



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Económico

**RÉGIMEN DE EVALUACIÓN DEL POTENCIAL
ANTICOMPETITIVO DE LAS OPERACIONES DE
CONCENTRACIÓN EN CHILE**

Gonzalo Marcelo Villazón Salfate

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Profesor Guía: Sr. Francisco Agüero Vargas

Santiago, Chile

2019

A mis padres

ÍNDICE DE CONTENIDOS

RESUMEN.....	VII
ABREVIATURAS.....	IX
INTRODUCCIÓN	1
PRIMERA PARTE: LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN FRENTE A LA LIBRE COMPETENCIA	7
 1.1. Las concentraciones empresariales desde la perspectiva de la competencia	7
1.1.1. Las operaciones de concentración, su clasificación y motivaciones económicas	7
1.1.2. Riesgos para la competencia derivados de las operaciones de concentración	11
 1.2. Las concentraciones empresariales desde una perspectiva jurídico-institucional	13
1.2.1. Control preventivo de las operaciones de concentración	13
1.2.2. Modelos de notificación voluntaria y obligatoria	18
1.2.3. Otras consideraciones sustantivas en el diseño institucional	22
1.2.4. Opción por un modelo de notificación obligatoria en Chile	24
SEGUNDA PARTE: EL PROCEDIMIENTO DE CONTROL PREVENTIVO DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ANTE LA FNE	45
 2.1. Consagración del nuevo régimen de control de concentraciones.....	45
 2.2. Entrada en vigencia.....	49
 2.3. Características del procedimiento de evaluación	51
2.3.1. Establece un modelo obligatorio híbrido de notificación.....	51
2.3.2. Configura un sistema estructurado sobre la base de tres filtros sucesivos	52
2.3.3. Es un procedimiento bifásico	53
2.3.4. Es una investigación que conducirá el Fiscal Nacional Económico	54
2.3.5. Es un procedimiento administrativo.....	55

2.4. Principios que rigen el procedimiento de evaluación de concentraciones.....	59
2.4.1. Iniciativa exclusiva de parte	60
2.4.2. Impulso de oficio.....	61
2.4.3. Celeridad y conclusividad	62
2.4.4. Intervención colaborativa	64
2.4.5. Gratuidad	66
2.5. Ámbito de aplicación del procedimiento de evaluación de concentraciones.....	70
2.6. Concepto y vías para una operación de concentración	72
2.6.1. Concepto legal de «operación de concentración»	72
2.6.2. Vías para una operación de concentración	80
2.7. Umrales de notificación	91
2.7.1. Necesidad de fijar umrales en un sistema de notificación obligatoria.....	91
2.7.2. Criterios para la determinación de los umrales en el derecho comparado	95
2.7.3. Variables relevantes a considerar en el diseño de los umrales	108
2.7.4. Umrales de notificación en el régimen chileno	113
2.8. Sujetos legitimados para impetrar la notificación.....	124
2.8.1. Noción de «agente económico» y de «notificantes»	125
2.8.2. Noción de «terceros» ajenos a la operación	126
2.8.3. Exigencia de notificación conjunta	126
2.9. Contenido de la notificación. Antecedentes que se deben acompañar.....	127
2.9.1. Antecedentes relativos a la operación y las partes	129
2.9.2. Antecedentes que permitan evaluar los riesgos de la operación.....	131
2.9.3. Declaración de intención de perfeccionar la operación.....	137
2.9.4. Los demás antecedentes que señale el Reglamento.....	139
2.10. Deberes de información de los notificantes durante el procedimiento. Modificación «significativa» de la operación	147
2.10.1. Alcance del deber de información de los notificantes	147
2.10.2. Oportunidad en que los notificantes deberán entregar la información	148
2.10.3. Riesgo de entrega de información sobreabundante o innecesaria	148
2.10.4. Modificación significativa de la operación. Efecto de reinicio del procedimiento	149
2.11. Notificación voluntaria de operaciones que se ubiquen bajo los umrales	152
2.12. Mecanismo de notificación simplificada.....	157
2.12.1. Supuestos de procedencia de la notificación simplificada	158
2.12.2. Oportunidad para acogerse a la notificación simplificada.....	162
2.12.3. Antecedentes que se deberán acompañar a la notificación simplificada.....	162
2.12.4. «Conversión a notificación ordinaria»	167
2.13. Efecto suspensivo sobre toda operación de concentración notificada	169

2.13.1.	Inicio del efecto suspensivo	171
2.13.2.	Alzamiento del efecto suspensivo	171
2.13.3.	Alcances del efecto suspensivo.....	175
2.13.4.	¿Excepciones al efecto suspensivo?.....	175
2.14.	Facultades y limitaciones del Fiscal Nacional Económico en el contexto de la evaluación de operaciones de concentración.....	177
2.14.1.	El Fiscal no podrá decretar el secreto total de la investigación.....	179
2.14.2.	El Fiscal no podrá iniciar la investigación sin dar noticia al afectado	180
2.14.3.	El Fiscal no podrá suscribir acuerdos extrajudiciales	180
2.14.4.	El Fiscal no podrá ejercer las facultades intrusivas para investigar colusiones	181
2.15.	Derechos de los notificantes.....	182
2.16.	Secreto y publicidad del expediente de evaluación de concentraciones	184
2.16.1.	El secreto relativo como regla general en las investigaciones de la FNE	184
2.16.2.	Normas especiales del control de fusiones sobre publicidad y secreto de la investigación	185
2.17.	Consulta previa o «pre-notificación».....	188
2.18.	Inicio del procedimiento. El acto de notificación	191
2.18.1.	Notificación completa o incompleta	193
2.18.2.	Efectos de la notificación incompleta	194
2.18.3.	Efectos de la notificación completa	195
2.19.	Primera fase de evaluación de una operación de concentración.....	196
2.19.1.	Inicio de la investigación propiamente tal.....	196
2.19.2.	Intervención de terceros en la primera fase de evaluación.....	198
2.19.3.	Término de la primera fase del procedimiento de evaluación. Resoluciones que puede adoptar el Fiscal Nacional Económico.....	200
2.19.4.	Procedencia del silencio administrativo positivo al término de la primera fase	201
2.19.5.	Comunicación de las resoluciones de término de la Fase I.....	205
2.19.6.	Comunicación a autoridades y terceros interesados de la resolución que extiende la investigación	205
2.20.	Segunda fase de evaluación de una operación de concentración	206
2.20.1.	Inicio de la segunda fase. Resolución que extiende la investigación	206
2.20.2.	Requerimientos adicionales de información al notificante	208
2.20.3.	Intervención de terceros en la segunda fase de evaluación	208
2.20.4.	Término de la segunda fase del procedimiento de evaluación. Resoluciones que puede adoptar el Fiscal Nacional Económico.....	209
2.20.5.	Procedencia del silencio administrativo positivo al término de la segunda fase.....	210
2.20.6.	Comunicación de las resoluciones de término de la Fase II.....	211
2.21.	Reglas especiales en materia de comunicaciones y plazos	212

2.21.1.	Comunicaciones entre la Fiscalía Nacional Económica y los intervinientes	212
2.21.2.	Cómputo de los plazos	215
2.21.3.	Suspensión de los plazos	215
2.22.	Formas de terminación del procedimiento de evaluación de concentraciones	219
2.22.1.	Término típico del procedimiento	219
2.22.2.	Término atípico o anticipado del procedimiento	220
2.23.	Estándar sustantivo de evaluación de las operaciones de concentración	226
2.24.	Medidas de mitigación de los riesgos de una operación de concentración.....	237
2.24.1.	Finalidad y clasificación de las medidas de mitigación o «remedios».....	237
2.24.2.	Las medidas de mitigación en el nuevo régimen de control de fusiones.....	239
2.24.3.	Requisitos básicos de todo remedio propuesto por los notificantes	240
2.24.4.	Ánálisis de los remedios ofrecidos por los notificantes	246
2.24.5.	Tipos de medidas de mitigación susceptibles de ser ofrecidas	261
2.24.6.	Implementación y monitoreo de las medidas	291
2.25.	Características de la resolución recaída en una operación de concentración.....	292
2.25.1.	Es un acto administrativo	293
2.25.2.	Confiere un beneficio de inmunidad en materia de responsabilidad infraccional	300
2.25.3.	Corresponderá al Fiscal Nacional Económico velar por su cumplimiento.....	303
2.25.4.	Es susceptible de ser impugnada por diversas vías	304
2.26.	Conductas ilícitas asociadas al régimen de control de concentraciones	305
2.26.1.	Antecedentes	305
2.26.2.	Procedimientos aplicables	307
2.26.3.	Prescripción de las medidas distintas a la multa.....	309
2.26.4.	Estudio particular de los ilícitos incorporados al DL 211	312
2.27.	Control represivo de operaciones de concentración consumadas.....	341
TERCERA PARTE: IMPUGNACIÓN DE LA RESOLUCIÓN RECAÍDA EN UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN.....		347
3.1.	Breve panorama antes de la reforma de la Ley N° 20.945.....	347
3.2.	Vías de impugnación de la resolución recaída en una operación notificada en conformidad al Título IV del DL 211	348
3.2.1.	Régimen concentrado de impugnación en sede administrativa	351
3.2.2.	Régimen disperso de impugnación en sede jurisdiccional	354
3.3.	La revisión especial de operaciones de concentración ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.....	357
3.3.1.	Reglamentación	357
3.3.2.	Finalidad de la revisión especial.....	357

3.3.3.	Presupuestos de la revisión especial.....	357
3.3.4.	Naturaleza jurídica de la revisión especial	358
3.3.5.	Resoluciones susceptibles ser impugnadas por vía de revisión especial	360
3.3.6.	Legitimación activa y pasiva.....	361
3.3.7.	Tribunal competente.....	361
3.3.8.	Plazo de interposición	362
3.3.9.	Requisitos de la presentación del afectado.....	362
3.3.10.	Substanciación del procedimiento de revisión especial	362
3.3.11.	La sentencia definitiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.....	364
3.3.12.	Recursos procesales en contra de la sentencia definitiva del TDLC.....	369
CONCLUSIONES.....		379
REFERENCIAS		385

RESUMEN

La Ley N° 20.945 de 2016 introduce importantes cambios a la institucionalidad de defensa de la libre competencia. Uno de ellos es el establecimiento de un régimen de control preventivo y obligatorio de las operaciones de concentración. En este contexto, la presente memoria de investigación se abocará, en primer lugar, a comprender la problemática de dichas operaciones, tanto desde una perspectiva de la libre competencia como desde una perspectiva jurídico-institucional. En seguida, y constituyendo el eje central de este trabajo, se efectuará un análisis crítico y pormenorizado del procedimiento de evaluación de concentraciones regulado en el nuevo Título IV del DL 211 y otras normas legales e infra-legales afines. Finalmente, se examinarán las vías de impugnación en contra de la resolución que se pronuncia sobre una operación de concentración notificada a la Fiscalía Nacional Económica, y en particular, el procedimiento de revisión especial de la misma ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Palabras clave: operaciones de concentración – control preventivo – notificación – libre competencia – Fiscalía Nacional Económica – Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

ABREVIATURAS

Art.; arts.....	Artículo; artículos
COT.....	Código Orgánico de Tribunales
CPC.....	Código de Procedimiento Civil
CPP.....	Código Procesal Penal
CPR.....	Constitución Política de la República
DL 211.....	Decreto con fuerza de ley N°1 de 2004 del Ministerio de Economía que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973
FNE.....	Fiscalía Nacional Económica
ICN.....	International Competition Network
Inc.; incs.....	Inciso; incisos
LBPA	Ley N° 19.880 de Bases de Procedimientos Administrativos
LMV	Ley N° 18.045 de Mercado de Valores
LOCBGAE.....	Ley N° 18.545 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado
LSA.....	Ley N° 18.046 de Sociedades Anónimas
N°; n°.....	Número; número
n.	Nota al pie en texto citado
OCDE.....	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
SVS.....	Superintendencia de Valores y Seguros
TDLC.....	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia
US DOJ; DOJ.....	Department of Justice (United States)
US FTC; FTC.....	Federal Trade Commission (United States)

INTRODUCCIÓN

A partir del 1° de junio de 2017 ha entrado en vigencia en Chile un *nuevo régimen de evaluación del potencial anticompetitivo de las operaciones de concentración*. Una normativa especialmente dedicada al tratamiento de las fusiones, adquisiciones y otras formas de integración empresarial representa un cambio radical en el derecho chileno antimonopolios, cuyo cuerpo legal central, el DL 211, carecía de toda norma expresamente referida a estas operaciones. La habitualidad y relevancia económica del fenómeno de las concentraciones de empresas, con sus implicancias para la libre competencia y para la institucionalidad llamada a resguardarla, hacía imprescindible contar con un conjunto de reglas *ad hoc* que lo abordasen de manera sistemática. En esta materia, la Ley N° 20.945 de 2016 reforma el DL 211 por la vía de introducir un nuevo Título IV “De las Operaciones de Concentración”, el que consagra un procedimiento administrativo destinado a indagar, en forma previa a su materialización, los probables efectos para la competencia derivados de una concentración empresarial.

La reforma fue resultado de un proyecto de ley presentado en 2015¹, iniciativa que destacó por la multiplicidad de materias abordadas. En cuanto al control de fusiones, en 2014 la OCDE había emitido un informe sobre el régimen chileno que trató acuciosamente sus falencias, al tiempo de enfatizar la urgencia de avanzar hacia un modelo de notificación obligatoria de las operaciones de concentración²; el diagnóstico y recomendaciones allí contenidas fueron un impulso y un espaldarazo técnico a esta parte del proyecto y, en definitiva, al actual diseño institucional³. Por supuesto, en la antesala del proyecto existieron otras iniciativas legislativas destinadas a reformar

¹ Mensaje de S.E. la Presidenta de la República Michelle Bachelet J. con el que inicia un proyecto de ley que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973, correspondiente al Boletín N° 9950-13 ingresado a la Cámara de Diputados el 16 marzo de 2015.

² OCDE (2014a).

³ El Mensaje Presidencial explícitamente señalaba que “[...] con esta iniciativa nos hacemos cargo de las recomendaciones formuladas por la OCDE [en alusión al informe de 2014 arriba citado], proponiendo que Chile adopte los mejores estándares y prácticas en la materia” (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2016, pp. 8-9).

esta y otras materias⁴, a más de una prolífica producción de estudios encargados por gobiernos anteriores y hasta por la propia FNE⁵.

Otro eje de la reforma - la persecución de los acuerdos colusorios- fue objeto de gran presión desde la opinión pública. Los casos de colusión más difundidos (en la venta de pollos envasados y de las principales farmacéuticas del país) evidenciaron varios déficits de la institucionalidad⁶. La discusión legislativa se aceleró notablemente al conocerse la colusión en el mercado del papel *tissue*⁷. Después de un intenso debate e indicaciones, el texto definitivo del proyecto fue aprobado por ambas cámaras legislativas. Finalmente, el día 30 de agosto 2016 se publica en el Diario Oficial la Ley N° 20.945 que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia. Entre la diversidad de cambios que se efectúan al DL 211 podemos mencionar como los más importantes: el restablecimiento de un tipo penal especial para la colusión⁸; la determinación de una regla *per se* para los llamados carteles duros⁹; el establecimiento del *interlocking* de directores entre empresas rivales como ilícito anticompetitivo¹⁰; el deber de informar las adquisiciones de participación minoritaria en el capital de un competidor¹¹; modificaciones al estatuto de multas y medidas aplicables en materia de responsabilidad

⁴ CENTRO DE ESTUDIOS PLURAL (2015), p. 6: “Entre 1994 y 2015 se han presentado al menos 36 proyectos que buscan fortalecer el marco jurídico para la libre competencia y sancionar los delitos de colusión”.

⁵ Destaca la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Competencia, cuyas observaciones y propuestas abordaban las principales materias donde urgía una reforma legal (COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, 2012). Por su parte, la FNE difundió un estudio de factura propia que abordaba los efectos para la competencia tanto de las participaciones minoritarias en la propiedad de un rival, como del *interlocking* de directores (FNE, 2013). Igualmente, la Fiscalía dio a conocer en 2014 los resultados de una encuesta encargada por ella sobre la percepción del público en torno a la eficacia de las sanciones previstas en el DL 211 (DELOITTE, 2014). El mismo año se publicó un completísimo estudio sobre multas en sede de libre competencia y su efecto disuasivo, requerido por la FNE a profesores del Centro de Derecho, Economía y Sociedad del University College of London (LIANOS, JENNY, WAGNER VON PAPP, MOTCHENKOVA, DAVID ET AL, 2014). También se dio a conocer una publicación de la OCDE sobre la importancia de los estudios de mercados conducidos por las agencias de competencia, que comparaba la experiencia de Chile, Colombia, Costa Rica, México, Panamá y Perú, advirtiendo que nuestro país desaprovechaba una muy útil herramienta en la supervisión de los mercados (OCDE, 2015).

⁶ Por ejemplo, la derogación del tipo especial del DL 211 por la Ley N° 19.911 no excluyó la posibilidad de perseguir criminalmente conductas colusorias, esta vez, bajo la antigua figura de la maquinación fraudulenta de precios que consagra el artículo 285 del Código Penal (“Los que por medios fraudulentos consiguieren alterar el precio natural del trabajo, de los géneros o mercaderías, acciones, rentas públicas o privadas o de cualesquiera otras cosas que fueren objetos de contratación, sufrirán las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales”). Sobre la pervivencia del artículo 285 del Código Penal, a pesar de la derogación del tipo especial que efectuó en su momento la Ley N° 19.911, véase HERNÁNDEZ BASUALTO (2012).

⁷ En efecto, durante el primer trámite constitucional “la opinión pública conoció la llamada ‘colusión del papel *tissue*’, entre empresas productoras de papel higiénico, lo que, indefectiblemente, modificó el cronograma de tramitación de la iniciativa, acelerando su vista y endureciendo las posiciones de los legisladores respecto a las medidas a implementar para disuadir a los agentes de mercado a coludirse y para ser más eficaces en la detección del ilícito” (VICUÑA, 2017, p. 387).

⁸ El nuevo Título V “De las Sanciones Penales” (arts. 62 a 65 inclusive) establece un tipo especial de colusión y consagra la facultad privativa de la FNE para deducir querella por este delito sólo en cuanto haya una sentencia firme del TDLC (o de la Corte Suprema en su caso) que declare la existencia del acuerdo colusorio como infracción a la libre competencia. Junto con ello, se estableció la exención de responsabilidad penal al primer delator y el beneficio de disminución de la pena al segundo delator, con ciertos requisitos y limitaciones adicionales a los exigidos en sede infraccional.

⁹ Artículo 3°, letra a) modificada.

¹⁰ Artículo 3°, letra d) nueva.

¹¹ Artículo 4° bis nuevo.

infraccional¹²; perfeccionamiento del mecanismo de delación compensada¹³; nuevas herramientas para evaluar la competencia en los mercados y detectar fallas de mercado o fallas regulatorias¹⁴; sanciones específicas para quienes entorpezcan las investigaciones de la FNE¹⁵, entre otras.

Puede decirse que la Ley N° 20.945 es de las reformas más importantes al DL 211 y de las más ambiciosas¹⁶. Se observa una clara aspiración omnicomprensiva del legislador y una intención de dotar de mayor autonomía a la institucionalidad de defensa de la competencia. Ello fue puesto de manifiesto por el Tribunal Constitucional (con ocasión del control de constitucionalidad del proyecto de ley), señalando que “todo el sistema de reforma que contiene el proyecto, hace del sistema de libre competencia, que comprende la Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, un todo coherente y armónico, que conforma un subsistema normativo particular”¹⁷.

Si bien, en general, notamos una *continuidad* en la línea de profundización y reforzamiento de lo preexistente, es importante resaltar algunos elementos de *ruptura*. Hay un cambio en la apreciación del legislador en torno a la persecución de la colusión: se establece un tipo penal específico en el DL 211 (art. 62), además de consagrar un tipo infraccional sancionable *per se* (art. 3º letra a), rompiendo con una de las ideas matrices que inspiró la anterior Ley N° 19.911¹⁸, y por añadidura, la Ley N° 20.361¹⁹.

¹² Artículo 26 modificado.

¹³ Artículo 39 bis modificado.

¹⁴ Artículo 39, letra p) nueva.

¹⁵ Artículo 39, letra h), párrafos cuarto y final; y 39 letra j), párrafo final, nuevos.

¹⁶ Esta ley se inserta dentro de la historia reciente de reformas al DL 211 entre las que destacan la Ley N° 19.911 del año 2003, y la Ley N° 20.361 del año 2009.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de agosto de 2016, Rol N°3130-16, cons. 21º.

¹⁸ La Ley N° 19.911 derogó el tipo penal especial que hasta entonces contenía el artículo 1º del DL 211 e introdujo un ilícito infraccional genérico (art. 3º inc. 1º) y otros específicos (art. 3º inc. 2º). Si bien se justificó este cambio en la amplitud e indeterminación de la descripción típica del artículo 1º, ya se avizoraban las limitaciones de contar sólo con tipos infraccionales, lo que, según se declaraba, se compensaría con un aumento de las multas aplicables. El Mensaje Presidencial que dio origen a la Ley N° 19.911 decía: “es importante no introducir reglas que señalen per se las conductas que constituyen atentados en contra de la libre competencia. [...] Por estos motivos, resulta aconsejable mantener una norma amplia con ejemplos básicos, para que los integrantes del organismo encargados de conocer las causas decidan, de acuerdo al caso concreto, qué conducta constituye un atentado a la libre competencia. Sin embargo, este enfoque es incompatible con la existencia de una figura penal, en la cual la especificación del tipo es un requisito ineludible, so pena de vulnerar la garantía constitucional establecida en el inciso final del número 3 del artículo 19 de nuestra Constitución. Como contrapartida a la eliminación del carácter penal, que rara vez ha dado paso a la acción penal y se estima que no ha logrado disuadir las conductas contra la libre competencia, se propone aumentar las multas y hacer responsables solidariamente de su pago a los directores, gerentes o administradores de las empresas que incurrieren en ellas. De esta forma, estimamos que la eliminación del carácter penal, lejos de sugerir un ablandamiento frente a las violaciones a esta ley, va a disuadir en forma más eficaz a los potenciales infractores” (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2003, p. 12).

¹⁹ El Mensaje Presidencial con que se inició la tramitación de la Ley N° 20.361 aludió al insuficiente potencial disuasivo del solo reproche infraccional, el que se vería compensado por el aumento en las sanciones pecuniarias, las nuevas facultades intrusivas de la FNE y el mecanismo de delación compensada. El Mensaje declaraba: “[...] la supresión del carácter penal de las sanciones para quienes atentan contra la libre competencia, ha provocado que los agentes económicos, en tanto sujetos racionales, asuman un riesgo real de ser sancionados, pero sin sujeción a normas claras en la

Este cambio de mirada no sólo se dio a propósito de la colusión, sino también en el ámbito que nos convoca, que es el control de fusiones, donde se establece un sistema de notificación ex ante y obligatorio, asignando a la Fiscalía Nacional Económica, además de su conocida función persecutora, una función esencialmente *preventiva*. Esta función se estructura a partir de una técnica autorizatoria, típica del derecho administrativo, en virtud de la cual todos los proyectos de concentración empresarial que tengan un impacto económico significativo a nivel local (determinado a partir del volumen anual de ventas de cada agente económico involucrado), deberán contar con una resolución aprobatoria emanada de la autoridad de competencia para poder materializarse. El rol de la Fiscalía como órgano creado para “el resguardo de la libre competencia en los mercados” (art. 2 DL 211) adquiere especiales contornos, pues estará llamada no sólo a perseguir conductas que atenten contra este bien jurídico, sino también a prevenir activamente conductas potencialmente lesivas del mismo²⁰.

La magnitud y relevancia del cambio legislativo trazan el objetivo principal de esta investigación, cual es, el análisis, sistematización e interpretación de las normas que configuran el nuevo régimen chileno de evaluación del potencial anticompetitivo de las operaciones de concentración, con énfasis en las reglas de procedimiento.

Para lo anterior se deberá (i) identificar la *ratio legis* de las normas jurídicas relevantes; (ii) realizar concordancias entre las disposiciones del nuevo Título IV y otras del DL 211 que fueren aplicables; (iii) identificar vacíos regulatorios y señalar formas de integrar tales vacíos; (iv) revisar críticamente el diseño institucional instaurado, en su estructura de incentivos y mecanismos de cumplimiento y ejecución de las normas (“*enforcement*”); (v) comparar este diseño con las prácticas recomendadas por instancias de diálogo internacionales como la OCDE y la ICN; y, finalmente, (vi) proponer, en su caso, alternativas de *lege ferenda*.

determinación de las multas, de manera que todavía algunos pueden incurrir en tales conductas bajo la esperanza de no ser descubiertos o, en caso de iniciarse una investigación, de invocar principios generales del sistema sancionatorio para que se les apliquen en sus mínimos [...]” (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2009, pp. 6-7).

²⁰ La importancia de este cambio legislativo radica en que la autorización previa se hace exigible para las operaciones de concentración *en general*. En este sentido difiere del control, igualmente preventivo aunque *específico*, que la Ley N° 19.733 (art. 38) exige para cambios significativos en la propiedad de medios de comunicación social sujetos al sistema de concesión otorgada por el Estado. También podría decirse que antes de la reforma en comento el propio DL 211 ya reconocía una función preventiva a la FNE, a propósito de su atribución para celebrar acuerdos extrajudiciales “con el objeto de cautelar la libre competencia en los mercados” (art. 39 letra ñ, DL 211), sin embargo, este control previo era puramente voluntario y terminó siendo una opción sub-utilizada en los hechos por una serie de razones ligadas al diseño institucional, sumado a un criterio ambivalente del TDLC en cuanto a la idoneidad de esta vía para controlar fusiones potencialmente anticompetitivas. Sobre la jurisprudencia del TDLC respecto de acuerdos de la FNE recaídos en concentraciones futuras, véase GUMUCIO y PUSTILNICK (2014), pp. 93-94.

Además de examinar las distintas fuentes legales e infra-legales aplicables, se revisará la opinión de autores especializados nacionales y extranjeros, así como la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el ámbito de fusiones.

Dado que la práctica del control preventivo de este tipo de operaciones está hoy entregada fundamentalmente a la FNE, se hará referencia también a la práctica de la agencia local en esta materia, dentro del primer año de vigencia de la nueva normativa²¹.

Se efectuarán también remisiones al derecho comparado con especial atención a la experiencia de la Unión Europea, Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Alemania, España y Brasil, en el entendido de que esta reforma busca ser una puesta al día con los estándares comunes a nivel internacional y las prácticas de las agencias extranjeras más experimentadas, como la Comisión Europea, o la Federal Trade Commission y el Department of Justice de Estados Unidos.

La obra se estructurará en tres partes.

La primera parte tiene por objeto comprender, en líneas generales, a las concentraciones empresariales desde dos perspectivas: uno, desde la competencia, indicando qué las justifica y qué las convierte en actos potencialmente anticoncurrenciales; y dos, desde el derecho, donde se revisarán las formas de control preventivo de las operaciones de concentración, las implicancias de cada una en el diseño institucional, el modelo de control de fusiones existente en Chile antes de la reforma, y las principales críticas que la doctrina nacional había formulado a su respecto.

La segunda parte tiene por objeto el procedimiento de evaluación de concentraciones introducido al DL 211. Este procedimiento es abordado de manera sistemática y crítica, desde su consagración y fuentes normativas, sus notas características, principios que lo estructuran, dispositivos institucionales que lo hacen operativo (como los umbrales de notificación), las formas de actuación de los distintos intervenientes (FNE y agentes económicos interesados), la estructura del procedimiento en cuanto a su iniciativa, instrucción y terminación, las reglas de proposición y diseño de medidas de mitigación, y las sanciones para quienes evadiesen la notificación previa, incumpliesen una resolución u obstruyesen una investigación; entre otros aspectos.

La tercera parte versará sobre las diversas vías de impugnación de la resolución del Fiscal Nacional Económico recaída en una operación de concentración notificada, sea esta favorable o desfavorable a la misma. Se examinarán las alternativas en sede administrativa y en sede judicial de que disponen los particulares para promover la modificación o revocación de dicha resolución, y en

²¹ Período que comprende desde el 1 de junio de 2017 al 1 de junio de 2018.

particular, la novedosa acción de revisión especial de las operaciones prohibidas por el Fiscal, de la cual conocerá y fallará el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por regla general, en única instancia.

Finalmente, se efectúan las conclusiones de rigor.

PRIMERA PARTE: LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN FRENTE A LA LIBRE COMPETENCIA

1.1. Las concentraciones empresariales desde la perspectiva de la competencia

1.1.1. Las operaciones de concentración, su clasificación y motivaciones económicas

La expresión “operación de concentración” se asocia intuitivamente con el concepto de fusión, tal como es empleado en derecho comercial²². Sin embargo, dicha disciplina se centra en la estructura formal del acto, a fin de calificar su naturaleza y efectos jurídicos; en cambio, el derecho de la libre competencia prefiere emplear el concepto más amplio, funcional y flexible de “operación de concentración”, toda vez que se centra en sus efectos económicos²³. El concepto de operación de concentración comprende, pero no se agota, en el de fusión; su relación es de género y especie²⁴.

La atención especial en este tipo de prácticas es que una operación de concentración puede reducir el número de competidores en un mercado, o restringir de alguna otra forma la competencia mercantil²⁵. En este sentido, la expresión “concentración” pone de relieve la idea de integración, aglutinación o conglomeración de dos o más agentes económicos que actuaban separadamente.

En términos generales una operación de concentración refiere a un acto -o conjunto de actos- que producen un cambio duradero en la estructura del mercado por la vía de la adquisición, individual o conjunta, por una o varias entidades, del control –de iure o de facto – de otra entidad independiente. La idea de control se emplea en el sentido de que puede definir el comportamiento competitivo de otra entidad previamente autónoma.

²² Sobre el concepto y clasificación de las fusiones en el derecho mercantil chileno, véase PRADO PUGA (2010) y PUGA VIAL (2011). Es interesante también notar que, en esta área del derecho, estos actos hoy se estudian como parte de una categoría más general, de las modificaciones estructurales de empresas, categoría que aúna fusiones, transformaciones y divisiones. A este respecto: MARDONES (2018) y GARRIDO DE PALMA, EMBID, MARTÍ et al (2011).

²³ CAVIEDES (2012), p. 5.

²⁴ Se previene que en esta obra se emplearán indistintamente ambas expresiones, a menos que se aluda a las fusiones para diferenciarlas de otras tipologías de concentración empresarial como las adquisiciones de control o joint ventures.

²⁵ VALDÉS (2006), p. 531.

Las formas en que se organiza un proceso de concentración empresarial son variadas: las ya referidas *fusiones*, en que desaparece un agente económico por vía de absorción por uno preexistente, o de incorporación a uno nuevo que se crea al efecto, y las *adquisiciones de acciones o derechos* en la propiedad de otro agente que, si bien subsiste separadamente, pierde independencia decisional, pasando a integrar un mismo grupo empresarial con un controlador común. También las *adquisiciones de activos* relevantes para el desenvolvimiento competitivo de un agente económico son catalogadas como operaciones de concentración, al ser formas de tomar control de otra entidad independiente a nivel operacional. Fusiones y adquisiciones son las hipótesis típicas, sin embargo, la noción de operación de concentración se ha vuelto más comprensiva, y se ha ampliado a los *joint ventures* o empresas en participación, a saber, acuerdos de colaboración empresarial en que se asocian dos agentes independientes con miras a formar una entidad que desarrolla sus funciones separadamente, aunque controlada por uno o ambos.

También hay otros casos que están en los márgenes, como las llamadas adquisiciones minoritarias (que no confieren control sobre otro agente) y que si bien no afectan la estructura de un mercado en cuanto al número de intervenientes en él, pueden incidir de alguna forma en la independencia de un agente económico (por ejemplo, a través del bloqueo o poder de veto de algunas de sus decisiones estratégicas). Sin embargo, estas operaciones son relevantes para el derecho antitrust en la medida que se adquiera participación minoritaria en el capital de un competidor²⁶.

Al derecho de la competencia le interesan las operaciones de concentración en tanto actos que alteran la estructura de un mercado y los incentivos de las empresas a comportarse de manera competitiva, eventualmente incidiendo en los aspectos dinámicos del mercado²⁷. Conforme veremos, las concentraciones tienen un tratamiento especial del legislador que se expresa en que la intervención de los órganos de defensa de la competencia se produce habitualmente antes de que se materialicen.

Según la posición de las partes de la operación en el mercado, las concentraciones empresariales pueden ser de dos clases: horizontales y no horizontales. Las *concentraciones horizontales* son aquellas en que las empresas involucradas son competidoras actuales o potenciales en un mismo mercado relevante. Las operaciones de concentración *no horizontales* son aquellas que involucran a empresas que no son competidoras actuales o potenciales en el mismo mercado. Éstas

²⁶ El adquirente minoritario puede tener la habilidad de influir en la entidad objetivo para que compita de manera menos agresiva para no afectar su interés financiero en la empresa objetivo. El tratamiento que distintas jurisdicciones han dado a las adquisiciones minoritarias en OCDE (2013a).

²⁷ CABANELAS (2005), p. 7.

últimas pueden, a su vez, ser de dos clases: *concentraciones verticales*, en que se concentran empresas que intervienen en distintas etapas de la producción o distribución de un bien o servicio (cuya relación es habitualmente de proveedor-cliente), o *concentraciones de conglomerado*, entre empresas que no son competidoras en el mismo mercado ni tampoco intervienen en el mismo mercado aguas arriba o aguas abajo.

Las operaciones horizontales acarren la superposición o solapamiento en las actividades de las empresas que se concentran, lo que conlleva la desaparición de un competidor y el correlativo incremento de la cuota de mercado de la entidad resultante. En las operaciones verticales el número de empresas no varía en cada etapa de la cadena de valor, sino que una parte de las transacciones que antes se realizaban a través de contratos entre unidades económicas independientes pasan a convertirse en operaciones internas dentro de un mismo grupo empresarial. Las operaciones verticales tienen lugar entre diferentes etapas de la cadena de valor donde una parte se apoya en un insumo que la otra provee, por lo que podrían tener efectos pro competitivos que beneficiarían tanto a quienes son partes del acuerdo como a los consumidores finales. En cuanto a las operaciones de conglomerado, en general una empresa buscará este tipo de concentración cuando las posibilidades de integrarse horizontal o verticalmente no son rentables o factibles.

Las operaciones de concentración pueden ser consideradas, desde un punto de vista económico, como una forma alternativa al crecimiento orgánico o interno. El aprovechamiento de eficiencias es la principal razón esgrimida para justificar un proceso de integración horizontal o vertical. Se unen compañías que “de seguir funcionando separadas, no podrían alcanzar ciertas eficiencias que juntas sí lograrían”²⁸. La literatura señala que tales eficiencias pueden corresponder al aprovechamiento de *economías de escala o de ámbito* y, en general, *sinergias operativas, financieras, o relacionadas con investigación y desarrollo de productos*²⁹. Estas sinergias pueden permitir un aumento de los ingresos a largo plazo, la reducción de los costes y la transferencia de conocimiento basado en activos tangibles o intangibles³⁰. Es posible que una empresa considere que la única forma de lograr la tasa de crecimiento que desea es por medio de la adquisición de otra empresa, de suerte que en lugar de desarrollar una nueva línea de productos, adquiere una que está en funcionamiento, o bien, puede comprar la capacidad de investigación de otra empresa que posee licencias o patentes importantes. También se insertan en esta línea los procesos de *expansión*

²⁸ AGÜERO (2009), p. 2.

²⁹ MOTIS (2007), pp. 8-12.

³⁰ MASCARENAS (2011), pp. 41-44.

internacional, que pueden resultar más rápidos y menos arriesgados que crecer internamente en el mercado local³¹.

En especial, las operaciones verticales se justifican en la reducción de costos contractuales y de transacción que le provee aproximarse con sus productos al consumidor (*integración hacia adelante*) o hacerse de un fuente de materia prima o insumo clave empleado en su proceso productivo (*integración hacia atrás*). Esto le provee de una facilidad competitiva que le permite actuar aventajadamente en comparación a las otras empresas que no están integradas³². A su turno, un motivo recurrentemente aducido por los directivos para las operaciones de conglomerado radica en la *diversificación del riesgo* que permite adquirir un negocio distinto del propio, ampliando su portafolio³³, por ejemplo, cuando productos nuevos se hallan en su fase inicial o en manos de industrias más atractivas o con mayor potencial de crecimiento, o incluso, para reducir la probabilidad de insolvencia.

Por otra parte, las llamadas *adquisiciones o tomas de control hostiles* (que no cuentan con el apoyo del órgano directivo de la empresa objetivo) pueden explicarse en la percepción de la adquirente de que existen *activos infrautilizados o infravalorados*³⁴, o incluso una *mala gestión directiva de la empresa objetivo*, que se conoce como función disciplinar de las fusiones y adquisiciones, sustituyendo a los ejecutivos para aumentar la eficiencia empresarial y con ello el valor de la compañía³⁵.

Existen también otros motivos más genéricos, como el *empleo de fondos excedentes* o “caja ociosa”: cuando existen recursos financieros sobrantes, en lugar de distribuirlos vía dividendos o reinvertirlos en la propia compañía, se emplean en la adquisición de otras empresas³⁶.

Finalmente, se pueden mencionar razones asociadas al *aprovechamiento de ventajas fiscales* en la medida que la carga tributaria de las compañías fusionadas sea menor a que si se considerasen por separado, y hasta razones extraeconómicas, psicológicas o egocéntricas, como ser la empresa líder del sector, o derechamente por moda³⁷.

³¹ MASCARENAS (2011), pp. 67.

³² MASCARENAS (2011), pp. 46-47.

³³ MOTIS (2007), p. 13; MCCANN Y GILKEY (1990), p. 26.

³⁴ MCCANN Y GILKEY (1990), p. 27.

³⁵ MOTIS (2007), p. 17; MASCARENAS (2011), p. 48.

³⁶ MASCARENAS (2011), p. 52.

³⁷ MCCANN Y GILKEY (1990), p. 30; MASCARENAS (2011), p. 70.

1.1.2. Riesgos para la competencia derivados de las operaciones de concentración

Las operaciones de concentración pueden ser beneficiosas al permitir alcanzar determinadas eficiencias que las entidades separadas no podrían obtener. Sin embargo, las fusiones y otros procesos de concentración empresarial pueden no producir eficiencia alguna; por el contrario, estas operaciones pueden permitir a la entidad resultante o adquirente alcanzar un poder de mercado suficiente para afectar la competencia en el o los mercados en que intervendrá.

Los efectos anticompetitivos o *riesgos* de una concentración horizontal pueden ser de dos clases: unilaterales o coordinados. Los *efectos unilaterales* suponen la eliminación de la presión competitiva sobre una o varias empresas que con motivo de la concentración dispondrán de un mayor poder de mercado por sí solas que le permite incidir en las variables competitivas (como aumento de precios, bajas en la producción o en la calidad, o bajas en la innovación) sin necesidad de recurrir a un comportamiento coordinado. Los *efectos coordinados* implican un cambio en la competencia que facilite adoptar una misma línea de acción entre los competidores del mercado relevante, incrementando la probabilidad de colusión tácita entre la entidad resultante y los rivales restantes.

Los riesgos unilaterales de una concentración vertical se atribuyen al efecto de *cierre de mercado* (“*foreclosure*”) en que el acceso de los competidores reales o potenciales a un insumo o los clientes se ve bloqueado u obstaculizado como consecuencia de la operación, lo que puede desincentivar la entrada o la expansión de los competidores, o promover su salida, todo lo cual permite a la entidad integrada verticalmente incrementar los precios a los consumidores. También puede haber riesgos coordinados por un aumento en la probabilidad de comportamientos colusorios aguas arriba o aguas abajo o estrategias de *hub and spoke*.

Los riesgos de una operación de conglomerado están asociados al llamado *efecto de portafolio* en que la combinación de productos en mercados relacionados puede conferir la capacidad para apalancar una posición de mercado en uno de los mercados sobre otro, ya sea por la vinculación o empaquetamiento de productos, la venta atada o mediante otras formas de exclusión. Aun cuando estas prácticas son comunes, pueden afectar la habilidad o el incentivo para competir de los rivales reales o potenciales, lo que le permite a la entidad conglomerada incrementar los precios.

El aumento en la probabilidad de colusión fue inicialmente la gran preocupación de las legislaciones y de las agencias:

“Esta mayor probabilidad de colusión surgiría como consecuencia de que el menor número de empresas que existiría post fusión facilitaría la vigilancia del comportamiento de las firmas y la identificación de las que se ‘desvían’ del acuerdo, disminuyendo, en definitiva, los costos de coordinación entre ellas”³⁸.

Esta teoría, conocida como *estructura-conducta-desempeño* (“*structure-conduct-performance*”) o “*hipótesis de la colusión*”, fue la perspectiva que prevaleció al menos hasta la década de los sesenta. La competitividad de un mercado dependería fundamentalmente (si no, exclusivamente) de la estructura del mercado y las variaciones en la concentración pre y post-fusión. Esta visión, como señalan DOMPER y TARZIJÁN, también estuvo presente en Chile y se extrae de la lectura de los primeros casos de fusiones que conoció la Comisión Preventiva Central³⁹.

Pero dicho enfoque estructuralista fue siendo desplazado, desde los setenta, por aquél que consideraba otros efectos que podrían traer las fusiones, como la entrada de nuevos actores al mercado, la reacción de otros competidores a una disminución en la cantidad producida y aumento en los precios por la entidad resultante y, sobremanera, las potenciales ganancias por sinergias derivadas de la operación. Es una teoría que se apoya notablemente en los postulados de la economía neoclásica (DEMSETZ), permeó con fuerza hacia las agencias de competencia y los tribunales, y se acopló muy bien a la ola global de fusiones que se produjo entre 1974 y 1989⁴⁰. Esta posición, que en contraste a la anterior hipótesis de la colusión, puede denominarse “*hipótesis de la eficiencia*”, entiende que bajo determinadas circunstancias las concentraciones

“pueden acarrear un significativo beneficio social producto de importantes economías de escala y eficiencias que ellas llevan y, desde esa perspectiva conviene monitorear el riesgo de atentados contra la libre competencia antes que privar a la sociedad civil o política de la eficiencia indicada”⁴¹.

Este enfoque no se limita a analizar a los cambios en la estructura de mercado, que es el punto inicial, sino que propende en cambio a un análisis más dinámico, considerando luego las barreras de entrada y la obtención de eficiencias. Con todo, sin abandonar este análisis, las agencias valoran las eficiencias bajo criterios rigurosos, a saber, que sean verificables, atribuibles a la fusión y, especialmente, que sean traspasables a los consumidores en forma de menores precios o mejoras en la calidad⁴². A partir de la recepción y consolidación de este tipo de análisis, mucho más benigno

³⁸ DOMPER y TARZIJÁN (2011), p. 269.

³⁹ DOMPER y TARZIJÁN (2011), p. 269.

⁴⁰ Sobre las sucesivas olas de fusiones (“*merger waves*”) en Estados Unidos, véase LIPTON (2006).

⁴¹ VALDÉS (2006), p. 532.

⁴² COMISIÓN EUROPEA (2008a), pp. 9-10; US DEPARTMENT OF JUSTICE & FEDERAL TRADE COMMISSION (2010), pp. 29-31; UK COMPETITION COMMISSION & OFFICE OF FAIR TRADING (2010), p. 55; CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÓMICA (2016), pp. 45-48

con los procesos de integración empresarial, se ha concluido que las operaciones de concentración son en general neutras o pro-competitivas, pero pueden, en algunos casos, ser anticompetitivas⁴³.

La idea de que estas operaciones no son *per se* contrarias a la libre competencia ha sido expresada también por el TDLC⁴⁴ y la Corte Suprema⁴⁵, y es asimismo la aproximación al fenómeno que proveen las agencias extranjeras de referencia. En el derecho comunitario europeo, por ejemplo, se señala:

“Estas reorganizaciones deben valorarse de forma positiva en la medida en que responden a las exigencias de una competencia dinámica y pueden aumentar la competitividad de la industria europea, mejorar las posibilidades de crecimiento y elevar el nivel de vida en la Comunidad. [...] No obstante, es necesario garantizar que el proceso de reestructuración no cause un perjuicio duradero a la competencia”⁴⁶.

Misma posición se declara expresamente en los lineamientos de las agencias de Australia⁴⁷ Alemania⁴⁸ y Brasil⁴⁹.

1.2. Las concentraciones empresariales desde una perspectiva jurídico-institucional

1.2.1. Control preventivo de las operaciones de concentración

Queremos ahora atender al problema de cómo los ordenamientos jurídicos, específicamente aquellos cuerpos normativos que resguardan la libre competencia, se han hecho cargo del fenómeno de las concentraciones empresariales. Por el hecho de ser potencialmente anticompetitivas surge la necesidad de intervenir oportunamente para prever sus efectos o, si estos ya han ocurrido, para revertirlos. Así, es posible diferenciar dos formas de control de las operaciones de concentraciones: uno *represivo*, que pretende perseguir y sancionar la comisión de conductas anticompetitivas imputables a las partes de la operación o la entidad resultante, y uno *preventivo*, que pretende evitar la consumación de operaciones que puedan afectar la libre competencia. La distinción entre preventivo y represivo atiende al momento en que se produce la intervención de la autoridad, según

⁴³ En nuestro medio, sólo a modo de ejemplo, VALDÉS (2006), p. 532; AGÜERO y MONTT (2011), p. 2; CAVIEDES (2012), p. 8.

⁴⁴ Resolución N° 24/2008, de 31 de enero de 2008, Rol NC N° 199-2007, cons. 12: “En nuestro ordenamiento jurídico, tal como sucede en el derecho comparado de la competencia, no existe una valoración negativa a priori de la concentración de empresas”.

⁴⁵ Sentencia de la Corte Suprema, de 15 de julio de 2005, en causa Rol N° 396-2005, cons. 29º: “Que, por lo tanto, resulta casi inevitable que al producirse una fusión, se vaya también produciendo un fenómeno de concentración del mercado correspondiente, el que no tiene por qué ser calificado de negativo, a priori, pues dicha circunstancia y sus consecuencias deberán verse, necesariamente, luego de producido el proceso y operando las empresas involucradas, fusión que podría tener incluso efectos beneficiosos para los consumidores”.

⁴⁶ Reglamento del Consejo Europeo N° 139/2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas, considerandos (4) y (5).

⁴⁷ AUSTRALIAN COMPETITION COMMISSION (2017), p. 2.

⁴⁸ BUNDESKARTELLAMT (2012), p. 2.

⁴⁹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (2016), p. 8.

si tiene lugar antes o después de que la operación se ha materializado, respectivamente. Esta dualidad de formas de intervención es característica de los sistemas de defensa de la libre competencia⁵⁰.

El control represivo supone un examen concreto de un acto ya ejecutado (o que ejecutado, sigue produciendo sus efectos) y que afecta de alguna forma la libre competencia en un determinado mercado relevante. Se caracteriza por realizar un análisis retrospectivo, acerca de la conducta efectivamente desplegada por los agentes económicos, con miras a determinar su culpabilidad. En breve, la intervención de la autoridad busca hacer efectiva la responsabilidad de los intervenientes en el hecho. De establecerse la responsabilidad en un acto anticoncurrencial determinado, serán procedentes sanciones como multas y eventualmente penas privativas de libertad cuando la conducta merezca una reacción más intensa desde el ordenamiento. Lo anterior no obsta a la determinación de otras limitaciones que pretendan restituir las condiciones de competencia anteriores, que incluyen la modificación o nulidad de los actos o contratos suscritos por los intervenientes en la conducta sancionada (en el caso específico de operaciones de concentración consumadas, la desinversión de los activos integrados y hasta la disolución de la entidad resultante). CRANE califica esta forma de intervención en libre competencia como adjudicativa (“*adjudicative*”) resaltando que este control *ex post* se radica en las cortes (generalistas o especializadas) en ejercicio de potestades propiamente jurisdiccionales⁵¹. Este esquema es el que informa gran parte de nuestro derecho de libre competencia: el DL 211 establece tipos infraccionales (y hoy, nuevamente penales) cuya comisión dará lugar a sanciones y otras medidas (“preventivas, correctivas o prohibitivas”) entregando al TDLC, por medio del procedimiento “contencioso”, el conocimiento y determinación de la responsabilidad de los intervenientes en la comisión de las conductas tipificadas. La agencia administrativa -la FNE- es quien instruye las investigaciones previas, efectúa las diligencias necesarias para acreditar los hechos y requiere al Tribunal la aplicación de las sanciones o medidas (aun cuando particulares como consumidores o competidores pueden promover directamente una demanda ante el Tribunal por los mismos hechos si los afectaren).

El control preventivo, en cambio, está centrado en determinar los probables efectos para la competencia que, en el mercado relevante, puedan derivarse de un acto por ejecutarse. Para ello los ordenamientos jurídicos establecen procedimientos denominados de “notificación” o comunicación previa de la operación dirigida al órgano que se designe al efecto. Este esquema también ha sido

⁵⁰ Entre otros: ROMERO GUZMÁN (2013), pp. 422; VALDÉS (2014), pp. 126-127; ARIAS VARONA (2018), p. 78.

⁵¹ CRANE (2011), p. 96.

recogido por el DL 211 y, hasta el año 2016, se estructuraba fundamentalmente a partir del procedimiento “no contencioso” o de “consulta” ante el TDLC. CRANE califica este esquema de intervención preventiva como administrativo (“*administrative*”), ya que lo efectúan habitualmente las agencias⁵². La calificación de “administrativo” no debería contrariar frente al hecho que el control lo efectuase en Chile un órgano que se denomina tribunal. En este sentido, la doctrina de manera uniforme ha atribuido una naturaleza administrativa a la potestad consultiva del TDLC (en contraposición al carácter propiamente jurisdiccional de su potestad contenciosa)⁵³, parecer que habían hechos suyos tanto el Tribunal Constitucional⁵⁴ como la Corte Suprema⁵⁵.

La justificación de un control preventivo radica en la *irreversibilidad* de las operaciones de concentración. Si bien son por regla general neutras o incluso pro-competitivas, pueden ser anticompetitivas y, una vez consumadas éstas, es altamente improbable realizar una eficaz y oportuna reversión de la operación. Tras la consolidación de las empresas, éstas habrán combinado sus activos, integrado sus procesos productivos o de comercialización, o rediseñado sus esquemas de organización y dirección, lo que dificulta el diseño de medidas que permitan eficiente y eficazmente una separación de los activos y la restitución de la estructura de mercado con la misma intensidad competitiva:

“una vez concretada una concentración anticompetitiva, resulta difícil, lento y a veces imposible hacer regresar a las partes de la empresa así formada a una situación de competencia efectiva, debido a que no es posible reconstruir artificial o imperativamente la situación de independencia esencial para tal competencia”⁵⁶.

⁵² CRANE (2011), p. 103.

⁵³ Posición sostenida por FUENZALIDA y VALDERRAMA (2004), desarrollada con mayor densidad por VALDÉS (2006) y recogida por otros autores como MONTT (2012), AGÜERO (2014) y ROMERO SEGUEL (2017).

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, de 9 de septiembre de 2010, cons. 16° y 17°, Rol N° 1448-2009: “Que de la lectura de lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto Ley N° 211 es posible concluir que –en principio– sólo el número uno dice relación con una atribución en que el órgano actúa propiamente como tribunal, ejerciendo jurisdicción, esto es, resolviendo conflictos externos de relevancia jurídica. Los demás numerales no establecen potestades propiamente jurisdiccionales [...] Que, atendida la diversa naturaleza que asiste a las atribuciones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el legislador ha establecido para su ejercicio dos órdenes de procedimientos. En efecto, las que revisten carácter propiamente jurisdiccional se rigen por lo dispuesto en los artículos 19 a 29 del Decreto Ley N° 211, y su ejercicio supone que el procedimiento terminará mediante una sentencia que pone término al litigio, en circunstancias que el ejercicio de otras potestades, en las que el Tribunal actuará más bien como órgano esencialmente administrativo, se ciñe al procedimiento estatuido en el artículo 31 del referido Decreto Ley, que culminará la dictación de un acto que tendrá la denominación de resolución o un informe, como en el caso de autos”.

⁵⁵ Sentencia de la Corte Suprema, de 27 de enero de 2009, cons. 12°, Rol N° 4797-2008: “[...] que la atribución de fijar condiciones a hechos, actos o convenciones asociada a la potestad consultiva trae aparejados necesariamente límites para el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el ejercicio de dicha potestad administrativa”. En el mismo sentido, la sentencia de la Corte Suprema, de 26 de octubre de 2012, cons. 4°, Rol N° 11497-2011: “Que en el caso de los asuntos judiciales no contenciosos, por tener éstos un carácter administrativo, donde sólo existe el interesado y un asunto a resolver, no cabe hablar de excepción de cosa juzgada, toda vez que no existen propiamente partes, ni procedimiento que lleve a la resolución de un conflicto de relevancia jurídica, como sucede en los asuntos contenciosos de naturaleza jurisdiccional”.

⁵⁶ CABANELAS (2005), p. 24.

Además de la combinación de los activos, se produce la circulación de secretos industriales y todo tipo de información confidencial de valor para su titular. Se producirá la reubicación del personal, el intercambio de pedidos y el traspaso de carteras de clientes y nóminas de proveedores. Todo ello puede llevar a formar vínculos o afinidades que, en una fusión horizontal, podrían debilitar los motivos para competir entre las firmas, o en una fusión no horizontal, entre la firma adquirida y los rivales de la firma adquirente.

De suerte que “es preferible evitar una estructura de mercado que exacerbe los problemas de competencia antes de permitirla y aplicar un control ex-post”⁵⁷. Tanto en la doctrina como desde las agencias “se asume que la reversión total de concentraciones ya materializadas es a veces imposible o, de resultar viable, es generalmente muy costosa desde todo punto de vista”⁵⁸. GONZÁLEZ y BENÍTEZ destacan, además, que los beneficios de preferir una revisión ex ante serán “aún mayores cuando la agencia respectiva cuenta con pocos recursos para fiscalizar las conductas o cuando las sanciones son débiles”⁵⁹.

Dado que el control de concentraciones tiene lugar *ex ante*, el análisis es esencialmente prospectivo, acerca del desempeño probable de la entidad resultante y del mercado tras la modificación estructural que involucra la operación. Al ser un ejercicio intelectual sobre escenarios hipotéticos, el llamado *contrafactual* es el enfoque preferente a la hora de efectuar una prognosis del comportamiento de los agentes de mercado. Es así como

“parte relevante de este análisis de tipo prospectivo al que se hace referencia, se relaciona con la necesidad de contraponer el escenario que existiría en caso de concretarse la operación de concentración, con el escenario que existiría de no llevarse a cabo la misma”⁶⁰.

El contrafactual normalmente toma las condiciones de competencia actualmente existentes como el supuesto inicial pre-fusión y lo compara con el escenario más probable post-fusión, el que puede incluir, si es posible de atribuir al mercado, la entrada o salida de un competidor o el desarrollo de nuevos productos por un rival. La Comisión Europea, a este respecto, ha dicho que:

“Para evaluar los efectos de una concentración sobre la competencia, la Comisión compara las condiciones competitivas que se derivarían de la concentración notificada con las condiciones que prevalecerían de no producirse la concentración. En la mayoría de los casos, las condiciones competitivas existentes en el momento de la concentración constituyen la referencia comparativa pertinente para evaluar los efectos de una

⁵⁷ GONZÁLEZ y BENÍTEZ (2008), p. 3.

⁵⁸ NEHME Y MORDOJ (2012), p. 98.

⁵⁹ GONZÁLEZ y BENÍTEZ (2008), p. 3.

⁶⁰ HERNÁNDEZ DE LAMOTTE e HIDALGO (2018), p. 13.

concentración. Sin embargo, en determinadas circunstancias, la Comisión puede tener en cuenta los futuros cambios que resulten razonablemente predecibles en el mercado”⁶¹.

En análogo sentido, los lineamientos conjuntos de la FTC y el DOJ de Estados Unidos señalan: “La generalidad del análisis de fusiones es necesariamente predictivo, lo que requiere una evaluación de qué sucederá probablemente si la fusión se consuma, en comparación a que sucederá probablemente si no se consuma”⁶². Mismo razonamiento se encuentra en las directrices de las agencias de Alemania⁶³, Reino Unido⁶⁴, Australia⁶⁵ así como en los de nuestra Fiscalía Nacional Económica⁶⁶.

Si bien la irreversibilidad es la razón por la cual se prefiere optar por un control preventivo de las concentraciones empresariales, no se debe desatender que éstas pueden no afectar la competencia o hasta tener efectos positivos en ella, redundando en beneficios que pueden ser traspasables a los consumidores. Por eso es que “un buen sistema de control de fusiones debe ser capaz de impedir las operaciones anticompetitivas y, al mismo tiempo, permitir las procompetitivas sin imponer costos administrativos excesivos”⁶⁷. El objetivo del análisis en sede preventiva es, entonces, “evitar la materialización de los potenciales efectos anticompetitivos que podrían derivarse de las mismas, mas sin que se genere una intervención desproporcionada en los mercados por parte de las autoridades”⁶⁸. De existir riesgos, se deberá determinar si estos son suficientemente compensados por los beneficios o eficiencias atribuibles a la operación. Pero, aun cuando no hubiere eficiencias, la decisión de prohibición puede ser excesivamente gravosa si los efectos anticompetitivos pueden ser suficientemente evitados o atenuados mediante la modificación de la operación, obligándose a las partes a tomar medidas de mitigación frente a tales riesgos (medidas también llamadas “remedios”). Sólo si no existieren eficiencias ni medidas suficientes para impedir los riesgos, se prohibirá la operación, privando a las partes de la posibilidad de perfeccionarla. Por ello es que

“[I]os diseños institucionales de control de concentraciones debieran tender hacia mecanismos que permitan, al menor costo posible, negociar y acordar con una autoridad especializada los remedios necesarios y suficientes para el caso concreto, guardándose el rechazo de una concentración para escenarios excepcionales en los cuales se pueda

⁶¹ COMISIÓN EUROPEA (2004), p. 2.

⁶² US DEPARTMENT OF JUSTICE & FEDERAL TRADE COMMISSION (2010), p. 1. *[Most merger analysis is necessarily predictive, requiring an assessment of what will likely happen if a merger proceeds as compared to what will likely happen if it does not].*

⁶³ BUNDESKARTELLAMT (2012), p. 4.

⁶⁴ UK COMPETITION COMMISSION & OFFICE OF FAIR TRADING (2010), pp. 21-23.

⁶⁵ AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION (2017), p. 11.

⁶⁶ FNE (2012), pp. 7-8.

⁶⁷ CAVIEDES (2014), p. 358.

⁶⁸ HERNÁNDEZ DE LAMOTTE e HIDALGO (2018), p. 7.

argumentar fundadamente que las mitigaciones, cualesquiera sean éstas, no serían suficientes para prevenir los riesgos identificados”⁶⁹.

Esto convierte a los regímenes de evaluación de concentraciones en un entramado más o menos complejo de normas sustantivas (que permitan analizar correctamente el mercado relevante, los riesgos y eficiencias) y de normas procedimentales (que permitan modificar la operación y diseñar remedios adecuados), a fin de que la decisión de término se ajuste debidamente a las características de la operación en concreto notificada y de los mercados eventualmente afectados por ella. Así, el resultado de la evaluación podrá ser la aprobación pura y simple, la aprobación condicionada a medidas, o derechosamente la prohibición.

Como la mayoría de las operaciones de concentración no son anticompetitivas, no es razonable ni económicamente factible que *todas* las operaciones sean notificadas. Un esquema de ese tipo sería absurdamente oneroso para los agentes económicos, e impondría un costo inabordable y una carga de trabajo imposible de abordar para los órganos públicos llamados a administrarlo.

Los sistemas jurídicos reconocen la necesidad de enfocar sus acciones preventivas sólo en aquellas operaciones que presumiblemente presentarán riesgos para la competencia. Así, una decisión institucional relevante es definir qué determina someter cierta operación al escrutinio de la autoridad, que es lo que se analizará a continuación.

1.2.2. Modelos de notificación voluntaria y obligatoria

La existencia de mecanismos de control preventivo de fusiones parece hoy algo trivial. Los sistemas jurídicos entienden el problema de irreversibilidad detrás de las operaciones de concentración, y por ello, las someten a un control previo. Pero, ¿debe existir un control obligatorio para operaciones que tengan cierta relevancia económica y se presuman riesgosas? ¿O debe dejarse a las partes la decisión unilateral de someter a control su propia operación que ellas estimen riesgosa? La cuestión es compleja, y es posible abordarla exclusivamente desde la perspectiva de la eficiencia⁷⁰, o bien ir incorporando elementos sustantivos como la transparencia, certeza jurídica y la legitimidad de las decisiones.

En general se pueden distinguir dos modelos de control preventivo de fusiones: de notificación *voluntaria* y de notificación *obligatoria*. En el modelo voluntario, son las partes de la operación las que deciden si reportar su transacción a la agencia, antes de llevarla a cabo. En el modelo obligatorio, las partes tienen el deber legal de notificar su operación a la agencia respectiva.

⁶⁹ NEHME y MORDOJ (2012), p. 100.

⁷⁰ En este sentido, véase COSNITA-LANGLAIS y TROPEANO (2014).

En el modelo de notificación voluntaria, serán los criterios de evaluación de los efectos anticompetitivos de las operaciones de concentración los que determinarán si notificar o no; en otras palabras, el que las partes puedan anticipar que su operación es riesgosa y amerita ser reportada para su análisis previo. Las partes deben realizar una *autoevaluación* sobre las condiciones del mercado en que tendrá lugar la operación; si ésta podría alcanzar un poder de mercado que pueda llevar a efectos unilaterales o aumentar la probabilidad de coordinación una vez consumada, debe notificarse. Lo determinante, en la práctica, será la aplicación que hagan las agencias y tribunales del *estándar sustantivo* que determina si una operación se aprueba o se rechaza⁷¹. Este sistema es posible en la medida que se cumplan ciertas condiciones institucionales: que exista relativa claridad para los agentes económicos en torno a los criterios que califican que una operación es riesgosa para la competencia; que existan acciones de *enforcement* con sanciones suficientemente disuasivas respecto de aquellas operaciones anticompetitivas que no fueron reportadas; y que se dé la certeza de que una vez notificada voluntariamente la operación, ésta no sea posteriormente desafiada por la misma autoridad que la aprobó. Como se ve, los modelos voluntarios requieren de un conjunto de *incentivos* correctamente situados y dirigidos a los agentes económicos, que promuevan el someter una operación peligrosa a escrutinio, y, de no haberlo hecho, acerca de la posibilidad de ser efectivamente capturada y revertida la operación.

En el modelo de notificación obligatoria, en cambio, es la ley la que de modo abstracto determina qué operaciones deben reportarse previamente a la agencia de competencia, para lo cual define ciertos “umbrales de notificación” (“*notification thresholds*”), valores mínimos definidos según el monto de la operación, la cuota de mercado de las partes o sus ingresos por ventas, y que, de ser igualados o superados, generarán el deber de notificación. Para que este modelo funcione, al menos tres condiciones son indispensables: uno, la existencia de umbrales de notificación suficientemente claros; dos, la predictibilidad en la aplicación de los umbrales; y tres, la posibilidad de aplicar sanciones disuasivas para quienes infringen la obligación de notificar.

Existen otras condiciones institucionales necesarias para un control preventivo oportuno, eficiente y eficaz, como la celeridad en la tramitación de la autorización, la legitimidad de las decisiones, la posibilidad de modificar la operación original y diseñar medidas de mitigación adecuadas, el reconocimiento de facultades a la agencia para resolver asimetrías informacionales, la experticia e independencia de la agencia, y un largo etcétera; pero las condiciones que hemos hecho

⁷¹ En derecho comparado destacan dos test sustantivos: el que la operación probablemente cree o consolide una posición dominante que afecte la competencia, o que la operación es apta para disminuir sustancialmente la competencia. El primero existe en algunas jurisdicciones más desactualizadas, el segundo, en cambio, es el más difundido. Sobre este tema, ver *infra* sección 2.23.

alusión son propias de los modelos de notificación voluntaria o de notificación obligatoria, según sea el caso.

Cada modelo pretende resolver el *trade off* inherente a todo control preventivo de concentraciones, que exige sopesar dos clases de errores: el *error tipo I* o falso positivo, que consiste en someter a revisión a operaciones que no revisten riesgos para la competencia, y el *error tipo II* o falso negativo, que implica dejar fuera de revisión a operaciones anticompetitivas. En términos abstractos, es posible señalar que los modelos de notificación obligatoria involucran costos privados y públicos asociados al error de tipo I, destinando recursos a revisar operaciones neutras pero que superan los umbrales; y los modelos de notificación voluntaria involucran costos de un error tipo II (que a nivel de la sociedad pueden ser incommensurables), permitiendo que pasen inadvertidas y se materialicen operaciones anticompetitivas difíciles de revertir.

El sistema obligatorio otorga mayores niveles de certeza jurídica, puesto que los agentes económicos conocen de antemano exactamente cuándo notificar y cuándo no, pero se juega parte importante de su eficiencia en la fijación de los umbrales. El sistema voluntario, por su parte, permitiría focalizar de mejor manera los recursos públicos (es menos costoso para los notificantes y la agencia), pero se expone a que, si no existen los incentivos suficientes a notificar y una cultura empresarial en sintonía, operaciones anticompetitivas no se revisen, con todos los costos y dificultades asociadas a la reversión de sus efectos una vez consumadas.

Sin perjuicio de lo anterior, a nivel comparado notamos una sofisticación que es ineludible: la proliferación de modelos obligatorios *híbridos o mixtos*. El de tipo híbrido permite que aquellas operaciones que no calificasen como reportables a la autoridad, por no superar los umbrales legales, puedan igualmente someterse a escrutinio si las partes así lo desean, obteniendo a cambio una resolución aprobatoria que impida que la agencia o terceros desafíen su operación una vez consumada. Lo destacable de un modelo híbrido es que permite la ampliación del espectro de operaciones controlables y potencialmente riesgosas a un mínimo costo adicional para las agencias. Igualmente, “podría ayudar a corregir eventuales distorsiones de los umbrales, las que pudieran generar costos políticos relevantes para la autoridad encargada de establecerlos, o para las partes de la transacción”⁷².

Para contener el despilfarro de recursos en analizar operaciones neutras que sí deben reportarse obligatoriamente, los sistemas obligatorios han ido perfeccionando el dispositivo fundamental, y que los hace operativos: los umbrales de notificación. En este ámbito es curioso que

⁷² NEHME y MORDOJ (2012), p. 97.

la crítica a los costos se haya vuelto, en la práctica, también hacia los sistemas voluntarios. Prueba de ello es que, para contener la sobre-notificación las agencias de Reino Unido y Australia, ambos con modelos voluntarios, han debido contar igualmente con umbrales de notificación orientativos, como reglas *de minimis* o de puerto seguro, a fin de disuadir la notificación de operaciones que sean de bajo monto, o que involucren empresas con participaciones de mercado muy pequeñas.

La experiencia comparada se ha ido alineando con los referentes más notables, la Unión Europea y Estados Unidos, ambos con sistemas obligatorios. En el caso de Estados Unidos, ha sido pionero en materia de control de concentraciones con la dictación en 1914 de la *Clayton Act* (*Section 7*) que establecía la prohibición específica para fusiones y adquisiciones que llevasen a una disminución sustancial la competencia, y más adelante en 1976 con la *Hart-Scott-Rodino Act* (*Section 7A*), que estableció la notificación obligatoria ante la FTC. Esta legislación ha ido de la mano con un importante desarrollo jurisprudencial, recogido y sistematizado por las agencias de competencia (FTC y DOJ).

En cuanto al control de concentraciones en el derecho de la Unión Europea, cabe señalar que el Tratado de la Comunidad Económica Europea no contemplaba una normativa específica para esta clase de operaciones⁷³. La Comisión propuso en 1973 la adopción de un reglamento para controlar las concentraciones y, tras años de negociaciones, el Consejo Europeo aprobó el Reglamento 4064/89, de 21 de diciembre de 1989 que abordó sistemáticamente esta materia y estableció la notificación obligatoria para las operaciones de dimensión comunitaria. Sendas reformas se han introducido a dicho cuerpo normativo, donde destacan el Reglamento 1310/97 del Consejo que modificó parcialmente el de 1989, y el Reglamento 39/2004 que lo sustituyó en su integridad y que es el actualmente en vigor⁷⁴. Es innegable que el desarrollo de este sistema supranacional ejerce una notable influencia jurídico-política que irradia al resto de países de la Unión, aun cuando no hay directivas que les impongan adaptarse a un determinado diseño de control de fusiones. En Europa continental la amplia mayoría tiene sistemas de notificación obligatoria. En el concierto de países de la OCDE, además de Estados Unidos, existe una marcada preferencia por el modelo de notificación obligatoria, ya que de sus 34 miembros, 31 lo han implementado⁷⁵. Fuera de la OCDE, siguen esta tendencia Sudáfrica, India, Bulgaria, China, Egipto,

⁷³ La razón principal residiría en “conseguir la aparición de empresas europeas fuertes que pudieran hacer frente a la competencia exterior, en particular a las estadounidenses y japonesas” (GÓRRIZ LÓPEZ, 2014, pp. 339-340).

⁷⁴ Al cual debe sumarse el Reglamento 802/2004 de la Comisión Europea y otras diez comunicaciones de ella donde plasma su política al respecto.

⁷⁵ Es el caso de Chile, Bélgica, Canadá, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Corea del Sur, México, Holanda, Noruega, Polonia, Portugal, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suiza, Suecia y Turquía. Aquellos países de la OCDE que mantienen un modelo de notificación voluntaria al día de hoy son únicamente Australia, Nueva Zelanda y Reino Unido.

Indonesia, Rumania y Rusia, y en América Latina, destacan Brasil, Ecuador, Argentina, Colombia y Costa Rica; todos ellos con regímenes obligatorios.

1.2.3. Otras consideraciones sustantivas en el diseño institucional

Los objetivos de un régimen de control preventivo de fusiones pueden resumirse en tres: Primero, inducir a las *decisiones correctas*, con el menor error posible, esto es, que se capturen las operaciones anticompetitivas y se aprueben aquellas neutras o pro-competitivas. Segundo, minimizar los *costos privados y públicos* asociados a la revisión, vale decir, aquellos recursos técnicos, financieros y humanos que deben destinarse a las partes al proceso de notificación, aquellos que destina la agencia para su análisis económico y legal de la operación, y los costos de oportunidad asociados al retraso en la materialización de una fusión. Y tercero, promover la transparencia y *legitimidad de las decisiones*, evitando intervenciones arbitrarias o injustificadas de las agencias⁷⁶. Lo interesante es que, como anotan GONZÁLEZ y BENÍTEZ, no es posible satisfacer todos estos objetivos simultáneamente, sino que existe un *trade off* entre el primer y segundo objetivos, y entre el segundo y tercer objetivos. Así, si la agencia quiere minimizar el riesgo de error en su decisión, requerirá más recursos y tiempo para evaluar el caso, pero un proceso de revisión muy largo puede llevar a que se consumen anticipadamente operaciones riesgosas o que las partes se desistan de llevar a cabo aquellas beneficiosas. A su turno, investigaciones muy breves pueden llevar a un análisis insuficiente o superficial, aumentando el riesgo de decisiones erradas. Pero también, si se quiere acotar los espacios de discrecionalidad, exigiendo transparencia y rendición de cuentas de sus decisiones (“*accountability*”), se irrogará un mayor costo administrativo a la agencia (deberá reunir evidencia y hacer un análisis económico detallado y completo), esto porque los efectos anticompetitivos de una operación no son triviales de identificar ni simples de explicar⁷⁷.

En este sentido es útil traer a colación, brevemente, la conocida tipología de TREBILCOCK y IACOBUCCI sobre modelos institucionales en libre competencia y aplicarlo al control de concentraciones chileno (i.e. consulta ante el TDLC)⁷⁸. En el modelo *judicial bifurcado*, una agencia técnica especializada realiza las actividades de investigación, y debe someter su caso a la decisión de cortes generalistas, cuya decisión es revisable ante instancias superiores igualmente generalistas. En el modelo de *agencia bifurcada*, la agencia tiene facultades de investigación y debe presentar su caso ante otra agencia especializada que adjudica, y cuya decisión puede ser revisada por tribunales especializados o generalistas indistintamente. Y, en el modelo de *agencia integrada*,

⁷⁶ GONZÁLEZ y BENÍTEZ (2008), p. 4.

⁷⁷ GONZÁLEZ y BENÍTEZ (2008), p. 5.

⁷⁸ TREBILCOCK y IACOBUCCI (2002), pp. 361-362.

existe una agencia especializada que está facultada para investigar y para tomar la decisión primaria sobre el asunto; dicha decisión será revisable por otra agencia, o por un tribunal especializado u ordinario.

TREBILCOCK y IACOBUCCI identifican un conjunto de principios o valores normativos (“*normative values*”) que permiten evaluar su idoneidad. Lo relevante es que estas consideraciones sustantivas están muchas veces en tensión, y un diseño institucional adecuado debe hacerse cargo de tal tensión: cada valor implica un valor opuesto, igualmente relevante, así como interacciones de estos valores entre sí⁷⁹. Los autores anotan cinco binomios clave: Independencia y rendición de cuentas; experticia y objetividad; transparencia y confidencialidad; eficiencia administrativa y debido proceso; predictibilidad y flexibilidad.

