones”.

Las concentraciones son definidas, actualmente, tanto en la Guía de la FNE sobre Concentraciones como en el Auto Acordado del TDLC sobre Concentraciones de formas distintas. La Guía de la FNE prevé un enfoque más amplio al definir las como “cambios en los incentivos” entre compañías anteriormente independientes, lo que de acuerdo con la FNE también puede incluir alianzas estratégicas (*joint venture*), intereses minoritarios y la adquisición de una participación minoritaria, directa o indirecta, en la propiedad de un competidor.¹⁵² El Auto Acordado del TDLC vincula la noción de concentración con la de adquisición de “influencia decisiva” sobre una empresa independiente.¹⁵³ Ni la práctica de la FNE, ni la jurisprudencia del TDLC ha abordado una definición con más profundidad.

3.1.2 Evaluación y Recomendaciones

La definición de concentración es crucial para establecer un sistema de control de concentraciones transparente, predecible y eficaz. Definir las concentraciones no significa que dichas operaciones serán notificadas y controladas, ya que ello debiera depender de los umbrales de notificación. Tampoco significa que todas las operaciones puedan ser susceptibles de problemas de competencia. Definir las operaciones de concentración simplemente delimita qué tan amplio puede ser el ámbito de aplicación del sistema de control de operaciones de concentración.

En el contexto de las operaciones de concentración, el Artículo 3 considera como incriminatoria una concentración si es anticompetitiva, pero no señala qué

¹⁵¹ La misma disposición se utiliza para perseguir las infracciones de competencia, como los acuerdos restrictivos y los abusos de posición dominante. A diferencia de las concentraciones, que no tienen referencia en la ley, los acuerdos y abusos de posición dominante se describen expresamente en el Artículo 3 (a), (b) y (c) de la Ley de Competencia.

¹⁵² Para mayor información sobre cómo se define a las concentraciones en la Guía de la FNE sobre Concentraciones de la FNE, ver atrás en la Parte 1, sección 2 de este informe.

¹⁵³ Para mayor información en cómo se definen las concentraciones en el Auto Acordado del TDLC sobre Concentraciones, ver atrás Parte 1, sección 2 de este informe.

es una operación de concentración. Tanto la FNE y el TDLC han proporcionado cierta orientación en sus respectivas Guías y Autos Acordados para llenar esta ausencia. Sin embargo, estas definiciones no gozan de la fuerza legal de la Ley de Competencia y no son enteramente compatibles entre sí. Los criterios esenciales para identificar qué constituye una operación de concentración deberían ser vinculantes *erga omnes* y definidos de forma consistente.

Los criterios utilizados alrededor del mundo para definir las concentraciones son diversos y tienden a incluir criterios numéricos objetivos y/o criterios económicos:

- Los *criterios numéricos objetivos* normalmente se basan en el porcentaje de acciones, activos o participación adquiridos en una empresa previamente independiente (el “objetivo”), por ejemplo, la adquisición de un 50% o más de participación en el objetivo.¹⁵⁴ Los porcentajes bajos pueden combinarse con los criterios cualitativos o económicos, para evitar la recepción de demasiadas operaciones no problemáticas. El nivel del porcentaje también puede variar, dependiendo de si la operación es de naturaleza horizontal, vertical o de conglomerado. El principal riesgo de criterios puramente numéricos es que pueden ser manipulados por las empresas al estructurar las operaciones para caer justo por debajo del porcentaje.
- Los *criterios económicos* son más bien cualitativos y se centran en la influencia corporativa adquirida mediante el objetivo. Los regímenes de control de concentraciones que han adoptado criterios económicos varían tanto en el nivel, como en el tipo de influencia requerida por una operación para ser sujeta al control de concentraciones, por ejemplo, la adquisición de “control,” “influencia decisiva” o “influencia significativa competitivamente.” Los criterios económicos son más propensos a evitar el riesgo de manipulaciones, pero

154

Tales porcentajes (es decir, cuánto de una empresa objetivo es adquirida) no deben confundirse con los umbrales de notificación (para establecer un vínculo suficiente con la jurisdicción), ni con los umbrales sustantivos (para determinar los efectos competitivos de la concentración).

requieren de cierta interpretación caso por caso, y orientación de seguimiento en conceptos como “control” o “influencia.”¹⁵⁵

Las concentraciones totales (o “fusiones”) y las adquisiciones, por lo general, no plantean dudas sobre si debieran ser analizadas por el control de concentraciones pues introducen un cambio estructural duradero en el mercado. Los criterios de definición de las concentraciones son más bien de uso crítico, para identificar las operaciones en los márgenes, tales como las alianzas estratégicas (*joint ventures*), adquisiciones, o incluso intereses minoritarios que también pueden merecer atención. Como resultado, en la selección de los criterios para definir las operaciones de concentración, cada país se enfrenta al desafío de evitar captar demasiado (errores del tipo I) o muy poco (errores del tipo II) del universo de las operaciones, y de garantizar una asignación eficiente de sus recursos. Esto requiere que cada país considere la realidad y las características de su economía, industria y las operaciones potencialmente problemáticas.

Una reforma al control de concentraciones representa para Chile una oportunidad de reflexionar y determinar el alcance de la órbita de evaluación de las operaciones de concentración potencialmente dañinas. Para tal fin, debe encontrar el balance entre el deseo de revisar la totalidad o la mayoría de las operaciones potencialmente dañinas, y la posibilidad de administrar los procesos de análisis a un costo razonable para todos los involucrados.¹⁵⁶ El resultado debe consistir en el establecimiento de criterios objetivos, claros y transparentes a la luz del panorama general de su economía y capacidades. En este sentido, no existe una definición general aplicable a todos los países, sin embargo, los siguientes cuestionamientos y observaciones, pueden ayudar a encontrar el equilibrio en la definición de las operaciones de concentración:

- Optar por una definición *restrictiva* de las concentraciones, por ejemplo, basada en la adquisición de “control” (*de jure* o *de facto*),¹⁵⁷

¹⁵⁵ Para un análisis más de los criterios comúnmente usados para definir las concentraciones, este informe hace referencia a la nota de antecedentes de la OCDE de 2013 «Definición de Operación para los fines del Análisis del Control de Concentraciones», <http://www.oecd.org/daf/competition/Merger-control-review-2013.pdf>.

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ Un cambio de “control” sobre una base duradera es el criterio para el control de concentraciones en la Unión Europea: Reglamento (EC) No 139/2004 de

la “influencia decisiva” o participaciones mayoritarias, conlleva el riesgo de errores del tipo II. Para evitar la aplicación insuficiente de la ley, se debe considerar si las operaciones no problemáticas, que no entran en esta definición pudieran, de otra forma, ser absorbidas por otras herramientas alternativas.¹⁵⁸ De no ser así, pudiera ser necesaria una definición de las operaciones de concentración más amplia o normas de competencia adicionales, si se encuentra que dichas operaciones problemáticas merecen atención.

- Optar por una definición *más amplia*, basada en la adquisición de una “influencia sustancial” o “influencia competitivamente significativa,” o la adquisición de una participación inferior al 50%,¹⁵⁹ por ejemplo, implica el riesgo de errores tipo I. Para evitar una aplicación excesiva, una definición amplia puede usarse en combinación con:
 - Criterios adicionales en la definición de operaciones de concentración que establezcan un cambio estructural en la relación entre las empresas;
 - Un alto umbral de notificación. En tal caso, la autoridad puede desarrollar evaluación sobre tales operaciones, pero no las revisará todas de manera sistemática (véase más adelante la sección 3.3 sobre umbrales de notificación); o
 - Umbrales sustantivos o de puerto seguro: en este caso, la operación puede ser analizada y notificada, pero podría beneficiarse de un procedimiento de aprobación expedito si cae

20 de Enero de 2004 sobre el control de concentraciones entre empresas (“Reglamento Comunitario de Concentraciones”), <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/regulations.html>, Artículo 3.

¹⁵⁸ Por ejemplo, ¿podría la adquisición de activos estratégicos o la creación de alianzas estratégicas (*joint venture*) de colaboración, que no confieren control pero pueden resultar anticompetitivas, caer en la prohibición de acuerdos restrictivos o prácticas de exclusión (investigaciones *ex post*)? ¿Podría crearse un mecanismo de control para las adquisiciones problemáticas de intereses minoritarios?

¹⁵⁹ Canadá, Alemania, Japón, el Reino Unido y los Estados Unidos se encuentran entre los países que han adoptado una definición de concentración más amplia.

por debajo de los umbrales sustantivos (véase más adelante la sección 5 sobre el estándar sustantivo).

- En la definición de las operaciones de concentración, la pregunta central es si las operaciones en el límite son críticas para la política de aplicación de la competencia del país y, de ser así, si deberían caer bajo el control de concentraciones. Tales operaciones incluyen, principalmente, las alianzas estratégicas (*joint ventures*) y la adquisición de intereses minoritarios o intereses cruzados:
 - En cuanto a las alianzas estratégicas (*joint ventures*), los países que han adoptado una definición de las operaciones de concentración más amplia, generalmente no las consideran de manera diferente a una concentración, mientras que los países más restrictivos han adoptado comúnmente criterios específicos.¹⁶⁰ Cuando las alianzas estratégicas (*joint ventures*) escapan al control de concentraciones, se debe cuestionar si aquellas que pudieran generar problemas de competencia pueden ser analizadas bajo las normas generales de la Ley de Competencia. (por ejemplo, mediante acuerdos restrictivos).
 - En cuanto a las adquisiciones de participaciones minoritarias “es bien entendido hoy en día que bajo ciertas condiciones, las participaciones minoritarias pueden tener efectos anticompetitivos.”¹⁶¹ Ciertos países han decidido someter las adquisiciones minoritarias al control de concentraciones: para tal efecto, han establecido los límites apoyados por criterios numéricos (la adquisición de participación del 25% o menos)¹⁶² o en un criterio económico flexible (la adquisición de “influencia

¹⁶⁰ Por ejemplo, el control de concentraciones de la Unión Europea se aplica a las alianzas estratégicas (*joint venture*) siempre que conducen a una entidad económica autónoma de “función completa.”

¹⁶¹ OCDE Política de la Mesa Redonda, «Definición de Operación para los fines del Análisis del Control de Concentraciones», op. cit. [la traducción es nuestra].

¹⁶² Brasil, Alemania y Japón están entre los países que han adoptado umbrales numéricos bajos, a veces en combinación con factores adicionales. Por ejemplo, en Japón, el 20% de la adquisición de participaciones puede ser analizado si el adquirente se convierte en el accionista mayoritario.

competitivamente significativa” o “participación significativa”).¹⁶³ Por el contrario, la adquisición de participaciones minoritarias escapa al control de concentraciones en los países que se apoyan en altos criterios numéricos (por ejemplo, la adquisición de una participación igual o mayor al 50 %) o en criterios económicos restrictivos, tales como la adquisición de “control” (a menos que se considere que la participación minoritaria va a otorgar un control de facto). La pregunta principal para esto último es si las participaciones minoritarias deben ser analizadas, y de ser así, bajo qué régimen: el control de concentraciones, o mediante violaciones generales de la Ley de Competencia, disposiciones *ad hoc* específicas a dichas operaciones, o mediante la aplicación tradicional del derecho de la competencia.¹⁶⁴ Las disposiciones *ad*

¹⁶³ Intereses meramente pasivos, es decir, la adquisición de un interés exclusivamente por razones financieras o de inversión, generalmente se excluyen.

¹⁶⁴ Como se observa en el Informe de la OCDE, “no hay una gran confianza en que los instrumentos alternativos de aplicación puedan llegar efectivamente a las operaciones que se encuentran en algún punto del límite del análisis de concentraciones e intervenga regularmente en contra de aquellas que puedan tener efectos anticompetitivos” [la traducción es nuestra], OCDE, Política de la Mesa Redonda, «Definición de Operación para los fines del Análisis del Control de Concentraciones», op. cit. De hecho, la FNE publicó recientemente un estudio sobre la participación minoritaria y directores comunes: División de Fusiones y Estudios de la FNE, “Participaciones minoritarias y directores comunes entre empresas competidoras,” Noviembre de 2013, <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/11/Participaciones-minoritarias.pdf>. En la Unión Europea, la Comisión Europea está considerando la posibilidades entre ampliar el alcance de su órbita de control de concentraciones o hacer frente a los intereses minoritarios por separado bajo su política de competencia: Comisión Europea, Consulta pública y documento de trabajo, “Hacia un control de concentraciones más efectivo en la UE,” http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_merger_control/index_en.html. En el Reino Unido, la OFT comisionó un informe de investigación sobre el mismo tema y concluye que el daño competitivo puede surgir como resultado de intereses minoritarios retenidos por los competidores, en base a varias teorías sobre daño: OFT, *Minority Interests in Competitors*, Marzo de 2010, http://oft.gov.uk/shared_oft/economic_research/oft1218.pdf. En los Estados Unidos, la FTC, el DOJ y el Tribunal Supremo han declarado reiteradamente que las adquisiciones parciales (incluyendo la participación

hoc o una extensión del alcance del control de concentraciones pueden ser relevantes si se logra la aplicación del derecho respecto a vínculos estructurales problemáticos. En otras palabras, si Chile opta por un enfoque restrictivo para centrarse en las concentraciones simples, nada impide la adopción y aplicación de las disposiciones generales de la Ley de Competencia contra operaciones que merezcan atención. De cualquier forma, la ley debe ser clara en cuanto a si las operaciones en los límites pueden ser analizadas. Además, las guías y/o decisiones claras en el ámbito de la aplicación de las normas deben corroborar la interpretación de las disposiciones legales.¹⁶⁵

- Las guías también pueden aclarar si el control de concentraciones puede aplicarse a *concentraciones horizontales, verticales y de conglomerado* bajo los mismos criterios de definición de concentraciones (influencia significativa, por ejemplo).¹⁶⁶ La práctica actual del control de concentraciones de Chile se ha centrado, hasta ahora, principalmente en las operaciones horizontales, es decir, las concentraciones entre competidores, pero la definición de las

minoritaria) fueron analizados bajo la sección 7 de la Ley Clayton, 15 U.S. Code § 18 – Adquisición por una corporación de acciones de otra, <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/18>; las guías de adquisiciones de 2010 han confirmado este enfoque mediante la inclusión de una nueva sección sobre el análisis de adquisiciones parciales; ver las guías de las operaciones horizontales del DOJ y la FTC, 19 de Agosto de 2010, <http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>.

¹⁶⁵ Para un análisis más detallado de las cuestiones de aplicación del derecho de la competencia derivadas de las participaciones minoritarias, este informe refiere a la OCDE Política de la Mesa Redonda de 2009 sobre “Problemas de la defensa de la competencia que implican participaciones minoritarias y directores comunes”, DAF/COMP(2008)30, 23 de Junio de 2009, <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/41774055.pdf>.

¹⁶⁶ Las operaciones verticales y de conglomerado también pueden plantear problemas de competencia bajo ciertas circunstancias, y por lo tanto, requerir escrutinio. Esto es especialmente cierto para una economía pequeña como la de Chile, cuyos niveles de concentración son altos en mercados específicos, pero también cuyo pequeño grupo de entidades económicas controlan una gran parte de la actividad económica general, a través de grupos de conglomerado o participaciones activas en varios mercados.

operaciones susceptibles de análisis puede elevar la conciencia pública de que una concentración puede ser analizada sin importar si es contemplada entre competidores, empresas activas en diferentes niveles de la cadena de suministro o en industrias distintas.

- La determinación de si una operación cumple con la definición de concentración, generalmente aborda un solo acto u operación puntual. Sin embargo, en ciertos casos una empresa puede tomar la decisión de adquirir una empresa objetivo parte por parte, mediante múltiples operaciones pequeñas. Si el fin de tal estrategia es escapar al control de concentraciones o no, el enfoque jurisdiccional debe incluir un factor temporal, es decir, un *plazo* en el que el control puede ser ejercida sobre operaciones sucesivas si, tomadas como un todo, cumplen con los criterios de una concentración.¹⁶⁷

No existen estadísticas del número total o promedio ni del tipo de operaciones que tuvieron lugar en Chile.¹⁶⁸ Las concentraciones, y por lo tanto, el control de concentraciones, pueden, aún así, ser ampliamente definidos sin temor a causar demasiados procesos de análisis de concentraciones. La carga de trabajo real depende más bien de los umbrales del sistema de notificación, que determinan las operaciones susceptibles de análisis que serán sometidas al control de concentraciones. El ámbito del control de concentraciones puede, sin embargo, requerir con el tiempo ajustes y mejoras, a la luz de la economía, la realidad de las empresas y la experiencia del control de concentraciones en el país.¹⁶⁹

¹⁶⁷ Por ejemplo, en una jurisdicción basada en la adquisición de “control,” la ley puede indicar que la adquisición sucesiva de intereses minoritarios se considera una concentración si en dos años la suma de esos intereses excede el 50 por ciento de una empresa objetivo. Las “Adquisiciones Progresivas” se refieren a una cadena de adquisiciones a través del tiempo que pudieran no plantear preocupación de forma individual, pero si pudieran hacerlo en su conjunto.

¹⁶⁸ Sólo la información limitada está disponible para las empresas que cotizan, con base en los documentos obligatorios con la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS). El Instituto Nacional de Estadísticas (INE) y el Servicio de Impuestos Interno (SII) en Chile no compilan un registro de operaciones y la mayoría de sus estadísticas son tratadas de forma confidencial.