Así, el *modelo judicial bifurcado* puede proveer una mayor objetividad e independencia, pero al tratarse de jueces generalistas, se pierde en experticia. Al mismo tiempo, al organizarse como tribunal la eficiencia se pierde notablemente a fin de proveer de las mayores garantías procesales. El *modelo de agencia bifurcada*, por su parte, puede mejorar la adopción de decisiones, pues concentra la adjudicación en un grupo reducido de jueces especializados y expertos, pero su operación (con profesionales del derecho y legos) involucra mayores costos si se compara con las cortes generalistas. El *modelo de agencia integrada* es, en cambio, administrativamente el más eficiente, pero, esa celeridad puede mermar las expectativas de un debido proceso, considerando que la misma agencia investiga y adjudica, lo que no obstante puede ser mitigado dividiendo estas funciones internamente, organizándose como un órgano colegiado, o derechamente por medio de una revisión judicial amplia. Este modelo también gana en términos de flexibilidad en la adopción de decisiones para casos complejos, pero suele repararse en que, si no se resguarda su autonomía funcional, se pierde en independencia.

Al menos en lo que respecta al control de concentraciones chileno pre-reforma, éste se ceñía al modelo de *agencia bifurcada*. La FNE cumplía una labor de investigación y persecución de aquellas operaciones potencialmente anticompetitivas, y correspondía al TDLC ejercer la actividad de adjudicación primaria, actuando como *agencia especializada* (su potestad de absolver consultas es calificada por la doctrina como de naturaleza administrativa). Era, luego, la Corte Suprema el órgano propiamente jurisdiccional y de carácter generalista que efectuaba la revisión judicial de la decisión adoptada por el TDLC.

⁷⁹ Esta materia ha sido desarrollada *in extenso* en la memoria de prueba de Pedro SEPÚLVEDA (2017), pp. 7-30.

Queremos mostrar con esto que la cuestión en torno a cuándo y quién notificar, a lo cual responden los modelos voluntarios y obligatorios, es uno entre otros componentes de un diseño institucional adecuado. La decisión del legislador debe considerar no sólo los efectos en los costos privados y públicos (que son relevantes por cierto), sino también valores normativos que se juegan en un control preventivo de fusiones como la certeza jurídica, la profundidad del análisis técnico, la experticia de la agencia, o la legitimación de sus decisiones; todos los cuales inciden en la idoneidad de un sistema de revisión *ex ante*.

1.2.4. Opción por un modelo de notificación obligatoria en Chile

En un panorama global que tiende hacia una creciente convergencia hacia los modelos obligatorios de notificación de concentraciones, Chile se estaba quedando rezagado, incluso en el contexto latinoamericano⁸⁰. El ingreso de nuestro país en 2010 al grupo de la OCDE significó un mayor escrutinio acerca del desempeño de sus instituciones antitrust, como se evidenciaba ya en el examen de acceso realizado por dicha organización⁸¹, y más adelante con mayor densidad crítica en su informe de 2014 dedicado específicamente a identificar las deficiencias y formular recomendaciones a nuestra normativa de fusiones.

Para estos efectos, revisaremos las características más notables del diseño institucional chileno existente previo a la reforma de 2016, y las críticas que la doctrina había efectuado a su respecto. La más sobresaliente de estas críticas apuntaba a la ausencia en el DL 211 de una regulación específica y explícitamente dedicada a controlar los efectos anticompetitivos de fusiones, tomas de control y otros actos de consolidación empresarial. Lo anterior, sin embargo, no impidió que los órganos de competencia pudiesen conocer, de manera preventiva, dichos actos⁸². Chile poseía – o al menos aspiraba a tener – un modelo de notificación voluntaria, el que estaba estructurado en base al procedimiento de consulta ante el TDLC. La potestad del Tribunal para conocer de estos asuntos se consagraba en el artículo 18 N°2 del DL 211, cuya redacción pre-reforma de 2016 disponía: “El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes [...] 2) Conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal

⁸⁰ Brasil había introducido la notificación obligatoria a través de su Ley N°12.529, de 2011, *Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*. Lo mismo había hecho Ecuador por medio de su Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado del año 2011; Argentina, con la Ley N°25.156, de 1999, de Defensa de la Competencia; México con la Ley Federal de Competencia Económica, de 2014; y Colombia a través de su Ley N°1340, de 2009, que dicta normas en materia de protección de la competencia. Entre los que, al año 2014, mantenían un esquema de notificación voluntaria, destacaban Chile y Venezuela.

⁸¹ OCDE (2010), pp. 22-27.

⁸² No sólo nos referimos a las investigaciones promovidas por la FNE y/o a las decisiones del TDLC en esta materia; también las predecesoras Comisión Preventiva Central y Comisión Resolutiva se habían pronunciado en varias oportunidades sobre operaciones de concentración entre 1974 y 2004. Un listado de la jurisprudencia de estos órganos, en la materia que nos atañe, puede encontrarse en DOMPER y TARZIÁN (2011), pp. 295-307.

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”. Las normas de substanciación de la consulta estaban contenidas en el artículo 31 del DL 21 y el TDLC había dictado sendos autos acordados aplicables a cuestiones propias de este procedimiento, como el Auto Acordado N°5/2004⁸³, que abordaba el supuesto en que un mismo asunto se promoviera paralelamente por la vía contenciosa y la no contenciosa, y el Auto Acordado N°12/2009⁸⁴ que señalaba la información que todo consultante de una operación de concentración debía acompañar a su presentación.

Hay que precisar que en algunos casos especiales se preveía la obligación de notificación previa. La Ley N°19.733 sobre libertades de opinión e información (“Ley de Prensa”) en su artículo 38 impone el deber de notificar a la FNE, en forma a previa su perfeccionamiento, cambios significativos en la propiedad de medios de comunicación social sujetos a concesión otorgada por el Estado, ante lo cual la FNE deberá evacuar un informe dentro de los 30 días siguientes a la recepción de los antecedentes. La falta de emisión del informe de la Fiscalía dentro del plazo, hace presumir que su parecer es favorable a la operación; si el informe (dentro de plazo) es desfavorable, la operación deberá someterse al procedimiento de consulta ante el TDLC. Esta norma merece nuestra atención por dos razones. Uno, la experiencia demostrada por la FNE en esta materia es un antecedente no despreciable que respalda la decisión de entregarle el control previo para las concentraciones en general⁸⁵, y dos, porque se contempla una forma de silencio administrativo positivo que, según se verá, aparece en casi todos los modelos comparados de control de fusiones, y ha sido recogido por la reforma al DL 211. Nótese también que esta regulación sigue plenamente vigente al día de hoy⁸⁶.

⁸³ Auto Acordado N°5/2004, de 22 de julio de 2004, sobre forma de tramitación de demandas o requerimientos, por un parte, y de consultas, por la otra, cuando recaigan sobre unos mismos hechos, en relación con la aplicación del procedimiento denominado “no contencioso” del artículo 31 del texto en vigor del Decreto Ley N° 211.

⁸⁴ Auto Acordado N°12/2009, de 20 de marzo de 2009, sobre información relevante para el control preventivo de operaciones de concentración.

⁸⁵ Hasta antes de la Ley N° 20.361, este control lo efectuaba el TDLC y por la alta carga de trabajo que significaba, se traspasó a la FNE: “Frente al gran número de concentraciones inocuas o irrelevantes que eran notificadas al TDLC —alrededor de 320 consultas, con un promedio anual de 53 solicitudes anuales, mayoritariamente asociadas a cambios en la propiedad de concesiones de radiodifusión sonora locales o regionales—, el legislador optó, a partir del año 2009, por entregar dicho control a la FNE” (NEHME y MORDOJ, 2012, p. 129). A modo de ejemplo, según información disponible en la página web de la Fiscalía, sólo en el año 2016 se informaron 66 operaciones, tanto de alcance regional como comunal.

⁸⁶ Se entiende el interés público de mantener este control específico, pues no se espera que los titulares de estas concesiones sobrepongan los umbrales de notificación que rigen para el control de concentraciones en general, y, sobre todo, porque se trata de un área políticamente sensible como es la concentración en la propiedad de los medios de comunicación. Con todo, aparece en la historia de la Ley N° 20.945, en el Primer Informe de la Comisión de Economía del Senado, la idea de modificar el artículo 38 de la Ley de Prensa y, sin derogarlo, hacer más expedito el proceso de evaluación. Se propuso que las adquisiciones informadas desfavorablemente por la FNE, en lugar de someterse a consulta

Asimismo, existen otros estatutos especiales que establecen, para fusiones y adquisiciones que involucren a ciertas entidades reguladas, el deber de obtener autorización administrativa previa de las superintendencias del ramo, como lo hacen la Ley General de Bancos (art. 35 bis), el Decreto Ley N°3500 (arts. 43 y 94 N° 1), o la Ley General de Servicios Sanitarios (art. 64); pero en estos casos no se realiza un examen del potencial anticompetitivo de la operación, sino un examen en torno a la observancia de la propia normativa sectorial.

Otra posibilidad de notificación obligatoria residía en que el TDLC, al conocer de una operación de concentración, estableciera como condición para dar su aprobación, el deber de consultar posteriormente todo cambio en la propiedad del control de la entidad resultante, o la enajenación de activos relevantes de las partes⁸⁷.

Fuera de los supuestos señalados, la expectativa era que la consulta fuese promovida voluntariamente por las propias partes de la operación, en forma previa a la ejecución de los actos tendientes a materializarla. No obstante, esta aspiración se vio frustrada por varias razones.

Primeramente, coexistía una multiplicidad de vías distintas a la consulta. Una de ellas era el control en sede administrativa efectuado por la FNE, quien recurría a la figura de los acuerdos extrajudiciales (introducidos por la Ley N° 20.361 al DL 211) para investigar operaciones de concentración antes de que se llevasen a cabo, y consensuar con las partes medidas idóneas para mitigar sus riesgos. El acuerdo alcanzado era sometido a aprobación del TDLC, conforme lo exige el artículo 39, letra ñ). La intención de la Fiscalía era examinar un mayor número operaciones de concentración riesgosas, por medio de ofrecer a los agentes económicos una vía más rápida que la tradicional en sede judicial, con mayor espacio para la negociación de los remedios. Con este objetivo, la FNE publicó en 2012 una nueva “Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración” que contenía no sólo una metodología para evaluar la operación, sino un procedimiento definido que informaría la investigación realizada por la Fiscalía en estos casos. Señalaba la “Guía” que el acuerdo extrajudicial era uno de los tres posibles resultados con que podía terminar la investigación: si la operación se estimaba inocua para la libre competencia, se

(de incierta y a veces excesiva duración), se sujetasen al mismo procedimiento de revisión especial ante el TDLC que aplica a las resoluciones que prohíban derechosamente una operación de concentración, actual artículo 31 bis, y que es mucho más célebre en su substancialización (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2016, p. 371). Lamentablemente no se acogió tal recomendación.

⁸⁷ Véase Resolución N°1/2004, de 25 de octubre de 2004, condición primera, Rol NC N° 02-04; Sentencia N°09/2004, de 5 de octubre de 2004, resolutivo 3°, Rol C N° 03-04; Resolución N°20/2007, de 27 de julio de 2007, resolutivo 1.2., Rol NC N° 173-06; Resolución N° 22/2007, de 19 de octubre de 2007, condición N°2, Rol NC N° 134-06; Resolución N° 31/2009, de 9 de diciembre de 2009, condición N°1, Rol NC N° 339-09; Resolución N° 34/2011, de 26 de mayo de 2011, resolutivo 3°, Rol NC N° 380-10; Resolución N° 37/2011, de 21 de septiembre de 2011, condición séptima (VII.3), Rol NC N° 388-11; y Resolución N° 43/2012, de 12 de diciembre de 2012, condición sexta, Rol NC N° 397-11.

decretaría el archivo, pero en caso contrario, si la operación revestía riesgos y no se llegaba a un acuerdo, la FNE sometería a consulta la operación. Las partes se verían incentivadas a someter voluntariamente su operación a escrutinio obteniendo rápidamente una aprobación (condicionada o no) visada por el TDLC; pero si, en cambio, las partes no cooperaban, se exponían a la vía litigiosa (a todas luces más incierta y costosa). Cabe destacar que, en efecto, los acuerdos extrajudiciales fueron ideados para un control (preventivo y represivo, indistintamente) con miras a aliviar la carga de trabajo del TDLC, proveyendo de una vía administrativa, desjudicializada, que habilitaba a una interacción de orden transaccional entre la agencia y las partes, mejor que la que permitiría un juicio en curso⁸⁸. Esto consta en la historia del establecimiento de la Ley N°20.361, aludiendo explícitamente a las fusiones⁸⁹.

Los acuerdos extrajudiciales han sido empleados en varias oportunidades para revisar otras fusiones y adquisiciones, respecto de operaciones futuras como operaciones consumadas, y en todas ellas resultó aprobado el acuerdo respectivo⁹⁰. No obstante, debe repararse en que la coexistencia del control judicial con este control administrativo le jugó en contra. En un caso, la FNE había llegado a un acuerdo con las partes para aprobar la fusión entre las aerolíneas LAN y TAM, sin embargo, el documento ni siquiera llegó a ser revisado por el TDLC, ya que el mismo día en que la Fiscalía había presentado al Tribunal el acuerdo, horas antes la asociación de consumidores CONADECUS impetró una consulta respecto de la misma operación. Al no existir reglas expresas de exclusión, abstención o prelación entre una y otra vía, el Tribunal estimó aplicar un criterio temporal y conocer de la consulta, que fue ingresada primero⁹¹. Algunos ministros del TDLC también han estimado que no es posible someter a acuerdo extrajudicial hechos que puedan ser objeto de un procedimiento no contencioso. El Ministro Depolo, en el caso del acuerdo extrajudicial LAN/TAM citado estuvo por rechazarlo “habida consideración de que, a su juicio, la facultad del

⁸⁸ VALDÉS (2010); AGÜERO y MONTT (2011), pp. 11-16.

⁸⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2009), p. 213: “Hoy, en Chile, las entidades que quieren fusionarse solicitan un pronunciamiento del Tribunal y, mientras tanto, el fiscal nada puede hacer. De aprobarse la norma, la fiscalía podrá llegar a un acuerdo extrajudicial, de modo de establecer las condiciones previas bajo las cuales la fusión puede ser considerada consistente y compatible con la defensa de la libre competencia”.

⁹⁰ Véase, además de la resolución de 18 de abril de 2013, que aprueba acuerdo extrajudicial respecto de adquisición de Pfizer por Nestlé, Rol AE N° 07-13; la resolución de 4 de septiembre de 2014, que aprueba adquisición de CFR Pharmaceuticals S.A., por Abbott Investments Luxembourg, Rol AE N° 09-14; la resolución de 6 de noviembre de 2014 que aprueba acuerdo extrajudicial respecto de operación materializada entre Oben Group y Sigdopack S.A., Rol AE N° 10-14; la resolución de 29 de enero de 2015 que aprueba acuerdo extrajudicial respecto de fusión de South Acquisition Corp. Inc. y EPD Holdings Inc., Rol AE N° 11-15; la resolución de 16 de septiembre de 2015, que aprueba acuerdo extrajudicial respecto de operación entre General Electric y Electrolux, Rol AE N° 12-15; y la resolución de 29 de junio de 2017, que aprueba acuerdo extrajudicial respecto de adquisición de control de Cemento Polpaico S.A. por Inversiones Caburga Limitada, Rol AE N° 14-17.

⁹¹ Resolución de 28 de enero de 2011, Rol AE N° 03-10: “atendido que ya se ha iniciado ante este Tribunal un procedimiento de consulta, Rol NC N° 388-11, respecto de la operación de concentración que motiva el acuerdo presentado por las solicitantes, y en consideración, además, de lo dispuesto en el artículo 31 N° 2 del D.L. N° 211, no ha lugar a lo solicitado”.

Sr. Fiscal Nacional Económico de someter acuerdos extrajudiciales a la aprobación de este Tribunal, al tenor del artículo 39 letra ñ) del D.L. N° 211, no procede cuando la naturaleza de los hechos que los motiven sea no contenciosa, como es el caso de la solicitud que aquí se ha rechazado, al referirse ésta a una operación de concentración”⁹². Más tarde, en la revisión del acuerdo extrajudicial para la fusión Nestlé/Pfizer, se hicieron patentes las posiciones divergentes entre los miembros del Tribunal. En este caso hubo dos resoluciones sucesivas y contradictorias entre sí. La primera resolución entendía que los acuerdos extrajudiciales sólo podrían referirse a infracciones a la ley, lo que excluiría su aplicación para operaciones de concentración, que no tendrían esa calificación. Luego de que la FNE dedujera un recurso de reposición, el Tribunal, con diferentes ministros concurrentes a la decisión, resolvieron aprobar el acuerdo extrajudicial.

Se ha dicho que la señal del Tribunal no es otra “que este procedimiento [de acuerdos extrajudiciales] sólo excepcionalmente está abierto para casos de operaciones de concentración relativamente sencillas, donde el TDLC no debe hacer un análisis muy detallado de los posibles efectos de la operación”⁹³. En sus pronunciamientos posteriores, aunque siempre favorables al acuerdo, se hace la prevención recurrente de que el Tribunal aprueba el acuerdo extrajudicial no obstante el escaso tiempo que tuvo para conocer de los antecedentes y recalando de que su visto bueno no implica pronunciamiento sobre los hechos a que se refiere. La opinión ambivalente del TDLC en casos de fusiones y adquisiciones dejaba en entredicho la idea que los acuerdos extrajudiciales eran la vía idónea para operaciones complejas, y si es efectivamente una opción procedural más segura y menos incierta que la consulta.

Otra alternativa, aunque muy marginal, era el control represivo que proveía el procedimiento contencioso ante el TDLC (arts. 18 N°1 y 19 a 29 DL 211). En esta vía se ventilaban los incumplimientos a medidas de mitigación impuestas a operaciones autorizadas previamente. Fuera de ello, sólo se conoció un caso de una operación de concentración propiamente tal revisada al alero de este procedimiento: la adquisición de Chile Films por parte de Hoyts Cinemas, que terminó con un acuerdo conciliatorio entre la FNE y las partes, aprobado por el TDLC⁹⁴. El desafío que plantea el examen *ex post* es que, a diferencia del control preventivo en que no hay un juicio de reprochabilidad sobre la conducta de las partes (no hay operación materializada aún), en el control represivo se persigue hacer efectiva la responsabilidad infraccional de los agentes económicos

⁹² Resolución de 28 de enero de 2011, Rol AE N° 03-10.

⁹³ GUMUCIO y PUSTILNICK (2014), p. 94. Otros también habían sido críticos de esta decisión: “El cambio de opinión del TDLC no se debió a los argumentos esgrimidos por las partes por vía de reposición, sino por un cambio en la integración de la sala al momento de revisar el asunto [...] la divergencia en este caso tiene consecuencias sistémicas, pues la incertidumbre generada hace fracasar los intentos de la FNE de generar un sistema razonable de control de fusiones ante los vacíos legislativos existentes en la materia” (ROJAS COVARRUBIAS, 2013).

⁹⁴ Resolución intermedia de 15 de enero de 2013, Rol C N° 240-12.

involucrados en la comisión de hechos o actos que se consideran anticompetitivos. Por ello es que tanto en los incumplimientos de medidas como en el caso de la operación Hoyts/Chile Films, para que fuesen merecedores de sanción, los hechos objeto del requerimiento debían ser calificados como actos contrarios a la libre competencia y subsumibles dentro del tipo genérico del inciso 1º del artículo 3º del DL 211.

En esta materia se evidencia otra inconsistencia del diseño institucional. La distinción entre control preventivo como previo a la materialización de la operación, y represivo, como posterior a ella, se diluía, puesto que en dos oportunidades se conocieron en sede de consulta operaciones ya consumadas, con miras simplemente a someter a aprobación medidas de mitigación⁹⁵. El peligro para las partes aquí era más que evidente: el Tribunal podía no acoger las medidas propuestas por ella, imponiendo unas más gravosas, o incluso, podía considerar que ninguna medida era suficiente, disponiendo la desinversión total de la operación⁹⁶. En este sentido, el DL 211 no preveía norma alguna que impidiese que las partes consumasen la operación y promovieren igualmente una consulta a su respecto, o que una vez iniciada la consulta, se materializare la fusión antes del término del procedimiento (cuestión que trató de ser, en alguna forma contenida, por el TDLC en un auto acordado). VALDÉS acertadamente califica la potestad consultiva como administrativa y esencialmente preventiva, pero hace la precisión de que el carácter preventivo está dado no tanto porque se evalúe la operación antes de ejecutarse, sino más bien antes de que sus efectos anticompetitivos se produzcan (o se sigan produciendo)⁹⁷. No compartimos esta última apreciación, pues parece desconocer la razón que justifica un control *ex ante*, cual es, lo difícil que resulta revertir con éxito una operación de concentración; la integración implica la confusión de los activos, el acceso a información confidencial de la otra parte, a sus procesos productivos, a las instalaciones, etc. Asimismo, la integración permite desde ya al adquirente influir en el desempeño competitivo de la entidad objetivo, por lo que el riesgo de que se emplee unilateralmente el poder de mercado alcanzado, en desmedro de consumidores o competidores, existe desde un principio. De suerte que la distinción entre control preventivo y represivo sólo tiene sentido y utilidad atendiendo a si la operación se ha consumado o no. Por ello es que todos los sistemas comparados buscan (por la vía de sancionar el perfeccionamiento anticipado) disuadir a que las partes se integren prematuramente sin haber obtenido una resolución aprobatoria.

⁹⁵ Nos referimos a la fusión Shell/Terpel, aprobada con condiciones mediante la Resolución 34/2011, de 26 de mayo de 2011, Rol NC N° 380-10 , y la fusión entre SMU y Supermercados del Sur, aprobada con condiciones por Resolución 43/2012, de 12 de diciembre de 2012, Rol NC N° 397-11, confirmada por la Corte Suprema.

⁹⁶ GUMUCIO y PUSTLNICK (2014), p. 95.

⁹⁷ VALDÉS (2006), pp. 615-616.

Otra crítica recurrente de la doctrina fueron las reglas de legitimación activa en el procedimiento no contencioso. Ello porque el artículo 18 N°2 señala que una consulta podrá ser iniciada por la FNE o “quien tenga interés legítimo” en el hecho, acto o convención respectiva. Esta norma abrió la puerta a que terceros, aun no siendo partes de la operación, pero alegando tal interés por ser competidores, proveedores o consumidores, pudieran promover una consulta sobre una operación ajena. Esta controversia se dio a propósito de la consulta ingresada por CONADECUS respecto de la fusión LAN/TAM, donde en fallo dividido el TDLC concluyó que:

“en opinión de este Tribunal, CONADECUS y los consumidores de los servicios que prestan LAN y TAM -cuyo interés, tal como ya se ha dicho, puede representar ante las autoridades jurisdiccionales o administrativas por expresa disposición legal- son legítimos interesados en la consulta de autos, toda vez que la operación proyectada que es objeto de la misma les atañe y es apta para producir en ellos incertidumbre jurídica, desde que sus efectos potenciales pueden tener un impacto directo en su círculo de derechos e intereses jurídicos concretos”⁹⁸.

Aunque razonable la interpretación del Tribunal, no se sabía si esta posición se mantendría para otros casos, dada la discrepancia entre los mismos ministros. Pero, lo más grave, es que la legitimación amplia trastoca notablemente la estructura de incentivos que debería ordenar un sistema de notificación voluntaria e irroga incertidumbre a los agentes económicos en cuanto a quién tiene derecho a desafiar una operación, pudiendo ser arrastrados a un proceso lento y oneroso⁹⁹.

El objetivo principal de un sistema voluntario es que sean las partes de la operación quienes autoevalúen los posibles riesgos anticompetitivos y, a partir de ello, notifiquen su operación a la autoridad en forma preventiva. Es por esto que la posibilidad de que terceros ajenos a la operación pudieran someterla a consulta generaba, por un lado, un riesgo latente de sobre-notificación y, por otro lado, la evidente posibilidad de *free-riding* de terceros que tuvieran el interés de agregar costos a una concentración futura por la vía de someterla a consulta. Por ello es que esta forma de legitimación activa amplia situaba al anterior régimen,

“en el escenario más negativo posible – esto es, a medio camino entre un sistema obligatorio y uno voluntario – desde que se reducen los incentivos de señalización asociados al sistema voluntario y, al mismo tiempo, se deja en poder de terceros distintos de las partes y la autoridad la determinación de cuándo una concentración debe ser forzosamente consultada”¹⁰⁰.

⁹⁸ Resolución de 17 de marzo de 2011, voto de mayoría, cons. 6°, Rol NC 388-11.

⁹⁹ GUMUCIO y PUSTILNICK (2014), p. 88-89.

¹⁰⁰ NEHME y MORDOI (2012), p. 112.

Relacionado con esto, el TDLC por la vía del Auto Acordado N°5/2004 determinó que toda consulta (entendiéndose obviamente incluidas aquellas recaídas en una concentración), a contar de su fecha de ingreso, traía automáticamente la paralización de todos los actos tendientes a materializar los hechos, actos o convenciones consultados¹⁰¹. Efectivamente, un dispositivo indispensable para la eficacia de un control preventivo es que una vez promovida la intervención de la autoridad se prohíba a las partes llevar a cabo la operación notificada mientras está pendiente de resolución su caso. Pero en Chile, esta medida precautoria de suspensión inmediata de la operación, de creación puramente jurisprudencial, había sido criticada ya que terceros que pretendían oponerse a una fusión podían recurrir a la consulta de manera oportunista y obtener con ello su paralización por todo el tiempo que durase el procedimiento¹⁰². En otras palabras, el hecho de que terceros estuvieran legitimados para impetrar una consulta sobre una operación de concentración implicaba, además, el efecto inmediato de suspenderla a su entera discreción¹⁰³. Asimismo, no había otros medios para disuadir la litigación temeraria toda vez que no existe la condena en costas en sede de consulta¹⁰⁴. En esta misma línea, aun no siendo los que presentasen la consulta sino terceros que se hacen parte posteriormente, al ser admitidos al procedimiento también tenían el derecho de impugnar la sentencia del TDLC por la vía del recurso de reclamación, lo que podía retrasar aún más el resultado del proceso. Todo ello llevó a que la doctrina aconsejara que, si terceros extraños iban a intervenir en el contexto de la evaluación de fusiones, lo hicieran limitándose al aporte de antecedentes¹⁰⁵.

También se producían otros efectos propios de la judicialización de estos asuntos. Las partes debían internalizar los costos asociados a su defensa frente a las imputaciones de la agencia, al tiempo de convencer al tribunal de la inocuidad de su operación. La estructura de juicio disuadía de conductas propositivas destinadas a obtener una decisión ajustada y consistente con las características de la transacción revisada y el mercado en que incidiría, sino por el contrario, se alentaba una conducta adversativa, que polarizaba las posturas entre la aprobación pura y simple, y el completo rechazo de la operación. La consulta no proveía de una estructura procesal idónea que permitiese un diálogo cooperativo entre los intervenientes para dimensionar correctamente sus

¹⁰¹ En su numeral 3º, párrafo 2º, el auto acordado reza: “Atendido que el procedimiento no contencioso tiene precisamente por objeto obtener de este Tribunal un pronunciamiento orientado a otorgar o a denegar a la parte consultante la certeza jurídica que establece el artículo 32 del DL 211, pues es consustancial a la naturaleza de la consulta esperar a dicho pronunciamiento, en todos los casos a que se refiere este número, y desde la fecha de ingreso de la consulta, los hechos, actos o contratos consultados no podrán celebrarse, ejecutarse o concluirse por la parte consultante sin que previamente hayan sido aprobados por el Tribunal y en la forma establecida por éste”.

¹⁰² VALDÉS (2006), p. 637; ORTÚZAR (2007), p. 68; AGÜERO y MONTT (2011), pp. 9-10.

¹⁰³ OCDE (2014a), p. 101.

¹⁰⁴ NEHME y MORDOJ (2012), p. 112.

¹⁰⁵ NEHME y MORDOJ (2012), p. 127; CAVIEDES (2012), pp. 145-146; GUMUCIO y PUSTILNICK (2014), p. 97.

riesgos y diseñar remedios adecuados. Por el contrario, a pesar de que existiera desde las partes y la FNE una intención de concordar medidas de mitigación, siempre existía la posibilidad de que el TDLC no considerara estas propuestas e impusiera otros muy gravosos, difíciles de ejecutar por las partes o complejos de monitorear por la agencia¹⁰⁶. A lo anterior se sumaba la excesiva duración de los procedimientos de consulta que, incluyendo la primera revisión ante el TDLC, y la probable reclamación ante la Corte Suprema, rondaba entre 8 y hasta 14 meses. Este es un plazo excesivo, en comparación a los tiempos que existen en el resto de las jurisdicciones que giran en torno a los 120 días, más 60 días si eventualmente se promueve una revisión o apelación de la decisión primaria. Todos estos plazos en los sistemas comparados son previamente definidos en la misma reglamentación del procedimiento. No debe desatenderse a que, en el intertanto que se desarrolla el proceso, las partes dejan en suspenso decisiones de inversión relevantes y pueden experimentar pérdidas asociados a la incertidumbre en el resultado como la afectación a su imagen comercial y fuga de personal clave¹⁰⁷. En Chile, la dilación excesiva y tiempos inciertos del proceso podía llevar a que las partes no estuviesen en condiciones de soportar todos los costos asociados, desistiendo de su operación. Este contexto adverso era especialmente problemático si llevaba a la frustración de una transacción que traía beneficios comprobables a la sociedad. Había, por lo tanto, una posibilidad de sobre-intervención que conducía a errores de tipo II, pero, al mismo tiempo, la incertidumbre asociada al procedimiento y su resultado podía disuadir de notificar operaciones riesgosas, que se consumaban sin ser revisadas, por lo que incrementaba la ocurrencia de errores de tipo I.

Otro aspecto comentado era la incertidumbre en torno a la confidencialidad de la información aportada al expediente de consulta. El órgano revisor debe hacerse de los antecedentes pertinentes para evaluar la operación y sus efectos, los que son entregados por las mismas partes. Esto obedece a la necesidad de suplir la asimetría de información característica de todo proceso o intervención regulatoria, donde son los mismos agentes económicos los que manejan la información necesaria sobre el mercado en que intervienen. Frente a ello, el TDLC reguló, en su Auto Acordado N°12/2009 los antecedentes indispensables que las partes debían aportar al momento de presentar su consulta. Pero la imposición de obligaciones de entrega de información entra en tensión con que terceros ajenos a la operación puedan tener acceso al expediente público en que se ventila la consulta, haciendo de información valiosa acerca del desempeño competitivo de su rival. Este tensión se resuelve habitualmente estableciendo reglas de confidencialidad, cuestión que aspiró a hacer el Auto Acordado N°15/2012 del TDLC. Esta regulación, no obstante, preveía la publicidad

¹⁰⁶ NEHME y MORDOJ (2012), pp. 115-116; COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2012), p. 24; COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE A.G. (2012), pp. 9-10; GUMUCIO y PUSTILNICK (2014), pp. 91-92; OCDE (2014a), p. 100.

¹⁰⁷ NEHME y MORDOJ (2012), p. 116.

como la regla general, siendo carga de las partes justificar al Tribunal la confidencialidad de lo que presentasen; esto podía disuadirlas de aportar información, y en general desincentivar la auto-notificación de otras operaciones en mercados donde secretos industriales sean especialmente importantes¹⁰⁸.

También se evidenciaba un déficit desde el punto de vista sustantivo. La claridad, predictibilidad y uniformidad en la aplicación de las normas sustantivas es lo que incentiva a las partes a notificar en un modelo voluntario. Pero como el DL 211 carecía de una normativa que reconociera las particularidades del control preventivo de concentraciones, éstas se evaluaban a la luz del artículo 3º, norma pensada para fines del control represivo y de amplísimo tenor. No existía entonces un estándar *ad hoc* para las concentraciones que permitiera a las partes auto-evaluar si su operación merecía ser notificada, nuevamente afectando uno de los elementos indispensables para el funcionamiento de un modelo voluntario.

En definitiva, y a lo largo de los años en que se desenvolvió este régimen de control de fusiones, la práctica fue mostrando que pocas operaciones se notificaban preventivamente al TDLC, y sólo aquellas que alcanzaban notoriedad pública, por los mercados involucrados o por la directa actuación de terceros que buscaban oponerse a ellas. En este contexto, un amplio sector de la doctrina había sugerido que se abandonase este deficiente esquema voluntario, y avanzase hacia uno de notificación obligatoria, y en particular, de tipo mixto o híbrido:

“En lo que respecta a Chile (que es de los pocos países con sistema voluntario), si ponderamos por una parte el relativamente escaso desarrollo del control de concentraciones, y por otra que uno de sus principales problemas es, en opinión de la doctrina, que los organismos competentes no han sido capaces de establecer criterios relativamente uniformes que entreguen seguridad jurídica, concluimos que es necesario transformar el sistema chileno en obligatorio mediante una reforma al D.L. N° 211”¹⁰⁹

De igual forma, NEHME y MORDOJ habían concluido que:

“Las críticas planteadas a los regímenes comparados asimilables al chileno, unidas a las deficiencias ya descritas de nuestro sistema actual, parecen hacer preferible la adopción en Chile de un sistema obligatorio de control preventivo de concentraciones, en base a ciertos umbrales (*thresholds*) previamente definidos, por sobre los cuales debiera informarse obligatoriamente de las concentraciones concernidas. Ello, sin perjuicio de poderse establecer, adicionalmente, algunos incentivos a la notificación voluntaria de concentraciones que, no obstante encontrarse bajo tales umbrales, tengan, por las características de litigiosidad de los mercados involucrados u otras consideraciones de tipo

¹⁰⁸ NEHME y MORDOJ, p. 118.

¹⁰⁹ CAVIEDES (2014), p. 366.

estratégico, una probabilidad relevante de ser objeto posterior de una demanda por terceros”¹¹⁰.

En el mismo sentido, favorables un régimen obligatorio mixto, se pronunciaban el COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE¹¹¹, la COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA¹¹² y, más recientemente, el informe de la OCDE sobre nuestra normativa de fusiones¹¹³. La idea de que la experiencia chilena con un esquema pretendidamente voluntario había llevado a resultados poco satisfactorios trasunta a estas opiniones, y permeó a la decisión del legislador de abandonar cualquier intento de realizar cambios específicos al procedimiento no contencioso y de preservar la voluntariedad de la notificación.

Esta decisión nos parece acertada porque se afirma en la evidencia del control de concentraciones hasta ese momento en Chile y en el mundo. El *modelo obligatorio híbrido* provee de mayor certeza jurídica, en comparación al existente a la época, respecto de qué operaciones deben ser preventivamente controladas y quiénes están legitimados notificar una operación. De igual forma, la tendencia a nivel internacional, incluida Latinoamérica, es a moverse hacia sistemas de notificación obligatoria mixtos.

Siguiendo a GONZÁLEZ y BENÍTEZ, a la hora de decidir si reformar el mecanismo de notificación existente, o cambiar por otro diferente, hay dos variables a considerar: la fortaleza del sistema institucional del país, y el nivel de experiencia de las agencias de libre competencia al enfrentarse con casos de fusiones¹¹⁴. Así, la notificación voluntaria funciona mejor en países desarrollados con sólidas acciones de *enforcement*, donde las agencias y los tribunales pueden actuar de manera eficaz frente a transgresiones a la normativa sobre control de concentraciones. De igual forma, agencias con mayor experiencia y conocimiento son capaces de detectar oportunamente y con mayor grado de precisión aquellas operaciones más riesgosas que merecen ser analizadas en profundidad. En cambio, agencias menos experimentadas en este materia necesitarán

¹¹⁰ NEHME y MORDOJ (2012), p. 123.

¹¹¹ COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE A.G. (2012), p.2: “En cuanto a la obligatoriedad o voluntariedad del sistema, la mayoría de la Comisión [de Libre Competencia del Colegio] recomienda avanzar hacia un sistema mixto, según el cual sea obligatorio consultar operaciones de concentración que superen determinados umbrales”.

¹¹² COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2012), p. 25: “Proponemos un sistema donde la consulta se hace obligatoria si la fusión se encuentra por sobre indicadores que sirven para advertir que la operación podría contribuir a una estructura de mercado potencialmente no competitiva, a la luz de ciertos indicadores (“umbrales”) establecidos por la autoridad. El establecimiento de este sistema – que podemos calificar como un “sistema mixto” - se basa en separar aquellas operaciones que superen un cierto “umbral”- [...] de aquellas empresas cuya operación quede por debajo del umbral, las no deberán someterse a procedimiento alguno de revisión. Estas empresas podrían someterse voluntariamente al examen de fusiones de la FNE, para obtener una mayor certeza jurídica respecto a eventuales cuestionamientos con respecto a una potencial amenaza a la libre competencia de ésta”.

¹¹³ OCDE (2014a), p. 80: “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”.

¹¹⁴ GONZÁLEZ y BENÍTEZ (2008), p. 37.

más tiempo y recursos para examinar una fusión a fin de determinar si merece ser analizada o no. Por estas razones, la notificación obligatoria es el mecanismo recomendable para agencias que están en una etapa temprana y no consolidada del proceso de aprendizaje en torno a la intervención *ex ante* y *ex post* de fusiones. Creemos que este último es el caso de Chile. La estructura orgánica dual - Fiscalía Nacional Económica y TDLC - se estableció recién en el año 2003, con la reasignación de competencias y potestades que efectuó la Ley N° 19.911. Ello generó un progresivo reacomodo y adaptación de los roles de estos dos órganos, que sufrió nuevos trastornos con la Ley N° 20.361 de 2009 que, entre otras cosas, introdujo los acuerdos extrajudiciales. Según vimos, la negociación de estos acuerdos como mecanismo alternativo de resolución de casos estaba supeditada al visto bueno del TDLC, y además debía convivir con la amenaza de que terceros sometiesen a consulta el mismo caso. Si miramos a la experiencia de las agencias, la FNE recién en 2006 dictó su primera Guía específicamente dedicada a operaciones de concentración, y un nuevo texto más completo en 2012 que, a la luz de su nueva potestad para suscribir acuerdos extrajudiciales, incentivase a los particulares a someter voluntariamente su operación a investigación. Pero, acuerdos extrajudiciales relativos a fusiones y adquisiciones han sido escasos (entre 2004 y 2014 se aprobaron 3 de ellos). Fuera de los informes obligatorios que le exige la Ley de Prensa, la Fiscalía prefirió centrarse en la tramitación de acuerdos extrajudiciales referidos a operaciones de menor complejidad. Si atendemos a la experiencia del TDLC, aunque sólidamente fundamentada en sus resoluciones, no existe una jurisprudencia profusa en el ámbito de fusiones, lo que se explica también por la reciente data de su establecimiento (entre 2004 y 2014 el TDLC había conocido de 17 operaciones de concentración en sede de consulta)¹¹⁵.

La institucionalidad chilena de la época era insuficiente para proveer de un adecuado control previo de fusiones, y la práctica de los órganos competentes, aunque centrada en transacciones de envergadura y muy difundidas, era acotada y no exenta de ambigüedades en sus criterios formales (qué procedimiento es el idóneo) y sustantivos (qué fusiones merecen ser revisadas preventivamente y represivamente). El DL 211 se había ido perfeccionando en la persecución de actos anticompetitivos como la colusión (v. gr. las facultades intrusivas del artículo 39 letra n) y la delación compensada), pero para las operaciones de concentración (cuya irreversibilidad demanda una regulación *ad hoc* que se haga cargo de sus especificidades), no existían mecanismos claros, expeditos y confiables que dieran suficiente seguridad a los particulares ni permitiesen a la FNE desafiar eficazmente operaciones peligrosas consumadas. La consulta ante el TDLC era lenta, costosa y podía llevar a la imposición de remedios excesivamente gravosos, al

¹¹⁵ Empleamos el periodo 2004-2014 ya que comprende desde la plena vigencia de los cambios introducidos por la Ley N° 19.911 y la presentación del proyecto de ley de lo que sería la Ley N° 20.945.

tiempo que los acuerdos extrajudiciales, si bien reducían los costos de transacción y permitían negociar remedios, no daban necesariamente garantías de certidumbre, predictibilidad y estabilidad en sus decisiones. No había incentivos a notificar *ex ante*, sino por el contrario el riesgo de ser arrastrados por terceros a una consulta con altos costos de litigación e inciertos resultados. A su turno, las sanciones sobre operaciones anticompetitivas consumadas que no fueron revisadas era prácticamente inexistente ya que las acciones de la FNE se centraron en los incumplimientos de medidas de mitigación, es decir, operaciones ya revisadas respecto de las que era sabido su potencial anticompetitivo. El modelo de notificación chileno, aunque se presentaba como uno voluntario, carecía del elemento disuasivo de las multas y de acciones represivas *ex post*, que es fundamental para que funcione adecuadamente la estructura de incentivos, como ocurre en Australia o Nueva Zelanda¹¹⁶. En efecto, los riesgos de sobrenotificación eran menores en comparación a un modelo obligatorio, pero estaba siempre presente el riesgo de la no-notificación, que era del todo desatendido.

A la luz de todo lo expuesto, el establecimiento de un modelo de notificación obligatoria era la decisión adecuada en el contexto de la evolución de nuestro derecho de la competencia.

Igualmente había algunos autores que defendían la idea de seguir en el modelo voluntario. En nuestro medio, VALDÉS criticaba un proyecto de ley de 2004 que establecía una consulta obligatoria ante el TDLC para operaciones que superasen cierta cuota de mercado nacional y ventas en Chile, preguntándose: “¿Cuál sería la velocidad de resolución de estas consultas forzadas por parte del Tribunal Antimonopólico? Ya preocupa la gran cantidad de temas que atiende este tribunal especial, resultado lógico preguntarse cómo operaría en el despacho de las causas con esta nueva carga que se le impondría”¹¹⁷. Pero radicar el control en un tribunal es sólo una de las opciones de diseño institucional disponibles. A nivel comparado existe una variedad de alternativas, que trasuntan entre un esquema en que es la agencia especializada la que efectúa el control, sea completamente integrado en ella, o bifurcado en otra agencia que adjudique. Pero como la “agencia” especializada que adjudica en Chile era el TDLC, su configuración como tribunal imponía costos de litigación altos, tanto a la FNE como a las partes, generaba incertidumbre en la duración del procedimiento y en su resultado, y propiciaba una lógica adversarial, más que transaccional. La falta de un diálogo expedito y cooperativo entre la Fiscalía y las partes es contraproducente pues puede llevar al abandono de operaciones pro-competitivas, y aquellas

¹¹⁶ GONZÁLEZ y HUNEEUS (2015), pp. 14-15.

¹¹⁷ VALDÉS (2006), p. 504.

riesgosas pueden verse expuestas a una sobre-intervención al imponérseles remedios desproporcionados o más costosos que los óptimos requeridos.

Más recientemente GUMUCIO y PUSTILNICK, aunque críticos de la institucionalidad de la época, proponían preservar el modelo voluntario por la vía de hacer reformas al procedimiento de consulta. Rechazaban un modelo de notificación obligatoria por el costo de oportunidad de notificar operaciones que por su tamaño no son potencialmente anticompetitivas, el mayor costo público de revisar tales operaciones y el mayor costo privado que significa para los agentes económicos someterse a un proceso de consulta¹¹⁸. Pero, entendemos, estos costos pueden ser suficientemente mitigados por una serie de mecanismos recogidos en las jurisdicciones de notificación obligatoria, como son el ajuste al alza o a la baja de los umbrales de notificación a fin de que se adapte a las transacciones que por las cuotas de mercado o los volúmenes de venta de las partes se consideran relevantes económicamente; la consagración de procedimientos de dos fases, que permite filtrar las operaciones más simples de las más complejas; la imposición de tasas de notificación, que reduce los costos para la agencia y contiene la sobre-notificación voluntaria de operaciones bajo los umbrales; la posibilidad de notificaciones abreviadas, dispensas y exenciones para operaciones que, por sus características, es posible predecir que su impacto en el mercado doméstico será marginal o no alterarán significativamente su estructura (como fusiones en que no hay traslape alguno entre las partes, operaciones intra-grupo empresarial o adquisiciones temporales para sólo fines de especulación financiera). Todo ello ordena los incentivos de manera que se disuadan las notificaciones fútiles y se aminoren los costos de transacción asociados a la revisión de un mayor número de operaciones de concentración (que de suyo conlleva el paso a un modelo de notificación obligatoria). Asimismo, la preocupación por dejar sin revisión operaciones riesgosas que no puedan ser capturadas es administrada a través de un control *ex post* eficaz, en especial para operaciones que burlasen el control preventivo con sanciones alta y suficientemente disuasivas. Por último, la crítica a que un modelo híbrido “es el peor escenario para el administrado, que deberá notificar operaciones de concentración que pueden ser inocuas, si éstas superan el umbral, pero por el contrario, cuando no alcancen el umbral, tampoco tendrá la certeza de no ser demandado”¹¹⁹, es exagerada. Los sistemas de este tipo reconocen reglas de inmunidad de responsabilidad o de cosa juzgada formal si han obtenido una resolución favorable y, a su vez, respecto de la investigación de fusiones no notificables se establecen límites temporales para iniciar acciones mediante reglas de prescripción más breves para estos casos (usualmente no más allá de 6 meses o 1 año desde su consumación). Así se resguarda la confianza en que el sistema preventivo captura las operaciones

¹¹⁸ GUMUCIO y PUSTILNICK (2014), p. 104.

¹¹⁹ GUMUCIO y PUSTILNICK (2014), p. 105.

correctas, y el resto de operaciones pueden llevarse a cabo sin temor a ser revertidas posteriormente si no han cambiado las circunstancias originales. El nuevo Título IV del DL 211 contiene normas que se hacen cargo de estas objeciones, todas ellas inspiradas en la experiencia de regímenes obligatorios.

Consciente de los desafíos de un cambio de tal magnitud, nos parece loable que el legislador no sólo se haya atrevido a instaurar un modelo obligatorio híbrido, sino también que haya establecido un procedimiento por completo nuevo y específico, que sustrae al control preventivo de concentraciones del ámbito de competencia del TDLC, y se lo entrega de manera exclusiva a la FNE, prescindiendo definitivamente de la consulta como vía idónea para estos asuntos. Hoy la Fiscalía recibe las notificaciones de operaciones de concentración (que obligatoria o voluntariamente se presentan a ella), efectuará el análisis de fondo y decidirá a partir del resultado de dicho análisis (y vistos los remedios que eventualmente hayan sido ofrecidos por las partes), frente a lo cual determinará la aprobación o rechazo de la operación. Se abandona por lo tanto, en esta materia, el diseño de agencia bifurcada, introduciendo derechamente un diseño de agencia integrada.

Ahora bien, hay que decir que pese a la relativa uniformidad en la doctrina en torno a avanzar a un modelo híbrido de notificación obligatoria, los autores planteaban que, de seguir este esquema, se disponía de una variedad de configuraciones institucionales en relación a qué órgano y con qué alcance realizar el análisis preventivo¹²⁰. Se esbozaban dos alternativas: la primera sugería que el control de concentraciones se atribuyese a un solo órgano administrativo - la FNE, en este caso - que conociere y resolviere sobre todas las operaciones a él notificadas; para facilitar su examen y enfocar los recursos en las operaciones peligrosas, se establecería un procedimiento de dos fases, en que las transacciones inocuas o cuyos riesgos fueran fácilmente identificables obtendrían una aprobación expedita en no más de treinta días, y una eventual segunda fase, exclusivamente enfocada en proveer un análisis más profundo de las operaciones anticompetitivas complejas¹²¹. Esta opción se asimila al diseño de agencia integrada. La segunda alternativa sugería que el control de concentraciones se dividiese entre la FNE y el TDLC, aunque bajo el mismo procedimiento bifásico antes referido. De modo que el control de la primera fase sobre las operaciones menos complejas lo realizaría la FNE, y el control de la segunda fase sobre operaciones que revistieren mayor amenaza a la competencia, previa moción o recomendación del Fiscal

¹²⁰ NEHME y MORDOJ (2012), pp. 127-132; CAVIEDES (2012), pp. 133-139; COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE A.G. (2012), pp. 10-15; COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2012), pp. 25-26; OCDE (2014a), pp. 102-106.

¹²¹ Las decisiones adoptadas por la FNE serían objeto de revisión judicial que, naturalmente, ejercería el TDLC.

Nacional Económico, lo efectuaría el TDLC¹²²; este era un diseño que, al menos en cuanto a las fusiones más riesgosas, se acercaba al de agencia bifurcada preexistente.

La Ley N° 20.945 se inclinó resueltamente por el modelo de agencia integrada en la FNE. Fundamental en la decisión del legislador nos parece, por un lado, la inadecuación del proceso ante el TDLC, estructurado más como juicio y menos propicio a un diálogo regulatorio, cuestión que jugaba en contra de la celeridad y eficiencia, y podía llevar a que las partes se desistieran de una operación pro-competitiva, por los altos costos de seguir adelante con un proceso largo, o peor aún, que operaciones riesgosas no fueran siquiera consultadas. Pero al mismo tiempo el legislador, a pesar del estadio temprano de las intervenciones sobre operaciones de concentración en Chile, reconoce el potencial de la curva de conocimiento de la FNE en la investigación de estas transacciones. En tal sentido, la agencia integrada es un esquema que permite alcanzar altos niveles de *eficiencia administrativa*, lo que redunda en una disminución de los costos de transacción y refuerza la especialización, contribuyendo a un mejor análisis técnico del impacto de las fusiones. El modelo de agencia integrada permite deseables niveles de transparencia para los administrados por la vía de la publicación de las resoluciones de inicio, archivo y término de investigaciones, a la vez que contribuye a la consecución de valores indispensables para un control obligatorio de fusiones, cuales son la *congruencia, predictibilidad y uniformidad* en las decisiones de la autoridad, tanto en sus actos que aprueban o prohíben una fusión, como en sus iniciativas persecutorias contra operaciones que infringieron el deber de notificar. Recuérdese que en el modelo de notificación obligatoria las partes no disponen de la decisión de reportar su operación si ésta ha superado los umbrales, y al mismo tiempo, la falta de notificación es severamente sancionada, por tanto, los agentes de mercado necesitan de la mayor claridad y certeza respecto de los criterios con los que la agencia decidirá sobre su operación, y en qué circunstancias ésta entiende que una operación era notificable y, lo más importante, anticompetitiva. Todo ello es mejor resuelto si la misma agencia que examina las operaciones de concentración, es la que decide sobre las mismas. La consistencia entre las actividades investigativa, adjudicativa y persecutoria es, entonces, fácilmente alcanzada.

Frente un eventual riesgo de aplicación tendenciosa o arbitraria de las normas, la FNE, en el tiempo que lleva existiendo, realiza constantes esfuerzos por dar conocimiento al público y *legitimidad* a sus acciones (incluyendo decisiones de archivo de investigaciones y decisiones de *enforcement*) a través de difusión en su página web (que provee un registro de sus actuaciones) y otros ejercicios de *accountability* como cuentas públicas anuales. La “Guía para el Análisis de las Operaciones de Concentración” de 2012 era indiciaria del deseo de la FNE de brindar a los agentes

¹²² La revisión judicial, en este caso, estaría entregada a la Corte Suprema.

económicos mayor objetividad en los criterios para un área tan sensible como el control de concentraciones futuras (en contraposición a un procedimiento de consulta ante el TDLC que se veía opaco en sus criterios sustantivos, demoroso en su tramitación e incierto en sus resultados). Que la Fiscalía funcione través de “divisiones” por materias conformadas por equipos interdisciplinarios muestra también que es un órgano que aspira a consolidar una mayor eficiencia administrativa¹²³. La Fiscalía además, con la entrada en vigencia de la nueva normativa, ha dictado nuevas guías que proveen los lineamientos que orientarán sus decisiones sobre operaciones de concentración, a fin de proveer mayor certeza y claridad en sus intervenciones. Otro elemento a destacar, es que la Ley N° 20.945 consagra y asegura los medios para que la FNE efectúe estudios de mercado para aquellas industrias que han sido ajenas a sus intervenciones pasadas, lo que ayudará cuando se conozcan fusiones que afecten mercados que requieren un análisis más específico en torno a su evolución y comportamiento históricos.

Ahora bien, que se entregue el control de fusiones de manera exclusiva a un órgano “unipersonal” sí merece reparos. Nos parece que fue una oportunidad desaprovechada para avanzar hacia un órgano, igualmente experto y eficiente, pero pluripersonal o colegiado, como ocurre con la Comisión Europea o la FTC, y que resulta más adecuado para el desempeño de un modelo de agencia integrada¹²⁴. Como contrapeso, podemos decir que existe un no despreciable desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinal en torno al debido proceso administrativo, al cual la FNE también debe consideración (v. gr. la entrada en vigencia de la LBPA supuso una serie de imperativos de buena administración para los servicios públicos, centralizados y descentralizados)¹²⁵. Además, el procedimiento mismo de evaluación puede contar con una serie de dispositivos favorables al administrado, y en esto la legislación comparada es sumamente ilustrativa, con reglas específicamente pensadas para el control de fusiones (como la iniciativa exclusiva de las partes, derecho a aportar antecedentes, confidencialidad del proceso, plazos predefinidos y fatales, formas de silencio positivo, etc.).

Sin perjuicio del resguardo del derecho de los notificantes, la institucionalidad debe tener siempre presente la finalidad última a la que sirve un control como éste, cual es la protección de la libre competencia en los mercados, por ello debe proveer de reglas que impidan perfeccionar la operación notificada mientras no exista una autorización a su respecto, reglas que disuadan de conductas estratégicas que afecten el desarrollo y resultado de la evaluación y, no menos

¹²³ Existen actualmente las divisiones Anti-Cartelos, Antimonopolios, Estudios de Mercado, Fusiones, Litigios, Administración y Gestión, y de Relaciones Institucionales.

¹²⁴ TREBILCOCK y IACOBUCI (2002), p. 381.

¹²⁵ Aspecto que abordamos en esta obra, con énfasis en la eficacia supletoria y no derogatoria de la LBPA en las investigaciones de la FNE sobre fusiones, *infra* sección 2.3.5.

importante, reglas que permitan resolver la asimetría de información inherente a la relación notificantes-agencia, de lo contrario su análisis económico de fondo será incompleto y su intervención insuficiente.

Todas estas consideraciones, que son tanto sustantivas como formales, aparecen a la hora de configurar un esquema institucional apropiado y, según se verá en esta obra, fueron abordadas con mayor o menor inteligencia por la Ley N° 20.945. Además de innovar en la exigencia de notificación obligatoria, y de asimilar plenamente un modelo de agencia integrada, se configura un complejo entramado de normas relativas a potestades públicas, cargas, derechos e incentivos para los intervinientes en el proceso de evaluación. Todas estas reglas las revisaremos en la Segunda Parte de este trabajo, pero, para contrastar lo pre-existente con la reforma, mencionaremos someramente las modificaciones más notables.

Se establece un único procedimiento para el control previo de las concentraciones empresariales, declarándose improcedente la consulta para estos casos. El artículo 18 N°2) ha sido reformado y consagra la potestad consultiva del TDLC como sigue: “Conocer, a solicitud de quienes sean parte en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, distintos a las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, para lo cual, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos” (subrayado agregado). Todas las operaciones de concentración notificables deberán someterse al procedimiento del nuevo Título IV, ante la FNE. Hemos concluido, además, que tampoco es procedente someter una operación que debe ser notificada, o esté siendo actualmente evaluada, a un acuerdo extrajudicial como forma alternativa de término del procedimiento¹²⁶. Se evidencia la intención decidida del legislador en la desjudicialización de este tipo de asuntos (con todo lo que ello implicaba en términos de disminuir costos de transacción, duración de los procedimientos, incertidumbre y tardanza en las decisiones, etc.).

Otro aspecto notable se halla en las reglas de legitimación activa. Sólo las partes de la operación podrán promover la notificación, cambio trascendental en relación a quiénes estaban legitimados para consultar ante el TDLC. En este mismo orden de ideas, se limitó la intervención de terceros al sólo aporte de antecedentes al proceso, fijándose reglas y plazos para que puedan acceder al contenido de la investigación que conduce la FNE en cada caso. De este modo se busca evitar que terceros arrastren una operación ajena a escrutinio de la autoridad, y al mismo tiempo,

¹²⁶ Véase la sección 2.14.3.

congeniar el interés de los notificantes de resguardar la confidencialidad de los antecedentes presentados, el interés de otros agentes económicos por plantear sus reparos a la operación – para lo cual debe darse cierta publicidad al expediente- y el interés al que sirve la agencia, de efectuar una análisis integral de los efectos de la operación.

Una vez efectuada la notificación por las partes, se busca evitar la unilateralidad en la determinación de medidas de mitigación que caracterizaba a la consulta, y se propende a una relación colaborativa de la FNE con los notificantes. Esto se refuerza en el sentido de que sólo los notificantes pueden proponer medidas, debiendo el Fiscal representar sus reparos para que aquéllos vayan configurando los remedios adecuados. Si las partes no muestran disposición a mejorar las medidas ofrecidas, y éstas siguen siendo insuficientes, el Fiscal deberá prohibir derechamente la operación.

En otro ítem sensible, el legislador expresamente consagra la prohibición de perfeccionar la operación mientras no se obtenga una resolución definitiva. Excluidos los terceros como legitimados activos, la consagración de una regla de suspensión automática resulta mucho menos gravosa; así, recaerá fundamentalmente en las partes, conforme dialoguen con la FNE, el alcanzar una expedita aprobación de la fusión y el consiguiente alzamiento de la suspensión. Para disuadir la urgencia por consumar su operación, se establece también como un ilícito infraccional autónomo el perfeccionamiento anticipado, lo que se conoce coloquialmente como “*gun jumping*”¹²⁷. Esta conducta forma parte de un nuevo estatuto de infracciones y sanciones destinadas a asegurar el cumplimiento de las normas legales del régimen de concentraciones, y de las decisiones que en un caso concreto haya adoptado la agencia.

Al término del procedimiento, la opción de revisión judicial de la decisión es concebida como excepcional. La posibilidad de revisión de la resolución administrativa de la FNE, ante el TDLC, está notoriamente restringida, y se admite sólo para el caso que se determine la prohibición de la operación.

La posibilidad de un control represivo no está completamente excluida. El diseño institucional preexistente, en este aspecto, se mantiene íntegramente. Correspondrá al TDLC la imposición de sanciones y medidas por conductas en que intervienen las partes de una operación de consumada y que infrinjan el DL 211. Podrán ser revertidas total o parcialmente aquellas operaciones notificables que no se hayan reportado, o aquellas que sí lo hicieron, pero que se

¹²⁷ La expresión, proveniente de la práctica del derecho norteamericano *antitrust*, es una referencia deportiva y alude al atleta que se anticipa y no espera el disparo oficial que marca el comienzo de una carrera.

perfeccionaron durante el procedimiento, o que habiendo sido prohibidas, se consumaron igualmente. Lo mismo se aplica a los incumplimientos de medidas de mitigación. Para los terceros, a pesar de que tienen limitadísima participación en el control preventivo, subsiste, aun después de la reforma, la posibilidad de promover un control *ex post* por la vía de una demanda en juicio contencioso, sea por conductas que burlen las normas de fusiones, o en general, por actos anticompetitivos que los afecten y en que hubieren intervenido la entidad resultante¹²⁸.

En el aspecto sustantivo, donde también la institucionalidad se veía deficitaria, el legislador ha definido las operaciones susceptibles de ser calificadas como concentraciones, y, en cuanto al examen de sus efectos, se introduce expresamente un estándar de evaluación específico para el control preventivo. Se substraе del estándar genérico del artículo 3º, y se establece uno más rigoroso, que atiende a la aptitud de la operación para “reducir sustancialmente la competencia” en el mercado relevante (test ampliamente utilizado en el derecho comparado). Es pertinente relevar que este es un test que (a diferencia del menos utilizado “test de dominancia”) permite un análisis más completo que va más allá de los cambios en la estructura del mercado, y entra a analizar aspectos dinámicos como la probabilidad de entrada, la desafiabilidad del mercado y posibles ganancias en eficiencia atribuibles a la operación. El legislador ha preferido no establecer criterios o directrices sobre los cuales efectuar dicho análisis, por lo que se entrega a la agencia una importante labor interpretativa que se espera efectúe por medio de sus guías difundidas al público y de sus decisiones caso a caso. Sobre este punto, el examen del potencial anticompetitivo de una operación involucra la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados que requieren un ejercicio valorativo y técnico, respecto de si tal o cual hecho califica dentro del supuesto normativo (v. gr. el concepto de “operación de concentración” o la regla de “reducción sustancial de la competencia”). Esto no nos debe extrañar en absoluto, pues como señala BAÑO LEÓN: “Todo el derecho antitrust está montado sobre amplísimos conceptos jurídicos indeterminados cuya determinación en el caso concreto depende de un sustrato de conceptos y métodos económicos cambiantes, de lo que resulta un derecho esencialmente casuístico”¹²⁹. Ello a su vez supone para la FNE el imperativo de dictar decisiones motivadas y sustentadas en suficiente evidencia económica para casos complejos y de proveer resoluciones razonablemente uniformes para casos parecidos.

¹²⁸ El *enforcement* privado sigue siendo importante para el cumplimiento de las normas de libre competencia. Poco se ha dicho sobre su incidencia en el régimen de control de fusiones en particular (en este sentido: BALTO, 2004), más bien se aborda su incidencia en las posibilidades de reprimir actuaciones anticompetitivas en general, y cómo las demandas de particulares interactúan con las intervenciones de las agencias. Cfr. WILS (2009); HÜSCHELRATH y PEYER (2013); y BANFI DEL RÍO (2013).

¹²⁹ BAÑO LEÓN (2016), p. 297.

Finalmente, las alegaciones de que un régimen obligatorio como el que se instituye afectará a operaciones que resulten beneficiosas, también deben ser descartadas, ya que aun cuando existirá un análisis profundo de los efectos anticoncurrenceles, la posibilidad de diseñar medidas de mitigación en un contexto propicio a un diálogo regulatorio, hará que la prohibición sea una decisión de *última ratio*. Como advierte GÓRRIZ LÓPEZ:

“una lectura rápida de las estadísticas sobre el resultado de los procedimientos de control [de concentraciones] puede generar una impresión errónea sobre su eficacia. La razón es que son excepcionales los casos que terminan en prohibición [...] estos datos no significan que no exista control o que sea baladí. Además de las prohibiciones hay que tener en cuenta que existe un contacto permanente entre las partes y las autoridades de la competencia que permite introducir las modificaciones necesarias en la operación a fin de adecuarlas a las exigencias del regulador”¹³⁰.

De modo que es posible predecir (y así ha sucedido en este primer año), que la mayoría de las operaciones resultarán aprobadas, sea en forma pura y simple, o con modificaciones a través de compromisos asumidos por las mismas partes. Según la información disponible en el sitio web de la FNE, entre el 1º de junio de 2017 y 1º de junio de 2018, de las 43 operaciones que obtuvieron una resolución de fondo (es decir, que no fueron archivadas anticipadamente), 35 fueron aprobadas en forma pura y simple, 7 fueron aprobadas con medidas y sólo una resultó prohibida. El rechazo representa menos del 2% del total de operaciones examinadas, que es lo esperable en esquemas de notificación obligatoria¹³¹.

¹³⁰ GÓRRIZ LÓPEZ (2014), pp. 337-338.

¹³¹ Según cifras oficiales, en el sistema de control de concentraciones de dimensión comunitaria de la Unión Europea, durante el año 2017 el porcentaje de operaciones prohibidas por la Comisión Europea fue del 0,3%. [<http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>].

SEGUNDA PARTE: EL PROCEDIMIENTO DE CONTROL PREVENTIVO DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ANTE LA FNE

2.1. Consagración del nuevo régimen de control de concentraciones

La Ley N° 20.945 incorpora al DL 211 un nuevo Título IV, “De las Operaciones de Concentración” (artículos 46 a 61, inclusive), conjunto de normas que desarrollan el procedimiento de evaluación de concentraciones empresariales en cuanto a su ámbito de aplicación, iniciativa, reglas de instrucción, desarrollo y conclusión, entre otras materias. Este Título, aun cuando manifiesta una clara pretensión de plenitud regulatoria, no es del todo autosuficiente, sino que dialoga con otras normas del DL 211. Debe necesariamente mencionarse el nuevo artículo 3° bis del DL 211, que si bien se ubica fuera del Título IV, consagra un catálogo de infracciones directamente relacionadas con la eficacia del proceso de evaluación y los resultados del mismo. Así, se sanciona a quienes infrinjan el deber de notificación de una operación de concentración (art. 3° bis, letra a); contravengan el deber de no perfeccionarla mientras no se dicte resolución favorable a su respecto (art. 3° bis, letra b); incumplan las medidas con que se haya aprobado la operación (art. 3° bis, letra c); perfeccionen la operación en contra de lo dispuesto en la resolución o sentencia que la haya prohibido (art. 3° bis, letra d); o notifiquen una operación de concentración entregando información falsa (art. 3° bis, letra e). El conocimiento y juzgamiento de tales conductas, en tanto infracciones al DL 211, deberá ventilarse ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia por la vía del procedimiento contencioso.

Asimismo, al TDLC le corresponderá conocer de la acción de revisión especial de la resolución del Fiscal Nacional Económico que prohíba una operación de concentración; dicha acción se substanciará conforme al procedimiento detallado en el artículo 31 bis del DL 211. A su turno, en contra de la sentencia definitiva del Tribunal dictada con ocasión de la revisión especial, procederá excepcionalmente el recurso de reclamación para ante la Corte Suprema. La tramitación de la reclamación se sujetará enteramente a lo previsto en el artículo 27 del DL 211.

En seguida, a nivel infra-legal, se delega en el Presidente de la República la dictación de un Reglamento sobre dos materias propias del control de concentraciones: la descripción exhaustiva de los antecedentes que deberán acompañarse a la notificación¹³² y el detalle de un “mecanismo de notificación simplificada” en virtud del cual ciertas operaciones podrán aportar menor número de antecedentes¹³³. En ejercicio de la potestad reglamentaria, el Ejecutivo dictó el Decreto N° 33, de 1 de marzo de 2017, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que aprueba reglamento sobre notificación de una operación de concentración (en adelante, el “Reglamento”), publicado en el Diario Oficial el 1 de junio de 2017.

A su turno y por expreso mandato del legislador (art. 48 DL 211), el Fiscal Nacional Económico procedió a la dictación de la Resolución Exenta N° 667, de 24 de noviembre de 2016, publicada en el Diario Oficial el 1° de diciembre de 2016, resolución que fija el valor numérico de los umbrales que determinarán el deber de notificar (en adelante, “Resolución N° 667”) y que en nuestro sistema estará dado por la suma de las ventas en Chile que alcancen, en conjunto y por separado, los agentes económicos que pretenden concentrarse, durante el año calendario anterior a la notificación.

El sistema se complementa con la normativa dictada por Fiscal Nacional Económico a través de su potestad instructiva, hoy expresamente consagrada en el nuevo literal s) del artículo 39 del DL 211¹³⁴. Las instrucciones son directivas que la autoridad administrativa imparte internamente a sus funcionarios y subalternos, a fin de hacer más eficaz y expedita su labor¹³⁵. Junto a estas instrucciones internas están las “Guías”, comunicaciones de la FNE que sirven de orientación a los particulares, y que permiten anticipar razonablemente el criterio a partir del cual intervendrá la agencia (sin perjuicio de que siempre el examen que se realiza para una determinada operación está situado en las circunstancias específicas del caso concreto)¹³⁶.

¹³² Conforme al artículo 48, inciso 5°, del DL 211, a la notificación de una operación de concentración deberán acompañarse “[...] los demás antecedentes que detalle el reglamento dictado por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo”.

¹³³ De acuerdo al artículo 48, inciso 7°, del DL 211, el mecanismo de notificación simplificada permitirá al notificante “[...] acompañar una menor cantidad de antecedentes para ciertas operaciones o categorías de operaciones de concentración”.

¹³⁴ El literal s) del artículo 39 del DL 211 confiere al Fiscal Nacional Económico la facultad de “[d]ictar instrucciones a las que habrá de sujetarse el ejercicio de las atribuciones y el cumplimiento de los deberes acerca de los que trata este artículo”.

¹³⁵ Sobre la naturaleza y características de las instrucciones en el derecho administrativo chileno: SILVA CIMMA (1996), pp. 263-267; CORDERO VEGA (2015), pp. 177-178. Desde una aproximación más crítica, véase CORDERO QUINZACARA (2010).

¹³⁶ Ya la “Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración” declaraba como su finalidad principal el “precisar y transparentar el análisis que [la FNE] efectúa en esta materia, de manera de ofrecer certeza sobre la forma en que, a este respecto, dará cumplimiento a su función” (FNE, 2012, p.2). Lo mismo señala la reciente “Guía de Competencia”: “[n]uestro propósito, con la elaboración de la ‘Guía de Competencia’, es dar certeza jurídica a los que busquen notificar

El Fiscal ha dictado una serie de “Guías” destinadas a dar aplicación, ejecución y concreción a las normas del DL 211. Particularmente, en materia de control de fusiones, la FNE ha publicado:

- (a) La “Guía de Competencia”, de junio de 2017, que desarrolla los criterios que la Fiscalía utilizará para determinar qué hechos, actos o convenciones califican como operaciones de concentración, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 47 del DL 211;
- (b) La “Guía Práctica para la Aplicación de Umbrales de Notificación de Operaciones de Concentración en Chile”, de junio de 2017, que señala la forma de cálculo de las ventas de los agentes económicos que proyectan concentrarse, en concordancia con lo que dispone el artículo 48 del DL 211 y la Resolución N° 667; y
- (c) La “Guía de Remedios”, de junio de 2017, que orienta acerca de los criterios de la Fiscalía para evaluar las medidas de mitigación que, en conformidad al artículo 53 del DL 211, fueron ofrecidas por los notificantes, fundamentalmente en su idoneidad y eficacia para hacerse cargo de los riesgos a la competencia derivados de la operación.

Asimismo, el Fiscal Nacional Económico ha dictado una resolución dejada sin efecto la “Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración” del año 2012, a contar del 1° de junio de 2017. Se entiende esta decisión toda vez que la Guía de 2012 contempla reglas que no son compatibles con la nueva normativa en lo que respecta al procedimiento. Llama la atención, sin embargo, que en lugar de dictar una nueva Guía que en lo sucesivo oriente el examen del potencial anticompetitivo de la operación, se afirme que los funcionarios podrán seguir considerando, en lo que corresponda, aquellos aspectos de la Guía referidos al marco de análisis de operaciones de concentración. Ello nos lleva a entender que la Guía de 2012 ha perdido vigencia sólo parcialmente y netamente en lo que dice relación con sus aspectos procedimentales, pero que subsiste su aplicación en sus aspectos sustantivos compatibles con las normas del Título IV del DL 211. Es decir, primarán aquellas normas del DL 211 relativas a la definición y vías para materializar una operación de concentración (art. 47) y la sujeción al test de disminución sustancial de la competencia (arts. 54 y 57), pero a su vez, regirán los lineamientos de la “Guía para el Análisis...” en lo concerniente a definición de mercado relevante, condiciones de entrada, efectos y eventuales eficiencias.

una operación de concentración y acotar los espacios de discrecionalidad que la norma confiere a la autoridad” (FNE, 2017a, p.4). En idéntico sentido se pronuncian la “Guía de Umbrales” (FNE, 2017b, p.3) y la “Guía de Remedios” (FNE, 2017c, p. 4).

Además de estas Guías, la FNE puso a disposición del público el “Formulario de Notificación Ordinario” para la generalidad de proyectos de concentración que obligatoria o voluntariamente se sometan a evaluación; y el “Formulario de Notificación Simplificado”, para aquellas concentraciones que califiquen en alguno de los supuestos que hacen procedente acogerse al mecanismo de notificación simplificada (detallados en el artículo 4 del Reglamento). Sin perjuicio de su denominación, no son propiamente “formularios” en el sentido estricto, vale decir, un documento a ser llenado por las partes detallando su operación; los Formularios que entrega la FNE tienen una finalidad aclarativa, conteniendo una parte introductoria sobre aspectos formales del acto de notificación - como idioma, formato y confidencialidad de los documentos acompañados – y en seguida, a través de notas explicativas, aclaran uno a uno los antecedentes que el Reglamento exige para cada tipo de notificación (ordinaria o simplificada).