¹⁶⁹ Para ello, una reforma del control de concentraciones en Chile puede establecer mecanismos para recopilar estadísticas del número y de los tipos

Resumen: Concepto de concentraciones susceptibles de análisis

- Un sistema de control de concentraciones requiere una definición de los tipos de operaciones susceptibles de ser controladas en Chile.
- Los criterios esenciales de las operaciones de concentración deben ser vinculantes *erga omnes* y definidas coherentemente. Una vez que el ámbito de control de concentraciones sea delimitada por ley, las autoridades pueden proporcionar orientación adicional a través de la jurisprudencia y guías.
- Las concentraciones totales (o “fusiones”) y las adquisiciones, normalmente no plantean dudas en cuanto a si deben ser analizadas por el control de concentraciones, puesto que inducen un cambio estructural duradero en el mercado.
- Los criterios para definir las concentraciones son más bien de uso crítico, para identificar las operaciones en los límites, tales como las alianzas estratégicas (*joint ventures*) o la adquisición de participaciones minoritarias, que pudieran merecer análisis.
- Los criterios utilizados alrededor del mundo para definir las concentraciones son diversos y tienden a incluir criterios numéricos objetivos y/o más criterios económicos.
- El enfoque de aplicación del control de concentraciones puede incluir un plazo para desarrollar control sobre operaciones sucesivas que en conjunto generan una concentración.

de operaciones que se producen en Chile, para evaluar *ex post* si el enfoque jurisdiccional es significativo, y revisarlo cuando sea necesario para abarcar más o menos las operaciones en función de su relevancia para la política del control de concentraciones y la economía.

3.2 *Sistema de notificación*

3.2.1 *Problemáticas*

Un problema central que emerge del régimen de control de concentraciones vigente en Chile consiste en su mecanismo de notificación, es decir, el mecanismo por el cual una concentración es traída a la atención de la autoridad para ser analizada y corregida si surgen preocupaciones de competencia. Hay 5 tipos de problemas derivados del mecanismo de notificación existente en Chile.

- Primero, no existe un sistema de notificación bajo la ley vigente. Sólo las normas y procedimientos generales de la Ley de Competencia proporcionan bases legales y canales para la notificación de concentraciones.
- Segundo, no existe un proceso único de notificación de concentraciones. La notificación de concentraciones puede darse mediante múltiples canales, formal o informalmente, basado en la Ley de Competencia o en las normas no vinculantes (*soft law*), y ante el TDLC o la FNE.¹⁷⁰
- Tercero, la notificación de concentraciones normalmente es descrita como voluntaria. Sin embargo, una concentración puede ser “notificada” por las Partes bajo el sistema de notificación voluntaria (consulta del TDLC o ante la FNE), pero también por iniciativa de la

¹⁷⁰

De hecho, la notificación de concentraciones puede ser solicitada de tres formas distintas: ante el TDLC, ya sea a través de una consulta o de un proceso contencioso bajo el Artículo 18 (2) y (1) de la Ley de Competencia, respectivamente; y ante la FNE mediante la presentación de la concentración bajo sus Guías de Concentraciones. El riesgo de procedimientos contenciosos y de consulta paralelos se ha resuelto con el Auto Acordado del TDLC sobre Procedimientos Paralelos, op. cit., pero el riesgo de procedimientos en la FNE y el TDLC paralelos o simultáneos permanece, ya que el informal proceso de presentación con la FNE no excluye los procedimientos de consulta o contenciosos con el TDLC.

FNE o terceros (en consulta o acciones contenciosas), como se muestra a continuación en el Cuadro 2.¹⁷¹

Cuadro 2. Estadísticas del Análisis de Concentraciones ante el TDLC y la FNE

Análisis de concentraciones ante el TDLC: Desde la creación del TDLC en 2004, 19 concentraciones se sometieron ante el TDLC para su análisis:¹⁷² 17 consultas, un procedimiento contencioso y un acuerdo. De las 17 consultas, 13 fueron presentadas por las Partes y 4 por la FNE. Las Partes retiraron su proyecto de concentración en tres de las cuatro consultas iniciadas por la FNE. Una parte de las consultas presentadas por las Partes fue por decisión del FNE o terceros, al actuar en contra de la concentración, o porque la notificación por las Partes fue impuesta como una condición en decisiones anteriores del TDLC.

Revisión de concentraciones ante la FNE: Desde la creación de la División de Fusiones y Estudios de la FNE en 2012, 38 operaciones han sido revisadas hasta la fecha, sólo 3 de las cuales fueron presentadas por las Partes. Entre 2007 y 2011, 66 operaciones fueron revisadas de oficio por la FNE.¹⁷³ Una parte sustancial de los recursos de la División de Fusiones y Estudios de la FNE se emplea en el monitoreo de la prensa para detectar concentraciones, anunciadas o consumadas, que puedan merecer atención.¹⁷⁴

¹⁷¹ Ante el TDLC: las consultas pueden ser presentadas por las Partes, pero también por la FNE o terceros con interés legítimo, como se muestra en el caso LAN/TAM; mientras que los procedimientos contenciosos pueden ser presentados por la FNE o un tercero cualquiera, como se muestra en el caso del cine Hoyts. Ante la FNE: un análisis de concentraciones puede ser notificado por las Partes o ser iniciada de oficio por la FNE.

¹⁷² Las estadísticas para el TDLC se cerraron el 31 de Enero de 2014.

¹⁷³ Las estadísticas para la FNE fueron proporcionadas por la FNE y cerraron el 31 de Enero de 2013. No hay estadísticas disponibles anteriores al 2007. La Guía de la FNE sobre Concentraciones, que permite la notificación voluntaria de las Partes de la concentración, se adoptó en 2012. Por lo tanto, todas las investigaciones de concentraciones de la FNE se abrieron de oficio.

¹⁷⁴ Aproximadamente el 20% de los recursos de la División de Fusiones y Estudios de la FNE se utiliza en el monitoreo de la prensa para detectar concentraciones, en tanto que el 80% restante se utiliza en investigar aquellas detectadas para determinar si plantean preocupaciones de competencia.

- Cuarto, la FNE y el TDLC han adoptado lineamientos y Autos Acordados independientes, respecto de la información a proporcionar por las Partes en su notificación o consulta.¹⁷⁵ No hay un conjunto único de normas sobre cómo debe ser notificada una concentración, ni orientación sobre posibles pre-notificaciones o pre-consultas, ya sea ante la FNE o en el TDLC.¹⁷⁶
- Por último, la mayoría de las partes interesadas, incluidos los miembros de la FNE y del TDLC, representantes de las empresas y de los consumidores, y expertos en la Ley de Competencia independientes, tienden a estar de acuerdo en que el llamado sistema de notificación voluntaria actual no funciona. A nivel de la FNE, muy pocas concentraciones fueron notificadas proactivamente por las Partes, principalmente debido a que una revisión de la operación de concentración por la FNE no impide un procedimiento del TDLC en la misma operación. A nivel del TDLC, se ha concedido a los terceros el derecho de presentar una concentración para su consulta, en particular, para incentivar o forzar indirectamente las llamadas presentaciones “voluntarias” de operaciones de concentración al TDLC.

3.2.2 *Evaluación y Recomendaciones*

De acuerdo con la Recomendación de la OCDE, la revisión de las concentraciones debe ser efectiva, eficaz y oportuna.¹⁷⁷ El control de concentraciones requiere alguna forma de sistema de notificación que traiga las operaciones a la atención de la autoridad. Para ello, en primer lugar, Chile debe

¹⁷⁵ La Guía de la FNE sobre Concentraciones (operaciones horizontales) y el Auto Acordado del TDLC sobre Concentraciones.

¹⁷⁶ En la práctica, la participación de las Partes regularmente es limitada, ya que la mayoría de los análisis de la FNE se inician de oficio y dado que a nivel del TDLC, incluso cuando una consulta es puesta en marcha por las Partes, se les trata como a cualquier otra parte de un procedimiento de adjudicación del TDLC.

¹⁷⁷ Recomendación del Consejo sobre Análisis de Operaciones de Concentración de la OCDE, 23 de Marzo de 2005–C(2005)34, <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=195&InstrumentPID=191&Lang=en&Book=False>, (en adelante “Recomendación de Concentraciones de la OCDE”), Artículo I.A.1.

seleccionar un mecanismo de notificación (obligatorio, voluntario o híbrido), y en segundo lugar, establecer las características necesarias para las notificaciones, para que sean efectivas, eficaces y oportunas.

Notificación obligatoria vs. voluntaria. Un tema central a tener en cuenta al definir una política de control de concentraciones es si la notificación de operaciones de concentración debe ser obligatoria, voluntaria o una combinación de ambas. De cualquier forma, deben establecerse criterios claros y objetivos para determinar si una fusión debe ser notificada y cuándo (en un sistema obligatorio), y en qué supuestos una operación califica para su análisis (en un sistema voluntario).¹⁷⁸ La elección de un sistema de notificación puede depender del contexto legal, institucional y económico de cada país. En la reforma de su control de concentraciones, Chile debe determinar si las dificultades actuales de su sistema voluntario serían abordadas de mejor forma si se revisa y mejora el sistema voluntario, o si se introduce en su lugar, un sistema obligatorio o híbrido. Al tomar esa decisión, las siguientes observaciones deben ser consideradas:

- Un análisis comparado del control de concentraciones muestra que, sea por razones políticas, económicas o pragmáticas, los sistemas de notificación de concentraciones en el mundo son predominantemente obligatorios. Sólo unos cuantos países han adoptado y mantenido un sistema de notificación voluntario.¹⁷⁹
- Históricamente, Chile optó por un sistema voluntario en el supuesto pragmático de que era una economía pequeña con unos pocos jugadores en cada industria, en quienes se podía confiar condujeran una autoevaluación en sus operaciones y se presentaran cuando el control de concentraciones fuera deseable. El punto es que en la práctica no ha funcionado como se esperaba. Muy pocas consultas se presentan ante el TDLC y la mayoría de las investigaciones sobre concentraciones de la FNE se abren de oficio. Además, los avances judiciales revelan que, debido a que el sistema voluntario ha fallado, los análisis de concentraciones se han visto obligados a transitar por canales indirectos, como lo es otorgándole derecho a terceros de someter a análisis operaciones de concentración en las que no son

¹⁷⁸ Ibid., Recomendación I.A.1.2.ii.

¹⁷⁹ Por ejemplo, Australia; Hong Kong, China; Nueva Zelanda; Singapur y el Reino Unido.

parte, y al imponer la condición de notificación obligatoria en transacciones subsecuentes.¹⁸⁰ El sistema de notificación actual en Chile es, por lo tanto, semi-voluntario. Cualquier reforma debe considerar que actualmente, las agencias y las Partes recurren a formas indirectas o impredecibles para contrarrestar un sistema de notificación ineficaz y poco claro.

- Los sistemas voluntarios por lo general generan tasas de notificación más bajas y tienen bajos costos de aplicación asociados al control de concentraciones. En Chile, sin embargo, las fallas del sistema voluntario actual han supuesto importantes costos de tres tipos: (i) La inseguridad del sistema, incluidos la duración y el riesgo de procedimientos de análisis sucesivos de la FNE, TDLC y/o la Corte Suprema, los que han demostrado ser costosos para todas las partes involucradas, incluidas las Partes, terceros, la FNE y los consumidores afectados;¹⁸¹ (ii) una parte sustancial de los recursos de la División de Fusiones y Estudios de la FNE se gastan en monitorear la información pública para detectar operaciones, ya sea *ex ante* o *ex post*, que puedan requerir análisis, y en recopilar información adicional de las Partes (a menudo reacios), para poder llevar a cabo su investigación de la concentración;¹⁸² (iii) hay un costo inconmensurable a la sociedad respecto de todas las concentraciones potencialmente anticompetitivas que escapan al análisis. Los beneficios de un sistema voluntario no pueden ser alcanzados cuando el sistema no es lo suficientemente efectivo y predecible. Como se lista abajo, en el Cuadro 3, existen un número de condiciones a cumplir para que un sistema voluntario funcione, que actualmente no se cumplen en Chile.

¹⁸⁰ El Informe Anual del TDLC de 2013 confirma que el sistema actual de control de concentraciones “no es tan voluntario como lo parece,” 13 de Marzo de 2013, op. cit., p. 11. [La traducción es nuestra].

¹⁸¹ Por ejemplo, la asociación de consumidores presentó una consulta para que el TDLC revisara el proyecto de concentración de LAN/TAM incurrido en gastos legales y procesales sustanciales. La sentencia del TDLC decide sobre la concentración; no ordena la recuperación de costos ni reembolso. El único beneficio para el tercero demandante es la obtención de condiciones o la prohibición de una concentración anticompetitiva. Véase adelante, bajo la sección 4 sobre procedimientos de análisis para más información.

¹⁸² Ver atrás, nota al pie 173, sobre la asignación de los recursos de la División de Fusiones y Estudios de la FNE.

- Un sistema de notificación voluntario también se apoya, en gran medida, en el conocimiento de las empresas sobre las normas de control de concentraciones y en su habilidad y disposición para “jugar el juego.”¹⁸³ La pregunta es si el mejorar el sistema voluntario actual de Chile, estableciendo, por ejemplo, un régimen de control claro e incrementando la eficacia del proceso, sería suficiente para que el sistema funcione.¹⁸⁴ Establecer un sistema de notificación obligatorio o híbrido puede aliviar esta preocupación: las nuevas obligaciones legales, junto con el riesgo de sanciones por falta de notificación, mejoraría la conciencia de las empresas e incentivaría a las empresas a reportar sus concentraciones.
- La principal preocupación, generalmente asociada con un sistema obligatorio, es que aumentaría el número de notificaciones y los costos de aplicación. Tales costos, sin embargo, dependen básicamente de los umbrales de notificación¹⁸⁵ y de los requerimientos de información, más que de la propia naturaleza obligatoria del sistema como tal. El aumento de recursos para la autoridad puede ser cubierto de varias formas: en primer lugar, al pasar de un sistema voluntario a un sistema obligatorio de notificación puede implicar un cambio en los recursos empleados para el monitoreo y utilizarse para el análisis de notificaciones obligatorias; en segundo lugar, puede imponerse un pago de derechos como parte del sistema de

¹⁸³ En ausencia de conciencia empresarial, el sistema debe basarse únicamente en el monitoreo de la autoridad y sus recursos de recopilación de información. El sistema también se puede apoyar en las demandas de terceros, pero eso también requiere conciencia del derecho de la competencia.

¹⁸⁴ Todas las consultas de las concentraciones presentadas a la fecha ante el TDLC fueron iniciadas por grandes compañías con sede en el área de Santiago, donde se localizan tanto la FNE como el TDLC, donde las operaciones se registran regularmente en la prensa dominante. Aún así, una gran concentración escapó al control de concentraciones en 2005. *A fortiori*, es poco claro si empresas más pequeñas y compañías activas en las regiones remotas de Chile algún día llevarán a cabo una evaluación de concentraciones si el sistema permanece voluntario y si es probable que su concentración no se vea en la capital.

¹⁸⁵ See *infra* under section 3.3.

notificación;¹⁸⁶ y en tercer lugar, considerar la posibilidad de un presupuesto extra para la autoridad, cuando sea factible. Además, en la búsqueda del bienestar social, no sólo los costos de la autoridad importan, sino también los costos y beneficios resultantes para la sociedad como consecuencia de un sistema de notificación. Pueden surgir costos para la sociedad, por ejemplo, al no controlar las operaciones anticompetitivas, gastar demasiado en operaciones no problemáticas, por criterios poco claros que disuada o retrasen el control de concentraciones, por monitoreo excesivo, o por revisar una concentración durante un largo periodo.

El cuadro a continuación resume y compara el mínimo de condiciones requeridas para que los sistemas **obligatorio** y **voluntario** sean operativos, en particular a la luz de la Recomendación sobre concentraciones de la OCDE y mejores prácticas internacionales.¹⁸⁷ El cuadro también resalta las principales ventajas y desventajas de cada sistema de notificación.

¹⁸⁶ El pago de derechos debe ser razonable y no tan elevado como para disuadir a las empresas, especialmente a las pequeñas y medianas, de notificar sus operaciones. Aún así, el pago representa una carga financiera menor para las empresas en procedimientos largos e inciertos, que involucran costos legales, procesales y operacionales bajo el régimen voluntario actual de Chile. También debe ser menor que las sanciones por falta de presentación bajo un régimen obligatorio.

¹⁸⁷ Recomendación sobre Concentraciones de la OCDE, op. cit.; y RICE Prácticas Recomendadas para Procedimientos de Notificación de Concentraciones (en adelante las, “Recomendaciones Prácticas de la RICE”), disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc589.pdf>.

Cuadro 3. Comparación de los Sistemas de Notificación de Concentraciones		
Sistemas de Notificación	Obligatorio	Voluntario
Condiciones	<ul style="list-style-type: none"> ● Criterios claros y objetivos para determinar si una concentración debe ser notificada, incluyendo umbrales de notificación apropiados (lo que desencadena la notificación).¹⁸⁸ ● Requisitos de información razonables. ● Facultades y sanciones de oficio contra la falta de notificación. 	<ul style="list-style-type: none"> ● Criterios claros y objetivos para determinar si una concentración califica para análisis, especialmente un estándar claro y sustantivo (lo que desencadena la notificación). ● Requisitos de información razonables. ● Conciencia de las empresas respecto de la política de competencia. ● Recursos de monitoreo suficientes. ● Facultades de oficio contra las concentraciones anticompetitivas. ● Visibilidad y notoriedad suficiente de la aplicación de la ley en el control de concentraciones.
Ventajas	<ul style="list-style-type: none"> + No se basa en la autoevaluación sustantiva de las empresas, sino en los umbrales de notificación. + Permite concentrar los recursos de la autoridad en el análisis de las concentraciones, más que en su detección. + Alto potencial de prevenir concentraciones anticompetitivas que ocurran en empresas no transparentes o privadas. + Eleva la conciencia general sobre la política de competencia. + Seguridad jurídica. 	<ul style="list-style-type: none"> + Potencial para centrarse en concentraciones problemáticas o complejas, ya que el detonante de las notificaciones es una evaluación sustantiva de la misma
Desventajas	<ul style="list-style-type: none"> - Alta dependencia de los umbrales de notificación. - Riesgo de que los recursos se utilicen en concentraciones no problemáticas (errores del Tipo I). 	<ul style="list-style-type: none"> - Alta dependencia de la conciencia de las empresas en la política de competencia y de las herramientas de monitoreo - Activada y altamente dependiente del autoanálisis de las empresas. - Mayor riesgo de no analizar concentraciones potencialmente dañinas que pasen inadvertidas (errores del Tipo II).

¹⁸⁸

Para mayor información sobre umbrales de notificación, ver adelante sección 3.3.

A la luz de las ventajas y desventajas de cada sistema de notificación, y dada la experiencia actual de Chile y su panorama económico e institucional, un sistema obligatorio previsto de las condiciones que aseguren su eficacia puede mostrarse más efectivo.¹⁸⁹ Tanto el TDLC como la FNE también han expresado la opinión de que el control de concentraciones debe ser obligatorio y previo a la operación.¹⁹⁰

Bajo un sistema de notificación obligatorio, sólo las concentraciones que cumplan con los umbrales de notificación serán sometidas al control de concentraciones. Por debajo de los umbrales, las concentraciones escapan al control de concentraciones y pueden ser consumadas sin aprobación. La mayoría de los regímenes de control de concentraciones alrededor del mundo han adoptado este sistema de notificación obligatorio puro, sobre todo como una cuestión de realismo y eficacia, ya que no todas las concentraciones pueden ser analizadas y porque los umbrales tiene por objeto captar la mayor parte de las concentraciones potencialmente anticompetitivas.

Una alternativa a este sistema obligatorio puro es establecer un sistema de notificación **híbrido**, que consiste, esencialmente, en un sistema obligatorio sobre ciertos umbrales, mientras que abre la posibilidad de analizar ciertas operaciones que no alcancen los umbrales, (i) permitiendo a las Partes la notificación voluntaria de sus concentraciones en la que buscan seguridad para su operación, y (ii) otorgando a la autoridad facultades para analizar de oficio y actuar en contra de las concentraciones que puedan tener problemas de competencia a pesar de ubicarse por debajo de los umbrales. De hecho, unos cuantos países han introducido, o están considerando la posibilidad de que la autoridad exija, excepcionalmente, la notificación de concentraciones, incluso

¹⁸⁹ Umbrales de notificación especialmente claros y objetivos fijados en un nivel que no afecten indebidamente o paralicen el sistema de control de concentraciones.

¹⁹⁰ Informe Anual del TDLC de 2013, op. cit., p. 13: “Por ello estimamos preferible que, de establecerse un sistema de control preventivo, [...] una pre notificación obligatoria a la FNE de operaciones que excedan cierto umbral”. La FNE confirmó este punto de vista, por ejemplo, a través de su Guía sobre Concentraciones y la práctica de análisis de concentraciones.

cuando los umbrales de notificación no se cumplan.¹⁹¹ El sistema híbrido de notificación puede parecer atractivo, pues combina los beneficios de ambos sistemas, obligatorio y voluntario, pero su pertinencia y eficacia dependen de una combinación de factores:

- La relevancia y necesidad generales de un sistema híbrido dependen del alcance del ámbito de control (la definición de concentración) y del nivel de los umbrales de notificación. Si las concentraciones se definen ampliamente y los umbrales son altos, un sistema híbrido puede ser útil para captar algunas de las numerosas y diversas operaciones que no alcanzan los umbrales. Por el contrario, cuando las concentraciones se definen estrechamente y/o los umbrales son bajos, un sistema híbrido es de poca utilidad.
- Un sistema híbrido también puede resultar especialmente relevante en una jurisdicción en que los umbrales de notificación se establecen por vez primera. Esto permite que las autoridades examinen ciertas concentraciones por debajo de los umbrales, que pudieran ser analizadas, hasta una nueva revisión de los umbrales.
- Un sistema híbrido requiere que ambos conjuntos de condiciones sean satisfechos, esto es, las condiciones para un sistema obligatorio por arriba de los umbrales y las condiciones para un sistema voluntario efectivo por debajo de los umbrales. La viabilidad y eficacia para tal sistema híbrido depende, por lo tanto, en la capacidad del país de sostener este exigente rango de requisitos preliminares.

¹⁹¹

Por ejemplo, en Canadá, la notificación voluntaria es admisible por debajo de los umbrales para buscar el visto bueno del Comisionado de la competencia (es decir, la confirmación de que no va a poner en riesgo la concentración); el Comisionado también goza de facultades de oficio por debajo de los umbrales. En Sudáfrica, sólo las operaciones medianas y grandes son sometidas a la notificación obligatoria, pero las operaciones pequeñas (como lo define la ley) puede ocasionalmente ser «llamadas» a notificar. Estonia también está considerando la posibilidad de permitir que la autoridad competente requiera la notificación de una operación que no excede los umbrales de notificación basados en las ventas, siempre que se haya encontrado en decisiones anteriores que el adquirente mantiene una posición dominante. Ver Informe sobre la Implementación de la Recomendación de 2005: Experiencias de los países con la Recomendación de 2005 sobre análisis de operaciones de concentración (2013), <http://www.oecd.org/daf/competition/ReportonExperienceswithMergerReviewRecommendation.pdf>.

- También puede requerir recursos adicionales. Las Partes realmente notificarán por debajo de los umbrales dependiendo, básicamente, de la eficiencia de detección y uso de las facultades de oficio de la autoridad. Los responsables políticos deberían sopesar estos costos adicionales contra los beneficios de una revisión incremental o excepcional por debajo de los umbrales.
- El sistema híbrido no debiera traer de nueva cuenta las fallas del régimen actual de control de concentraciones, especialmente respecto a la inseguridad jurídica. La claridad en las reglas y la coherencia de su aplicación son particularmente importantes para que las empresas autoevalúen si su concentración, incluso por debajo de los umbrales, puedan plantear problemas para la competencia.¹⁹²

Por último, pero no menos importante, establecer un mecanismo de notificación debe ir de la mano con la mejora del proceso de análisis de concentraciones como una prioridad.¹⁹³ A falta de la adopción de un proceso reestructurado y periodos razonables para el análisis, ninguno de los mecanismos de notificación podría funcionar.¹⁹⁴

¹⁹² Esta también es una condición clave en los sistemas de notificación voluntaria. La diferencia reside en que en un sistema voluntario todos los recursos se gastan en ese tipo de presentación, mientras que bajo un sistema híbrido, los recursos se comparten entre las presentaciones obligatorias y voluntarias.

¹⁹³ Para una explicación más detallada sobre facultades de análisis y procedimientos, ver más adelante la sección 4.

¹⁹⁴ Bajo un sistema voluntario ineficiente o poco fiable, la mayoría de las empresas evitarían notificar su operación, prefiriendo cerrar su concentración sin autorización (incluidas las anticompetitivas) o abandonar su plan de concentración (incluyendo las pro competitivas), en lugar de pasar por un proceso de análisis gravoso o excesivo. Bajo un sistema obligatorio (o híbrido), un proceso de análisis ineficaz puede forzar numerosas operaciones, incluyendo las competitivas, a paralizarse por mucho tiempo, y por tanto, aniquilar todo el propósito de promover la eficiencia económica y el bienestar del consumidor mediante el control de concentraciones.

Características de la Notificación. Para que el sistema de notificación sea eficaz y predecible, las siguientes características deben ser satisfechas, independientemente de si la notificación es obligatoria, voluntaria o híbrida:¹⁹⁵

- Una notificación sólo debería ser requerida si existe un “nexo adecuado con la jurisdicción interesada.”¹⁹⁶ Una operación tiene el suficiente nexo local cuando es “posible que tenga un efecto económico significativo, directo e inmediato en la jurisdicción concerniente”.¹⁹⁷ Esto no significa que un análisis sustantivo deba conducirse previo a la notificación, sino que, por lo menos, algún tipo de vínculo geográfico de referencia debe establecerse entre la operación, o las Partes, y el país de notificación.¹⁹⁸ Para establecer un nexo local adecuado, la mayoría de los países exige que dos de las partes en concentración, o por lo menos la empresa adquirida, tenga actividades nacionales.¹⁹⁹
- La ley debe determinar quién puede notificar una concentración. Bajo la ley vigente en Chile, terceras partes pueden someter una concentración para su análisis, ya sea por una acción contenciosa o potencialmente mediante consulta.²⁰⁰ En la mayoría de los países, la notificación de concentraciones sólo puede ser presentada por las Partes. En caso de falta de notificación, sea voluntaria u obligatoria, por las Partes, sólo la autoridad, que representa y actúa en favor del interés público, debe ser facultada para analizar una concentración (aunque pueda ser a través de la demanda de un tercero).²⁰¹

¹⁹⁵ Estas características generales se aplican, además, de las condiciones específicas de cada sistema de notificación listado en la tabla anterior.

¹⁹⁶ Prácticas Recomendadas de la RICE, op. cit., Artículo I.A.

¹⁹⁷ Ibid.

¹⁹⁸ Recomendación sobre concentraciones de la OCDE, Artículo I.A.1.2.(i).

¹⁹⁹ Los requerimientos del nexo local se discuten a fondo en la sección 3.3 sobre los umbrales de notificación.

²⁰⁰ No está enteramente establecido en el TDLC la cuestión referente al inicio de consultas a través de terceras partes.. Véase más adelante, la controversia en torno a la concentración LAN/TAM.

²⁰¹ Generalmente, el papel de las terceras partes en un contexto de concentración se limita al derecho de someter información relevante y comentarios en el

- La ley debe determinar las facultades de oficio de la autoridad. Bajo un sistema obligatorio o híbrido, ¿puede una autoridad abrir de oficio un análisis de concentración por debajo de los umbrales de notificación en contra de una posible operación problemática, y por arriba de los umbrales, en contra de una concentración no notificada? Bajo un sistema voluntario, ¿en qué circunstancias puede la autoridad revisar las concentraciones que puedan plantear problemas para la competencia? La ley debe especificar el alcance de tales facultades y de las circunstancias bajo las cuales las concentraciones pueden, de hecho, plantear problemas y desencadenar un análisis de oficio.²⁰²
- El momento de las notificaciones es importante si un control de concentraciones pretende ser preventivo y eficaz. En particular, la ley debe indicar el momento en el cual una notificación se realice, por ejemplo, una intención de buena fe de consumir la operación planeada,²⁰³ mientras que proporciona a las Partes algún tipo de flexibilidad en la determinación del momento exacto en que ellos deben notificar la operación prevista.²⁰⁴ En un régimen de concentraciones suspensivo, las Partes pueden ser incentivadas a notificar de inmediato, pero no debe imponerse un plazo para la notificación previa a la operación.²⁰⁵

contexto de una operación ya notificada o reportar una operación no notificada que exceda los umbrales, lo que puede desatar una acción de oficio de la autoridad

²⁰² Tales facultades de oficio pueden influenciar sustancialmente si las Partes considerarán seriamente notificar su operación en un sistema voluntario o híbrido. En un sistema obligatorio, las facultades de oficio por debajo de los umbrales puede verse como injusto si a las Partes no se les concede la oportunidad de notificar por debajo de los umbrales también.

²⁰³ Prácticas Recomendadas de la RICE, Artículo III.A.

²⁰⁴ Recomendación sobre Concentraciones de la OCDE, Artículo A.1.2.(v). La temporalidad también es la esencial para identificar cuando una sanción por falta de notificación o por cerrar antes del fallo (“gun jumping”) puede aplicarse.

²⁰⁵ Prácticas Recomendadas de la RICE, Artículo III.B.

- Los requisitos de información deben ser razonables y consistentes con el análisis de concentración efectivo.²⁰⁶ La información solicitada debe permitir a la autoridad evaluar los efectos en la competencia de la operación notificada. Al mismo tiempo, los requisitos de información deben “evitar la imposición de costos y cargos innecesarios en las partes de la concentración y a terceros”.²⁰⁷ El conjunto de información que acompaña la notificación debe establecerse claramente, ya sea en la ley o en un formulario de notificación. La entrega de la información requerida es importante, pues activa los plazos para el análisis de las concentraciones. Muchos países de la OCDE han introducido la posibilidad de intercambios, previos a la notificación entre las partes y la autoridad, durante los cuales la necesidad de notificar y el alcance de la información requerida pueden ser discutidos.²⁰⁸ Posterior a la notificación y durante el proceso de análisis la autoridad puede seguir requiriendo información a las Partes o a terceros.
- Las notificaciones deben ser presentadas únicamente ante la autoridad de competencia. Cuando dos entidades tienen facultades bajo la Ley de Competencia (como la FNE y el TDLC), las normas de control de concentraciones deben aclarar con cuál agencia debe efectuarse la notificación.²⁰⁹

²⁰⁶ Recomendación sobre Concentraciones de la OCDE, Artículo I.A.1.2.(iii).

²⁰⁷ Ibid., Artículo I.A.1.2.

²⁰⁸ Semejantes esfuerzos previos a la notificación no deberían utilizarse, sin embargo, para imponer una carga excesiva o extender el proceso de análisis antes de que la revisión formal de inicio. Los contactos previos a la notificación pueden ser notablemente útiles cuando las Partes no están seguras de si su plan de concentración debe notificarse (por ejemplo, las empresas extranjeras) y si pueden calificar para una notificación de formato corto, y por tanto, un procedimiento expedito.

²⁰⁹ Véase adelante, bajo la sección 4 sobre procedimientos de análisis de concentraciones y procedimientos.

Resumen: Sistema de Notificación

- El control de concentraciones requiere que se establezca un sistema de notificación claro para que las concentraciones sean traídas a la atención de la autoridad. El sistema de notificación de concentraciones debe ser efectivo, eficaz y oportuno.
- Chile debe, en primer lugar, decidir qué política aplicará en cuanto a si la notificación se regirá por un sistema obligatorio, voluntario o híbrido:
 - El sistema de notificación voluntario actual de Chile no parece funcionar eficazmente.
 - Dadas las condiciones, ventajas y desventajas de los sistemas obligatorio y voluntario, y dado el panorama económico e institucional de Chile, un sistema obligatorio puede resultar más efectivo.
 - El sistema de notificación híbrido también puede resultar efectivo y puede captar más operaciones que un sistema obligatorio, pero su pertinencia y eficacia depende de factores adicionales.
- Una vez que se determine la política óptima para el sistema de notificación, Chile debe establecerlas características esenciales para que su sistema de sea eficiente y predecible:
 - Exigir la notificación de concentración sólo si posee un nexo adecuado con la jurisdicción interesada, tal como las partes en concentración o las actividades locales de la empresa objetivo.
 - Identificar quién debe notificar una concentración. Bajo un sistema de notificación efectivo, la notificación de las concentraciones es deber de las partes.
 - Determinar qué facultades de oficio recaerán en la autoridad. Tales facultades pueden influenciar sustancialmente la notificación voluntaria.
 - Indicar en qué momento el plan de concentración debe ser notificado.
 - Los requerimientos de información deben permitir llevar a cabo el análisis de las concentraciones, pero también debe *“impedir imponer costos y cargos innecesarios a las partes de la concentración y a terceros.”* La posibilidad de emitir un formulario de notificación también se puede prever.
 - Designar puntualmente, la autoridad de competencia responsable de recibir las notificaciones de concentraciones.

3.3 *Umbrales de Notificación*

3.3.1 *Problemáticas*

El régimen de control de concentraciones vigente en Chile no contiene umbrales de notificación. Esta ausencia va de la mano con el hecho de que la ley no prevé ningún mecanismo de notificación específico para las concentraciones.

Como ya se ha mencionado, el único punto de referencia para la llamada notificación de concentración voluntaria se encuentra en el Artículo 3 de la Ley de Competencia. Esta disposición es el único criterio legal en virtud del cual las Partes pueden realizar una autoevaluación de su operación y decidir presentar una consulta con el TDLC.²¹⁰ El Artículo 3 es estándar sustantivo y no ofrece ninguna orientación a las Partes en cuanto a si la operación de concentración debe ser notificada y/o si debe enfrentar a la autoridad o a terceros bajo el régimen actual de Chile.

La Guía de la FNE sobre Concentraciones prevé umbrales basados en el HHI, que se calcula en función de los niveles de concentración del mercado, por tanto, en la participación de mercado.²¹¹ La FNE indica que es poco probable evaluar o actuar contra operaciones que caen debajo de dichos umbrales. Los umbrales basados en el HHI, por lo tanto, funcionan como un puerto seguro sustantivo (o norma *de minimis*) con efectos jurisdiccionales, ya que es muy poco probable que una concentración sea notificada o llame la atención si se ubica debajo de tales umbrales. En la práctica, estos umbrales de la FNE han tenido un impacto muy limitado o nulo en el sistema de control de concentraciones vigente: (i) los umbrales del HHI no son criterios claros y objetivos para la notificación, pues están sujetos al análisis sustancial del mercado relevante; (ii) no tienen efecto legal o vinculante; (iii) sólo son

²¹⁰ No se requiere ningún nexo o nivel de actividad en Chile para operaciones extranjeras, salvo por la existencia de un efecto potencial en Chile bajo la disposición general del Artículo 3. Las autoridades y las Partes quedan, por tanto, con la molesta evaluación sustantiva de las concentraciones extranjeras, teniendo el riesgo de sobre-analizar o sub-analizar la aplicación del control de concentraciones.