Las Guías y Formularios que ha dictado la FNE aparecen como una regulación complementaria a la ley y al Reglamento, que irá generando lo que se conoce como “soft-law” o “derecho débil” y que con el tiempo permitirá adaptarse a las necesidades más inmediatas del procedimiento. Lo que se busca con esta clase de comunicaciones, como señala CORDERO VEGA, es generar las condiciones propicias para un diálogo regulatorio más fluido entre la autoridad y los particulares destinatarios de la normativa¹³⁷. ROMERO GUZMÁN pone de relieve la incidencia de estas regulaciones sobre los administrados y cómo ello puede facilitar la comprensión y cumplimiento de la ley, así como promover conductas colaborativas:

“[...] el cumplimiento u observancia de una regulación depende, en parte, del conocimiento y capacidad de los regulados, los cuales pueden tener una actitud positiva (no oportunista) frente a lo exigido. También la dictación de guías, directrices o comunicaciones es una forma poco intensiva de recursos para poder lograr el comportamiento deseado por parte de los regulados. En este sentido, se trata de una herramienta que favorece la eficiencia. Finalmente, este tipo de publicaciones son valorables desde el punto de vista de la accesibilidad y transparencia de los procedimientos y normas”¹³⁸.

GREENE afirma que estas guías pueden llegar a ejercer una poderosa influencia sobre el resto de los órganos de libre competencia a través de lo que llama “institucionalización”: “las guías se ‘institucionalizan’ cuando ganan suficiente reconocimiento, de modo tal que son valoradas en discusiones jurídicas por los tribunales y otros, más allá de la fuerza persuasiva de las ideas que ellas mismas contienen”¹³⁹, es decir, estos lineamientos adquieren reconocimiento *ad auctoritas*, por el hecho de ser pronunciados por la agencia del ramo. Para GREENE, esta institucionalización se

¹³⁷ CORDERO VEGA (2015), p. 180.

¹³⁸ ROMERO GUZMÁN (2013), p. 477.

¹³⁹ GREENE (2006), p. 810 [“guidelines become ‘institutionalized’ when they gain sufficient stature that they become valued in legal arguments by the courts and others, beyond the persuasive power of the ideas they embody”].

puede ver potenciada por, al menos, cuatro factores¹⁴⁰: primero, los tribunales no efectúan actividades de fiscalización, por lo que si no han elaborado un marco analítico suficientemente articulado y completo en torno al fenómeno de las fusiones, tienden a recurrir a la teoría y experiencia acumuladas por la agencia, y que están sistematizadas en sus guías. Segundo, estos documentos proveen, precisamente, del análisis comprensivo y metodológico que los tribunales y otros operadores pueden requerir. Tercero, las guías adquieren relativa credibilidad en la medida que han sido dictadas por una agencia gubernamental experta a la cual se le debe (algo de) deferencia judicial. Por último, la influencia de las guías es cada vez mayor cuando su estructura y principios progresivamente se vuelven el marco (“frame”) a través del cual tanto los tribunales como los litigantes abordan el análisis de fusiones.

Si se piensa en el caso chileno, con la entrada en vigencia del nuevo régimen de evaluación de fusiones las guías serán un referente ineludible en la argumentación de los particulares y de la propia FNE en el evento que se someta la operación a conocimiento del Tribunal de la Libre Competencia por la vía del procedimiento de revisión especial: por ejemplo, serán atendibles los criterios que señala la “Guía para el Análisis....” en relación a la apreciación de la aptitud de una operación para reducir sustancialmente la competencia, o los de la “Guía de Remedios” con miras a evaluar la idoneidad de determinada medida de mitigación. Y, con seguridad, las guías serán invocadas en el evento de que se impetren requerimientos ante el mismo Tribunal por alguna de las infracciones que señala el nuevo artículo 3° bis del DL 211, toda vez que estos lineamientos uniforman el criterio que los particulares pueden esperar de la FNE a la hora de determinar si una operación califica como concentración empresarial (desarrollado en la “Guía de Competencia”) o si se han superado los umbrales o calculado correctamente los volúmenes de ventas de las partes (abordado en la “Guía de Umbrales”). Si bien claramente no existe un deber formal de sujeción del Tribunal Antimonopólico a los lineamientos de estas guías, ellas pueden adquirir notoriedad en contextos de litigación y ser reconocidas por su contenido sistemático y completitud, o hasta por el mero hecho de emanar de la agencia técnica especializada en materias de libre competencia (= institucionalización).

2.2. Entrada en vigencia

La Resolución N°667 del Fiscal Nacional Económico (que fijó por vez primera los valores numéricos de los umbrales de notificación) tiene una importancia adicional, ya que marca la entrada en vigor del nuevo régimen de evaluación de concentraciones.

¹⁴⁰ GREENE (2006), p. 813.

Conforme al artículo primero transitorio, inciso 1°, de la Ley N° 20.945, la Resolución N°667 determina la entrada en vigencia del Título IV del DL 211 y de toda la normativa legal relacionada con él, como es el procedimiento de revisión especial (artículo 31 bis), la potestad del TDLC para conocer de la revisión especial (artículo 18 N°5) y el catálogo de infracciones asociadas al control de fusiones (artículo 3° bis). Estas modificaciones regirán a partir del “primer día del sexto mes siguiente” a la fecha de publicación en el Diario Oficial de la resolución que estableció los valores de los umbrales de notificación. La Resolución N° 667 del Fiscal Nacional Económico fue publicada en el Diario Oficial el 1° de diciembre de 2016, por lo que la obligación de notificar los proyectos de concentración económica rige a contar del 1° de junio del año 2017.

El artículo primero transitorio de la Ley N° 20.945, en su inciso 2°, agrega: “en el caso de operaciones de concentración sometidas a consideración del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o de la Corte Suprema, antes de la entrada en vigencia del Título IV, De las Operaciones de Concentración, y de las demás normas que digan relación con él referidas en el inciso anterior, dichos tribunales continuarán su tramitación y las resolverán de conformidad a las leyes vigentes al inicio del respectivo procedimiento”¹⁴¹. El tenor de la norma citada es suficientemente amplio (“operaciones de concentración sometidas a consideración”), por lo que deben entenderse incluidas todas las concentraciones, cualquiera sea su naturaleza, que hasta antes del día de entrada en vigor del Título IV del DL 211 (1° de junio de 2017) estén siendo consultadas conforme al procedimiento voluntario ante el TDLC, o que hayan sido objeto de requerimiento o demanda en procedimiento contencioso ante el mismo Tribunal, o cuya sentencia definitiva haya sido objeto de recurso de reclamación para ante la Corte Suprema. Asimismo, dada justamente la redacción amplia de la norma, la expresión “sometidas a consideración” abarca desde la sola presentación de la consulta, requerimiento o demanda, siempre y cuando ello se hubiere verificado antes del 1° de junio de 2017. En todos estos casos, se prevé la ultra-actividad legal de la normativa anterior a la reforma de la Ley N° 20.945, hasta la dictación de una sentencia de término sobre la operación respectiva.

La citada disposición transitoria solamente regula aquellas operaciones que, a la fecha de entrada en vigencia de la nueva ley, fueren objeto de consulta, requerimiento o demanda ante los órganos jurisdiccionales en materia de libre competencia, pero no se refiere a aquellas fusiones que,

¹⁴¹ El Auto Acordado N° 17/2017 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 3 de agosto de 2017, dejó sin efecto el Auto Acordado N°12/2009 del mismo Tribunal sobre información relevante para el control preventivo de operaciones de concentración. En lo sucesivo, todas las concentraciones económicas que igualen o sobrepasen los umbrales definidos por la Resolución N°667 deberán notificarse a la Fiscalía Nacional Económica en forma previa a su perfeccionamiento, y someterse a las reglas del Título IV del DL 211, quedando expresamente excluida la opción de ser consultadas al TDLC en el procedimiento voluntario a que se refieren los artículos 18 N°2 y 31 del DL 211.

a la misma fecha, fueren objeto de una *investigación en curso* de la FNE, respecto de las cuales no existe una resolución administrativa que declare el cierre de la investigación y menos la presentación de un requerimiento o consulta ante el TDLC motivada por dicha investigación. El examen de tales operaciones debe necesariamente someterse a la normativa del Título IV del DL 211, lo que supondrá, en los hechos, el reinicio de una investigación en desarrollo, a fin de que las partes formulen una notificación, acompañen los antecedentes que la ley y el Reglamento exigen y se dé por el Fiscal un pronunciamiento acerca de la completitud de la notificación, para luego dar propiamente inicio a una nueva investigación. Previendo las dificultades prácticas de estos casos especiales, donde ya hay una investigación iniciada al tiempo de entrada en vigor de la nueva normativa, el Fiscal en ejercicio de su potestad instructiva dictó la Resolución Exenta N° 332 de 29 de mayo de 2017. En virtud de dicha resolución, las partes deberán formular una nueva notificación, pero se les eximirá de acompañar aquellos antecedentes que ya están en poder de la FNE por haber sido previamente presentados por las mismas partes o por haber sido requeridos a terceros en el curso de la investigación anterior; conforme a ello, el Fiscal procederá a determinar la completitud de la notificación y a dictar la resolución de inicio de investigación de acuerdo al artículo 50 del DL 211¹⁴².

2.3. Características del procedimiento de evaluación

El nuevo procedimiento de control preventivo de concentraciones empresariales presenta cinco características notables: (1) se consagra un modelo híbrido de notificación, esto es, obligatorio para aquellas operaciones que igualen o sobrepasen determinados umbrales, y voluntario para las que no los superen; (2) el sistema supone que las operaciones deberán pasar por el examen de tres filtros sucesivos para su análisis definitivo; (3) se trata de un procedimiento dividido en dos fases, ambas seguidas ante la FNE; (4) consiste en una investigación que conduce el Fiscal Nacional Económico, con ciertas diferencias en relación a la generalidad de las investigaciones que éste instruye por ilícitos anticompetitivos; y (5) corresponde a un procedimiento administrativo, lo que será importante para determinar el régimen supletorio frente a silencios normativos del DL 211.

2.3.1. Establece un modelo obligatorio híbrido de notificación

El legislador optó por un sistema de notificación obligatorio de las operaciones de concentración, lo que representa el cambio fundamental en comparación al régimen preexistente.

¹⁴² Así procedió la FNE respecto de la investigación Rol FNE F-59-2015 sobre acuerdo de fusión entre Dow Chemical y DuPont, iniciada con fecha 22 de diciembre de 2015; con la investigación Rol FNE F-75-2017 sobre operación de concentración entre AT&T Inc. y Time Warner Inc. iniciada con fecha 31 de marzo de 2017; y la investigación Rol FNE F-78-2017 sobre acuerdo de creación de joint venture entre Nippon Yusen Kabushiki Kaisha Ltd., Mitsui OSK Lines Ltd. y Kawasaki Kisen Kaisha Ltd., iniciada con fecha 10 de abril de 2017.

Bajo el nuevo esquema, existen ciertos umbrales de notificación que están determinados por el volumen de ventas domésticas que, en conjunto y por separado, alcancen los agentes económicos que pretenden integrarse. Se establece, adicionalmente, la posibilidad de que aquellas operaciones que no sobrepasen los umbrales puedan igualmente ser notificadas a la autoridad, a fin de obtener certeza jurídica sobre la inocuidad de la operación para la libre competencia. Se configura, entonces, un modelo obligatorio híbrido, vale decir, no exclusivamente de notificación obligatoria ni absolutamente voluntario, que permite que aquellas operaciones que no superen los umbrales (y por ende no tengan el deber de notificarse) puedan someterse voluntariamente a evaluación del Fiscal Nacional Económico.

2.3.2. Configura un sistema estructurado sobre la base de tres filtros sucesivos

En lo inmediato, aclaremos que no todo proyecto de concentración empresarial deberá ser notificado a la FNE. El sistema funcionará sobre la base de tres filtros que intervendrán sucesivamente. El primer filtro consiste en que determinado hecho, acto o convención califique como una operación de concentración. Para ello la ley define qué se entiende por “operación de concentración” y enumera cuatro tipologías: fusión, adquisición de influencia decisiva en la administración de otra entidad, *joint ventures* y adquisición del control de activos. Sólo aquellas operaciones que puedan encasillarse dentro de una de las cuatro tipologías son, en principio, aptas para ser notificadas y posteriormente evaluadas por la autoridad.

El segundo filtro consiste en que, tratándose de una operación de concentración en los términos que señala el legislador (alguna de las cuatro tipologías), ésta iguale o sobrepase los umbrales de notificación. Estos umbrales los fija la ley en base a los volúmenes de ventas nacionales de los agentes económicos involucrados en la operación, y se delega en el Fiscal Nacional Económico el deber de establecer, mediante resolución *ad hoc*, los montos específicos a que alcancen dichas ventas. De suerte que sólo aquellas operaciones que igualen o sobrepasen estos límites, tendrán la obligación de notificarse a la Fiscalía.

El tercer y último filtro es el análisis de fondo que hará el Fiscal como resultado de todo el proceso de investigación. Lo que determinará una decisión denegatoria del Fiscal es lo que se denomina *test sustantivo* de evaluación, que para nuestro derecho consistirá en que la operación de concentración (por sí sola, o aun sujeta a las medidas de mitigación propuestas por las partes) resulta “apta para reducir sustancialmente la competencia”. La aptitud para reducir sustancialmente la competencia será lo que, en definitiva, determine si la operación de concentración notificada se pueda perfeccionar o no, o bajo qué condiciones.

2.3.3. Es un procedimiento bifásico

La forma de efectuar el análisis de una operación notificada será a través de un procedimiento investigativo que constará de dos fases, ambas seguidas ante la Fiscalía Nacional Económica. La primera etapa (“Fase I”) tiene el carácter de necesaria, en cambio, la segunda etapa (“Fase II”) es de carácter eventual. Esto significa que toda operación de concentración notificable deberá pasar siempre por el control de la Fase I; y sólo en caso que el Fiscal estime que la operación, de llegar a perfeccionarse en forma pura y simple, o sujeta a las medidas ofrecidas hasta ese momento por los notificantes, podría reducir sustancialmente la competencia, se hará necesario un examen más profundo, ordenando ampliar el plazo de la investigación. Esta decisión dará inicio a la Fase II.

Al finalizar la segunda etapa, la operación podrá resultar aprobada pura y simplemente, aprobada so condición del cumplimiento de las nuevas medidas ofrecidas por las partes, o derechamente prohibida. Sólo en caso de resultar prohibida la fusión, los notificantes podrán solicitar la revisión judicial de la decisión denegatoria al TDLC.

La finalidad de esta estructura doble es que la agencia analice siempre la concentración bajo un esquema deductivo, desde sus elementos más generales hacia los más particulares: “De este modo, el organismo competente obtiene primero una ‘panorámica’ de la fusión (primera etapa), luego de lo cual puede enfocarse única y exclusivamente en aquellos detalles que, a su juicio, mayores probabilidades tienen de generar efectos anticompetitivos (segunda etapa)”¹⁴³. Lo que se busca es que las operaciones inocuas sean rápidamente aprobadas en la Fase I, es decir, bajo un examen *fast-track*, y la agencia en Fase II se enfoque sólo en aquellas operaciones que, al menos preliminarmente, son más complejas en sus efectos y anticipan riesgos importantes para la competencia que requieren ser evaluados en profundidad.

Procedimientos de dos fases son lo habitual en regímenes de control de fusiones (indistintamente sean obligatorios o voluntarios)¹⁴⁴. Fue, asimismo, lo que recomendó la OCDE para el caso de Chile¹⁴⁵ y lo que la doctrina nacional venía proponiendo como opción razonable de diseño institucional¹⁴⁶. Esta configuración del procedimiento, en dos fases, permite un uso racional

¹⁴³ CAVIEDES (2014), p. 360.

¹⁴⁴ El esquema bifásico puede encontrarse, por ejemplo, en Estados Unidos, Unión Europea, Canadá, España, China, Francia, Portugal, Eslovenia, Alemania, Suecia, Grecia, Italia, Japón, Corea del Sur, Australia o Reino Unido.

¹⁴⁵ OCDE (2014a), p. 102.

¹⁴⁶ NEHME y MORDOJ (2012), pp. 127-130; GONZÁLEZ y HUNEEUS (2015), p.6; CAVIEDES (2012), p. 133; COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE A.G. (2012), pp.13-14; COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2012), pp. 25-26.

y dirigido de los limitados recursos humanos, técnicos y financieros de la agencia, y al mismo tiempo, evita imponer mayores costos a aquellos agentes económicos que, teniendo que notificar su operación, ésta no revestía riesgos para la competencia (o existiéndolos podían ser mitigados con simples medidas), por lo que obtienen de manera expedita una resolución aprobatoria.

2.3.4. Es una investigación que conducirá el Fiscal Nacional Económico

La intervención del Fiscal Nacional Económico en este procedimiento es una manifestación especial de su potestad investigativa. En efecto, la ley concibe a este proceso de evaluación como una “investigación” (art. 50), respecto de la cual el Fiscal llevará un “expediente” (art. 55), fijando normas relativas a su instrucción, desarrollo y cierre. La diferencia con el resto de las investigaciones llevadas adelante por el Fiscal es que en el procedimiento del Título IV interviene no en un rol persecutor, sino preventivo-regulatorio. En el procedimiento del Título IV el Fiscal Nacional Económico está investido de la mayoría de las facultades que confiere el artículo 39 para el ejercicio de su función esencial, que es ser garante de la libre competencia. Así, el Fiscal estará facultado para actuar como parte en procedimientos llevados ante el TDLC u otros tribunales (art. 39, letra b); formular requerimientos de información a particulares (art. 39, letra h) o a funcionarios de servicios públicos (art. 39, letras f) y g); citar a declarar a quienes tengan conocimiento de los hechos materia del procedimiento (art. 39, letra j); y dictar de instrucciones para el correcto despliegue de sus funciones (art. 39 letra s). Por el contrario, no serán procedentes en el procedimiento del Título IV, ya que son incompatibles con los fines de éste o porque se ha dado una regla especial para el ejercicio de determinada atribución, las normas sobre suscripción de acuerdos extrajudiciales (art. 39, letra ñ), el ejercicio de las facultades intrusivas destinadas para la investigación de actos de colusión (art. 39, letra n) y la posibilidad de decretar reserva total del expediente o de iniciar una investigación sin dar noticia al afectado (art. 39, letra a).

Que se regule la evaluación de concentraciones separadamente de las normas generales de investigación de ilícitos anticompetitivos obedece a las diferencias radicales entre un procedimiento y otro. El control preventivo de fusiones es una investigación sobre los potenciales efectos a la competencia de un hecho que aún no se materializa, y ello no puede constituir un ilícito en los términos del artículo 3º. El resultado de la evaluación nada dirá sobre la comisión de un injusto infraccional, por el contrario, es inocuo en términos de significar un reproche a la conducta competitiva o anticompetitiva de los notificantes, precisamente porque los efectos en el mercado no se han ni podrán producir cuando la operación notificada ni siquiera se ha materializado.

En breve, el procedimiento de fusiones siempre habrá de ser preventivo (antes de que se materialice la operación), suspensivo (impide que se perfeccione sin contar con una resolución aprobatoria) y prospectivo (mira hacia el futuro, el comportamiento probable de los agentes económicos y los probables efectos en el mercado relevante). En cambio, la generalidad de las investigaciones que lleve adelante la Fiscalía serán siempre represivas (buscan acreditar la comisión una conducta, o cuyos efectos se están produciendo o tienden a un determinado efecto contrario a la competencia), son no suspensivas (la conducta y sus efectos se podrán seguir verificando en el mercado relevante)¹⁴⁷ y siempre serán retrospectivas (miran al pasado, al comportamiento efectivo de los intervenientes en la infracción).

2.3.5. Es un procedimiento administrativo

La LBPA define procedimiento administrativo, en su artículo 18, como “una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal”. El Título IV regula, en efecto, un procedimiento seguido ante un órgano de la Administración del Estado como es la Fiscalía Nacional Económica¹⁴⁸, representada en la persona de su jefe de servicio, el Fiscal Nacional Económico¹⁴⁹, quien actúa en ejercicio de potestades públicas atribuidas por ley¹⁵⁰. El acto terminal será, típicamente, aquella resolución que se pronuncia sobre el potencial anticompetitivo de la operación notificada (sin perjuicio de que el procedimiento podrá terminar anticipadamente sin un pronunciamiento de fondo¹⁵¹).

¹⁴⁷ Sin perjuicio de que en el juicio contencioso el TDLC, de oficio o petición de parte, pueda decretar medidas cautelares “necesarias para impedir los efectos negativos de las conductas sometidas a su conocimiento y para resguardar el interés común” (art. 25 inc.1º, DL 211).

¹⁴⁸ La Fiscalía Nacional Económica es “un servicio público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de todo organismo o servicio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción” (art. 33 inc. 1º, DL 211). Los servicios públicos, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 28 de la LOCBGAE, forman parte de la Administración del Estado y están encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua (BERMÚDEZ, 2014, p.304). Su carácter descentralizado, en conformidad al artículo 29 de la LOCBGAE, refiere a que, en lugar de actuar bajo la personalidad jurídica común del Estado y con los bienes y recursos del Fisco como los servicios centralizados, “actuará con la personalidad jurídica y el patrimonio propio que la ley le atribuya. En ambos casos [centralizado y descentralizado] se relacionarán con el Presidente de la República a través de los respectivos ministerios, relación que será de dependencia en el caso de los servicios públicos descentralizados y de supervigilancia en los servicios descentralizados” (BERMÚDEZ, 2014, p.308). Por su parte, la cuestión de la naturaleza administrativa de la Fiscalía Nacional Económica es más que reconocida por la doctrina nacional, véase VALDÉS (2006), p.701; AGÜERO y TORO (2010), p. 12; y CORDERO QUINZACARA (2017), p. 183.

¹⁴⁹ La FNE “[e]stará a cargo de un funcionario denominado Fiscal Nacional Económico” (art. 33 inc. 2º, DL 211) a quien “le corresponderá ejercer tanto la jefatura superior como la representación judicial y extrajudicial del servicio” (art. 33 inc. 5º, DL 211).

¹⁵⁰ Las atribuciones del Fiscal Nacional Económico están consagradas y enumeradas, esencialmente, en el artículo 39 del DL 211, no obstante las demás potestades que otros cuerpos legales le confieran (art. 39, letra t), DL 211).

¹⁵¹ Sobre las formas de término típico y atípico del procedimiento del Título IV del DL 211, véase *infra* sección 2.22.

Conforme al artículo 1º de la LBPA, “en caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter de supletoria”. A este respecto, la investigación de una operación de concentración, en lo no previsto por el Título IV del DL 211, se sujetará a las disposiciones subsidiarias de la LBPA. Esta afirmación no es antojadiza, pues ya en su oportunidad el TDLC había llegado a idéntica conclusión:

“la Fiscalía Nacional Económica es un órgano del Estado, y más específicamente un servicio público que ejerce un cometido público en el ámbito de la libre competencia. Para ello, dispone de todas las facultades que señala el artículo 39 del Decreto Ley Nº 211, las que se encuentran sujetas y deben ejercerse, a falta de un procedimiento de investigación expresamente establecido por dicho texto legal, a la Ley de Procedimiento Administrativo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3º de la Ley Nº 19.880”¹⁵².

En 2012, la COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA reconoció la plausibilidad de considerar la eficacia subsidiaria a la LBPA frente a los silencios del legislador en esta materia, proponiendo el establecimiento de una regla expresa en el DL 211:

“[e]n consideración a que las investigaciones que realiza la FNE no se rigen por un sistema o método que contenga etapas ni plazos definidos, que permitan el conocimiento, contenido y fundamentos de las decisiones que se adopten en ellas, se sugiere que se establezca expresamente que, a falta de un procedimiento especial, las investigaciones que efectúe la FNE deberán regirse, supletoriamente por la Ley Nº 19.880, cuerpo legal que estableció las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado”¹⁵³.

Sin necesidad de establecer un regla expresa, lo dispuesto en el antes citado artículo 1º de la LBPA es suficiente para darle aplicación en aquellos aspectos sustantivos y procedimentales de las investigaciones de la FNE y que no han sido especialmente previstos por el DL 211, en el entendido de que dicha aplicación será siempre *supletoria y no derogatoria*. Es decir, si existe una regulación especial dada por el legislador, primará ésta en todo caso, y a su vez, cuando hubiere un vacío normativo en el DL 211 en materia de investigaciones de la Fiscalía, las normas de la LBPA llenarán tal vacío¹⁵⁴. En palabras de MORAGA:

¹⁵² Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución intermedia de 13 de abril de 2006, cons. 8º, Rol C-77-2005, citada en AGÜERO y TORO (2010), p.34.

¹⁵³ COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2012), p. 29. Una regla explícita de supletoriedad, como la propuesta por esta comisión, se encuentra en el derecho antimonopoliario español. La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia en su artículo 45 preceptúa: “Los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por lo dispuesto en esta ley y su normativa de desarrollo y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

¹⁵⁴ La aplicación supletoria y no derogatoria de la LBPA es una interpretación más o menos asentada en la doctrina nacional, como sostienen MORAGA (2013), BERMÚDEZ (2014) y CORDERO VEGA (2015), aun cuando existen autores con opiniones divergentes como VERGARA BLANCO (2006) y JARA SCHNETTLER (2015).

“[e]n la ley [de bases de procedimiento administrativo] subyace la idea de dar preferencia a la aplicación de normas jurídicas especiales que regulen sobre procedimientos administrativos particulares, de forma que la LBPA solamente se aplique donde no existe ese procedimiento administrativo, o bien, donde el procedimiento administrativo especial adolezca de vacíos que puedan y deban ser integrados por la LBPA, para crear así un sistema procedural completo, coherente y, en lo posible, sin contradicciones”¹⁵⁵⁻¹⁵⁶.

La pretensión de la LBPA no es restar eficacia a los cuerpos normativos con regulaciones específicas, sino por el contrario, desempeñar una función de integración de los mismos, complementándolos:

“La jurisprudencia ha afirmado que la LBPA no ha tenido por intención derogar los procedimientos especiales ni sobreponerse a las regulaciones propias de estos últimos, allí donde existen, sino que a suplir sus carencias o deficiencias. Se trata de poder utilizar los principios y normativa de la LBPA en asuntos tan disímiles como, por ejemplo, la determinación de la naturaleza y forma de cómputo de los plazos, los silencios administrativos con regulaciones adjetivas diversas a las de los arts. 64 y 65 de la LBPA”¹⁵⁷.

Pues bien, con la entrada en vigor del nuevo Título IV del DL 211 nuestra conclusión acerca de la supletoriedad de la LBPA respecto de las investigaciones instruidas por la Fiscalía Nacional Económica no viene sino a ser reafirmada. Ello toda vez que, recogiendo la distinción de CORDERO VEGA, es posible identificar tres niveles o grados de supletoriedad de la LBPA en los procedimientos administrativos especiales¹⁵⁸. La *supletoriedad de primer grado* se dará cuando la ley derechamente no regule un procedimiento específico para un acto administrativo ni menos el régimen jurídico aplicable. La *supletoriedad de segundo grado* tendrá lugar cuando el legislador regule parcialmente un procedimiento administrativo o bien esa regulación abarque parte del régimen jurídico del acto, caso en que la LBPA se aplicará en una función de integración, en la medida que falte la regulación de un aspecto básico en la tramitación o en la dictación del acto. Y habrá un *tercer grado de supletoriedad*, que es el que nos interesa y que a juicio del autor es el más importante, que se dará cuando se hubiese regulado completa y agotadoramente el procedimiento y el régimen jurídico del acto administrativo, es decir, desde el inicio de su elaboración hasta su extinción y revisión. Justamente en esta última hipótesis se halla el Título IV del DL 211 por cuanto contiene una regulación detallada y exhaustiva de un procedimiento administrativo especial, con normas sobre su iniciativa, instrucción y término. La LBPA puede intervenir en las materias no

¹⁵⁵ MORAGA (2013), p. 8.

¹⁵⁶ El mismo autor agrega que el hecho de que la LBPA sea una ley de bases “no está solamente afirmando la idea constitucional de que las leyes tienen un campo delimitado donde campear – en el establecimiento de los cimientos o bases de un ordenamiento jurídico -, sino que, al mismo tiempo, está facilitando que para los futuros nuevos procedimientos administrativos, el legislador no tenga que entrar a regularlos de modo completo y exhaustivo” (MORAGA, 2013, p.7).

¹⁵⁷ MORAGA (2013), p. 9.

¹⁵⁸ CORDERO VEGA (2015), pp. 355-357. También recoge esta distinción BERMÚDEZ (2014), pp.178-179.

previstas por el legislador pese a que aparentemente se vea como un entramado normativo íntegro.

Como explica CORDERO VEGA, tratándose de la supletoriedad de tercer grado,

“el conjunto del sistema normativo de la Ley N° 19.880 podrá y deberá seguir siendo utilizado a título de derecho supletorio, como fuente última de normas de ejecución reglamentaria, criterios interpretativos y principios generales aptos para resolver casos concretos, porque las instituciones centrales y las regulaciones matrices del régimen jurídico común de los actos administrativos en el Derecho chileno se encuentran precisamente en este cuerpo normativo”¹⁵⁹.

El desplazamiento de las normas especiales en desmedro de la LBPA, aun cuando es efectivo en la supletoriedad de tercer grado, no es absoluto. El procedimiento de control de fusiones contiene reglas especiales sobre la iniciativa del procedimiento (art. 50 DL 211), publicidad y secreto del expediente (arts. 51, 53, 55 DL 211), el estatuto jurídico de los actos de término (art. 54 y 57 DL 211); cómputo y suspensión de los plazos (art. 60 DL 211) y la consagración de un medio de impugnación jurisdiccional específico en contra de ciertas resoluciones (art. 57 y 31 bis DL 211); todas estas reglas primarán por sobre la LBPA. No obstante, la LBPA tendrá de todas formas aplicación, por ejemplo, tratándose de la impugnabilidad administrativa de las resoluciones del Fiscal Nacional Económico, materia en que el legislador del DL 211 guarda completo silencio. Esto es de suma relevancia, ya que, por ejemplo, la LBPA distingue entre resoluciones de mero trámite y de término, donde las primeras son por regla general inimpugnables en sede administrativa, en cambio, las segundas son siempre recurribles por la vía de reposición, jerárquico, etc.

A mayor abundamiento, CORDERO VEGA destaca que la LBPA utilice una técnica que regule no sólo por medio de reglas sino también a través de principios que informan en general a los procedimientos administrativos (arts. 4° a 16 LBPA):

“En efecto, la distinción conocida entre regla y principio es una fórmula que permitiría reforzar esta tercera forma de supletoriedad. De este modo este tercer grado de supletoriedad supone una aplicación permanente de la Ley de Procedimiento, ya no necesariamente en su condición de regla, la que cumplirá muy bien cuando se debe resolver la ausencia normativa del procedimiento o del régimen jurídico del acto, sino desde la condición de mandato de optimización frente a la regla específica”¹⁶⁰.

Algo similar apunta VALDIVIA, en el sentido de que los principios de la LBPA, o lo que él llama sus “categorías dogmáticas”, proveen estándares de buena administración, sin perjuicio de que las reglas legales específicas de procedimiento prevalezcan a las reglas de base de la LBPA:

¹⁵⁹ CORDERO VEGA (2015), p. 356.

¹⁶⁰ CORDERO VEGA (2015), p. 357.

“La LBPA no tiene fuerza derogatoria respecto de los procedimientos previstos en otras leyes. [...] Por consiguiente, esas leyes procedimentales especiales se aplican de modo preferente, aunque sean incompatibles con la LBPA. Con todo, la índole principalista de la LBPA dificulta su desplazamiento por normas especiales [...]. En otros términos, las categorías dogmáticas de la LBPA se superponen a los procedimientos especiales, permitiendo entender sus particularidades y en el extremo colmar sus vacíos. De este modo, aunque sólo tenga valor supletorio (y no derogatorio), la LBPA se erige en un modelo procedural del que es difícil que el legislador se aparte”¹⁶¹.

De suerte que el procedimiento de evaluación de concentraciones, más allá de todas sus peculiaridades, debe concebirse como uno de naturaleza administrativa, respecto del cual la LBPA provee un marco normativo de base y supletorio para la relación institucional entre la Fiscalía Nacional Económica y los particulares sujetos a su autoridad, en los aspectos no regulados por el DL 211 para la generalidad de las investigaciones, o para aquellas investigaciones especialmente sometidas a su Título IV. Asimismo, la LBPA es un cuerpo legal que nos entrega una valiosa herramienta hermenéutica a fin de enfrentar ciertos vacíos legales, por ejemplo, respecto del estatuto del silencio administrativo positivo o la impugnabilidad de las resoluciones del Fiscal Nacional Económico.

2.4. Principios que rigen el procedimiento de evaluación de concentraciones

Del entramado normativo que constituye el Título IV del DL 211 se desprenden ciertos principios fundamentales que informan y estructuran el conjunto de actuaciones, derechos y obligaciones de sus intervinientes, a saber: (1) iniciativa de parte; (2) impulso de oficio; (3) celeridad y conclusividad; (4) intervención colaborativa de las partes; y (5) gratuidad. Estos principios tienen claras manifestaciones en el procedimiento conforme veremos. Varios de ellos son, por supuesto, concordantes con los que rigen a la generalidad los procedimientos administrativos (arts. 4º a 16 LBPA), con diferencias que se explican por la regulación especial de ciertas materias del Título IV del DL 211, así como por los caracteres y fines de la investigación desarrollada por la Fiscalía Nacional Económica.

Existen otros consagrados en la LBPA, a los que nos remitimos: el principio de escrituración (art. 5º LBPA), economía procedural (art. 9º LBPA), contradicitoriedad (art. 10 LBPA), imparcialidad (art. 11 LBPA), abstención¹⁶² (art. 12 LBPA), no formalización (art. 13 LBPA), inexcusabilidad (art. 14 LBPA), impugnabilidad (art. 15 LBPA) y transparencia (art. 16 LBPA).

¹⁶¹ VALDIVIA (2018), pp. 251-252.

¹⁶² En relación al principio de abstención, la FNE ya había dictado el “Instructivo Interno para la Aplicación del Principio de Abstención”, de 22 de abril de 2010, y que rige para todas las investigaciones que lleve adelante la Fiscalía.

2.4.1. Iniciativa exclusiva de parte

La LBPA establece que, en general, los procedimientos administrativos “podrán iniciarse de oficio o a solicitud de persona interesada” (art. 28 LBPA), pero, atendido el carácter supletorio y no derogatorio de este cuerpo normativo, prevalecerán las reglas especiales del Título IV del DL 211 en lo que a iniciativa del procedimiento se refiere, materia que ha sido explícitamente regulada por el legislador. La actuación que da inicio al procedimiento de control de fusiones, y que constituye *condictio sine qua non* para instruir una investigación es la notificación de los agentes económicos involucrados, dirigida al Fiscal Nacional Económico. La especialidad del Título IV del DL 211 estriba en que reconoce como únicos legitimados para iniciar el procedimiento, a los agentes económicos que toman parte en la operación. Ellos tienen la iniciativa exclusiva y excluyente para notificar su propio proyecto de concentración (art. 48, inc. 4º)¹⁶³.

La FNE carece de iniciativa tratándose del procedimiento del Título IV del DL 211. La ley autoriza la investigación *ex officio* de aquellas operaciones de concentración que no superen los umbrales y por ende no estaban en la obligación de notificarse (art. 48, inc. 9º), sin embargo, esta norma no hace excepción al principio rogatorio, ya que la investigación de operaciones no notificables se someterá a las reglas generales de toda investigación (art. 39, letra a), y no a las reglas especiales del Título IV. La FNE tampoco podrá investigar bajo las normas del Título IV una operación de concentración que haya estado en la obligación de notificarse y que se haya perfeccionado sin autorización previa; en tal caso, la Fiscalía deberá investigar el hecho bajo las normas generales (art. 39, letra a), con miras a acreditar el incumplimiento del deber legal de notificarse (nuevo art. 3º bis, letra a).

Otra manifestación del principio rogatorio o de iniciativa de parte se encuentra en que, de prohibirse expresamente la operación de concentración por resolución del Fiscal Nacional Económico, los notificantes tienen legitimación exclusiva para solicitar la revisión especial de la operación ante el TDLC, en su calidad de afectados por la resolución (art. 57 inc. final, en relación con art. 31 bis). La revisión especial es una medio de impugnación que está disposición de las partes siempre y cuando la decisión de la entidad revisora sea la de prohibir la operación (si la decisión es aprobar la operación, no procederá la revisión).

¹⁶³ La iniciativa del particular no es extraña, por el contrario, se vuelve la regla general en los procedimientos administrativos: al decir de un autor, “[e]xiste todo un sector, y vastísimo, de la actividad de la Administración que está articulado técnicamente por el ordenamiento a través del principio de rogación, de suerte tal que la petición del particular interesado es la condición misma para que la Administración ponga en movimiento y ejerza sus potestades públicas, petición sin la cual no podría aquélla actuar. En otros términos, la petición o solicitud o requerimiento del particular interesado es en tales casos el acto inicial, primero y necesario para dar así comienzo y poderse realizar luego todos los actos de instrucción posteriores que den curso progresivo al procedimiento hasta la dictación del acto terminal” (SOTO KLOSS, 2009, p. 256).

Finalmente, merece la pena resaltar que, tal como las partes de la operación tendrán la facultad de notificar su propio plan de concentración, ellas disponen, correlativamente, de la facultad de desistirse del mismo, poniendo término al procedimiento (art. 58).

2.4.2. Impulso de oficio

Sin perjuicio de que la iniciativa del procedimiento resida en los notificantes, el legislador ha establecido una serie de reglas que miran a que la instrucción y el impulso de la investigación esté radicado *en la autoridad*, a fin de no depender de la actuación de las partes para avanzar en la investigación. El Fiscal es quien tiene el mandato legal de recibir las notificaciones de operaciones de concentración (art. 39 letra o) y, por ende, de proceder a la instrucción del procedimiento respectivo. La agencia cuenta con facultades suficientes para desarrollar el examen de una operación que le ha sido notificada, sin tener que requerir de peticiones explícitas de las partes para ir dando curso progresivo a la tramitación.

En primer lugar, se establece que, recibida la notificación de una operación de concentración, la Fiscalía Nacional Económica “tomará conocimiento de ésta y procederá a evaluarla” (art. 50, inc. 1º). Correspondrá al Fiscal pronunciarse acerca de si la notificación cumple con los requisitos para estimarla como “completa”, de lo contrario, si las partes no subsanan en tiempo y forma los errores detectados, la notificación se tendrá por no presentada.

Asimismo, se reconoce al Fiscal la generalidad de las facultades investigativas del artículo 39, pudiendo efectuar, si lo estima pertinente, requerimientos de información a las partes o expedir citaciones a declarar, bajo pena de multa en caso de retardo injustificado (art. 39, letras h) y j). De suerte que el órgano no dependerá exclusivamente de la información aportada originalmente por las partes en el acto de notificación, pudiendo siempre requerir nuevos antecedentes cada vez que lo estime necesario para el desarrollo de la investigación.

De igual forma, la renuencia de las partes a colaborar con la mitigación de los riesgos detectados en su operación, en el sentido de no ofrecer medidas que se hagan cargo satisfactoriamente de ellos, conducirá a la decisión del Fiscal de decretar derechamente la prohibición de perfeccionamiento de la fusión.

En otro aspecto, si durante el transcurso de la investigación las partes deciden una modificación significativa de las condiciones de la operación, deberán informarla al Fiscal, quien dictará una resolución a partir de la cual los plazos del procedimiento comenzarán a contabilizarse como si se tratase de una nueva notificación (art. 48 inc. 6º). El efecto de reinicio del procedimiento

se justifica en la necesidad de evaluar la operación (que ha sido objeto de una modificación sustantiva) en un plazo mayor, que permita examinar las nuevas condiciones informadas por las partes y sus efectos para la libre competencia; al mismo tiempo, desincentiva a los notificantes a reportar tardíamente a la autoridad cambios relevantes a su operación.

El Reglamento también confiere al Fiscal la facultad de requerir a quienes se acogieron al mecanismo de “notificación simplificada” (que permite a ciertas operaciones aportar menos antecedentes) efectúen una nueva notificación, esta vez en conformidad a las reglas de la notificación ordinaria, si considera que no se cumplieron los supuestos de procedencia de la notificación simplificada o, aun habiéndose cumplido, resulte necesario “para una investigación adecuada de los posibles riesgos para la competencia derivados de la operación de concentración” (art. 9 del Reglamento). El Reglamento señala además que cuando las partes soliciten la confidencialidad de ciertos antecedentes que acompañen a la notificación, o que presenten durante la investigación, deberán adjuntar versiones públicas, pero agrega que aquellas que no se ajusten a las causales de confidencialidad admisibles, la Fiscalía podrá requerir nuevas versiones públicas o en su defecto, preparar las que le parezcan más apropiadas y se ajusten a las causales establecidas en la ley (art. 10 del Reglamento). Es decir, la autoridad no deberá esperar a que las partes presenten segundas versiones públicas, sino que podrá por sí misma, confeccionar sus propias versiones para el público y que considere adecuadas.

2.4.3. Celeridad y conclusividad

Estrechamente relacionados con el impulso de oficio, se encuentran los principios de **(a)** celeridad y de **(b)** conclusividad, que hemos preferido tratar conjuntamente toda vez que ambos miran la dimensión temporal del proceso de evaluación, aunque lo hacen desde dos momentos distintos: la celeridad mira a las actuaciones que tienen lugar durante el desarrollo del procedimiento, mientras que la conclusividad atiende a su terminación.

(a) Celeridad

El principio de celeridad exige “que las autoridades administrativas impriman al procedimiento la máxima dinámica posible”¹⁶⁴. En este sentido, en el Título IV del DL 211 se establece que, cuando se está frente a una notificación completa (que cumple todos los requisitos legales y reglamentarios), el Fiscal ordenará el inicio de la investigación y comunicará al notificante

¹⁶⁴ CORDERO VEGA (2015), p. 362. En línea similar, MORAGA describe el alcance de este principio como sigue: “[L]a celeridad impone a la Administración ‘dar dinámica o agilidad a sus actos’ y a los mandos administrativos les grava con el deber de ‘cumplir con sus obligaciones administrativas de forma oportuna’” (MORAGA, 2013, p. 13).

la resolución que instruye la investigación, pero, si no hubiere efectuado dicha comunicación la investigación se entenderá iniciada de pleno derecho (art. 50 inc. 3º). En consecuencia, los notificantes no tendrán que solicitar un pronunciamiento expreso del Fiscal, sino que verificado el plazo legal sin que se haya dictado o comunicado una resolución de instrucción de la investigación, se entenderá iniciada *ipso iure*.

En otro aspecto, para todas las solicitudes que durante el transcurso del procedimiento las partes formulen al Fiscal, bastará con presentaciones escritas de las cuales quede registro en el expediente. Dichas presentaciones estarán normalmente encaminadas al ejercicio de los derechos que la ley reconoce a todo notificante (art. 53), en especial, la proposición de medidas de mitigación.

En tanto principio relativo a la tramitación del procedimiento, la celeridad se relaciona directamente con los principios de escrituración, economía procedural y no formalización, a que se refieren los artículos 5º, 9º y 13 de la LPBA, respectivamente, y a los cuales nos remitimos.

(b) Conclusividad

El principio de conclusividad supone el deber del órgano de adoptar una resolución sobre el asunto que conoce, a fin de que “no existan procedimientos administrativos abiertos indefinidamente y que la tramitación concluya en algún momento”¹⁶⁵. En este orden de ideas, el artículo 8º de la LBPA dispone que “todo el procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad”. Aplicado al procedimiento investigativo del Título IV del DL 211, el legislador reguló expresamente las clases de resolución que puede adoptar el Fiscal Nacional Económico al término de la Fase I (art. 54) y de la Fase II (art. 57) y previó que, de no pronunciar el Fiscal una decisión expresa sobre la operación dentro del plazo legal de duración de cada fase, se entenderá tácitamente aprobada, sujeta al cumplimiento de las últimas medidas que los notificantes hubieren presentado.

Por cierto, la investigación no siempre terminará con una decisión sobre la operación (sea expresa o tácita), sino que podrá terminar anticipadamente cuando los notificantes se desistan de la notificación, o el Fiscal declare el abandono del procedimiento por falta de respuesta de los notificantes a los requerimientos de información o a citaciones a declarar (art. 58).

¹⁶⁵ BERMÚDEZ (2014), p. 184.

El principio conclusivo se evidencia en la forma del silencio administrativo positivo que resguarda el interés de notificantes frente a la inactividad de la FNE, a fin de que no se extienda indefinidamente el procedimiento sin una resolución de fondo sobre la operación. Al mismo tiempo, existen dispositivos que resguardan el interés del Fiscal frente a la inactividad de los propios notificantes, autorizándolo a decretar el abandono del procedimiento.

Finalmente, la conclusividad, en tanto principio que mira al momento de terminación del procedimiento, también dialoga con el de inexcusabilidad, en virtud del cual “la Administración estará obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla, cualquiera sea su forma de iniciación” (art. 14 LBPA).

2.4.4. Intervención colaborativa

El nuevo esquema de control de fusiones busca propiciar la intervención cooperativa de las partes de la operación, con la Fiscalía, para lo cual se contempla una serie de dispositivos institucionales que limitan el comportamiento puramente estratégico de los intervinientes y disciplinan su actuar, con miras a evaluar integralmente la operación cuando se detecten problemas para la competencia.

Lo que se busca es que los notificantes ayuden y cooperen con la agencia a identificar los riesgos anticompetitivos que se deriven de su propia operación, y ellos mismos propongan medidas idóneas para mitigarlos. No hay que olvidar que son los notificantes los que tienen mejor y más inmediato acceso a la información sobre las condiciones del mercado en que se desenvuelven (en comparación con la FNE) y uno de los primeros desafíos de todo régimen de evaluación de concentraciones es, precisamente, resolver o aminorar esa asimetría informatacional.

Entre los dispositivos que prevé el Título IV del DL 211, y que buscan realizar esta pretensión colaborativa, encontramos el efecto suspensivo de la notificación (art. 49). Dado que la evaluación tiene lugar antes de que se perfeccione la operación, los notificantes tienen la prohibición de materializarla sin antes contar con una resolución aprobatoria del Fiscal. El efecto suspensivo introduce un incentivo a que los intervinientes participen propositivamente, con miras a obtener prontamente un pronunciamiento que recoja tanto el interés del notificante de concretar la operación, como el interés de la autoridad de resguardar la libre competencia en los mercados.

El efecto suspensivo no impide que el notificante efectúe modificaciones al proyecto de concentración durante la investigación, siempre y cuando cumpla con el deber de informar inmediatamente tales cambios al Fiscal. En caso que la modificación del proyecto fuere

significativa los plazos del procedimiento comenzarán a contabilizarse como si se tratase de una nueva notificación (art. 48 inc. 6º). Esta es una norma que, si bien mira fundamentalmente el interés de la agencia (a fin de que pueda desarrollar su investigación en un tiempo más holgado), también resguarda el espíritu colaborativo ya que limita la actuación estratégica de notificantes que informen tardíamente cambios relevantes a su operación.

Los agentes económicos involucrados en la operación deberán acompañar a la notificación una serie de antecedentes, entre ellos, una declaración en la que indiquen que, de buena fe, pretenden llevar a cabo la operación (art. 48 inc. 5º). Esta exigencia está pensada como una forma de asegurar a la autoridad la seriedad del proyecto informado, al tiempo que evita la dilapidación de los recursos humanos y económicos que involucra poner en funcionamiento el sistema.

A los notificantes se les reconoce una serie de prerrogativas frente al Fiscal Nacional Económico (art. 53), tales como el derecho a ser oído, a proponer diligencias investigativas y, muy especialmente, a proponer medidas para mitigar los riesgos a la competencia derivados de la operación. Se establece expresamente que las medidas que ofrezca el notificante no constituirán en caso alguno un reconocimiento de la existencia de los riesgos que con ellas se pretende mitigar, lo que incentivará una colaboración más abierta de parte de los notificantes. De gran importancia para el éxito del proceso de evaluación es que sólo el notificante está autorizado a proponer medidas, quedando vedada esta posibilidad para el Fiscal y para terceros (arts. 54 y 57), sin perjuicio de que puedan pronunciarse sobre la idoneidad de las mismas. Al decir de la propia Fiscalía:

“El diseño legislativo del sistema de control de operaciones de concentración descansa en el deber de las partes de actuar de buena fe, con especial celeridad, de manera coordinada entre sí y colaborativa con la FNE. En efecto, sólo las partes se encuentran facultadas para proponer medidas de mitigación, y la FNE, por su parte, debe llegar, en breve tiempo, al convencimiento de si las mismas son adecuadas o no para impedir la aptitud de la operación para reducir sustancialmente la competencia”¹⁶⁶

De este modo, se disciplina notablemente el actuar tanto del notificante como del Fiscal: si el primero toma distancia del proceso y no propone medidas, el segundo se verá motivado a prohibir derechosamente la operación. Nada obstante que el notificante proponga medidas y, de ser estimadas como insuficientes por la autoridad, ésta le represente sus reparos a fin de que las medidas puedan ser mejoradas. La finalidad de esta regulación es que los intervenientes participen con miras a aprobar la operación sujeta a medidas previamente concordadas. Si el notificante no modifica su propuesta e insiste en la idoneidad de las medidas ofrecidas originalmente, el Fiscal no

¹⁶⁶ FNE (2017c), p. 6.

tendrá otra alternativa que prohibir la operación (subsistiendo para el notificante el derecho de impugnar la resolución denegatoria solicitando su revisión especial al TDLC).

Como contrapeso a las prerrogativas del notificante, al Fiscal se le reconocen atribuciones para evaluar globalmente la operación, y no depender únicamente de los antecedentes aportados por los agentes económicos (arts. 52 y 56). El Fiscal podrá, en general, ejercer las atribuciones investigativas del artículo 39, siempre que sean compatibles con las reglas y fines del procedimiento especial del Título IV del DL 211. Podrá, por ejemplo, efectuar requerimientos de información a los notificantes (art. 39, letra h) y citarlos a declarar o pedir que presten declaración por escrito (art. 39, letra j), so pena de multa. En cambio, no podrá decretar el secreto total de la investigación (ya que existen reglas especiales sobre secreto y publicidad del expediente de evaluación) ni tampoco podrá llegar a acuerdos extrajudiciales sobre la operación de que se trata.

El carácter colaborativo se expresa también en la posibilidad de suspender los plazos de duración de la Fase I o II (art. 60). Ello permite a los intervenientes flexibilizar los tiempos, a fin de que el resultado de la evaluación refleje una decisión deliberada y concordada, especialmente en lo que a medidas de mitigación se refiere. Los plazos de duración de la primera y de la segunda fase podrán suspenderse de común acuerdo entre el Fiscal y el notificante, o unilateralmente a petición de este último cada vez que ofrezca medidas¹⁶⁷.

2.4.5. Gratuidad

Hemos querido hacer mención a este principio ya que en ciertos sistemas comparados de control de fusiones se contemplan tasas de notificación como una exigencia adicional que deben satisfacer las partes al momento de informar a la autoridad su operación de concentración¹⁶⁸. En estos sistemas las partes acreditan el suficiente pago de una cantidad de dinero determinada, a beneficio fiscal o que ingresa directamente al patrimonio de la entidad revisora a modo de autofinanciamiento, como un mecanismo que, por un lado, da cuenta de la seriedad y suficiencia del proyecto de concentración sometido a evaluación (disminuyendo el riesgo de sobre-notificación), y por otro lado, provee de recursos adicionales para la operatividad del sistema.

¹⁶⁷ No hay que magnificar el alcance de la suspensión de unilateral de los plazos, ya que sobre el notificante pesa el efecto suspensivo que le impide perfeccionar su operación, por lo que el excesivo prolongamiento del procedimiento también afectará a sus intereses.

¹⁶⁸ En nuestro medio, sólo había sido sugerido por CAVIEDES (2012), pp. 152-153: “Junto con incorporar recursos al patrimonio de la FNE o del TDLC, la introducción de una medida de este tipo haría que los usuarios internalicen, a lo menos en parte, los costos de mantención del sistema de revisión, desincentivando por lo tanto conductas inoficiosas u oportunistas”.

A nivel de legislaciones extranjeras, tratándose de modelos de notificación obligatoria, la mayoría carece de exigencias relativas al abono previo de una tasa¹⁶⁹. De aquellos países que sí han implementado este requerimiento adicional, la principal razón es recuperar, en todo o parte, los costos del funcionamiento del sistema, y en alguna medida compensar estos costos en relación el total del presupuesto de la agencia¹⁷⁰. Respecto de las jurisdicciones que han implantado tasas de notificación, destacan los Estados Unidos donde se exige el pago de una tasa (“*filling fee*”) para aquellas operaciones que se notifiquen preventivamente ante la Federal Trade Commission¹⁷¹. También está el caso de España, en que las partes deberán enterar a la Comisión Nacional de Mercados y Competencia, conjuntamente con la presentación del formulario de notificación, una tasa por el análisis y estudio de la operación¹⁷². En el contexto latinoamericano, Ecuador también contempla el pago de una tasa por el mismo concepto¹⁷³. Alemania, por su parte, impone el pago de una tasa al concluir el procedimiento, que se calcula dependiendo de la significancia económica de la operación (“*economic significance*”) en términos de volumen de ventas de las partes y cuota de mercado, y de los costos en personal y material empleados por la agencia en la revisión. En el Reino Unido, paradigma en cuanto a modelos de notificación voluntaria, también se exige el pago de una tasa con la particularidad que se requiere sólo para aquellas fusiones que, ya iniciado el procedimiento, califiquen como relevantes (“*relevant merger situation*”) y que la agencia revisora considere son susceptibles de ser objeto de un análisis más profundo de segunda fase, aun cuando, en concreto, no se diere lugar a la Fase II¹⁷⁴.

En Chile, el principio general en la materia está consagrado en el artículo 6° de la LBPA, que establece que “en el procedimiento administrativo, las actuaciones que deban practicar los órganos de la Administración del Estado serán gratuitas para los interesados, salvo disposición legal en contrario”. Como apunta BERMÚDEZ, “la LBPA remite a lo que dispongan normas legales especiales respecto de la posibilidad de que exista una tasa por la tramitación de un determinado procedimiento administrativo”¹⁷⁵. Pues bien, remitiéndonos a las normas del Título IV del DL 211, no se impone a las partes el pago de tasa alguna para practicar la notificación, ni menos durante el

¹⁶⁹ ICN (2005), p. 2.

¹⁷⁰ ICN (2005), p.5.

¹⁷¹ U.S. Code, Capítulo 15, Sección 18a.

¹⁷² La tasa está prevista en el artículo 23 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia y en el artículo 60 del Real Decreto 261/2008 que aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia. La cuantía de la misma se encuentra definida en el anexo de la Ley 3/2013 de creación de la Comisión y puede ser modificada por las sucesivas leyes de presupuestos.

¹⁷³ La tasa por análisis y estudio de operaciones de concentración está regulada en el artículo 29 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, de 7 de mayo de 2012.

¹⁷⁴ La obligación de pago y cuantía de la tasa se hallan en la sección 121 de la *Enterprise Act 2002 (Merger Fees and Determination of Turnover), Order 2003*.

¹⁷⁵ BERMÚDEZ (2014), p. 182.

desarrollo del procedimiento de evaluación. Ello no excluye que existan costos relacionados con la necesidad de disminuir la asimetría informativa con la agencia, y que deben ser asumidos por los notificantes, a saber, el costo de reunir, sistematizar y producir toda la información y antecedentes que requiere el proceso de notificación. Asimismo, de aprobarse la operación sujeta a la observancia de ciertas medidas de mitigación, los costos de implementación y ejecución de tales remedios son siempre de cargo de los notificantes, especialmente cuando se determinaron medidas de desinversión de activos que, por ejemplo, podrán requerir la designación de un supervisor de cumplimiento o de desinversión cuyos servicios deberán pagar las partes¹⁷⁶.

En el evento que se pretendiera, de *lege ferenda*, implantar el pago de una tasa de notificación, lo más complejo será la forma de determinar la cuantía de la tasa. Existen varias modalidades en los sistemas comparados: el establecimiento de una tasa única (“*flat fee*”), una tasa en proporción a las horas que destina la agencia revisando la operación (“*fee for service*”), una tasa dependiendo de si la operación no es riesgosa y llega sólo a la Fase I, o si pasa a la Fase II por revestir preliminarmente riesgos para la competencia (“*fee based on complexity*”) y, finalmente, tasas proporcionales al monto de la operación (“*fee based on size of transaction*”) o al volumen de ventas de los agentes económicos que se concentran (“*fee based on size of revenues*”).

No son recomendables las tasas basadas en el tamaño de la operación, ya que pueden llevar a disputas en relación a la evaluación de la transacción, y además, en una operación de alcance internacional, surge la interrogante adicional de si considerar la transacción en su dimensión global, o sólo los montos que involucra en la jurisdicción local en que está siendo revisada¹⁷⁷.

Por su parte, una tasa única y fija puede imponer costos altos a operaciones de menor envergadura que sólo por el volumen de ventas de las partes estaban en obligación de notificarse, y, de forma mucho más evidente, puede ser un disuasivo a aquellas fusiones que pretendan notificarse voluntariamente.

Asimismo, tasas basadas en la complejidad de la operación tienen la desventaja de que las partes discrepan de la calificación de la fusión como compleja y la consiguiente necesidad de pagar la tasa, lo que podría dar lugar a controversias dentro el procedimiento que no tendrán relación con el análisis de fondo (potencial anticompetitivo de la operación). A ello se suma que en este tipo de tasas las partes no saben de antemano la procedencia del pago de la tasa y el monto que podrá alcanzar, lo que agrega incertidumbre al proceso de notificación. Dicha incertidumbre podría ser

¹⁷⁶ FNE (2017c), p. 22.

¹⁷⁷ ICN (2005), p.10.

contraproducente, en la medida que si el valor de la tasa definida posteriormente por la agencia llega a ser muy alto en relación a los costes inicialmente previstos por las partes, éstas pueden tomar la decisión de abandonar la operación ya avanzada su evaluación¹⁷⁸.

Las tasas fijadas en relación al tiempo empleado por la agencia para la revisión de la operación tienen la desventaja de perjudicar a aquellas industrias que no han sido examinadas antes por la agencia, lo que supone mayor tiempo de análisis, y por ende, una tasa más alta. Al igual que en la tasa por complejidad de la fusión, su monto no se puede determinar antes de la notificación, sino que sólo puede ser determinado finalizado el procedimiento. Esto agrega incertidumbre a las partes y el riesgo de posibles disputas en cuanto a su cálculo, en la medida que es la agencia la que en definitiva determina unilateralmente el número de horas y recursos que dedicó a examinar la operación¹⁷⁹.

A nuestro parecer, lo más apropiado, si se desea implantar, sería fijar una tasa en proporción al volumen de ventas en conjunto de los agentes económicos involucrados, durante el último año calendario anterior al de la notificación, estableciendo dos o tres tramos diferenciados. Una tasa en relación al tamaño de las partes – y no de la operación – sería también consistente con el criterio de los umbrales de notificación que se ha determinado en nuestro sistema (art. 48 DL 211); además, facilitaría su cálculo, toda vez que las partes, junto con determinar si deben o no notificar, podrán en seguida determinar el monto de la tasa a pagar. En tal sentido, tasas de este tipo son vistas como menos arbitrarias y llevan a menores controversias con la agencia¹⁸⁰. Junto con ello, bien podría establecerse una tasa inferior para aquellas operaciones que se acojan al mecanismo de notificación simplificada, o la posibilidad de exención del pago si se trata de una operación que se someta voluntariamente a evaluación, o incluso, la restitución de las cantidades enteradas si las partes desisten de la operación antes de finalizada la fase I. La experiencia de Estados Unidos y España sigue parámetros como los señalados a la hora de determinar la procedencia, la cuantía y excepciones al pago del gravamen en comento. Sin perjuicio de lo anterior, la principal desventaja de la exigencia de abono de una tasa como la que comentamos es que retrasa y complejiza el proceso de notificación, ya que el cálculo del monto a pagar la hará el propio notificador, correspondiéndole en seguida a la agencia determinar si la liquidación de la tasa hecha por las partes se ajustaba o no a los parámetros legales, si era procedente o no el pago, etc. En consecuencia, se agrega un elemento adicional al análisis preliminar acerca de la completitud del acto de notificación (esto es, si se cumplieron todos los requisitos legales y reglamentarios), análisis

¹⁷⁸ ICN (2005), p.9.

¹⁷⁹ ICN (2005), p.10.

¹⁸⁰ ICN (2005), p.10.

que ya requiere procesar un importante número de antecedentes y documentos, y que es anterior a tener siquiera una decisión del Fiscal que ordene el inicio de la investigación de fondo. Por todo ello es que resulta desaconsejable que se implante el pago de una tasa de notificación sin antes conocer primero, ya en pleno régimen, la carga de trabajo real que experimente la FNE tras la implementación del nuevo sistema de control de fusiones, y su incidencia en su presupuesto anual.

2.5. Ámbito de aplicación del procedimiento de evaluación de concentraciones

El Título IV del DL 211 comienza enunciando el ámbito de aplicación de sus disposiciones. El artículo 46 establece: “Se sujetarán a las normas establecidas en este Título las operaciones de concentración que le sean notificadas a la Fiscalía Nacional Económica, según lo prescrito en los artículos siguientes”. La citada regla delimita correctamente el alcance del Título IV. Se refiere a las operaciones de concentración que “sean notificadas”, expresión que engloba tanto a las operaciones que se notifiquen de forma obligatoria, como a las que se notifiquen voluntariamente. Es además coherente con la nueva redacción del numeral 2) del artículo 18 del DL 211, que señala que ya no podrán ventilarse en el procedimiento no contencioso ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia “las operaciones de concentración a que se refiere el Título IV”.

Para efectos de sistematización, se revisará en líneas generales cuál es el procedimiento aplicable a las concentraciones empresariales que produzcan efectos en Chile. Debemos, ante todo, distinguir si la operación se ubica por sobre o por debajo de los umbrales de notificación:

(a) Operaciones de concentración que igualen o sobrepasen los umbrales

Hay que diferenciarlas según si se han perfeccionado o no:

(a.1) Antes de perfeccionarse: siempre deberán notificarse al Fiscal Nacional Económico y se someterán a las normas del Título IV del DL 211. Este es el caso típico previsto por el legislador. Expresamente el inciso primero del artículo 48 dispone que deberán notificarse “en forma previa a su perfeccionamiento” las operaciones de concentración que produzcan efectos en Chile y que cumplan con los requisitos copulativos que allí se señalan.

(a.2) Despues de perfeccionadas: Debemos distinguir nuevamente según si la operación fue previamente aprobada o prohibida (por resolución del Fiscal Nacional Económico, o por sentencia firme del TDLC o la Corte Suprema):

(a.2.1) Si la operación fue *aprobada en forma pura y simple*: sólo podrá ser revisada posteriormente por el TDLC sobre la base de nuevos antecedentes, de conformidad al artículo 32.

En este caso, la Fiscalía Nacional Económica habrá de iniciar una investigación según las reglas generales del artículo 39 (no conforme al Título IV).

(a.2.2) Si la operación fue *aprobada sujetándose a ciertas medidas de mitigación* de sus riesgos, y el titular incumplió estas medidas: será constitutivo de infracción al nuevo artículo 3º bis, letra c), por lo que deberá investigarse según las reglas generales del artículo 39 y, a su término, incoar un proceso contencioso ante el TDLC, o alcanzar un acuerdo extrajudicial.

a.2.3) Si la operación fue *prohibida* por resolución del Fiscal Nacional Económico o por sentencia judicial firme, e igualmente las partes la perfeccionaron: constituirá una infracción al artículo 3º bis, letra d), debiendo interponerse ante el TDLC el respectivo requerimiento o suscribir un acuerdo extrajudicial con los intervenientes en la conducta.

(b) Operaciones de concentración que no igualen ni sobrepasen los umbrales

Hay que diferenciar según si se han perfeccionado o no:

(b.1) Si la operación de concentración no se ha perfeccionado, podrá ser notificada voluntariamente al Fiscal Nacional Económico, de conformidad al inciso octavo del artículo 48, y su control se sujetará enteramente al procedimiento del Título IV del DL 211, de la misma forma que una operación notificable obligatoriamente (por ejemplo, pesará sobre ellas el “efecto suspensivo” del artículo 49 que impide materializar la operación hasta que haya una resolución o sentencia que la autorice, entre otras cargas y prohibiciones).

(b.2) Si la operación de concentración ya se perfeccionó, hay que diferenciar dos supuestos:

(b.2.1) El Fiscal Nacional Económico podrá investigar aquella operación que, no sobrepasando los umbrales, tampoco haya sido notificada voluntariamente. Dicha facultad podrá ejercerla dentro del plazo de un año desde el perfeccionamiento de la operación (art. 48 inc. 9º), con miras a determinar si la materialización de la operación significará la comisión de un ilícito anticompetitivo en conformidad al artículo 3º del DL 211. En este caso la investigación se conducirá según las reglas generales del artículo 39, y no conforme el procedimiento del Título IV. Si el Fiscal concluyera que la operación es atentatoria de la competencia, podrá deducir requerimiento en procedimiento contencioso para que se apliquen las medidas y sanciones pertinentes, o celebrar un acuerdo extrajudicial.

(b.2.2) Transcurrido el plazo de un año desde que se perfeccionó la operación, sin que el Fiscal Nacional Económico haya instruido investigación alguna para desafiar la operación, no podrá

ser investigada por la agencia gubernamental (art. 48 inc. 9º). Esta forma de caducidad sólo afecta a la facultad de la Fiscalía para instruir una investigación, respecto de operaciones que no superen los umbrales de notificación vigentes al tiempo de su perfeccionamiento y que no hubieren sido notificadas bajo las reglas del Título IV, pudiendo en todo caso instruir una investigación por una conducta atentatoria del DL 211 distinta de la fusión, en que hubieren incurrido los agentes económicos que se integraron, o la entidad resultante, y siempre que, de acuerdo al artículo 20, no hubiere prescrito la acción para requerir al TDLC la imposición de sanciones y medidas en juicio contencioso por tal conducta.

2.6. Concepto y vías para una operación de concentración

El primer filtro que ordena el sistema de control de concentraciones es que determinado hecho, acto o convención califique como “operación de concentración” para efectos de ser susceptible de examen previo de la autoridad. Se revisarán las disposiciones del nuevo Título IV del DL 211, lo instruido por la Fiscalía Nacional Económica en su “Guía de Competencia” – que aborda específicamente esta materia-, y referencias a la experiencia comparada de sistemas de notificación obligatoria.

Un aspecto característico de nuestra regulación es la taxatividad en cuanto a las formas de una operación de concentración, es decir, el legislador identifica cuatro tipologías o formas típicas por medio de las cuales los agentes económicos concretan una consolidación empresarial, y sólo ellas motivarán la revisión en conformidad al Título IV. En razón de lo anterior, es importante delimitar el alcance de dos aspectos fundamentales: (1) el concepto legal de operación de concentración y, en seguida, (2) las vías reconocidas por el legislador a través de las cuales se lleva a cabo una concentración económica.

2.6.1. Concepto legal de «operación de concentración»

Reflejando las recomendaciones de la OCDE¹⁸¹, la reforma al DL 211 contempla la incorporación expresa de una disposición que señala cuándo se está frente a una concentración empresarial y cuáles son las clases de transacciones sobre las cuales la agencia de competencia estará habilitada para efectuar un análisis preventivo. Anteriormente el TDLC y la FNE habían

¹⁸¹ OCDE (2014a), p.71.

intentado suplir el silencio del legislador proveyendo de una definición, aunque sólo para efectos del control que efectuaban cada uno en sede judicial y administrativa¹⁸².

Hoy, el Título IV del DL 211 define “operación de concentración” en su artículo 47, que dispone lo siguiente: “Se entenderá por operación de concentración todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos que no formen parte de un mismo grupo empresarial y que sean previamente independientes entre sí, cesen en su independencia en cualquier ámbito de sus actividades mediante alguna de las siguientes vías [....]”.

Hay que destacar que esta es una norma cuya redacción fue mutando durante la tramitación de la Ley N°20.945. Podemos mencionar dos cambios notables: primero, el paso de una consagración legal abierta, a una con claras pretensiones de taxatividad; y segundo, la afirmación del legislador de dotar a la normativa de control de concentraciones de cierta autonomía en sus conceptos y categorías. El artículo 47 en el proyecto de ley definía operación de concentración como “[...] todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos previamente independientes entre sí dejen de serlo, en cualquier ámbito de sus actividades. Se considerarán, entre otros, como cese de la independencia entre dos o más agentes económicos, cuando, no formando parte de un mismo grupo empresarial en los términos del artículo 96 de la ley N° 18.045 [...]”¹⁸³ (subrayado agregado). La norma propuesta desarrollaba el efecto de pérdida de independencia a partir de un tenor meramente enunciativo (“Se considerarán, entre otros...”), de manera que era posible afirmar que las tipologías señaladas, si bien podían ser las formas más habituales, no excluía que otros hechos y transacciones pudieren caer dentro de la esfera de control de la autoridad¹⁸⁴. Este tenor, sin embargo, conferiría un espacio muy amplio para la discrecionalidad de la agencia, y a la vez mermaba la certeza jurídica y la necesaria predictibilidad de un sistema de notificación obligatoria, en que, recordemos, los agentes económicos no disponen de la decisión de informar su operación, al tiempo que su inactividad

¹⁸² El Auto Acordado 12/2009 del TDLC en su numeral 4) señalaba: “se entiende por operación de concentración todo hecho, acto o convención, simple o complejo, cualquiera sea su naturaleza jurídica, por medio del cual: (a) una entidad competitiva independiente se fusione o adquiera de manera duradera una influencia decisiva en la gestión de otra entidad competitiva independiente, que deja entonces de serlo; o (b) dos o más de dichas entidades participen conjuntamente en un emprendimiento o conformen una entidad común, reduciendo así de manera significativa y duradera la independencia competitiva de cualesquiera de ellas”. Por su parte, la “Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración” de la FNE expresaba lo siguiente: “En términos generales, las operaciones de concentración son actos o convenciones que tienen por objeto o efecto que dos o más entidades económicas independientes entre sí pasen a conformar una sola entidad, a tomar decisiones en forma conjunta o a integrar un mismo grupo empresarial” (FNE, 2012, p. 4).

¹⁸³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2016), pp.21-22.

¹⁸⁴ El Mensaje del proyecto de ley era bastante explícito en este sentido: “El cese de la independencia de los agentes económicos que participan en la operación es el elemento esencial de toda operación de concentración. Con el objeto de ilustrar adecuadamente, tanto a la comunidad empresarial como a las autoridades que aplicarán esta ley, se precisan, a modo de ejemplo, algunos casos que se han de considerarse como cese de la referida independencia” (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2016, p. 9).

puede dar lugar a la imposición de graves sanciones. Asimismo, la norma originalmente proyectada empleaba la técnica del reenvío a otros textos legales para completar la definición de operación de concentración (“en los términos del artículo 96 de la ley N° 18.045”), técnica que repetía luego en la enumeración de las tipologías de fusión, remitiéndose a la Ley de Sociedades Anónimas (“a) Se fusionen en los términos del artículo 99 de la ley N° 18.046”) y en la de adquisición de control remitiéndose a la Ley de Mercado de Valores (“b) Uno o más de ellos adquiera, directa o indirectamente, control sobre otro, en los términos de la ley N°18.045”). Esta redacción no era la más feliz, ya que dependía exclusivamente de la conceptualización que dichas normas hicieren, y podría entrar en pugna con las interpretaciones judicial, administrativa (por ejemplo, de la SVS) o doctrinaria ya existentes en torno a estas categorías específicas; ello restaba autonomía conceptual a la disciplina cada vez más consolidada del derecho de la libre competencia, y contradecía justamente el ánimo sistematizante y autosuficiente de la reforma (manifestado en un título del DL 211 específicamente dedicado al control de fusiones) y que, sin embargo, debía recurrir a categorías ya elaboradas para otras áreas y fines, con las limitaciones conceptuales que ellas mismas encerrasesen. Además, se producía la discordancia entre el hecho de que las fusiones y tomas de control fuesen definidas por medio de la remisión a otros textos legales, y no así las tipologías de *joint ventures* y adquisición de activos relevantes.

La redacción final del artículo 47 (“todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos que no formen parte de un mismo grupo empresarial y que sean previamente independientes entre sí, cesen en su independencia en cualquier ámbito de sus actividades mediante alguna de las siguientes vías”) hace suya la idea de que la pertenencia de los agentes económicos a un mismo grupo empresarial excluye el elemento esencial de pérdida de independencia, tomándola entonces como parte constitutiva de la definición de operación de concentración. Al mismo tiempo, se pasa de una redacción de *numerus apertus* a una de *numerus clausus*, en que las tipologías del artículo 47 no son algunas de varias formas que hagan posible un control preventivo, sino las únicas vías por las cuales se entenderá que la FNE estará habilitada para someter a evaluación una determinada transacción. Junto con ello, se eliminaron las remisiones a otros cuerpos legales. Así, el legislador consagra su intención de dotar de taxatividad y autonomía conceptual a la definición y vías de una operación de concentración, compensa adecuadamente la necesidad de conferir a la autoridad de una órbita de acción más o menos delimitada, y al mismo tiempo, permite el desarrollo de principios y reglas propios en el ámbito del derecho de la libre competencia y el control de fusiones para la interpretación y aplicación que la autoridad administrativa y judicial efectúen sobre estos conceptos.

Desglosando la norma en comento se desprenden sus elementos constitutivos.

Primero, se comprende a *todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos*. Este enunciado da cuenta de que no es relevante la forma jurídica con que las partes organicen la operación (si es que le dan alguna) o la denominación que éstas hagan de la operación, sino la finalidad económica a la que sirve. La FNE señala que la determinación de qué hecho, acto o convención califica como una operación de concentración “debe ser realizada caso a caso, debiendo adoptarse una aproximación funcional y teleológica”¹⁸⁵, descartando así un enfoque meramente formalista. Es indistinta entonces la estructura jurídica dada a la operación y quiénes comparecen en los instrumentos en que ella consta (el agente económico que se concentra puede comparecer directamente por sí, o indirectamente a través de mandatarios, de su filial o de otra entidad de la cual sea el controlador).

Una preocupación recurrente de las agencias comparadas son las llamadas *operaciones escalonadas*, un conjunto de transacciones sucesivas o relacionadas entre sí por las partes que intervienen o su objeto, y que consideradas separadamente pueden no calificar como una concentración pero apreciadas en su globalidad lo son¹⁸⁶. Esta posibilidad ha sido perspicazmente prevista por el artículo 47 del DL 211 al usar la frase “o conjunto de ellos”, impidiendo que las partes burlen el control previo al dividir o escalar la operación en varias transacciones¹⁸⁷. A estos efectos, la FNE ha señalado que es posible distinguir dos clases de operaciones escalonadas: las “transacciones interrelacionadas” y las “transacciones sucesivas”. Por un lado, las “transacciones interrelacionadas” son aquellas en que existe un vínculo de mutua condicionalidad y/o de accesoriiedad entre cada uno de los hechos, actos o convenciones a ejecutar, de manera tal que uno de estos no podría producirse sin los otros, sea a nivel de circunstancias de hecho, de derecho o de racionalidad económica¹⁸⁸. La interrelación está dada entonces por la mutua condicionalidad de las transacciones y la identidad del agente económico que en definitiva adquiere el control¹⁸⁹. Por otro

¹⁸⁵ FNE (2017a), p. 9.

¹⁸⁶ Cuestión especialmente sensible en países con umbrales de notificación según el valor de la operación, y en aquellos que establecen una tasa de notificación calculada sobre esa misma base.

¹⁸⁷ Norma similar se encuentra en el Reglamento del Consejo Europeo N° 139/2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas, Artículo 3, apartado 2: “El control resultará de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa” (subrayado agregado).

¹⁸⁸ FNE (2017a), p. 12.

¹⁸⁹ La mutua condicionalidad y la identidad de las empresas involucradas son los mismos criterios que emplea la Comisión Europea: “las transacciones que constituyen un todo según los objetivos económicos perseguidos por las partes deberán analizarse en un único procedimiento. En estas circunstancias, el cambio en la estructura del mercado lo producen estas transacciones conjuntamente. Por otra parte, si diversas transacciones no son interdependientes y las partes están dispuestas a realizar una de las transacciones aunque las otras no se produzcan, parece oportuno evaluar individualmente estas transacciones [...] No obstante, varias transacciones, aun estando relacionadas entre sí mediante condición, sólo pueden tratarse como una única concentración si, en última instancia, el control lo adquiere la misma empresa o empresas.

lado, la FNE se refiere a las “transacciones sucesivas”, en que dos o más transacciones entre los mismos agentes económicos, y que tienen lugar durante un periodo razonable de tiempo (que la Fiscalía fija en dos años), tienden hacia una única operación de concentración¹⁹⁰. Son actos que carecen de la mutua condicionalidad del primer grupo y, si se consideran por separado no otorgan control sobre otra entidad, pero analizadas conjuntamente en un horizonte temporal más amplio, se evidencia que tal control sí se ha adquirido. El ejemplo típico es de la adquisición progresiva de participación accionaria que le permite finalmente a un mismo agente tomar el control de la entidad objetivo¹⁹¹.

El segundo elemento de la definición legal de operación de concentración exige la intervención de *dos o más agentes económicos previamente independientes entre sí, que no formen parte del mismo grupo empresarial*. El artículo 47, en su inciso 2°, ha definido expresamente “agente económico” como sigue: “Para los efectos de lo dispuesto en este Título [IV del DL 211], se entenderá por agente económico toda entidad, o parte de ella, cualquiera que sea su forma de organización jurídica o aun cuando carezca de ella, que ofrezca o demande bienes o servicios. Se considerará asimismo como un agente económico el conjunto de activos tangibles o intangibles, o ambos, que permitan ofrecer o demandar bienes o servicios”. Esta norma es relevante porque señala el elemento crucial para atribuir a una entidad la calidad de agente económico, cual es, su capacidad para desarrollar una actividad económica -ofrecer o demandar bienes o servicios-, cualquiera sea su forma de organización jurídica, o aun cuando no la posea siquiera. El sentido de esta disposición es que la capacidad de ofrecer o demandar bienes o servicios indica su presencia en un mercado y la posibilidad de atribuirle un volumen de negocios.

La Fiscalía es clara al señalar el sentido amplio del concepto de agente económico, siendo indistinta “su propiedad (pública, privada, estatal u otro); nacionalidad (chilena o extranjera); estatus (regulada o no, constituida legalmente o no, entidad con o sin fines de lucro, entre otros); tamaño; si tiene o no utilidades o ingresos”¹⁹².

Sólo en estas circunstancias puede considerarse que dos o más transacciones son de carácter unitario y, por tanto, constituyen una única concentración” (COMISIÓN EUROPEA, 2008a, pp. 12-13).

¹⁹⁰ FNE (2017a), p. 13.

¹⁹¹ Este supuesto también se prevé en las directrices de la Comisión Europea: “se producirá una única concentración en los casos en que el control sobre una empresa se adquiera mediante una serie de transacciones de títulos mobiliarios de uno o varios vendedores que se produzca en un plazo de tiempo razonablemente corto. En estos supuestos, la concentración no se limita a la adquisición de la acción «única y decisiva» sino que abarcará todas las adquisiciones de títulos mobiliarios que se produzcan en el plazo de tiempo razonablemente corto” (COMISIÓN EUROPEA, 2008a, p. 14). La Fiscalía señala un plazo de dos años (léase, desde la primera transacción hasta la que confiere el control) como un horizonte temporal razonable.

¹⁹² FNE, p. 10.

En el caso de un conjunto de activos se hace palmario que la carencia de estructura corporativa es irrelevante para la calificación como agente económico para el legislador; lo determinante es que tales activos tengan por sí la capacidad de ofrecer o demandar bienes o servicios, sea de forma actual o futura, y se les pueda asignar un volumen de negocios. La alusión al conjunto de activos está pensada, precisamente, para la adquisición de activos como tipología de concentración (art. 47, letra d), así como para el cálculo de los umbrales de notificación en ese mismo supuesto, que exige contabilizar las ventas atribuibles a los activos que se transfieren (art. 48, inc. 2º, numeral iii). La definición de agente económico también señala que podrá ser una entidad o “parte de ella”, en la medida que esa parte de la empresa puede ser considerada por sí sola como una unidad económica con presencia en el mercado, en la venta de bienes o provisión de servicios, y al mismo tiempo, autosuficiente en sus decisiones y/u operaciones de la empresa a que pertenece; de lo contrario, resultaría indistinguible del conjunto de activos como agente económico.

Los agentes económicos que se concentran *no pueden pertenecer al mismo grupo empresarial*. Que se haya consagrado este elemento en la definición legal de concentración es un avance valioso en la claridad conceptual, y recoge la experiencia de las legislaciones comparadas que entienden que las operaciones intra-grupo no provocan un cambio en la naturaleza del control, ya que todas las entidades siguen reconociendo y estando subordinadas al mismo controlador común¹⁹³. Reestructuraciones en la propiedad y reorganizaciones internas de activos entre empresas del mismo grupo no modifican la naturaleza del control y no alteran los incentivos ni la manera en que se toman las decisiones de competencia o la forma en que los activos son empleados. Este tipo de operaciones no tienen trascendencia externa, sino que sus efectos se agotan dentro de la unidad económica preexistente que es el grupo empresarial¹⁹⁴. Ahora bien, a diferencia de la noción de agente económico, el DL 211 no ha provisto de una definición de “grupo empresarial”. Como señala PUGA VIAL, en términos generales, en un grupo empresarial se establece una relación de control por subordinación, en que el conjunto de empresas responde a una dirección unitaria y común imputable a una sola entidad, ejercida en forma directa o indirecta, siendo irrelevante el vínculo financiero¹⁹⁵. Esta noción, más laxa,

“es distinta a la de ‘grupo empresarial’, en los términos de la LMV, pero para efectos de libre competencia, tributación, créditos y unidad económica es lo que se entiende

¹⁹³ En el derecho comunitario europeo se niega el carácter de concentración a las reestructuraciones internas de un grupo de empresas (COMISIÓN EUROPEA, 2008a, p. 15). Situación análoga se produce en el derecho estadounidense en que está exenta de notificación la adquisición en la capital de otra entidad si el adquirente ya detenta más del 50% en la propiedad de la adquirida, es decir, sigue siendo su controlador (15 U.S. Code, sección §18a, sub-sección (c)(3)).

¹⁹⁴ GÓRRIZ LÓPEZ (2014), p. 347.

¹⁹⁵ PUGA VIAL (2011), p. 649. En el mismo sentido, ALCALDE (2008), p. 158.

vulgarmente por grupo económico, el que está siempre representado esencialmente por un conjunto de sociedades con unidad de dirección” (subrayado agregado)¹⁹⁶.

Con todo, la Fiscalía Nacional Económica se vale a modo referencial de las definiciones de grupo empresarial de la LMV, adaptándose en lo que fuere aplicable a entidades distintas de una sociedad¹⁹⁷. Es sólo una referencia porque el concepto de influencia decisiva o control en libre competencia atiende a la posibilidad de determinar el desempeño competitivo de la entidad formada o adquirida, o la manera en que sus activos son empleados en el proceso competitivo¹⁹⁸.

En tercer lugar, y como elemento determinante, se exige que la operación *tenga por efecto el cese en su independencia en cualquier ámbito de sus actividades*. La esencia de la concentración empresarial es la pérdida de independencia de dos o más agentes económicos (por medio de una fusión de ellos o la adquisición por uno de control en la administración o en la propiedad sobre activos relevantes de otro, o por la asociación de dos agentes independientes para crear una nueva entidad). Las operaciones de concentración se conciben, entonces, como un fenómeno estructural, que involucra una modificación de la estructura del mercado en cuanto al número de participantes del mismo.

La operación no sólo debe tener la aptitud de producir un cese de independencia, sino también dicho efecto debe perdurar o ser estable en el tiempo una vez consumada la transacción. La exigencia de *perdurabilidad* del cambio en la estructura de control de una empresa se explica porque “sólo este tipo de mutaciones supone una amenaza para la estructura concurrencial del mercado [en que interviene ésta]”¹⁹⁹, por el contrario, si el cambio en el control es transitorio y no es perceptible en el comportamiento de la entidad resultante u objetivo en el mercado, no es relevante para el control de concentraciones²⁰⁰. Cabe precisar que el horizonte temporal en que se verificará el cese de independencia y se percibirán los cambios dependerá en todo caso de las características de la operación, el mercado o los ciclos de la actividad económica:

“mercados relacionados con la tecnología tenderán a considerar períodos más cortos como ‘durables’, debido al rápido desarrollo y evolución del mismo, en tanto que otros mercados,

¹⁹⁶ PUGA VIAL (2011), p. 649.

¹⁹⁷ Cabe señalar que la noción legal de “grupo empresarial” no es autosuficiente, sino que se alimenta además de otros conceptos, como el de “controlador”, “acuerdo de actuación conjunta” e “influencia decisiva en la administración”, también definidas en la LMV.

¹⁹⁸ FNE (2017a), n. 6, p. 11: “Esta Fiscalía entiende que la utilización de la LMV es sólo para efectos determinar quienes forman parte del mismo grupo empresarial y las ventas de estos, mas no se extiende a las vías por las que cesa la independencia reguladas en las letras del artículo 47”.

¹⁹⁹ GÓRRIZ LÓPEZ (2014), p. 351.

²⁰⁰ No debe confundirse la perdurabilidad del cese de independencia, con la duración del plan de concentración notificado, es decir, el tiempo de implementación que pronostican las partes desde que esté aprobada la operación hasta su total consumación, el que puede ser inmediato una vez obtenida la autorización, o dilatado en el tiempo, según sea la complejidad de la transacción.

como la industria farmacéutica o de industrias pesadas o de infraestructura, tenderán a contemplar períodos más extensos”²⁰¹.

Para la FNE la alegación de transitoriedad de una operación para quedar exenta de control sólo será admisible en dos casos: (i) si hay otra operación notificable que sí es duradera, o (ii) si la operación está sujeta la ocurrencia de una condición (hecho futuro e incierto), que no depende de la voluntad de las partes (la Fiscalía lo llama “evento independiente”), y que mientras no se verifique tal condición las partes están impedidas de notificar su operación (por ejemplo, está pendiente de confirmar el financiamiento para la adquisición). Son dos supuestos distintos en cuanto a sus consecuencias para el control de fusiones. En el primer supuesto, hay dos operaciones, una se considera transitoria, y la otra duradera, por lo que las partes podrían perfeccionar la primera operación, bajo la premisa de que hay otra transacción que es duradera, y que sí deberá notificarse. En el segundo supuesto, hay una sola operación en discusión, que está en estado de pendencia por un evento independiente a las partes; ello no implica que las partes puedan perfeccionarla, sino sólo que, durante el tiempo que media a la espera de que el evento independiente tenga lugar, la operación proyectada no merece ser notificada. Una vez producido el evento, las partes deberán notificar la operación. Por lo anterior, la FNE advierte que el periodo intermedio entre que tiene lugar la operación transitoria (no notificable) y se negocia la operación duradera (notificable), o el periodo en que no se verifique la condición, no debería extenderse indefinidamente, pues la primera transacción en el primer supuesto, o la transacción pendiente en el segundo supuesto, puede ser considerada *por sí sola* como duradera y apta para producir el cese de independencia, por lo que debió notificarse²⁰².

Para determinar el cese de independencia durable debe ser esperable un cambio en la manera en que las partes desarrollarán las actividades en uno o más mercados. La pérdida de independencia, como señala el artículo 47, puede ser en cualquier ámbito de las actividades de los agentes económicos involucrados en la operación. La expresión “ámbito de sus actividades” debe entenderse en relación con la definición legal de agente económico, que sólo atiende a actividades económicas que se traduzcan en la oferta y demanda de bienes o servicios; en otros términos, actividades a partir de las cuales es posible atribuirle al agente económico la calidad de competidor, actual o potencial. Por esta misma razón, el ámbito de actividades del agente económico que pierde

²⁰¹ FNE (2017a), n. 9, p. 14.

²⁰² Toda la cuestión en torno a la perdurabilidad (o de la transitoriedad como eventual defensa de las partes) será relevante en caso de que las partes decidan consultar previamente la pertinencia de ingreso (o “pre-notificación”), donde la FNE podrá representarles la necesidad de notificar la transacción. Pero, sobre todo, creemos que este tema cobrará relevancia cuando se pretenda perseguir la responsabilidad infraccional de quienes no notificaron su operación – por estimarla transitoria - y la perfeccionaron, estando en el deber de notificarla por ser una operación duradera.

su independencia puede corresponder con, pero no necesariamente se agota en, el giro ordinario de sus negocios.

¿Cómo se contiene este alcance aparentemente omnicomprensivo de la calificación de una operación como “concentración”? Pues bien: el cese de independencia debe producirse *mediante alguna de las cuatro vías* que enumera en seguida el artículo 47. En otras palabras, la modificación en la estructura del mercado debe producirse por la desaparición de un agente económico presente en ese mercado - sea porque deja de existir (fusión) o porque pierde su autonomía al pasar su comportamiento a estar determinado por un tercero que decide por él (adquisición de influencia decisiva en la administración) o que pasa a ser titular de activos relevantes en su proceso competitivo (adquisición del control de activos) - o bien, por la aparición de un nuevo actor en el mercado debido a que dos agentes económicos independientes se asocian en la creación de una entidad funcionalmente separada de ellos (*joint venture*). Fuera de los cuatro supuestos señalados en el artículo 47, otros actos que no suponen una pérdida de independencia y un cambio en la estructura del mercado, pero que tienen efectos anticompetitivos en los mercados, como acuerdos entre competidores (art. 3º a) o el interlocking de directores (art. 3º a letra e nueva) quedan fuera del control preventivo de concentraciones. Esto no significa que quedan exentos de control, por supuesto, pero la eventual intervención será de carácter represivo y con fines sancionatorios.

Como explicamos en su momento, es clara la aspiración del legislador de consagrar taxativamente cuatro tipologías concentrativas, pasando de un *numerus apertus* en el proyecto de ley, a una norma de *numerus clausus* en la redacción definitiva. Esto nos parece importante porque hay formas que pueden afectar la autonomía de una entidad, como un contrato de distribución o hipótesis de sub-contratación que, en principio, quedarán excluidas. Ahora bien, es posible que, por las características de la operación, éstas califiquen igualmente como una adquisición de activos (art. 47, letra d) si la distribución o la externalización de servicios implica la transferencia de activos relevantes y personal de la empresa principal a la contratista. Como se ha dicho, la aproximación es siempre teleológica y funcional, debiendo atenderse a los efectos y la finalidad económica de la operación para determinar si produce una pérdida de independencia en el desempeño competitivo de otro agente, en este caso, del titular de los activos transferidos.

2.6.2. Vías para una operación de concentración

2.6.2.1. Fusión

De acuerdo al artículo 47, letra a), la primera vía para que dos agentes económicos independientes se concentren es “[f]usionándose, cualquiera que sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión”.

En la fusión, dos o más empresas anteriormente independientes se unen en una nueva entidad, y dejan de existir como entidades diferenciables en sus actividades. El concepto de fusión empleado en el control de concentraciones es más amplio que en el derecho mercantil, recogido legalmente en el artículo 99 de la LSA (por lo demás, sólo aplicable a las sociedades anónimas). Indudablemente es una referencia útil ya que identifica los elementos de las dos formas típicas de fusión, a saber, por creación y por incorporación; pero para el derecho de la competencia existen otras transacciones que producen el mismo efecto en la estructura del mercado que una fusión legalmente perfeccionada, como la combinación estable de las actividades económicas y patrimonios de dos agentes, o el establecimiento de una administración común entre ellos que, aun careciendo de forma jurídica, *de facto* crea una sola unidad económica²⁰³.

Lo determinante para calificar una operación como una fusión será la combinación de las actividades de empresas independientes en una entidad económica nueva y una gestión económica única y permanente. No hay que perder de vista entonces el elemento de la *desaparición* de dos agentes económicos y la *correlativa aparición* de un nuevo agente económico que los sustituye. Ello permite distinguir la fusión, de la operación de asociación o *joint venture* (art. 47, letra c). En la fusión, si había dos agentes, pasa a haber uno, sea por la disolución de dos entidades que aportan su patrimonio a una nueva que se forma al efecto (fusión por creación), por la disolución de una entidad que es absorbida por otra ya existente (fusión por absorción) o, por la desaparición *de facto* que implica la combinación de las actividades económicas y patrimonios de dos agentes, o el establecimiento de una administración común duradera entre ellos. En la operación de asociación, en cambio, hay dos agentes que se unen para formar un tercer agente que opera por separado de ellos, pero los constituyentes siguen existiendo como dos entidades distinguibles del tercero en sus patrimonios y actividades, así como en los mercados en que cada uno interviene.

2.6.2.2. Adquisición de influencia decisiva en la administración de otro agente económico

Conforme al artículo 47, letra b), la segunda vía para que dos agentes económicos independientes se concentren es “[a]dquiriendo, uno o más de ellos, directa o indirectamente, derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, influir decisivamente en la

²⁰³ FNE (2017a), p. 16.

administración de otro”. En esta tipología un agente económico (adquirente) obtiene la posibilidad de determinar el desenvolvimiento competitivo de otro agente (adquirida u objetivo). Cabe hacer esta precisión: la influencia sobre el otro agente ha de ser decisiva, es decir, poder decidir su comportamiento en el mercado. Es suficiente la posibilidad de controlar otro agente, aun cuando efectivamente no se haya ejercido ese control. Debe tratarse, asimismo, de la adquisición de derechos “que le permitan”, como dice la norma citada, al agente adquirente influir decisivamente en la administración de la entidad objetivo.

Lo adquirido son “derechos”, expresión que no se limita a acciones o partes alícuotas representativas del capital de la adquirida (la hipótesis más recurrente), sino que debe entenderse en un sentido más lato, esto es, tener la posibilidad de legítimamente adoptar o vetar una decisión respecto de cómo la entidad objetivo actúa en el mercado. Esta posibilidad “puede derivarse a partir de un reconocimiento legal (por ejemplo, acciones o contratos) o de circunstancias de hecho o económicas”²⁰⁴. Tampoco debe distraer que se hable de adquirir influencia en la “administración”, que, entendemos, refiere no sólo a los órganos formalmente constituidos de una sociedad para desempeñar tal función, sino (especialmente pensando que el agente económico puede no tener estructura corporativa alguna) a toda aquella instancia en que se toman las decisiones que inciden en el desenvolvimiento de la entidad, cualquiera sea su denominación (v. gr. consejo, directorio, asamblea, etc.).

Esta tipología se consagra siguiendo un criterio exclusivamente *cualitativo o económico*, donde la posibilidad de que el adquirente ejerza influencia decisiva en el comportamiento de la entidad adquirida es lo determinante para calificar la operación como una concentración. Esta es la aproximación que la mayoría de los sistemas comparados emplean (usando expresiones análogas como adquisición de “control”, “influencia significativa”, “influencia material” o “influencia competitivamente significativa”). Algunos países, sin embargo, prefieren un criterio *cuantitativo o numérico*, exigiendo que la adquisición supere cierto porcentaje de participación en el capital de la entidad objetivo²⁰⁵. Aun cuando son más objetivos y fáciles de monitorear, la crítica a criterios cuantitativos es que se prestan para comportamientos fraudulentos que burlen el control por la vía de adquirir bajo el porcentaje exigido²⁰⁶. Que el legislador haya optado por un criterio cualitativo es importante y debe ser preservado, porque permite que adquisiciones minoritarias puedan ser

²⁰⁴ FNE (2017a), p. 18.

²⁰⁵ Destacamos el caso de Japón, que califica objetivamente como operación notificable toda adquisición sobre el 50%; a su turno, adquisiciones sobre el 10% y sobre el 20% pueden ser consideradas notificables si concurren indicadores adicionales que sugieran cierta influencia previa en la entidad objetivo, como en caso del 20%, que el adquirente ya sea el accionista mayoritario, o en el caso del 10%, que esté entre los tres más grandes accionistas con derecho a voto. Otros ejemplos de jurisdicciones comparadas en OCDE (2013a).

²⁰⁶ OCDE (2013a), p. 15.

consideradas operaciones de concentración. Como explica la Fiscalía, una participación minoritaria “puede ser considerada como una adquisición de derechos que permiten influir decisivamente, cuando, por ejemplo, aquella participación confiere derecho a voto respecto de decisiones estratégicas, o existe un acuerdo con otros accionistas que le permitan bloquear decisiones estratégicas”²⁰⁷.

La FNE equipara la noción de “influencia decisiva” a la de “control”, y es razonable visto que el legislador usa alternativamente esta última expresión para referirse a su tipología hermana de adquisición del “control sobre activos”, en el artículo 47, letra d). Así las cosas, podemos referirnos a esta vía de concentración indistintamente como adquisición de influencia decisiva, adquisición de control o, más coloquialmente, toma de control.

De igual forma, el concepto de influencia decisiva o control no se corresponde *stricto sensu* con el del derecho comercial (tal como vimos a propósito de otras expresiones que tienen tratamiento especial en la ley mercantil, como “ fusión” o “grupo empresarial”). Se emplea una noción más flexible, donde lo determinante a estos efectos es si, tras la adquisición, la entidad objetivo responderá a una nueva dirección. Vale la pena citar lo que, con meridiana claridad, señala la “Guía de Competencia”:

“En el derecho de sociedades el concepto de control tiene como idea central otorgar transparencia a las relaciones comerciales por medio de la identificación e individualización del grupo con el que se está haciendo negocios, así como también la protección de los accionistas minoritarios. Por su parte, en el derecho de la competencia, el concepto de influencia decisiva o control, busca determinar aquellas situaciones en las cuales una entidad puede influenciar el desempeño competitivo de otra, y con ello eventualmente reducir sustancialmente la competencia en los mercados”²⁰⁸.

La manera en que se expresa el control es variada, aunque habitualmente se traduce en la capacidad del adquirente de decidir la composición de los órganos directivos y de administración de la adquirida, derechos de voto o derecho a bloquear decisiones estratégicas (planes de negocios, de financiamiento y/o de inversión relevantes).

La “Guía de Competencia”, en línea con el derecho comunitario europeo²⁰⁹, ha desarrollado sistemáticamente los medios y formas de control que pueden ser subsumibles en esta tipología,

²⁰⁷ FNE (2017a), pp. 18-19.

²⁰⁸ FNE (2017a), n.12, p. 17.

²⁰⁹ COMISIÓN EUROPEA (2008a), pp. 16-21.

pudiendo tratarse del control directo o indirecto, individual o conjunto, positivo o negativo, o *de iure* o *de facto*²¹⁰.

La adquisición de control puede darse también por cambios en la calidad o estructura del control detentado previamente; así, son subsumibles en esta tipología las mutaciones en el control de individual a conjunto, y de conjunto a individual, o el aumento del número de controladores (por ejemplo, al modificar el acuerdo de actuación conjunta que los regía). Hay casos que no merecen notificación, aun cambiando la forma del control, pues no se alteran los incentivos que ya tenía de antes el controlador, por ejemplo, si se produce un cambio de control *exclusivo negativo a positivo*, donde el accionista que toma el control positivo, no tenía que cooperar con accionistas específicos cuando gozaba del control negativo. Igualmente, cuando una operación supone la reducción del número de accionistas que ejercen el control conjunto, sin que dicho control pase a ser exclusivo, no merece ser notificada. Por último, los aumentos de la participación accionaria sin cambios en la identidad del titular (siguen siendo los mismos accionistas) ni en los poderes de decisión o veto que detentan en la sociedad, se entiende que no ha mutado la naturaleza del control, por lo que tampoco merecen ser notificados. Así lo ha entendido la Fiscalía²¹¹, reproduciendo los lineamientos que provee la Comisión Europea²¹².

2.6.2.3. *Joint venture* o empresa en participación

Conforme al artículo 47, letra c), la tercera vía para que dos agentes económicos independientes se concentren es “[a]sociándose bajo cualquier modalidad para conformar un agente económico independiente, distinto de ellos, que desempeñe sus funciones de forma permanente”.

La calificación de esta clase de operaciones como de “concentración” puede resultar extraña si lo que se produce es la aparición de un nuevo agente al mercado, es decir, aumenta el número de actores en un mercado en lugar de reducirse. La razón de su consagración es que ese nuevo agente se constituye por la asociación de dos empresas preexistentes e independientes (= no son del mismo grupo empresarial), y los efectos que ello puede traer en el comportamiento y los incentivos de los constituyentes a competir vigorosamente si el *joint venture* y éstos operarán en el mismo mercado o estarán relacionadas verticalmente aguas arriba o aguas abajo. Los beneficios de los acuerdos de colaboración empresarial son equiparables a los de las fusiones, toda vez que permiten reducir los costos de producción por medio de la obtención de economías de escala y alcance, aumentar la capacidad de producción, llegar más rápido a los consumidores, compartir riesgos de inversión con

²¹⁰ FNE (2017a), pp. 19-21.

²¹¹ FNE (2017a), p. 21.

²¹² Véase COMISIÓN EUROPEA (2008a), pp. 21-23.

demandas inciertas, y permitir sinergias derivadas del aprovechamiento de activos complementarios²¹³. Pero también pueden acarrear riesgos para la competencia, cuando el acuerdo permite a los constituyentes subir los precios o reducir la oferta o la calidad, por la vía de involucrar intereses financieros en la producción del *joint venture*, destinar activos clave al proceso de éste, o bien, facilitar comportamientos coordinados derivados del intercambio de información sensible relativa al desempeño de los constituyentes²¹⁴. También se ha señalado que, cuando los constituyentes no son competidores, la empresa conjunta puede ser un obstáculo el ingreso de aquéllos al mercado donde ésta operará²¹⁵.

El control *ex ante* de acuerdos de colaboración empresarial adquirió relevancia cuando en 1997 el Consejo Europeo reformó su Reglamento de Concentraciones incluyendo expresamente a las *empresas en participación con plenas funciones* al régimen de notificación previa: bajo esta regulación se considerará como concentración la empresa formada por dos agentes económicos que realice con carácter permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma. Estos preceptos se han mantenido inalterados en el Reglamento de Concentraciones actualmente vigente²¹⁶, y han sido desarrollados *in extenso* en las directrices de la Comisión Europea²¹⁷. El tratamiento explícito de las empresas conjuntas como formas concentrativas ha sido replicado por otras legislaciones de libre competencia, como en España²¹⁸ o Brasil²¹⁹; en otros países, carentes de tal consagración expresa, han sido las guías de las agencias las que las han sometido a control atendiendo a un concepto amplio de fusión o adquisición²²⁰.

El artículo 47, letra c), del DL 211 antes citado, se inspira en la regulación europea. Así, se considerará como operación de concentración la asociación de dos o más agentes económicos que forme un agente económico nuevo permanente y autónomo en sus funciones. La noción de agente económico, tanto respecto de los constituyentes, como de la nueva entidad formada se apreciará según la definición legal del mismo artículo 47, esto es, que pueda ser capaz de desarrollar una actividad económica y atribuirsele un volumen de negocios.

²¹³ AGÜERO y ERRÁZURIZ (2007), p. 168.

²¹⁴ AGÜERO y ERRÁZURIZ (2007), p. 169.

²¹⁵ CABANELAS (2005), p. 13.

²¹⁶ Reglamento del Consejo Europeo N° 139/2004 sobre control de las concentraciones entre empresas, Artículo 3, apartado 4: “La creación de una empresa en participación que desempeñe de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma constituirá una concentración en el sentido de la letra b) del apartado 1”.

²¹⁷ COMISIÓN EUROPEA (2008a), pp. 23-27.

²¹⁸ Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, Artículo 7.1, letra a).

²¹⁹ Lei N° 12.529 *Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*, de 2011, Artículo 90 IV.

²²⁰ Véase US DEPARTMENT OF JUSTICE & FEDERAL TRADE COMMISSION (2000).

Centrándonos en la entidad resultante, ésta puede tener personalidad jurídica, organizándose como una sociedad (*joint venture societario*), o carecer de ella, obedeciendo a la sola voluntad de los constituyentes para la realización de una actividad, emprendimiento o negocio (*joint venture contractual*)²²¹; en todos estos casos, se forma una empresa en sentido económico²²². Como señala la FNE, “lo relevante es si el joint venture creado puede o no ser un agente económico independiente, de jure o de facto”²²³.

Sin perjuicio de lo anterior, el surgimiento de un agente económico no es suficiente para calificar la asociación como una operación de concentración, además se exige que la nueva entidad “desempeñe sus funciones en forma permanente” (art. 47, letra d). Este requisito es, por un lado, reflejo de que toda operación de concentración ha de producir un cambio en la estructura del mercado que sea duradero, y al mismo tiempo, que el joint venture “debe ser completamente autónomo desde el punto de vista funcional y operacional y contar con la posibilidad de desarrollar plenas funciones en el mercado”²²⁴. La llamada *plena funcionalidad* del joint venture está tomada de la normativa comunitaria europea, según vimos, y se expresa de dos formas: *a nivel jurídico*, en tanto está dotada de patrimonio propio (formado, por ejemplo, por el aporte de los constituyentes de activos preexistentes), y es capaz de obligarse y actuar de forma por sí solo en la vida del derecho; y *a nivel económico*, en tanto es capaz de desarrollar su actividad con recursos suficientes para operar en el mercado, separadamente de los constituyentes, con acceso regular a insumos, recursos humanos, técnicos y financieros²²⁵. Si la empresa conjunta cumplirá solo una función dentro del proceso productivo de sus constituyentes, sin tener presencia en el mercado, o en general desarrolla una actividad auxiliar del negocio principal de sus constituyentes (“una simple muleta de las matrices”²²⁶) no es una operación de concentración notificable. La FNE refiere al típico caso de los joint venture para investigación y desarrollo, o para la sola producción y manufactura en apoyo de sus controladoras²²⁷.

Cabe efectuar algunas precisiones. El desarrollo de funciones de forma permanente también lleva a concluir que un *joint venture* pensado para la ejecución de un proyecto específico, que tendrá una duración limitada en el tiempo, y a cuya concreción se entenderá terminada la empresa

²²¹ La distinción entre joint venture societario y contractual aparece recurrentemente en la doctrina, como puede verse en VELÁSQUEZ (1997), p. 23; FARINA (1999), p. 787 y ss.; LÓPEZ SANTA-MARÍA (2004), pp. 111-112; SANDOVAL (2016), pp. 706-708; entre otros.

²²² SANDOVAL (2016), p. 706.

²²³ FNE (2017a), p. 22.

²²⁴ FNE (2017a), p. 23.

²²⁵ FNE (2017a), p. 23.

²²⁶ GORRIZ LÓPEZ (2014), p. 355.

²²⁷ FNE (2017a), p. 24.

conjunta, o ésta no intervendrá en el funcionamiento del proyecto, no merece ser notificada. Lo mismo para el caso de asociaciones o consorcios temporales entre proveedores con el objeto de participar en una licitación²²⁸. La temporalidad del joint venture deberá ser apreciada en concreto, dependiendo de las actividades que le sean encomendadas: por ejemplo, si se trata de un joint venture para una licitación y ésta es adjudicada, se entiende que es una unión durable; si además tiene funcionalidad plena en el sentido arriba explicado, deberá ser notificada.

Asimismo, el artículo 47, en su letra d), señala que la asociación entre los constituyentes debe un conformar un agente económico “independiente” distinto de ellos. Ahora bien, la independencia de la empresa conjunta es *sólo a nivel operacional*, ya que a nivel decisional es controlada por los constituyentes:

“el desempeño de plenas funciones en el mercado no debe entenderse como autonomía en la toma de decisiones, pues en caso contrario no estaría controlada ni podría considerarse que hay una concentración [...] Significa que la unidad económica gestada ha de poder operar en un mercado y realizar todas las funciones que normalmente desempeñan los operaciones presentes en él”²²⁹.

Lo mismo ha señalado la FNE, siguiendo a la Comisión Europea²³⁰, explicando que la autonomía a nivel jurídico y económico “no necesariamente implica que el nuevo agente económico no pueda ser controlado en sus decisiones estratégicas por sus constituyentes. Lo relevante es que el joint venture, goce de autonomía en un sentido operacional”²³¹. El control decisional que ejercerán los constituyentes puede ser individual o conjunto, lo que para nuestra legislación es indistinto²³². Por supuesto, lo anterior no debe inducir a error en torno a la independencia de los mismos constituyentes entre sí, que *en lo que respecta al alcance de su asociación* se entiende que la han perdido.

Un joint venture puede estar relacionado en sus actividades con sus constituyentes. Esto también será un indicador de su autonomía operacional o la ausencia de ésta, toda vez que, aun cuando no integren su proceso productivo, pueden tener una relación de dependencia con sus constituyentes si éstos le proveen de insumos o le compran sus productos²³³. Esto puede ser habitual en las etapas iniciales del joint venture, y posteriormente alcanzar plena funcionalidad; en tal caso, la FNE prevé varios criterios útiles para determinar su independencia operacional. Así, considerará

²²⁸ FNE (2017a), p. 25.

²²⁹ GÓRIZ LÓPEZ (2014), pp. 355-356.

²³⁰ COMISIÓN EUROPEA (2008a), p. 23.

²³¹ FNE (2017a), p. 24.

²³² Notamos, en este aspecto, una diferencia con la regulación europea. De acuerdo a dicha normativa, sólo es considerada empresa en participación aquella que es controlada *conjuntamente* por sus matrices. Al respecto, véase COMISIÓN EUROPEA (2008a), p. 23.

²³³ FNE (2017a), p. 24.

en general un plazo de 3 años como un razonable “periodo de emancipación” de sus constituyentes; o, si se considera emancipada, que por lo menos el 50% de su volumen de negocios pueda ser atribuible a terceros distintos de los constituyentes²³⁴.

Finalmente, las operaciones no consistentes en la formación de una entidad autónoma y con plena funcionalidad en el mercado, o los acuerdos de colaboración empresarial para un negocio específico o de duración limitada, pueden igualmente ser investigados *ex post*, una vez consumados, bajo las reglas generales que prohíben los acuerdos colusorios, o en general a la luz de los pactos restrictivos de la competencia y figuras de abuso de posición dominante, si fueren aplicables.

2.6.2.4. Adquisición del control de activos de otro agente económico

De acuerdo al artículo 47, letra d), la última vía para que dos agentes económicos independientes se concentren es “[a]dquiriendo, uno o más de ellos, el control sobre los activos de otro a cualquier título”.

En esta tipología es posible que el adquirente tome control operacional del actual titular de activos relevantes determinando la manera en que éstos son empleados en su proceso competitivo, y en consecuencia, perdiendo su independencia a instancias del adquirente. Como señala la OCDE, esta tipología es incluso una forma más directa e inmediata que la adquisición de acciones en cuanto a traer cambios durables y estructurales en el mercado, ya que incide en la forma que los activos de otro agente serán empleados²³⁵.

De suerte que esta forma concentrativa permite influir decisivamente en el comportamiento de otro agente ya no por la vía de tomar por él decisiones estratégicas, a lo que atiende la tipología de letra b) del artículo 47, sino por la vía de apropiarse (o aprovechar exclusivamente, también) de activos que le pertenecen a otro agente económico que no forma parte de su grupo empresarial. No nos parece tanto una “especificación” de la tipología de adquisición de influencia decisiva en la administración de otro agente como señala la FNE²³⁶, sino una tipología dentro del *genus* “adquisición de control”, sólo que en lugar de control decisional es de carácter operacional. Es por eso que las legislaciones comparadas regulan como un mismo supuesto la adquisición de derechos (“acciones”, “voting securities”, etc.) y la adquisición de activos (“assets”)²³⁷. Lo que difiere en

²³⁴ FNE (2017a), p. 24.

²³⁵ OCDE (2013a), p. 26.

²³⁶ FNE (2017a), p. 26.

²³⁷ Así puede encontrarse en el Reglamento del Consejo Europeo N° 139/2004 sobre control de las concentraciones entre empresas (Artículo 3, apartado 2); en Estados Unidos (*US Code*, Título 15, Capítulo 1, Sección §18a (a)); en Sudáfrica (*Competition Act* N°89, Sección 12(1a)); en España (Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, Artículo 7.2); en México (Ley Federal de Competencia Económica, Artículo 61); en Canadá (*Competition Act*, Sección 91); o en Brasil

definitiva es, como señala la Comisión Europea²³⁸, el *objeto* del control: en la tipología de la letra b) se adquiere el control sobre la administración de otro agente, y en la tipología de la presente letra d) se adquiere el control sobre activos de otro agente. Asimismo, como lo que varía es el objeto del control, los medios o el tipo de control adquirido son indistintos, pudiendo ser de iure o de facto, o exclusivo o conjunto.

Respecto de qué clase de activos, esta tipología no distingue, por lo que comprende tanto activos tangibles como intangibles. A modo ejemplar la FNE menciona: “entre otros, plantas de producción, fábricas, oficinas, instalaciones de transporte, laboratorios o dependencias de investigación y desarrollo, trabajadores, reputación, datos o información, derechos de propiedad intelectual o industrial, plataformas de tecnología de la información, carteras de clientes, algoritmos, fórmulas”²³⁹.

Claramente la adquisición de *todos* los activos de otro agente económico produce un efecto en la estructura del mercado y en la competencia prácticamente idéntico a la fusión y a la adquisición de control en la administración. Más complejo es la adquisición de una *parte* del total de los activos de una empresa. No todo activo que pertenezca a la entidad objetivo justificará la notificación y las agencias se esmeran en clarificar que debe tratarse de activos que tengan relevancia económica y competitiva. Según señala la FNE, la *relevancia económica* de los activos se expresa en su capacidad para desarrollar una actividad económica durable en el mercado (afecta su estructura), y su *relevancia competitiva*, en la posibilidad de que el adquirente desarrolle o refuerce su desenvolvimiento en el proceso competitivo (cambia las dinámicas de competencia en el mercado)²⁴⁰. Esto permite entender que el interés de analizar preventivamente estas operaciones recae en *activos críticos o clave* tanto en el proceso productivo de su titular como en el mercado específico donde se emplean (o emplearán).

Surge la pregunta respecto de activos que, a la época de la adquisición, habían dejado de ser empleados por su actual titular, o si derechamente su titular dejó de realizar actividades en el mercado ¿son relevantes económica y competitivamente? La FNE ha dicho que no es decisivo para descartar su relevancia, pero mientras mayor sea el tiempo entre el desuso o el abandono, y la adquisición de los activos, es más probable que no se trate de una operación concentrativa

(Ley N°12.529 *Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*, Artículo 90 II – 1). Haciendo la distinción de efectúa nuestra legislación, destaca el caso de Alemania (*Act against Restraints of Competition*, Capítulo 7, §37(1)).

²³⁸ COMISIÓN EUROPEA (2008a), p. 9.

²³⁹ FNE (2017a), p. 27.

²⁴⁰ FNE (2017a), p. 27.

propriamente tal, sino una mera compra de activos²⁴¹; esto, porque no afecta la independencia del agente titular de los activos ni la estructura del mercado, al ser bienes que carecen de toda aplicación en el proceso competitivo.

Otro punto dudoso es si el hecho de que los activos no generen ingresos es determinante para estimarlos como irrelevantes. La Comisión Europea adopta un enfoque estricto en este sentido, de modo que los activos cedidos para ser considerados relevantes deben ser “una actividad con presencia en el mercado, a la que puede asignarse claramente un volumen de negocios de mercado”²⁴². Pero, la FNE adopta un enfoque más flexible, señalando a la sazón que:

“El hecho que los activos puedan generar ingresos, o que puedan atribuirse estos a aquellos, podrá ser indicativo de la relevancia de esos activos para la competencia y para ese mercado; sin embargo, no es un requisito esencial. Activos que no generen ingresos ni utilidades pueden también ser relevantes, particularmente si es que tales activos son altamente valorados por el adquirente”²⁴³

Hay que hacer presente que, aun cuando la FNE sea más laxa en cuanto a la calificación de los activos para estimarlos como relevantes, y por ende estar en presencia de una operación concentración; el cálculo de los umbrales, cuando se trata de una adquisición de activos exige necesariamente que a estos se les pueda asignar un volumen de ventas (art. 48, inc. 2º, numeral iii), de lo contrario, podrá ser, en efecto, una concentración, pero no será notificable. Asimismo, la cuestión de la valoración que el adquirente haga, expresado en el valor o monto de la operación, no es un criterio que emplee nuestro legislador para gatillar la notificación, y sólo se prevé en el Reglamento como un antecedente a indicar en la notificación (art. 2, N°4, letra g) y 7, N°4, letra e).

También se puede cuestionar si la expresión “adquisición” sólo se refiere a las transferencias de dominio sobre los activos, que es la situación evidente donde el adquirente puede disponer a su arbitrio de los activos. Sin embargo, como es posible anticipar, para efectos de la competencia, se adopta un concepto amplio de adquisición, toda vez que existen otras formas que producen el mismo efecto económico, como serían acuerdos contractuales que confieren el uso y goce exclusivo y durable de los activos²⁴⁴ (por ejemplo por la vía de un arrendamiento a largo plazo o indefinido). Esto ha sido abordado por la FNE:

“El control de activos puede ser adquirido por medios de facto o de jure, como, por ejemplo, derechos reales o personales que otorguen el dominio, la posesión o la mera

²⁴¹ FNE (2017a), p. 27.

²⁴² COMISIÓN EUROPEA (2008a), p. 9. Misma aproximación restrictiva tienen, por ejemplo, el Reino Unido y Japón, como se detalla en OCDE (2013a), pp. 26-27.

²⁴³ FNE (2017a), pp. 27-28.

²⁴⁴ OCDE (2013a), p. 28.

tenencia, el uso o goce, o cualquier otra clase de derechos que permitan influir decisivamente en la explotación de los activos”²⁴⁵.

La cuestión es especialmente sensible en los activos intangibles, ya que usualmente derechos de propiedad intelectual no son transferidos sino licenciados. Pues bien, se puede decir que el licenciamiento en la medida que sea exclusivo y a largo plazo calificará como una adquisición, mientras que licencias no exclusivas y temporales difícilmente pueden conferir control al licenciatario que permita calificarla como una adquisición²⁴⁶.

A modo de cierre, un supuesto no previsto en la “Guía de Competencia” se refiere a la externalización de actividades de un agente económico a otro. Éstas generalmente no involucran la transferencia de activos o empleados a los proveedores del servicio subcontratado, sino que lo habitual es que el mandante conserve todos los activos o empleados. En esos casos, no estamos frente a una operación de concentración. Aun cuando el contratista pueda operar los activos o empleados del cliente, no se produce una concentración si los activos y empleados se utilizan exclusivamente en servicio del cliente. Pero, si al proveedor del servicio subcontratado, además de absorber una determinada actividad que anteriormente se prestaba internamente, se le transfieren los activos y/o el personal correspondiente, cumplidos los requisitos de perdurabilidad del cambio en el mercado, y de relevancia económica y competitiva, será una operación de concentración ya que estos activos pasarán a ser controlados por el contratista²⁴⁷.

2.7. Umbrales de notificación

2.7.1. Necesidad de fijar umbrales en un sistema de notificación obligatoria

En la fijación de los umbrales de notificación aparecen casi todas las consideraciones de diseño institucional relevantes que gravitan en torno a un régimen de control de fusiones, por ello, es un tópico que demanda nuestra especial atención.

El establecimiento de umbrales no aparece como necesario en sistemas voluntarios, donde el detonante de la notificación corresponde, en definitiva, a los estándares de evaluación sustantiva cuya consagración y aplicación por la agencia orientarán la autoevaluación de las partes en torno a la pertinencia de informar su operación (en otras palabras, si tienen suficientes incentivos para notificar su plan de concentración)²⁴⁸. En cambio, en los sistemas de notificación obligatoria, la

²⁴⁵ FNE (2017a), p. 26.

²⁴⁶ OCDE (2013a), p. 29.

²⁴⁷ COMISIÓN EUROPEA (2008a), p. 9.

²⁴⁸ Si bien sistemas voluntarios de notificación no requieren de fijar umbrales, en la práctica, las agencias del Reino Unido y Australia publican umbrales *de minimis* para disuadir notificaciones sobre operaciones de escasa impacto económico a

fijación de umbrales es indispensable: dado que las partes no disponen de la decisión de notificar su transacción, siendo en principio *todas* las operaciones aptas de ser controladas, los umbrales aspiran a discernir entre el universo de operaciones que califiquen como concentraciones, y aquellas que sean más peligrosas para la libre competencia. Los umbrales de notificación buscan capturar aquellas operaciones que potencialmente generen preocupaciones para la competencia. Ello 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”²⁴⁹.

El umbral es una herramienta importantísima en el desempeño del control de concentraciones. En primer término, gatillará el deber de notificar, poniendo en marcha el aparato estatal. En segundo término, los umbrales excluyen del examen preventivo a aquellas operaciones que no tienen un impacto materialmente significativo a nivel doméstico, para lo cual deben establecer un nexo suficiente con la jurisdicción local. Ello es especialmente atingente tratándose de operaciones transfronterizas, a fin de excluir de análisis a aquellas que no tendrán una incidencia en los mercados locales donde interviene la respectiva agencia.

De igual forma, la fijación del umbral debe preocupar a la autoridad en su rol de garante de la libre competencia: umbrales muy bajos significarán una carga de trabajo considerable para ella, destinando recursos a examinar operaciones inocuas; a su vez, umbrales muy altos si bien alivianan el trabajo de la agencia, aumentan el riesgo de dejar fuera a operaciones anticompetitivas²⁵⁰. Aquí nos encontramos con la disyuntiva que trasunta a los regímenes de control de fusiones y que se resume en la necesidad de sopesar, por un lado, los costos derivados de un error tipo I (costos públicos y privados de someter a revisión una operación inocua) y los costos derivados de un error tipo II (costos que se expresan en la disminución del bienestar del consumidor proveniente de no someter a revisión a un operación anticompetitiva). Un sistema donde todas las operaciones deban notificarse sería excesivamente costoso e ineficiente, y al mismo tiempo, si todas las operaciones no fueran objeto de escrutinio, la probabilidad de que los consumidores se vean expuestos a efectos anticompetitivos sería altísima. Así, la probabilidad de que ocurra un error tipo I disminuye a medida que los umbrales aumentan (ya que habrán más fusiones revisadas), en cambio, la probabilidad de un error tipo II aumenta en la medida que los umbrales también aumentan (pues

nivel doméstico. De este modo, lo que aparecía como una marca diferenciadora a favor de un sistema voluntario se ha ido diluyendo en los hechos.

²⁴⁹ OCDE (2014a), p.88.

²⁵⁰ BUCCIROSSI, CERVONE y RIVERA (2014), p.166; LEAR (2015), p.1, GONZÁLEZ y BENÍTEZ (2008), p.8 y COLOMA (2016), p.4.

habrá menos fusiones revisadas)²⁵¹. Los costos de un error tipo I sólo ocurren cuando una operación *es notificada*, y comprenden todos los recursos que deban destinar las partes y la agencia en el proceso de notificación y evaluación de una operación²⁵². Por su parte, los costos de un error tipo II sólo ocurren cuando una operación *no es notificada*, y se mide en términos de pérdidas en el bienestar del consumidor en la forma de alzas de precios, menor calidad de productos o bajas en la innovación²⁵³. La fijación del valor numérico de los umbrales debería apuntar a la minimización de estas dos clases de costos.

Los umbrales ayudan a una mayor eficiencia en la destinación y gestión de los recursos con los que cuente la agencia, haciendo que se enfoquen de mejor manera en operaciones que, por su dimensión e impacto doméstico, son económicamente relevantes, excluyendo a aquellas de menores proporciones, que se suponen menos riesgosas. Ahora bien, estas últimas no quedan del todo marginadas, ya que puedan ser investigadas, después de perfeccionadas, por la eventual comisión de ilícitos anticompetitivos. Los umbrales contribuyen entonces a orientar y distribuir la carga de trabajo que se asigna a la agencia, repartiéndola entre la función preventivo-regulatoria que se expresa en el control de fusiones, y la función represiva, expresada en la persecución de infracciones que pudieren tener lugar a causa o con ocasión de la fusión. Hay que hacer notar que estas dos funciones, si bien conviven en la misma agencia, en el control preventivo obligatorio la agencia no tiene discreción en la selección de los casos a analizar (es, precisamente, el umbral el que hace la labor de elegir por la agencia); en cambio, en la persecución de ilícitos, la agencia está dotada de discrecionalidad en la elección de los casos a investigar²⁵⁴.

El umbral es un dispositivo formal de compleja determinación, tanto en la elección del *criterio* que lo sustenta, así como el *valor numérico* de los mismos. Por un lado, los umbrales

²⁵¹ BUCCIROSSI, CERVONE y RIVERA (2014), pp.169; LEAR (2015), p.2.

²⁵² Los costos que afectan a las partes incluyen el tiempo que destinan a la notificación y que puede ser calculada como el número de horas-hombre que toma en promedio preparar una notificación, multiplicado por un costo de unidad apropiado; a lo que se suman costos relacionados con asesoría legal. A su vez, los costos que soporta la agencia también se expresan en el número de horas-hombre que toma, en promedio, revisar una notificación en su fase I, multiplicada por un costo de unidad apropiado (BUCCIROSSI, CERVONE y RIVERA, 2014, pp. 172-173).

²⁵³ BUCCIROSSI, CERVONE y RIVERA (2014), p. 167.

²⁵⁴ Esta diferencia es palmaria en el DL 211. El artículo 39 declara en términos generales que el Fiscal Nacional Económico podrá “defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones” (art. 39, inc. 1º), para lo cual podrá “[i]nstruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones a esta ley” (art. 39 N°1), no obstante, al referirse al control de fusiones, el artículo 50 preceptúa que “[r]ecibida la notificación de una operación de concentración, la Fiscalía Nacional Económica tomará conocimiento de ésta y procederá a evaluarla en conformidad al siguiente procedimiento”. Asimismo, respecto de las investigaciones conducidas conforme a las reglas generales del artículo 39, letra a), el Fiscal puede determinar si a su juicio procede o no el archivo de la causa, la interposición de un requerimiento, o hasta la celebración de un acuerdo extrajudicial; pero, respecto de las investigaciones preventivas de operaciones de concentración, el Título IV del DL 211 regula las formas específicas en que podrá finalizar un procedimiento sujeto a sus reglas, ya sea por la dictación de una resolución que aprueba o prohíbe la operación, o disponiendo el archivo de los antecedentes en virtud de las causales allí señaladas (arts. 54, 57 y 58).

pretenden dosificar el número de notificaciones a partir de un criterio cuantificable (por ejemplo, cuotas de mercado, el valor de la operación, los ingresos de las partes, etc.), pero, por otro lado, lo hacen a partir de consideraciones abstractas sobre los efectos para la competencia derivados de las operaciones de concentración, comprendidas esencialmente como un fenómeno estructural. Así, umbrales exigentes indican que operaciones que involucren empresas grandes o con importantes cuotas de mercado, probablemente conlleven riesgos para la competencia y deben ser analizadas previamente (al tiempo que fusiones de pequeñas empresas o con bajas cuotas de mercado no serían riesgosas y podrán materializarse). Esta idea es bien resumida por GONZÁLEZ y BENÍTEZ:

“En principio, fusiones grandes no son necesariamente más anticompetitivas que aquellas fusiones de menor tamaño. Sin embargo, en caso de llegar a lesionar la competencia, operaciones grandes amplifican el costo para la sociedad. Por el contrario, operaciones pequeñas no producirán pérdidas sociales importantes en términos absolutos que justifiquen destinar recursos en su investigación. Dado que la evaluación de una operación de concentración es costosa, es natural que las agencias tiendan a enfocarse más en las fusiones grandes que en las pequeñas”²⁵⁵.

No hay que olvidar, por cierto, que estas son afirmaciones *in abstracto* para fines del diseño institucional, respecto de la generalidad de las operaciones de concentración y no sobre una operación en concreto. Un esquema de notificación obligatoria demanda, para su propia eficacia, una forma de seleccionar previamente los eventos que pueden ser analizados. Por eso que la fijación de ciertos umbrales no dice nada sobre el potencial anticompetitivo de una operación concreta: este juicio sobre la peligrosidad o inocuidad de la misma se realizará en el contexto del examen sustantivo que hará la agencia una vez iniciado el procedimiento de evaluación preventiva²⁵⁶. Los umbrales tienen, así, una finalidad estrictamente procedural, cumplen la función de promover la notificación, actuando simultáneamente como un segundo filtro que medie entre el universo fácticamente inabarcable de todas las transacciones que califiquen como operaciones de concentración, y aquellas operaciones que son aptas de ser revisadas por su impacto doméstico y sus presumibles efectos para la competencia sin que exista, ni pueda existir todavía, un juicio de fondo sobre cada una de ellas.

²⁵⁵ GONZÁLEZ y BENÍTEZ (2008), p. 6 [“*In principle, large mergers are not necessarily more anticompetitive in expected terms, than those of small size. However, in case of being harmful for competition, large transactions amplify the cost for the society. On the contrary, small mergers will not produce a large social loss, in absolute terms that worth to devote resources in investigating it. Since the evaluation of a merger is costly, it is natural that agencies tend to focus more in large operations than in smaller ones*”].

²⁵⁶ OCDE (2014a), p. 88: “Los umbrales de notificación se distinguen de los umbrales sustantivos [=estándar sustantivo]: 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 [...]. 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”.

Por último, el umbral tiene incidencia en otros valores importantes para la eficacia de un régimen preventivo y obligatorio, como lo es proveer de certeza jurídica y predictibilidad a los agentes de mercado sobre si una operación merece ser reportada. El umbral elegido envía una señal a los futuros usuarios del sistema diciendo qué transacciones son para la autoridad de libre competencia relevantes de ser investigadas.

2.7.2. Criterios para la determinación de los umbrales en el derecho comparado

La consagración de los umbrales se realiza por medio de un criterio cuantificable, esto es, una regla de exclusión de casos en virtud de un elemento de hecho relacionado con la operación o las partes, y que pueda ser medido cuantitativamente. A partir de ello se define un valor que, de ser igualado o sobrepasado, configurará el deber de notificar.

Existe una variedad de criterios a nivel comparado, sobresaliendo fundamentalmente tres: (1) participaciones de mercado de las partes; (2) tamaño de la operación; y (3) volumen de ventas o activos de las partes. Además de estos criterios, algunos sistemas han incluido (4) mecanismos auxiliares por la vía de establecer exenciones de notificación para operaciones que efectivamente sobreponen los umbrales, facultades de investigación de oficio de operaciones que se ubiquen bajo los umbrales o exigencias adicionales para reforzar el nexo local de una operación notificable.

Cada uno de los criterios presenta ventajas y desventajas, con todo, las prácticas recomendadas de la ICN²⁵⁷ y la OCDE²⁵⁸, así como la propia experiencia acumulada de las agencias locales, han llevado a los países que introducen por primera vez una normativa de fusiones, así como aquellos que reforman sus umbrales, se inclinen ostensiblemente en favor del tercer criterio - volumen de ventas o activos - el que es considerado como el más adecuado, objetivo y confiable²⁵⁹. Algunos países han preferido no depender exclusivamente de un solo criterio, sino que han optado por emplear varios de ellos de manera alternativa o acumulativa. Cada opción crea *trade-offs* en relación al ajuste de los umbrales entre predictibilidad, flexibilidad y selección de transacciones susceptibles de tener impacto material en mercados locales. No hay una sola combinación

²⁵⁷ ICN (2002), p.4; ICN (2008), p.3.

²⁵⁸ OCDE (2016a), p.3.

²⁵⁹ Hasta 2016, de los 29 países que integran la OCDE y que poseen sistemas de notificación obligatoria, el 75% ha adoptado umbrales basado exclusivamente en volumen de ventas o activos; es el caso de Austria, Bélgica, Canadá, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Japón, Corea del Sur, Holanda, Noruega, Polonia, Eslovaquia, Eslovenia, Suecia y Turquía. A ellos se agrega desde 2017, Chile. Tampoco puede dejar de mencionarse a la Unión Europea que de igual forma contempla únicamente el criterio de ventas para operaciones de alcance comunitario que deban someterse a conocimiento de la Comisión Europea. Asimismo, México y Estados Unidos son países que incorporan conjuntamente los criterios de tamaño de la operación y de volumen de ventas o activos. Fuera del grupo de países OCDE, con sistemas de notificación obligatoria y umbrales que dependen exclusivamente de ventas o activos, destacan Brasil, Bulgaria, China, Costa Rica, India, Indonesia y Rumania (OCDE, 2016b, p.18).

inherentemente óptima de criterios de notificación, y en estos casos el diseño institucional debe tener presente que una multiplicidad de criterios impondrá costos de transacción mayores (asociados a determinar la superación de los distintos umbrales) y una reducción del espectro de operaciones revisables; esto acrecienta la probabilidad de incurrir en un error de tipo II (dejar exenta de revisión una operación riesgosa).

2.7.2.1. Participaciones de mercado

Las participaciones de mercado como criterio de umbrales de notificación parten de la idea de que una alta cuota de mercado de uno de los agentes de la operación, o la consolidación de dos agentes que lleve a una cuota combinada importante, será indicio de una mayor concentración y una probable disminución de la intensidad de la competencia post-fusión, y por ende, se generarán mayores riesgos. Es, por tanto, en tales operaciones donde deberá centrarse el control preventivo. En efecto, y sobre este punto, se ha dicho que las cuotas de mercado son un predictor de eventuales problemas para la competencia derivados de una operación concreta y, como se refieren a determinado mercado relevante del producto y geográfico, son útiles para trazar un nexo de jurisdicción²⁶⁰. No obstante, las críticas se centran en sus implicancias para el procedimiento, más que la premisa de fondo sobre la cual descansan. Recordemos que los umbrales son un dispositivo que cumple una función estrictamente formal, no es un juicio sobre el carácter anticompetitivo de tal o cual fusión. Los umbrales en base al cálculo de cuotas de mercado imponen serios costos de transacción para cualquier clase de operación. Las partes deberán calcular su cuota de mercado independientemente de si la operación tenga o no que ser notificada en definitiva, y los actores de mercado usualmente no tienen la necesidad de elaborar estudios, ni están en posesión de información sobre sus propias cuotas de mercado, o de hecho, pueden no tener la habilidad ni los recursos para identificar apropiadamente el o los mercados en que intervienen. El cálculo de las cuotas de mercado, como criterio cuantificable, genera una importante dosis de incertidumbre, costos y retrasos en la notificación, proceso que debería ser lo más expedito posible²⁶¹.

Participaciones de mercado como criterio del umbral supone una experticia de todo agente económico en cuanto al conocimiento de su industria, sin considerar que es un tipo de información de compleja elaboración, y que no son cifras siempre disponibles. El cálculo de cuotas de mercado complejiza la notificación, introduce un elemento técnico que debería situarse en el análisis de fondo, en el desarrollo de la investigación, y no ser el criterio que determine si una operación debe o no ser informada a la autoridad. La definición de los porcentajes de participación de mercado, tanto

²⁶⁰ OCDE (2016b), p.6.

²⁶¹ ICN (2008), p.4; OCDE (2016b), p.6;

de los agentes involucrados en la operación, como de sus competidores, puede ser materia de controversia, toda vez que requiere identificar el mercado relevante del producto y geográfico, descartando otras alternativas plausibles²⁶². Esto, que en general es problemático, puede serlo aún más en mercados diferenciados o altamente segmentados.

Directamente relacionados con las cuotas mercado, y cumpliendo el mismo propósito, están los *índices de concentración*, típicamente el Índice Herfindahl-Hirschman o “IHH”²⁶³. La consideración del IHH y su variación pre y post fusión como criterio de los umbrales está expuesto a las mismas críticas que las cuotas de mercado, de hecho, supone necesariamente el haber calculado los porcentajes de participación. En Chile, antes de la reforma de la Ley N° 20.945, la Guía de la FNE de 2012 preveía umbrales basados en el IHH para someterse voluntariamente al procedimiento que esta guía contenía²⁶⁴.

Dada la falta de disponibilidad y complejidad de producir esta información para los agentes económicos, el cálculo de cuotas de mercado y/o de índices de concentración no es un criterio de notificación idóneo y no se ajusta a las prácticas internacionales recomendadas²⁶⁵. Dentro del concierto de países de la OCDE, sólo tres países mantienen hoy umbrales en base a participaciones de mercado (España, Portugal e Israel); la mayoría de los países que tienen un sistema de notificación obligatoria han mutado hacia otros tipos de criterios cuantificables para sus umbrales, o han incorporado un criterio alternativo basado en ventas o activos²⁶⁶.

Si bien este tipo de criterios resulta menos adecuado para determinar con carácter previo si una concentración es susceptible de notificación, ello no significa la completa inutilidad de las participaciones de mercado, por el contrario, es innegable que las cuotas de mercado son el primer

²⁶² NEHME y MORDOJ desaconsejaban fijar umbrales “en consideración a las participaciones de mercado de cada entidad – pues ello haría depender el sistema de la definición de mercado relevante que se haga, lo que siempre resulta discrecional y problemático” (NEHME y MORDOJ, 2012, p.126). De igual forma, GONZÁLEZ y HUNEEUS reparan en que la medida de la cuota de mercado “depende a su vez del mercado relevante que se defina, lo cual implica identificar a priori los sustitutos cercanos de los productos involucrados en la fusión. En no pocos casos, el factor más controversial para evaluar el impacto de una fusión es precisamente la definición del mercado relevante” (GONZÁLEZ y HUNEEUS, 2015, p.8). En la misma línea, COLOMA advierte que “el cálculo de participaciones de mercado demanda una definición de mercado relevante, cuestión [que es] normalmente controvertida” (COLOMA, 2016, p.3).

²⁶³ El IHH mide la variación de la concentración del mercado relevante antes y después de la operación a partir de las participaciones en el mercado relevante de cada agente económico que interviene en él. El IHH se calcula sumando los cuadrados de los porcentajes de participación de mercado de las partes de la operación. Sus límites van desde cero para una estructura completamente atomizada hasta 10.000 para un mercado monopólico.

²⁶⁴ Sin embargo, el informe de la OCDE reparó que “[e]n la práctica, estos umbrales de la FNE han tenido un impacto muy limitado o nulo en el sistema de control de concentraciones vigente [en esa época]: (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 relevantes para la práctica de la FNE; y (iv) sólo se aplican en concentraciones horizontales” (OCDE, 2014a, p.87).

²⁶⁵ ICN (2002), p.4; ICN (2008), p.5.

²⁶⁶ OCDE (2016b), pp.19 y 22.

elemento a considerar en el análisis sustantivo, fundado en la premisa de que mayores niveles de concentración anticipan una menor intensidad de la competencia post-fusión (sin perjuicio de que el examen de la operación requiere necesariamente de considerar también barreras de entrada, eficiencias atribuibles, etc.). Además, la identificación del mercado relevante y las participaciones de las partes y sus competidores es un antecedente común a todo formulario de notificación y es normalmente un requisito para acogerse a formas de notificación simplificada o abreviada²⁶⁷. Un error en la definición del mercado relevante o de las cuotas *en la notificación* es menos grave, puede ser detectado por la Fiscalía, pudiendo requerir su rectificación a las partes, o derechamente desechar la formulación que hagan ellas y redefinir por sí sola (fundadamente) el mercado relevante, a efectos de proceder al análisis de fondo. En cambio, en el caso de los umbrales, el error en la definición del mercado relevante o de las cuotas de participación en él conllevará derechamente a que la operación *no se notifique*, y la agencia carece de herramientas, en este supuesto, para enmendar el error y llevar a cabo el control de la fusión (deberá controlarla *ex post*, una vez consumada).

2.7.2.2. Tamaño de la operación

Este criterio corresponde, en términos simples, a la valuación monetaria que se efectúa de la operación de concentración. El criterio se designa habitualmente como “valor de la operación” (“*transaction value*”). Busca hacer una aproximación al tamaño de la entidad resultante a partir la valuación, hecha por las partes, de los derechos o activos cuyo control se adquieren, y de todo otro elemento de la operación susceptible de ser evaluado pecuniariamente.

A diferencia de las cuotas de mercado, este criterio ofrece mayor certeza y objetividad para efectos de determinar los umbrales de notificación; es más fácil de cuantificar y está disponible para las partes²⁶⁸. No obstante, es un criterio marginal, o a lo sumo utilizado como alternativo y/o complementario de otro principal como el volumen de ventas. Y ello se explica porque “el valor de la transacción es inadecuado para determinar si la operación tendrá un impacto en una jurisdicción específica”²⁶⁹, vale decir, *no sirve por sí solo para sopesar el nexo local*, ya que puede tratarse perfectamente de una operación de gran valor, pero de carácter internacional, por involucrar entidades transnacionales o activos tangibles ubicados en distintos territorios.

²⁶⁷ ICN (2002), p.4: “[l]a cuota de mercado de las partes y otros criterios valorativos pueden resultar de utilidad en estadios posteriores del procedimiento de control de concentraciones (al igual que las consideraciones relativas a la cantidad de información requerida en la notificación y a la legalidad de la operación propiamente dicha)”. En el mismo sentido, OCDE (2016b), p. 7.

²⁶⁸ OCDE (2016 b), p. 15.

²⁶⁹ OCDE (2016 b), p. 15 [“*the value of transaction is unsuitable to determine whether a transaction will have an impact on a specific jurisdiction*”].

Creemos que existe otro factor que debilita la preferencia por este criterio, y es el riesgo de infravaloración del monto en cuestión, considerando que son las partes las que ponen el “precio” a la operación, y el precio nominal de la adquisición no siempre refleja el valor económico real de la transacción. Las partes pueden, deliberadamente o no, tasar a la baja la transacción y quedar exentas de notificación, por ejemplo, al no incluir en la evaluación activos intangibles, o al fijar que sólo una parte del precio se pagará al momento, y el resto en cuotas, o pactar que parte del precio se pagará con acciones o derechos en la entidad objetivo, no evaluados pecuniariamente²⁷⁰. Tampoco es inusual que activos o derechos pueden saberse valiosos por sólo una de partes, y en un contexto de negociación, o en una adquisición hostil o de una empresa en quiebra, se valoran por menos y se obtiene un menor precio de compra. En especial en el último caso, donde la empresa objetivo o los activos adquiridos pertenecen a una empresa en quiebra, el precio de los activos puede ser bajo, pero en el contexto del mercado puede tener efectos relevantes para la competencia si la entidad en crisis era un actor que disciplinaba a los demás competidores. De igual forma, existe el riesgo de infravaloración en operaciones escalonadas, donde las partes tienden a la segmentación de modo que cada acto individual sea evaluado por separado a fin de quedar ubicado bajo el umbral. Parece simple, pero la evaluación de la operación puede generar comportamientos estratégicos que afectan al proceso de notificación. La agencia deberá estar atenta y valerse de mecanismos específicos para detectar y disuadir este tipo de conductas, lo que implica también la destinación de recursos públicos sólo para contener un efecto indeseado derivado del criterio elegido.

En razón de lo anterior es que, en el concierto de países de la OCDE, sólo Estados Unidos y México han adoptado este criterio, y no es el único que poseen, sino que los han complementado con exigencias adicionales para establecer el nexo local, o exenciones fundadas en el volumen de ventas o activos locales. Asimismo, a nivel latinoamericano, Colombia y Costa Rica recogen este criterio, pero con las mismas precauciones de exigir a las entidades involucradas la presencia en mercados locales²⁷¹.

2.7.2.3. Volumen de ventas o activos de las partes

A diferencia del criterio anterior que se refiere al tamaño de la operación, el volumen de las ventas o activos de las partes dice relación con el tamaño de las entidades involucradas. Este criterio consiste, básicamente, en la suma de ventas (“*turnovers*”) o de activos (“*assets*”) de las partes.

²⁷⁰ BRANDENBURGER, BREED y SCHÖNING (2017) destacan que la evaluación es especialmente problemática cuando las operaciones, para darle viabilidad al negocio, involucran complejas cláusulas de regalías o porcentajes sobre las futuras ganancias (“*earn out provisions*”), lo que es usual en las adquisiciones de empresas emergentes (“*startups*”).

²⁷¹ OCDE (2016b), p. 15.

Pueden atenderse al volumen de ventas *por separado* – cada parte individualmente considerada – o el volumen de ventas *combinado* – la suma de las ventas de ambas partes. Al mismo tiempo, el volumen individual puede exigirse alternativa o copulativamente al volumen combinado. Ello permite configurar un filtro más o menos completo y que abarque una variedad de transacciones: sea que sólo involucre grandes empresas cada una por sí sola con altos volúmenes de venta; o involucre empresas pequeñas pero que en conjunto superen el umbral; o una empresa adquirente grande respecto de una empresa pequeña adquirida.

El criterio de las ventas o activos pretende situarse a medio camino entre los dos criterios anteriores. El volumen de ventas combinado de los agentes involucrados pretende hacer una prognosis del tamaño de la entidad resultante (donde se presume que a mayor dimensión de la entidad post-fusión, mayor riesgo); y a su vez, pretende proyectar, a partir del tamaño de cada entidad por separado, cambios en la concentración de los mercados, implicando la misma premisa que subyace al criterio de cuotas de mercado (donde a mayor participación, mayor riesgo). Si bien podría objetarse la premisa de orden económico que lo justifica sustantivamente, su crítica, al igual que para los criterios anteriores, debe centrarse en su eficacia procedimental, y en este sentido, como dispositivo formal que gatilla la notificación, es el menos vulnerable.

Por su parte, el volumen de ventas o activos de cada parte está dotado de mayor precisión y objetividad, y hace difícil la manipulación tendenciosa de las cifras, toda vez que es información que forma parte de los antecedentes contables y financieros de cada entidad. Estos antecedentes son habitualmente examinados por los órganos directivos y de administración de la entidad, por sus propietarios, por empresas de auditoría y por agencias fiscalizadoras.

Como puede notarse, bajo esta categoría confluyen dos formas de determinar el tamaño de las partes: el volumen de “*activos*” y el volumen de “*ventas*”. Cada una tiene sus ventajas y desventajas.

En el caso de los *activos*, comprende el valor de los bienes tangibles ubicados en el país respectivo, o créditos y otros derechos susceptibles de evaluación pecuniaria (especialmente licencias y otros derechos de propiedad intelectual o industrial) adquiridos o exigibles en conformidad a la legislación del país, y en ese sentido se puede considerar un criterio adecuado y objetivo para trazar el nexo local. Si sólo se dependiera de los activos globales, no sería posible hacer una acertada asignación geográfica y medición del impacto doméstico real de la operación²⁷². El volumen de activos, aun limitado a los activos locales, puede ser objetado por dificultades

²⁷² OCDE (2016 b), p.13.

concretas asociadas a su determinación: en ciertos casos la evaluación de activos intangibles puede devenir compleja al existir activos no evaluados por las partes al tiempo de la notificación; activos en copropiedad con otras entidades; activos aprovechados por las partes, pero que no son de su propiedad; activos sujetos a condiciones resolutorias, embargos, gravámenes o prohibiciones; o en general activos respecto de los cuales terceros tienen derechos y que puedan afectar su valor. Todo ello complica una evaluación que, por lo demás, es realizada exclusivamente por las partes. En vista de lo anterior es que los activos nunca son usados por sí solos o de manera exclusiva como un criterio de notificación, y normalmente van acoplados al criterio de las ventas en forma copulativa o alternativa.