²¹¹ Guía de la FNE sobre Concentraciones, Sección I.2.4, ver Parte I de este informe para más detalles.

relevantes para la práctica de la FNE; y (iv) sólo se aplican en concentraciones horizontales.²¹²

3.3.2 Evaluación y Recomendaciones

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

Esto no significa que todas las operaciones notificadas plantean preocupaciones, sino que, por arriba de los umbrales, pertenecen a una categoría de operaciones que se presume que potencialmente tendrán un impacto en la competencia y, por tanto, requieren de un análisis. El propósito de los umbrales de notificación es activar la notificación.²¹³

Los umbrales de notificación son esencialmente relevantes bajo un sistema obligatorio o híbrido, en el que se requieren criterios claros y objetivos para establecer si una concentración debe ser notificada.

Por el contrario, bajo un régimen de notificación voluntario, no hay necesidad de establecer umbrales de notificación. El principal detonante de las notificaciones voluntarias consiste en los criterios de una evaluación sustantiva de una operación, que deben ser lo suficientemente claros y objetivos para que las Partes autoevalúen si deben notificar su proyecto de concentración y para que la autoridad pueda actuar de oficio y analizar dichas concentraciones.²¹⁴

²¹² Véase Parte I para mayor información sobre la Guía de la FNE sobre Concentraciones.

²¹³ Los *umbrales de notificación* se distinguen de los *umbrales sustantivos*: los umbrales sustantivos se examinan en una etapa posterior y pretenden determinar si una operación notificada genera preocupación sobre la competencia, es decir, la finalidad del control de concentraciones (ver más adelante la sección 5 sobre el análisis sustantivo). El propósito de los umbrales sustantivos es, por consiguiente, concluir sobre los efectos competitivos de la operación; estos entran en juego sólo después de actualizarse los umbrales de notificación.

²¹⁴ Aunque un sistema voluntario parece ahorrar un paso en el proceso, a saber, el filtro de notificación, depende en gran medida de la autoevaluación de las

Por consiguiente, Chile debe elegir un sistema de notificación obligatorio o híbrido, y debe plantearse seriamente determinar los umbrales de notificación adecuados. Al hacerlo, los siguientes principios y advertencias son relevantes.

- Los umbrales de notificación deben ser claros y objetivos, basados exclusiva y objetivamente en criterios cuantificables.²¹⁵ Deben establecer un nexo suficiente con Chile de acuerdo a criterios comprensibles y fácilmente administrables.²¹⁶ Pruebas basadas en la participación de mercado y otros umbrales subjetivos generalmente no se considera que cumplan con este estándar, pues las participaciones de mercado dependen de la definición del mercado relevante.²¹⁷ Es por ello que muchos países miembros de la OCDE han cambiado de criterios subjetivos (por ejemplo, participación de mercado) a criterios objetivos (por ejemplo, el volumen de negocios) para efectos de la notificación.²¹⁸ Los criterios objetivos deben ser establecidos claramente por la ley en cuanto a su *objeto y naturaleza*:
 - *Qué*: Los criterios objetivos y cuantificables consisten, normalmente, en las **ventas** o en los datos de activos (tamaño de la empresa) y/o en el valor de la concentración contemplada (tamaño de la operación). Los criterios basados en las ventas (en valor o volumen) constituyen el umbral de notificación más común. Esta

Partes y en la realización de un análisis sustantivo, incluso antes de que la operación sea notificada. Este análisis puede involucrar más tiempo y recursos que filtrado directo mediante umbrales de notificación objetivos, y puede dejar ir la oportunidad de revisar operaciones potencialmente problemáticas. Es por ello que la mayoría de los países del mundo confían en los umbrales de notificación para obligar la notificación de concentraciones.

²¹⁵ Recomendación sobre concentraciones de la OCDE, Artículo I.A.1.2.2., y Prácticas Recomendadas de la RICE, Artículo II.A y B.

²¹⁶ Prácticas Recomendadas de la RICE, Artículo II.A y B.

²¹⁷ Ibid, Artículo II.A: “Ejemplos de criterios que nos son objetivamente cuantificables son la participación de mercado y los efectos potenciales relacionados con la transacción”.

²¹⁸ Recomendación sobre Análisis de Concentraciones de la OCDE, sección 3.1., pt 17.

información, por lo general, se encuentra fácilmente disponible en la contabilidad de la mayoría de las empresas.²¹⁹

- *Dónde*: Para asegurar un nexo local adecuado con la jurisdicción, las ventas o los activos **nacionales** son los más relevantes. De hecho, las ventas globales pueden revelar que la empresa en cuestión es grande a nivel multinacional, pero que pueden no ser suficientes para establecer una presencia relevante en la jurisdicción.²²⁰ Los umbrales basados en las ventas nacionales requieren normas para la asignación geográfica de las ventas.²²¹

²¹⁹ Un umbral adicional basado en el tamaño de la operación puede ser considerado para limitar más el control de concentraciones que excede cierto valor. Un criterio alto de ventas combinado con criterios bajos o nulos del valor de la operación, permite el análisis de cualquier concentración contemplada por empresas grandes. Por el contrario, un criterio bajo de ventas combinado con criterios altos de valor de la operación permite analizar grandes operaciones si se contemplan por pequeñas o grandes empresas. Hay un riesgo, sin embargo, de ver el juego de las Partes en torno al umbral del tamaño de la operación en la elaboración de su plan de concentración, para evitar la presentación.

²²⁰ Eso no quiere decir que las ventas a nivel mundial deben excluirse como un criterio relevante, pero deben agregarse entonces al criterio basado en las ventas nacionales. En cuyo caso, sólo las empresas con ventas nacionales relevantes que son también grandes a nivel internacional serán sujetas a los requisitos del control de notificaciones. Este enfoque restrictivo puede no ser útil para Chile, donde las empresas más grandes tienen actividades significativas en Chile pero no a nivel internacional.

²²¹ Por ejemplo, asignar las ventas a la ubicación de los consumidores (es decir, a donde los bienes son entregados, o los servicios prestados) o al punto de venta. El aviso jurisdiccional de la Comisión Europea proporciona normas para el cálculo y la asignación geográfica de las ventas para los fines del control de concentraciones: Comunicación Consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (EC) No 139/2004 del Consejo sobre el control de concentraciones entre empresas (2008/C 95/01), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>), pp. 37-45. Las normas de asignación geográfica son fundamentales, en especial, para evitar notificaciones innecesarias por las grandes empresas *de exportación*, cuyos bienes o servicios no se venden en Chile y cuya concentración puede ser de impacto trivial o nulo en Chile. Esto puede ser

- *Quién*: Ya que una concentración involucra, por lo menos, dos empresas independientes (es decir, empresas que pertenecen a distintos grupos corporativos independientes), los umbrales de notificación deben especificar en cuál de ellas es relevante que las ventas alcancen los umbrales de notificación. Para garantizar que el control de concentraciones se centra en las concentraciones con nexo local y con un posible impacto en los mercados nacionales, muchos países requieren que los umbrales de las ventas nacionales sean alcanzadas, por lo menos, por la **empresa adquirida** (“objetivo”), si no es que por ambas Partes.²²² En el caso de adquisiciones parciales, sólo se considerará los ingresos generados por le empresa o los activos adquiridos.²²³
- *Cuándo*: Las normas de los umbrales también deben contemplar un **plazo** dentro del cual las pequeñas operaciones sucesivas entre las mismas Partes puedan ser observadas como un total, para determinar si la suma de las operaciones alcanza los umbrales de notificación. Esto es especialmente importante cuando los umbrales de notificación se basan en el tamaño de la empresa objetivo o en el tamaño de la operación, con el fin de contrarrestar cualquier estrategia de segmentación de las empresas, tendiente a evitar el control de concentraciones (las llamadas “adquisiciones escalonadas”).
- A la luz de las consideraciones anteriores, Chile podría establecer umbrales de notificación de conformidad con los criterios que se resumen en el Cuadro 4 a continuación.

relevante para las concentraciones contempladas, por ejemplo, por empresas de cobre: el sector del cobre en Chile representa más de la mitad de sus exportaciones totales y ha sido responsable de alrededor del 14% del PIB de Chile en los últimos años; véase OCDE, Estudio Económico de Chile, 2013, p. 15 disponible en: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/ocd/economics/ocd-economic-surveys-chile-2013_eco_surveys-chl-2013-en#page17.

²²² Prácticas Recomendadas de la RICE, Artículo I.C.

²²³ También debe proporcionarse orientación clara en cuanto a cómo debe calcularse (neto/bruto, grupo/subsidio, año económico relevante, etc.).

Cuadro 4. Criterios del Umbral de Notificación

Criterio principal: Las ventas nacionales (o activos) de cada una de las dos Partes de la concentración (incluyendo la empresa objetivo), o por lo menos de la empresa objetivo.

Criterios adicionales: Para restringir más la notificación, debe añadirse un punto adicional al criterio principal, como las ventas nacionales combinado de las partes de la concentración, sus ventas o activos globales, y/o el valor de la operación.²²⁴

- Una vez que los criterios sean claros en cuanto a su objeto y naturaleza, debe determinarse su *nivel numérico* para que las Partes sepan sobre cuáles números debe notificarse su plan de concentración. En otras palabras, ¿sobre qué nivel(es) de ventas o valor de operación deben las Partes notificar su concentración? Para tal fin, deben considerarse los siguientes aspectos:
 - No existe una regla única o principio general para la determinación de los niveles de umbrales numéricos. Cada jurisdicción determina los umbrales adecuados con base en varios factores: su PIB, el tamaño estándar de las empresas que operan dentro de su territorio, y el número promedio de operaciones que pueden ser analizadas efectivamente.²²⁵ Chile carece de datos estadísticos completos sobre el total o el promedio de operaciones cerradas cada año, así como del tamaño promedio de las empresas que operan en su territorio. Para determinar sus umbrales de notificación, puede, por lo tanto, (i) solicitar información sobre el tamaño de la mayoría de empresas en Chile, y (ii) evaluar los umbrales de países con niveles de PIB similares y mecanismos eficaces de control de concentraciones.²²⁶

²²⁴ Entre más criterios, menor el número de notificaciones.

²²⁵ Marco Botta, *Merger control regimes in emerging economies: a case study on Brazil and Argentina*, Kluwer, 2011, p. 149.

²²⁶ Los países con niveles de PIB similares y mecanismos de notificación obligatoria incluyen, por ejemplo a Irlanda, Finlandia y Grecia. Para una descripción de su régimen de control de concentraciones, incluidos detalles sobre sus umbrales de notificación, por país, ver *Getting The Deal Through*,

- A menudo se plantea si umbrales separados deben aplicarse a industrias distintas. Por ejemplo, ¿deberían aplicarse umbrales más altos a la industria del cobre en Chile, donde las empresas y operaciones son considerables? Los umbrales separados por sector son una opción riesgosa porque plantean incertidumbres similares a las de los umbrales basados en la participación de mercado, entonces, ¿cómo definir el alcance de una industria o sector para fines de la determinación de umbrales distintos? ¿Cómo aplicar umbrales específicos para la industria cuando una concentración involucra varios sectores (por ejemplo, entre los grandes grupos empresariales o en operaciones verticales o de conglomerado)? Además, ¿cómo evitar quejas sobre umbrales discriminatorios, arbitrarios o políticos, si parecen favorecer o centrarse en ciertas industrias? ¿Cómo adaptar estos umbrales al rápido cambio de las industrias? Los riesgos, costos e incertidumbres de umbrales distintos explican por qué los mismos umbrales de notificación pueden y deben aplicarse a todas las industrias. De hecho, existen otros dos medios para evitar la notificación o el análisis de concentraciones no problemáticas en estos casos:
 - i. En primer lugar, ciertas operaciones, incluso aquellas realizadas por grandes empresas, no desencadenan la notificación: como se mencionó anteriormente, las normas para la asignación geográfica de las ventas generalmente asigna ingresos para el país donde la competencia se lleva a cabo (por ejemplo, el lugar o punto de venta de los clientes). De acuerdo con esto, las operaciones de concentración contempladas por las principales empresas que principalmente exportan no serían sometidas a notificación, incluso bajo umbrales de aplicación general a todas las industrias.
 - ii. En segundo lugar, ciertas operaciones de concentración pueden ser notificadas, pero no requieren un proceso de

Merger Control 2014, <http://gettingthedealthrough.com/books/20/merger-control/>. Para estadísticas del PIB, ver OECD, Stat Extracts, http://stats.oecd.org/Index.aspx?DatasetCode=SNA_TABLE1 y The Economist, *Pocket World in Figures*, Edición 2013, p. 24.

análisis exhaustivo. Según se explica más adelante,²²⁷ las normas sustantivas pueden establecer que dentro de ciertos límites, una concentración se presuma no planté preocupaciones de competencia y, por lo tanto, puede beneficiarse de un procedimiento de análisis expedito. Esto garantiza la no discriminación, en cuanto a que operaciones son notificables, al tiempo que se concede un análisis por la vía rápida para las operaciones notificables no problemáticas.

- La determinación del nivel de los umbrales ha generado gran preocupación en Chile. Dado que ningún país puede predecir con completa certeza los niveles óptimos desde el primer momento. Esto es particularmente relevante cuando los umbrales de notificación se establecen sin estadísticas completas que midan su impacto en el número de solicitudes y en la relevancia del campo de las operaciones. Para garantizar la flexibilidad con el tiempo, la mayoría de los países prevén la posibilidad de evaluaciones y revisiones periódicas de los umbrales, y de un mayor proceso de recopilación de estadísticas. Los estándares de la OCDE recomiendan, en efecto, la revisión periódica de sus leyes y prácticas de concentraciones para buscar la mejora y convergencia hacia las mejores prácticas.²²⁸

²²⁷ Véase adelante, la sección 4 para explicación más profunda sobre un posible análisis expedito, y la sección 5 sobre los umbrales sustantivos.

²²⁸ Cualquier reforma del régimen de control de concentraciones de Chile debe aclarar qué éste puede ser establecido y modificado sólo por el Congreso (por ejemplo, su objeto y naturaleza – ventas, nacionales o internacionales; objetivo o combinado, etc.) y qué sólo ciertos aspectos de estas normas pueden ser delegados (por ejemplo, el nivel de los umbrales), a efectos de garantizar la flexibilidad práctica y la eficiente (re-)asignación de los recursos del control de concentraciones. El organismo con facultades delegadas debe ser independiente y con derecho a recopilar todas las estadísticas e información relevantes para llevar a cabo su tarea. Si el congreso no puede garantizar tal análisis periódico, debe establecer el marco y las condiciones para que tales análisis sean realizados por otro organismo (por ejemplo el Banco Central de Chile o una comisión experta *ad hoc*).

Resumen: Umbrales de notificación

- Los umbrales de notificación determinan cuáles operaciones de concentración serán objeto de una notificación y del control de concentraciones. Deben establecer un nexo suficiente con la jurisdicción y filtrar las operaciones que potencialmente puedan suscitar problemas de la competencia.
- Los umbrales de notificación son especialmente relevantes bajo un sistema obligatorio o híbrido. Bajo estos sistemas, debe considerarse la determinación de umbrales claros y objetivos en cuanto a su naturaleza y objeto, y su nivel numérico.
- La determinación de la *naturaleza u objeto* de los umbrales de notificación debe guiarse por:
 - Criterios objetivos y cuantificables, por ejemplo, las ventas o el valor de los activos (tamaño de la empresa) y/o el valor de la concentración contemplada (tamaño de la operación).
 - Un nexo local adecuado con la jurisdicción, las ventas o los activos, debe ser nacional, es decir, generados en Chile.
 - Centrar el control de concentraciones en las operaciones que pueden afectar los mercados nacionales, el umbral debe alcanzarse por lo menos por la empresa adquirida.
 - Un plazo dentro del cual los umbrales de notificación deben alcanzarse por la suma de pequeñas operaciones sucesivas entre las mismas empresas (adquisiciones escalonadas).
- La determinación de los *niveles numéricos* de los umbrales debe considerar lo siguiente:
 - Chile puede determinar el nivel numérico adecuado a la luz de, por ejemplo, su PIB, el tamaño estándar de las empresas operando en su territorio, y el número de operaciones que pueden ser analizadas efectivamente.
 - Los umbrales separados por sectores son una opción riesgosa porque plantean incertidumbres similares que los umbrales de participación de mercado, surge el riesgo de enfrentar quejas por ser discriminatorios, arbitrarios o políticos, y pueden no adaptarse tan rápido a la evolución de las industrias.
 - La necesidad de seguridad jurídica debe equilibrarse con la posibilidad de ajustar los umbrales si la experiencia muestra que se establecieron demasiado altos o demasiado bajos.

4. Facultad de Análisis y Procedimientos

4.1 Problemáticas

En ausencia de un régimen de control de concentraciones claro y efectivo establecido por ley, la FNE y el TDLC recurren a los procedimientos generales y facultades establecidos en la Ley de Competencia, con el fin de analizar ciertas operaciones y preservar la competencia. El uso de estos procedimientos y facultades en el contexto de operaciones de concentración plantea problemas de legalidad, transparencia, efectividad y eficiencia. Las principales causas de estos problemas son las siguientes:

Procedimiento de análisis no simplificado. La preocupación primordial en el sistema actual de Chile se refiere a la ausencia de un procedimiento de control de concentraciones simplificado y predecible:

- El control de concentraciones se enfrenta a una multiplicidad de posibles procedimientos. Actualmente, una concentración puede someterse a consulta ante el TDLC, a una acción contenciosa ante el TDLC, o a una presentación para análisis con el FNE. Además de la multiplicidad de los procedimientos disponibles, la misma operación puede, de hecho, ser sometida a varios de ellos, simultánea o sucesivamente.²²⁹
- No existe un procedimiento distinto o expedito para analizar las operaciones no problemáticas. Todas las concentraciones son potencialmente sujetas a los mismos procedimientos generales.