Tratándose de las *ventas*, el volumen de las mismas puede ser fácilmente determinado a partir de la información contable de las entidades involucradas (en palabras de la FNE, este ítem “se presenta normalmente en la primera línea del estado de resultados de las empresas”²⁷³): aparece como la más objetiva e incontrovertida, disminuye los costos de transacción (es información que toda empresa requiere para la propia marcha de sus negocios), aminora las asimetrías de información (puede ser fácilmente cotejada por la autoridad con el solo examen de los estados financieros) y minimiza el riesgo de comportamientos estratégicos o fraudulentos que quieran evadir el control (excluye el riesgo de infravaloración ya que ello implicaría una adulteración de los registros contables). El criterio de ventas tiende a *simplificar*, en comparación a los otros mecanismos, el proceso de notificación. Asimismo, y merece ser destacado, contribuye al cumplimiento de la normativa, ya que es más fácil para la agencia hacer un control *ex post* si tuviere que investigar una operación que debió ser notificada en su momento y no lo hizo (le bastará instruir a las empresas la exhibición de sus libros).

En lo que respecta a la asignación geográfica, la suma de las ventas nacionales es suficiente para vincular a las partes a la jurisdicción local. La sola exigencia de ventas en el país es un criterio comúnmente utilizado por las agencias, especialmente aquellas que recién empiezan a ejercer un control obligatorio, o tienen capacidades y disponibilidad de medios de fiscalización más restringidas, donde los costos de revisar operaciones que carecen de impacto doméstico deben minimizarse. Precisamente, la suma de ventas nacionales de las partes, individual y combinada, fue el criterio elegido en Chile como umbral de notificación.

En la experiencia comparada son varios los países que tienen *exclusivamente* a las ventas locales como el criterio de los umbrales (en la OCDE encontramos a Bélgica, Canadá, Estonia,

²⁷³ FNE (2017 b), p.5

Islandia, Irlanda, Italia, Japón, Noruega); y otros tienen al menos un umbral que se refiere a las ventas locales (República Checa, Dinamarca, Polonia y Portugal). La exigencia de ventas globales también es común, pero *siempre* es usada en tandem con las ventas locales, o se requiere algún otro elemento de hecho que permite establecer un nexo local. Destacamos el caso de Estados Unidos: por regla general no aplica el criterio de ventas locales, sino que a las ventas o activos mundiales se les exige que el adquirente o adquirido esté involucrado en actividades comerciales en el país (lo que se conoce como “*commerce test*”), y, en operaciones de menor tamaño (no superiores a 323 millones de dólares) se consideran exclusivamente las ventas o activos nacionales. Austria, Alemania y Suiza también imponen un test de efectos domésticos.

2.7.2.4. Mecanismos auxiliares

Junto a criterios anteriormente revisados, algunos países se han valido de dispositivos que complementan a los umbrales de notificación, con la finalidad de excluir de revisión a operaciones que efectivamente superaban los umbrales, o bien, con la finalidad de captar operaciones que no los superaban pero que generan reparos a la competencia y ameritan su investigación. Otras legislaciones han incorporado elementos adicionales que especifican aún más que refuerzan el nexo local y así sólo enfocarse en operaciones con un impacto doméstico económicamente significativo:

(a) Exenciones de notificación

Este mecanismo busca contener el efecto de sobrenotificación a que puede llevar la fijación de umbrales muy bajos. Un diseño institucional que prevea estas exenciones ahorrará costos a la agencia y a las partes, y permitirá posteriormente que el valor de los umbrales se corrija al alza, sin por ello reducir el número de operaciones revisadas.

A nivel comparado, varios países han incorporado reglas de exención para operaciones notificables, donde destacamos el caso de Alemania, México, Noruega, España, Canadá y Estados Unidos²⁷⁴. Canadá exime de notificación a operaciones de securitización de valores (“*acquisition of voting shares [...] solely for the purpose of underwriting*”) y adquisiciones de bienes en el curso ordinario del negocio (“*ordinary course of business*”); Estados Unidos contiene un largo listado de exenciones que aplican, por ejemplo, a operaciones intra-grupo empresarial, la adquisición de quien ya detenta el 50% o más del capital con derecho a voto de la entidad objetivo, o la transferencia de activos de una subsidiaria a otra²⁷⁵. Por su parte, Alemania exime de notificación si la operación tiene lugar en un mercado pequeño para la economía nacional a partir del volumen de ventas totales

²⁷⁴ Véase al respecto OCDE (2016b), p. 16.

²⁷⁵ U.S. Code, Título 15, Capítulo 1, Sección 18a, Sub-sección (c).

de tal mercado, siempre que los bienes y servicios transados hayan sido ofrecidos por más de cinco años²⁷⁶.

En Chile, el Título IV del DL 211 no ha establecido exenciones para operaciones que sobrepasen los umbrales. Sin embargo, la “Guía de Competencia” de la FNE sí las ha previsto para un caso particular. Conforme a dicha Guía, se considerará que no constituye una operación de concentración y no requerirá ser notificada: “la adquisición temporal de títulos de valores hecha por personas naturales o jurídicas que, dentro de las actividades propias de su giro y de forma habitual, se dediquen de manera exclusiva a la realización de inversiones financieras o inversiones en activos financieros con recursos propios o bien por cuenta de terceros, para su reventa”²⁷⁷. Para que esta excepción opere, la FNE ha fijado los siguientes requisitos copulativos²⁷⁸: (i) que el adquirente sea un intermediario de valores de acuerdo al artículo 24 de la LMV, o inversionista institucional en los términos del artículo 4° bis, letra e) de la LMV; (ii) que el adquirente no desarrolle directa o indirectamente el giro de las entidades cuyos títulos de valores adquiere; (iii) que el adquirente no ejerza los derechos de voto con el objeto de determinar el comportamiento competitivo del agente económico cuyos títulos se adquiere para reventa, o sólo ejerza dichos derechos con el fin de preparar la enajenación de la totalidad o parte de dicho agente económico, de sus activos o de sus participaciones; (iv) que el adquirente enajene la participación en un plazo no superior a un año contado desde la fecha de adquisición; y (iv) que la operación no le confiera al adquirente definitivo, directa o indirectamente, la aptitud de influir decisivamente en la administración del agente económico cuyos títulos se revenden, o en otra entidad del grupo empresarial de aquel cuyos títulos se revenden²⁷⁹.

La Fiscalía se inspira, ciertamente, en regulaciones como las de la Unión Europea²⁸⁰, España²⁸¹, México²⁸² o Estados Unidos²⁸³, que contemplan similares exenciones.

²⁷⁶ ICN (2008), pp. 8-9.

²⁷⁷ FNE (2017a), p. 28.

²⁷⁸ FNE (2017a), pp. 28-29.

²⁷⁹ Este último requisito (iv) se desprende de lo instruido por la propia FNE al señalar: “Sin embargo, lo anterior podría ser modificado en el evento que existiesen antecedentes que dieren cuenta que los mismos [títulos] le permiten a un agente económico adquirir la posibilidad de influir decisivamente en otro, caso en que será necesario analizar la operación de concentración bajo el Título IV del DL 211”. En tal sentido, podrá tratarse de la adquisición de influencia decisiva en la administración de la entidad cuyos títulos se revenden, así como influencia decisiva en la administración de una entidad del mismo grupo empresarial de aquélla, toda vez que los derechos si bien pueden no conferir control sobre la primera entidad, pueden conferir derechos (de voto u otra forma de control, individual o conjunto, directo o indirecto) sobre otras entidades del grupo empresarial.

²⁸⁰ Reglamento del Consejo Europeo N° 139/2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas, Artículo 3, apartado 5: “Se entenderá que no se produce una concentración: a) cuando una entidad de crédito u otra entidad financiera o compañía de seguros cuya actividad normal incluya la transacción y negociación de títulos por cuenta propia o por cuenta de terceros posea con carácter temporal participaciones que haya adquirido en una empresa con vistas a revenderlas, siempre y cuando los derechos de voto inherentes a esas participaciones no se ejerzan con objeto de

La FNE impone condiciones muy específicas para que tenga lugar esta excepción, y se refiere al caso puntal de una operación de adquisición de títulos valores meramente con propósitos de inversión o de especulación financiera, títulos que deberán ser revendidos en un plazo no mayor a un año²⁸⁴. Se podría tratar, en efecto, de una operación que confiere al intermediario o inversionista influencia decisiva en la administración (art. 47 letra b) del DL 211) y en que ambas partes superan los umbrales, pero por sus características especiales (tiempo limitado en que se detentará los títulos) y sus fines (inversión) no será objeto de notificación preventiva obligatoria.

Destacamos que la operación de reventa, a su vez, no puede conferir al adquirente *definitivo* de estos valores la aptitud de influir decisivamente en la administración del primer titular o de otra entidad del grupo empresarial de éste, ya que en tal caso la adquisición definitiva puede calificar como una operación de concentración bajo la misma tipología señalada, susceptible de ser notificada obligatoriamente si el agente cuyos títulos se transan y el agente que adquiere en definitiva tales títulos superan los umbrales de ventas que señala el artículo 48 del DL 211 y la

determinar el comportamiento competitivo de dicha empresa o sólo se ejerzan con el fin de preparar la realización de la totalidad o de parte de la empresa o de sus activos o la realización de las participaciones, y siempre que dicha realización se produzca en el plazo de un año desde la fecha de la adquisición [...]. Las excepciones contenidas en el Reglamento del Consejo Europeo son desarrolladas en la “Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia”, apartados 110 y siguientes.

²⁸¹ Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, Artículo 7, numeral 3: “No tendrán la consideración de concentración: [...]b) La tenencia con carácter temporal de participaciones que hayan adquirido en una empresa para su reventa por parte de una entidad de crédito u otra entidad financiera o compañía de seguros cuya actividad normal incluya la transacción y negociación de títulos por cuenta propia o por cuenta de terceros, siempre y cuando los derechos de voto inherentes a esas participaciones no se ejerzan con objeto de determinar el comportamiento competitivo de dicha empresa o sólo se ejerzan con el fin de preparar la realización de la totalidad o de parte de la empresa o de sus activos o la realización de las participaciones, y siempre que dicha realización se produzca en el plazo de un año desde la fecha de la adquisición”.

²⁸² Ley Federal de Competencia Económica, de 2014, Artículo 93, numeral V (“No se requerirá la autorización de concentraciones: [...] Cuando el adquirente sea una sociedad de inversión de renta variable y la operación tenga por objeto la adquisición de acciones, obligaciones, valores, títulos o documentos con recursos provenientes de la colocación de las acciones representativas del capital social de la sociedad de inversión entre el público inversionista, salvo que como resultado o con motivo de las operaciones la sociedad de inversión pueda tener una influencia significativa en las decisiones del Agente Económico concentrado”) y numeral VI (“En la adquisición de acciones, valores, títulos o documentos representativos del capital social de sociedades [...] no le permitan al comprador ser titular del diez por ciento o más de dichas acciones, obligaciones convertibles en acciones, valores, títulos o documentos y, además, el adquirente no tenga facultades para: [...] Dirigir o influenciar directa o indirectamente la administración, operación, la estrategia o las principales políticas de una persona moral”).

²⁸³ U.S. Code, Título 15, Capítulo 1, Sección 18a, Sub-sección c.9 (“Adquisiciones, con el sólo propósito de inversión, de acciones con derecho a voto, si, como resultado de dicha adquisición, las acciones adquiridas o detentadas no exceden el 10 por ciento del total de acciones con derecho a voto del emisor” [“*acquisitions, solely for the purpose of investment, of voting securities, if, as a result of such acquisition, the securities acquired or held do not exceed 10 per centum of the outstanding voting securities of the issuer*”]) y Sub-sección c.11 (“Adquisiciones, con el solo propósito de inversión, por cualquier banco, asociación de bancos, compañía de inversión o compañía de seguros, de (A) acciones con derecho a voto en virtud de un plan de reorganización o disolución; o (B) activos en el curso ordinario de sus negocios” [“*acquisitions, solely for the purpose of investment, by any bank, banking association, trust company, investment company, or insurance company, of (A) voting securities pursuant to a plan of reorganization or dissolution; or (B) assets in the ordinary course of its business*”]).

²⁸⁴ Este requisito de temporalidad de la adquisición nos parece el elemento más destacable (similar al caso español). La exención en comento puede comprender perfectamente a adquisiciones que confieran el control de la entidad en cuestión, pero como está sujeta a un plazo de reventa no superior a un año, se minimiza el riesgo de que ese control pueda ser ejercido por el intermediario de valores o por el inversionista institucional.

Resolución N°667. No puede pretenderse evadir la evaluación preventiva y obligatoria por la vía de recurrir a intermediarios de valores, cuando la transacción final implique el traspaso del control sobre una entidad determinada²⁸⁵.

Finalmente, la exención no procede respecto de operaciones de concentración “realizadas directamente por fondos de inversión, o por entidades controladas por estos o a través de mandatarios, en la medida que le permitan influir decisivamente en un agente económico, por ejemplo, mediante la designación de los miembros de los respectivos órganos de vigilancia y/o administración de las entidades”²⁸⁶ (subrayado incorporado). Se trata de una contra-excepción, toda vez que la administradora del fondo de inversión califica formalmente como inversionista institucional a la luz del artículo 4° bis de la LMV (“administradoras de fondos autorizados por ley”) y podría acogerse a la exención. Recordemos que, de acuerdo al artículo 56 de la Ley N° 20.712 Única de Fondos, la administradora del fondo podrá adquirir acciones y derechos sobre otras sociedades, pudiendo llegar a ejercer el control de tales sociedades. Ante ello, la FNE no admite que estas entidades – administradoras de fondos de inversión cualquiera sea su naturaleza – se acojan a esta exención cuando adquieran valores de una entidad siempre que ello les confiera derechos de control sobre la misma, aun cuando estos derechos no se ejerzan o los adquieran sólo temporalmente para fines de especulación²⁸⁷.

No está demás apuntar que la “Guía de Competencia” de la FNE, a propósito de los *joint ventures*, señala bajo el subtítulo “Excepciones” que “[l]as asociaciones o joint venture que no tienen autonomía funcional, o que no son de carácter duradero, no pueden ser calificados como operaciones de concentración”²⁸⁸. Esta no es precisamente una excepción ya que sólo viene a confirmar los elementos esenciales que permiten calificar una asociación como operación de concentración propiamente tal; en otras palabras, si no se crea un agente económico nuevo o, aun creándose, éste no desempeña sus funciones de forma perdurable en el tiempo, derechamente *no es* una operación de asociación para efectos de motivar su notificación. Difiere entonces de la

²⁸⁵ Aquí aparece el aspecto más débil de la regulación que da la FNE a esta exención. Otras jurisdicciones (caso de EEUU y México) se enfocan más bien en el hecho de que la adquisición no supere el 10% del capital o acciones con derecho a voto de la entidad respectiva, lo que para las agencias es garantía de que el adquirente – tanto el *intermediario* como el *comprador definitivo* – no tiene intención de participar en la administración ni en las decisiones de negocio básicas de la entidad cuyos títulos o acciones se transan.

²⁸⁶ FNE (2017a), p. 29.

²⁸⁷ Esta contra-excepción también está inspirada en el modelo comunitario europeo. La “Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia” dispone, en su apartado 115, que la exención que beneficia a adquisiciones temporales de títulos por entidades financieras “no se aplica a estructuras típicas de fondos de inversión. Según sus objetivos, estos fondos generalmente no se limitan al ejercicio de los derechos de voto sino que adoptan decisiones para designar a los miembros de los órganos de vigilancia y administración de las empresas o incluso para reestructurar estas empresas. Esto no sería incompatible con los requisitos [...] de que las empresas adquirentes no ejerzan los derechos de voto con el fin de determinar la conducta competitiva de la otra empresa”.

²⁸⁸ FNE (2017a), p. 25.

exención anteriormente estudiada ya que en ella efectivamente la adquisición de acciones puede llevar a la adquisición de influencia decisiva en la administración, configurándose la tipología del artículo 47 letra b) del DL 211, pero por sus características y fines queda exenta de notificación obligatoria.

(b) Facultades de investigación de operaciones no notificables

Este mecanismo denota cómo los sistemas de notificación obligatoria no renuncian del todo a la posibilidad de investigar una operación que no alcanzó los umbrales y que, por ende, no tenía necesidad alguna de notificarse. Se le ha llamado “jurisdicción residual”²⁸⁹ y, como las exenciones, permite que se fijen umbrales más altos. Se diferencian, no obstante, de las exenciones en que éstas se aplican a operaciones *notificables*, mientras que las facultades de investigación se aplican a operaciones *no notificables*. Es decir, las exenciones liberan de notificación a operaciones que efectivamente sobrepasaron los umbrales, mientras que las facultades oficiales persiguen el objetivo opuesto, de someter a investigación a operaciones que no sobrepasaban los umbrales.

La investigación de una operación no notificable necesariamente tendrá lugar después de perfeccionada la operación. Es un control *ex post* de aquellas fusiones que, para la autoridad, son contrarias a la libre competencia. De ello se desprende, además, que la investigación de estas operaciones no notificables no es preventiva, sino represiva, y por tanto, estará destinada a acreditar la ilicitud de la operación. Es, en consecuencia, un control que se sujetará a las reglas generales de investigación de infracciones a la libre competencia.

En el derecho comparado, un número importante de países que han adoptado sistemas de notificación preventiva y obligatoria, han atribuido a sus agencias expresamente la facultad de investigar, después de consumadas, operaciones que no eran notificables. A nivel de países de la OCDE, mencionamos Canadá, Irlanda, Japón, Corea del Sur, México, Estados Unidos y Noruega; fuera de este grupo de países, destacamos la experiencia de Brasil y Sudáfrica²⁹⁰.

Este tipo de facultades de investigación puede convertirse en una fuente de incertidumbre para los agentes económicos en un contexto de notificación obligatoria. Precisamente, los umbrales son un indicador respecto de qué operaciones se consideran *a priori* como riesgosas y cuáles no, por lo que la existencia de facultades de investigación de oficio puede subvertir los objetivos del sistema, tornando irrelevantes los umbrales y llevando a una sobrenotificación de operaciones que, si bien no debían ser notificadas, ante una posibilidad alta y latente de ser desafiadas *ex post*, se

²⁸⁹ OCDE (2016b), pp. 16-17.

²⁹⁰ Véase OCDE (2016b), p. 17.

someten igualmente a evaluación preventiva, con la consiguiente presión sobre los recursos y capacidades limitadas de la agencia. Ante ello, es recomendable que, no obstante reconocer la posibilidad de someter a escrutinio operaciones consumadas, se establezca un plazo límite para ello, de modo que no exista el temor de estar la operación indefinidamente expuesta a investigación.

En Chile, el artículo 48 del DL 211 fija un plazo de un año, contado desde el perfeccionamiento de una operación no notificable, para que la Fiscalía Nacional Económica instruya investigación conforme a las reglas generales del artículo 39, letra a), si considerase que aquélla constituye en sí misma un hecho, acto o convención que atenta contra la libre competencia (en los términos del artículo 3º). Al concluir este plazo, caduca la potestad de la agencia para instruir una investigación cuyo objeto sea la operación materializada, lo que no obsta a que, aun después de vencido este plazo, se instruya investigación por otras conductas anticompetitivas que hubieren tenido lugar con posterioridad al perfeccionamiento de la operación, en que hubieren intervenido las partes o la entidad resultante, y siempre que no hubiere prescrito la acción para perseguir la responsabilidad infraccional en conformidad al artículo 20.

(c) Elementos adicionales de asignación geográfica de la operación

Algunos sistemas han ido incorporando elementos de juicio que complementan a los umbrales por la vía de ir delimitando y acotando el nexo de jurisdicción. Estos elementos adicionales vienen a reforzar la importancia del impacto doméstico para justificar la intervención de determinada agencia local.

Mencionamos, a modo de ejemplo, los Estados Unidos, donde una operación no merece notificación si el adquirente no efectúa actividades comerciales en dicho país (*“engaged in commerce or in any activity affecting commerce”*); o México, que exime de notificación a aquellas operaciones que involucren sólo entidades constituidas en el extranjero y no se adquiera el control de entidades mexicanas o activos locales²⁹¹. Asimismo, Canadá restringe su umbral de ventas nacionales exigiendo notificación sólo si la entidad adquirida también tiene un negocio operativo (*“operating business”*) en el país²⁹².

La consagración de estos elementos adicionales, que se convierten en gravitantes para gatillar al deber de notificación, no ha estado exenta de críticas, las que apuntan básicamente a su

²⁹¹ Ley Federal de Competencia Económica, de 2014, Artículo 93, numeral IV.

²⁹² *Competition Act*, de 1985, Secciones 108 y siguientes.

indeterminación conceptual (“factores vagos como ‘efectos locales’ para establecer jurisdicción, o para excluir jurisdicción donde tales efectos no existan, deben ser evitados”²⁹³).

El problema de incorporar elementos que resulten ambiguos es que irroga costos innecesarios para la agencia, ya que al recibir una notificación deberá comprobar no sólo que la operación ha superado los umbrales, sino también que ésta produce el efecto adicional requerido; en este sentido, parece más razonable optar por un criterio de umbral más preciso (por ejemplo, sólo ventas nacionales), o acotar el criterio elegido (por ejemplo, incluir sólo activos ubicados en el país) o derechamente fijar un umbral alto y contener el riesgo de error por la vía de los otros mecanismos auxiliares revisados, como las facultades de investigación *ex post*.

2.7.3. Variables relevantes a considerar en el diseño de los umbrales

En la configuración de los umbrales deberá considerarse un conjunto de variables que son indispensables para su eficacia. Estas variables corresponden a (1) objetividad y accesibilidad; (2) asignación geográfica; (3) temporalidad; (4) unicidad y (5) adaptabilidad:

2.7.3.1. Objetividad y accesibilidad

Umbrales diseñados de manera ambigua pueden llevar al efecto indeseado de sobre-notificación, por eso, deben estar basados en criterios objetivos y claros, que permitan a las partes determinar fácilmente si su operación debe o no ser notificada. La objetividad está dada por información cuantificable y verificable por la agencia, sin que ello requiera mayores indagaciones. Los umbrales deben ser una herramienta que acote, y no que aumente, espacios de incertidumbre: un control obligatorio requiere tal claridad ante la amenaza legal de sanciones por falta de notificación. De los criterios que sustentan, a nivel comparado, los umbrales de notificación el valor de los activos o el volumen de las ventas son ejemplos de criterios objetivamente cuantificables, no así las cuotas de mercado, que introducen elementos valorativos, controvertibles y de complejo cálculo que las aleja de la función esperada de los umbrales, esto es, servir como regla eficaz y confiable de selección de casos.

También nos referimos a la accesibilidad de la información: debe tratarse de antecedentes disponibles para las partes y producidos por ellas en el curso de su actividad ordinaria. Depender de la elaboración de estudios sobre el desempeño de otros agentes económicos distintos de las partes, a fin de conocer sus participaciones de mercado, irroga costos de transacción que, si bien pueden

²⁹³ ICN (2008), p.14 [“*Vague factors such as ‘local effects’ to establish jurisdiction or to exclude jurisdiction where such effects are lacking, ought to be avoided*”].

justificarse en el contexto de la investigación ya iniciada, no se justifica para evaluar si existe el deber mismo de notificación. Por lo mismo, los criterios basados en las ventas constituyen el umbral de notificación más común. Esta información se encuentra fácilmente disponible en estados financieros consolidados, balance anual, o en general cuentas de ingresos y gastos.

Así, umbrales basados en las ventas tienen notables ventajas: sortean de mejor forma la asimetría de información que afecta a la relación notificantes/agencia, ya que es información que toda empresa maneja ordinariamente en la marcha de sus negocios; simplifican el proceso de notificación y contribuyen al trabajo de la agencia; y facilitan investigar *ex post* a aquellas operaciones que no se notificaron y tenían el deber de hacerlo, bastando efectuar solicitudes de información, y contrastar las ventas que registraron las partes con los valores de umbrales vigentes al tiempo de consumarse la operación.

A contrario sensu, las cuotas de mercado, índices de concentración y otros elementos valorativos, son desaconsejables y escasamente utilizados como criterios que sustenten los umbrales.

2.7.3.2. Asignación geográfica

En el contexto de una economía global y abierta, uno de los mayores desafíos reside en que, aun cuando se elija un criterio adecuado y un valor numérico óptimo de los umbrales, si no es posible establecer un nexo suficiente entre la operación y la(s) jurisdicción(es) en que ésta producirá sus efectos, una agencia puede terminar conociendo operaciones que no tendrán un impacto económico local y significativo, o derechosamente carezcan de todo impacto económico en su territorio. Esto tiene una consecuencia no sólo jurídica (en términos de si la agencia local está dotada de atribuciones para conocer operaciones transfronterizas), sino también económicas (en términos de los costos públicos y privados que irroga un control de una operación cuya incidencia doméstica sea insignificante). Una adecuada asignación geográfica de la operación evita dirigir recursos de la agencia a operaciones que no reportarán efectos apreciables para la competencia dentro de su territorio. De lo contrario, “[l]a notificación obligatoria de dichas concentraciones conllevaría innecesarios costes administrativos, así como una utilización de recursos que no se vería compensada por ninguna de las ventajas derivadas de la ejecución de las normas”²⁹⁴. Controlar una operación sin incidencia en los mercados nacionales no tendría justificación ni beneficio alguno en términos de *enforcement* para la agencia local.

²⁹⁴ ICN (2002), p. 1.

Por lo anterior, el criterio de ventas o activos nacionales aparece nuevamente como el más idóneo, y se ha convertido en una práctica recomendada por la ICN y la OCDE. Ello no excluye que se considere también a ciertas operaciones transfronterizas por la vía de exigir el cálculo del volumen mundial de negocios o el valor mundial de los activos. En este sentido se ha señalado que

“los umbrales de notificación que se refieren a las ventas mundiales de las partes crean dos riesgos: pueden resultar en un alto número de notificación de transacciones con un bajo impacto doméstico, lo que puede imponer costos enormes, particularmente en agencias de competencia más nuevas con recursos y experiencia limitadas; al mismo tiempo, transacciones domésticas más pequeñas con un potencial impacto negativo en el mercado doméstico, pueden escapar de notificación y revisión”²⁹⁵.

Hay países que exigen copulativamente ventas nacionales y globales, y tienden a fijar un umbral muy alto, para no verse superadas por un gran número de notificaciones. El problema en este caso es que operaciones pequeñas y puramente domésticas, que pueden tener efectos anticompetitivos en mercados geográficos acotados al país, no alcanzan a superar el umbral.

Por lo anterior, ventas o activos globales pueden ser útiles como un criterio alternativo a las ventas locales, pero no es adecuado que sean el único criterio que gatille la obligación de notificar, ya que bastaría con que las partes alcancen cierto tamaño agregado mundial, sin importar que la operación tenga conexión alguna con la jurisdicción local. A nivel de la OCDE, no hay países que usen exclusivamente el criterio de ventas globales: la mayoría de estos países usan ventas nacionales y globales de manera conjunta (destacan Estados Unidos, Finlandia, Francia, Alemania y Holanda), aunque otras se inclinan por usarlos de manera alternativa (República Checa, Dinamarca, Polonia, Suiza y Turquía)²⁹⁶.

En nuestra opinión, el criterio de ventas globales como uno alternativo a las ventas locales era una buena opción para un país como Chile que tiene una economía abierta de matriz eminentemente exportadora, sin embargo, el DL 211 optó por considerar sólo ventas nacionales.

2.7.3.3. Temporalidad

Esta variable viene a hacerse cargo del control de las llamadas “operaciones escalonadas”. Esta clase de operaciones requiere un esfuerzo mayor de *enforcement* no sólo en la definición de transacción susceptible de ser controlada, sino también en el diseño de umbrales. Un umbral cuyo criterio es la valuación de la operación puede dar lugar a estrategias fraudulentas tendientes a la

²⁹⁵ ICN (2008), p. 14 [“Notification thresholds that refer to the parties’ worldwide revenues create two risks: they might result in a high number of notifications of transactions that have little domestic impact which can impose enormous costs in particular on newer competition authorities with limited resources and experience; at the same time, smaller domestic transactions with a potential negative impact on domestic market may escape notification and review”].

²⁹⁶ OCDE (2016b), pp.12-13.

segmentación de los actos que materializan la fusión, y así quedar por debajo del margen que gatilla la notificación. La cuestión es menos problemática cuando el criterio del umbral corresponde a ventas; aquí se atiende a las ventas registradas en el año anterior a la notificación (toda vez que existen registros contables íntegros y fehacientes acerca del volumen de negocios de las entidades que proyectan concentrarse).

En este punto Chile se ha valido de dos reglas eficaces: el artículo 47 del DL 211 define operación de concentración comprendiendo a todo hecho, acto, convención “o conjunto de ellos”, anticipándose a operaciones que se perfeccionan en actos sucesivos²⁹⁷; y, en lo que respecta a los umbrales, el artículo 48 con meridiana claridad establece que las ventas a considerar corresponderán a aquellas acumuladas “durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifique la notificación”.

2.7.3.4. Unicidad

Los países también pueden verse atraídos a fijar umbrales diferenciados por industrias o sectores de la economía. Puede pensarse que si sólo existe un único umbral, habría mercados pequeños donde éste sería poco exigente, y otros mercados más grandes, donde sería muy restrictivo. El objetivo parece loable: aumentar el espectro de operaciones revisables, acotando la probabilidad de un error de tipo II. Sin embargo, umbrales diferenciados son una opción desaconsejable, que plantea una serie de incertidumbres similares a las de los umbrales basados en cuotas de mercado: ¿cómo definir adecuadamente los límites de una industria o sector?; ¿cómo adaptar los umbrales a los cambios de una industria?, ¿cómo evitar quejas sobre umbrales discriminatorios, arbitrarios o políticos, si parecen favorecer o centrarse en ciertas industrias?²⁹⁸

La delimitación de una industria no es baladí, puede dar lugar a controversias o desacuerdos con los operadores del sistema, complejizando y retrasando el proceso de notificación, a más de irrogar costos de transacción mayores a las partes, especialmente en operaciones que involucren varios sectores (v.gr. operaciones de conglomerado). Tampoco serán despreciables los costos para la agencia derivados de manejar y supervisar el desempeño de los umbrales sectoriales, donde se requerirán actualizaciones con distinta frecuencia, dependiendo de los cambios de cada industria (y siempre que tales cambios sean oportunamente detectados). En seguida, los riesgos de captura del regulador se acentúan, surgiendo presiones sectoriales con el objetivo de modificar los respectivos umbrales a su favor. Por eso, “[a]l optar por un umbral único, la autoridad evita las tentaciones de otorgar tratos favorables y también se protege de acusaciones de tratos discriminatorios o

²⁹⁷ Destacamos lo instruido por la Fiscalía Nacional Económica en relación al control de operaciones escalonadas en su “Guía de Competencia” (FNE, 2017a, pp. 12-13).

²⁹⁸ OCDE (2014a), p. 93.

arbitrarios”²⁹⁹. Creemos, entonces, que umbrales por industria crean riesgos y costos que superan sus potenciales beneficios, afectando la certeza, predictibilidad y objetividad esperables de un sistema obligatorio de notificación.

2.7.3.5. Adaptabilidad

La última variable, a nuestro juicio, relevante en el diseño de umbrales dice relación con su flexibilidad práctica una vez que ya están en vigor, en el sentido de que sean susceptibles de modificación en el tiempo según la experiencia acumulada de la agencia, la recepción y aplicación que los usuarios del sistema le han dado, y su eficacia en contener la sobrenotificación (o en su defecto, hacerse cargo de la infra-notificación). Este es un aspecto que ha adquirido cada vez mayor notoriedad ya que, sin necesidad de cambiar el criterio en que se basan, una vez puestos en práctica, los umbrales pueden devenir insuficientes (o sobre-exigentes) a la luz del número de notificaciones evidenciado. La adaptabilidad de los umbrales permite una eficiente reasignación de los recursos de la agencia, quien puede enfocar mejor sus capacidades técnicas, financieras y humanas en un número manejable de notificaciones.

La adaptación de los umbrales parte, necesariamente, de la comparación entre el número de operaciones esperado, y el número de operaciones efectivamente revisadas, dentro de un margen de tiempo dado (v. gr. un año). Definir un número aceptable para todas las jurisdicciones es imposible; si una agencia es pequeña o tiene recursos muy limitados, es preferible limitar el número de notificaciones por la vía de fijar umbrales altos; en cambio, agencias con más recursos pueden administrar de mejor manera un mayor volumen de notificaciones. Además, los umbrales no necesariamente operan solos, de suerte que un número bajo de notificaciones puede ser apropiado si la agencia tiene la facultad de investigar operaciones no notificables³⁰⁰.

Las agencias se pueden valer de otros elementos para evaluar el desempeño real de los umbrales y su eficacia para capturar operaciones anticompetitivas: por ejemplo, el porcentaje de operaciones que pasan a Fase II, presumiblemente más riesgosas, el porcentaje de operaciones que llevaron a remedios, o la tasa de operaciones que fueron desistidas³⁰¹.

Pues bien, ante la necesidad de permanente monitoreo de los umbrales, su flexibilidad se hace imperativa. No será lo mismo fijar el valor de los umbrales en la ley, que por medio de una norma infra-legal en un reglamento, decreto o resolución dictada por un ministerio, comisión *ad hoc*

²⁹⁹ GONZÁLEZ y HUNEEUS (2015), p. 12.

³⁰⁰ ICN (2008), p.10.

³⁰¹ Se ha dicho que, en general, un 5% de operaciones problemáticas o complejas es un rango mínimo, y un 12% un rango aceptable dentro del total de operaciones revisadas, véase ICN (2008), p. 7.

o por la misma agencia. Mecanismos rígidos y complejos de adecuación, como la consagración en la ley, son desaconsejables ya que requerirán la iniciativa y aprobación de los órganos legislativos para una definición esencialmente técnica, estadística y no menos compleja. Igualmente, se deberá definir el rango de tiempo razonable a considerar para la evaluación y modificación de los umbrales (por ejemplo, en Estados Unidos, la FTC revisa anualmente sus umbrales). Por último, no puede desatenderse el interés de los mismos agentes económicos, quienes en definitiva deberán conocer y asimilar los costos de todo cambio en los umbrales, por eso, también es recomendable considerar sus opiniones como directos afectados y como actores con información de primera fuente sobre los mercados. Por supuesto, dado el cariz técnico de la definición de valores óptimos, la intervención de entidades regulatorias o sectoriales, expertos y académicos es igualmente necesaria.

2.7.4. Umbrales de notificación en el régimen chileno

El nuevo diseño de control de fusiones toma el criterio de umbrales según ventas recomendado por la OCDE³⁰², aun cuando en nuestro medio ya existían opiniones que abogaban por un cambio en el mismo sentido³⁰³.

Los umbrales de notificación de operaciones de concentración en Chile tienen su consagración legal en el artículo 48, incisos 1°, 2°, 3° y final, del DL 211. Esta normativa debe ser necesariamente complementada por lo preceptuado en la Resolución N° 667 y en la “Guía de Umbrales”, ambas de la Fiscalía Nacional Económica.

El artículo 48, en su inciso 1°, dispone: “Deberán notificarse a la Fiscalía Nacional Económica, en forma previa a su perfeccionamiento, las operaciones de concentración que produzcan efectos en Chile y que cumplan con los siguientes requisitos copulativos:

- a) Que la suma de las ventas en Chile de los agentes económicos que proyectan concentrarse haya alcanzado, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifique la notificación, montos iguales o superiores al umbral establecido mediante resolución dictada por el Fiscal Nacional Económico.
- b) Que en Chile, por separado, al menos dos de los agentes económicos que proyectan concentrarse hayan generado ventas, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifique la

³⁰² OCDE (2014a), pp. 89-90

³⁰³ NEHME y MORDOJ (2012), p. 126; GONZÁLEZ y HUNEEUS (2015), p. 13; COLEGIO ABOGADOS DE CHILE A.G. (2012), p.13 COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL LIBRE COMPETENCIA (2012), p.27; CAVIEDES (2012), p. 157; CAVIEDES (2014), p. 364.

notificación, por montos iguales o superiores al umbral establecido mediante resolución dictada por el Fiscal Nacional Económico”.

La “resolución dictada por el Fiscal Nacional Económico” corresponde actualmente a la Resolución N° 667, que fijó por primera vez los valores numéricos de los umbrales de notificación. De acuerdo esta resolución, el *umbral conjunto* –a que se refiere el literal a)– alcanza las 1.800.000 UF, y el *umbral individual* –a que se refiere el literal b)– alcanza las 290.000 UF. Estos valores son los que rigen a la fecha en nuestro país. Para estos efectos, deberá considerarse el valor de la UF al 31 de diciembre del año anterior a aquel en que se efectúa la notificación³⁰⁴.

Nos parece ineludible desarrollar la importancia del artículo 48. En primer lugar, se establece el deber de notificación, y la oportunidad en que ha de practicarse la notificación de la operación, esto es, “en forma previa a su perfeccionamiento”. Recordemos que si la operación debía notificarse y las partes no lo hicieron, arriesgan la aplicación de sanciones y medidas, de conformidad a la letra a) de artículo 3° bis. También se reafirma que la autoridad llamada a recibir la notificación es el Fiscal Nacional Económico, en idéntico sentido a lo dispuesto en otras normas del DL 211 (por ejemplo, los artículos 39 letra o); 46 y 50 inc. 1°).

En seguida, el artículo 48 consagra el nexo de jurisdicción (nexo local o nexo geográfico) entre la operación notificable y el ordenamiento jurídico nacional. Se requiere, primero, que se trate de operaciones de concentración “que produzcan efectos en Chile”, y segundo, que los agentes económicos involucrados superen cierto volumen de “ventas en Chile”.

Como primer requisito, una operación será notificable cuando pueda producir efectos en Chile, aun cuando el hecho, acto o convención no se haya celebrado o ejecutado dentro del territorio nacional. No se exige que la operación produzca efectos *exclusivamente* en Chile; podrá ser una operación de alcance transfronterizo, en la medida que tenga la aptitud de generar efectos en nuestro país. Ahora bien, qué se entiende por “efectos”, la norma no lo expresa, pero creemos que es un concepto amplio que no se restringe solo al efecto de cese de independencia de los agentes económicos (a que se refiere el art. 47), sino a cualquier consecuencia económica derivada de la operación de concentración para el caso de llegar a perfeccionarse. Nos referimos, por ejemplo, a los efectos que pueda tener la operación en la oferta y/o demanda de bienes o servicios en determinado mercado geográfico que comprenda en todo o en parte el territorio chileno, o que

³⁰⁴ De esta forma, para las notificaciones promovidas durante el año calendario 2018, el valor del umbral conjunto alcanza \$48.236.652.000 (aproximadamente 80 millones de dólares) y el umbral individual alcanza \$7.771.460.600 (aproximadamente 13 millones de dólares). Notamos también que la Resolución N° 667 estableció una unidad reajustable como es la UF, lo que permite hacerse cargo del efecto distorsionador de la inflación sobre los precios.

puedan derivarse de la adquisición de control de una entidad que opere o que pretende operar en Chile, o de la adquisición de activos situados en Chile, o de la presencia en Chile de proveedores o consumidores de las partes o de la entidad resultante. Si las entidades que se fusionan o asocian, o la entidad adquirente y adquirida, están ambas constituidas en el extranjero (llamadas “*foreign-to-foreign mergers*”) o los actos jurídicos que sirven de vehículo a la operación se ejecutarán en el extranjero, aun así podrán caer dentro de la órbita de competencia de la Fiscalía si la operación es apta para producir efectos en Chile porque una de las partes opera en Chile (como sería en caso de una fusión por absorción en que la absorbida es un entidad chilena), o porque la entidad resultante operará en Chile, o porque se adquiere el control de una subsidiaria chilena o porque se adquiere el control de ciertos activos localizados en Chile. En cambio, si, por ejemplo, los agentes económicos constituidos en Chile se asocian por la vía de un joint venture que exclusivamente operará en el extranjero, no merecerá notificación. Así las cosas, el nexo de jurisdicción considera como primer requisito, necesario aunque no suficiente, que alguno de los efectos de la operación sea susceptible de producirse en Chile.

Los agentes económicos que se concentran deben, como segundo requisito, haber superado determinado volumen de ventas en Chile en el año anterior a la notificación. El artículo 48 determina el criterio cuantificable sobre el cual se configura el umbral, a saber, los ingresos por ventas. Como especifica la FNE, por “ventas” ha de entenderse “los importes resultantes de la ventas de productos y/o la prestación de servicios”³⁰⁵. Debe, asimismo, tratarse de ventas generadas *en Chile*. La FNE utiliza como regla general de atribución geográfica de las ventas, “el lugar en que se presta el servicio o [el lugar en que] se provee finalmente el producto”³⁰⁶, sin importar el país donde se haya celebrado el contrato con el cliente. Sobre esta misma materia, la FNE prevé directrices específicas para algunos casos³⁰⁷: (i) tratándose de empresas dedicadas al *abastecimiento de insumos en varios países*, el lugar final de entrega será el determinante para localizar el negocio y sus respectivos importes; (ii) para el caso de *servicios transfronterizos*, se deberá considerar como determinante el lugar en que finalmente se prestan, independientemente de que se hayan contratado en Chile. Por tanto, si se contrata desde el extranjero un servicio a ser prestado en Chile, se deberá contabilizar como parte de las ventas nacionales; mientras que un servicio contratado en nuestro país no se considerará venta nacional si se prestará en el extranjero (v. gr. hotelería, rent-a-car); (iii) para ventas efectuadas *directamente con las filiales de una empresa multinacional*, cuyos pedidos se formulan según sus requerimientos locales, las ventas se asignarán al país en que se establece la

³⁰⁵ FNE (2017b), p. 5.

³⁰⁶ FNE (2017b), p. 10.

³⁰⁷ FNE (2017b), pp. 10-11.

filial, con independencia de si es la matriz quien efectúa el pago; (iv) si una empresa transnacional *vende en Chile sus productos o provee sus servicios a través de un tercero* (como ocurriría en virtud de un contrato de franquicia o distribución), deberán considerarse las ventas de este tercero como generadas por la empresa, sin importar que ésta carezca de ventas directas en el país; y (v) en el caso de *empresas de transporte internacional*, se considerarán como ventas generadas en Chile todas las contrataciones de servicio de transporte indistintamente si tienen como origen o como destino nuestro país.

El DL 211 descarta, para detonar la notificación, el cálculo de cuotas de mercado o de índices de concentración, el monto de la transacción o el volumen de activos de las partes³⁰⁸.

El legislador excluye una evaluación de ventas globales, lo que a nuestro juicio se justifica únicamente en que el cálculo de las ventas agregadas a nivel mundial puede ser complejo de determinar y costoso de controlar para la Fiscalía, por lo que se acota el espectro de operaciones revisables a aquellas que, más allá de su alcance internacional, puedan suponer un efecto doméstico relevante y en que intervengan agentes que desarrollan actividades en Chile. No obstante, creemos que de *lege ferenda* y una vez conocido el desempeño real de los umbrales y la capacidad de la FNE para procesar un mayor número de notificaciones, se debería ampliar el criterio a *ventas globales*, aunque como un umbral *alternativo*. Las industrias extractivas (minera, forestal, agroalimentaria) constituyen la base de la matriz productiva chilena, todos rubros que dependen fundamentalmente de las exportaciones, por lo que muchas de las fusiones en que intervengan los agentes de estos mercados, por la regla de asignación geográfica actual limitada a ventas nacionales, quedarán exentos de notificación. Este cambio no necesariamente llevará a un aumento explosivo del número de notificaciones o una exigencia que entrabe notablemente el tráfico: el umbral de ventas globales puede situarse mucho más alto que el umbral de ventas nacionales. De esta forma se evita también la tentación de establecer umbrales diferenciados por sector de la economía.

El artículo 48 es importante también porque fija un umbral conjunto (“la suma de las ventas en Chile de los agentes económicos que proyectan concentrarse”) y un umbral individual (“por separado, al menos dos de los agentes económicos que proyectan concentrarse”). Se exige que los agentes superen el umbral de ventas conjunto e individual *de manera copulativa* para gatillar el

³⁰⁸ Sin perjuicio de ello, el Reglamento requiere que las partes señalen el monto estimado de la operación (art 2, N° 4, letra g), y los porcentajes de participación que detentan en el mercado relevante afectado por la operación (art. 2 N°5, letras c) y d), y N°6, letra b), pero esta exigencia aparece sólo como un antecedente a acompañar en la notificación, mas no es un elemento de hecho que determina la obligación misma de notificar. Asimismo, el Reglamento dispone que aquellos agentes económicos que quieran acogerse al mecanismo de notificación simplificada deberán efectuar un cálculo de las cuotas de participación e índices de concentración en el mercado relevante para determinar si califican dentro de los supuestos que hacen procedente tal mecanismo (art. 4 letras b) y c) del Reglamento).

deber de notificación. Este reparo no es baladí, ya que se pudo haber considerado los umbrales de manera alternativa, lo que habría aumentado considerablemente el espectro y número de operaciones notificables, irrogando una mayor carga de trabajo y presión sobre la Fiscalía. Que se conjugue un umbral individual y uno conjunto, copulativamente, disminuye riesgos de sobrenotificación de operaciones entre empresas de tamaño reducido.

El diseño de umbrales copulativos se caracteriza además por la *interdependencia* de los mismos, cuestión que deberá considerarse a la hora de fijar un valor numérico óptimo para cada umbral³⁰⁹. Manteniendo constante el valor del umbral individual, si el umbral conjunto sube (haciendo más difícil que una operación merezca notificación), la probabilidad de un error tipo II (no revisar una operación peligrosa) también aumenta; a su vez, si el umbral conjunto baja (haciendo más fácil que una operación merezca notificación), la probabilidad de un error tipo I (revisar una operación inofensiva) aumenta. Esto implica, en términos simples, una relación inversa entre el valor del umbral conjunto y el valor del umbral individual: si se ajusta al alza el umbral conjunto, deberá compensarse su efecto, con la baja del umbral individual.

El artículo 48 se hace cargo también de la variable temporal asociada a los umbrales, considerando las ventas correspondientes al “ejercicio anterior a aquel en que se verifique la notificación”. Ello provee mayor seguridad para la agencia (en cuanto a la fidelidad de las cifras) y mayor accesibilidad de la información para las partes (al ser antecedentes contables asociados a su propia facturación). Sobre este punto, la FNE ha instruido que considerará como fuente de información aceptable “la contabilidad de la empresa, llevada según las normas generales”³¹⁰. En casos calificados y debidamente justificados por las partes, “la Fiscalía admitirá la utilización de datos no auditados provenientes de la contabilidad de la empresa o de los registros internos de los agentes económicos”³¹¹. La propia agencia ejemplifica con el caso de entidades que no estén legalmente obligadas a auditar sus estados financieros, y el caso especial de la adquisición de activos, en que si bien el DL 211 exige considerar las ventas generadas con los activos que se adquieren, es posible que tales ventas se contabilicen agregadamente (y no por separado atribuyéndolas a un determinado activo): en ambos supuestos, serán aceptables los cálculos y registros internos que lleven las partes.

El artículo 48, en su inciso 2º, señala los agentes económicos cuyas ventas deben ser incluidas en el cálculo de los volúmenes totales. Deberán contabilizarse las ventas acumuladas por

³⁰⁹ BUCCIROSSI, CERVONE y RIVIERA (2014) y LEAR (2015).

³¹⁰ FNE (2017b), p. 6.

³¹¹ FNE (2017b), p. 6.

los agentes que materialmente se concentran, así como de otras entidades del grupo empresarial de cada una. El artículo 48 diferencia según la tipología de la operación. Para las hipótesis de fusión y de joint venture “se sumarán las ventas en Chile de los agentes económicos que se fusionan o que se asocian, y las de sus respectivos grupos empresariales”. Para la tipología de adquisición de influencia decisiva en la administración de otra entidad “se sumarán las ventas en Chile del agente económico que adquiere la influencia decisiva, las de todo su grupo empresarial y las del o de los agentes económicos adquiridos”. Tratándose de la hipótesis de adquisición del control de activos “se sumarán las ventas en Chile del o de los agentes económicos adquirentes, las de sus respectivos grupos empresariales, y aquellas generadas con los activos adquiridos”.

Lo determinante, para estos efectos, es qué se entiende por grupo empresarial y consecuentemente, qué entidades pueden considerarse como pertenecientes a éste y cuáles no. Aun cuando el DL 211 es silente en este sentido, la FNE en su “Guía de Umbrales” lo ha resuelto acudiendo a la noción legal de grupo empresarial contenida en la LMV. Tal como en el concepto de operación de concentración del artículo 47 (que sólo comprende operaciones entre entidades que “no formen parte de un mismo grupo empresarial”, sin definirlo), por razones asociadas a la certeza jurídica y predictibilidad, la Fiscalía se vale de una noción de grupo empresarial ya existente, que tiene consagración legal³¹².

De esta forma, para los cálculos de las ventas deberán incluirse aquéllas generadas por: (i) el propio *agente económico parte* que materialmente se concentra; (ii) las *entidades que controlen directa o indirectamente el agente económico parte*, por la vía de poder asegurar la mayoría de votos en los órganos de representación (juntas de accionistas, asambleas de propietarios, etc.) y elegir la mayoría de los miembros de los órganos de administración (directorio, administradores o representantes legales), o por la vía de poder ejercer influencia decisiva en la administración al detentar al menos el 25% del capital con derecho a voto; (iii) las *entidades que controlan al agente económico parte* en la forma antes señalada; (iv) otras *entidades controladas también por el controlador del agente económico parte*; y (v) entidades que *por un acuerdo de actuación conjunta controlen al agente económico parte*. La FNE ilustra cómo se aplican estas categorías a los casos de fusión, joint venture, adquisición de influencia decisiva en la administración de otra entidad y, especialmente, el caso de adquisición de activos donde sólo deben considerarse las ventas generadas con esos activos³¹³.

³¹² Las prevenciones que hicimos de la interpretación de la FNE por la vía de la remisión a la LMV, a propósito del concepto de “operación de concentración”, las damos por enteramente reproducidas, véase *supra* sección 2.6.1.

³¹³ FNE (2017b), pp. 7-9.

El artículo 48 establece asimismo que, cualquiera sea la tipología de operación de concentración, existen montos usualmente asociados a los importes percibidos que deben ser excluidos para calcular las ventas generadas. El artículo 48, en su inciso 3º, dispone: “Para efectos de lo establecido en este artículo, se deducirán de las ventas los impuestos, las ventas que hayan tenido lugar entre agentes de un mismo grupo empresarial, aquellas que no provengan de la explotación del giro habitual del o de los agentes económicos considerados, y las demás que señale la resolución del Fiscal Nacional Económico, en la forma que en ella se determinen”. Esta regla se explica porque tales ítems distorsionan el resultado de los ingresos facturados y no dan cuenta del desempeño comercial real y normal de las partes, que es lo que interesa a efectos de identificar la relevancia económica de cada entidad y, a partir de ello pronosticar su impacto doméstico. Vale hacer algunas precisiones. La norma citada alude a “las demás [ventas] que señale la resolución del Fiscal Nacional Económico, [deducidas] en la forma que en ella se determinen”, referencia a la resolución que fija los valores numéricos de los umbrales, hoy la Resolución N° 667, que sin embargo no incorpora ítems nuevos que deban descontarse³¹⁴. Si bien la FNE ha dictado lineamientos en esta materia, éstos están referidos únicamente a los conceptos que indica el artículo 48. Por tanto, de los volúmenes de ventas de los agentes económicos respectivos habrán de excluirse: (i) los impuestos, entendiendo por tales “los impuestos directamente relacionados con el volumen de ventas, tales como el Impuesto al Valor Agregado, aranceles u otros gravámenes aduaneros, el impuesto sobre las bebidas alcohólicas, el impuesto al tabaco, etcétera”³¹⁵, cuyos valores sobre los importes pueden ser fácilmente contabilizados y posteriormente deducidos; (ii) las ventas que hayan tenido lugar entre agentes de un mismo grupo empresarial, para lo cual la FNE se remite a la noción de grupo empresarial que emplea la LMV como se explicó más arriba³¹⁶; y (iii) las ventas que no provengan de la explotación del giro habitual de los agentes económicos que se concentran, concepto que tampoco es definido por el DL 211, pero que la FNE entiende como “aquellas partidas que no resulten del normal desarrollo de la actividad comercial que habitualmente desempeña cada uno de estos agentes”³¹⁷.

³¹⁴ Lo que no obsta a que en el futuro la resolución del Fiscal Nacional Económico que establezca nuevos valores para los umbrales pueda establecer ítems adicionales y formas en que éstos deberán descontarse, estando el Fiscal expresa y especialmente habilitado para ello por el legislador.

³¹⁵ FNE (2017b), p. 5.

³¹⁶ La exclusión de las ventas intra-grupo es consistente con que el DL 211 no califique como operación de concentración aquellas integraciones y otras modificaciones estructurales entre entidades de un mismo grupo empresarial, lo que se justifica en que, a pesar de tales cambios estructurales, ellos no alteran la forma en que los agentes involucrados compiten con sus rivales, ni los incentivos para disponer de sus activos en el proceso competitivo, subsistiendo las relaciones de subordinación por la vía del control directo o indirecto de una entidad sobre la propiedad de otra, o sobre sus activos.

³¹⁷ FNE (2017 b), p. 5.

Sumado a lo anterior, la FNE ha impartido lineamientos para el cálculo de las ventas de entidades que operan en ciertos rubros, identificando partidas cuya inclusión distorsiona al alza sus ingresos, o cuya exclusión lleva a la baja, por no tener relación con el desempeño económico y comercial efectivo de las partes. La “Guía de Umbrales” contiene disposiciones especiales sobre el cómputo de los ingresos registrados por instituciones bancarias y otras entidades financieras allí definidas³¹⁸; por compañías de seguros, reaseguros y administradoras de fondos de pensiones³¹⁹; por fondos de inversión³²⁰; y por empresas del Estado³²¹, reglas que se hacen cargo de las peculiaridades de estas industrias en cuanto al origen de sus ingresos (usualmente primas, intereses, comisiones, rentabilidades de títulos o de participaciones societarias, etc.), evitando riesgos de doble contabilización que lleven a una sobre-notificación, así como riesgos de no computar ventas de las entidades sobre las que tienen control (que sí deben contabilizarse) y que puedan conducir a una infra-notificación.

El artículo 48 es relevante, finalmente, porque delega en el Fiscal Nacional Económico la determinación del valor numérico de cada umbral, para lo cual deberá dictar una resolución ad hoc. Este acto administrativo destaca por sus efectos generales (a diferencia de la mayoría de los actos de la FNE que sólo tienen efectos particulares), razón por la cual el DL 211 exige su publicación en el Diario Oficial. La delegación al Fiscal proporciona mayor flexibilidad, a la vez que contribuye a la evaluación de los umbrales y a una más rápida adaptación a las exigencias prácticas del sistema. Cabe destacar que esta regla obedece a un cambio en el proyecto de ley original, donde se establecía correspondería al Ministerio de Economía, mediante la dictación de un reglamento, la fijación de los valores de umbrales³²². Ello no sólo anquilosaba la capacidad de adaptación al requerirse la enmienda del reglamento a instancias del Ejecutivo, sino también lo dejaba expuesto a presiones políticas y de cabildeo de sectores interesados. En definitiva el legislador prefirió el criterio eminentemente técnico y profesional de la agencia como el más indicado para determinar cuándo y en qué sentido ajustar los umbrales de notificación³²³.

³¹⁸ FNE (2017b), p. 11.

³¹⁹ FNE (2017b), p. 12.

³²⁰ FNE (2017b), p. 13.

³²¹ FNE (2017b), p. 14.

³²² (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2016, p. 22. La Fiscalía intervenía pero limitándose a la obligación de informar anualmente los antecedentes que fueren necesarios para modificar los umbrales vigentes. No era un mecanismo expedito de adecuación de los umbrales, sino un mero deber de comunicación de la FNE hacia el Ministerio de Economía, siendo este último el encargado de la fijación de los umbrales vía reglamento. Este diseño no implicaba necesariamente que los umbrales iban a ser ajustados en la forma y oportunidad que sugriese la FNE.

³²³ A nuestro juicio no son procedentes cuestionamientos sobre la parcialidad de la agencia en la determinación del valor del umbral. Por lo pronto, es la ley la que define el criterio que informa a los umbrales (tamaño de las partes a partir del volumen de ventas en Chile) y se ha hecho cargo de casi todas las variables relevantes (objetividad, asignación geográfica, agentes económicos involucrados, variable temporal y unicidad del umbral), y sólo se delega a la agencia la determinación

La Fiscalía estableció los primeros valores de umbrales en su Resolución N° 667, cuyo contenido sometió previamente a consulta de académicos y del público en general. Lo más problemático en materia de umbrales es la determinación de sus guarismos definitivos. Recordemos que los umbrales son un mecanismo de exclusión de casos, donde converge este *trade off* entre costos de un error tipo I y de un error tipo II: a umbrales altos, menores costos para la agencia al haber menos operaciones que revisar, pero al mismo tiempo, mayor probabilidad de que operaciones anticompetitivas no sean revisadas; y viceversa, a umbrales bajos, aumenta no sólo el espectro de operaciones revisables sino también la probabilidad de que operaciones inocuas sean innecesariamente desafiadas.

La FNE se apegó estrictamente a los valores definidos en el informe solicitado por ella al profesor Fernando COLOMA. En esta materia, sin embargo, no existe un criterio uniforme a seguir. Se ha concluido que países de características similares son un *benchmark* particularmente ilustrativo³²⁴, con todo, no es fácil determinar qué países pueden considerarse comparables para estos efectos. NEHME y MORDOJ consideran factores de interés como la pertenencia a América Latina, el tamaño de población y el PIB per cápita³²⁵; la OCDE, similarmente, recomienda atender al “PIB, el tamaño estándar de las empresas que operan dentro de su territorio, y el número promedio de operaciones que pueden ser analizadas efectivamente”³²⁶.

COLOMA miró la experiencia internacional de economías de similar tamaño a partir del PIB, y con condiciones institucionales similares que identifica expresamente: la existencia de un umbral de notificación individual y conjunto, y haber modificado sus valores al menos un vez³²⁷. A partir de un total de 69 países pertenecientes al Global Competition Review y que cuentan con notificación obligatoria, obtuvo una muestra final de 14 países. Los parámetros elegidos permiten sortear los obstáculos inherentes a la comparación con regímenes extranjeros, donde puede haber

del guarismo, en pos, precisamente, de otra variable relevante, cual es la adaptabilidad. Tal como se ha señalado reiteradas veces, el umbral viene a cumplir un propósito meramente procedural, nada dice sobre el fondo de la evaluación ni del potencial anticompetitivo de una operación determinada, por lo que no puede considerarse un juicio anticipado. Asimismo, la Fiscalía es un servicio público independiente y descentralizado, que cuenta con la experticia técnica y profesional suficiente para evaluar el desempeño de los umbrales; es si no la autoridad mejor posicionada al ser la llamada a recibir las notificaciones y la que conocerá de primera fuente el desempeño práctico de los umbrales. Por último, la Fiscalía es un órgano de la administración del Estado, y como tal, está sujeto al estándar de motivación y publicidad del razonamiento de sus decisiones que impone la LBPA.

³²⁴ ICN (2008), p. 11.

³²⁵ NEHME y MORDOJ, pp.134-136.

³²⁶ OCDE (2014a), p. 92. Parámetros similares y otros más originales –aunque no menos complejos de determinar – aparecen en LEAR (2015), p.3: “¿A qué nos referimos por países ‘similares’? Pertener a una misma realidad política, compartir un marco judicial común, tener las mismas condiciones económicas y estructurales, por ejemplo, nivel del PIB, apertura al comercio, tamaño promedio de firma” [“What do we mean for “similar” countries? Belonging to the same political reality, sharing a common judicial framework, having the same economic and structural conditions, e.g. level of GDP, openness to trade, average firm size”].

³²⁷ COLOMA (2016), p.5.

distintas características de diseño institucional (umbral único, alternativo o copulativo), diferente experiencia acumulada por las agencias y reglas disímiles sobre reforma a los umbrales.

Partiendo de la calificación de Chile como una economía pequeña³²⁸, los guarismos propuestos por COLOMA atienden a la relación entre el tamaño de la economía y la concentración de los mercados³²⁹. Una economía pequeña presentaría mayores niveles de concentración (sus mercados tienen menos actores), por lo que los riesgos derivados de una fusión serán más significativos que si la misma operación tuviere lugar en una economía de gran tamaño:

“asumiendo que los mercados son de mayores dimensiones en economías grandes, una adquisición de una empresa con el mismo nivel de venta en un país grande [donde tendría una menor participación de mercado] y en un país pequeño [donde tendría una mayor participación] es más riesgosa en el segundo caso, por lo que para prevenir riesgos anticompetitivos los umbrales de notificación deben ser más bajos en el país pequeño [como Chile]”³³⁰ (el agregado es nuestro).

Así, por medio de un análisis de regresión a partir de la muestra de países seleccionada, el autor propuso un umbral de ventas combinado de 1.800.000 UF (USD\$ 80 millones, aprox.) y un umbral individual de 290.000 UF (USD\$13 millones, aprox.), valores que fueron íntegramente replicados por la Resolución N° 667 de la FNE.

Notamos, asimismo, que estos valores son muy similares a los presentados por el Ejecutivo durante la discusión de la Ley N° 20.945³³¹, a partir de los cuales, se pronosticaba un total de 53 notificaciones anuales³³². Según datos disponibles en el sitio web de la FNE, durante el primer año de funcionamiento del nuevo sistema de control de fusiones, se han resuelto 43 operaciones de concentración, lo que nos permite concluir que los montos de umbrales inicialmente prospectados han mostrado el desempeño esperado. Por supuesto, los montos vigentes pueden ser posteriormente ajustados en mayor o menor magnitud, sea siguiendo la misma metodología de COLOMA, o

³²⁸ Opinión generalmente compartida por economistas, aunque no sin opiniones divergentes, como puede verse en GONZÁLEZ y HUNEEUS (2015), pp. 2-3. Cuestionando la premisa de que Chile es una economía de menor tamaño, estos autores propusieron instaurar un sistema de notificación obligatoria, pero fijando umbrales considerablemente más altos (umbral conjunto de USD\$ 167 millones y umbral individual de USD\$ 61 millones) en comparación a los hoy vigentes (umbral conjunto de USD\$ 80 millones, y umbral individual de USD\$13 millones).

³²⁹ COLOMA (2016) p.6: “Esta relación entre tamaño de la economía y el monto de los umbrales es particularmente intuitiva [...]a un mismo tamaño de las empresas participantes en una operación de concentración, es razonable pensar que el potencial anticompetitivo de ésta sea mayor con una economía pequeña. Esto porque la dimensión de las empresas en relación al total de la industria debería ser más elevado y con esto también su participación en el mercado. De esta forma, en economías de mayor tamaño existe una presión para fijar un umbral más laxo [= más alto]”.

³³⁰ COLOMA (2016), p.6.

³³¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2016), p. 62: “Haciendo un análisis de regresión entre los umbrales que han fijado dichos países [refiere a un listado de 36 países de la OCDE] y sus respectivos niveles de ingreso (PIB como proxy de ventas), y ajustando los resultados al PIB nacional, se ha determinado para Chile un umbral conjunto de US\$ 83 millones y un umbral individual de US\$ 14 millones”.

³³² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2016), p. 63.

incorporando otros elementos como el tamaño promedio de las empresas o la apertura al comercio³³³.

El artículo 48, en su inciso final, concluye preceptuando: “En caso que se adeguen los umbrales referidos en las letras a) y b) del presente artículo, los nuevos umbrales que se establezcan entrarán en vigencia una vez transcurridos noventa días desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial”. Los nuevos montos deberán establecerse por otra resolución exenta del Fiscal, sujeta a las mismas exigencias de publicidad que aquella que la precede, esto es, inserción en el Diario Oficial. Se establece, además, una *entrada en vigencia diferida* a contar de su publicación, en consideración a que una vigencia inmediata puede afectar la certeza y predictibilidad del sistema³³⁴.

La ultra-actividad de los antiguos umbrales permite que operaciones que fueron notificadas obligatoriamente en virtud de los valores de la anterior resolución, continúen con su evaluación hasta su normal terminación, y aquellas operaciones que en virtud de la nueva resolución queden eventualmente exentas de notificarse obligatoriamente, perfeccionen su operación una vez que ésta haya entrado en plena vigencia. Puede parecer un tecnicismo, pero tiene incidencias jurídicas y prácticas no despreciables: si la operación se perfeccionó antes de la entrada en vigor de la nueva resolución, y tenía el deber de notificarse conforme a los valores de dicha resolución, habrá infringido su obligación de notificación; en cambio, si la operación se notificó en virtud de los valores establecidos por la anterior resolución e iniciado el procedimiento entraron en vigencia los nuevos umbrales, las partes podrán continuar hasta obtener una decisión, o bien, desistirse válidamente de la notificación y perfeccionar la operación sin arriesgar sanción por falta de notificación. Si bien la ley acertó en definir el umbral y delegar la fijación de sus valores numéricos, debió haber sentado las bases de un procedimiento regular de actualización y adecuación de los mismos, que suponga la injerencia de la FNE, por cierto, pero también de otros organismos técnicos. Se debe aspirar a la optimización del sistema de notificación obligatoria, permitiendo con cierta periodicidad (cada uno o dos años) contrastar el desempeño esperado de los umbrales con su desempeño efectivo. Aun así, es aconsejable que a futuro la Fiscalía contemple, al menos, una etapa

³³³ Como aparece en las propuestas metodológicas para fijación de umbrales que hacen LEAR (2015) y BUCCIROSSI, CERVONE y RIVIERA (2014).

³³⁴ El periodo de ultra-actividad de los umbrales anteriores fue incorporado durante la tramitación legislativa de la Ley N° 20.945 a raíz de una recomendación efectuada por el abogado señor Juan Cristóbal Gumucio: “Las operaciones de concentración son procesos complejos, cuyo perfeccionamiento conlleva un tiempo considerable y en donde se deben cumplir muchas condiciones para su materialización. El establecimiento de nuevos umbrales puede constituir un serio atentado contra la concreción de determinadas operaciones, en caso que aquellos se apliquen *in actum*, cambiando de un día a otro el escenario normativo que se tuvo en cuenta al concebir la operación. En consideración de lo señalado, se sugiere el establecimiento de un periodo de vacancia de 90 días en la vigencia de los umbrales para aquellas operaciones que no estaban obligadas a notificar con los umbrales anteriores” (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2016, p. 370).

de información pública o consulta en que se reciban los aportes de Universidades, gremios, asociaciones, agentes económicos y demás actores potencialmente interesados.

A modo de excuso, hacemos notar la diferencia entre la regulación del DL 211 dada al control preventivo de operaciones de concentración, y el control quasi-represivo de las adquisiciones de participación minoritaria en el capital de un competidor (nuevo art. 4 bis). Si bien en ambas hipótesis se establecen umbrales sobre los cuales se gatilla un deber de informar la operación a la FNE, en las adquisiciones minoritarias se ha optado por que tanto el criterio determinante del umbral (ingresos anuales por separado en el último año) como el valor numérico del mismo (equivalente a 100.000 UF) estén ambos fijados en la ley. En cambio, en las operaciones de concentración el criterio del umbral lo fija la ley, pero el valor numérico lo establece la FNE. En este sentido hay una notable ventaja en términos de adaptabilidad en favor del régimen de control de fusiones, ya que se permite la adecuación del umbral numérico con mayor rapidez según sea la experiencia práctica de funcionamiento del sistema, pudiendo el Fiscal pronunciar una nueva resolución. Por el contrario, el umbral exclusivamente legal al que se sujetan las adquisiciones minoritarias, rigidiza y dificulta enormemente su adaptación, ya que para su modificación requerirá necesariamente la iniciativa, tramitación y promulgación de un proyecto de ley que modifique el texto del DL 211.

2.8. Sujetos legitimados para impetrar la notificación

El artículo 48 del DL 211, en su inciso 4º, dispone: “Estarán obligados a practicar la notificación de la que trata este artículo, conjuntamente, los agentes económicos que hayan tomado parte en la operación de concentración. Los terceros que no hayan tomado parte en la operación de concentración no podrán practicar la notificación”.

La citada norma diferencia entre dos sujetos: aquellos agentes económicos que toman parte en la operación y aquellos que no toman parte en la operación (a quienes califica como “terceros”). Para facilitar la exposición, es pertinente distinguir, por un lado, el concepto de “agente económico”, definido legalmente y que comprende una noción amplia, económica y funcional de toda entidad que tiene la capacidad de ofrecer o demandar bienes o servicios; y por otro lado, las categorías específicas a efectos de la substanciación del procedimiento, que son las de “notificantes” y de “terceros”.

2.8.1. Noción de «agente económico» y de «notificantes»

El artículo 47 su inciso 2º dispone: “Para los efectos de lo dispuesto en este Título, se entenderá por agente económico toda entidad, o parte de ella, cualquiera que sea su forma de organización jurídica o aun cuando carezca de ella, que ofrezca o demande bienes o servicios. Se considerará asimismo como un agente económico el conjunto de activos tangibles o intangibles, o ambos, que permitan ofrecer o demandar bienes o servicios”. Esta noción de agente económico rige “Para los efectos de lo dispuesto en este Título [IV]” por lo que es aplicable a la expresión “agentes económicos que toman parte en la operación” que usa el artículo 48 en su inciso 4º para identificar a los sujetos legitimados para practicar la notificación. Esta conclusión es concordante con la regla de interpretación del artículo 20 del Código Civil en virtud de la cual aquellas palabras que el legislador haya definido expresamente para ciertas materias, se dará en éstas su significado legal.

En seguida, la ley exige que las entidades que formulen la notificación sean aquellas que “toman parte en la operación”. Los agentes económicos podrán tomar parte en una concentración sea porque materialmente se concentran, es decir, cesan en su independencia en algún ámbito de sus actividades, o porque intervienen como partes compareciendo en el o los actos jurídicos que sirven de vehículos para que se produzca tal efecto de cese de independencia. Una es una intervención de carácter económico-material y la otra es estrictamente jurídico-formal. Al respecto, la Fiscalía ha instruido, inspirada en razones de certeza y eficacia del procedimiento, que se entienden como notificantes sólo a “las entidades que intervienen como partes en el acto jurídico en virtud del cual se perfeccionaría la Operación de Concentración”³³⁵. Habitualmente las dos formas de intervención - jurídica y económica - son coincidentes, sin embargo, puede ocurrir que los notificantes sean distintos de los agentes económicos que cesarán en su independencia. Lo anterior tendrá lugar cuando las entidades que intervengan en el acto jurídico no sean las mismas que demandan u ofrecen bienes o servicios, como sería el caso de que la sociedad controladora de un agente económico celebre una compraventa con la sociedad controladora de otro agente económico por la totalidad de las acciones de este último³³⁶. Por ende, en concordancia con lo que señala el DL 211 y lo instruido por la FNE, serán considerados sujetos legitimados para practicar la notificación (llámense “partes”, “notificantes” o “partes notificantes” indistintamente) los agentes económicos que intervienen en el o los actos jurídicos que sirvan como instrumentos para perfeccionar formalmente la operación de concentración.

³³⁵ Formulario de Notificación Ordinario, Sección II, p.3.

³³⁶ El ejemplo es citado por la FNE tanto en su Formulario de Notificación Ordinario (Sección II, p.3) como en su Formulario de Notificación Simplificado (Sección II, p.3).

2.8.2. Noción de «terceros» ajenos a la operación

Ahora cabe referirse a los “terceros”. El inciso 4º del artículo 48 del DL 211 señala: “Los terceros que no hayan tomado parte en la operación de concentración no podrán practicar la notificación”. La noción de terceros corresponde más bien a un concepto residual; son terceros todos aquellos agentes económicos, con o sin personalidad jurídica, distintos de quienes hayan tomado parte en la operación como intervenientes en el acto jurídico respectivo y/o que materialmente se concentran. Los terceros adquieren importancia durante el transcurso del procedimiento, no antes. Se prohíbe expresamente que los terceros puedan incoar la notificación, por lo que sólo podrán intervenir en el proceso una vez producida la notificación, y en los casos y formas que autoriza la ley. Por ejemplo, los terceros podrán actuar en la primera fase, previa petición del Fiscal, para determinar si las medidas ofrecidas por el notificante se hacen cargo de los riesgos a la competencia (art. 53 inc. final). También los terceros podrán actuar en la segunda fase con mayor amplitud, por la vía de aportar antecedentes y opiniones a la investigación (art. 55 inc. 2º). En ambos casos, el legislador exige que tengan interés en la operación (se habla de “terceros con interés” y “terceros interesados”), presumiendo que lo tienen proveedores, competidores, clientes o consumidores, sin perjuicio de que, por aplicación supletoria de la LBPA, siempre podrán ser considerados interesados “los que sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte”, y “aquellos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva” (art. 21 N°1º y 2º LBPA, respectivamente). Los terceros siempre deberán alegar un interés en la operación, y en tal calidad intervienen en la investigación. Son, en efecto, “interesados” en el procedimiento administrativo, pero en caso alguno podrán promover la notificación.