²²⁹

Un análisis de concentraciones de la FNE presentado bajo sus Guías no impide la presentación, simultánea o subsecuente, de la concentración para el análisis del TDLC. A nivel del TDLC, incluso existe un riesgo de que ambas, consultas y procedimientos contenciosos, sean presentados. Cómo estos dos procedimientos deben ser articulados se aborda en el Auto Acordado del TDLC sobre Procedimientos Paralelos, op. cit., dando mayor prioridad a la consulta, a menos que el procedimiento contencioso sea posterior a la consumación de la concentración, en cuyo caso, el procedimiento contencioso tiene prioridad. Véase la Parte I de este informe para mayores detalles sobre la articulación de los procedimientos paralelos del TDLC bajo este Auto.

- Ciertos procedimientos tiene bases legales cuestionables, como resultado de una combinación de procedimientos formales generales del TDLC (establecidos por la ley) y la Guía informal de la FNE. Las partes interesadas tienen que lidiar con normas vinculantes que no son específicas para las concentraciones y que se muestran, con frecuencia, inflexibles e inadecuadas en un contexto de operaciones de concentración, y con guías específicas para las concentraciones no vinculantes que no ofrecen la seguridad jurídica necesaria.
- La disponibilidad de procedimientos voluntarios *ex post* para los fines de control de concentraciones puede tener efectos contraproducentes. El efecto suspensivo de (largas) consultas *ex ante* y la disponibilidad de un procedimiento *ex post* genera incentivos a las partes para realizar la operación y después consultar, sin importar los riesgos de condiciones retroactivas, “Mejor pedir perdón que pedir permiso.” Este efecto adverso es contrario al objetivo preventivo de un control de concentraciones y exagera las complejidades e incertidumbres inherentes al sistema y a cualquier concentración consumada que pudiera ser sujeta a condiciones posteriores.

No hay un procedimiento específico de imposición de condiciones. Las condiciones, impuestas en el contexto del control de concentraciones de Chile también enfrentan una multiplicidad de procedimientos. Las condiciones pueden ser impuestas en virtud de un acuerdo extrajudicial entre la FNE y las Partes, sometido a la aprobación del TDLC, por conciliación judicial entre la FNE y las Partes ante el TDLC en un proceso contencioso, o por resolución o sentencia del TDLC posterior a una consulta o a un procedimiento contencioso. Como resultado:

- A pesar de que los acuerdos de concentraciones con la FNE proporcionan una solución pragmática para las Partes, dispuestas a acordar las condiciones, no es seguro que el TDLC las apruebe,²³⁰

²³⁰

El acuerdo Nestlé/Pfizer fue aprobado por una ajustada mayoría de jueces del TDLC: TDLC, *Nestlé/Pfizer*, op. cit. Ver atrás, nota 87 para mayor información sobre la controversia en torno a este asunto.

además de que no evitan un procedimiento separado ante el TDLC.²³¹

- Las investigaciones de las concentraciones son, algunas veces, cerradas por la FNE, sujetas a condiciones acordadas por las Partes, con el fin de evitar investigaciones posteriores o una presentación de la operación de que se trate ante el TDLC. Estas condiciones se publican en los informes de cierre de la FNE.²³² No constituyen acuerdos formales, ni impiden un procedimiento subsecuente ante el TDLC.
- El procedimiento de consulta es el más común y más utilizado en el procedimiento de análisis de concentraciones en Chile, pero también es el único procedimiento que no permite la conciliación, negociación o acuerdo en las condiciones. Tampoco existe un procedimiento de solución para que las Partes propongan condiciones y, de esta manera, anticipar de manera constructiva el resultado del análisis de la concentración.²³³ Las condiciones sólo pueden ser impuestas unilateralmente por el TDLC a partir de un procedimiento de consulta, incluso cuando éste ha sido iniciado voluntariamente por las Partes. Ello ha disuadido a algunas empresas de consultar al TDLC y ha animado a quienes han sido Parte de operaciones sujetas a una resolución del TDLC a promover recursos de reclamación ante la Corte Suprema, generalmente en contra de las condiciones.
- El procedimiento contencioso también contempla la posibilidad de establecer condiciones, la que no está exenta de dificultades, atendido las complejidades propias de (i) elaborar condiciones adecuadas en un entorno de litigio, y (ii) elaborar condiciones retroactivas en un momento posterior a la celebración de la

²³¹ Esto sucedió, por ejemplo en el caso LAN/TAM, op. cit.

²³² Ver FNE, *Cencosud/Johnson*, Expediente N° 1978-11, 22 de Diciembre de 2011; y FNE, *Laboratorios Andormaco/Grüenthal*, Archivo F-20-2013, 11 de Abril de 2014.

²³³ El Artículo 31 (2) y (3) de la Ley de Competencia establece la posibilidad de un procedimiento de consulta acelerada ante el TDLC proporcionado por el acuerdo de las Partes de aceptar las condiciones impuestas por la FNE.

operación a la que se refieran, con probables consecuencias adversas para los socios de la empresa y los clientes en los mercados relevantes.

No hay plazos para el proceso de análisis. El plazo dentro del cual las concentraciones son analizadas en Chile no es ni determinable, ni razonable:²³⁴

- Como se muestra en el Anexo de este informe, un procedimiento de análisis de concentraciones ante el TDLC dura en promedio 263 días naturales (aprox. 9 meses) oscilando entre 98 y 520 días.²³⁵ La Ley de Competencia establece algunos plazos procesales, pero no suelen ser respetados por el TDLC en la práctica.²³⁶ Además, la mitad de las concentraciones sometidas ante el TDLC son revisadas subsecuentemente en un procedimiento de reclamación por la Corte Suprema, que toma otros 189 días adicionales, es decir, más de 6 meses, en promedio.²³⁷ En consecuencia, las Partes que consultan al TDLC o que están sujetas a una consulta presentada por la FNE o terceros, nunca saben cuánto tiempo tomará el proceso de análisis, independientemente de si la concentración plantea preocupaciones serias de competencia, o no. La ausencia de periodos de análisis de concentraciones y lo extenso del proceso de análisis han representado el más fuerte desincentivo de las Partes para notificar una concentración.²³⁸

²³⁴ El Informe de la Comisión Asesora sobre una posible reforma a la Ley de Competencia de Chile, op. cit., de manera similar observó que un “*procedimiento de consulta puede tardar hasta un año, lo que ‘parece excesivo.’*”

²³⁵ Teniendo en cuenta los procedimientos de análisis de concentraciones por consulta y acción contenciosa.

²³⁶ Arts. 20 a 26 (contencioso) y Arts. 31 y 32 (consulta) de la Ley de Competencia establecen los plazos específicos para las distintas etapas procesales de un procedimiento del TDLC: Estos plazos no son inherentes a la concentración.

²³⁷ Pese a que no hay norma alguna en cuanto a si el análisis judicial de la Corte Suprema impone un bloqueo de la operación, las Partes generalmente no consuman su operación si está pendiente el fallo de la Corte Suprema.

²³⁸ Ciertas empresas reconocen que evitan la consulta (con la esperanza de que no haya acción de la FNE ni de terceros) o abandonan su proyecto de

- Ante la FNE, las Partes pueden beneficiarse de un proceso de análisis de 60 días bajo la Guía de la FNE sobre Concentraciones. Sin embargo, este procedimiento se establece en un cuerpo normativo que no es vinculante, carece de efectos suspensivos, no impide procedimientos de análisis del TDLC simultáneos o subsecuentes, y el cierre del análisis realizado por la FNE no equivale a una aprobación formal. En otras palabras, las Partes que voluntariamente notifican la operación a la FNE corren el riesgo de enfrentarse a dos o tres procedimientos de análisis: ante la FNE, el TDLC y la Corte Suprema.²³⁹

No hay procesos colaborativos. La participación de las Partes en el proceso de análisis en el TDLC se limita a su presentación por escrito, seguida de una sola audiencia oral con las partes interesadas.²⁴⁰ No hay lugar para la discusión entre las partes y el TDLC: no hay proceso previo a la notificación, no hay oportunidad de consultar al TDLC en etapas claves del proceso de análisis, no hay reuniones para evaluar el estado del proceso, no hay una comunicación antes de la resolución de término o sentencia definitiva del TDLC sobre sus preocupaciones frente a la operación, tampoco existe una audiencia específica en las que se discutan las eventuales condiciones, de existir estas. El TDLC es y actúa como un órgano judicial con facultades decisorias, incluso en el contexto de operaciones de concentración. La ausencia de un proceso colaborativo con las Partes y la resolución unilateral impuesta en virtud de una sentencia del TDLC explica, en cierta medida, por qué la mitad de las sentencias del TDLC sobre concentraciones fueron impugnadas mediante recurso de reclamación ante la Corte Suprema. Por el contrario, la Guía de la FNE sobre Concentraciones comprende un proceso de análisis colaborativo que involucra a las Partes.

Derechos excesivos de terceros. En Chile, las concentraciones pueden ser expuestas por la acción oportunista de terceras partes, ya que el TDLC ha interpretado el artículo 18 (2) de la Ley de Competencia en el sentido de que los

concentración porque no pueden afrontar el costo y la incertidumbre de un largo proceso de análisis.

²³⁹ Esto sucedió, por ejemplo, en el caso LAN/TAM, en el que las negociaciones de acuerdo con la FNE posteriores a la notificación voluntaria de las Partes, no impidió la acción de terceros ante el TDLC. Esta acción de terceras partes provocó un procedimiento de 8 meses con el TDLC, seguido por otros 6 meses en la Corte Suprema por la correspondiente reclamación.

²⁴⁰ Artículo 31 de la Ley de Competencia.

terceros con interés legítimo pueden interponer procedimientos de consulta.²⁴¹ Sin embargo, un interés privado legítimo no es de interés general, ni está dirigido a la preservación de la competencia.²⁴² Además, concede a terceras partes la facultad de suspender un proyecto de concentración, a su entera discreción, ya que una consulta *ex ante* tiene efectos suspensivos sin importar quién presente el procedimiento. A los terceros admitidos al procedimiento del TDLC también se les concede el derecho a impugnar la sentencia del TDLC ante la Corte Suprema, lo que puede retrasar aún más el proceso.

Proceso de investigación opaco. La transparencia y el derecho de terceras partes de ser escuchados son limitados en los procedimientos que lleva adelante la FNE. La apertura de una investigación por la FNE es publicada (lo que permite a terceros comentar su publicación). La FNE también puede solicitar información de las Partes o de terceros durante el curso de su investigación. Sin embargo, cuando la FNE concluye que existen problemas de competencia y decide celebrar acuerdos con las partes los terceros no siempre son informados, ni invitados a comentar sobre tales cuestiones y sus posibles condiciones. No hay publicidad de las opiniones, ni de las condiciones preliminares consideradas por la FNE. Como resultado, frente a una investigación que concluye con acuerdo, la única alternativa de los terceros con interés legítimo en la operación es bloquear el procedimiento de la FNE mediante la presentación de una acción ante el TDLC.²⁴³

²⁴¹ Dependiendo de la composición del TDLC, sin embargo, apoyarse en el Artículo 18 (2) de la Ley de Competencia puede interpretarse de manera restrictiva. Los terceros también pueden impugnar las concentraciones *ex post* mediante un procedimiento contencioso bajo el Artículo 18 (1). A la fecha, el único procedimiento contencioso presentado en contra de una concentración fue iniciado por la FNE (cine Hoyts).

²⁴² El riesgo de acciones oportunistas de terceras partes en el contexto de un análisis de una concentración también se destacó en el Reporte de la Comisión Asesora sobre una posible reforma a la Ley de Competencia de Chile.

²⁴³ En el asunto LAN/TAM, la asociación de consumidores Conadecus inició un procedimiento de consulta ante el TDLC justo antes de que la FNE presentara su acuerdo a aprobación. La asociación de terceros no fue informada de los problemas de la concentración o de las condiciones bajo discusión entre la FNE y las Partes. De haber sido escuchadas las preocupaciones de la asociación a nivel de la FNE, no es claro si hubieran, de cualquier forma, considerado una acción ante el TDLC.

Falta de herramientas de investigación. Tanto de la FNE como del TDLC carecen de los medios para obligar a las Partes y a terceros a la provisión oportuna de información precisa y completa. Esta debilidad puede poner en peligro la eficacia y precisión del proceso de análisis de concentraciones.

4.2 *Evaluación y Recomendaciones*

Los procedimientos de control deben asegurar que las concentraciones sean analizadas de manera eficaz, efectiva, predecible y oportuna en todas las etapas del proceso de análisis.²⁴⁴ Las normas procesales aplicables al análisis de concentraciones deben ser transparentes y disponibles al público. Chile podría considerar los siguientes principios procesales para mejorar sus facultades y procedimientos de análisis de concentraciones:

Procedimiento de dos etapas. No todas las concentraciones notificables merecen análisis extensivo. La mayoría de las concentraciones no plantean problemas de competencia, o pueden plantear problemas que fácilmente se resuelven mediante la imposición de condiciones. Un procedimiento de análisis y aprobación expeditos debe estar disponible para hacer frente a concentraciones no problemáticas.²⁴⁵ Por el contrario, el análisis extensivo puede ser requerido para concentraciones complejas, para concentraciones que puedan plantear serios problemas de competencia y/o cuando la complejidad de las condiciones requiere un examen más detenido. Es por ello que la mayoría de los países contemplan procedimientos de control de concentraciones de dos etapas: una fase inicial (Fase I), que permite el pronto análisis y aprobación - con o sin condiciones - de concentraciones claras y que no revisten mayores problemas; y una segunda fase ampliada (Fase II), que permite el análisis total de las concentraciones complejas o que presentan dificultades que puedan dar lugar a una condición, o incluso a la prohibición de la concentración cuando los problemas de competencia no puedan ser resueltos.

²⁴⁴ Recomendación sobre Concentraciones de la OCDE, Arts. I.A.1 y I.A.2. y Prácticas Recomendadas de la RICE, Artículo VI.A.

²⁴⁵ Recomendación sobre Concentraciones de la OCDE, Artículo I.A.1.2.iv. Un procedimiento expedito puede aplicarse, sobre todo cuando la ley de control de concentraciones o la Guía indican que, por debajo de ciertos umbrales sustantivos (es decir, puerto seguro *de minimis*), normalmente los umbrales de participación de mercado, una concentración se presume que no plantea preocupación. Para más detalles, véase más abajo, en la sección 5 sobre análisis sustantivo.

Bajo el sistema actual, la ausencia de un proceso de análisis específico de concentraciones y la coexistencia de varios procedimientos aplicables ha llevado a la ineficacia e incertidumbre. Una reforma del sistema debe establecer en ley un procedimiento de análisis de concentraciones eficaz y predecible. Si tanto la FNE como el TDLC mantendrán la competencia en el campo del control de concentraciones, y considerando que el análisis de las concentraciones se lleva a cabo *ex ante*, como se recomienda bajo un sistema de notificación previo, el procedimiento de análisis puede consistir en una de las siguientes opciones:

- **Opción 1 - Fase I ante la FNE y Fase II ante el TDLC:**
 - *FNE - Fase I.* La notificación de concentraciones debiera ser presentada ante la FNE, que tendría competencia exclusiva para conducir la Fase I del análisis. Dentro de un periodo específico,²⁴⁶ la FNE debiera concluir: (i) si la operación puede proceder sin objeciones,²⁴⁷ o (ii) si requiere un análisis a fondo, en cuyo caso, la FNE debiera someter la concentración al TDLC para una Fase II de investigación a fondo.²⁴⁸ La FNE también podría estar facultada para imponer condiciones en la Fase I, bajo ciertas circunstancias.²⁴⁹ Una concentración no podría ser prohibida por la FNE después de la Fase I.

²⁴⁶ Ver más adelante, en esta sección re: periodos de análisis de concentraciones.

²⁴⁷ Si la FNE no toma una decisión dentro del plazo de la Fase I, la operación se considera aprobada (es decir, regla de “silencio positivo”). Esta regla indica a la autoridad centrarse en las operaciones problemáticas, mientras que permite a las no problemáticas seguir adelante sin demora.

²⁴⁸ Véase en esta misma sección re: facultades de toma de decisiones.

²⁴⁹ Una cuestión sensible para ciertos accionistas es si la FNE debería estar facultada para imponer condiciones sin la intervención del TDLC. Tales accionistas les parece preocupante que la facultad de toma de decisiones sea otorgada al ejecutivo, en lugar de un órgano judicial, que se percibe como una sede con mayores garantías de independencia y debido proceso. De hecho, al encargarse de la toma de decisiones sobre concentraciones, cada autoridad de competencia, ya sea parte del ejecutivo o del judicial, debe satisfacer las condiciones de independencia e imparcialidad procesal. La equidad procesal en el contexto de control de concentraciones, requiere principios de transparencia, oportunidad, apertura, consistencia y no

- *TDLC - Fase II.* En la Fase II, el TDLC tendría facultad de análisis para conducir una evaluación de la concentración a fondo (por ejemplo, mediante análisis de mercado y audiencias con los interesados y expertos relevantes). Dentro de un plazo específico y determinado, el TDLC debiera adoptar una decisión definitiva, que puede consistir en: (i) la aprobación de la concentración, (ii) su aprobación condicionada, o (iii) la prohibición ésta, cuando ninguna condición pudiera solventar los problemas de competencia.²⁵⁰ Las Partes debieran tener el derecho de impugnar la resolución final del TDLC ante un órgano de revisión independiente.²⁵¹

discriminación hacia las Partes y terceros con interés legítimo. Aunque tanto la FNE y el TDLC ya ofrecen garantías de independencia y equidad procesal, las mejoras son posibles. A nivel del TDLC, la equidad procesal puede reforzarse, por ejemplo, fortaleciendo las normas de incompatibilidad para los jueces del TDLC (Artículo 6 de la Ley de Competencia), al agilizar el procedimiento de análisis de concentraciones, ofreciendo mayor transparencia a lo largo del proceso de análisis de concentraciones y abriéndose oportuna y constructivamente a las Partes. En lo que concierne a la FNE, el lenguaje de la Ley de Competencia (Artículo 33 al. 1) podría ser más claro y estricto para de verdad reflejar, y garantizar en el largo plazo, la independencia de la FNE. La práctica de la FNE también podría ser más transparente e inclusiva con terceras partes, especialmente cuando se consideran condiciones. Una reforma al procedimiento de control de concentraciones podría, por tanto, mejorar aún más la equidad procesal con cada autoridad, tomando en cuenta el contexto especial del control de concentraciones, distinto de los tradicionalmente fiscales y jurisdiccionales dirigidos a infracciones antimonopolio. La facultad de imponer condiciones puede, entonces, recaer en cualquiera de estas dos autoridades, siempre que las condiciones de independencia y equidad procesal estén completamente garantizadas. En cuanto a la equidad procesal en el contexto de concentraciones, véase: OCDE Recomendación sobre concentraciones, Artículo I.A.3; OCDE, Policy Roundtables on “Procedural Fairness and Transparency: Key Points” (2010-2012), disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/50235955.pdf>; y RICE Prácticas Recomendadas, Artículo VII.

²⁵⁰ La Fase II sería similar al procedimiento actual de consulta, excepto que necesita estar sujeto a plazos e involucra la colaboración con las Partes. A falta de una decisión del TDLC dentro del plazo estipulado, la operación se consideraría aprobada.

²⁵¹ Recomendación sobre concentraciones de la OCDE, Artículo I.A.3.

La **Opción 1** permite la intervención de la FNE como un primer filtro en el proceso de análisis de concentraciones, e involucra al TDLC para concentraciones más complejas o problemáticas que requieren un análisis más a fondo. La opción de involucrar primero a la FNE, y luego al TDLC en una segunda etapa del proceso de análisis se encuentra en línea con los cambios propuestos por el mismo TDLC en su Informe Anual del 2013.²⁵² Además, esta opción pudiera acercarse a la asignación actual de la carga de trabajo del control de concentraciones vigente, esto es, el análisis de alrededor de 20 operaciones por la FNE, y de 1 a 3 por el TDLC anualmente.²⁵³ Por otro lado, bajo esta Opción 1, se plantea la cuestión de si el TDLC, tal como está estructurado actualmente, está bien equipado para manejar eficazmente la Fase II, la que implica una investigación de mercado profunda. El TDLC actualmente se apoya, en gran medida, en las investigaciones y conclusiones de la FNE, y se pronuncia sobre las concentraciones de una forma unilateral y adjudicativa, mientras que una Fase II requiere fuertes facultades de investigación y la capacidad de actuar como una instancia de control administrativa. El TDLC requiriera la participación de la FNE en la Fase II, pudiera ser fuente de redundancias, retrasos e ineficacias en el proceso de análisis de concentraciones. Además, el TDLC suele manejar las concentraciones como una corte adjudicativa, en tanto que el control de concentraciones requiere un proceso abierto y colaborativo e interacción sustancial con las Partes e interesados en los mercados afectados, especialmente en la Fase II.

- **Opción 2 - Fase I & Fase II ante la FNE y revisión judicial por el TDLC:**
 - *FNE - Fases I y II.* La FNE tendría competencia exclusiva para analizar concentraciones tanto en la Fase I como en la Fase II. Puede abrir un procedimiento en la Fase II cuando el análisis de concentraciones requiere más información y tiempo, y/o cuando la

²⁵² Informe Anual de TDLC de 2013, op. cit., p. 13.

²⁵³ Del mismo modo, en los sistemas de notificación obligatoria, tales como la Unión Europea, aproximadamente el 95% de las operaciones analizadas se autorizan en la Fase I, ya sea incondicionalmente (97%) o sujetas a condiciones (3%). Para las estadísticas completas véase: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>.

FNE concluya que la concentración plantea problemas que no pueden ser solucionados en la Fase I. De igual forma, en la Opción 1, la FNE podría autorizar que la concentración proceda o podría imponer condiciones en la Fase I o en la Fase II.²⁵⁴ Bajo este modelo, la FNE puede también prohibir una concentración pero sólo después del análisis en la Fase II (es decir, considerar la prohibición como el último recurso para fomentar una evaluación efectiva de las transacciones comerciales).

- *TDLC – Revisión judicial.* Bajo la Opción 2, el TDLC tendría amplias facultades para revisar y tomar decisiones en materia de concentraciones mediante un procedimiento de revisión. El TDLC está altamente especializado para operar como sede de revisión de las decisiones de la FNE.

La **Opción 2** prevé un procedimiento de análisis simplificado con una autoridad principal, la FNE, que puede determinar la necesidad de un análisis de fondo y conducir tal revisión extendida para establecer con más certeza si la concentración, preliminarmente examinada en la Fase I, plantea problemas de competencia. La Opción 2 permite la intervención del TDLC cuando surjan controversias.²⁵⁵ Crystaliza la facultad de toma de decisiones administrativas con la FNE, al tiempo que garantiza la revisión judicial del TDLC mediante una impugnación pues es altamente especializado y competente en el análisis de controversias bajo la Ley de Competencia.²⁵⁶ Por tanto, esta opción puede proporcionar una mayor efectividad, puntualidad y eficiencia en el proceso de análisis de concentraciones.

Equidad y transparencia procesales. “La equidad procesal debe ser un atributo básico de todos los procesos de análisis de concentraciones”.²⁵⁷ Los procedimientos de control de concentraciones deben garantizar que “los análisis

²⁵⁴ Para mayor reflexión sobre la posibilidad de conceder tales facultades a la FNE, véase atrás, nota 249.

²⁵⁵ En Canadá por ejemplo, esto ocurre cuando las Partes están en desacuerdo con las condiciones impuestas por la autoridad de competencia.

²⁵⁶ En cuanto a las garantías de independencia y debido proceso, véase atrás, nota 249.

²⁵⁷ Prácticas Recomendadas de la RICE, Artículo VII.

de concentraciones sean manejados de una manera justa, eficiente y consistente, tanto procesal, como sustantivamente,²⁵⁸ lo que requiere las condiciones fundamentales que a continuación se señalan:

- **Plazos de análisis:** Los análisis de concentraciones deben realizarse dentro de un periodo de tiempo razonable y determinable.²⁵⁹ El periodo de análisis debe conceder tiempo suficiente a la autoridad para conducir su análisis, mientras que al mismo tiempo, debe evitar demoras indebidas, ya que la mayoría de las concentraciones son sensibles al tiempo, y no todas necesitan un análisis de fondo. La duración de los procedimientos actuales de Chile es indeterminable. Los periodos de análisis excesivos y no específicos implican altos riesgos para las operaciones y las Partes, ya que amenazan las eficiencias potenciales derivadas de la concentración. Por lo tanto:
 - El análisis de concentraciones inicial (Fase I) debe ser completado dentro de un plazo determinado, mientras que el análisis de concentraciones extendido (Fase II) debe ser completado dentro de un plazo determinable.²⁶⁰ Esto es válido para procesos de análisis de concentraciones suspensivos y no suspensivos.²⁶¹ En consecuencia, los periodos de análisis deben establecerse para cada fase, y cualquier extensión debe ser objetivamente determinable. Siguiendo las mejores prácticas internacionales, la Fase I debe completarse en un máximo de 6 semanas, y la revisión de la Fase II no debe tomar más de 6 meses a partir de la notificación de concentración inicial (es decir, un máximo de 4.5 meses después del análisis de la Fase I).²⁶²

258

Ibid.

259

Recomendación sobre concentraciones de la OCDE, Artículo I.A.1.3 y Prácticas Recomendadas de la RICE, Artículo IV.A.

260

Prácticas Recomendadas de la RICE, Arts. IV.C y D.

261

La mayoría de los sistemas de control de concentraciones han adoptado procedimientos suspensivos.

262

Prácticas Recomendadas de la RICE, Arts. IV.C y D.

- Los plazos de análisis no deben impedir a la autoridad tomar decisiones tempranas en cualquier etapa del proceso de análisis, incluyendo la posibilidad de una aprobación por la vía rápida.²⁶³
- La ley debe establecer claramente cuándo “el reloj comienza a correr” (generalmente cuando la notificación se considera completa). También debe establecer si las solicitudes de información emitidas por la autoridad en el curso de un proceso de análisis puede “detener el reloj” (al suspender o interrumpir el periodo de análisis), tomando en cuenta que el análisis, como un todo, debe completarse dentro del plazo especificado.²⁶⁴
- Un sistema de control de concentraciones *ex ante* debe ser suspensivo, es decir, debe suspender la consumación de una concentración hasta que exista un pronunciamiento final. Este efecto suspensivo actualmente sólo es establecido por el Auto Acordado del TDLC sobre concentraciones, por lo que resulta necesario incorporarlo en la normativa de rango legal, y aplicarse a lo largo del proceso de análisis.
- A falta de un fallo adoptado dentro del periodo de revisión legal, la concentración debe beneficiarse de la suposición positiva y debe permitírsele proceder (norma de silencio positivo/afirmativa ficta).²⁶⁵
- **Derechos de las Partes:** La consulta y los procedimientos contenciosos de la Ley de Competencia son inflexibles e inadecuados para los fines del control de concentraciones. Esto afecta la eficacia del proceso de análisis, la recolección de información relevante, la discusión de posibles problemas y las condiciones contempladas. Un régimen de control de concentraciones debe garantizar la equidad mediante la adopción de las siguientes mejoras al procedimiento:

²⁶³ Prácticas Recomendadas de la RICE, Artículo IV.C.

²⁶⁴ Prácticas Recomendadas de la RICE, Artículo VI.E: las solicitudes de información deben adaptarse razonablemente y no podrán retrasar indebidamente el proceso de análisis.

²⁶⁵ Prácticas Recomendadas de la RICE, sección IV.C.

- El proceso de análisis de concentraciones debe tener una *naturaleza colaborativa* para garantizar la eficacia, exhaustividad y celeridad del proceso. Un proceso colaborativo significa que debe otorgarse la oportunidad a las Partes de consultar con la autoridad, en etapas clave de la investigación, sobre cualquier cuestión legal o práctica que pueda surgir durante la investigación.²⁶⁶ La autoridad también debe proporcionar información suficiente y oportuna sobre sus preocupaciones de competencia y las Partes deben tener la oportunidad de responder a dichas preocupaciones.²⁶⁷
- La equidad requiere transparencia en el *proceso de toma de decisiones*, incluyendo la obligación de la autoridad de motivar, no sólo su decisión definitiva, sino también las decisiones procesales que tienen un impacto en el proceso. Esto requiere que la autoridad proporcione a las Partes explicaciones oportunas en cuanto a (i) por qué puede decidir la apertura de un análisis de fondo en la Fase II, y (ii) por qué las condiciones, o incluso la prohibición, pueden ser contempladas.
- En cuanto a las *condiciones* en particular, un diálogo abierto y en curso con las Partes puede ser la herramienta más eficiente para asegurar la relevancia y viabilidad de las condiciones, y evitar futuros desafíos legales.²⁶⁸ Las Partes deben saber cómo y cuándo

²⁶⁶ Recomendación sobre concentraciones de la OCDE, Artículo I.A.4. y Prácticas Recomendadas de la RICE, Artículo VI.B. Las etapas clave son, por ejemplo, la decisión de abrir un análisis de Fase II, concluir sobre los efectos anticompetitivos potenciales, o considerar condiciones.

²⁶⁷ Recomendación sobre concentraciones de la OCDE, Artículo I.A.3. Esto podría hacerse, por ejemplo, mediante el fomento u obligación de la autoridad para programar reuniones del estado del juego en las etapas procesales fundamentales. Para más información sobre el desarrollo y la experiencia de los países en la equidad procesal hacia las Partes, ver OECD, Policy Roundtables on “Procedural Fairness: Transparency Issues in Civil and Administrative Enforcement Proceedings”, op. cit.

²⁶⁸ Prácticas Recomendadas de la RICE, Artículo XI.B. Ciertas jurisdicciones, por ejemplo, la Unión Europea, prevé un formato específico (“Formato RM”) para ser presentado por las partes interesadas en someter formalmente a propuestas de condiciones, véase Anexo IV del Reglamento de la Comisión (EC) No 1033/2008 de 20 Octubre de 2008 que implementa el Reglamento

pueden proponer condiciones de forma proactiva en el proceso de análisis, y proponer soluciones alternativas a las condiciones o prohibiciones previstas por la autoridad.²⁶⁹

- **Derechos de Terceros:** Los procedimientos actuales en Chile dejan espacio para las acciones oportunistas de terceras partes. Bajo un sistema de control *ex ante* efectivo, sólo las Partes deberían estar facultadas para iniciar un proceso de análisis de concentraciones mediante una notificación o la autoridad mediante su facultad de oficio. Los derechos de las terceras partes deberían ser limitados a expresar sus opiniones sobre una operación bajo análisis, y a informar a la autoridad de cualquier operación de concentración notificable que no fue notificada.²⁷⁰
- **Transparencia:** La transparencia general en el proceso juega un papel clave para garantizar la consistencia, previsibilidad y equidad en el proceso de análisis.²⁷¹ Por tanto, la ley debe poner a disposición del público, de manera oportuna, todas las normas, guías, decisiones y material relevante para el análisis de concentraciones. La transparencia es esencial para las Partes y la sociedad, es decir, para admitir el escrutinio público y para permitir a terceros proporcionar comentarios útiles y oportunos.
- **Confidencialidad.** La necesidad de procedimientos justos y transparentes debe ser equilibrada con la necesidad de proteger la información confidencial y privilegiada, recibida en cualquier etapa

del Concejo (EC) No 139/2004 sobre el control de concentraciones entre empresas, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:279:0003:0012:EN:PDF>.

²⁶⁹ Prácticas Recomendadas de la RICE, Artículo XI.A.

²⁷⁰ Ibid, Artículo I.A.5: “Third parties with a legitimate interest in the merger under review, as recognised under the reviewing country’s merger laws, should have an opportunity to express their views during the merger review process.”

²⁷¹ Prácticas Recomendadas de la RICE, Artículo V.A. Para mayores desarrollos y experiencias de los países sobre requisitos de transparencia, véase OECD, Policy Roundtables on “Procedural Fairness: Transparency Issues in Civil and Administrative Enforcement Proceedings”, op. cit.

del proceso de análisis.²⁷² “La divulgación pública de los secretos de las empresas y otra información confidencial recibida por las agencias de competencia en conexión con el proceso de análisis de concentraciones puede perjudicar intereses comerciales importantes y puede tener efectos adversos en la competencia”.²⁷³ Este equilibrio debe ejercerse al exigir a la autoridad que publique, en etapas clave del proceso de análisis, las versiones públicas de sus principales conclusiones para permitir el escrutinio público y la reacción de terceras partes.

Temporalidad y alcance de la facultad de análisis de concentraciones.

Surgen dos preguntas clave que deben ser abordadas como parte de una política de análisis de concentraciones, a saber: en primer lugar, ¿puede abrirse un proceso de análisis de concentración a operaciones no notificables (sobre las que no están obligadas a notificarse)?²⁷⁴ En segundo lugar, ¿puede el control de concentraciones también llevarse a cabo posterior a la consumación (*ex post*)?

- Ya sea en sistemas de notificación obligatoria, voluntaria o híbrida, las operaciones no notificables pueden, bajo ciertas circunstancias, plantear problemas de competencia. La política de control de concentraciones debe aclarar si estas operaciones pueden, de cualquier forma, ser analizadas de oficio. De ser así, las circunstancias de la operación de concentración o del mercado, bajo las cuales tal análisis se lleva a cabo, deben ser establecidas claramente, de forma que se permita a las Partes evaluar el riesgo en torno a sus operaciones no notificables. Si la autoridad goza de dichas facultades de oficio, debe concederse a las Partes la posibilidad correlativa de notificar voluntariamente su operación de concentración, incluso por debajo de los umbrales, para obtener certeza sobre su operación.

²⁷² Recomendaciones de concentraciones de la OCDE, Artículo 1.A.7 y Prácticas Recomendadas de la RICE, Artículo VIII.A.

²⁷³ Prácticas Recomendadas de la RICE, Artículo IX.A; ver también Recomendaciones sobre concentraciones de la OCDE, Arts. I.A.7 y I.B.3.

²⁷⁴ Ya sea porque caen por debajo de los umbrales de notificación en un sistema de notificación obligatorio, o porque las Partes concluyen que la notificación no es necesaria en un sistema de notificación voluntaria.

- También debe emitirse una política respecto al tiempo en que prescribe la facultad de análisis de las operaciones: en otras palabras, ¿hasta cuándo un proceso de análisis de concentraciones puede llevarse a cabo, y en particular, ¿pueden ejercerse las facultades de análisis después de la consumación? Como regla general, la mayoría de los países por cuanto hace al control de concentraciones han adoptado un sistema de análisis previo a la consumación y no ofrecen un análisis de concentraciones *ex post*. Si surgen problemas de competencia tras la operación de concentración, la ley de competencia puede aplicarse (en contra de, por ejemplo, un acuerdo restrictivo o un abuso de posición dominante).²⁷⁵ Si debe ser posible la aplicación de un control de concentraciones *ex post*, las normas de control de concentraciones pueden limitar esta posibilidad en el tiempo.²⁷⁶

²⁷⁵ La Ley debería dejar en claro que el despacho de una operación no exime a la entidad resultante de la futura responsabilidad por infracciones antimonopolio.

²⁷⁶ En el Reino Unido por ejemplo, la OFT puede referir una concentración al CC (tanto la OFT como la CC son parte de la CMA desde Abril de 2014) hasta cuatro meses a partir de la consumación de la operación. En Canadá, la consumación antes de la aprobación puede ser sancionada no sólo por multas sino provocar un análisis de la concentración *ex post* por el Comisionado de Competencia, quien podría imponer condiciones o disolver la concentración hasta después de un año de su consumación.