2.8.3. Exigencia de notificación conjunta

Aunque parezca de Perogrullo, la notificación debe efectuarse “conjuntamente” por las partes notificantes (art. 48 inc. 4º). Así, para el caso de una fusión, notificarán todas las entidades que se fusionan; para el caso de una adquisición de control de la administración o de activos relevantes de una entidad, notificarán tanto el adquirente como la entidad objetivo o la titular de los activos, según sea el caso; y para el caso de un joint venture, notificarán todos los constituyentes, independientemente de quién detentará el control del nuevo agente económico formado.

El articulado original del proyecto de ley no establecía explícitamente que la notificación fuese conjunta, por lo que se generaba la duda de si habría tantos formularios como notificantes de

una operación. Ello también suponía incertezas prácticas en caso de desistimiento de la notificación, en el sentido de si el desistimiento de una de las partes se hacía extensivo a las otras, o por el contrario, el procedimiento de evaluación podría seguir adelante con los restantes. Con la redacción final del inciso 4º del artículo 48 se despeja toda interrogante: la notificación siempre será un acto conjunto de las partes de la operación y, por consiguiente, el desistimiento de la notificación deberá ser decidido e informado de consenso por todas ellas. Los notificantes deberán designar los apoderados que intervendrán en el procedimiento y a cuyo nombre podrán efectuar presentaciones, para lo cual, en el acto de notificación, deberán acompañar los poderes e instrumentos en los que conste su personería³³⁷.

La cuestión de quién de los agentes económicos involucrados en la operación debe practicar la notificación parece simple – y con ese enfoque lo aborda el DL 211-, pero algunas legislaciones han preferido establecer reglas distintas para adquisiciones individuales de control, en que sólo el adquirente debe informar la operación, eximiendo a la entidad objetivo; en cambio, las fusiones y los joint ventures, entendidos como adquisiciones de control conjunto por dos o más entidades, deberán notificar todas las partes en una misma presentación³³⁸.

2.9. Contenido de la notificación. Antecedentes que se deben acompañar

La notificación y los antecedentes que a ella se acompañen son la vía primordial que tiene la autoridad para conocer y dimensionar, de primera fuente, una operación de concentración. La notificación es la herramienta principal (aunque no la única) para resolver la asimetría informativa existente entre los agentes económicos y la Fiscalía³³⁹. Todos los antecedentes aportados por las partes en la notificación deberán ser fidedignos³⁴⁰, ya que muchas veces las conclusiones acerca de los riesgos de la operación y eventualmente la aprobación de la misma descansará en la información aportada por las mismas partes al momento de notificar, por eso, la ley

³³⁷ Artículo 2 N°2 del Reglamento.

³³⁸ Encontramos dos ejemplos pertinentes. El Reglamento del Consejo Europeo N° 139/2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas, en su artículo 4, apartado 2, señala: “Las concentraciones que consistan en una fusión [...] o en la adquisición de un control conjunto [...] deberán ser notificadas conjuntamente por las partes intervenientes en la fusión o en la adquisición del control conjunto. En los demás casos, la notificación deberá realizarla la persona o empresa que adquiera el control de la totalidad o de partes de una o varias empresas”. Asimismo, en España, la Ley de Defensa de la Competencia en su artículo 9, apartado 4, establece: “Están obligados a notificar: a) Conjuntamente las partes que intervengan en una fusión, en la creación de una empresa en participación o en la adquisición del control conjunto sobre la totalidad o parte de una o varias empresas; o b) Individualmente, la parte que adquiera el control exclusivo sobre la totalidad o parte de una o varias empresas”.

³³⁹ No es la única vía, ya que el Fiscal siempre puede efectuar requerimientos de información a los notificantes (cuya negativa injustificada dará lugar a sanciones pecuniarias), y también puede pedir que terceros interesados aporten antecedentes, tanto en la primera como en la segunda fase del procedimiento.

³⁴⁰ En este sentido, se exige que las partes acompañen a su notificación una declaración jurada de veracidad, suficiencia y completitud de los antecedentes presentados, y de conocimiento de las sanciones administrativas y penales que procedan en caso de proporcionar información falsa u ocultar información (Artículo 2º N° 11 del Reglamento).

sanciona el presentar información falsa en el acto de notificación, siendo procedente la imposición de multas y otras medidas preventivas, correctivas y prohibitivas *ad hoc* (art. 3º bis, letra e), en relación con el art. 26).

Al mismo tiempo, es importante que las partes tengan claridad de cuándo se entienden satisfechas las exigencias de forma y fondo de la notificación, ya que será el Fiscal quien determinará si se observaron todos los requisitos legales y reglamentarios que hagan estimar la notificación como “completa” o “incompleta”. La notificación completa dará inicio al procedimiento, pero la notificación incompleta podría acarrear el término anticipado del procedimiento, impidiendo evaluar la operación.

El artículo 48 del DL 211 se limita a enunciar los antecedentes que se deben acompañar a la notificación, y es el Reglamento el texto normativo que desarrolla cada uno de ellos³⁴¹. De conformidad a lo dispuesto en el inciso 5º del artículo 48, a toda notificación deberán acompañarse: (1) los antecedentes necesarios para identificar la operación y los agentes económicos que toman parte en la misma y su grupo empresarial; (2) los antecedentes que permitan evaluar preliminarmente los riesgos que la operación pudiere significar para la libre competencia; (3) la declaración de las partes en la que indiquen que, de buena fe, pretenden llevar a cabo la operación; y (4) los demás antecedentes que detalle el Reglamento.

La expresión “antecedentes”, utilizada aquí y en otras normas del Título IV del DL 211³⁴², tiene un sentido amplio, comprendiendo todo elemento, medio o instrumento escrito e idóneo para contener información cognoscible o traducible a significado, cualquiera sea su soporte. Con todo, el Reglamento exige que toda la documentación sea presentada en idioma castellano (pudiendo acompañar el original en idioma extranjero, o solicitar antes de practicar la notificación una autorización especial para presentarlo en idioma extranjero)³⁴³. A su vez, los Formularios de Notificación Ordinario y Simplificado exigen que los documentos sean presentados en soporte digital, y excepcionalmente en papel.

³⁴¹ El Reglamento consta de cuatro partes. El Título I versa sobre el ámbito de aplicación del Reglamento, estableciendo en su artículo 1 que a él se sujetan todas las operaciones notificables a la FNE en conformidad al DL 211, sea voluntaria u obligatoriamente. El Título II del Reglamento (arts. 2 a 6, inclusive) contiene los antecedentes que se deberán acompañar a la generalidad de las operaciones notificadas, configurando la llamada “notificación ordinaria” (en oposición a la “notificación simplificada”). En seguida, el Título III del Reglamento (arts. 7 a 9 inclusive) contiene los supuestos de procedencia del mecanismo de notificación simplificada y la información que deberá presentarse en caso de acogerse a él. A modo de cierre, el Título IV del Reglamento fija reglas que deberán observar las versiones públicas de los documentos que acompañen los notificantes, cualquiera sea la modalidad de notificación.

³⁴² Por ejemplo lo dispuesto en el artículo 48 incs. 6º y 7º; artículo 53 incs. 1º y 2º; o el artículo 55 incs. 2º y 3º, todos del DL 211.

³⁴³ Artículos 2º N° 11, párrafo final, y 7º N° 12, párrafo final, del Reglamento.

En esta sección nos referiremos exclusivamente a los antecedentes que deberán presentar las operaciones que se sujeten a las reglas de la “notificación ordinaria” (arts. 2 a 6 del Reglamento). Sobre las particularidades de la “notificación simplificada” nos referiremos más adelante³⁴⁴.

2.9.1. Antecedentes relativos a la operación y las partes

Primeramente, los notificantes deberán acompañar los “antecedentes necesarios para identificar la operación de que se trata y a los agentes económicos que toman parte en la misma y su grupo empresarial” (art. 48 inc. 5º). A partir de tales antecedentes se deberá, entre otros aspectos, determinar la finalidad económica detrás de la operación y efectuar una acertada individualización de las partes y de sus respectivos grupos empresariales, lo que incluye sus representantes, apoderados y vías de contacto para futuras comunicaciones que tuvieren lugar en el procedimiento.

A este respecto, el Reglamento exige aportar la siguiente información:

2.9.1.1. Resumen ejecutivo de la operación (art. 2 N°1 del Reglamento).

Las partes deberán describir, a modo introductorio y en líneas generales, su plan de concentración, a fin de que la agencia pueda dimensionar el negocio en su globalidad, fundamentalmente, los agentes económicos que se concentran y los mercados en que intervienen, las vías para materializar la operación, plazos y etapas de implementación hasta su perfeccionamiento, y los nexos geográficos (esto es, si la operación producirá efectos sólo en Chile o es parte de una transacción internacional).

2.9.1.2. Individualización de los agentes económicos que toman parte en la operación (art. 2 N°2 del Reglamento).

Se deberá identificar a los representantes legales de los notificantes y a los apoderados que intervendrán en su nombre en el procedimiento administrativo, con sus respectivos poderes³⁴⁵, a más de realizar una descripción de las actividades económicas de las entidades que toman parte en la operación y de la entidad resultante post-concentración.

2.9.1.3. Estructura de propiedad y control previas a la operación (art. 2 N°3 del Reglamento).

Para ello deberá presentarse, al menos, un listado de todos los agentes económicos del mismo grupo empresarial de cada parte (art. 2 N°3, letra a); identificación de los administradores de

³⁴⁴ Véase *infra* sección 2.12.

³⁴⁵ La FNE pone a disposición del público un modelo de poder para los apoderados de los notificantes.

las partes y la calidad que detentan, como director u otro cargo equivalente (Nº3, letra b); las memorias y estados financieros de cada parte y de las entidades de su grupo empresarial cuando éstas participen en los mercados relevantes afectados por la operación³⁴⁶, correspondiente a los últimos tres ejercicios previos a la notificación (Nº3, letra c); listado de los agentes económicos que operan en los mercados relevantes afectados, cuando las partes o entidades de su grupo empresarial detenten, directa o indirectamente, individual o colectivamente, participación en la propiedad o derechos de voto superiores al 10%, detallando cada caso (Nº3, letra d)³⁴⁷; e indicación de otras operaciones de concentración que hayan intervenido las partes o entidades de su grupo empresarial, y que hubieren involucrado a agentes económicos con participación en los mercados relevantes afectados por la operación, durante los últimos 5 años previos a la notificación (Nº3, letra e).

2.9.1.4. Estructura de la operación, y de propiedad y control proyectadas luego de la concentración (art. 2 Nº4 del Reglamento).

Al respecto deberá señalarse la naturaleza jurídica de la operación de acuerdo a una de las cuatro tipologías del artículo 47 del DL 211 (art. 2 Nº4, letra a); la estructura de propiedad y control proyectada una vez perfeccionada la operación, ilustrada mediante gráficas de mallas societarias (Nº4, letra b); las formas y plazos de implementación de la operación, así como antecedentes sobre acuerdos aptos para restringir la competencia como cláusulas de no competencia, exclusividades de compra o de venta, y licencias (art. 2 Nº 4, letra c); la indicación de otros países en que se haya notificado o se proyecte notificar la operación³⁴⁸ (art. 2 Nº 4, letra d); sentencias, resoluciones o instrucciones de carácter general, de la Corte Suprema, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o de las extintas Comisión Resolutiva o Comisiones Preventivas, según sea el caso, que impongan obligaciones, medidas o sanciones respecto de las partes o de las entidades de su grupo empresarial que participen en los mercados relevantes afectados (art. 2 Nº4, letra e); los objetivos o razones de negocio de la operación³⁴⁹ (art. 2 Nº4, letra f); el monto estimado de la

³⁴⁶ Los “mercados relevantes afectados” son expresamente definidos más adelante, en el Nº5 del artículo 2 del Reglamento, véase *infra* sección 2.9.2.1. No se exigen los estados financieros de *todos* los agentes económicos del grupo empresarial de cada parte, sino sólo de aquellos que, siendo del mismo grupo empresarial, además intervienen el mismo mercado relevante afectado por la operación.

³⁴⁷ Este requisito será relevante, por ejemplo, para la definición de medidas de mitigación consistentes en la remoción de vínculos de propiedad entre competidores, a través de las cuales se podrá poner término a las participaciones minoritarias que puedan tener las partes en el capital de alguno de sus competidores.

³⁴⁸ Las partes podrán voluntariamente dar su autorización a la FNE para que solicite y recabe información de las agencias de competencia extranjeras que conocieron o estén actualmente conociendo de tales operaciones. Esta autorización o “*waiver*” ha sido expresamente regulada en el Formulario de Notificación Ordinario de la FNE, Sección V, p. 6.

³⁴⁹ Debe tratarse de razones de índole económica, entre las que podrá estar el aprovechamiento de determinadas eficiencias, de economías de escala, de red, de ámbito, u otras sinergias sólo alcanzables mediante la operación. Véase al respecto lo que dispone el artículo 2, Nº9, del Reglamento.

operación³⁵⁰ (art. 2 N° 4, letra g); y otros documentos relativos a la operación y sus efectos en Chile³⁵¹ (art. 2 N°4, letra h).

2.9.2. Antecedentes que permitan evaluar los riesgos de la operación

En seguida, los notificantes deberán acompañar los antecedentes que permitan “evaluar preliminarmente los eventuales riesgos a la competencia” (art. 48 inc. 5 DL 211). La notificación por sí sola sólo puede conducir a una evaluación preliminar, pues será el Fiscal quien, a lo largo del proceso, con los antecedentes que reúna y las demás diligencias que ordene, determine si existen o no tales riesgos, y si de éstos se sigue la aptitud de la operación para reducir sustancialmente la competencia. Las partes sólo deben acompañar antecedentes que permitan hacer una evaluación “preliminar” de los riesgos, es decir, no están obligadas a indicar cuáles son los riesgos que ellas creen generará su operación. Es más, se reconoce expresamente como derecho del notificante el ser informado por el Fiscal de los riesgos que éste considera concurren en la operación, antes de dictar cualquier pronunciamiento definitivo sobre la misma (art. 53 DL 211).

Pues bien, con miras a evaluar los riesgos derivados de la operación, el Reglamento exige que las partes indiquen lo siguiente:

2.9.2.1. Definición de los «mercados relevantes afectados» por la operación (art. 2 N°5 del Reglamento)

Corresponderá a los notificantes determinar los mercados relevantes del producto y geográfico que consideran adecuados, para lo cual deberán “acompañar una enumeración y descripción de los bienes o servicios que correspondan a la actividad económica desarrollada por las partes de la operación y por la entidad objeto de ésta, cuando ello corresponda, agrupándolos por categorías comerciales significativas” (art. 2 N°5, letra a). Asimismo, deberán “motivar sus definiciones, señalando los factores que determinan el alcance de los mercados relevantes afectados,

³⁵⁰ Deberán detallarse los criterios que las partes hayan seguido para su determinación. La indicación del monto de la operación no es relevante, como en algunos sistemas comparados, para gatillar la obligación de notificar.

³⁵¹ El Reglamento señala a modo de ejemplo: actas de directorio y de juntas de accionistas de las partes correspondientes a los últimos 3 años previo a la notificación; informes, minutos, estudios, presentaciones y reportes internos o externos considerados en las actas antes señaladas; informes, estudios, presentaciones y reportes internos o externos con objeto de analizar la operación de concentración o sus vías alternativas; y programas comerciales o planes de negocios para los mercados relevantes afectados en Chile, emitidos, encargados o discutidos por las partes o entidades del grupo empresarial de las partes, en los últimos 3 años anteriores a la notificación.

así como la exclusión de otras alternativas plausibles de definición de mercado relevante de producto y geográfico que pudieran resultar pertinentes” (art. 2 N°5, letra b)³⁵².

El Reglamento (art. 2 N°5, letra c) define “mercado relevante afectado” como aquellos mercados en los que, en Chile:

- i.** Dos o más agentes económicos que toman parte en la operación desarrollen actividades en el mismo mercado relevante, y la operación de concentración dé lugar a una *cuota de mercado combinada* de a lo menos el 20%; o
- ii.** Al menos uno de los agentes económicos que toman parte en la operación desarrolle actividades en un *mercado relevante aguas arriba o aguas abajo* respecto de un mercado relevante en el que opere cualquier otro agente económico de la operación, y cuyas *cuotas de mercado individuales o combinadas* sean, a lo menos, del 30%, con independencia de que exista una relación directa de cliente/proveedor entre los agentes económicos de la operación.

El supuesto (i) se refiere a las relaciones horizontales entre las partes de la operación y supone el cálculo de una participación de mercado conjunta igual o superior al 20%. El supuesto (ii), en cambio, alude a las relaciones verticales entre las partes de la operación y exige un participación de mercado aguas arriba o aguas abajo sobre el 30%, que podrán alcanzar las partes en forma conjunta o bien en forma individual una sola de ellas; además no se limita a la relación inmediata de cliente/proveedor, bastando que las partes de la operación participen de alguna forma en los mercados aguas arriba o aguas abajo en la cadena de valor (suministro, producción, comercialización o distribución).

Se considerará también que existen “mercados relevantes afectados” en los tres siguientes supuestos (art. 2 N°5, letra d):

- iii.** Una de las partes de la operación tiene una cuota de mercado superior al 30% y otra parte de la operación sea un “competidor potencial” en ese mercado³⁵³; o

³⁵² De acuerdo al Reglamento, la delimitación de los mercados relevantes y la determinación de otras alternativas plausibles podrá realizarse “sobre la base de decisiones anteriores del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de informes de investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica, de informes del sector, estudios de mercado y documentos internos de las partes notificantes, o bien de jurisprudencia comparada de órganos de defensa de la competencia” (art. 2 N° 5, letra b).

³⁵³ El Reglamento define expresamente competidor potencial como aquel que “tenga planeado entrar en un mercado o haya desarrollado o puesto en práctica tales planes durante los últimos tres años [anteriores la notificación de la operación]” (art. 2 N°5, letra d).

- iv. Una de las partes de la operación tiene una cuota de mercado superior al 30% y otra parte es titular de “derechos de propiedad intelectual o industrial importantes” para ese mercado³⁵⁴; o
- v. Una de las partes de la operación está presente en un mercado del producto que es un “mercado estrechamente relacionado” con un mercado del producto en el que opere otra de las partes, y sus cuotas de mercado individuales o combinadas sean, a lo menos, de un 30% en alguno de ellos³⁵⁵.

Asimismo, en cualquiera de los cinco supuestos antes descritos, si hay entidades del grupo empresarial de una de las partes que participan también en los mercados relevantes afectados, estas entidades se deberán considerar para calcular las cuotas de mercado antes señaladas³⁵⁶.

Hay que recalcar que estas definiciones de mercado relevante son sólo para efectos del Reglamento - específicamente para determinar qué antecedentes acompañar a la notificación- por lo que la FNE no está constreñida por esta normativa a fin de realizar el análisis sustantivo de la operación de concentración (sobre su potencial anticompetitivo), ni menos por la identificación de los mercados relevantes que para un caso concreto hayan hecho las partes al presentar su notificación.

2.9.2.2. Antecedentes por cada mercado relevante afectado (art. 2 N°6 del Reglamento):

Por “cada” mercado relevante afectado que haya sido identificado por las partes se deberá acompañar la siguiente información:

- a) Descripción general del negocio, señalando los productos y servicios ofrecidos, y las marcas comerciales utilizadas;
- b) Tamaño del mercado y participaciones para cada mercado relevante identificado, para cada uno de los agentes económicos de la operación y de los competidores de

³⁵⁴ El Reglamento no define qué entiende por “derechos de propiedad intelectual e industrial importantes”. En nuestra opinión, comprenderá todo derecho de propiedad intelectual o industrial necesario e indispensable para la cadena de valor, y en general para las actividades económicas que su titular desempeñe o pretenda desempeñar, sin los cuales no podría desarrollar tales actividades, o lo haría en condiciones notablemente diferentes a las actuales. En tal sentido, la consideración de estos derechos de propiedad intelectual o industrial podrá ser determinante para el diseño de medidas de desinversión, en caso de que fueran indispensables para el proceso productivo y no pudieren ser dissociados del mismo, o bien para medidas quasi-estructurales de licenciamiento forzado en favor de otro competidor.

³⁵⁵ De acuerdo al Reglamento, son mercados estrechamente relacionados si “los productos son complementarios entre sí o pertenecen a una gama de productos que suele comprar el mismo grupo de clientes para el mismo uso final” (art. 2 N°5, letra d).

³⁵⁶ Artículo 2 N°5, letra d), párrafo final, del Reglamento.

éstos, según criterios usualmente utilizados en la industria, respecto de los últimos tres años calendario;

- c) Ventas mensuales en cantidades y valor, efectuadas por cada parte de la operación, en los tres últimos años calendario. Deberá contener información desagregada según marca, categoría y sub-categoría de bienes y servicios, y si comprende bienes importados, deberá indicar su procedencia;
- d) Estimación de la capacidad de producción total en el mercado chileno en los últimos tres años previos a la notificación;
- e) Descripción de la estructura de la oferta en cada mercado relevante afectado. Para ello deberá presentarse una nómina de los principales competidores en Chile de cada parte de la operación; el modo de vender; políticas de precios; sistemas productivos, de distribución y comercialización utilizados. Deberá también indicarse si los agentes económicos de la operación y sus principales competidores están integrados verticalmente³⁵⁷;
- f) Descripción de la estructura de la demanda en cada mercado relevante afectado. Se deberá señalar la fase y estimación de tasa de crecimiento de la demanda; el grado de concentración o dispersión de clientes; nómina de principales clientes (al menos diez) y ventas anuales y mensuales a cada cliente; el rol de los costos de cambio (tiempo y gastos para el cliente de cambiar de proveedor); preferencias de consumidores; fidelidad de marca³⁵⁸; disponibilidad de una gama completa de productos³⁵⁹; efectos de red; y mecanismos de adquisición por clientes. Si el mercado se caracteriza por la presentación de propuestas o licitaciones, se deberá adjuntar un detalle de los procesos licitatorios o concursos que hubieren participado las partes de la operación en los tres años previos a la notificación de la operación;
- g) Diferenciación de productos, importancia de dicha diferenciación en el mercado, y bienes o servicios que podrían ser considerados sustitutos más cercanos, señalando la cercanía competitiva y explicado la rivalidad entre ellos;
- h) Segmentación de clientes y descripción de consumidor tipo;

³⁵⁷ Este requisito será importante para identificar algún riesgo de bloqueo o *foreclosure* aguas arriba o aguas abajo.

³⁵⁸ Por ejemplo, estrategias de fidelización de clientes por la vía de promociones, descuentos u otros beneficios.

³⁵⁹ La disponibilidad de una gama completa de productos puede ser relevante no sólo para la determinación de economías de ámbito, de complementariedad de servicios, o ventas atadas u otras formas de paquetización de productos; sino también para definir posibles remedios de mitigación.

- i) Estudios, informes, análisis, encuestas y cualquier documento que analice el mercado relevante afectado, condiciones de competencia, competidores reales o potenciales, potencial de crecimiento a nuevos productos o áreas geográficas, en los últimos tres años anteriores a la notificación de la operación;
- j) Principales insumos del proceso productivo de cada parte de la operación;
- k) Existencia de acuerdos de cooperación, horizontales, verticales o de otro tipo, entre cada uno de los agentes económicos de la operación, así como entre éstos y otros actores del mercado relevante afectado;
- l) Listado de asociaciones gremiales a que cada parte de la operación pertenece, y principales asociaciones gremiales en que sus clientes participan;
- m) Referencia al desarrollo tecnológico del mercado, frecuencia de introducción de nuevos y mejores bienes o servicios, e importancia de la innovación en el proceso productivo;
- n) Descripción de condiciones de entrada y salida a los mercados relevantes afectados, y posibilidad de expansión dentro de éstos. Deberán señalarse los costos totales de entrada para un competidor viable; barreras regulatorias; relevancia de económicas de escala, economías de ámbito y efectos de red; análisis de la probabilidad, oportunidad y suficiencia de entrada al mercado; actores de ingreso probable y suficiente en opinión de las partes; productos nuevos que pretendan introducir las partes de la operación en el corto y mediano plazo; planes de aumento de capacidad productiva, entre otros; y
- o) Datos de contacto de los principales competidores, de los diez principales clientes, y de entrantes recientes o potenciales.

Si hay *entidades del grupo empresarial de una de las partes que participen en los mercados relevantes afectados*, se deberán acompañar los antecedentes solicitados por el Reglamento también respecto de estas entidades, los que deberán ser presentados en forma separada de los antecedentes relativos a las partes de la operación³⁶⁰. Ciertamente, quedan excluidas de esta exigencia las entidades que, aun siendo del mismo grupo empresarial de una de las partes, no intervienen en el mismo mercado relevante afectado.

³⁶⁰ Artículo 2, N° 6 (párrafo final), del Reglamento.

2.9.2.3. Antecedentes adicionales en caso de tratarse de un *joint venture* (art. 2 N°7 del Reglamento)

Si la operación corresponde a un joint venture u otra forma de asociación empresarial destinada a conformar un agente económico independiente de carácter permanente (tipología del art. 47 letra c) del DL 211), y además las partes o las entidades de su mismo grupo empresarial *son activas en el mismo mercado que la nueva entidad* (relaciones horizontales), o en un *mercado aguas arriba o aguas abajo* al de la nueva entidad creada, o en un mercado relacionado al mismo (relaciones verticales), se deberá indicar:

- a) La relación entre los productos o servicios comercializados por las partes y la actividad económica de la nueva entidad;
- b) El volumen de negocios de las partes durante el ejercicio anterior en los mercados relevantes afectados, y su importancia para las actividades de la nueva entidad conforme a las proyecciones realizadas para la operación;
- c) La cuota de mercado de las partes en los mercados en que la nueva entidad será activa; y
- d) Una justificación de la independencia de la nueva entidad resultante en el desarrollo de sus actividades.

Estos antecedentes adicionales se exigen a los joint ventures *sólo si los agentes económicos pretenden participar con la nueva entidad formada en el mismo mercado*, o intervenir con ésta en un mercado aguas arriba o aguas abajo, o en un mercado relacionado a éstos. Si no se verifica esta exigencia especial, las partes del joint venture podrán omitir esta información al momento de presentar su notificación.

2.9.2.4. Antecedentes adicionales en caso de tratarse de una adquisición de control de activos (art. 2 N°8 del Reglamento)

Si la operación corresponde a una adquisición del control de activos relevantes (tipología del artículo 47 letra d) del DL 211), se deberán indicar los activos a ser traspasados o cuyo control se pretende ceder, y una breve descripción dichos activos, señalando sus funciones en el proceso productivo e indicando su porcentaje de participación en los activos totales de la entidad cedente. Estos antecedentes adicionales se exigirán siempre y para *toda adquisición de control de activos*,

independientemente de si la entidad titular de los activos interviene o no en el mismo mercado que el adquirente.

2.9.2.5. Detalle de las eventuales eficiencias derivadas de la operación de concentración (art. 2 N°9 del Reglamento)

En caso de que las partes aleguen probables eficiencias que generará la operación, deberán realizar una descripción de las eficiencias productivas y/o dinámicas que esperan obtener, cuantificándolas y justificando el plazo en que consideran que se concretarán sus efectos, detallando cómo las eficiencias serán traspasadas a los consumidores. Las partes deberán expresar las razones por las cuales las eficiencias aludidas no hubiesen sido alcanzadas por mecanismos diferentes a la concentración económica, con los antecedentes necesarios que respalden tales eficiencias.

Uno de los antecedentes a acompañar por toda operación de concentración corresponde a “los objetivos o razones de negocio”³⁶¹ que la justifican, dentro los cuales podrán encontrarse el aprovechamiento u obtención de eficiencias que sólo son posibles a través de la operación.

2.9.3. Declaración de intención de perfeccionar la operación

El artículo 48 del DL 211, en su inciso 5º, exige presentar una “declaración de las partes en la indiquen que, de buena fe, pretenden llevar a cabo la operación que se notifica”. Esta exigencia es replicada por el artículo 2 N°10) del Reglamento³⁶². Tal declaración de buena fe es una forma de asegurar al Fiscal que la operación corresponde a un negocio con suficiente seriedad y preparación, de forma tal que las partes tienen la intención real de materializarla. Lo que se pretende, implícitamente, es disuadir a los particulares de poner innecesariamente en funcionamiento el proceso, dado el costo en términos de recursos humanos y presupuestarios que ello supone para la Administración. En principio, los agentes económicos pueden presentar la notificación en el momento que lo estimen más oportuno, pero debe existir una forma de disuadir la presentación de operaciones que fueren meramente especulativas. La exigencia de una declaración de intenciones toma, sin duda, la experiencia internacional³⁶³, con todo, por sí sola y sin otros mecanismos complementarios, aunque necesaria, es insuficiente. Antes de esta reforma a las fusiones que

³⁶¹ Artículo 2 N°4 letra f) del Reglamento.

³⁶² Con idéntica redacción y alcances, el artículo 4 N°11) para la notificación simplificada. Asimismo, la FNE ha puesto a disposición del público un modelo de declaración de buena fe.

³⁶³ ICN (2002), p. 6: “Algunas jurisdicciones no contemplan la notificación formal de una concentración hasta que no exista un acuerdo definitivo al respecto. Otras jurisdicciones, en cambio, permiten la notificación sobre la base de una declaración de intenciones, un principio de acuerdo o el anuncio de una oferta de adquisición (en algunos casos, se exige una declaración expresa de la parte notificante de su intención de buena fe de llevar a cabo la operación notificada), y estas jurisdicciones han podido comprobar que esta práctica no ha provocado un aumento en el número de notificaciones especulativas”.

voluntariamente se presentaban a la FNE para alcanzar un acuerdo extrajudicial, se les exigía indicar y acompañar “documentos que dieran cuenta de la intención real y seria de perfeccionar [la operación]”³⁶⁴. Este requisito es más completo que la sola declaración de buena fe, puesto que se impone a las partes la carga de indicar y aportar ellas mismas los documentos que satisfagan tal requisito (vale decir, elementos que de por sí den cuenta de una intención real y seria de perfeccionar la operación), correspondiéndole luego a la FNE estudiarlos y, de estimarlos insuficientes, requerir otros distintos. Dicho lo anterior, aunque no fue previsto en el artículo 48 del DL 211 en comento, sí lo hizo el Reglamento en su artículo 2º N° 4) letra c), estableciendo que, entre todos los antecedentes que deberán acompañarse al acto notificación, las partes deberán indicar expresamente: “c) La forma y plazos de implementación proyectados para la operación, acompañando antecedentes que den cuenta de la intención real y seria de las partes de la operación de perfeccionarla [...]” (el subrayado es nuestro), de suerte que la Fiscalía sí podrá acceder a información adicional a la mera declaración de intenciones, que dé cuenta de una voluntad seria de los notificantes de llevar adelante la transacción.

Con todo, si la pretensión del legislador al exigir una declaración de seriedad de la operación era, en definitiva, precaver el riesgo de sobre-notificación y ahorrar el despilfarro de recursos por notificaciones fútiles, la experiencia comparada ofrece otros mecanismos más eficaces. En lo inmediato, el más obvio es fijar umbrales de notificación elevados, no obstante, umbrales más altos y por ende permisivos, acrecientan la posibilidad de no revisar una operación riesgosa (error de tipo II). Así, existen otros dispositivos que ordenan los incentivos de los futuros notificantes de mejor manera. Uno de ellos y el más directo es la fijación de tasas para practicar la notificación, aunque, como vimos en su momento, se estableció en Chile un procedimiento cuyo principio formativo es la gratuidad, por lo que no existe el pago de un gravamen especial como presupuesto de la notificación. Un mecanismo menos intenso que las tasas y ampliamente utilizado en el derecho comparado es otorgar a los particulares la posibilidad de consultar la pertinencia (“pre-notificación”), en otras palabras, que los agentes económicos, antes de practicar notificación alguna, consulten a la autoridad si corresponde someterse obligatoriamente. La opción de pre-notificación no fue prevista en las normas Título IV del DL 211, pero sí fue recogida expresamente en los Formularios de Notificación de la Fiscalía Nacional Económica³⁶⁵.

³⁶⁴ FNE (2012), p. 34.

³⁶⁵ Formulario de Notificación Ordinario, Sección III, p. 3; y Formulario de Notificación Simplificado, Sección IV, p.5.

2.9.4. Los demás antecedentes que señale el Reglamento

Como hemos visto, es el Reglamento el texto que desarrolla cada uno de los puntos señalados en el artículo 48 del DL 211, y además, incorpora otros ítems que deberán ser observados por los notificantes. A continuación repasaremos las exigencias adicionales emanadas del Reglamento y de las Guías de la FNE aplicables a los antecedentes documentales que se deberán acompañar en el acto de notificación:

2.9.4.1. Declaración de veracidad, suficiencia y completitud de los antecedentes

El Reglamento en su artículo 2 N° 11 exige que las partes acompañen (adicionalmente a la declaración de buena fe de seriedad de la operación) una “declaración de veracidad, suficiencia y completitud de la información proporcionada” y de conocimiento “de las sanciones administrativas y penales” en caso de entrega de información falsa u ocultación de información³⁶⁶. Recordemos que el DL 211 califica como ilícito infraccional la entrega de información falsa en el acto de notificación (art. 3° bis, letra e), y sanciona, con pena de presidio, a quienes durante la investigación maliciosamente oculten información que les haya sido solicitada por la Fiscalía o le proporcionen información falsa (art. 39 letra h, párrafo 4°).

2.9.4.2. Idioma de los documentos presentados

El artículo 48 del DL 211 nada dice en relación del idioma de los antecedentes acompañados, cuestión que es resuelta por el Reglamento: “La información deberá presentarse en idioma castellano, sin perjuicio de la autorización especial que otorgue la Fiscalía Nacional Económica para presentarla en idioma inglés, en los casos y bajo las condiciones que ésta estime pertinente. Podrá requerirse a las partes notificantes adjuntar documentos en su idioma original, debiendo acompañarse la respectiva traducción”³⁶⁷. Los Formularios de Notificación agregan que las partes deberán solicitar dicha autorización especial en forma previa al acto de notificación, sin perjuicio de que, durante la investigación, la FNE podrá requerir la traducción al castellano de tales documentos³⁶⁸.

2.9.4.3. Exención de aportar ciertos antecedentes en la notificación

³⁶⁶ Artículo 2 N° 11 y, en iguales términos, el artículo 7 N° 12), del Reglamento. Un modelo de esta declaración ha sido proporcionado al público por la FNE, como anexo a sus Formularios de Notificación.

³⁶⁷ Artículo 2 N°11 párrafo final, del Reglamento. Con idéntica redacción y alcances, el artículo 4, N°12) párrafo final, para el caso de quienes se acojan al mecanismo de notificación simplificada.

³⁶⁸ Formulario de Notificación Ordinario, Sección IV.1., p.4 y Formulario de Notificación Simplificado, Sección V.1., p.6.

Como puede apreciarse, la cantidad y variedad de antecedentes que deberán acompañar los notificantes es considerable, sin embargo, es posible que tratándose de un determinado plan de concentración, el acceso a ciertos documentos sea difícil para las partes (por encontrarse en poder de terceros o de otras autoridades), o que algunos de los antecedentes exigidos en general sean innecesarios o superabundantes para la evaluación de la operación en concreto. En consideración de lo anterior, el artículo 3 del Reglamento contempla la posibilidad de que las partes soliciten a la FNE, siempre en forma previa a cualquier notificación, una exención de aportar ciertos antecedentes en la notificación.

Esta exención no debe confundirse con el mecanismo de notificación simplificada, aun cuando las normas que las regulan estén redactadas en términos similares (el artículo 48 del DL 211 define a la notificación simplificada como una vía para “acompañar una menor cantidad de antecedentes para ciertas operaciones o categorías de operaciones de concentración”). La notificación simplificada se justifica en las características de ciertos tipos de operaciones, de los agentes económicos involucrados en ellas o del mercado relevante en que inciden, que las hacen subsumibles en alguno de los supuestos taxativamente señalados en el artículo 4 del Reglamento; en cambio, la exención de antecedentes en comento es, ante todo, excepcional y específica a la transacción que se notifica: la regla general es que todos los antecedentes exigidos por la ley y el Reglamento sean presentados por las partes, pero, cierta información podrá no ser necesaria o difícil de obtener para una operación determinada, y se concederá la exención en vista de las circunstancias de ese caso.

La exención de acompañar ciertos antecedentes se prevé tanto para la notificación ordinaria (art. 3 del Reglamento), como para la notificación simplificada (art. 8 del Reglamento), es decir, es perfectamente posible que una operación se someta a la notificación simplificada (porque la operación califica dentro de algunos de los supuestos del artículo 4 del Reglamento) y, junto con ello, solicite a la FNE se le exima de aportar otros documentos por ser de difícil acceso, o innecesarios para evaluar la operación concreta.

En cuanto a la tramitación de la exención de aportar antecedentes, el artículo 3 del Reglamento (y en idénticos términos, el artículo 8 y los Formularios de Notificación³⁶⁹) dispone: “Las partes que proyectan notificar una operación de concentración podrán solicitar, por escrito y de manera fundada, previo a la notificación, que se les exima de acompañar determinados antecedentes cuando: 1. No se encuentren razonablemente disponibles para las partes, ya sea total o

³⁶⁹ Véase Formulario de Notificación Ordinario, Sección IV.3., p. 4 y Formulario de Notificación Simplificado, Sección V.3., p. 7.

parcialmente; o 2. La información no resulte necesaria, relevante o atingente para el análisis de la operación”.

Si bien la norma supone que la petición de exención se practique *antes* de efectuar la notificación, en la práctica, las partes también han solicitado la exención en forma coetánea a la notificación³⁷⁰, proceder que nos parece criticable no sólo por el tenor claro de la norma (“podrán solicitar.... previo a la notificación..”) sino además porque el diseño del mecanismo de exención pretende separarla temporalmente del examen sobre si es una notificación completa o incompleta; la idea es que, otorgada la exención en la pre-notificación, el Fiscal no cuestione luego la falta de ciertos documentos ya que, precisamente, han sido excluidos por él con anterioridad. Esto se aprecia en los dos supuestos: para la solicitud fundada en el numeral 1. será posible que el Fiscal estime que las partes no han justificado suficientemente la indisponibilidad de los documentos, y por ende, deberán igualmente obtenerlos para la notificación; y para la solicitud fundada en el numeral 2., la cuestión es más evidente, ya que se exige presentar un “proyecto de notificación”, a partir del cual la Fiscalía determinará si es o no pertinente eximir de ciertos documentos, lo que sería absurdo si se presenta la solicitud y el proyecto de notificación *junto* con la notificación misma. La solicitud de exención formulada coetáneamente a la notificación debe ser disuadida por la agencia, abulta y enlentece la revisión de los primeros antecedentes ya que se requerirá un pronunciamiento doble del Fiscal, quien deberá evaluar el mérito y justificación de la exención, y luego la completitud de la notificación en relación a la solicitud formulada.

¿Qué diferencia a cada hipótesis? Pues bien, respecto del numeral 1, los documentos exigidos no están en poder de las partes a la época que pretenden practicar la notificación de su operación de concentración, por lo que se autoriza su exención; en cambio, respecto del numeral 2, toda la información requerida se halla en poder de las partes, pero existen razones concretas relacionadas con las características concretas de la transacción que hacen innecesario que ciertos antecedentes sean presentados.

Tratándose de la solicitud fundada en el numeral 1, el Fiscal evaluará los motivos por los que no se dispone de la información y que se proporcionen estimaciones de la mayor precisión posible. También se deberá indicar, en lo posible, dónde puede obtener el Fiscal la información de que no se dispone (art. 3 inc. 2º del Reglamento), quien se encuentra legalmente autorizado para efectuar requerimientos de información tanto a particulares como a servicios públicos, en conformidad a lo que dispone el artículo 39, letras g) y h) del DL 211.

³⁷⁰ Así tuvo lugar, por ejemplo, en la notificación de la operación de concentración entre Linde Aktiengesellschaft y Praxair Inc., Rol FNE F-108-2017.

Tratándose de la solicitud fundada en el numeral 2, el Fiscal evaluará el mérito de la petición siempre que las partes acompañen un “proyecto de notificación” (art. 3 inc. 2º del Reglamento). No se señala el contenido mínimo de este “proyecto de notificación”, no obstante, consideramos deberá contener todas las menciones reglamentarias que no requieren de acompañar antecedentes documentales (resumen ejecutivo de la operación, individualización de las partes, estructura de propiedad y control previa y posterior a la operación, cronograma de implementación, razones de negocio de la operación, etc.), así como una enunciación clara de los documentos que sí se van a acompañar (aquellos de elaboración propia tales como los relativos a la descripción de los mercados relevantes afectados, la estructura de la oferta y de la demanda, condiciones de entrada y salida, etc.), y la indicación precisa de los documentos que no se van a acompañar y las razones que motivan su exclusión (porque se consideran innecesarios, impertinentes o no relacionados con la operación que se busca someter a evaluación). No es necesario, a nuestro juicio, que al momento de plantear la solicitud de exención se acompañen materialmente los documentos, bastando hacer mención a los mismos, por cuanto se trata sólo de un proyecto de notificación, y no del acto de notificación propiamente tal.

La regulación de esta exención, como hasta ahora ha sido detallada, nos parece del todo adecuada, sin embargo, el artículo 3 del Reglamento contiene, en su inciso 4º, una norma del siguiente tenor: “Con todo, el Fiscal Nacional Económico no considerará solicitudes que impliquen eximir de acompañar los antecedentes necesarios para identificar la operación de que se trata y a los agentes económicos que toman parte en la misma y su grupo empresarial; los antecedentes que permitan evaluar preliminarmente los eventuales riesgos que la operación pudiere significar para la libre competencia; y la declaración de las partes que indiquen que, de buena fe, pretenden llevar a cabo la operación que se notifica, de conformidad a lo dispuesto en inciso quinto del artículo 48 del DL 211”. El inciso 4º del artículo 3 del Reglamento fue incorporado durante el trámite de toma de razón del Reglamento ante la Contraloría General de la República, pero genera más dudas que certezas. En rigor, y tal como se examinó a lo largo de esta sección, todos los antecedentes acompañados por las partes están, precisamente, encaminados a identificar la operación y a evaluar los riesgos derivados de la misma, por lo que, vista la amplitud con que está redactado el inciso citado, la opción de eximirse de acompañar ciertos antecedentes se haría virtualmente impracticable. Sin duda, esta no puede ser la conclusión definitiva. Suponemos que este inciso fue incluido con la finalidad de restringir eventuales abusos. No existe, sin embargo, un riesgo importante de que los potenciales notificantes puedan burlar las exigencias reglamentarias y salvarse de acompañar información por el solo hecho de pedir esta exención: su solicitud deberá ser motivada y específica en cuanto a los documentos de que no se disponen o se consideran

sobreabundantes, y estará sujeta en cualquier caso a la decisión última del Fiscal Nacional Económico. Consideramos que lo determinante para que tenga lugar esta especie de *contracepción* en virtud de la cual el Fiscal estará compelido a desestimar una petición de exención, es que la solicitud recaiga en antecedentes indispensables para identificar la operación, las partes y/o sus riesgos (reza el inciso en comento: “[...] el Fiscal Nacional Económico no considerará solicitudes que impliquen eximir de acompañar los antecedentes necesarios para identificar la operación [...]”). En tal sentido, no podrá pedirse una exención si la información que se quiere omitir impide que la autoridad individualice a los agentes económicos involucrados y que comprenda la operación en su global dimensión, así como los efectos para la competencia que puedan desprenderse. En resumidas cuentas, las partes deberán siempre acompañar los antecedentes que señala el Reglamento en su artículo 2 N°1 (resumen ejecutivo de la operación); N°2 (individualización de las partes y entidades de su grupo empresarial); N°3 (estructura de control y propiedad previa a la operación); N°4 (estructura de propiedad proyectada luego de la operación) y N°5 (descripción de los mercados relevantes afectados). En cambio, las partes podrán solicitar quedar exentas de presentar los antecedentes mencionados en el artículo 2, en su N°4 literal h), referido a actas de sesiones de directorio y juntas de accionistas, informes o estudios sobre la operación, y programas de negocios en el mercado relevante afectado; cualquiera de los mencionados en el N°6 del mismo artículo, por ejemplo, los exigidos en su literal m) que hace referencia al desarrollo tecnológico del mercado; en el literal n), que exige una descripción de las condiciones de entrada y salida a los mercados relevantes afectado, o en el literal o) referido a datos de contacto de competidores y clientes. También la solicitud de exención podrá recaer en algunos de los antecedentes adicionales del N°7 cuando se trate de una operación de joint venture; del N°8 cuando corresponda a una adquisición del control de activos; o del N°9, relativo a las eventuales eficiencias productivas o dinámicas que las partes atribuyan a la operación. En caso alguno las partes podrán liberarse de acompañar la declaración de intención de perfeccionar la operación (N°10) ni, por añadidura, de acompañar la declaración de veracidad, suficiencia y completitud de la información (N°11).

La regulación de la exención de acompañar antecedentes concluye señalando: “Sin perjuicio de todo lo anterior, una vez iniciada la investigación, el Fiscal Nacional Económico podrá solicitar dichos antecedentes si así lo estima necesario para un adecuado análisis de la operación proyectada con arreglo al artículo 52 del DL 211” (art. 3 inc. final, del Reglamento)³⁷¹. Vale decir,

³⁷¹ El aludido artículo 52 del DL 211 dispone que, en el curso de las investigaciones llevadas conforme al Título IV, el Fiscal “podrá ejercer las facultades que le confieren los literales f), g), h), j), k), l) y m) del artículo 39”. A ello debemos agregar lo preceptuado en el artículo 56 para el caso que tuviere lugar la Fase II, donde se le reconocen idénticas

aun cuando las partes se hayan eximido de acompañar cierta información, siempre subsiste la facultad del Fiscal de solicitarles a ellas o a terceros, avanzado el procedimiento y *ex officio*, esos mismos antecedentes cuando los estime como indispensables para evaluar cabalmente la operación.

2.9.4.4. Versiones públicas de los documentos con información sensible de su titular

De conformidad al artículo 10 del Reglamento, las partes podrán solicitar la reserva o confidencialidad de los antecedentes que acompañen a la notificación, así como de los antecedentes que se acompañen durante el desarrollo de la investigación, para lo cual deberán adjuntar en ese mismo acto las versiones públicas correspondientes (art. 10 inc. 1º del Reglamento). Las versiones públicas deberán tarjar únicamente la información que quede comprendida en alguna de las causales de reserva o confidencialidad establecidas en el literal a) del artículo 39 del DL 211, y de ellas deberá desprenderse el contenido de los antecedentes, así como la naturaleza y fuente de la información suprimida. En caso contrario, la Fiscalía podrá requerir al solicitante nuevas versiones públicas que cumplan con los criterios antes señalados, pudiendo la Fiscalía, en su defecto, preparar las que le parezcan más apropiadas y se ajusten a las causales establecidas en la ley (art. 10 inc. 2º del Reglamento).

Las causales de reserva expresadas en literal a) del artículo 39 del DL 211 corresponden a:

- La protección de la identidad de quienes hayan efectuado declaraciones o aportado antecedentes en la investigación;
- La existencia de fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular; y
- El resguardo de la eficacia de la investigación misma.

Las partes deben tener siempre presente que la información que aporten al momento de la notificación será incorporada al expediente de evaluación y que, si bien durante la Fase I sólo tendrán acceso a éste el Fiscal Nacional Económico y los notificantes³⁷², en caso de que la investigación pase a la Fase II, el expediente se hará completamente público (art. 55 inc. 3º DL 211). Por lo tanto, será carga exclusiva de los notificantes hacer efectiva la confidencialidad de los

facultades, y que dicen relación con solicitar la colaboración de funcionarios públicos, requerir información a servicios públicos y a particulares, pedir informes a organismos técnicos del Estado, y solicitar a otros servicios el traspaso electrónico de información pública que posean.

³⁷² Excepcionalmente podrán aportar antecedentes terceros a quienes el propio Fiscal les solicite su opinión sobre las medidas de mitigación ofrecidas por los notificantes (art. 53 DL 211).

antecedentes que presenten al momento de la notificación y que contengan información sensible, acompañando las versiones públicas respectivas (lo mismo aplica para los demás documentos que las partes presenten voluntariamente o requerimiento del Fiscal durante el transcurso de la Fase I).

El análisis de toda operación de concentración supone, necesariamente, una exposición de aquella información relevante para el desempeño competitivo de los agentes económicos involucrados. A modo de ejemplo, se exige a los notificantes indicar los principales insumos de su proceso productivo³⁷³ o efectuar una descripción de las condiciones de entrada y salida que incluye, entre otros aspectos, indicar los costos de entrada, economías de escala o de ámbito, titularidad de derechos de propiedad intelectual, industrial y/o conocimientos técnicos relevantes, productos nuevos con que las partes vayan a entrar al mercado, y planes de ampliar la capacidad de producción o de venta³⁷⁴.

2.9.4.5. Formato de los antecedentes acompañados

Los Formularios de Notificación se refieren a un aspecto completamente omitido por la ley y el Reglamento, y que dice relación con el formato de la información entregada, el que, según instruye la agencia, será siempre en formato digital mediante un soporte de almacenamiento electrónico de datos, sin perjuicio de que la FNE podrá exigir en todo momento del procedimiento la entrega de ciertos documentos en soporte físico o papel si lo estima necesario³⁷⁵.

2.9.4.6. Autorización de acceso a información confidencial para operaciones internacionales

Para que las operaciones de concentración puedan ser examinadas preventivamente por la FNE, el artículo 47 del DL 211 exige que éstas puedan producir “efectos en Chile”. Lo anterior no obsta, ciertamente, a que a la misma operación pueda simultáneamente producir efectos en otros territorios, o que la concentración sea parte de una operación mayor de reestructuración económica de magnitud o escala internacional. En este sentido, de acuerdo al artículo 2 del Reglamento, es una exigencia de la notificación ordinaria indicar “[o]tros países en que se haya notificado o se proyecte notificar la operación, adjuntando los pronunciamientos de los respectivos órganos de defensa de la competencia, si ello resultase procedente, señalando si se autoriza a la Fiscalía Nacional Económica a compartir la información de la operación con otras autoridades de defensa de la competencia” (art. 2 N°4 letra d) del Reglamento) (subrayado agregado). Nos queremos detener por un momento en esta autorización de acceso a información a que hace referencia la citada norma. Corresponde a una

³⁷³ Art. 2 N°6 letra j) del Reglamento.

³⁷⁴ Art. 2 N°6 letra n) del Reglamento.

³⁷⁵ Formulario de Notificación Ordinario, Sección IV.2., p.4. Idéntica instrucción contiene el Formulario de Notificación Simplificado, Sección V.2, p.6.

autorización que las partes conceden a la FNE, y han de acompañarla en forma coetánea a la notificación. Pese a que sólo se previó expresamente para las notificaciones que se sujeten a las reglas de notificación ordinaria, no hay impedimento para que las partes que se acojan al mecanismo de notificación simplificada señalen voluntariamente aquellos países donde se revisó o se busca revisar la operación, y en consecuencia, acompañen la autorización respectiva para que la FNE acceda a la información que agencias extranjeras tengan en su poder³⁷⁶. Precisamente, tanto el Formulario de Notificación Ordinario como el Formulario de Notificación Simplificado señalan al respecto: “[...] con el propósito de hacer más expedito el análisis conjunto de la Operación por diversas jurisdicciones, las Partes Notificantes podrán autorizar a la FNE y a las autoridades de los países respectivos, ya sea al momento de la notificación o durante el proceso de revisión por la FNE, para compartir información relativa a la Operación notificada”³⁷⁷. La cooperación inter-agencias es relevante no sólo para un examen cabal de las características, motivos y efectos de una determinada operación, sino también, y muy especialmente, para el diseño de medidas de mitigación adecuadas y realmente eficaces³⁷⁸.

2.9.4.7. Propuestas tentativas de medidas de mitigación

La “Guía de Remedios” de la FNE admite también la presentación de propuestas tentativas de medidas de mitigación en forma coetánea a la notificación. No obstante, se previene expresamente que “[d]ichas presentaciones no serán consideradas ‘medidas ofrecidas por las partes’ en los términos descritos en el artículo 53 inciso 3, 54 letra b) y 57 letra b) [del DL 211], ni suspenderán los plazos de investigación”³⁷⁹. Sólo los notificantes están legalmente autorizados para proponer medidas de mitigación (tanto el Fiscal como terceros ajenos tienen vedada la posibilidad de determinar remedios). Sin embargo, el carácter meramente tentativo de los remedios ofrecidos en el acto de notificación se explica por el hecho de que es al Fiscal a quien le compete identificar los riesgos que puedan derivarse de la operación, y sólo podrá hacerlo una vez notificada ésta y examinados los antecedentes acompañados, para posteriormente manifestárselos a las partes a fin de que presenten medidas idóneas que se hagan cargo de tales riesgos. Asimismo, el Reglamento no exige a las partes que acompañen a su notificación una propuesta de medidas, es más, ni siquiera

³⁷⁶ El artículo 7 del Reglamento establece solamente el *minimum* de información que deberán obligatoriamente entregar las partes en caso de someterse al mecanismo de notificación simplificada (reza textualmente que ésta incluye “[...] a lo menos, la siguiente información [...]”), pudiendo aportar de manera voluntaria otros elementos adicionales para el análisis de la operación.

³⁷⁷ Formulario de Notificación Ordinario, Sección V, p.6, y Formulario de Notificación Simplificado, Sección VI, p.8.

³⁷⁸ Este punto es abordado con mayor detalle *infra* sección 2.24.4. (e).

³⁷⁹ FNE (2017c), p. 7. El escrito de ofrecimiento de medidas producirá la suspensión de los plazos de duración de la Fase I por un máximo de 10 días, y de la Fase II por un máximo de 15 días, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 60 del DL 211.

será necesario señalar los efectos para la competencia que las partes puedan por sí mismas anticipar que tendrán lugar con motivo de su plan de concentración. Por último, la FNE no examina cualquier proposición: la “Guía de Remedios” impone requisitos de forma para considerar un ofrecimiento de medidas como tal, y fija requisitos de fondo que dicen relación con la efectividad de las medidas, su factibilidad de implementación, ejecución y monitoreo, y su proporcionalidad al efecto que pretendan compensar³⁸⁰.

2.10. Deberes de información de los notificantes durante el procedimiento. Modificación «significativa» de la operación

Aclarado el contenido de la notificación y los antecedentes a acompañar, el inciso 6º del artículo 48 del DL 211 dispone en seguida: “Quienes notifiquen la operación deberán poner en conocimiento de la Fiscalía Nacional Económica los hechos, actos o convenciones que modifiquen en cualquier forma los antecedentes, estimaciones, proyecciones o conclusiones que hubieren proporcionado, tan pronto tales hechos, actos o convenciones lleguen a su conocimiento. En caso de que la modificación que los notificantes pongan en conocimiento de la Fiscalía Nacional Económica resulte significativa, el Fiscal Nacional Económico dictará una resolución declarando lo anterior, a partir de la cual los plazos del procedimiento comenzarán a contabilizarse como si se tratase de una nueva notificación”. Veamos el sentido de esta disposición.

2.10.1. Alcance del deber de información de los notificantes

Todo complemento a la información contenida originalmente en la notificación, y en general toda otra información producida o conocida por los notificantes durante el proceso de evaluación (que implique modificación del proyecto de concentración) deberá ser comunicada al Fiscal Nacional Económico. En cuanto a qué nueva información deberá entregarse a la FNE, el tenor de la norma es suficientemente amplio, abarcando todos los hechos, actos o convenciones que modifiquen en cualquier forma los antecedentes originalmente proporcionados. Aun así, podemos hacer ciertas disquisiciones. En primer lugar, la norma comprende todos los cambios en la *información objetiva* aportada por los notificantes, como serían antecedentes financieros y contables relacionados con las partes de la operación. Pero además, deberán informarse los cambios a *afirmaciones subjetivas* hechas por los notificantes a través de “estimaciones, proyecciones o conclusiones” (art. 48 inc. 6º). Estas afirmaciones subjetivas son juicios valorativos efectuados por

³⁸⁰ FNE (2017c), p. 6.

los propios notificantes, y como tales son susceptibles de ser rebatidos y hasta descartados por la autoridad revisora³⁸¹.

El deber de las partes de informar a la Fiscalía abarca tanto las modificaciones a los antecedentes presentados en el acto de notificación, así como todo otro antecedente proporcionado a la agencia en el transcurso del procedimiento, sea que se hubiere aportado voluntariamente o a requerimiento del Fiscal. Sin perjuicio de lo anterior, si la Fiscalía toma conocimiento de que las condiciones de la transacción han sido modificadas o serán modificadas de alguna forma, podrá requerir tal información a las partes, teniendo éstas la obligación legal de proporcionar los antecedentes pertinentes.

2.10.2. Oportunidad en que los notificantes deberán entregar la información

Toda nueva información habrá de comunicarse a la Fiscalía “tan pronto tales hechos, actos o convenciones lleguen a conocimiento del notificante” (art. 48 inc. 6°). La norma se pone en el supuesto de que la nueva información corresponda a hechos ajenos a la voluntad del notificante, de manera que deben primero llegar al conocimiento de las partes, para luego poder informarlos a la autoridad. En cambio, si la nueva información es un hecho del propio notificante, ésta deberá ser comunicada a la FNE inmediatamente se genere³⁸².

2.10.3. Riesgo de entrega de información sobreabundante o innecesaria

Dada la amplitud de la disposición legal (“hechos, actos o convenciones que modifiquen en cualquier forma los antecedentes, estimaciones, proyecciones o conclusiones que hubieren proporcionado”), existe el riesgo de que las partes, por temor a ser sancionadas, sobrecarguen de información a la Fiscalía, comunicándoles hechos superabundantes, irrelevantes o inconducentes para efectos de la evaluación. Creemos que hay varios criterios que permiten discriminar qué información es relevante para los fines del procedimiento. Todos los hechos y afirmaciones nuevas deben incidir directamente con la operación notificada, que es el objeto mismo del procedimiento

³⁸¹ Además, tales “estimaciones, proyecciones o conclusiones” han de constar en el expediente de investigación para que su modificación deba ser informada a la Fiscalía Nacional Económica; por el contrario, las afirmaciones subjetivas de los agentes económicos involucrados, acerca de su propia operación, realizadas fuera del procedimiento (como en medios de comunicación social u otro contexto), no han de ser consideradas para el resultado del proceso de evaluación ni deberán ser informadas a la autoridad.

³⁸² Serán, por ejemplo, hechos ajenos a la voluntad del notificante: un cambio relevante en las condiciones del mercado; una normativa regulatoria que incida directa o indirectamente en el proyecto de concentración; el hecho de un tercero o de una autoridad que afecte directa o indirectamente la viabilidad o condiciones del proyecto de concentración, etcétera. Serán, en cambio, hechos propios del notificante: una modificación relevante en la estructura de la propiedad de alguna de las partes; una decisión de sus órganos de administración o de sus propietarios que incida en la operación; una modificación que haya de introducirse en los estados financieros o los asientos de la información contable aportada a la investigación; los resultados de un estudio encargado por las propias partes cuyas conclusiones se refieran a la operación o el mercado relevante afectado, entre otros.

(todos los antecedentes, estimaciones, conclusiones y, en general, toda la información del expediente se aporta en función de evaluar dicha operación). Pues bien, si las partes estiman que información nueva afectará la materialización del proyecto de concentración, o el desempeño futuro de la operación en sus plazos o condiciones, deberá comunicarse a la FNE; por el contrario, información nueva sobre la situación legal, financiera o económica de las partes pero que no incida directamente en la operación notificada, no será necesario comunicar a la Fiscalía³⁸³. Finalmente, aquellos hechos notorios o de público conocimiento que hayan sido ampliamente difundidos en medios de comunicación social no deberán ser informados a la FNE, a menos que las partes tengan en su poder información adicional sobre esos hechos que no haya sido divulgada o conocida públicamente.

2.10.4. Modificación significativa de la operación. Efecto de reinicio del procedimiento

La nueva información aportada por el notificante tendrá efectos no sólo en la operación, sino también en la substanciación misma del proceso de evaluación: en caso que la modificación a la operación que los notificantes informen a Fiscalía Nacional Económica resulte “significativa”, el Fiscal deberá dictar una resolución declarando lo anterior, a partir de la cual los plazos del procedimiento comenzarán a contabilizarse como si se tratase de una nueva notificación (art. 48 inc. 6°). La modificación “significativa” de la operación planificada tendrá, por ende, un efecto de suma importancia: todos los plazos del procedimiento comenzarán a contabilizarse como si se tratase de una nueva notificación.

La norma supone el surgimiento de nueva información que modifique de tal forma las condiciones de la operación, que los tiempos que restan a la autoridad para evaluarla se tornen insuficientes. La nueva información debió ser desconocida por los notificantes en su momento, debiendo reportarla tan pronto llegare a su conocimiento. Por el contrario, si era una información conocida y que maliciosamente ocultaron al Fiscal, arriesgan ser sancionados penalmente de conformidad a la letra h) del artículo 39.

Para que tenga lugar este efecto de reiniciar por completo el procedimiento es necesario que se cumplan dos requisitos copulativos: (a) que la nueva información modifique en forma

³⁸³ No es extraño que los agentes económicos que proyectan concentrarse produzcan información nueva que deban comunicar a una entidad regulatoria distinta a la Fiscalía Nacional Económica, como es el caso de las sociedades anónimas sujetas a la fiscalización de la Comisión para el Mercado Financiero, que deben informar determinados hechos esenciales sobre la marcha de su compañía (arts. 9 y 10 de la Ley de Mercado de Valores). De manera que no toda la información producida por las partes deberá ser comunicada a la Fiscalía, sino sólo en la medida que dicha información tenga incidencia directa en el proyecto de concentración.

“significativa” los antecedentes aportados previamente por el notificante; y (b) que el Fiscal Nacional Económico “dicte una resolución declarando lo anterior”.

Los plazos del procedimiento se reiniciarán desde la fecha de dictación de la resolución del Fiscal que lo declara. La comunicación de esta resolución al notificante se hará por la vía que señala el artículo 61 (correo electrónico o mediante funcionarios de la Fiscalía), pero dicha comunicación no es requisito para que la resolución produzca sus efectos jurídicos en el procedimiento³⁸⁴.

Que los plazos se contabilicen “como si se tratase de una nueva notificación” es una expresión que podría entenderse en dos sentidos. Un primer sentido es que, desde el momento de dictación de la resolución, la duración del procedimiento se extiende adicionalmente por el número de días que comprenda la Fase I (30 días) si la investigación estaba en esta etapa; o por los días que dure la Fase II (máximo 90 días), si la investigación alcanzó a llegar a esta etapa. Tal interpretación es errada porque desconoce la *ratio legis* de la norma, esta es, que ciertos cambios al proyecto de concentración, por ser numerosos o de envergadura, exigen una revisión más exhaustiva de la autoridad, y por ende, requiere mucho más tiempo que el previsto originalmente. Por esa misma razón es que una modificación “significativa” siempre se concebirá formalmente como una “nueva notificación”.

Entonces, el real sentido de la expresión “los plazos del procedimiento comenzarán a contabilizarse como si se tratase de una nueva notificación” que usa el inciso sexto del artículo 48 es que, desde la fecha de dictación de la resolución que lo declara, el Fiscal procederá a reevaluar la operación desde cero, cualquiera fuere el estado en que quedó el procedimiento, sea que la modificación significativa se haya dado en la Fase I o en la Fase II. En consecuencia, el Fiscal deberá determinar primeramente si esta nueva notificación es completa o incompleta conforme dispone el artículo 50 del DL 211, lo que habrá de precisarse caso a caso, según sea el rasgo de la operación que las partes modificarán sustancialmente. Por aplicación del principio de economía procedural (art. 9 LBPA), consideramos que en este supuesto no será necesario acompañar *todos* los antecedentes que requiere el Reglamento, pudiendo omitirse aquellos que obren en el expediente

³⁸⁴ El tenor de la norma es suficientemente claro al respecto: “En caso que la modificación que los notificantes pongan en conocimiento de la Fiscalía Nacional Económica resulte significativa, el Fiscal Nacional Económico dictará una resolución declarando lo anterior, a partir de la cual los plazos del procedimiento comenzarán a contabilizarse como si se tratare de una nueva notificación” (el destacado es nuestro). Será a partir de la *dictación*, y no de la comunicación, de la respectiva resolución desde cuándo empezarán a computarse los plazos legales nuevamente. Esta disposición hace excepción a la regla general en el procedimiento de evaluación de operaciones de concentración, en lo que a cómputo de los plazos se refiere: por ejemplo, la resolución que ordena el inicio de la investigación produce sus efectos desde que se comunica al notificante de la operación; la resolución que ordena extender la investigación deberá dictarse y comunicarse al notificante dentro de determinado plazo legal; y en cuanto a la resolución que prohíbe una operación de concentración, será a partir de su comunicación al notificante desde cuándo empezará a correr el plazo para interponer la acción de revisión especial.

hasta la fecha de dictación de la resolución de reinicio; será, en cambio, indispensable acompañar aquellos *antecedentes que dan cuenta de la modificación*. El Fiscal deberá pronunciarse, en vista de tales elementos, sobre la completitud de esta “nueva notificación”. Si ella es estimada incompleta (por no acompañar los antecedentes relativos a la modificación de que se trata), el Fiscal exigirá al notificante que subsane las omisiones y, si no lo hace en forma debida y oportuna, no se dará inicio a la re-evaluación de la operación, poniendo fin a todo el procedimiento (art. 50 DL 211). Si esta nueva notificación es estimada completa, el Fiscal dictará otra resolución en virtud de la cual empezará a correr nuevamente el plazo de la Fase I (30 días), y así sucesivamente irán teniendo lugar las actuaciones y diligencias que el Título IV establece. Esta interpretación reconoce el espíritu de la disposición, cual es que frente a una modificación sustantiva de la operación, la autoridad requerirá de un tiempo mayor para evaluarla. Si bien el completo reinicio del procedimiento puede parecer contrario al interés del notificante (especialmente porque se prolonga el efecto suspensivo del artículo 49), creemos que la norma equilibra correctamente los intereses de todos los intervenientes: por un lado, el Fiscal podrá analizar las modificaciones en un tiempo apropiado que le permita desafiar la operación en sus nuevos términos y, por otro lado, los notificantes podrán formular todas las alegaciones que estimen pertinentes, incluyendo la proposición de nuevas medidas de mitigación acordes. Por último, los notificantes tendrán siempre a salvo el derecho de ser informados de los riesgos que acarree esta modificación significativa, antes de que el Fiscal dicte una resolución de término (art. 53 inc. 1º).

El DL 211 lamentablemente no da luces de qué entiende por modificación “significativa” de la operación (tampoco el Reglamento). Sí existe en la “Guía de Competencia” de la Fiscalía Nacional Económica alusión a lo que denomina “modificaciones sustanciales”, señalando en lo pertinente que, para la agencia, “serán particularmente relevantes aquellas modificaciones que digan relación con el tipo de operaciones de concentración de que se trate (vías para una operación de concentración), su duración y/o sus nexos geográficos”³⁸⁵. Recordemos que, en conformidad al Reglamento, las partes deben señalar “la naturaleza jurídica de la operación, indicando cuál es la letra del artículo 47 del DL 211 a la que corresponde” (art. 2, N°4 letra a), la “forma y plazos de implementación proyectados para la operación” (art. 2 N° 4 letra c) y “otros países en que se haya notificado o se proyecte notificar la operación” (art 2, N°4 letra d).

Compartimos plenamente los criterios apuntados por la FNE, haciendo solamente dos prevenciones: primero, corresponderá a la Fiscalía determinar si en una operación concreta el cambio informado califica como significativo o substancial, por lo que estos criterios deben

³⁸⁵ FNE (2017a), p. 30.

entenderse como directrices que no obstan a un examen caso a caso; y segundo, los criterios señalados (tipología, duración y nexo de jurisdicción), aun siendo del todo indiscutibles, *no serán los únicos* que podrá considerar la autoridad. A modo enunciativo, será relevante un cambio en la estructura de propiedad de los agentes que tomarán parte en la operación o forman parte de su grupo empresarial, o una decisión de las partes, o de una autoridad administrativa o judicial, nacional o extranjera, que tenga incidencia directa en las condiciones de perfeccionamiento futuro de la operación (por ejemplo, un hecho que afecte las capacidades económicas de las personas jurídicas que van a adquirir el control, que ponga en riesgo el financiamiento de la operación, o que embarace la propiedad sobre los activos relevantes que van a ser adquiridos). Por eso no debe exagerarse el alcance de una regla como la prevista en el inciso 6º del artículo 48; en todos los otros casos que no involucren un cambio sustancial en la operación, el procedimiento seguirá su curso en los plazos originales, hasta su normal conclusión. Por ejemplo, no debería dar lugar al reinicio el que se informen los resultados de un estudio encargado por las partes, la posible entrada de un nuevo competidor o la salida de un incumbente, la introducción de un producto nuevo, la negociación o celebración de un contrato con un nuevo cliente o proveedor, etc.

Asimismo, la norma en comento parte del supuesto de que, reiniciándose el procedimiento, los notificantes efectivamente pretendan seguir adelante con la evaluación, esta vez desde cero. Es posible que las partes prefieran no perseverar en su proyecto de concentración; en ese caso, deberán informarlo inmediatamente el Fiscal y, en el mismo acto, solicitar el desistimiento de la notificación de conformidad al artículo 58. El desistimiento de la notificación es un derecho que asiste a las partes en todo momento del proceso de evaluación, sea en la primera o la segunda fase.

Por último, los notificantes que estimen improcedente el reinicio del proceso, por no tratarse de una modificación significativa del plan de concentración, podrán deducir en contra de la resolución del Fiscal Nacional Económico el recurso administrativo de reposición que contempla el artículo 59 de la LBPA. Esta es la vía con la que cuentan los interesados para atacar la resolución del Fiscal que declara el reinicio del procedimiento, ya que el Título IV del DL 211 no consagra mecanismos de impugnación procedentes en la especie.

2.11. Notificación voluntaria de operaciones que se ubiquen bajo los umbrales

La posibilidad de que proyectos de concentración ubicados bajo los umbrales puedan ser notificados voluntariamente es lo que da al sistema su carácter de híbrido y no de obligatorio puro. De conformidad al inciso 8º del artículo 48, las operaciones que no igualen o no superen los umbrales podrán ser notificadas en forma voluntaria por los agentes económicos que proyectan

concentrarse. De la norma en comento se desprenden los requisitos que hacen procedente la notificación voluntaria:

- (a) Debe tratarse de una operación de concentración en el sentido del artículo 47;
- (b) La operación no debe equiparar ni superar los umbrales del artículo 48, calculados según los volumen de ventas nacionales de las partes y que están definidos numéricamente por la Resolución N° 667 de la Fiscalía Nacional Económica;
- (c) Sólo los agentes económicos que proyectan concentrarse y que intervendrán en el o los actos que sirven de instrumento para perfeccionar la operación, están legitimados para incoar la notificación;
- (d) La operación no debe encontrarse perfeccionada al momento de efectuarse la notificación; y
- (e) La operación que se notifica puede producir efectos económicos en Chile.

El requisito que referimos en la letra (e) anterior corresponde al nexo de jurisdicción o nexo local, y se desprende del mismo artículo 48 que exige que las operaciones notificadas obligatoriamente a la FNE “producen efectos en Chile” (inc. 1°) y, al mismo tiempo, que las notificaciones voluntarias “se sujetarán a las mismas reglas que las obligatorias” (inc. 8°). Dentro del estatuto normativo que rige a las notificaciones obligatorias, y que por disposición legal se hace extensivo a las voluntarias, está la exigencia de un vínculo con Chile, y que se expresa no sólo en el hecho que los umbrales atiendan a las ventas nacionales de las partes, sino también en que la transacción misma pueda producir alguna consecuencia económica en un mercado geográfico que comprenda todo o parte del territorio de Chile, lo que se expresa usualmente en el desarrollo de actividades económicas en Chile por las partes o la entidad resultante, o la transferencia de activos localizados en Chile. Aquellas operaciones que no vayan a tener un impacto doméstico no merecen ser sometidas a revisión por la autoridad local, considerando los recursos públicos que significaría examinarlas. En este mismo sentido, la Fiscalía en su “Guía de Competencia” señala:

“quedará la posibilidad de que las partes de una operación de concentración puedan notificarla voluntariamente [...] siempre que presenten un nexo apropiado con Chile, incluyendo ventas o presencia (por ejemplo, actividades o activos) y/o clientes o consumidores en territorio chileno”³⁸⁶ (subrayado agregado).

³⁸⁶ FNE (2017a), p. 29.