Resumen: Facultades de análisis de concentraciones y procedimientos

- La ausencia actual de un proceso de análisis específico de concentraciones y la coexistencia de varios procedimientos han llevado a la ineficacia e incertidumbre en el control de concentraciones de Chile. Una reforma al régimen del control de concentraciones debe mejorar el procedimiento de análisis de concentraciones y organizar las facultades de análisis de concentración respectivas a la FNE y al TDLC.
- El panorama de las autoridades de Chile se caracteriza por un sistema de aplicación dual, con facultades compartidas entre el TDLC y la FNE. Ambos son órganos calificados y pueden ofrecer fortalezas al sistema de control de concentraciones, pero esta estructura dual no debe añadir complejidad o retraso injustificado al proceso de control de concentraciones.
- Los procedimientos y facultades del control de concentraciones deben garantizar que las operaciones de concentración sean analizadas de forma eficaz, efectiva, predecible y oportuna en todas las etapas del proceso de análisis. Por lo tanto, mejorar el proceso de análisis de concentraciones requiere lo siguiente:
 - i. Establecer un procedimiento de análisis de concentraciones de dos fases, organizado en dos posibles opciones:
 - Opción 1: Fase I con la FNE y Fase II con el TDLC;
 - Opción 2: Fases I y II con la FNE y el TDLC encomendado a la revisión judicial de las resoluciones de la FNE. Esta segunda opción puede proporcionar mayor eficacia, puntualidad y eficiencia en el proceso de análisis.
 - ii. Ya sea que el proceso de toma de decisiones recaiga en la FNE y/o el TDLC, para mejorar y garantizar la eficacia y equidad en los procesos de análisis de concentraciones, se tiene que atender específicamente:
 - Los *plazos de análisis* de concentraciones deben ser establecidos y respetados: el análisis de la Fase I debe completarse dentro de un periodo específico (máximo 6 semanas), mientras que en la Fase II debe llevarse a cabo dentro de un marco de tiempo determinable (máximo 6 meses a partir de la notificación).
 - Los *derechos de las Partes de la concentración* deben ser garantizados, incluyendo un proceso colaborativo, la transparencia y diálogo en etapas clave del proceso, la discusión abierta y oportuna de las condiciones, y la no discriminación.
 - Tanto la *transparencia* y *confidencialidad* deben asegurarse: la transparencia debe ser equilibrada con la protección de la información confidencial recibida en el proceso de análisis.
- Cada política de control de concentraciones debe abordar dos preguntas clave como parte de su política general de defensa de la competencia: ¿puede ser abierto un proceso de análisis de concentraciones respecto de una operación no notificable? y ¿puede el control de concentraciones llevarse a cabo después de la consumación?

5. Análisis Sustantivo de Concentraciones

5.1 Problemáticas

El estándar sustantivo adoptado por la FNE y el TDLC para los fines del control de concentraciones no es un problema en sí mismo, ya que tanto la FNE como el TDLC ha desarrollado un estándar basado en el efecto, más cercano al estándar SLC que al de dominancia, generalmente considerando los efectos unilaterales y coordinados de la concentración en los mercados relevantes, y tomando en cuenta las eficiencias, cuando las hay. La transparencia del análisis sustantivo de la FNE y del TDLC es provista mediante la publicación de sus informes y pronunciamientos, respectivamente. Los siguientes aspectos, sin embargo, debilitan la aplicación efectiva del estándar SLC:

- **Falta de bases jurídicas y orientación:** La ley de Chile no se pronuncia sobre el estándar sustantivo aplicable a las concentraciones. En ausencia de una definición legal y específica en materia de operaciones de concentración, la FNE y el TDLC sólo pueden apoyarse en el Artículo 3 de la Ley de Competencia (“pueda tender a efectos anticompetitivos”). Además, se proporciona orientaciones muy limitadas en las fuentes de las normas no vinculantes (*soft law*). La Guía de la FNE sobre Concentraciones indica, en cierta medida, qué factores son relevantes en la conducción de un análisis sustantivo de la operación de concentración. Sin embargo, esta Guía no es vinculante y su alcance se limita a las operaciones horizontales. El Auto Acordado del TDLC sobre Concentraciones indica qué información debe ser provista como parte de una consulta (bajo el Artículo 18 (2) de la Ley de Competencia pero sin estándar sustantivo claro, ni orientaciones o directrices para procedimientos de análisis contenciosos (bajo el Artículo 18 (1)), o los procedimientos de aprobación de acuerdos extrajudiciales (bajo el Artículo 39 ñ). Por otra parte, no existe un mecanismo para garantizar un enfoque sustantivo coherente entre la FNE y el TDLC, cada uno de los cuales puede adoptar su propio estándar y aplicarlo a su propia discreción caso por caso.
- **No hay un puerto seguro sustantivo:** En primer lugar, no existe un puerto seguro transparente y predecible (norma *de minimis*), tal como las referencias de participación de mercado, provistas por la ley de concentraciones de Chile o la práctica del TDLC. En consecuencia, no

hay posibilidad de que las Partes sepan, con certeza razonable, cuándo es probable que se examine una concentración, o que se califique para evaluación y aprobación expeditas. En segundo lugar, la Guía de la FNE sobre Concentraciones establece umbrales basados en el HHI, por debajo de los cuales es improbable que la FNE investigue una operación de concentración. Dichos umbrales no se aplican al TDLC y sólo podrán ser aplicadas a operaciones horizontales que lleguen al conocimiento de la FNE.

- **Falta de poder de recolección de información:** Ambas autoridades reconocen que la recolección de información relevante es un desafío en la práctica, en especial de información cuantitativa confiable, para conducir un análisis sustantivo. La FNE y el TDLC carecen de facultades efectivas para obligar a las Partes o a terceros, incluidos los expertos, a responder, de forma completa y precisa, a las solicitudes de información.²⁷⁷ En consecuencia, el análisis sustantivo depende, en exceso, de la buena voluntad de las Partes y en su provisión discrecional de la información, así como de los propios esfuerzos de las autoridades por calcular los datos relevantes.

5.2 *Evaluación y Recomendaciones*

El propósito de un análisis de concentraciones sustantivo es “*identificar y prevenir o remediar solamente las concentraciones que pueden dañar significativamente la competencia.*”²⁷⁸ Las siguientes mejoras deben considerarse en la elaboración del estándar sustantivo para determinar el impacto de las concentraciones en la competencia:

- Si bien el estándar SLC está alineado con la mayoría de los países,²⁷⁹ el estándar sustantivo para el control de concentraciones debe

²⁷⁷ Ver más adelante, la sección 6 sobre “sanciones” para mayor información sobre el asunto.

²⁷⁸ Prácticas Recomendadas por la RICE para el Análisis de Concentraciones Económicas, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc951.pdf>, (en adelante, las “Prácticas Sustantivas de la RICE”) Artículo I.A.

²⁷⁹ OECD Roundtable on “Standard for Merger Review with a particular emphasis on country experience with the change of merger review standard from the dominance test to the SLC/SIEC test” (2009), 10 de mayo de 2010,

establecerse por la ley, para que las empresas puedan determinar con certeza suficiente cómo la autoridad evaluará los efectos de la concentración. Además, debe proporcionarse orientación con respecto a los factores que considera la autoridad para llevar a cabo un control sustantivo, a saber: qué factores cualitativos y cuantitativos son relevantes o determinantes, cómo el análisis sustantivo puede variar entre operaciones horizontales, verticales y de conglomerado, etc.²⁸⁰ Dicha orientación debe ser mejor establecida a través de guías o avisos, o incluso en notas explicativas en el formulario de notificación.²⁸¹

- Ciertas concentraciones están sujetas a la notificación a pesar del hecho de que no plantean problemas de competencia. Este es el caso particular de operaciones que superan los umbrales de notificación (por ejemplo, empresas con un alto volumen de negocios en Chile) pero que mantienen niveles de concentración de mercado y activos de mercado posteriores a la concentración lo suficientemente bajos para no plantear ninguna inquietud. En tales casos, el análisis y aprobación expeditos deberían estar disponibles, junto con un proceso y formulario simplificados.²⁸² La posibilidad de una notificación de

DAF/COMP(2009)21,
<http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/45247537.pdf>

²⁸⁰ Además de los efectos horizontales (unilaterales y coordinados), los efectos verticales y de conglomerado (cartera) deben ser descritos en la medida en que pueden dar lugar a problemas de competencia.

²⁸¹ Como se mencionó antes, si tanto la FNE como el TDLC ejercen facultades de análisis de concentraciones, la ley puede fomentar o imponer que se adopte un conjunto común de guías a fin de evitar discrepancias en el análisis sustantivo de una y la misma operación en varias etapas del proceso de análisis.

²⁸² En la Unión Europea, los modelos para la notificación completa (Form CO) y la notificación corta (Short Form CO) se adjunta al Reglamento (EC) No 1033/2008 de 20 de Octubre de 2008 que modifica el Reglamento del Consejo (EC) No 139/2004 sobre control de concentraciones entre empresas <http://legislacion.derecho.com/reglamento-1033-2008-20-octubre-2008-comision-1372641>. En cuanto a los análisis expeditos, European Commission Notice on a simplified procedure for treatment of certain concentrations under Council Regulation (EC) No 139/2004, 14 December 2013 (2013/C 366/04), <http://eur->

formato corto está disponible en la mayoría de los países miembros de la OCDE.²⁸³ Para tal fin, las normas sustantivas de Chile podrían incluir umbrales *de minimis*, también conocido como umbral sustantivo de puerto seguro, debajo del cual, una concentración califica para su aprobación por la vía rápida. Dicho puerto seguro normalmente se basa en la participación de mercado o en los niveles de concentración de mercado.²⁸⁴

- La mayoría de los países llevan a cabo su análisis sustantivo a la luz de varios factores –incluyendo a menudo una fuerte dependencia en la participación de mercado y los niveles de concentración de mercado. La definición de los mercados relevante es, por tanto, fundamental. Para ello, el estándar del monopolista hipotético o estándar “SSNIP,” es ampliamente reconocido como un estándar adecuado para delimitar los mercados relevantes.²⁸⁵ Debe proporcionarse orientación clara y

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52013XC1214\(02\):EN:NOT](http://lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52013XC1214(02):EN:NOT).

²⁸³ Es decir, en aproximadamente el 60% de los países miembros de la OCDE. Estos procedimientos permiten un proceso de análisis más rápido, pero también el suministro de información limitada proporcionada por las partes OECD, Secretariat Note, *Implementation of the 2005 OECD Recommendation on Merger Review*, op. cit., sección 3.2., pt. 22. Estos umbrales sustantivos son distintos de los umbrales de notificación: los umbrales de notificación determinan cuáles concentraciones serán notificadas (sin perjuicio de los efectos de la concentración), mientras que los umbrales sustantivos ayudan a determinar si los efectos de la concentración se considerados no problemáticos o más bien exigen atención adicional.

²⁸⁴ Prácticas Sustantivas de la RICE, Artículo III.B. Se debe proporcionar criterios *de minimis* no sólo para las concentraciones horizontales (por ejemplo, la participación de mercado combinada después de la consumación de la concentración y los diferenciales de participación de mercado en mercados relacionados), sino también para operaciones verticales y de conglomerado (por ejemplo, participación de mercado en mercados relacionados verticalmente o en mercados complementarios o no relacionados).

²⁸⁵ Para mayor información re: la definición de mercados relevantes, incluido el estándar SSNIP, ver: Prácticas Sustantivas de la RICE, Artículo II.

coherente sobre cómo se definen los productos y mercados geográficos relevantes.²⁸⁶

- La autoridad de competencia debe estar en condiciones de evaluar sustantivamente la operación de concentración con base en la información en el formulario de notificación. El formulario de notificación debe especificar clara y objetivamente el tipo de información requerida para una evaluación sustantiva; el nivel de información requerido puede variar entre mercados relevantes afectados y no afectados.²⁸⁷
- Finalmente, no hay razón para tener un régimen de control de concentraciones legal, procedimientos organizados, facultades de análisis mejoradas y un estándar sustantivo claro, si la autoridad no puede tener acceso a información confiable para conducir el análisis sustantivo. La OCDE recomienda que el gobierno “*asegure que el proceso de análisis permita a [sus] autoridades de competencia obtener información suficiente para evaluar los efectos competitivos de una concentración.*”²⁸⁸ Para tal fin, la ley debe proveer a las autoridades chilenas de las herramientas y facultades suficientes (incluidas las medidas de apremio) para obtener la información necesaria de las Partes, expertos y terceros.

²⁸⁶ Además, ciertas jurisdicciones distinguen entre mercado “relevante” y “afectado” para fines del análisis de concentraciones sustantivo: los mercados afectados son mercados relevantes en los cuales las participaciones de mercado de las Partes exceden un cierto nivel. Los mercados afectados relevantes generalmente provocan un análisis sustantivo complete, mientras que los mercados no afectados relevantes pueden calificar para *de minimis*, como se explica arriba, y beneficiarse de un análisis expedito. Bajo el Auto Acordado del TDLC sobre concentraciones ambos términos, relevante y afectado, se utilizan pero sin distinción entre ellos.

²⁸⁷ La OCDE ha publicado un Marco par la Notificación y Formato de Informe para Concentraciones: ver el Apéndice a OECD Report on “Notification of Transnational Mergers”, 23 de Febrero de 1999, DAF/CLP(99)2/FINAL, <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/2752153.pdf>.

²⁸⁸ Recomendaciones de Concentraciones de la OCDE, Artículo I.A.1.1.

Resumen: Análisis de concentraciones sustantivo

- El estándar sustantivo adoptado y llevado a cabo por la FNE y el TDLC (cercana al estándar de SLC) no representa un problema como tal, pero debe ser fijada por la ley.
- Lo que no se establezca por la ley, debe establecerse por guías aplicables tanto a la FNE como al TDLC para asegurar la consistencia en la aplicación de las concentraciones.
- Debe proporcionarse orientación clara en cuanto a los factores cualitativos y cuantitativos relevantes para el análisis sustantivo, y cómo el análisis puede variar entre operaciones horizontales, verticales y de conglomerado.
- El análisis y la aprobación expeditos deben estar disponibles para concentraciones notificadas que difícilmente plantearán problemas de competencia: se requiere la orientación en cuanto a cuáles operaciones pueden beneficiarse del análisis expedito.
- Los formularios de notificación (formato largo para análisis completos y formato corto para los análisis expeditos) deben especificar clara y objetivamente la información requerida para los propósitos de una evaluación sustantiva.
- Debe concederse a las autoridades las facultades necesarias para recopilar y obligar la provisión de información completa y precisa para un análisis de concentraciones efectivo.

6. Sanciones y Herramientas de Aplicación

6.1 Problemáticas

La Ley de Competencia sólo prevé las sanciones en contra de actos, hechos y acuerdos anticompetitivos. Tales sanciones, establecidas en el Artículo 26 de la Ley de Competencia, sólo pueden ser solicitadas e impuestas en un procedimiento contencioso, por lo que rara vez es usado en el contexto de

operaciones de concentración.²⁸⁹ No existen sanciones que garanticen la eficacia, puntualidad y robustez del proceso de análisis de concentraciones como tal, independientemente de si una concentración es pro o anticompetitiva. Actualmente, sólo existe un delito punible con prisión en contra de la obstrucción de la investigación de la FNE, el que debe ser conocido en sede penal.²⁹⁰ De igual forma, el incumplimiento de las condiciones de las operaciones sólo puede ser sancionado después de un proceso separado que presenta la FNE ante el TDLC.

6.2 *Evaluación y Recomendaciones*

Las sanciones en contra de violaciones a las normas y sentencias del control de concentraciones representan un elemento fuertemente disuasivo del incumplimiento, y constituyen una gran señal para el público, incluidas las Parte y terceros, de que las normas de las concentraciones son efectivas y ejecutables.

Una reforma al régimen de control de concentraciones debe, por lo tanto, establecer un marco de sanciones y herramientas de aplicación en los siguientes términos:

- *Falta de notificación de una operación notificable* (especialmente en sistemas de notificación obligatorios o híbridos): la autoridad debe estar facultada para imponer una multa o una pena periódica por no haber notificado.²⁹¹

²⁸⁹ La mayoría de los análisis se conducen en Chile mediante el procedimiento de análisis de la FNE o el procedimiento de consulta del TDLC, ninguno de los cuales permite sanciones previstas por el Artículo 26 (c) de la Ley de Competencia.

²⁹⁰ Artículo 42 de la Ley de Competencia. Nunca se ha recurrido a esta sanción: las sanciones penales son percibidas como inadecuadas en el contexto de las concentraciones, y la necesidad de presentar un procedimiento distinto en un juzgado penal puede ser un proceso largo y laborioso.

²⁹¹ Tales sanciones pueden ser de carácter administrativo e impuestas por la autoridad misma. Para ejemplos numéricos: las sanciones por falta de notificación suman US\$ 16.000 por día en los Estados Unidos, hasta US\$ 20.000 por día de retraso en Japón, hasta el 10% de las ventas mundiales de los agregados de las empresas si, de forma intencional o por negligencia, no notifican en la Unión Europea, hasta el 10% de las ventas (nacionales) de las empresas además de los requerimientos de notificación en Sudáfrica.