Señalamos que las notificaciones voluntarias se sujetarán a las mismas reglas que las notificaciones obligatorias, lo que redunda, también, en que los agentes económicos involucrados tendrán los mismos derechos, deberes y cargas como intervenientes del procedimiento, que los obligados a notificar. Así, por ejemplo, deberán cumplir con los requisitos legales y reglamentarios de toda notificación y estarán sujetas al efecto suspensivo que impide su perfeccionamiento mientras no obtengan una resolución o sentencia favorables. Los notificantes podrán solicitar información sobre la investigación y ser informados de los riesgos de la operación, presentar medidas de mitigación *ad hoc* y proponer diligencias investigativas. Si la resolución final del Fiscal Nacional Económico es la de prohibir la operación, podrán impetrar la revisión especial de la misma ante el TDLC (art. 57 inc. final). El Fiscal podrá ejercer las facultades que le reconoce el artículo 39, en virtud del cual está autorizado para efectuar, en todo momento de la investigación, requerimientos de información y citaciones a declarar. Igualmente, las operaciones notificadas voluntariamente quedarán sujetas, en lo pertinente, a lo dispuesto en el artículo 3° bis³⁸⁷. De este modo, a quienes contravengan el deber de no perfeccionar la operación estando ésta suspendida de pleno derecho (art. 3 bis, letra b); incumplan las medidas con que se hubiere aprobado la operación (art. 3 bis, letra c); perfeccionen la operación habiéndose decretado su prohibición (art. 3 bis, letra d); o notifiquen su operación entregando información falsa (art. 3 bis, letra e), se les aplicarán las medidas y sanciones del artículo 26, además de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que sean necesarias.

Que estas operaciones se sometan al mismo estatuto que las notificadas obligatoriamente reafirma la importancia de que la FNE interprete y aplique uniformemente las normas sustantivas y procesales. La consistencia y predictibilidad del sistema debe ser percibida no sólo por los obligados a notificar, sino también por los que quieran someterse voluntariamente a la evaluación.

La ley contiene un incentivo para los agentes económicos que tengan dudas sobre los efectos anticompetitivos de su proyecto: las operaciones ubicadas bajo los umbrales y que opten por no evaluarse preventivamente arriesgan que la FNE las revise de oficio dentro de un año de perfeccionadas, iniciándose una investigación y, eventualmente, un requerimiento ante el TDLC si la operación puede ser considerada en sí misma atentatoria de la libre competencia. En contraste, el principal beneficio que brinda someterse voluntariamente a evaluación es la seguridad jurídica en relación al potencial anticompetitivo de la operación³⁸⁸. Las operaciones notificadas

³⁸⁷ No se les aplicará, por cierto, la sanción por infringir la obligación de notificar a que se refiere el artículo 3°bis, letra a), del DL 211.

³⁸⁸ Ello fue expresado en el Mensaje Presidencial como el principal aliciente a informar de forma voluntaria un proyecto de concentración empresarial, véase BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2016), p. 10.

voluntariamente que resulten aprobadas gozan de relativa inmunidad en el sentido de que no podrán ser posteriormente revisadas ni cuestionadas como contrarias a la libre competencia, y sólo en forma muy excepcional podrán ser posteriormente sancionadas sobre la base de nuevos antecedentes (art. 32 DL 211)³⁸⁹. El conocimiento que den las propias partes sobre un proyecto de concentración que no supere los umbrales legales otorga la certeza jurídica que provee una resolución aprobatoria y permite ampliar el espectro de operaciones susceptibles de ser controladas a un costo mínimo para las agencias.

Con todo, las agencias no abdican del todo a investigar posteriormente operaciones no notificables. En tal sentido, el inciso 9º del artículo 48 establece que respecto de las operaciones que no superaron los umbrales y que no fueron reportadas voluntariamente al Fiscal Nacional Económico, “éste podrá, dentro del plazo de un año, contado desde el perfeccionamiento de la operación, instruir las investigaciones que estime procedentes de conformidad a la letra a) del artículo 39”. La disposición transcrita merece varias observaciones. Primero, y en relación al cómputo del plazo dentro del cual el Fiscal podrá instruir la investigación, la ley señala que es “un año contado desde el perfeccionamiento de la operación”. Más adelante veremos, a propósito del efecto suspensivo de la notificación (art. 49), qué se entiende por perfeccionamiento, concepto jurídico indeterminado que comprende un hecho, acto o convención que tenga la aptitud de hacer cesar la independencia de los agentes económicos involucrados, en algún ámbito de sus actividades. Cuál es el hecho, acto o convención específico que determina que una operación se entienda perfeccionada deberá ser determinado caso a caso³⁹⁰.

En segundo lugar, la citada norma dispone que el Fiscal deberá “instruir las investigaciones que estime procedentes”. De ninguna manera una operación ya perfeccionada podrá ser investigada conforme a las normas del procedimiento del Título IV, ya que la notificación es siempre previa al perfeccionamiento (art. 48 inc. 1º). La eventual investigación de una concentración consumada y que no estaba en la obligación de notificarse, tiene un fin represivo, con miras a indagar una infracción al DL 211 y deberá conducirse por el Fiscal según las reglas generales de la letra a) del artículo 39. Al término de sus indagatorias, la FNE podrá optar entre decretar el archivo, deducir un requerimiento ante el TDLC, o suscribir un acuerdo extrajudicial con los investigados.

En tercer lugar, estimamos que aun cuando hubiere vencido el plazo de un año desde que se perfeccionó la operación, sin que el Fiscal hubiere instruido indagatoria alguna respecto de ella, las partes que se concentraron o la entidad resultante podrán ser igualmente sujetos de investigación si

³⁸⁹ Sobre el beneficio de inmunidad que confiere la resolución aprobatoria, véase *infra* sección 2.25.2.

³⁹⁰ Véase *infra* sección 2.13.3.

con posterioridad al perfeccionamiento de la operación han incurrido en alguna conducta que califique como infracción al DL 211 en los términos del artículo 3º, inciso primero o segundo. A nuestro juicio, el artículo 48 consagra una forma específica de caducidad³⁹¹ para ejercer la potestad de instrucción de una investigación fiscal en relación a su objeto, mas no consagra una regla de prescripción de la acción para reprimir ilícitos anticompetitivos que se hubieren configurado con posterioridad a la operación consumada³⁹². Esta conclusión es resultado de una interpretación sistemática de las normas del DL 211. Las reglas de prescripción de las acciones para reprimir conductas contrarias al DL 211 se consagran en su artículo 20, y como tales, señalan los plazos para que cualquier legitimado requiera o demande la imposición de sanciones y medidas por un determinada conducta anticompetitiva (a saber, 3 años desde la ejecución de la conducta atentatoria para la generalidad de los ilícitos, y 5 años desde el cese de los efectos en el mercado imputables a la conducta, para el caso del injusto de colusión). La regla del artículo 48, en cambio, solamente limita el ejercicio de la *potestad de la FNE de instruir una investigación* en razón de su *objeto* (operaciones de concentración consumadas y no notificables), fijando un *plazo de caducidad para promover su iniciación* (como sabemos, en general sometida a la discreción del Fiscal); pero esta regla no quiere decir que al cabo de un año de consumada la operación no podrá sancionarse ilícito alguno en que hubieran incurrido las partes o la entidad resultante. Pasado un año del perfeccionamiento de una operación no notificable, no se producirá la prescripción de la acción para perseguir la responsabilidad infraccional por una conducta contraria al DL 211 que haya tenido lugar con posterioridad al perfeccionamiento, sino que la Fiscalía no podrá desafiar la operación propiamente tal como una conducta atentatoria de la libre competencia; sí podrá indagar un hecho, acto o convención, distintos a la operación de concentración que: (i) califique como un injusto anticompetitivo al alero del tipo infraccional genérico del artículo 3º o de los tipos específicos de su inciso segundo, y (ii) no se encuentre prescrita la acción respectiva por tales hechos en conformidad

³⁹¹ CORDERO VEGA señala que “el concepto de caducidad es anfibiológico o polisémico, por poseer diversos significados desde el punto de vista jurídico. Esta puede tener cuatro acepciones: (i) *Caducidad de acción o pretensión*, que se encuentra asociada al plazo para la presentación de un recurso o acción jurisdiccional; (ii) *Caducidad de derechos subjetivos sustantivos* vinculados a un plazo máximo para ejercerlos; (iii) *Caducidad sanción*, como un mecanismo que prevé el ordenamiento jurídico como sanción ante el incumplimiento de las obligaciones o condiciones esenciales impuestas a sus titulares; (iv) *Caducidad para ejercer una potestad administrativa*, como un mecanismo de limitación de la actuación pública en el tiempo” (CORDERO VEGA, 2015, p. 317) (cursiva en el original). En el caso del inciso noveno del artículo 48 del DL 211 aludimos a esta última acepción, como caducidad que priva al órgano administrativo – no al particular – del ejercicio de cierta potestad. En el mismo sentido empleado puede verse la definición de HERRERA y RUIZ-TAGLE: “[...] se generará una caducidad de potestades en aquellos casos en que la ley establece un plazo determinado dentro del cual un organismo administrativo puede ejercer una potestad, de manera que transcurrido dicho plazo no será posible que aquella sea ejercida” (HERRERA y RUIZ-TAGLE, 2014, p. 173).

³⁹² CORDERO VEGA destaca las notas que la distinguen de la prescripción: “La caducidad es un mecanismo estrictamente extintivo, que sanciona el no ejercicio en un plazo de un derecho, la prescripción obedece a un planteamiento mucho más amplio. [Con la prescripción] No sólo se produce la pérdida del derecho, sino que además, por esa misma extinción se está produciendo el efecto añadido de consolidar una situación de hecho [...] El plus que cualifica está en su carácter estabilizador de las situaciones jurídicas, que consiste en la consolidación definitiva de la situación creada por la pasividad continuada” (CORDERO VEGA, 2015, p. 317).

al artículo 20. No puede pensarse que, pasado un año desde que se consumó la operación, las partes o la entidad resultante no podrán ser sancionadas si, por ejemplo, incurren en alguna conducta colusoria, abuso de posición dominante, práctica predatoria o *interlocking* de directores.

En línea con lo anterior, del tenor del inciso 9º artículo 48 (sólo referido a la potestad *del Fiscal* para instruir investigación sobre fusiones no notificables), se desprende de igual modo que, desde el perfeccionamiento de la operación, subsiste inalterada la facultad de los *particulares* para directamente impetrar demanda ante el TDLC, sin otras restricciones temporales que los plazos de prescripción que señala el artículo 20, e indistintamente demandar la imposición de sanciones y medidas respecto de la operación misma por ser contraria a la libre competencia, o de un ilícito distinto que se hubiere configurado con posterioridad a la operación.

Finalmente, cabe hacer notar que, como se trata de operaciones que no fueron revisadas por autoridad alguna, no están favorecidas con el beneficio de inmunidad que confiere el artículo 32 del DL 211, y por ende, se ven privadas de una importante excepción liberatoria frente a eventuales imputaciones por actuaciones anticompetitivas.

2.12. Mecanismo de notificación simplificada

La notificación es la herramienta principal para resolver la asimetría informativa que reviste la relación entre las partes y la FNE. La notificación y los antecedentes que a ésta deben acompañarse buscan identificar la operación y los agentes económicos involucrados en ella (art. 48 inc. 5º). En los hechos, desde antes de que exista una notificación las partes deberán recopilar y seleccionar una cantidad considerable de documentación, por ello, la ley acierta al prever la posibilidad de requerir un menor número de antecedentes para determinados tipos de operaciones, sujeto a lo que llama “notificación simplificada”. Se reafirma, a su turno, la importancia que tiene para la eficacia y celeridad del procedimiento la presentación inicial de los notificantes.

Es posible que muchas operaciones sólo lleguen a la primera fase, obteniendo a su término una resolución aprobatoria (pura y simple, o sujeta al cumplimiento de medidas). Dicha evaluación se basará esencialmente en los antecedentes aportados por las partes en el acto de notificación. De ahí que este mecanismo de notificación simplificada sea una herramienta útil en operaciones de menor tamaño o en que las participaciones de mercado de los agentes económicos que se concentran no sean importantes, pues aminora la carga de las partes en lo que se refiere a reunión de antecedentes, disminuye los costos de transacción y hace más expedito un procedimiento que supondrá el manejo de considerables volúmenes de información.

El mecanismo de notificación simplificada está contemplado en el inciso séptimo del artículo 48 del DL 211, que señala: “El reglamento podrá contemplar un mecanismo de notificación simplificada, que requiera del notificante acompañar una menor cantidad de antecedentes para ciertas operaciones o categorías de operaciones de concentración”.

El Reglamento, en sus artículos 4 a 9, desarrolla los aspectos sustantivos y procedimentales de esta modalidad alternativa de notificación. Para revisar esta regulación hemos diferenciado cuatro materias: (1) los supuestos que hacen procedente la notificación simplificada; (2) la oportunidad que tienen las partes para acogerse a este mecanismo; (3) los antecedentes que deberán acompañar en caso de someterse a dicho mecanismo; y lo que hemos denominado (4) *conversión a notificación ordinaria*, cuando el Fiscal estimare que no se cumplen los supuestos de la notificación simplificada, o pese a verificarse, requiere más antecedentes para evaluar integralmente la operación.

2.12.1. Supuestos de procedencia de la notificación simplificada

Los supuestos que hacen procedente la notificación simplificada son los señalados en el artículo 4 del Reglamento, que revisamos a continuación:

(a) Primer supuesto: Ausencia de superposición o traslape horizontal o vertical

El literal a) del artículo 4 del Reglamento contempla el supuesto en que “no exista superposición o traslape horizontal o vertical entre las partes de la operación o entidades de sus grupos empresariales”. Conforme a esta misma disposición, se entenderá que no existe superposición o traslape “horizontal” cuando ninguno de los agentes económicos de la operación o entidades de sus grupos empresariales realiza actividades económicas en el mismo mercado relevante de producto o en el mismo mercado geográfico; y no habrá traslape “vertical”, cuando ninguna de las partes de la operación o entidades de su grupo empresarial realizan actividades en mercados verticalmente relacionados dentro del proceso de producción y comercialización.

Es perfectamente posible pensar en operaciones de concentración de conglomerado puro - que involucran productos, servicios o instalaciones totalmente no relacionados ni relacionables - y que, en consecuencia, impliquen la ausencia de un traslape horizontal y/o vertical.

Si la operación califica en este supuesto no habrá mercados relevantes “declarables”, por ende, las partes deberán acompañar antecedentes diferentes a los exigidos para los demás supuestos en que sí existirá mercados relevantes declarables (art. 7 N°5) del Reglamento).

(b) Segundo supuesto: Participación en el mercado es de escasa importancia

El literal b) del artículo 4 del Reglamento se refiere al caso en que la participación de las partes y de las entidades de sus grupos empresariales, en los distintos mercados relevantes afectados, sean de escasa importancia³⁹³. Se considerará que existe una “participación de mercado de menor importancia” cuando se cumplan los siguientes requisitos copulativos:

- i.** Las partes de la operación y los miembros de sus grupos empresariales no alcancen una *cuota conjunta* superior al 20% en *el mismo mercado relevante*, y
- ii.** Las partes de la operación y los miembros de sus respectivos grupos empresariales no alcancen una *cuota individual o conjunta* del 30% en un *mercado relevante verticalmente relacionado* con un mercado relevante en el que opere cualquier otra parte de la operación de concentración o bien alguna entidad de su grupo empresarial.

El requisito (i) mira a las relaciones horizontales de las partes y de los miembros de sus grupos empresariales, por cuanto exige la participación combinada de estos en el “mismo” mercado relevante, y que dicha cuota de mercado conjunta sea inferior al 20%.

El requisito (ii), en cambio, mira a las relaciones verticales, exigiendo se trate de un mercado relevante “verticalmente relacionado” con un mercado relevante en que opere otra parte de la operación o entidad de su grupo empresarial, y que las cuotas de participación en cada mercado, tanto individual como conjunta, sean inferiores al 30%³⁹⁴.

Este supuesto requiere de cuotas de mercado que incluyan a las partes de la operación y a las entidades de sus grupos empresariales, de suerte que si participan en el mismo mercado - requisito (i) – deberá calcularse la cuota “combinada”, la que no podrá superar el 20%. Si las partes de la operación o los miembros de su grupo empresarial participan en los mercados aguas arriba o aguas abajo – requisito (ii) - , habrá de calcularse la cuota “individual” de cada entidad y,

³⁹³ El Reglamento consagra este supuesto con la siguiente redacción: “b) Que la participación de las partes y de las entidades pertenecientes a sus respectivos grupos empresariales en los distintos mercados, por su escasa importancia, no resulte apta para reducir sustancialmente la competencia” (subrayado agregado). La parte destacada de la redacción nos parece innecesaria y hasta inadecuada porque no es posible concluir a priori y sólo partir de ciertas cuotas de mercado, que la operación será apta para reducir sustancialmente la competencia; esta conclusión sólo tendrá lugar al término del procedimiento de evaluación y considerados otros elementos de juicio como la probabilidad de entrada y eficiencias atribuibles (de lo contrario, ¿cómo se explicaría que una operación notificada bajo este supuesto luego se les exijan medidas de mitigación o termine siendo prohibida, precisamente, por ser apta para reducir sustancialmente la competencia?). Por eso mismo, para acogerse a este supuesto bastará con el cálculo de las cuotas de mercado y determinar si éstas se ajustan a los porcentajes que señala el literal en comento, pudiendo en la afirmativa efectuar la notificación simplificada.

³⁹⁴ Nótese que el requisito (ii) no se refiere solamente a las entidades integradas verticalmente o que mantienen una relación directa de cliente/proveedor, sino que bastará que estén verticalmente “relacionadas” por participar en la cadena de valor aguas arriba o aguas abajo.

adicionalmente, la cuota “combinada” de todas ellas, debiendo tener como resultado, en cualquiera de los dos cálculos, una porcentaje inferior al 30%.

Debe tenerse presente que, para tener lugar el supuesto en comento, deberán verificarse *copulativamente* los requisitos (i) y (ii), lo que dará cuenta en los hechos de una participación de mercado notoriamente baja.

(c) Tercer supuesto: Fusión, adquisición de influencia decisiva en la administración, o adquisición del control de activos, según cuota conjunta de participación y concentración de mercado

El tercer y último supuesto que hace procedente la notificación simplificada se aplicará sólo a las operaciones de concentración que califiquen en las tipologías de las letras a), b) o d) del artículo 47 del DL 211, esto es, se trate de una fusión, de la adquisición de influencia decisiva en la administración de otra entidad, o de la adquisición del control de activos³⁹⁵ y que, adicionalmente, cumplan con los siguientes requisitos copulativos:

- i. La cuota de mercado *combinada* de todas las partes de la operación, y de los miembros de sus respectivos grupos empresariales, que participen en una *relación horizontal*, sea inferior al 50%; y
- ii. El incremento o delta (Δ) del Índice Herfindahl-Hirschman resultante de la operación de concentración sea inferior a 150.

El requisito (i) supone el cálculo del porcentaje de participación conjunta de las partes de la operación y de todos los miembros de sus grupos empresariales que intervengan en el mismo mercado relevante, y que dicho cálculo no supere el 50%.

El requisito (ii) requiere el cálculo del delta (Δ) del IHH. El Reglamento sólo se refiere a la variación del IHH, por lo que no hay una consideración acerca de la concentración misma del mercado relevante en que incidirá la operación (habitualmente se estima que un IHH entre 1500 y 2500 da cuenta de un mercado moderadamente concentrado; y un IHH superior a 2500 es un mercado altamente concentrado), es decir, lo relevante es el “incremento” en la concentración del

³⁹⁵ Quedan entonces excluidas de este supuesto las operaciones de concentración de la letra b) del artículo 47 del DL 211, que comprende joint ventures y otras formas asociativas destinadas a conformar un agente económico independiente de carácter permanente.

mercado de un momento a otro, independientemente de si la operación tendrá lugar en un mercado poco o muy concentrado³⁹⁶.

Cualquiera sea el supuesto conforme al cual las partes se sometan al mecanismo de notificación simplificada, éstas deberán presentar a la Fiscalía la información y elementos de convicción conducentes a demostrar la verificación del supuesto de procedencia esgrimido (art. 5 del Reglamento). Igualmente, las partes deberán considerar tanto los mercados relevantes del producto y geográfico que consideren adecuados, así como aquellas “alternativas plausibles” de mercado relevante que, a su juicio, resultan excluidas (art. 6 del Reglamento). En caso de que entidades del grupo empresarial de alguna de las partes participen en los mismos mercados relevantes, estas entidades siempre se deberán considerar para determinar la existencia de un mercado declarable, si lo hubiere, y para el cálculo de las cuotas de participación en tal mercado (art. 7 N°5) párrafo final, del Reglamento).

Ahora bien, para el primer supuesto (de la letra a) del artículo 4 del Reglamento) las partes deberán hacer mención a los mercados relevantes del producto y geográfico en que se desempeña cada agente económico de la operación y los miembros de sus grupos empresariales, a fin de justificar a la autoridad la inexistencia de un traslape horizontal o vertical entre los mismos; la diferencia con los otros supuestos (las de las letras b) y c) del artículo 4) residirá en que no habrá mercados relevantes “declarables”, es decir, que se deba acompañar información que describa las actividades económicas, bienes y servicios ofrecidos, nivel de ventas mensuales, listado competidores y clientes, etc.

En otras palabras: tratándose del *segundo y tercer supuestos* existirán mercados relevantes que deberán ser declarados por los notificantes, para lo cual deberán acompañar todos los antecedentes sobre los mercados afectados que exige el artículo 7 N° 5) y N°6) del Reglamento; en cambio, tratándose del *primer supuesto*, no existen mercados relevantes declarables, por lo que basta a las partes presentar los antecedentes que exige el artículo 7 N°7), que básicamente dicen relación con las actividades que cada agente económico desempeña en su mercado, y las razones que llevan a concluir que no hay superposición con otras entidades que toman parte en la operación o con los miembros de sus respectivos grupos empresariales.

³⁹⁶ En contraste con ello, la “Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración” (FNE, 2012) consideraba tanto el valor del IHH como su *variación* (Δ). Así, se entendía que no tenían potencial anticompetitivo y se descartaba mayor análisis si el IHH posterior a la operación era inferior a 1500. Luego, la operación sí merecía análisis si el IHH era superior a 1500 e inferior a 2500 (reflejando un mercado moderadamente concentrado) con un Δ IHH menor a 200; o si el IHH era superior a 2500 (lo que refleja un mercado altamente concentrado) y un Δ IHH inferior a 100.

2.12.2. Oportunidad para acogerse a la notificación simplificada

En primer lugar, las partes podrán consultar a la División de Fusiones de la Fiscalía Nacional Económica, antes de toda notificación, si pueden o no acogerse al mecanismo de notificación simplificada, tal como expresamente prevén los Formularios de Notificación, a propósito de la llamada “pre-notificación”. Sin perjuicio de lo anterior, las partes siempre podrán presentar directamente la notificación sujetándose a las reglas de la notificación simplificada, sin consultarla previamente. En este caso, deberán acreditar fehacientemente a la agencia que califican dentro de uno de los supuestos de procedencia, y acompañar, en consecuencia, la información y documentación requerida, según si existen o no mercados relevantes declarables. Aun así, siempre existirá para el Fiscal la posibilidad de ejercer la facultad que le confiere el artículo 9 del Reglamento, esto es, de requerir la “conversión a notificación ordinaria” cuando no se verifiquen los supuestos de procedencia del artículo 4 del Reglamento, o pese a verificarse, se hace indispensable una nueva notificación para un análisis acabado de la operación.

Queda absolutamente excluido que las partes pretendan acogerse a la notificación simplificada después de practicada la notificación. Presentada la notificación conforme a las reglas de la notificación ordinaria, las partes no pueden pedir posteriormente al Fiscal acogerse al mecanismo de notificación como una forma de acompañar menos antecedentes. Por lo mismo, si realizada la notificación ordinaria el Fiscal detecta que faltan antecedentes, lo procedente será que la califique como “incompleta” y lo comunique a las partes; si éstas no subsanan las deficiencias detectadas dentro de plazo, se tendrá por no presentada la notificación para todos los efectos legales, debiendo efectuar una nueva presentación (art. 50, DL 211).

Si la operación debe necesariamente sujetarse a las reglas de la notificación ordinaria (porque no califica en los supuestos de procedencia de la notificación simplificada), las partes, antes de cualquier notificación, podrán solicitar al Fiscal la exención de acompañar algunos antecedentes siempre que sean de difícil disponibilidad o innecesarios para el análisis de la operación (art. 3 del Reglamento). Una vez practicada la notificación, las partes no podrán siquiera pedir tal exención.

2.12.3. Antecedentes que se deberán acompañar a la notificación simplificada

Conforme al artículo 7 del Reglamento, los agentes económicos que se acojan a este mecanismo deberán acompañar, a lo menos, los siguientes antecedentes³⁹⁷:

- 1) Resumen ejecutivo de la operación de concentración proyectada;

³⁹⁷ El listado debe ser necesariamente complementado por lo que ha instruido en particular la Fiscalía Nacional Económica en su Formulario de Notificación Simplificado.

- 2) Individualización de los agentes económicos que toman parte en la operación, sus representantes y apoderados (con sus respectivos poderes para actuar en el procedimiento), y una descripción de las actividades económicas de las partes y de la entidad objeto de la operación de concentración;
- 3) Estructura de propiedad y control previas a la operación, incluyendo, a lo menos: un listado y malla societaria que dé cuenta de los agentes económicos del grupo empresarial de cada parte, indicando los porcentajes de participación en la propiedad y señalando claramente a las entidades del grupo empresarial que participen en los mercados relevantes declarables³⁹⁸ (art. 7 N°3, letra a); la memoria, balance y/o estados financieros de las partes o entidades de su grupo empresarial que participen en el o los mercados declarables, por los últimos tres ejercicios (N°3, letra b); y un listado de los agentes económicos que operen en los mercados declarables en que las partes o entidades de su grupo empresarial detenenten directa o indirectamente, en forma individual o conjunta, una participación en la propiedad o derechos a voto superior al 10%. (N°3, letra c);
- 4) Estructura proyectada de la operación, en su propiedad y control, luego de perfeccionada, indicando a lo menos: la tipología de la operación (art. 7 N°4, letra a); la estructura de propiedad y control proyectada, acompañando una malla societaria explicativa, que comprenda todas las entidades del grupo empresarial afectadas por la operación (N°4, letra b); la forma y plazos de implementación, incorporando antecedentes que den cuenta de la intención real y seria de perfeccionar la operación, y si existen acuerdos vinculados a la operación que fueren aptos para restringir la competencia, como cláusulas de no competir, exclusividades de compra y/o venta, licencias, etc. (N°4, letra c); los objetivos y razones de negocio de la operación (N°4, letra d); el monto de la operación (N°4 letra e); documentos elaborados por o para los órganos de administración de las partes que digan relación con la operación o sus efectos en Chile, siempre que la operación dé lugar a mercados declarables (N°4, letra f); y mención de toda sentencia, resolución o instrucción de carácter general de órganos de libre competencia, que hubiere establecido alguna sanción, obligación o medida respecto de las partes o de entidades de su grupo empresarial que participen en el o los mercados declarables (N°4, letra g);

³⁹⁸ De acuerdo al Reglamento, “[l]a delimitación de los mercados relevantes y la determinación de otras alternativas plausibles podrá realizarse, por ejemplo, sobre la base de decisiones anteriores del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de informes de investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica, de informes del sector, estudios de mercado y documentos internos de las partes notificantes, o bien de jurisprudencia comparada de órganos de defensa de la competencia” (art. 7 N°5 párrafo tercero, del Reglamento).

5) Para las operaciones que califiquen en el segundo y tercer supuestos (letras b) y c) del artículo 4 del Reglamento), se deberán identificar los mercados declarables en que la operación incidiere. Para determinar la existencia de un mercado declarable (así como las cuotas de participación en el mismo), se deberán considerar también a las entidades del grupo empresarial que participen en los mercados relevantes afectados por la operación³⁹⁹. Para que la Fiscalía pueda identificar los mercados relevantes “declarables”, el Reglamento exige acompañar:

- a) Enumeración y descripción de los bienes o servicios que correspondan a la actividad económica desarrollada por las partes de la operación y por la entidad objeto de ésta, cuando ello corresponda, agrupándolos por categorías comerciales significativas, y
 - b) Indicación de los mercados relevantes de producto y geográfico declarables que las partes notificantes consideren adecuados, así como la exclusión de otras alternativas plausibles de mercado relevante que pudieran resultar pertinentes.
- 6) La siguiente información siempre que hubiere mercados relevantes declarables (si no hay mercados declarables, por calificar en el primer supuesto donde no hay traslapes, las partes omitirán estos antecedentes):

A) Para “cada” mercado declarable identificado, deberá indicarse:

- a) Descripción general del negocio, incluyendo una enumeración de los productos o servicios ofrecidos por cada agente económico que toma parte en la operación de concentración y de las marcas comerciales utilizadas en cada uno de los mercados.
- b) Tamaño del mercado y participaciones para cada mercado declarable, de cada uno de los agentes económicos de la operación y de los competidores

³⁹⁹ El Reglamento exige que “[e]n caso de que sociedades, personas o entidades del grupo empresarial de alguna de las partes de la operación participe en el o los mercados declarables, se deberá también acompañar la información solicitada respecto de éstas, identificándose al agente económico al cual corresponde dicha información y entregándola en forma separada a la información correspondiente a las partes de la operación, de forma que permita atribuirle la información y antecedentes a cada sociedad, persona o entidad” (art. 7 N°6 párrafo final). Es decir, si hay entidades del grupo empresarial de una de las partes que participen también en los mercados declarables, deberá acompañarse información en forma *separada* a la información de las partes, *por cada entidad*. En general, si hay entidades del mismo grupo empresarial en el mercado declarable, se acompañará información por separado como si fuera un agente económico más. Aquí lo importante para la FNE “es entender la forma como se desenvuelve el grupo empresarial en el mercado declarable, más allá de las estructuras societarias que se adopten para desarrollar sus actividades”, Formulario de Notificación Simplificado, p. 17.

de éstos, según criterios que usualmente se utilizan en la industria, respecto del último año calendario.

- c) Ventas mensuales en cantidades y valor efectuadas para cada agente económico de la operación, en el último año calendario.
- d) Datos de contacto del fiscal o, en su defecto del gerente general o representante legal, de (i) los tres principales competidores de los agentes económicos que toman parte en la operación, (ii) de los tres principales clientes de los agentes económicos que toman parte en la operación, y (iii) de entrantes recientes o potenciales.

B) Si la operación califica en el *tercer supuesto*⁴⁰⁰, y junto con ello la operación da lugar a *cuota combinada de las partes de al menos 20%*; se deberá informar además: (i) grado de concentración del mercado; (ii) indicar si la operación combina actores innovadores importantes, elimina una fuerza competitiva importante o involucra un actor que ofrece productos nuevos con buenas perspectivas de futuro; (iii) señalar participaciones de mercado y las ventas mensuales respecto a los últimos tres años calendario previos a la notificación; y (iv) indicar las principales innovaciones en productos o servicios introducidos por las partes en el mercado declarable en los últimos tres años previos al a notificación, productos nuevos que se introducirán en los próximos tres años, y derechos de propiedad intelectual o industrial importantes⁴⁰¹ que detenten los agentes económicos que toman parte en la operación.

- 7) Tratándose de operaciones que califiquen en el *primer supuesto*, es decir, aquellas que *no den lugar a mercados declarables* por ausencia de traslape horizontal o vertical, las partes solamente deberán: (i) especificar la naturaleza y descripción de las actividades que desarrollan; (ii) si la operación corresponde a una adquisición de influencia decisiva en la administración de otro o de adquisición del control de activos relevantes, especificar la naturaleza y descripción de las actividades económicas que desarrolla la parte que es objeto de la adquisición, tanto presentes como futuras; y (iii) en todo caso, explicar las razones que se tuvieron presentes para considerar que la operación no da lugar a mercados declarables.

⁴⁰⁰ Caso de una fusión, adquisición de influencia decisiva en la administración de otro, o adquisición del control de activos relevantes, en que las partes tienen una cuota combinada en el mismo mercado inferior al 50% y la operación supone un incremento del IHH inferior a 150.

⁴⁰¹ El Reglamento no define qué entiende por “derechos de propiedad intelectual e industrial importantes”. En nuestra opinión, comprenderá todo derecho de propiedad intelectual o industrial necesario e indispensable para la fabricación, comercialización o distribución de productos y/o en general para las actividades económicas que su titular desempeñe, sin los cuales no podría desarrollar tales actividades, o lo haría en condiciones notablemente diferentes a las actuales.

- 8) Si la operación corresponde a un *joint venture* y adicionalmente las partes o entidades de su grupo empresarial *son activas en el mismo mercado que intervendrá la nueva entidad resultante* (relaciones horizontales), o en un *mercado aguas arriba o aguas abajo* en que actuará la nueva entidad, o en un mercado relacionado al mismo (relaciones verticales), deberá señalarse:
- a) La relación entre los productos o servicios comercializados por las partes y la actividad económica de la nueva entidad;
 - b) El volumen de negocios de las partes durante el ejercicio anterior en los mercados declarables, y su relevancia para las actividades de la nueva entidad conforme a las proyecciones realizadas para la operación;
 - c) La cuota de mercado de las partes en los mercados en que la nueva entidad es o será activa; y
 - d) La justificación de la independencia de la nueva entidad en el desarrollo de sus actividades.
- 9) Si la operación corresponde a una *adquisición del control de activos* de una entidad que no forma parte del mismo grupo empresarial, se deberán indicar, además, los activos a ser traspasados o cuyo control se pretende ceder y una breve descripción dichos activos, señalando sus funciones en el proceso productivo y su porcentaje de participación en los activos totales de la entidad cedente.
- 10) En caso de que las partes aleguen eventuales eficiencias productivas y/o dinámicas derivadas de la operación, deberán realizar una descripción de las mismas, cuantificándolas y justificando el plazo en que se considera que concretarán sus efectos, detallando cómo las eficiencias serán traspasadas a los consumidores. Asimismo, deberán expresar las razones por las cuales las eficiencias no hubiesen sido alcanzadas por mecanismos distintos a la operación, con la documentación necesaria que respalde tales eficiencias.
- 11) Declaración de los notificantes que indiquen que, de buena fe, pretenden llevar a cabo la operación de concentración. Este es un requisito común a toda operación, sea que se someta al mecanismo de notificación simplificada o no, expresamente previsto por el legislador (art. 48, inc. 5º, DL 211); y

12) Declaración de veracidad, suficiencia y completitud de la información proporcionada, así como del hecho de conocer las sanciones administrativas y penales que procedan en caso de proporcionar información falsa u ocultar información. Este es, igualmente, un elemento común a toda notificación que, sin embargo y a diferencia de la declaración de buena fe, no lo previó el DL 211, sino el Reglamento.

Finalmente, tal y como se exige para la generalidad de las operaciones de concentración (sujetas a las reglas de la notificación ordinaria), quienes se acojan al mecanismo de notificación simplificada deberán presentar toda la documentación en idioma castellano, sin perjuicio de poder solicitar autorización especial a la FNE para presentarla en idioma inglés (art 7, N° 12, párrafo final, del Reglamento)⁴⁰². Asimismo, el artículo 8 del Reglamento autoriza a que las partes soliciten a la Fiscalía, en forma previa a su notificación, la exención de acompañar ciertos antecedentes cuando estos no estén razonablemente disponibles para ellas, o estimen que cierta información resulta innecesaria o irrelevante para analizar la operación.

2.12.4. «Conversión a notificación ordinaria»

De acuerdo al artículo 9º del Reglamento, el Fiscal Nacional Económico podrá requerir a las partes que se acogieron al mecanismo simplificado, que la notificación se efectúe conforme a las reglas de la notificación ordinaria, cuando:

- No se cumplan los supuestos que hacen procedente la notificación simplificada señalados en el artículo 4 del Reglamento; o,
- Aun cumpliéndose dichos supuestos, resulte necesario acompañar los antecedentes que se requieren para la notificación ordinaria a fin de lograr una investigación adecuada de los riesgos derivados de la operación, lo que tendrá lugar en los siguientes casos, pero no limitándose a⁴⁰³:
 - a) Cada vez que resulte difícil para la autoridad revisora definir los mercados relevantes afectados por la operación;

⁴⁰² La autorización especial se tramitará conforme señala el Formulario de Notificación Simplificado, Sección V.1., p.6.

⁴⁰³ El carácter meramente enunciativo y no taxativo de los casos enlistados se desprende del tenor del inciso segundo del artículo 9 del Reglamento, que reza lo siguiente: “[...] cuando aun habiéndose cumplido los supuestos de procedencia del mecanismo de notificación simplificada, ello resulte necesario para una investigación adecuada de los posibles riesgos para la competencia derivados de la operación de concentración, en los siguientes supuestos, entre otros [...]”. Ello significa, en definitiva, que la conversión a notificación ordinaria es una facultad discrecional del Fiscal que podrá ejercitarse no sólo en los casos específicos señalados en el Reglamento, sino siempre que, a juicio del Fiscal y pese a cumplirse los supuestos de la notificación simplificada, sea indispensable acompañar los antecedentes que requiere la notificación ordinaria a fin de realizar una investigación acabada de los efectos anticompetitivos de la operación.

- b) Cuando una parte de la operación sea un nuevo competidor, competidor potencial o titular de una patente de invención importante⁴⁰⁴;
- c) Cuando no sea posible determinar adecuadamente las cuotas o participaciones de mercado de los agentes que toman parte en la operación;
- d) Cuando los mercados relevantes afectados por la operación presenten altas barreras de entrada, alto grado de concentración o problemas conocidos de competencia⁴⁰⁵;
- e) Cuando al menos dos de los agentes económicos que toman parte en la operación estén presentes en mercados estrechamente relacionados⁴⁰⁶;
- f) Cuando la operación pueda plantear riesgos de coordinación; o
- g) Cuando la notificación contenga información falsa, incorrecta o se haya ocultado información.

Esta posibilidad la hemos denominado “conversión a notificación ordinaria”, y corresponde a una facultad del Fiscal Nacional Económico prevista en el Reglamento y que podrá ejercer únicamente dentro del plazo de duración de la Fase I, esto es, dentro de los 30 días siguientes a la comunicación a las partes de la resolución que ordenó el inicio de la investigación (o desde que se tuvo por iniciada de pleno derecho, si fuere el caso). Nunca el Fiscal podrá requerir la conversión a notificación ordinaria una vez iniciada la Fase II.

La conversión implica, en los hechos, que las partes deberán practicar una *segunda notificación*, sujeta esta vez a las reglas generales de la notificación ordinaria (arts. 2 y siguientes del Reglamento). El efecto jurídico de la conversión es que la segunda notificación “se considerará para todos los efectos como una nueva notificación” (art. 9 inc. final del Reglamento). Lo anterior

⁴⁰⁴ El Reglamento no define qué entiende por “patente de invención importante”. En nuestra opinión, comprenderá a todo derecho de propiedad intelectual o industrial necesario e indispensable para la fabricación, comercialización o distribución de productos y/o en general para las actividades económicas que su titular desempeñe, sin los cuales no podría desarrollar tales actividades, o lo haría en condiciones notablemente diferentes a las actuales.

⁴⁰⁵ La conclusión de que el o los mercados relevantes potencialmente afectados por la operación presentan altas barreras de entrada, un alto grado de concentración (medido habitualmente a través del IHH y su variación positiva) o en general “problemas conocidos de competencia”, dependerá no solo de la información aportada por las partes en el acto de notificación, sino también de la información que la propia Fiscalía disponga a partir de investigaciones previas o en curso por ilícitos anticompetitivos, acuerdos extrajudiciales que hubiere suscrito, requerimientos o consultas interpuestas ante el TDLC y, muy especialmente, las conclusiones de estudios de evolución competitiva de mercados.

⁴⁰⁶ El Reglamento define expresamente “mercado estrechamente relacionado” en su artículo 2º, N° 5 letra d) iii), a propósito de la identificación de mercado relevante afectado, señalando a la sazón que “[s]e entenderá que los mercados del producto son mercados estrechamente relacionados cuando los productos son complementarios entre sí o cuando pertenecen a una gama de productos que suele comprar el mismo grupo de clientes para el mismo uso final” (el destacado es nuestro).

supone derechamente el término del procedimiento de evaluación, siendo carga exclusiva de las partes el realizar la segunda notificación, debiendo acompañar todos los antecedentes que el Reglamento exige para una notificación ordinaria, frente a la cual el Fiscal deberá pronunciarse acerca de su completitud y dictar una nueva resolución que ordene el inicio de la investigación (art. 50 DL 211). Con todo, las partes podrán deducir el recurso administrativo de reposición en contra de la resolución que ordena la reconversión a notificación ordinaria, por cuanto es un acto de trámite que pone fin al procedimiento (art. 15 inc. 2º y 59 LBPA). Si, eventualmente, instadas las partes a impetrar la nueva notificación no presentan todos los documentos requeridos, transcurrido el plazo de 10 días del artículo 50 del DL 211, se tendrá por no presentada para todos los efectos.

Finalmente, también es posible que en lugar de requerir la conversión a notificación ordinaria la Fiscalía solamente necesite de antecedentes específicos, evento en el cual bastará con expedir la respectiva solicitud de información a las partes, facultad que asiste al Fiscal en toda investigación, y en ambas fases del procedimiento de evaluación (art. 39 letra h, 52 y 56 DL 211). En este caso, el legislador prevé el término anticipado de la investigación sólo si en dos o más ocasiones las partes no responden oportunamente a sus solicitudes de antecedentes (art. 58 DL 211).

2.13. Efecto suspensivo sobre toda operación de concentración notificada

Normalmente las partes de una operación tienen el interés de materializar su operación lo más pronto posible. Se ha dicho que una planificación temprana para la integración de nuevos activos físicos y recursos humanos aumenta las chances de éxito del proceso de consolidación empresarial, a la vez que una implementación rápida permite a las partes ahorrarse costos asociados a la etapa de transición hacia la plena integración de sus actividades⁴⁰⁷. Las partes buscarán evitar la duplicación de inversiones en infraestructura, márquetin, o en investigación y desarrollo, y buscarán cláusulas que permitan distribuir de forma eficiente los riesgos de la transacción, a fin de mantener los índices de productividad en el periodo que media entre la notificación y la aprobación de la operación⁴⁰⁸. Del mismo modo, el intercambio de información entre las partes se hace necesario para un completo *due diligence* y una adecuada evaluación de los activos a adquirir⁴⁰⁹; sin embargo, dicho flujo de datos puede conducir al acceso a información detallada sobre el desempeño competitivo de la contraparte, como estructuras de costos y políticas de precios, planes de inversión futuros, productos en desarrollo, nómina de empleados, estrategias de márquetin, contratos vigentes con proveedores o clientes, entre otros. El proceso de negociación y el acceso a información

⁴⁰⁷ PAUTLER (2003), pp. 11-12.

⁴⁰⁸ NAUGHTON (2006), p. 2; PORTES Y DE REZENDE (2013), p. 5.

⁴⁰⁹ NAUGTON (2006), p. 1; OCDE (2018), p. 27.

sensible puede ser problemático para la competencia si la operación falla o es bloqueada por la autoridad, toda vez que puede llevar a prácticas coordinativas entre las partes, o incentivar a estrategias explotativas por la vía de captar empleados clave de la contraparte, atraer sus clientes, apropiarse de know-how, etc.⁴¹⁰. Este incentivo a integrarse y los riesgos de la interacción pre-consumación tensionan la finalidad de un control preventivo, que busca evitar que este tipo de conductas, en desmedro de otros competidores o de los consumidores, se produzca. La incorporación de una obligación de notificar no viene sino a reforzar la necesidad de abordar esta tensión, toda vez que las partes deben necesariamente someter su negocio a revisión de la autoridad.

La premisa fundamental es que, mientras no se obtenga la autorización, son dos agentes económicos independientes y deben seguir siéndolo en la mayor medida posible durante la evaluación preventiva, tanto a nivel decisional como operacional⁴¹¹. Las partes deben asegurar que las condiciones del mercado serán mantenidas en el ínterin, especialmente en lo tocante a las variables competitivas relevantes, y las autoridades deben realizar sus mejores esfuerzos para asegurar un análisis adecuado y una decisión final en el menor tiempo posible.

Las distintas jurisdicciones se valen de una serie de mecanismos que buscan, por un lado, hacer expedita la tramitación (v. gr. a través reglas de intervención colaborativa y el establecimiento de plazos definidos), al tiempo que permitan a la autoridad efectuar el examen más completo y exhaustivo posible. Pero esto puede no ser suficiente para alterar el incentivo a no perfeccionar la operación. Como un dispositivo crucial para la eficacia del control de concentraciones se establece, entonces, lo que se conoce como efecto suspensivo de la notificación (también periodo de espera o “*waiting period*”), bajo la amenaza de sanción en caso de vulneración⁴¹².

En esta línea, el artículo 49 del DL 211 preceptúa lo siguiente: “Los agentes económicos que proyecten concentrarse no podrán perfeccionar las operaciones de concentración que hubieren notificado a la Fiscalía Nacional Económica, las que se entenderán suspendidas desde el acto de su notificación hasta que se encuentre a firme la resolución o sentencia que ponga término definitivo al procedimiento correspondiente” (énfasis agregado). La contravención a esta prohibición es una

⁴¹⁰ BLUMENTHAL (2005), pp. 10-11; NAUGHTON, (2006), p. 5.

⁴¹¹ BLUMENTHAL (2005), p. 7; SACCAR, ROCHA Y PAJOLLA (2017), p. 79.

⁴¹² Puede encontrarse en la Unión Europea (Reglamento del Consejo Europeo N° 139/2004, Artículo 7); en Estados Unidos (*U.S. Code*, Capítulo 15, Sección 18a, Sub-secciones (a) y (b); en Brasil (Ley 12.529 de 2011 *Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*, Artículo 88); en Canadá (*Competition Act* de 1985, Sección 123); en México (Ley Federal de Competencia Económica, Artículo 87); en Sudáfrica (*Competition Act* N°89, de 1998, Sección 13.3); en España (Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, Artículo 9), entre otros. En Chile, previo a la Ley N° 20.945, el Auto Acordado N°5/2004 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia establecía que toda consulta, incluidas aquellas recaídas en operaciones de concentración, a contar de su fecha de ingreso, traía la paralización de todos los actos tendientes a materializarla.

conducta ilícita que hoy se tipifica como un injusto infraccional autónomo (art. 3º bis, letra b) y dará lugar a la imposición por el TDLC de multas y demás medidas que establece el artículo 26, a más de toda otra de carácter preventivo, correctivo o prohibitivo que estime conveniente en la especie.

2.13.1. Inicio del efecto suspensivo

El artículo 49 es claro al señalar que el efecto suspensivo se produce *desde el acto de notificación* de la operación de concentración respectiva, y no desde que el Fiscal se pronuncia por primera vez sobre ésta al verificar si cumple o no los requisitos legales y reglamentarios. Es importante hacer esta precisión, porque la notificación de la operación, y la resolución del Fiscal recaída en ella, se darán en momentos diferentes, por ende, estableciéndose el deber de no materializar la operación desde la notificación misma impide cualquier hecho, acto o convención que se pueda ejecutar en el tiempo intermedio.

Cabe hacer una segunda precisión, relacionada con la anterior. Conforme al artículo 50, si la notificación es estimada como “incompleta” por el Fiscal, el notificante deberá subsanar los errores que aquélla contenga dentro del plazo de diez días desde que se le comunica la resolución que objeta su primera presentación. Si los errores fueren debidamente subsanados dentro de plazo, “se considerará como una nueva notificación para los efectos de los dispuesto en este artículo” (art. 50 inc. final). De ninguna manera puede pensarse que, dado el tenor del citado artículo, el efecto suspensivo se entiende de alguna forma pospuesto hasta que el Fiscal dictamine si se subsanaron o no los errores de la primera notificación. El efecto suspensivo del artículo 49 se producirá siempre desde la primera notificación, aun cuando ésta pueda ser considerada posteriormente por el Fiscal como incompleta. Que la notificación oportunamente subsanada se tenga como una nueva es sólo para los fines de lo dispuesto en el artículo 50, que regula los trámites de recepción de la misma.

Así las cosas, el efecto suspensivo *opera de pleno derecho*, por el solo ministerio de la ley, desde la fecha en que es presentada a la FNE la primera notificación de un plan de concentración, sin necesidad de un acto administrativo o declaración ulterior del Fiscal al respecto.

2.13.2. Alzamiento del efecto suspensivo

El efecto suspensivo del artículo 49 permanecerá vigente “hasta que se encuentre firme la resolución o sentencia que ponga término definitivo al procedimiento correspondiente”. La disyunción entre “resolución o sentencia” se explica porque una operación podrá resultar aprobada o prohibida en virtud de una resolución administrativa o de una sentencia judicial, según se verá.

Destacamos también la idea de término “definitivo” del procedimiento en la redacción del artículo 49. El procedimiento podrá terminar *definitivamente* con la resolución administrativa del Fiscal Nacional Económico que aprueba en forma pura y simple la operación o la sujeta a medidas de mitigación, o podrá terminar *definitivamente* con una sentencia judicial si el notificante interpone ante el TDLC la solicitud de revisión especial en contra de la resolución del Fiscal que prohibió la operación. Si bien la resolución del Fiscal que prohíbe la operación puede poner término al procedimiento administrativo, no lo hace de necesariamente de manera *definitiva*, ya que el notificante podrá pedir su revisión especial. En este último caso, la decisión que pondrá término *definitivo* al procedimiento será una sentencia judicial, más precisamente la sentencia pronunciada por el TDLC en única instancia al fallar la revisión especial, y excepcionalmente aquella pronunciada por la Corte Suprema cuando conozca del recurso de reclamación en contra de la sentencia del TDLC (en los casos muy calificados que contempla el artículo 31 bis).

De suerte que respecto de la *resolución denegatoria* del Fiscal, por ser procedente la revisión especial ante el TDLC, no se entiende alzado el efecto suspensivo sino:

- hasta que transcurra el plazo de 10 días que señala el artículo 57 para impetrar la revisión especial, sin que ésta se hubiere deducido. Aquí el efecto suspensivo se entiende alzado, pero subsistirá la prohibición de perfeccionamiento por disposición de la resolución misma del Fiscal Nacional Económico, que será la resolución que pondrá término “definitivo” al procedimiento, en este caso, de *naturaleza administrativa*, o
- habiéndose deducido la revisión especial, hasta que la sentencia del TDLC o de la Corte Suprema que apruebe o deniegue la operación se encuentre firme. Aquí el efecto suspensivo se alzará del todo, siendo la sentencia que aprueba o deniegue la operación la que pondrá “termino definitivo” al procedimiento, en este caso, de *naturaleza jurisdiccional*.

En cambio, respecto de la *resolución aprobatoria* del Fiscal, ésta *siempre pondrá término definitivo* al procedimiento. En este caso, la resolución recaída en la operación *siempre será de naturaleza administrativa*.

Cuando la resolución que pone término definitivo al procedimiento es una *sentencia judicial* (del TDLC conociendo de la revisión especial en contra la resolución denegatoria del Fiscal, o de la Corte Suprema conociendo de la reclamación en contra de la sentencia dictada por el TDLC al fallar la revisión especial), se entenderá *firme* desde que se haya notificado a las partes, si

no procede recurso alguno en su contra; o desde que se notifique el decreto que la mande cumplir, una vez que terminen los recursos deducidos, o transcurran todos los plazos que la ley concede para la interposición de dichos recursos, sin que se hayan hecho valer por las partes. Lo anterior no es más que la aplicación del artículo 174 del CPC, considerando su carácter de disposición común a todo procedimiento jurisdiccional, y no habiendo regla alguna en el DL 211 que regule la firmeza de las sentencias dictadas en el contexto de la acción de revisión especial.

Cuando la resolución de término definitivo de procedimiento es una *resolución administrativa* del Fiscal Nacional Económico (como sucederá siempre en los casos de aprobación de la operación), la situación es diferente. No existe norma expresa del DL 211 que aborde desde cuándo tal resolución se entiende firme. Por su parte, la LBPA habla de actos administrativos firmes sólo a propósito del recurso extraordinario de revisión (como requisito para su interposición) y no desarrolla cuándo un acto administrativo adquiere el carácter de firme. En nuestro medio VALDIVIA ha concluido que “acto firme es aquel que contra el cual no proceden recursos administrativos ordinarios (de reposición o jerárquico, art. 59 [LBPA]), ya sea por el vencimiento del plazo para interponerlos o por haber resuelto los que se interpusieren; en cambio, mientras penden esos recursos o los plazos para interponerlos, el acto no está firme”⁴¹³. La firmeza de un acto administrativo, en el derecho chileno, está asociada exclusivamente a la impugnabilidad ordinaria, constituida por los recursos administrativos de reposición y jerárquico. Siempre subsiste la impugnabilidad extraordinaria, conformada por el recurso administrativo de revisión (el que supone el agotamiento o preclusión de la vía ordinaria ya que sólo procede contra actos firmes). De igual forma, cabe precisar que la firmeza administrativa “sólo opera en relación a los recursos administrativos, y no respecto de las acciones judiciales de impugnación”⁴¹⁴.

⁴¹³ VALDIVIA (2018), p. 210.

⁴¹⁴ VALDIVIA (2018), p. 211. El derecho chileno se aparta, en este ámbito, del derecho español donde la firmeza dice relación no sólo con la impugnación administrativa ordinaria, sino también con la preclusión o agotamiento de los contenciosos administrativos ante los tribunales. La doctrina española ha dicho: “[a]cto firme es aquél contra el que no caben recursos en vía ordinaria, ya sean administrativos o contencioso-administrativos” (GARCÍA-TREVIJANO, 1986, p. 208), “[e]l transcurso del plazo para interponer el recurso administrativo o contencioso-administrativo contra el acto lo convierte en firme” (BOQUERA, 1990, p.422), “[l]a categoría de los actos firmes impide el acceso a los recursos administrativos ordinarios y a los jurisdiccionales” (ESCUIN, 2004, p. 187), “el concepto de firmeza, de honda raigambre procesal, remite a la irrecorribilidad del acto, sea en vía administrativa, sea en vía jurisdiccional” (BARCELONA, 1995, p. 72) y “[e]l acto (resolutorio) es firme, pues, cuando ha transcurrido, sin levantarse la carga impugnatoria, el plazo para formular contra él el correspondiente recurso procedente, sea administrativo, sea –en su caso directamente – contencioso-administrativo” (PAREJO ALFONSO, 2018, p.797). La escasa doctrina nacional que aborda la categoría de los actos administrativos firmes – salvo el citado profesor VALDIVIA- ha tendido a trasplantar las definiciones provistas por los autores españoles, sin reparar en que nuestra LBPA deja salvas las vías de impugnación jurisdiccional para el interesado, de modo que el acto es firme pero sólo en lo relativo a la preclusión de las vías de impugnación administrativas (y únicamente respecto de los recursos ordinarios de reposición y jerárquico). Cfr. BERMÚDEZ (2014), p. 143 y CORDERO VEGA (2015), p. 255. Con todo, la jurisprudencia administrativa de nuestra Contraloría General de la República ha venido aplicando de manera consistente la definición que empleamos en esta obra, señalando a la sazón que la firmeza “consiste en la condición que adquieren los actos administrativos una vez que terminan los recursos administrativos ordinarios

Lo anterior nos permite entender el sentido del artículo 49 del DL 211 cuando se trata de la resolución de término dictada por el Fiscal Nacional Económico. En tal caso, el único recurso administrativo ordinario que procede es el de reposición (recuérdese que el Fiscal es a la vez jefe superior del servicio, por lo que el recurso jerárquico es improcedente en la especie). Luego, se entiende “firme” la resolución del Fiscal que pone término definitivo al procedimiento cuando, interpuesta una reposición ésta se resuelve y se comunica al recurrente (o si se resuelve tácitamente por aplicación del silencio administrativo, certificándose tal hecho), o cuando, transcurrido el plazo legal para la interposición de una reposición, el interesado lo ha dejado pasar sin haberlo hecho; en cualquiera de los supuestos señalados, se alzará de pleno derecho el efecto suspensivo del artículo 49⁴¹⁵.

Aunque parezca una disquisición preciosista, debe tenerse presente que el régimen de control de concentraciones prevé explícitamente, siendo parte del diseño legislativo, la intervención de terceros ajenos a la operación, quienes detentan, a la luz de lo dispuesto en el artículo 21 de la LBPA, de la calidad de “interesados” en el procedimiento⁴¹⁶, y en consecuencia, están legitimados para impetrar el recurso administrativo de reposición en contra de la resolución aprobatoria del Fiscal. Es más, podría ser una vía atractiva, en el corto plazo, de que disponen los terceros para impugnar y enmendar algún aspecto de la resolución aprobatoria que los afecte (v. gr. un antecedente del expediente que no haya sido considerado), toda vez que el DL 211 no prevé acción jurisdiccional alguna ante el TDLC para atacar la resolución del Fiscal favorable a la operación. Así las cosas, si algún tercero, que hubiere intervenido en el procedimiento respectivo, deduce reposición, los notificantes no podrán perfeccionar la operación – aun contando con una decisión favorable – hasta que el Fiscal resuelva dicha reclamación administrativa⁴¹⁷.

deducidos o desde que transcurra el plazo que la ley concede para la interposición de los mismos [...] para la determinación de la antedicha condición de firmes de los actos administrativos susceptibles de impugnarse por el recurso de revisión, sólo corresponde considerar los recursos administrativos pertinentes y no las eventuales acciones jurisdiccionales que procedan, puesto que esta última ponderación importaría ejercer funciones judiciales que están reservadas a los tribunales” (Dictamen N°13.188/09 de 13 de marzo de 2009). En el mismo sentido, Dictamen N° 40.0020/12 de 6 de julio de 2012 y Dictamen N° 55.876/12 de 7 de septiembre de 2012.

⁴¹⁵ Si la resolución es aprobatoria pura y simple, podrán las partes perfeccionar la operación inmediatamente alzado el efecto suspensivo. Si la aprobación fue sujeta al cumplimiento de medidas, podrán establecerse compromisos voluntarios en que se posponga la época de perfeccionamiento, como prevé la Guía de Remedios en el caso de una medida de desinversión en que no existiere un comprador definido de los activos a la fecha de dictación de la resolución del Fiscal; allí las partes sólo podrán perfeccionar la operación una vez que cuenten con la conformidad de la FNE respecto del comprador definitivo (FNE, 2017c, pp. 14-15). Finalmente, si la resolución es denegatoria, si bien se alzará el efecto suspensivo, subsistirá la prohibición de perfeccionamiento sobre la operación.

⁴¹⁶ Véase al respecto *supra* sección 2.8.

⁴¹⁷ Notamos también que se produce un problema de indefensión de los terceros con interés en la operación y que válidamente han intervenido en el procedimiento. A pesar de que el DL 211 los habilita a aportar antecedentes en la investigación, no impone exigencia alguna al Fiscal de comunicarles la resolución de término de procedimiento (sólo se prevé respecto de los notificantes en los artículos 54 y 57). Lo razonable es que el plazo para impetrar una reposición (de 5 días administrativos desde que se pone en conocimiento la resolución al interesado, conforme dispone el artículo 59 de

2.13.3. Alcances del efecto suspensivo

El efecto suspensivo es relevante porque impone, bajo amenaza de sanción, el deber de no perfeccionar la operación mientras no haya concluido debidamente el procedimiento. El DL 211, sin embargo, no define ni ejemplifica el concepto de “perfeccionamiento”, quedando esta labor al intérprete. Estimamos que el o los hechos que permitan calificar como un perfeccionamiento anticipado de una operación deberán apreciarse en un examen caso a caso. En líneas generales, lo determinante será comprobar un cese en la independencia de los agentes involucrados, sea a nivel decisional u operacional de la entidad resultante o de la entidad objetivo, según sea la tipología de concentración. A modo ilustrativo, en el derecho comparado tres supuestos concretos son reprochables e indiciarios de una consumación prematura: (i) instrumentos jurídicos que sirven de vehículo para concretar la operación no pueden contener cláusulas que, expresa o tácitamente, confieran anticipadamente control sobre otra entidad, como la posibilidad de bloquear ciertas decisiones estratégicas de la adquirida o afectar la marcha de la misma en el curso ordinario de sus negocios; (ii) conductas que, aun sin constar en instrumento alguno, supongan una integración efectiva de las entidades en lo relativo a sus operaciones, como la unión de instalaciones u oficinas, el márquetin conjunto o modificaciones de contratos con clientes o proveedores relevantes; y, finalmente, (iii) el acceso o traspaso de información confidencial y comercialmente sensible de una de las partes a la otra (especialmente desde el adquirente hacia la adquirida) no está permitido si se trata de información detallada, reciente y de valor para el desenvolvimiento competitivo de su titular, información que no habría obtenido de no mediar la negociación⁴¹⁸.

2.13.4. ¿Excepciones al efecto suspensivo?

El efecto suspensivo del artículo 49 del DL 211 se consagra como una prohibición de perfeccionamiento de la operación que no admite excepciones, y que pesa sobre todas las transacciones notificadas, cualquiera sea su clase, magnitud o complejidad⁴¹⁹.

la LBPA) sólo se cuente desde la fecha en que la resolución se les ha comunicado especialmente (vía correo electrónico, según prevé el artículo 61 del DL 211), o en su defecto, desde que ha sido publicada la resolución en el sitio web de la FNE (que es la única forma de que personas ajenas a la operación accedan a la resolución). Con todo, ello puede generar incertidumbre a los mismos notificantes que cuentan con una resolución favorable, en el sentido de que no tienen claridad de si existe algún recurso de reposición administrativa interpuesto o si ha pasado el plazo para interponerlo por un tercero, especialmente en lo que nos convoca en esta sección como es el alzamiento del efecto suspensivo; por ello, parece aconsejable solicitar a la Fiscalía la certificación expresa de que han vencido los plazos para deducir una reposición, y por ende, la resolución aprobatoria se encuentra firme. Como se ve, aparece un problema práctico no menor y que debería ser abordado de *lege ferenda*.

⁴¹⁸ Con mayor detalle, véase *infra* sección 2.26.4.2.

⁴¹⁹ El efecto suspensivo no impide que durante el curso del procedimiento las partes puedan hacer modificaciones a los términos y condiciones de la futura operación (art. 48 inc. 6º). Igualmente, si las partes no desean seguir adelante con su transacción, siempre tendrán la posibilidad de desistir de la notificación, poniendo término al procedimiento y ordenándose el archivo de los antecedentes (art. 58). Estas dos hipótesis (cambios al proyecto y desistimiento) suponen

A diferencia de Chile, la experiencia comparada ha ido avanzando en el reconocimiento de situaciones muy calificadas en que, notificada la operación, se concede una autorización anticipada para su perfeccionamiento bajo condiciones reguladas y de estricto control de la autoridad. Por ejemplo, el sistema de la Unión Europea admite el otorgamiento de una dispensa o exención a la obligación de suspensión para casos en que, atendida la naturaleza de la operación notificada, su perfeccionamiento bajo ciertas condiciones y restricciones es admisible, sancionándose el incumplimiento de los términos de dicha dispensa⁴²⁰.

La ICN ha recomendado que los países consideren la posibilidad de “adoptar procedimientos adaptados a las circunstancias particulares que se derivan de las operaciones en las que no existe acuerdo entre las partes y de las operaciones de compra-venta en procesos de quiebra”⁴²¹. No es extraño pensar en operaciones en que no exista acuerdo previo entre las partes, tales como las ofertas públicas de adquisición de acciones, o en general, adquisiciones a través de una bolsa de valores, en que “es posible que la empresa que va a ser adquirida no esté interesada o incluso sea hostil a la operación propuesta y se muestre, por tanto, reacia a cooperar en el procedimiento de notificación”⁴²². Por su parte, en operaciones de venta de activos de empresas sometidas a procedimientos de liquidación o de reorganización concursal, existe no sólo un riesgo importante de deterioro de los activos, sino que la venta misma podría requerir de notificación y someterse a evaluación preventiva, es por ello que se haría aconsejable “la adopción de un procedimiento de revisión o de plazos de suspensión abreviados, bien a través de normas específicas, bien a través de la terminación discrecional y anticipada del procedimiento”⁴²³.

En este sentido, durante la tramitación de la Ley N° 20.945 se planteó la posibilidad de dar a la Fiscalía la facultad de alzar el efecto suspensivo en casos muy calificados tales como la adquisición de una empresa en situación próxima o ya declarada de insolvencia y que requiera de una inyección de capital o de liquidez para su continuidad operacional, o bien conceder una dispensa bajo ciertas condiciones para tomas de control por vía de ofertas públicas de adquisición,

necesariamente que la operación no ha sido consumada al tiempo que se producen, por tanto, no pueden considerarse excepciones al efecto suspensivo.

⁴²⁰ El Reglamento del Consejo Europeo N° 139/2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas consagra en su artículo 7, apartado 1, la suspensión de las operaciones que se notifiquen a la Comisión Europea (“[la concentración] no podrá ejecutarse antes de ser notificada ni hasta que haya sido declarada compatible con el mercado común [...]”), y en seguida establece la excepción: “2. El apartado 1 no impedirá realizar una oferta pública de adquisición o una serie de transacciones de títulos —incluidos los convertibles en otros títulos— admitidos a negociación en un mercado como, por ejemplo, una bolsa de valores, por los que el control en el sentido del artículo 3 sea adquirido a varios vendedores, siempre y cuando: a) la concentración sea notificada sin demora a la Comisión con arreglo al artículo 4, y b) el comprador no ejerza los derechos de voto inherentes a los títulos en cuestión o sólo los ejerza para salvaguardar el valor íntegro de su inversión sobre la base de una dispensa concedida por la Comisión con arreglo a lo dispuesto en el apartado 3”.

⁴²¹ ICN (2002), p. 12.

⁴²² ICN (2002), p. 13.

⁴²³ ICN (2002), p. 13.

donde se imponga al adquirente la prohibición de aprovecharlo en su favor mientras dure la investigación⁴²⁴. Con todo, creemos que, atendido a que por primera vez se instaura en Chile un modelo de notificación previa y obligatoria, el establecimiento de excepciones al efecto suspensivo, sobre el cual reposa gran parte del éxito del sistema, por muy calificadas que fueren, resulta arriesgado en la medida que no se establezcan mecanismos eficaces y específicos de control de estas situaciones (por ejemplo, facultades intensas o reforzadas de supervisión y sanciones *ad hoc*). Por el momento, resulta más prudente la aplicación de este procedimiento con reglas generales y uniformes para todas las operaciones que a él deban o quieran someterse, y sólo una vez asentada la implementación del sistema y evidenciados los déficits de la regulación, puede pensarse en la consagración de excepciones al efecto suspensivo.

Una hipótesis límite corresponde a los acuerdos de “*carve out*” para operaciones internacionales, en cuya virtud las partes sustraen de su proceso de concentración activos ubicados en cierto país y/o fijan reglas de administración por separado de la filial constituida en el mismo país. Con ello, las partes buscan consumar su operación en el resto de las jurisdicciones, y dejar en suspenso la fusión o adquisición respecto de donde se ubican los activos o la filial, hasta que se obtenga allí la aprobación. Las autoridades de competencia – destaca el caso de Brasil- ven con suspicacia esta clase de convenciones y han sostenido que no es una excepción al efecto suspensivo, ya que es un mecanismo que no permite aislar suficientemente los efectos de la operación (se ha llamado “doctrina de los efectos”), y por ende, es constitutivo de *gun jumping*⁴²⁵.

2.14. Facultades y limitaciones del Fiscal Nacional Económico en el contexto de la evaluación de operaciones de concentración

El artículo 52 del DL 211 dispone que, en el curso de las investigaciones iniciadas conforme al procedimiento del Título IV, el Fiscal Nacional Económico “podrá ejercer las facultades que le confieren los literales f), g), h), j), k), l) y m) del artículo 39” (el destacado es nuestro). En caso de que tuviere lugar la Fase II, el Fiscal podrá ejercer idénticas facultades, tal

⁴²⁴ La profesora Nicole Nehme Zalaquett “[...] observó que el proyecto establece la obligación absoluta de no perfeccionar la operación de concentración mientras no exista sentencia de término, pero en algunos casos calificados –y esto se usa en Europa- podría ser bueno entregar a la FNE la facultad de levantar justificadamente esta prohibición. Por ejemplo, si una empresa está a punto de quebrar, podría necesitar desarrollar ciertas acciones en el tiempo intermedio para venderse; o habría que hacer consistente esta regla con la Ley de Opas, la cual prohíbe las ofertas públicas de adquisición de acciones sujetas a condición, o sea, si una empresa va a adquirir participación en otra empresa sujeta a dicha ley, no la podría someter a la condición de que la fusión sea aprobada por los organismos de libre competencia. [...] Hay que hacer conversar la normativa de Opas con la de libre competencia para que, en ciertos casos, la Opa pueda estar sujeta a la aprobación previa de las autoridades de libre competencia y se regule en el tiempo intermedio el desarrollo de ciertas acciones destinadas a materializar la operación que no supongan el traspaso del control jurídico” (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2016, p. 154).

⁴²⁵ Al respecto, véase la experiencia de Brasil, y muy recientemente, de la FNE, en la sección 2.26.4.2.

como dispone el artículo 56: “Extendida la investigación [...] el Fiscal Nacional Económico podrá ejercer las facultades contempladas en el artículo 52”. Los literales “f), g), h), j), k), l) y m) del artículo 39” se refieren, respectivamente, a las facultades de solicitar la colaboración de funcionarios de organismos y servicios públicos; requerir información a servicios públicos; solicitar información a particulares; llamar a declarar o pedir declaración por escrito de particulares; requerir informes a organismos técnicos del Estado; celebrar convenios con otros servicios públicos y universidades en materias de cooperación recíproca; y convenir con otros servicios públicos el traspaso electrónico de información no declarada como secreta ni reservada.

El haber incluido en el Título IV del DL 211 una norma de este tenor aparentemente restrictivo podría inducir a error en el sentido de que si el Fiscal ejerce, en el contexto de este procedimiento, una facultad distinta a las explícitamente aludidas en el artículo 52, infringiría el principio de juridicidad. La enumeración del artículo 52, no obstante, es *meramente enunciativa*, puesto que el Fiscal podrá hacer ejercicio de las otras facultades que el artículo 39 le confiere para el cumplimiento de su función primordial (“resguardo de la libre competencia en los mercados” conforme al artículo 2º), y no sólo las que aparecen aludidas en el citado artículo 52.

El artículo 39 establece cuáles son las potestades del Fiscal Nacional Económico, las que están en general encaminadas a realizar su rol institucional de protección de la libre competencia. Es probable que el artículo 52 haya sido pensado como una forma de amparar al Fiscal de cuestionamientos de los notificantes que, en un caso concreto, se opusieren al ejercicio de ciertas facultades que son más intensas, como requerimientos de información o citaciones a declarar, y por ello se consagró expresamente que el Fiscal está habilitado para ejercerlas, pero en ningún caso puede asignársele una pretensión de *excluir* otras atribuciones del artículo 39 que no se encuentran mencionadas expresamente en el artículo 52: por ejemplo, la letra b) del artículo 39 autoriza al Fiscal a actuar como parte ante el TDLC y los tribunales de justicia, lo que tiene sentido para su intervención en el procedimiento de revisión especial de operaciones de concentración; o la letra d), que lo manda velar por el cumplimiento de sus propias resoluciones, muy especialmente las que dicte en el contexto del procedimiento del Título IV. No puede entenderse privado al Fiscal de ejercer tales potestades que no enuncia el artículo 52. En otros términos, el procedimiento de control de fusiones supone la intervención necesaria del Fiscal Nacional Económico, quien actúa en ejercicio de su función pública de resguardo de la competencia, para lo cual está investido, en general, de las facultades que el artículo 39 le confiere. Sin perjuicio de lo anterior, este planteamiento reconoce algunas excepciones, las que no se explican por tratarse de atribuciones no expresamente signadas en el artículo 52 -ya vimos ejemplos de que ello no es correcto-, sino que se

explican por las particularidades del procedimiento que hacen improcedente el uso de determinadas y precisas facultades del Fiscal, o porque el Título IV contiene una regla especial y distinta que prima a lo dispuesto en el artículo 39:

2.14.1. El Fiscal no podrá decretar el secreto total de la investigación

Hemos dicho que, en general, el Fiscal podrá ejercer las atribuciones que le confiere el artículo 39, por lo tanto, podría pensarse que está igualmente autorizado para ordenar “que las investigaciones que se instruyan de oficio o en virtud de denuncias tengan el carácter de reservadas” (art. 39, letra a), párr. 2º), vale decir, decretar el secreto *total* de la investigación y no sólo de ciertas piezas del expediente. Sin embargo, esta facultad específica es inaplicable al procedimiento del Título IV, donde se consagran reglas especiales sobre publicidad y secreto en cada fase.