- *Consumación de una operación bajo análisis (“gun jumping”)*: La ley puede imponer una multa para sancionar el incumplimiento de los plazos de espera por las Partes, es decir, la violación de un efecto suspensivo del proceso de análisis de concentraciones. Una sanción en contra del *gun jumping* posibilita preservar la eficacia del proceso de análisis, y no prejuzga la concentración como tal.²⁹²
- *Obstrucción de la recopilación de la información y proceso de análisis*: Las empresas y los individuos, incluyendo a las Partes y terceros, ya sean personas o entidades privadas o públicas, deben responder adecuada y puntualmente a las solicitudes de información de las autoridades. Tales solicitudes deben establecer un plazo claro para responder. La falta de respuesta y las respuestas incompletas, imprecisas o engañosas pueden ser sancionadas con multas pecuniarias, incluyendo la posibilidad de sanciones periódicas hasta que el obligado cumpla.
- *Incumplimiento de las condiciones*: Se imponen condiciones cuando se considera que una operación de concentración puede dar lugar a efectos anticompetitivos en la ausencia de dichas condiciones. Por lo tanto, si las condiciones no se cumplen, no debe haber necesidad de otro análisis (como es el caso en el sistema actual de Chile: la operación *es* anticompetitiva si las condiciones no se implementan. La ley debe establecer mecanismos de vigilancia y facultar a la autoridad para sancionar el incumplimiento de las condiciones, incluida la posibilidad de penas periódicas hasta su debido cumplimiento.

292

En varias jurisdicciones, como las de Francia, Japón y la Unión Europea, la sanción por “*gun jumping*” es la misma que por la falta de notificación.

Resumen: Sanciones y herramientas de aplicación

- Para que el régimen de control de concentraciones sea eficaz, es necesario prever las sanciones contra el incumplimiento:
 - Respecto a las *Partes de la concentración*, deben existir sanciones disponibles frente a la falta de notificación de una operación notificable, la consumación de la concentración bajo análisis (*gun jumping*), la obstrucción del proceso de análisis, es decir, por la provisión de información incompleta o inexacta, y el incumplimiento de las condiciones.
 - Respecto a *terceras partes*, debe sancionarse la obstrucción del proceso de análisis, por ejemplo, por la falta de respuesta a una solicitud de información o por la provisión de información incompleta o inexacta.
- En cuanto a la naturaleza de las sanciones, pueden consistir en multas pecuniarias combinadas con órdenes expresas y/o sanciones periódicas. La ley debe dejar en claro si las sanciones son de carácter administrativo o penal, y si se aplican a empresas y/o individuos.

Conclusión

Este informe ha analizado los principales problemas derivados del sistema de control de concentraciones actual de Chile, y proporciona recomendaciones para su mejora a la luz de las recomendaciones de la OCDE y de las mejores prácticas internacionales.

Una serie de aspectos esenciales del control de concentraciones requieren enmiendas a la ley, con la finalidad de establecer un régimen de control de concentraciones efectivo, eficaz y transparente. Estos aspectos esenciales se resumen en los siguientes diagramas:

ESTABLECER EL ÁMBITO DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

1. Establecer una definición de las **operaciones de concentración** para los fines de su control = Qué operaciones caen bajo el control de concentraciones de Chile.
2. Establecer un **régimen de notificación** = Cómo las concentraciones notificables son notificadas, es decir, traídas a la atención de las autoridades. La notificación puede ser obligatoria, voluntaria o híbrida. A la luz de las ventajas y desventajas de cada sistema, y dada la experiencia de Chile, un mecanismo obligatorio o híbrido puede resultar más efectivo.
3. Establecer **umbrales de notificación** = Cuáles de las concentraciones captadas serán objeto de notificación, y por tanto, de análisis de concentraciones.



FACULTADES Y PROCEDIMIENTOS DE ANÁLISIS DE CONCENTRACIONES

1. Establecer un **procedimiento de análisis de concentraciones de dos fases** organizado y eficaz:
 - Opción 1:* Fase I con la FNE y Fase II con el TDLC;
 - Opción 2:* Fases I y II con la FNE revisión judicial mediante impugnación por el TDLC.
2. Satisfacer las **condiciones de equidad** en el análisis de control de concentraciones, tanto en el nivel de la FNE como del TDLC.
3. Establecer periodos de análisis claros (plazos), un proceso más transparente y colaborativo con las partes de la concentración, y garantizar la consistencia del proceso de análisis de concentraciones entre la FNE y el TDLC.
4. Aclarar la temporalidad y alcance de las **facultades de control de concentraciones**. La política de concentraciones de Chile debe, por ejemplo, determinar si el control de concentraciones puede extenderse a una operación no notificable, y si ello también puede ocurrir después de la operación.

Estas reformas permitirían a las operaciones de concentración ser seleccionadas, notificadas y analizadas de manera oportuna, eficaz y predecible, para beneficio de los consumidores y la eficiencia económica. El objetivo del control de concentraciones es evaluar el impacto de las concentraciones en la competencia. Para ello, una reforma al control de concentraciones debe incluir un estándar sustantivo claro, bajo el cual el impacto en la competencia de las concentraciones debiera ser evaluado. Una reforma debe considerar, también, la introducción de sanciones apropiadas que garanticen que las normas y procedimientos del control de concentraciones sean efectivos.

ANEXO. ANÁLISIS DE CONCENTRACIONES POR EL TDLC Y LA FNE

Casos de concentración del TDLC	Tipo de operación	Tipo de procedimiento	Iniciado por	Pre- o post a concentración	Resultado	Condiciones impuestas por	Duración del procedimiento	Fecha del fallo	Sector
1. Metrópolis Intercom/VTR	Fusión	Consulta	Partes de la concentración	Antes	Condiciones	Resolución TDLC Confirmación CS ⁽¹⁾	318 días TDLC 125 días CS 443 días en total	25.10.2004 TDLC 10.3.2005 CS	Telecom
2. Telefónica Móviles/BellSouth	Adquisición	Consulta	Partes de la concentración	Antes	Condiciones	Resolución TDLC Confirmación CS	231 días TDLC 179 días CS 410 días en total	4.1.2005 TDLC 15.7.2005 CS	Telecom
3. GLRChile/Iberoamerican Radio Chile	Adquisición	Consulta	Partes de la concentración	Antes	Condiciones	Resolución TDLC Confirmación CS	217 días TDLC 104 días CS 321 días en total	27.7.2007 TDLC 22.11.2007 CS	Telecom (radio)
4. Endesa/Colbun	Alianza Estratégica	Consulta	Partes de la concentración	Antes	Condiciones	Resolución TDLC	520 días TDLC	19.10.2007 TDLC	Energía (electricidad)
5. ING/Basantander	Adquisición	Consulta	Partes de la concentración	Antes	Condiciones	Resolución TDLC	161 días TDLC	4.1.2008 TDLC	Seguros
6. D&S/Falabella	Fusión	Consulta	Partes de la concentración	Antes	Prohibición	N/A	238 días TDLC	31.1.2008 TDLC	Supermercado, crédito, bienes raíces
7. SQM Comercial/Anagra	Adquisición	Consulta	Partes de la concentración	Antes	Condiciones	Resolución TDLC Confirmación CS	336 días TDLC 231 días CS 567 días en total	9.12.2009 TDLC 10.8.2010 CS	Fertilizantes
8. Ecomarket/Rendic Hnos	Adquisición	Consulta	FNE	Antes	Retirado	N/A	(237 días)	3.1.2011 TDLC	Supermercado
9. Cencosud/Condell	Adquisición	Consulta	Partes de la concentración	Antes	Aprobación	Resolución TDLC	145 días TDLC	2.11.2011 TDLC	Supermercado
10. Alvi/D&S	Adquisición	Consulta	FNE	Antes	Retirado	N/A	(159 días)	2.3.2011 TDLC	Supermercado
11. COPEC/Terpel	Fusión	Consulta	Partes de la concentración	Después	Condiciones	Resolución TDLC	338 días TDLC	26.5.2011 TDLC	Combustible
12. GTD Grupo Telcel/Entel	Fusión	Consulta	FNE	Antes	Retirado	N/A	(25 días)	24.1.2012 TDLC	Telecom
13. LAN/TAM	Adquisición	Consulta	Terceros (asociación de consumidores)	Antes	Condiciones	Resolución TDLC Confirmación CS	237 días TDLC 185 días CS 422 días en total	26.4.2012 TDLC 2.1.2013 CS	Transporte aéreo
14. Quinenco (Shell)/Terpel	Fusión	Consulta	Partes de la concentración	Antes	Prohibición (TDLC) Condiciones (CS)	Fallo de CS	168 días TDLC 237 días CS 405 días en total	26.4.2012 TDLC 2.1.2013 CS	Combustible

Casos de concentración del TDLC	Tipo de operación	Tipo de procedimiento	Iniciado por concentración	Pre- o post a concentración	Resultado	Condiciones impuestas por	Duración del procedimiento	Fecha del fallo	Sector
15. Cencosud/Abbaral	Adquisición	Consulta	Partes de la concentración	Antes	Aprobación	Resolución TDLC	98 días TDLC	4.8.2012 TDLC	Supermercado
16. Radiodifusión SpA	Fusión	Consulta	FNE	Antes	Condiciones	Resolución TDLC	175 días TDLC	27.9.2012 TDLC	Telecom (radio)
17. SMU/SDS	Fusión	Consulta	Partes de la concentración	Después	Condiciones	Resolución TDLC Confirmación CS	499 días TDLC 262 días CS 761 días en total	12.12.2012 TDLC 30.9.2013 CS	Supermercado
18. Chile Films IVM/Hoyts Cinemas	Adquisición	Contencioso	FNE	Después	Condiciones	Conciliación Judicial aprobado por el TDLC	188 días TDLC	15.1.2013 TDLC	Cine
19. Nestlé/Pfizer	Adquisición	Solicitud de acuerdo	FNE/Partes de la concentración	Antes	Condiciones	Acuerdo extrajudicial aprobado por el TDLC	(47 días)	18.4.2013 TDLC	Alimentos y medicamentos
Investigaciones de concentraciones por FNE abiertas	Total de investigaciones	Iniciado por	Sometido por FNE ante TDLC						
Años 2007 – 2011 ⁽²⁾	66	De oficio	3 consultas (Ecomarket; Alwi; Entel)						
Año 2012 ⁽³⁾	14	13 de oficio, 1 por las Partes de la concentración	1 consulta (Radiodifusión); 1 contencioso (Cinema Hoyts)						
Año 2013	24	22 de oficio, 2 por las Partes de la concentración	1 acuerdo extrajudicial (Nestlé/Pfizer)						

(1) CS = Corte Suprema.

(2) No hay estadísticas disponibles previas a 2007.

(3) La División de Fusiones y Estudios de la FNE fue creada en 2012.

BIBLIOGRAFÍA

CHILE

Constitución de la República de Chile, versión modificada y consolidada,
http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/index_html.

Ley de Competencia - Decreto Ley N° 211,
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=236106&idVersion=2009-10-11>; enmendada por la Ley
N° 19.911 de 14 de Noviembre de 2003, en:
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=217122>; y la Ley N° 20.361 de
13 de Julio de 2009, en:
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1004121&idParte=8740652&idVersion=2009-07-13>.

Ley sobre las libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo -
Ley de Prensa N° 19.733,
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=186049>.

TDLC Auto Acordado N° 5/2004 sobre Procedimientos Paralelos, de 22 de
Julio de 2004,
http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Autoacordado_N_5-2004.pdf.

TDLC Auto Acordado N° 11/2008 sobre reserva o confidencialidad de la
información en los procesos, de 26 de Noviembre de 2008,
<http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Auto%20Acordado%20N%C2%B0%2011%20Refundido.pdf>.

TDLC Auto Acordado N° 12/2009 sobre información relevante para el control
preventivo de operaciones de concentración, de 20 de Marzo de 2009,
http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Autoacordado_N_12_2009.pdf.

TDLC *Informe Anual del Presidente del TDLC*, 13 de Mayo de 2013,
<http://www.tdlc.cl/UserFiles/P0001/File/CUENTAS%20PUBLICAS%20TDLC/Cuenta%20Publica%202013.pdf>.

FNE, *Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración*, de Octubre de 2012, <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf> .

FNE, *Instructivo Interno para el Desarrollo de Investigaciones de la Ffiscalía Nacional Económica*, Mayo de 2013, http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/05/Instr._investigaciones_2013.pdf.

FNE, *Participaciones Minoritarias y Directores Comunes entre Empresas Competidoras*, Noviembre de 2013, <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/11/Participaciones-minoritarias.pdf>.

Programa de Gobierno 2014-2018 de Michelle Bachelet sobre “Control de operaciones de concentración” en *Protección y defensa de los consumidores, competencia y transparencia*, <http://michellebachelet.cl/programa/>.

Informe de la Comisión Asesora sobre una posible reforma a la Ley de Competencia bajo mandato del (entonces) Presidente Piñera, *Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia*, Julio de 2012, <http://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2012/07/INFORME-FINAL-ENTREGADO-A-PDTE-PINERA-13-07-12.pdf>.

OCDE

OECD Framework for a Notification and Report Form for Concentrations, Appendix to the OECD Report en “Notification of Transnational Mergers”, 23 de Febrero de 1999, DAF/CLP(99)2/FINAL, <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/2752153.pdf>.

OECD Recommendation of the Council on Merger Review, 23 de Marzo de 2005 C (2005) 34, <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=195&InstrumentPID=191&Lang=en&Book=False>.

OECD Roundtable on “Standard for Merger Review with a particular emphasis on country experience with the change of merger review standard from the dominance test to the SLC/SIEC test” (2009), 10 may 2010, DAF/COMP(2009)21, <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/45247537.pdf>.

- OECD Policy Roundtable de 2009 sobre “Antitrust issues involving minority shareholdings and interlocking directorates,” DAF/COMP(2008)30, 23 de Junio de 2009, <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/41774055.pdf>.
- OCDE Derecho y Política de Competencia en Chile: Examen de Acceso (2010), <http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/47951548.pdf>.
- OECD Policy Roundtables on “Procedural Fairness: Transparency Issues in Civil and Administrative Enforcement Proceedings”, DAF/COMP(2010)11, <http://www.oecd.org/daf/competition/48825133.pdf>.
- OECD Roundtable on “Remedies in Merger Cases”, 2011, DAF/COMP(2011)13, <http://www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf>.
- OECD Competition Committee Roundtable on “Economic Evidence in Merger Analysis”, (2011), 27 July 2012, DAF/COMP(2011)23, <http://www.oecd.org/daf/competition/EconomicEvidenceInMergerAnalysis2011.pdf>.
- OECD Policy Roundtables on “Procedural Fairness and Transparency: Key Points” (2010-12), available at: <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/50235955.pdf>.
- OECD Competition Committee Roundtable on “Market Definition” (2012), 11 October 2012, DAF/COMP(2012)19, <http://www.oecd.org/daf/competition/Marketdefinition2012.pdf>.
- OCDE Seguimiento a los nueve exámenes inter-pares de la política y el derecho de competencia de países de América Latina, (2012), http://www.oecd.org/daf/competition/2012Follow-upNinePeer%20Review_sp.pdf.
- OECD 2013 Annual Report on Competition Policy Developments in Chile, DAF/COMP/AR(2013)27, 2 October 2013, [http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/AR\(2013\)27&docLanguage=En](http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/AR(2013)27&docLanguage=En).

OECD Background Note of 2013 on the « Definition of Transaction for the Purpose of Merger Control Review », <http://www.oecd.org/daf/competition/Merger-control-review-2013.pdf>.

OECD Economic Survey of Chile, 2013: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/economics/oecd-economic-surveys-chile-2013_eco_surveys-chl-2013-en#page17.

OECD Report on Implementation of the 2005 Recommendation: Country Experiences with the 2005 OECD Recommendation on Merger Review (2013), <http://www.oecd.org/daf/competition/ReportonExperienceswithMergerReviewRecommendation.pdf>.

OECD Discussion on “Investigations of consummated and non-notifiable mergers”, 25 February 2014, <http://www.oecd.org/daf/competition/investigations-consummated-non-notifiable-mergers.htm>.

OTRAS INTERNACIONALES

RICE Prácticas Recomendadas para el Análisis de Concentraciones Económicas, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc951.pdf> (2002-04).

RICE Prácticas Recomendables para Procedimientos de Notificación de Concentraciones, <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc589.pdf> (2008-10).

World Economic Forum, *Reporte de Competitividad Global*, 2013-2014, ver Pilar 6 de los Indicadores Clave, pp. 470- 471, <http://reports.weforum.org/the-global-competitiveness-report-2013-2014/>.

OTRAS JURISDICCIONES

U.E., Reglamento del Consejo (EC) No 139/2004 de 20 de Enero de 2004 sobre Control de Concentraciones entre Empresas, http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/126096_es.htm.

- U.E., Reglamento de la Comisión (EC) No 1033/2008 de 20 Octubre de 2008 que implementa el Reglamento del Consejo (EC) No 139/2004 sobre control de concentraciones entre empresas, <http://legislacion.derecho.com/reglamento-1033-2008-20-octubre-2008-comision-1372641>.
- U.E., European Commission Public Consultation and Staff Working Document, “Towards more effective EU merger control”, http://ec.europa.eu/competition/Consultas/2013_merger_control/index_en.html.
- U.E., Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en material de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) No 139/2004 del Consejo sobre control de concentraciones entre empresas (2008/C 95/01), <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>.
- U.K., OFT (ahora CMA) *Minority Interests in Competitors*, Marzo de 2010, http://oft.gov.uk/shared_offt/economic_research/oft1218.pdf.
- U.S., Clayton act, section 7, 15 U.S. code § 18 - Acquisition by one corporation of stock of another”, <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/18>.
- U.S., DOJ and FTC, Horizontal Merger Guidelines, 19 August 2010, <http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>.

DOCTRINA

- Botta M., *Merger control regimes in emerging economies: a case study on Brazil and Argentina*, January 2011, Kluwer, ISBN 9041134026, 440 p.
- Gal M., “Merger Policy for Small and Micro Jurisdictions”, in *More Pros and cons of Merger Control*, Konkurrensverket Swedish Competition Authority, http://www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/Pros&Cons/rapport_ros_and_cons_more_merger_control_2012.pdf.