En la Fase I el expediente es secreto para terceros extraños, pudiendo acceder a su contenido sólo la FNE y los notificantes (excepcionalmente podrán acceder terceros interesados siempre y cuando se los requiera el Fiscal y con el fin preciso de que se pronuncien sobre las medidas de mitigación propuestas por el notificante) (art. 53, inc. final). El único acto que deberá publicarse, relativo a la primera fase, será la resolución que ordena el inicio de la investigación, pero el legislador es claro en señalar que deberá resguardarse siempre la información confidencial de los notificantes. En razón de lo anterior es posible sostener que, en la Fase I se aplicará una regla de *secreto*. Este secreto, sin embargo, es sólo *relativo*, pues nunca se podrá decretar el secreto absoluto del expediente. Tratándose de la Fase II, existe disposición expresa (art. 55 inc. 3º) que establece que el expediente será público a partir de la publicación de la resolución que ordena extender la investigación. Eventualmente el Fiscal podrá decretar el secreto de algunas piezas del expediente, pero en tal caso deberán acompañarse las respectivas versiones públicas. Como puede apreciarse, en contraposición a la primera etapa de evaluación, en la Fase II prima como regla general la *publicidad* del expediente, siendo el secreto la excepción. Finalmente, la imposibilidad de imponer un secreto absoluto se ve afirmada por la circunstancia de que al notificante siempre le asiste el derecho de solicitar al Fiscal que le suministre información respecto del estado de avance de la investigación, y antes de adoptar cualquier resolución de fondo sobre la operación, el derecho de solicitar al Fiscal que le informe sobre los riesgos para la competencia él considera se deriven de la misma (art. 53 inc. 1º).

2.14.2. El Fiscal no podrá iniciar la investigación sin dar noticia al afectado

En la mayoría de las investigaciones, “[e]l Fiscal Nacional Económico podrá disponer que no se dé noticia del inicio de una investigación al afectado, con autorización del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia” (art. 39, letra a), párr. 5º), pero, tratándose del procedimiento del Título IV, una vez que el Fiscal estime como completa la notificación de la operación de concentración, ordenará el inicio de la investigación teniendo la obligación legal de comunicar este hecho a los notificantes (art. 50 inc. 3º). Incluso, si el Fiscal no hubiere efectuado esa comunicación dentro del plazo de 10 días desde que se presentó la notificación, se entenderá iniciada de pleno derecho la investigación el día siguiente al vencimiento del plazo (art. 50 inc. 3º). Además, la resolución que ordena el inicio de la investigación siempre debe ser publicada (en la página web de la FNE), aunque con resguardo de la confidencialidad de información sensible para los notificantes (art. 51). El proceso de evaluación busca ser colaborativo, y en caso alguno podría iniciarse sin antes haberse comunicado este hecho al notificante.

2.14.3. El Fiscal no podrá suscribir acuerdos extrajudiciales

El Fiscal no podrá suscribir un acuerdo extrajudicial, en los términos de la letra ñ) del artículo 39 del DL 211, con las partes de una futura operación que deba ser notificada, o que ya esté siendo evaluada, conforme al Título IV. Esta es una facultad que, nuevamente, tiene la FNE *en general* para una investigación, pero que es incompatible con el procedimiento especial del Título IV. Evadir el control preventivo para las operaciones de concentración a través de un acuerdo extrajudicial es una forma velada de burlar el espíritu de la ley. El artículo 46 preceptúa que “[s]e sujetarán a las normas establecidas en este Título [IV], las operaciones de concentración que le sean notificadas a la Fiscalía Nacional Económica de acuerdo con lo prescrito por los artículos siguientes”, por lo que el ámbito de aplicación del procedimiento del Título IV serán todas las operaciones de concentración notificables a la FNE y, una vez notificadas, no pueden substraerse de las normas que lo regulan. Las normas del Título IV establecen con claridad la manera en que legalmente puede terminar el procedimiento de evaluación de una operación notificable: ya sea *típicamente* a través de una resolución aprobatoria o denegatoria de la operación, o *atípicamente* por no cumplirse los requisitos de notificación (art. 50) o a través del archivo de los antecedentes de la investigación (art. 58). Es más, el artículo 18 N°2) ha sido modificado a fin de establecer expresamente que las operaciones de concentración notificables deben sujetarse al procedimiento del Título IV, excluyéndose la tradicional vía en que hasta antes de la reforma podían conocerse esta clase de operaciones. Adicionalmente, conforme al artículo 39 letra o), el Fiscal tiene el deber de “[r]ecibir las notificaciones a que se refiere el artículo 48 y someterlas al procedimiento

contemplado en el Título IV de la presente ley”, lo que significa que no sólo está llamado a recepcionar las notificaciones de los interesados, sino también (y como consecuencia de lo anterior) someterlas al procedimiento del Título IV. De suerte que cualquier intento de evadir el control sobre una operación notificable (es decir, que obligatoriamente debía notificarse) por la vía de llegar a término la investigación mediante un acuerdo extrajudicial, es desconocer y burlar el sentido de la normativa y representa una infracción al principio de juridicidad⁴²⁶.

Distinto es el caso de una operación que no califica como de “concentración” en los términos del artículo 47, y la FNE estima que es un hecho que puede afectar la competencia, pues sí podrá ser objeto de un acuerdo extrajudicial. Por ejemplo, adquisiciones de participación minoritaria, que no confieren influencia decisiva, pueden ser objeto de investigación y arribar entre el ente persecutor y las partes a un acuerdo⁴²⁷. Por otro lado, si una operación de concentración que era notificable se perfeccionó sin someterse al Título IV, por tratarse de una infracción al DL 211 (art. 3º bis, letra a), las partes podrán ser investigadas y sancionadas, situación en que la FNE también podrá llegar a un acuerdo extrajudicial con ellas; aquí el acuerdo no pretende sustraerse de la notificación previa, toda vez que la operación ya se encuentra consumada, sino que se transige respecto de un eventual juicio contencioso.

2.14.4. El Fiscal no podrá ejercer las facultades intrusivas para investigar colusiones

Por último, las facultades intrusivas de investigación que se le reconocen al Fiscal en la letra n) del artículo 39 del DL 211 tampoco tendrán aplicación en el procedimiento de análisis de concentraciones empresariales, aun cuando se le atribuyan a la operación probables efectos coordinativos. Tales facultades sólo podrán ser usadas en investigaciones sobre infracciones al DL 211 y están destinadas a indagar, en casos graves y calificados, acuerdos colusorios ya ejecutados según se tipifican en la letra a) del artículo 3º del DL 211. Las concentraciones que se analizan bajo

⁴²⁶ De hecho, desde un punto de vista de costos, el procedimiento del Título IV aparece como la vía idónea. Es menos oneroso y brinda mayores seguridades a las partes, ya que si ellas intervienen con un ánimo cooperativo, la operación probablemente resulte aprobada, y en tal caso, no será procedente una revisión judicial por el TDLC; de este modo, la posibilidad de litigación se vuelve excepcional. Sumado a ello, el Título IV contiene reglas claras sobre plazos, derechos y obligaciones de los intervenientes, por lo que el resultado de la evaluación se vuelve más predecible y menos incierto que en un acuerdo extrajudicial, el que requiere aprobación necesaria del TDLC, pudiendo llegar a ser hasta rechazado por él. En este sentido, en comparación a la incierta negociación, suscripción y aprobación de un acuerdo extrajudicial, el procedimiento del Título IV es más expedido, confiable en su resultado y hasta menos costoso para las partes.

⁴²⁷ A mayor abundamiento, la FNE llegó a un acuerdo extrajudicial respecto de una adquisición de participación minoritaria cuyos involucrados incumplieron el deber de informar a la FNE que impone el nuevo artículo 4º bis. Por tratarse de una infracción al DL 211, susceptible de ser sancionada en juicio contencioso, las partes transigieron por esta vía y se obligaron al pago de una multa de 19 millones de pesos. Véase resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de 24 de mayo de 2018, que aprueba el acuerdo extrajudicial entre la Fiscalía Nacional Económica e International Mainstream Renewable Power Limited, Rol AE N° 15-18.

el Título IV, en cambio, se reportan preventivamente, por lo que aún no se han materializado y sus efectos en los mercados tampoco se han producido.

2.15. Derechos de los notificantes

El Título IV del DL 211 consagra en forma expresa los derechos de los particulares que notifiquen su proyecto de concentración económica, todos ellos con miras a evitar la indefensión de las partes, al tiempo de asegurar una relación colaborativa con la FNE. Conforme al artículo 53, todo notificante tendrá siempre derecho a:

- (a) Solicitar al Fiscal Nacional Económico que le suministre información respecto del curso de la investigación;
- (b) Se le informe por el Fiscal, antes de que dicte alguna de las resoluciones de término de la primera o segunda fase, de los riesgos que la operación notificada pueda producir a la libre competencia basado en los antecedentes de la investigación;
- (c) Ser oído, pudiendo manifestar al Fiscal su opinión respecto de la operación de concentración notificada, los antecedentes aportados por terceros a la investigación, y en general, sobre el contenido del expediente y la investigación propiamente tal;
- (d) Proponer las diligencias investigativas que estime pertinentes; y
- (e) Ofrecer al Fiscal las medidas que estime aptas para mitigar los riesgos que la operación notificada pudiere producir a la libre competencia. Tales medidas deberán ser ofrecidas por escrito y no constituirán, en caso alguno, un reconocimiento de la existencia de los riesgos que con ellas se pretenden mitigar.

El artículo 53 señala que el Fiscal, antes de dictar cualquier decisión de fondo sobre la operación, sea en la Fase I o II, deberá informar a los notificantes de los riesgos que considere se derivan de la operación, a fin de que ellos puedan formular modificaciones al plan de concentración, y proponer remedios que se hagan cargo suficientemente de sus efectos. Esta información del Fiscal a la partes, aunque preliminar, es indispensable para ir delimitando el objeto de la investigación, enfocándolo directamente en los problemas para la competencia que fueren determinantes en opinión de la agencia⁴²⁸.

⁴²⁸ Esta comunicación sobre los riesgos aparece como una práctica recomendada internacional: “Al proporcionarse tal explicación se consiguen varios efectos benéficos. Primero, se promueve la transparencia y certidumbre sobre la actuación de la autoridad. Segundo, se promueve la eficiencia y se reducen los costes de transacción correspondientes al examen,

En seguida, se establece que las medidas de mitigación que ofrezca el notificador “no constituirán, en caso alguno, un reconocimiento de la existencia de los riesgos que a través de ellas se pretende mitigar” (art. 53 inc. 3º). Esta norma es de suma importancia, ya que incentivará la colaboración no estratégica de los propios notificantes, quienes se hallan mejor posicionados que la autoridad para proponer medidas (en términos de acceso a la información sobre el rubro y las condiciones de los mercados en que actualmente operan o donde intervendrá la entidad resultante).

Asimismo, sólo los notificantes pueden proponer medidas de mitigación para su operación. La FNE y terceros interesados que intervengan en el procedimiento tienen vedado el ofrecimiento de medidas, sin perjuicio de que puedan manifestar su parecer sobre la aptitud e idoneidad de ellas para mitigar los riesgos unilaterales o coordinados detectados. El inciso final del artículo 53 preceptúa que, con el fin de determinar si las medidas ofrecidas por los notificantes se hacen cargo de los riesgos, el Fiscal podrá ponerlas en conocimiento de terceros interesados. Esta es la única posibilidad de que terceros intervengan en la Fase I para que efectúen aporte de antecedentes a la investigación. Sobre tales antecedentes, los notificantes tienen siempre el derecho a ser oídos y manifestar su opinión.

En cuanto a las medidas que pueden ser ofrecidas, nuestro legislador no ha incluido un catálogo o enumeración de las mismas, quedando las partes en libertad de proponer las que estimen apropiadas para su proyecto en específico. Sin perjuicio de lo anterior, la FNE ha dictado una “Guía de Remedios”, que orientará el criterio que tendrá la autoridad para determinar si una medida es o no idónea para mitigar los riesgos derivados de la operación.

Los notificantes también tendrán derecho a “proponer las diligencias investigativas que estime pertinentes” (art. 53 inc. 2º). Esta facultad se limita sólo a la proposición, de suerte que deberá ser el Fiscal quien en definitiva determine la oportunidad y el mérito de las diligencias solicitadas, atendidos los plazos de duración del procedimiento y el fin último de la evaluación, que es evaluar si la operación es apta o no para reducir sustancialmente la competencia. Creemos que si las diligencias pedidas por los notificantes son improcedentes, superfluas o extemporáneas, el Fiscal podrá denegarlas; si las estimare procedentes y dentro de los plazos de investigación, decretará su realización. Ello se explica porque, si bien la ley no proporciona un listado de diligencias que puedan solicitarse, éstas deberán siempre enmarcarse dentro de las competencias legales del Fiscal Nacional Económico (por ejemplo, se podrá requerir la entrega de información a particulares y

pues así se permite que las partes se centren en los temas identificados como problemáticos; en consecuencia se facilita resolver dichos temas en forma expedita. Tercero, se reducen las probabilidades de retrasos innecesarios” (ICN, 2002, p.9).

servicios públicos, así como expedir citaciones a declarar a personas determinadas cuya inobservancia acarreará penas de multa). Asimismo, tales gestiones sólo podrán ser decretadas en la medida que exista una investigación pendiente: terminado el procedimiento, por la causal que fuere, caduca la facultad de las partes para pedir diligencias. Con todo, en contra de la resolución que deniega o concede la solicitud de diligencias de investigación, si se estima que causa indefensión, podrá deducirse el recurso administrativo de reposición que establece el artículo 59 de la LBPA, cuyas normas se aplican supletoriamente. La reposición deberá interponerse dentro los cinco días desde que se comunica a las partes la resolución del Fiscal que deniega la práctica de diligencias investigativas.

2.16. Secreto y publicidad del expediente de evaluación de concentraciones

2.16.1. El secreto relativo como regla general en las investigaciones de la FNE

El principio de publicidad trasunta el actuar de los órganos de la Administración, principio que posee consagración a nivel constitucional (art. 8 inc. 2º CPR) y a nivel legal. La LOCBGAE (art. 11 bis) y la LBPA (art. 16) declaran, en idénticos términos, que serán públicos tanto los actos y resoluciones de los órganos de Administración del Estado como sus fundamentos y documentos en que éstos se contengan, al igual que los procedimientos que utilicen en su elaboración o dictación.

En materia de investigaciones por infracciones a la libre competencia, no obstante, el principio de publicidad se ve morigerado a fin de asegurar el éxito de las diligencias que lleve adelante el Fiscal Nacional Económico. En este ámbito, cabe mencionar que la Ley N° 20.945 incorporó un nuevo párrafo final a la letra a) del artículo 39 del DL 211, preceptuando: “En todos los demás casos, los afectados tendrán acceso al expediente de la investigación que se siga en su contra, sin perjuicio de aquellas piezas declaradas reservadas o confidenciales, de conformidad a lo dispuesto en esta letra y el artículo 42” (subrayado agregado). Se consagra expresamente que, en la generalidad de investigaciones que lleva la FNE regirá lo que puede llamarse “*secreto relativo*” del expediente, vale decir, será accesible para los afectados, pero reservado para terceros, en contraposición a una forma de “*secreto absoluto*”, que impediría a cualquiera, incluso al afectado, acceder al contenido del expediente de investigación.

Ahora bien, la posibilidad de decretar el secreto absoluto de una investigación no queda del todo excluida: la letra a), párrafo segundo, del artículo 39, autoriza al Fiscal Nacional Económico para disponer, con conocimiento del Presidente del TDLC, que las investigaciones que se instruyan tengan el carácter de reservadas. Igualmente, existe la facultad del Fiscal para determinar, de oficio

o a petición del interesado, que ciertas piezas del expediente sean reservadas o confidenciales, por las razones calificadas que allí se señalan. Junto con ello subsiste la facultad de decretar que no se dé noticia del inicio de una investigación al afectado, con autorización previa del TDLC⁴²⁹.

Constituirá, entonces, una regla general de las investigaciones que emprenda la FNE, sean éstas iniciadas de oficio o por denuncia de particulares, que los afectados puedan acceder a su contenido, pero no lo puedan hacer terceros ajenos a ellas.

2.16.2. Normas especiales del control de fusiones sobre publicidad y secreto de la investigación

Sin perjuicio de lo dispuesto para la generalidad de las investigaciones de la FNE (art. 39, letra a), en las investigaciones sujetas al Título IV del DL 211 se han establecido reglas especiales. Este tratamiento legal diferenciado se explica porque, si bien se trata de un investigación, ella versa sobre los *probables* efectos a la competencia de un hecho que aún no se materializa; al finalizar la evaluación no habrá un reproche a la conducta de los notificantes porque ni la operación ni los efectos en el mercado se han producido. Además, el resguardo de la privacidad del notificante se explica no sólo por ser un análisis preventivo, sino también por su carácter de *obligatorio*, en el sentido de que los agentes económicos concernidos no pueden dispensarse de la decisión de someter a escrutinio su plan de consolidación: la ley les impone el deber de hacerlo.

La notificación de un proyecto de concentración significa, ante todo, una abierta exposición acerca del desempeño competitivo y de los procesos internos de los agentes económicos involucrados, que supone muchas veces acceso a información relativa a secretos industriales o comerciales. Asimismo, “[l]a posibilidad de que la información se haga pública puede desanimar a las partes en cuanto a la entrega de información y actitud de cooperación con la autoridad”⁴³⁰.

Con todo, el procedimiento debe buscar salvaguardar no sólo el interés de los notificantes de que información sensible sobre su desempeño competitivo no sea conocida por terceros ajenos a la operación; al mismo tiempo, se intenta dar un espacio al interés de competidores, consumidores y

⁴²⁹ El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha ido delimitando el alcance de las normas del DL 211 que autorizan el secreto de la investigación señalando que corresponden a limitaciones al principio constitucional de publicidad, y, por ende, deben ser interpretadas restrictivamente y a la luz de lo que dispone el artículo 8º de la CPR. Asimismo, ha resuelto que tanto el secreto de la investigación que pueda decretar la FNE, así como la reserva de piezas de la investigación en resguardo de la confidencialidad de información sensible de los investigados, quedan limitadas en el tiempo hasta el archivo de la investigación o la presentación del requerimiento respectivo, y no puede extenderse al procedimiento jurisdiccional, sin perjuicio de que en esa sede se requiera al Tribunal la reserva o confidencialidad de documentos determinados. Sobre este punto, un detallado análisis y recopilación de jurisprudencia del Tribunal puede encontrarse en AROS CHÍA (2007).

⁴³⁰ ICN (2002), p. 29.

otras autoridades e instituciones para que manifiesten su parecer acerca de las implicancias de la operación - en lo que a cada uno les concierne - para lo cual deberán necesariamente conocer las condiciones del plan de concentración. El diseño institucional debe ser capaz de congeniar, por un lado, una multiplicidad de intereses privados, y por otro, el interés general y público, representado por la FNE, de evaluar adecuadamente el potencial anticompetitivo de la concentración empresarial propuesta.

No se aplicarán al procedimiento del Título IV lo dispuesto en el artículo 39, letra a) del DL 211, respecto de la facultad del Fiscal de conducir la investigación con el carácter de reservada o de no dar noticia del inicio de la investigación al afectado. El Título IV contiene normas especiales sobre secreto y publicidad de los antecedentes que se ventilen en el proceso de evaluación. Asimismo, las reglas de secreto y publicidad difieren según se trate de la primera o la segunda fase del procedimiento, conforme se verá a continuación.

En primer lugar, el artículo 51 dispone que “[l]a resolución que ordene el inicio de la investigación será publicada resguardando la información confidencial de los notificantes”⁴³¹. Dicha resolución es la que da inicio a la Fase I. En esta primera etapa, el notificador podrá proponer medidas de mitigación, y el Fiscal podrá poner en conocimiento de terceros interesados tales medidas para que éstos den su opinión y aporten antecedentes al respecto (art. 53 inc. final); sólo en este limitado supuesto los terceros podrán conocer el contenido del expediente de investigación.

El expediente se hará público recién en la Fase II, desde la publicación de la resolución que ordena extender la investigación (art. 53 inc. 3º). Con todo, el Fiscal podrá disponer, de oficio o a petición del interesado, que ciertas piezas del expediente sean reservadas o confidenciales. Quienes soliciten la reserva o confidencialidad de los antecedentes presentados, deberán acompañar versiones públicas de los mismos; y, cuando sea el Fiscal el que decrete de oficio la reserva o confidencialidad, podrá requerir que el aportante acompañe versiones públicas de los antecedentes.

El artículo 10 del Reglamento trata los requisitos que deberán satisfacer las versiones públicas que los notificantes acompañen⁴³²: “Quienes soliciten la reserva o confidencialidad de los antecedentes que acompañen a la notificación efectuada conforme al título II [notificación

⁴³¹ El artículo 51 del DL 211 no señala la forma y medio en que la resolución que ordena el inicio de la investigación debe ser publicada. La ley sí lo hace expresamente tratándose de otras resoluciones, por ejemplo, el artículo 55 del DL 211 dispone que las resoluciones de término de la primera fase del procedimiento se publicarán en el sitio electrónico de la FNE. Aplicando el mismo criterio que pensó el legislador para este caso, nada obsta a que el Fiscal Nacional Económico efectúe la publicación de la resolución que ordena el inicio de la investigación en el sitio web institucional de la FNE, resguardado siempre la información confidencial de los notificantes.

⁴³² En idéntico sentido, véase el Formulario de Notificación Ordinario, Sección IV.4., p.5 y el Formulario de Notificación Simplificado, Sección V.5, p.7.

ordinaria] o al título III [notificación simplificada] de este reglamento, así como de los antecedentes que se acompañen durante el desarrollo de la respectiva investigación, deberán adjuntar en ese mismo acto las versiones públicas correspondientes. Las versiones públicas deberán tarjar únicamente la información que quede comprendida en alguna de las causales de reserva o confidencialidad establecidas en la letra a) del artículo 39 del DL 211, y de ellas deberá desprendese el contenido o materia que tratan los antecedentes, así como la naturaleza y fuente de la información suprimida. En caso contrario, la Fiscalía Nacional Económica podrá requerir al solicitante nuevas versiones públicas que cumplan con los criterios antes señalados, pudiendo la Fiscalía, en su defecto, preparar las que le parezcan más apropiadas y se ajusten a las causales establecidas en la ley". Las causales de reserva o confidencialidad del artículo 39, literal a), del DL 211 se refieren a la protección de la identidad de quienes hayan efectuado declaraciones o aportado antecedentes en la investigación; la existencia de fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular; o el resguardo de la eficacia de la investigaciones emprendidas por la Fiscalía.

Recapitulando, en la Fase I sólo será accesible el expediente a los notificantes, a la FNE y, muy excepcionalmente, a terceros interesados que por decisión del Fiscal les requiera su parecer acerca de las medidas ofrecidas por los notificantes. El único contenido de la primera fase que terceros ajenos podrán conocer públicamente será la resolución que ordena el inicio de la investigación, y siempre con resguardo de la información confidencial de los notificantes. De modo que durante la primera etapa regirá una *regla de secreto relativo* del expediente (similar a lo que sucede, en general, en las investigaciones del Fiscal Nacional Económico). Pero, una vez que se inicie la Fase II se hará público el expediente y el contenido del procedimiento, por lo que en el transcurso de la segunda etapa se aplica una *regla de publicidad* del expediente, con ciertas excepciones (versiones públicas que deberán cumplir los requisitos del artículo 10 del Reglamento antes citado).

Cabe preguntarse cuál es la razón de que se haya determinado el secreto relativo en la primera fase, pero la publicidad en la segunda fase. Pues bien, las operaciones que no alcanzan a pasar a la segunda fase son aprobadas (pura y simplemente o sujetas a medidas propuestas por el notificante) porque son potencialmente inofensivas para la competencia, es decir, no son aptas para reducirla sustancialmente. Una operación que entra a la Fase II, en cambio, lo hace porque el Fiscal estima que, de perfeccionarse en forma pura y simple (tal como se presentó por los notificantes) o sujeta a las medidas propuestas en la primera fase, aun así podría reducir sustancialmente la

competencia, es decir, se abrirá la segunda etapa porque existen antecedentes que permiten considerar que la operación *por sí sola* es peligrosa para la competencia, o que las *medidas ofrecidas son del todo insuficientes*. Al verse potencialmente afectada la libre competencia, se requiere un análisis más profundo y en mayor tiempo por la autoridad, que justifica la intervención no sólo de los notificantes, sino también de terceros interesados (competidores o consumidores) y de autoridades regulatorias, para lo cual deben tener acceso al expediente. Finalmente, como una forma eficaz de compensar este escrutinio más amplio que supone la segunda fase, la ley dispone que sólo los notificantes puedan proponer medidas de mitigación. En razón de lo anterior, creemos que establecer el secreto relativo en la primera fase, y la publicidad para la segunda fase es un acierto del legislador que equilibra correctamente los distintos intereses que convergen en un procedimiento de esta naturaleza.

En último término, también puede ser una preocupación legítima de los notificantes que los funcionarios de la FNE no difundan esta información comercial sensible de su propiedad. El literal h) del artículo 39, en su párrafo primero, establece que quienes puedan verse legítimamente afectados en sus intereses por el ejercicio de la atribución del Fiscal de requerir la entrega de información, podrán pedir al TDLC que deje sin efecto total o parcialmente el requerimiento. Adicionalmente, a los notificantes les asisten la vía penal y la vía administrativo-disciplinaria para reprimir eventuales conductas ilícitas de funcionarios de la FNE que transgredan su deber de reserva⁴³³.

2.17. Consulta previa o «pre-notificación»

Uno de los principales desafíos de instaurar un sistema preventivo y obligatorio de control de fusiones es el *exceso de notificaciones*, frente a una capacidad limitada de la autoridad llamada a recibirlas y procesarlas. El mecanismo de notificación simplificada (art. 48 inc. 7º del DL 211 y art. 4 y siguientes del Reglamento) no se hace cargo por sí solo del problema de la sobrenotificación, toda vez que parte del supuesto de que los agentes económicos ya saben que su futuro negocio corresponde a una operación de concentración según lo establecido en la ley y que iguala o sobrepasa los umbrales. En la medida que las partes tengan todo esto clarificado, podrán acogerse a la notificación simplificada. En otras palabras, toda solución al problema de la sobrenotificación debe operar antes de que se produzca el acto de notificación, y no después de él.

⁴³³ Conforme al artículo 42 del DL 211, los funcionarios y demás personas que presten servicios a la Fiscalía tienen la obligación de guardar reserva sobre toda información, dato o antecedente de que puedan imponerse con motivo u ocasión del ejercicio de sus labores. La infracción de este deber de reserva es castigada con las penas de los artículos 246, 247 y 247 bis del Código Penal, y con las sanciones disciplinarias que puedan aplicarse administrativamente por la misma falta. Asimismo, les serán aplicables las normas de responsabilidad funcional y del Estado contempladas en la LBPA, la LOCBGAE y la Ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo.

La obligatoriedad de someter determinados planes de fusión, adquisición o joint venture a la aprobación de la FNE, generará incertidumbre en los particulares respecto de si su operación califica o no como notificable. Esta incertidumbre sólo puede ser mitigada con reglas sustantivas y procedimentales claras, y la consiguiente aplicación de dichas reglas según criterios jurídicos suficientemente conocidos por los particulares, donde resalta la importancia de las guías que dicte la agencia. La interpretación y aplicación que la autoridad haga, por ejemplo, del artículo 47 (que enumera las cuatro tipologías de operaciones de concentración) y del artículo 48 (que, entre otras materias, regula los umbrales de notificación o los deberes de información de las partes), será determinante para un óptimo funcionamiento del sistema. Asimismo, los agentes económicos no sólo estarán atentos a la aplicación que haga el Fiscal y eventualmente la interpretación del TDLC (conociendo de la revisión especial); también querrán saber en qué casos el Fiscal incoará un procedimiento sancionatorio cuando no se notifique una operación que estaba en la obligación de hacerlo, o se perfeccione antes de obtener la debida autorización (art. 3º bis, letra a) y b), DL 211).

Lo que está en juego entonces es la predictibilidad del sistema, que es una componente central de un procedimiento de control preventivo y obligatorio. La falta de claridad sobre la procedencia de someter una operación al conocimiento de la autoridad, reordena los incentivos de forma tal que podría haber una creciente tendencia a la sobrenotificación.

Por estas razones es necesario prever una vía que permita a las partes de un proyecto de concentración empresarial consultar a la agencia si es procedente o no notificar. Este mecanismo consistiría, entonces, en una fase preparatoria del procedimiento, voluntaria y previa a cualquier notificación⁴³⁴.

La opción de pre-notificación no fue prevista en las normas Título IV del DL 211, pero sí fue recogida implícitamente en el Reglamento, y explícitamente en los Formularios de Notificación Ordinario y Simplificado de la FNE. Tratándose del Reglamento, éste confiere la posibilidad de que

⁴³⁴ ICN (2002), p.16: “Las jurisdicciones deben tener en cuenta la posibilidad de establecer consultas previas a la notificación a petición de las partes con el objeto de aconsejarles si la operación debe ser notificada y, en ese caso, indicarles qué tipo de información será necesario aportar con la notificación”. En el derecho comparado es sabida la necesidad de contener el número de notificaciones fútiles, lo que ha llevado a que, por ejemplo, los formularios de la Comisión Europea contemplen expresamente la posibilidad – facultativa para las partes - de entablar “contactos previos a la notificación” (Reglamento de Ejecución N°1269/2013 de la Comisión Europea, Anexo I, párrafo 1.2 y Anexo II, párrafo 1.3). Asimismo, en España la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha establecido un procedimiento de consulta previa a la notificación (art. 59 del Real Decreto 261/2008 que aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia y artículo 55.2 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia), al igual que en Ecuador, donde se establece como atribución del Superintendente de Control de Poder de Mercado, el absolver consultas sobre la obligación de notificar operaciones de concentración económica (art. 44 N°4, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, de 2011). En Canadá, la agencia de competencia en sus “*Merger Review Process Guidelines*” (sección 2.5) acoge la posibilidad de que las partes voluntariamente efectúen consultas previas (“*early consultations*”) a la notificación.

las partes soliciten fundadamente y en un momento “previo a la notificación” que se les exima de acompañar determinados antecedentes cuando éstos no se encuentren razonablemente disponibles o la información no resulta necesaria para el análisis de la operación (arts. 3 y 8 del Reglamento). En cuanto a los Formularios de Notificación, éstos contemplan expresamente una fase de “Pre-Notificación”⁴³⁵, en virtud de la cual las partes podrán contactar a la División de Fusiones de la FNE, en forma previa a la notificación de su operación, a fin de preparar la información que deba ser acompañada y de resolver dudas atingentes al proceso de notificación. Los futuros notificantes podrán determinar junto a la FNE cuáles son los antecedentes precisos que deberán ser presentados, o estudiar la posibilidad de no acompañar cierta información que les es difícil de acceder o irrelevante para analizar su operación en concreto (para lo cual deberán presentar una solicitud de exención de antecedentes antes de incoar la notificación).

También en este momento previo las partes podrán examinar la opción de acogerse al mecanismo de notificación simplificada (sin perjuicio de que aquellos agentes económicos que tengan claridad de encontrarse en los supuestos que la hacen procedente, podrán notificar la operación directamente a la FNE bajo las normas de la notificación simplificada, sin necesidad de tener que consultarla previamente)⁴³⁶.

Existen, además, otras materias que pueden ser consultadas a la FNE antes de presentar una notificación. Los Formularios de Notificación Ordinario y Simplificado señalan que, para el caso que las partes pretendan acompañar al acto de notificación documentos en idioma inglés, podrán solicitar “en forma previa a la notificación” la autorización especial de la Fiscalía⁴³⁷. De igual forma, la “Guía de Remedios” admite que las partes presenten “propuestas tentativas de remedios” de manera previa a la notificación de su operación⁴³⁸.

Es importante destacar que si las partes recurren a la consulta de pre-notificación, la FNE previene lo siguiente: “La información proporcionada por las Partes Notificantes durante esta etapa, y que haya sido consultada a la Fiscalía, no obsta a la revisión final que se hará de ella para determinar que la notificación de la Operación se encuentra completa, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 del DL 211. Asimismo, la Fiscalía no se encuentra obligada por las opiniones vertidas en esta etapa, pues aquéllas tienen únicamente fines informativos y bajo ninguna

⁴³⁵ Formulario de Notificación Ordinario, Sección III, p. 3 y Formulario de Notificación Simplificado, Sección IV, p.5.

⁴³⁶ Subsistirá, en cualquier caso, la facultad discrecional del Fiscal Nacional Económico de determinar la “conversión a notificación ordinaria” en conformidad al artículo 9 del Reglamento cuando estimare que no se cumplieron los presupuestos de procedencia de la notificación simplificada, o cumplidos, se requieren mayores antecedentes para evaluar integralmente los riesgos de la operación.

⁴³⁷ Formulario de Notificación Ordinario, Sección IV.1 p. 4 y Formulario de Notificación Simplificado, Sección V.1., p. 6.

⁴³⁸ FNE (2017c), p. 7.

circunstancia deben usarse ni considerarse como una recomendación o consejo respecto a la Operación que se pretende llevar a cabo”⁴³⁹.

La posibilidad de efectuar una consulta de pertinencia de ingreso constituye, también, una manifestación del derecho de petición consagrado en el artículo 19º N° 14 de la CPR. Específicamente, la letra h) del artículo 17º de la LBPA (de aplicación supletoria para estos efectos) reconoce el derecho de las personas en sus relaciones con la Administración a obtener información acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las leyes vigentes impongan a los proyectos o solicitudes que quieran realizar. Por ende, cada vez que los particulares consulten previamente a la Fiscalía si su proyecto de operación de concentración es o no notificable, o los antecedentes que deben acompañar, o en general dudas relativas al acto de notificación, la FNE deberá pronunciarse al respecto.

Finalmente, aunque no menos importante, la opción de pre-notificación se vuelve una herramienta que reduce los costos privados en la recopilación de información necesaria para reportar su operación. Esto redundaría en una revisión más expedita de la operación, ya que probablemente la notificación se estime como completa desde un principio, sin retardar innecesariamente el comienzo de la investigación sobre el fondo. En tal sentido, según una encuesta difundida por la FNE, el 76% de los consultados (abogados asesores en 25 operaciones de concentración notificadas) se había sometido al proceso de consulta previa, y entre los que usaron este proceso, el 84,5% indicó que les permitió reducir los tiempos totales considerados para una notificación completa⁴⁴⁰.

2.18. Inicio del procedimiento. El acto de notificación

La Fase I del procedimiento es de carácter necesario e ineludible, y se inicia con la notificación de la operación respectiva. La notificación puede ser definida como la presentación escrita formulada conjuntamente por los agentes económicos que intervienen en el o los actos jurídicos que sirven de vehículo a una operación de concentración, y que tiene por objeto obtener la autorización de su operación por el Fiscal Nacional Económico.

El Título IV del DL 211 no señala en qué momento es apropiado notificar. El artículo 48 se limita a disponer que la operación habrá de notificarse “en forma previa a su perfeccionamiento” (inc. 1º). A lo sumo, el legislador supone que existe una intención seria y real de llevar a cabo la operación, lo que se apreciará en virtud de una declaración “de buena fe” en tal sentido emitida por

⁴³⁹ Formulario de Notificación Ordinario, Sección III, p. 3 y Formulario de Notificación Simplificado, Sección IV, p. 5.

⁴⁴⁰ FNE (2018), pp. 9-11.

las mismas partes y que adjuntan a su notificación. El Reglamento, por su parte, exige acompañar a la notificación “antecedentes que den cuenta de la real y seria intención de las partes de la operación de perfeccionarla” (art. 2, N°4, letra c), pero no ejemplifica qué antecedentes serían indicarios de dicha intención. Más diáfana es la FNE en su “Guía de Competencia”, donde se dan luces sobre qué antecedentes, para la autoridad llamada a recibir las presentaciones de las partes, son suficientes para evidenciar una intención de llevar adelante la operación y, con ello, proceder a su notificación: “entre otros, carta de intención, memorándum de entendimiento, borrador inequívoco del documento donde consta la operación, o anuncios públicos de la intención de llevar a cabo una oferta pública”⁴⁴¹.

Cabe hacer notar también que, sea que la notificación hubiere observado las exigencias de la notificación ordinaria o las de la notificación simplificada, estará sujeta indistintamente al mismo régimen de evaluación, con idénticas reglas procedimentales y sustantivas (la diferencia entonces se refiere únicamente a los antecedentes que se deberán acompañar al acto de notificación).

El Fiscal, una vez recibida la notificación, tomará conocimiento de la misma y procederá a evaluarla conforme a las reglas del procedimiento del Título IV (art. 50 inc. 1°). El acto de notificación es el que da inicio al procedimiento, teniendo el Fiscal el deber de recepcionar la presentación y de pronunciarse, en primer lugar, acerca de si ha cumplido los requisitos legales y reglamentarios. Asimismo, y en concordancia con lo dispuesto en la LBPA, en todo procedimiento administrativo iniciado a solicitud de parte, los primeros interesados –en este caso los notificantes– podrán exigir el correspondiente certificado que acredite la fecha de presentación (art. 30 inc. 3° LBPA).

⁴⁴¹ FNE (2017a), p. 13. La Fiscalía se inspira en la experiencia europea. El Reglamento del Consejo Europeo N° 139/2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas dispone, en su Artículo 4, que deberá presentarse la notificación de la operación “en cuanto se haya concluido el acuerdo, anunciado la oferta pública de adquisición o adquirido una participación de control”. Un referente más detallado e ilustrativo para estos efectos se encuentra en el derecho español, cuyo Reglamento de Defensa de la Competencia (Real Decreto 261/2008) regula en su artículo 54 cuándo se entiende existe un proyecto de concentración, dependiendo de la tipología de operación: en el caso de *adquisición de control*, existe acuerdo desde que las partes consienten realizar la operación y determinen la forma, el plazo y las condiciones en que vaya a ejecutarse. Específicamente, cuando las partes sean sociedades, se considerará que el acuerdo existe cuando haya sido adoptado por el órgano de administración, aun cuando por aplicación de normas legales o estatutarias fuera necesaria su adopción o ratificación posterior por otro órgano societario. Cuando se trate de una oferta pública de adquisición, siempre que exista acuerdo de los órganos de administración y se haya anunciado públicamente la oferta. En el caso de *fusiones* se entenderá que existe acuerdo cuando se cumpla lo dispuesto en la normativa societaria. Se señala, finalmente, que la existencia de cláusulas que de cualquier modo condicione la futura formalización o ejecución de los acuerdos no exime del cumplimiento del deber de notificar. A su turno, en México, la Ley Federal de Competencia Económica en su artículo 87 dispone que la notificación deberá efectuarse antes de que “I. El acto jurídico se perfeccione de conformidad con la legislación aplicable o, en su caso, se cumpla la condición suspensiva a la que esté sujeto dicho acto; II. Se adquiera o se ejerza directa o indirectamente el control de hecho o de derecho sobre otro Agente Económico [...]; III. Se lleve al cabo la firma de un convenio de fusión entre los Agentes Económicos involucrados, o IV. Tratándose de una sucesión de actos, se perfeccione el último de ellos [...].”

Sobre las partes pesa un deber de veracidad respecto del acto mismo de notificación (además del deber de entregar información fidedigna cuando lo hubiere requerido el Fiscal durante el transcurso del procedimiento). El artículo 3º bis del DL 211, en su letra e), castiga a quienes “[n]otifiquen una operación de concentración, de conformidad al Título IV, entregando información falsa”. La norma se refiere a los antecedentes proporcionados en el acto de la notificación, atendido a que sobre ellos descansará buena parte del proceso de evaluación. Por lo mismo, de comprobarse la falsedad de los mismos (a través de un proceso investigativo que se instruya especialmente y por separado), se habilita al Fiscal a requerir al TDLC, en procedimiento contencioso, se imponga a los notificantes las medidas y sanciones que señala el artículo 26, así como aquellas preventivas, correctivas o prohibitivas que resulten necesarias. El solo hecho de notificar una operación, fundándose en información falsa, es constitutivo de infracción al DL 211 y autoriza la aplicación de las medidas señaladas⁴⁴².

2.18.1. Notificación completa o incompleta

Efectuada la notificación, el Fiscal tendrá un plazo de 10 días, contados desde la presentación, para determinar si se trata de una notificación “completa” o “incompleta” (art. 50 inc. 2º).

La notificación se entenderá “completa” cuando cumpla con todos los requisitos que para practicarla establecen el artículo 48 y el Reglamento⁴⁴³.

La notificación se entenderá “incompleta” cuando no cumpla con las exigencias legales y reglamentarias, y que dicen relación con los antecedentes a acompañar y la observancia de los requisitos de idioma de los documentos, formato digital y confidencialidad de la información señalados en los Formularios de Notificación de la FNE.

Si la notificación es considerada “completa”, el Fiscal ordenará el inicio de la investigación y comunicará esta resolución a las partes. La resolución que ordena el inicio de la investigación es el primer acto administrativo de instrucción del procedimiento, debiendo dictarse por el Fiscal y comunicarse a las partes dentro del plazo de 10 días, contados desde que fue recibida la notificación. Nótese que dentro de este plazo el Fiscal deberá dictar la resolución y, además, comunicarla al notificante. Si el Fiscal no hubiere comunicado la resolución que ordena el inicio de la investigación - o no la hubiere dictado siquiera - dentro del plazo de 10 días de recibida la

⁴⁴² Sobre este nuevo ilícito infraccional, véase *infra* sección 2.26.4.5.

⁴⁴³ Si la notificación se hizo conforme a las reglas de notificación ordinaria, debe haber acompañado los antecedentes que enumera el artículo 2 del Reglamento; si, en cambio, se acogió al mecanismo de notificación simplificada, deberán acompañarse los antecedentes listados en el artículo 7 del Reglamento.

notificación, la investigación se entenderá *iniciada de pleno derecho* el día siguiente al vencimiento del plazo (art. 50 inc. 3º). Esta es una forma de silencio administrativo positivo aplicable al acto de instrucción del procedimiento; aquí se sustituye la voluntad expresa del órgano, por una voluntad presunta en que se entiende acogida la solicitud del interesado en orden a que se someta a evaluación el plan de concentración. Aplicando lo dispuesto del artículo 64 de la LBPA, que regula supletoriamente el instituto del silencio positivo para los procedimientos administrativos, el notificante de la operación podrá solicitar a la FNE la certificación del inicio de pleno derecho de la investigación, la que deberá ser incorporada al expediente⁴⁴⁴.

Si la notificación es estimada como “incompleta”, el Fiscal comunicará al interesado dicha circunstancia dentro del plazo de 10 días desde que fue recibida la notificación. En la comunicación que el Fiscal expida al interesado deberá identificar con claridad cuáles son las falencias constatadas (art. 50 inc. final). En este caso, el Fiscal no ordenará el inicio de la investigación hasta que el notificante subsane los errores u omisiones de su presentación. El notificante cuenta con un plazo adicional de 10 días contados desde que recibe la respectiva comunicación del Fiscal, para subsanar todos los errores u omisiones del formulario de notificación. Si el notificante no corrige los errores u omisiones dentro del plazo señalado, la notificación se tendrá por no presentada. Si el notificante corrige oportunamente los errores u omisiones, el Fiscal dictará la resolución que da inicio a la investigación (art. 50 inc. final).

2.18.2. Efectos de la notificación incompleta

Tratándose de una notificación incompleta por no cumplir con los requisitos legales y reglamentarios, el Fiscal Nacional Económico se verá enfrentado a dos escenarios posibles: (a) que el interesado no subsane los errores u omisiones de su notificación; o (b) que el interesado subsane los errores, pero lo haga a través de una presentación extemporánea. En cualquiera de estos dos escenarios, el Fiscal tendrá por no presentada la notificación.

Dado que la resolución del Fiscal que tiene por no presentada la notificación es un acto administrativo que pone término del procedimiento, podrá ser impugnada a través del recurso de reposición que establece la LBPA en su artículo 59. Por su parte, el DL 211 no prevé medio de

⁴⁴⁴ La certificación puede ser relevante para dejar constancia del momento en que se entienda iniciada la investigación, ya que el plazo de 30 días de duración de la primera fase se contabiliza desde la fecha en que se haya iniciado la investigación (art. 54 inc. 1º DL 211). Además, si cumplido el periodo de duración de la primera fase, sin que el Fiscal pronuncie resolución alguna sobre la operación, se entenderá que la aprueba sujeta a las medidas ofrecidas por el notificante (art. 54 inc. 2º DL 211). Opera, nuevamente, otra forma de silencio administrativo positivo, esta vez sustituyendo el acto de término del procedimiento, entendiéndose autorizada la operación.

impugnación jurisdiccional alguno en contra de la resolución del Fiscal Nacional Económico que tenga por no presentada la notificación.

Que la notificación “se tenga” por no presentada tendrá consecuencias graves para las partes si de todas formas llevan adelante su operación de concentración teniendo la obligación de reportarla previamente: el artículo 3º bis, en su literal a), dispone que la infracción del deber de notificación conlleva la aplicación de las medidas y multas previstas en el artículo 26, así como todas aquellas medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que sean necesarias. Por consiguiente, si la notificación se tuvo por no presentada y existía la obligación de notificar la fusión, los agentes económicos involucrados deberán intentar nuevamente la notificación.

2.18.3. Efectos de la notificación completa

Para determinar los efectos de una notificación debemos distinguir según si la notificación fue estimada completa desde un principio, o bien, una vez que se tuvieron por corregidos sus errores en forma oportuna:

(a) Notificación completa desde su presentación

Tratándose de una notificación considerada desde un principio como completa, el Fiscal procederá a dictar la resolución de inicio de investigación y a comunicarla al notificante, todo dentro del plazo de 10 días desde que fue recibido el formulario de notificación. Vencido este plazo sin que se haya comunicado la resolución, la investigación se entenderá iniciada de pleno derecho el día siguiente al vencimiento de dicho plazo.

(b) Notificación incompleta, posteriormente corregida

El artículo 50 en su inciso final establece que “[s]i los errores u omisiones fueron subsanados dentro de plazo, se considerará como una nueva notificación para los efectos de lo dispuesto en este artículo”. Por lo tanto, en el caso de una notificación incompleta y posteriormente subsanada, el Fiscal, dentro del plazo adicional de 10 días desde que el notificante efectúe su segunda presentación (destinada a corregir los errores y omisiones), deberá verificar si efectivamente se enmendaron todos los defectos y, según sea el caso, dictar la resolución que ordena el inicio de la investigación, o tener por no presentada la notificación.

Si han transcurrido los 10 días adicionales desde la segunda presentación del notificante, sin que el Fiscal hubiere comunicado la resolución que ordena el inicio de la investigación, ésta se entenderá iniciada de pleno derecho el día siguiente del vencimiento de dicho plazo.

2.19. Primera fase de evaluación de una operación de concentración

2.19.1. Inicio de la investigación propiamente tal

Debemos diferenciar el inicio del *procedimiento*, del inicio de la *investigación*. El procedimiento se inicia con la primera notificación que efectúan las partes de la operación. En cambio, el inicio de la investigación propiamente tal (vale decir, el momento en que empieza la evaluación del Fiscal acerca del potencial anticompetitivo de la misma) se producirá una vez que la notificación sea estimada como “completa” y se dicte una resolución que instruye principiar con la investigación. Según vimos, la notificación puede ser considerada completa desde su presentación, o bien, ser calificada como incompleta, a lo cual el notificante deberá corregir los errores que el Fiscal identifique. Si el notificante no corrige oportunamente y en su totalidad las falencias señaladas, la notificación se tendrá como no presentada para todos los efectos legales, terminando el procedimiento.

De suerte que es perfectamente posible que el procedimiento, ya iniciado por la primera notificación, finalice sin que haya investigación alguna: cuando la notificación fuere incompleta y no se subsanare en tiempo y forma sus errores. Este hecho lo hemos calificado como una forma *atípica* o anticipada de término del procedimiento, a diferencia de la forma *típica* de término, que tendrá lugar con la dictación de una resolución de fondo del Fiscal Nacional Económico en que aprueba o prohíbe la operación según sea su potencial anticompetitivo. De ahí que diferenciamos dos momentos: el inicio del procedimiento, que se producirá con la sola presentación de la primera notificación; y el inicio de la investigación propiamente tal, entendiendo por “investigación” al proceso evaluativo de una operación de concentración cuya notificación fue estimada como completa.

Así las cosas, el inicio de la investigación propiamente dicha se producirá desde que el Fiscal *dicta y comunica* al notificante la resolución que ordena el inicio de la investigación, por considerar que la notificación es completa (completa desde su primera presentación, o porque ha sido oportunamente corregida). No basta con que el Fiscal dicte solamente la resolución que instruye la investigación para entenderse iniciada, deberá acto seguido comunicar dicha resolución a los notificantes, y a partir de la fecha de comunicación de dicho acto administrativo, se habrá iniciado la investigación y empezará a correr el plazo de duración de la primera fase (que será de 30 días conforme al artículo 54). La comunicación de la resolución que ordena el inicio de la investigación deberá efectuarse a los apoderados de los notificantes en la forma que señala el artículo 61, esto es, vía correo electrónico.

Excepcionalmente la investigación se entenderá iniciada “de pleno derecho” al día siguiente del vencimiento del plazo de 10 días desde que se presentó la notificación, cuando el Fiscal lo haya dejado pasar sin dictar ni comunicar resolución alguna que califique como completa o incompleta la notificación (art. 50 inc. 3º).

El Título IV del DL 211 exige recurrentemente que las resoluciones del Fiscal se dicten y se le comuniquen al notificado, a fin de prevenir su indefensión: así se estableció para la resolución que se pronuncia sobre la completitud de la notificación (art. 50), para la resolución que ordena el inicio de la investigación (art. 50), para las resoluciones de término de la primera fase (art. 55) e, implícitamente, para las resoluciones de término de la segunda fase (art. 57), y si no se dictan estas resoluciones oportunamente por el Fiscal, operará alguna forma de silencio positivo: se entenderá iniciada la investigación, o se entenderá concedida la autorización, según sea el caso.

Resulta indispensable que se comunique al interesado la resolución del órgano administrativo cuando ésta le afectare, por cuanto será la única forma de que su contenido sea cognoscible para él, y muy especialmente, para que pueda ejercer los derechos de intervención en el procedimiento que se le reconocen. En este sentido, el artículo 50 del DL 211 establece que “[t]ratándose de una notificación completa, el Fiscal Nacional Económico ordenará el inicio de la investigación y comunicará la resolución al notificado. Si el Fiscal no hubiere efectuado dicha comunicación dentro del plazo establecido en el inciso anterior, la investigación se entenderá iniciada, de pleno derecho”, lo que da cuenta, primero, de la exigencia copulativa de dos actos (la dictación de la resolución y la comunicación de ella al interesado), y segundo, de la importancia de la comunicación de la resolución, ya que si no se produce ésta dentro de plazo, se inicia ipso iure la investigación.

Que los efectos de la resolución se produzcan desde su comunicación no aparece consignada expresamente por el artículo 50 del DL 211, pero sí es una exigencia prevista en general para los procedimientos administrativos: la LBPA, de aplicación supletoria para estos efectos, dispone que “[l]os actos administrativos de efectos individuales, deberán ser notificados a los interesados conteniendo su texto íntegro (art. 45 inc. 1º LBPA), y que “[l]os decretos y las resoluciones producirán efectos jurídicos desde su notificación o publicación, según sean de contenido individual o general” (art. 50 inc. 2º LBPA). En la misma línea, los plazos de los procedimientos administrativos “[...] se computarán desde el día siguiente a aquél en que se notifique o publique el acto de que se trate o se produzca su estimación o su desestimación en virtud del silencio administrativo” (art. 25 inc. 2º LBPA). Por ende, las resoluciones del Fiscal Nacional

Económico y que afecten al notificante siempre deberán comunicársele personalmente, y, de suma importancia, sus efectos sólo empezarán a producirse desde esa comunicación⁴⁴⁵.

Es lamentable que el DL 211 haya regulado claramente desde cuándo se entiende iniciada de pleno derecho la investigación para el caso en que no haya resolución que ordene el inicio de aquélla, y sin embargo no haya señalado explícitamente cuándo empieza a correr el plazo de la investigación para lo que será la generalidad de los casos en que sí habrá una resolución expresa que ordena instruir la investigación; hemos arribado a la conclusión de que será desde que se comunique al notificante dicha resolución, y no antes, a partir de una interpretación sistemática de las normas del Título IV del DL 211 y de la LBPA.

2.19.2. Intervención de terceros en la primera fase de evaluación

El artículo 53 del DL 211, que consagra los derechos de los notificantes, dispone que ellos siempre podrán manifestar al Fiscal su opinión respecto de los antecedentes aportados por terceros a la investigación.

Según vimos, por “terceros” debe entenderse todo aquél que no califique como parte de la operación de concentración, porque no intervienen en el o los actos jurídicos que permitirán perfeccionar la operación, o no son los agentes económicos que materialmente se concentran. En la Fase I se habla de terceros “interesados” (art. 53 in fine), y en la Fase II, en idéntico sentido, de terceros “que puedan tener interés” en la operación (art. 55 inc. 2º), por consiguiente, aquellos sujetos que no sean notificantes y deseen aportar antecedentes al procedimiento deberán siempre alegar un interés legítimo en los hechos objeto de la investigación, sea por su condición de competidores actuales o potenciales, entrantes, asociaciones de consumidores, proveedores, etcétera.

Uno de los aspectos más criticados del régimen preexistente de control de fusiones residía en que terceros que pretendían desafiar una operación se hallen legitimados para incoar por sí mismos un procedimiento no contencioso ante el TDLC, alegando tener un “interés legítimo” en la consulta, lo que subvertía la posibilidad de que las partes de la operación se vieran motivadas a someterse voluntariamente a revisión del órgano judicial. Todo ello distorsionaba los incentivos que supone un modelo voluntario de notificación. A partir de la Ley N° 20.945, el procedimiento de consulta ante el TDLC se encuentra vedado para el análisis preventivo de operaciones de

⁴⁴⁵ La única excepción, expresamente prevista por el legislador para el procedimiento del Título IV del DL 211, es el caso de la resolución de reinicio del procedimiento por modificación significativa de la operación que contempla el inciso sexto del artículo 48, cuyos efectos se producirán desde que dicte tal resolución y no desde que se comunica al notificante.

concentración⁴⁴⁶. De suerte que toda operación de concentración no perfeccionada deberá ser necesariamente sometida al procedimiento administrativo del Título IV del DL 211, sea obligatoriamente por superarse los umbrales, o voluntariamente por decisión de las partes cuando dichos umbrales no se alcancaren.

Así las cosas, bajo el nuevo régimen, la intervención de terceros durante el proceso de evaluación se limita a la aportación de antecedentes, en la forma y plazos establecidos por la ley. En la Fase I sólo para manifestar su parecer sobre los remedios ofrecidos, y siempre que el Fiscal se los requiera; y en la Fase II con mayor libertad, pero alegando siempre un interés en la operación. Los terceros jamás podrán promover por sí mismos la notificación de una operación de concentración (art. 48 inc. 4º). De igual forma, los terceros, aun con interés en la operación, no podrán proponer medidas de mitigación, sino solamente expresar su opinión sobre ellas; sólo el notificador puede proponer remedios para su propia operación (arts. 53, inc. final; 54 y 57). En relación a las formas de impugnación, los terceros no tienen legitimación activa para solicitar la revisión especial de la operación ante el TDLC a que se refiere el artículo 57. Su exclusión se justifica en la medida que la revisión especial sólo es admisible respecto de la resolución del Fiscal que hubiere prohibido la operación, por lo que solamente los notificantes (quienes aspiran a perfeccionar su operación) tendrán interés en revertir la decisión denegatoria.

Sin perjuicio de todo lo anterior, debemos recalcar que aún bajo el nuevo diseño institucional, subiste la posibilidad de que terceros ajenos puedan desafiar una operación aprobada, pero sólo podrá tratarse de una intervención *ex post*, es decir, después de perfeccionada, por la vía de una demanda en procedimiento contencioso ante el TDLC (art. 18 N°1). Esta forma de revisión judicial debe ser vista como algo excepcional, en la medida que sólo podrá estar fundada en la existencia de nuevos antecedentes, ignorados durante el procedimiento de evaluación que dio lugar a la autorización de perfeccionamiento (art. 32 DL 211); o bien, podrá ser una revisión motivada por la comisión de alguna conducta sancionada expresamente por al artículo 3º bis, como la infracción al deber de notificación o el incumplimiento de las medidas de mitigación.

⁴⁴⁶ En tal sentido ha sido reformado el artículo 18 N° 2 del DL 211, consagrando la facultad del Tribunal de “[c]onocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley [...]” (subrayado agregado).

2.19.3. Término de la primera fase del procedimiento de evaluación. Resoluciones que puede adoptar el Fiscal Nacional Económico

Conforme al artículo 54, dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que se haya iniciado la investigación, el Fiscal Nacional Económico podrá:

- (a) Aprobar la operación notificada en forma pura y simple, si es que llegare a la convicción de que la operación no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia;
- (b) Aprobar la operación notificada, a condición de que se dé cumplimiento a las medidas ofrecidas por el notificante, si es que llegare a la convicción de que sujetándose la operación a tales medidas ésta no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia; o
- (c) Extender la investigación hasta por un máximo de 90 días adicionales, mediante resolución fundada, cuando estimare que la operación notificada, de perfeccionarse en forma pura y simple o sujeta a las medidas ofrecidas hasta ese momento por el notificante, en su caso, podría reducir sustancialmente la competencia.

La Fase I tiene una duración de 30 días, los que se contarán desde que se haya iniciado la investigación (que se producirá por regla general desde que se comunica al notificante la resolución de inicio de la investigación, salvo el caso de inicio “de pleno derecho”). Dentro de este plazo de 30 días, el Fiscal deberá pronunciarse sobre la operación.

Al término de la Fase I, el Fiscal sólo estará autorizado para aprobar la operación pura y simplemente, o sujetarla al cumplimiento de medidas, pero nunca podrá decretar la prohibición de la operación. La prohibición supone que la operación tiene la aptitud de reducir sustancialmente la competencia. Si finalizada la primera fase persiste la incertidumbre del Fiscal sobre los potenciales efectos anticompetitivos de una operación, la ley lo habilita a ordenar la extensión del plazo de investigación. En este caso, se da inicio a una segunda fase más prolongada (fase de extensión de la investigación), con miras a desarrollar una evaluación acabada y profunda de los riesgos y de las eventuales medidas de mitigación de esos riesgos.

En resumen, el procedimiento se tendrá por terminado en la Fase I si, dentro del plazo legal, el Fiscal dicta una resolución que aprueba la operación en forma pura y simple, o la sujeta a las medidas ofrecidas por el notificante. También se tendrá por finalizado el procedimiento en la Fase I si el Fiscal no dicta resolución alguna, o lo hace fuera de plazo legal, caso en que la operación se tendrá aprobada y sujeta a las últimas medidas propuestas por el notificante (silencio administrativo

positivo). Por el contrario, el procedimiento seguirá adelante si el Fiscal dicta la resolución que ordena la extensión de la investigación por un plazo máximo de 90 días adicionales si estimare que la operación, de perfeccionarse en forma pura y simple o sujeta a las medidas ofrecidas por el notificador, podría reducir sustancialmente la competencia. En este caso, se da inicio a la Fase II del procedimiento.

2.19.4. Procedencia del silencio administrativo positivo al término de la primera fase

La Fase I tendrá una duración máxima de 30 días contados desde que se inició la investigación, plazo en que el Fiscal deberá pronunciarse y adoptar una de las resoluciones señaladas en el artículo 54 (aprobatoria pura y simple, aprobatoria sujeta a medidas, o extensión de la investigación). Transcurridos los 30 días sin que el Fiscal hubiere tomado alguna de las tres decisiones, “[...] se entenderá que ha aprobado la operación de que se trata. La autorización se considerará en los mismos términos ofrecidos por el notificador, incluyendo las medidas que éste hubiere propuesto” (art. 54 inc. final). Idéntica disposición se estableció para el término de la Fase II (art. 57 inc. 2º).

La norma es una aplicación concreta del silencio administrativo positivo. Ante la falta de pronunciamiento (o pronunciamiento extemporáneo) del Fiscal Nacional Económico sobre el fondo, la autorización solicitada se entenderá otorgada en los mismos términos señalados por el notificador, “incluyendo las medidas que éste hubiere propuesto”. Pese a que no se dispone expresamente, debe entenderse que las medidas a que se refiere la ley han de ser las últimas ofrecidas por el notificador, y de las cuales haya quedado constancia en el expediente⁴⁴⁷.

El silencio administrativo positivo se encuentra regulado, en forma supletoria, en el artículo 64 de la LBPA. Conforme al inciso final de dicho artículo, el interesado podrá pedir que se certifique que su solicitud no ha sido resuelta dentro del plazo legal, certificado que será expedido sin más trámite. Es procedente también lo previsto en el artículo 66 de la LBPA, en virtud del cual los procedimientos que concluyan por aplicación del silencio administrativo positivo “tendrán los mismos efectos que aquéllos que culminaren con una resolución expresa de la Administración,

⁴⁴⁷ Las últimas medidas ofrecidas por los notificantes representan su voluntad más actual ya que vienen a hacerse cargo de las objeciones formuladas por el Fiscal acerca de la idoneidad de las medidas que anteriormente se hubieren propuesto. Esta conclusión es consistente además con el criterio que ha adoptado el legislador para el procedimiento de revisión especial (art. 31 bis), conforme al cual será admisible la reclamación de la sentencia del Tribunal de la Libre Competencia, para ante la Corte Suprema, cuando dicha sentencia “hubiere condicionado la aprobación de la operación al cumplimiento de medidas distintas de las contempladas en la última propuesta realizada por las partes de conformidad a lo establecido en el inciso tercero del artículo 53” (subrayado agregado). La última proposición de medidas, entonces, da cuenta del real y más reciente compromiso de los notificantes. Incluso, si las partes alterasen su escrito de medidas, efectuando una nueva presentación, la FNE en su “Guía de Remedios” ha previsto que “[c]ualquier modificación que hagan las partes al escrito en que se plasman las medidas de mitigación [...] será tenida como la última” (FNE, 2017c, p. 7) (subrayado agregado).

desde la fecha de la certificación respectiva”. La certificación sólo mira al interés del notificador, por lo que es cargo de él requerirla. El certificado “busca establecer que se cumplieron los requisitos establecidos por la ley para que opere el silencio y, además, empiezan a correr los plazos para interponer los recursos que procedan”⁴⁴⁸ (el subrayado es nuestro). Conocer el plazo para deducir los recursos administrativos ordinarios tiene relevancia para el alzamiento del efecto suspensivo que afecta la operación (tácitamente aprobada en este caso). El artículo 49 del DL 211 impide el perfeccionamiento de la operación si la resolución que pone término al procedimiento de evaluación, no se encuentra “firme”. Conforme vimos, la resolución aprobatoria del Fiscal Nacional Económico se entiende firme una vez vencido el plazo para deducir el recurso administrativo de reposición sin haberse impetrado (el único recurso ordinario que será procedente contra la resolución del Fiscal), o interpuesto, ha sido resuelto por la autoridad. El plazo para reponer administrativamente, entonces, comenzará a correr desde la certificación antedicha. Por supuesto, como el silencio es positivo, es decir, favorable a la solicitud del notificador, en la práctica sólo terceros podrían pretender deducir una reposición, y siempre que hubieren intervenido válidamente en el procedimiento.

Todo lo anterior reafirma, por un lado, la importancia para el notificador de que la autoridad certifique el hecho de haber tenido lugar el silencio positivo, y a la vez, la relevancia de la LBPA como cuerpo normativo supletorio.

El instituto del silencio positivo no es extraño a un régimen de evaluación de operaciones de concentración, y puede encontrarse, por ejemplo, en el sistema de la Unión Europea⁴⁴⁹, España⁴⁵⁰ México⁴⁵¹, Argentina⁴⁵², Sudáfrica⁴⁵³, entre otros⁴⁵⁴. La OCDE recomendó su incorporación como una herramienta valiosa para un procedimiento que no puede dilatarse excesivamente⁴⁵⁵.

⁴⁴⁸ LOAIZA (2013), p.23.

⁴⁴⁹ Reglamento del Consejo Europeo N° 139/2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas, Artículo 10, apartado 9: “Si la Comisión no ha adoptado una decisión [...] en los plazos fijados, [...], se considerará que la concentración ha sido declarada compatible con el mercado común”.

⁴⁵⁰ Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia de España, Artículo 38, apartado 2 y siguientes: “[...] El transcurso del plazo máximo establecido [...] para la resolución en primera fase de control de concentraciones determinará la estimación de la correspondiente solicitud por silencio administrativo [...]. El transcurso del plazo máximo establecido en el artículo 36.2.b) de esta Ley para la resolución en segunda fase de control de concentraciones determinará la autorización de la concentración por silencio administrativo [...]”.

⁴⁵¹ Ley Federal de Competencia, Artículo 92: “El Pleno deberá resolver si la concentración cumple con el supuesto de notoriedad previsto en este artículo en un plazo no mayor a quince días siguientes a la fecha del acuerdo de admisión. Concluido el plazo sin que el Pleno de la Comisión haya emitido resolución, se entenderá que no hay objeción alguna para que se realice la concentración”

⁴⁵² Ley de Defensa de la Competencia, Artículo 14: “Transcurrido el plazo previsto en el artículo anterior sin mediar resolución al respecto, la operación se tendrá por autorizada tácitamente. La autorización tácita producirá en todos los casos los mismos efectos legales que la autorización expresa”

La inclusión del silencio positivo en el Título IV del DL 211 está pensada como un aliciente para que la FNE tramite el procedimiento con rapidez e impulso conclusivo. Lo que pretende este mecanismo, en definitiva, es evitar la prolongación indefinida de un procedimiento administrativo por falta de pronunciamiento de la autoridad. Ello tiene especial justificación en la evaluación de proyectos de relevancia económica con fines preventivo-regulatorios, donde la excesiva tardanza en obtener la autorización respectiva irroga mayores costos a los agentes económicos involucrados, y hasta puede llegar a disuadirlos de su decisión de seguir adelante con su plan, cuestión que, de tratarse de operaciones pro-competitivas, resulta perjudicial para el bienestar del consumidor. Asimismo, notamos que el legislador comparte el juicio respecto de la general inocuidad de las operaciones de concentración (no son per se anticompetitivas), y por ello establece un silencio positivo, donde la fusión debe entenderse tácitamente aprobada, y no tácitamente rechazada.

Con todo, la redacción final de la norma merece ciertos reparos. El proyecto de ley, en la versión primitiva del artículo 54, acertaba en conciliar la celeridad en el proceso y dar a la vez incentivos al notificante a proponer medidas, ya que establecía que, de no dictar el Fiscal resolución alguna dentro del plazo legal, se entendía que aprobaba la operación, y la autorización se consideraba “pura y simple, aun cuando el notificante hubiere ofrecido medidas”⁴⁵⁶. Se observa entonces la diferencia fundamental con la redacción definitiva del inciso final del artículo 54, que entiende aprobada la operación, pero sujeta a las [últimas] medidas ofrecidas por el notificante. Originariamente el silencio positivo implicaba que la operación era aprobada pura y simplemente, a pesar de que el notificante hubiere propuesto medidas durante el procedimiento, de suerte que los incentivos estaban correctamente colocados para que, por una parte, el Fiscal no demorase su pronunciamiento sobre la operación y, por otra, que el notificante ofreciera abiertamente las medidas que estimare idóneas para mitigar eficientemente los riesgos, ya que no había posibilidad de quedar sujeto a alguna de ellas si operaba el silencio positivo. Si el Fiscal no resolvía oportunamente, las medidas planteadas no tendrían incidencia alguna en el resultado de la evaluación, pues se entendía que la operación había sido aprobada pura y simplemente. La redacción original reafirmaba aún más la colaboración no estratégica y era coherente con que sólo el notificante estuviere legitimado para proponer medidas de mitigación y que éstas no representasen un reconocimiento de los riesgos de la operación.

⁴⁵³ *Competition Act N° 89 – 1998*, Capítulo 3, sección 13 (6): “*If, upon the expiry of the 20 business day period [...], the Competition Commission has not issued any of the certificates [...], the merger must be regarded as having been approved*”.

⁴⁵⁴ Mismo mecanismo es recogido en las legislaciones de Reino Unido, Bélgica, Israel, República Checa, Suecia, Croacia, Grecia, Hungría, Rumanía, China o Turquía.

⁴⁵⁵ OCDE (2014a), p. 109: “[a] falta de un fallo adoptado dentro del periodo de revisión legal, la concentración debe beneficiarse de la suposición positiva y debe permitírselle proceder (norma de silencio positivo/afirmativa ficta)”.

⁴⁵⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2016), p. 24.

Aparentemente el legislador estimó que el peligro de aprobar una operación potencialmente lesiva para la libre competencia (error de tipo II) era un precio demasiado alto a pagar por la eficiencia y el espíritu colaborativo a que se aspiraba. Ante ello, optó por una solución de compromiso: no se estableció un silencio administrativo negativo (esto es, que la operación se entendiese prohibida) ni tampoco el silencio administrativo positivo inicialmente pensado, sino que se determinó que, frente a la inactividad del Fiscal, la operación se considerase aprobada “en los mismos términos ofrecidos por el notificante, incluyendo las [últimas] medidas que éste hubiere propuesto” (art. 54, *in fine*). Con el tenor definitivo de la norma se preavisa efectivamente la eventual desidia o demora de la autoridad revisora, pero se introduce un disuasivo a la proposición de medidas por parte de los notificantes, quienes podrían preferir informar su operación sin ofrecer medida alguna (para obtener la autorización pura y simple) o proponer medidas que no se hagan enteramente cargo de los riesgos (para obtener una autorización más permisiva). El problema será que, dado que ni el Fiscal ni terceros pueden determinar medidas, sino sólo el notificante, frente a la eventual insuficiencia de las medidas propuestas, el Fiscal no tendrá otra opción que prohibir derechosamente la operación, apareciendo el peligro exactamente opuesto al que se quiso evitar: el de prohibir una operación inocua para la libre competencia (error de tipo I). Suponemos, no obstante, que la práctica dictará que los casos de aplicación del silencio administrativo del artículo 54 serán excepcionales, más aun si se considera que el ofrecimiento de medidas produce siempre la suspensión de los plazos de duración de cada fase (art. 60 inc. final) por lo que la FNE contará con suficiente tiempo adicional para dar su parecer respecto de las medidas, concluir si éstas son suficientes para mitigar los riesgos atribuidos, y en definitiva, pronunciarse sobre la operación propiamente tal antes de que expiren los plazos legales para dictar una resolución de fondo.

En último término, dada la regulación por la que se ha optado en la materia, un aspecto relevante será la identificación precisa de las medidas de mitigación a las que, de proceder el silencio positivo, se entenderá sujeta la operación. La “Guía de Remedios” impone requisitos de forma para todo ofrecimiento de medidas (que sea por escrito y dentro del plazo de investigación)⁴⁵⁷, de suerte que, si bien el Fiscal puede, de hecho, no pronunciarse sobre la idoneidad de los remedios propuestos, la autorización tácita deberá entenderse concedida en relación al último escrito de ofrecimiento de medidas del cual quede constancia en el expediente, y las partes deberán ajustarse irrestrictamente a los tiempos, condiciones y formalidades que su propia presentación hubiere contenido. Si las partes presentan un escrito de medidas y posteriormente lo modifican presentando un nuevo escrito, la FNE entiende que dicha presentación habrá de tenerse

⁴⁵⁷ FNE (2017c), p. 6.

como la última propuesta para efectos de aplicar el silencio positivo de los artículos 54 y 57 del DL 211⁴⁵⁸; agregamos, que si la modificación del escrito de medidas es sólo parcial, deberá tenerse como integrante del escrito anterior.

De operar el silencio positivo no habrá una resolución expresa del Fiscal Nacional Económico, por lo que las partes contarán solamente con los antecedentes que obren en el expediente y la certificación que expida la autoridad, a petición de parte. Con todo, estarán igualmente las partes afectas al deber de sujeción irrestricta a la decisión, por cuanto jurídicamente se entiende que existe una resolución aprobatoria, aunque presunta; hay una voluntad tácita de la autoridad cuyo contenido lo suple el legislador (se entiende aprobada sujetándose a las últimas medidas ofrecidas). En consecuencia, el incumplimiento de alguno de los remedios puede dar lugar de todos modos a las sanciones que prevén el artículo 26, y las demás medidas que el TDLC estime procedentes en la especie (art. 3º bis, letra c).

2.19.5. Comunicación de las resoluciones de término de la Fase I

Cualquiera de las tres resoluciones que fuere pronunciada al término de la Fase I, deberá ser comunicada al notificante “dentro del mismo plazo establecido para su dictación” (art. 55 inc. 1º). La comunicación de la resolución de término al notificante se realizará, conforme al artículo 61, por correo electrónico, o en su defecto, mediante comunicaciones practicadas por funcionarios de la Fiscalía. Adicionalmente, cualquiera sea la resolución tomada, la FNE publicará la resolución o una versión pública de la misma en su sitio electrónico institucional.

La publicidad de la resolución que extiende la investigación es especialmente importante, puesto que permite dar a conocer su contenido a terceros interesados a quienes no se les haya comunicado personalmente la decisión por el Fiscal Nacional Económico, debiendo acceder al sitio web de la FNE, y luego aportar dentro de plazo (20 días siguientes a su publicación) los antecedentes que estimen pertinentes.

2.19.6. Comunicación a autoridades y terceros interesados de la resolución que extiende la investigación

El artículo 55 exige que la resolución de término de la Fase I sea comunicada al notificante y publicada en el sitio electrónico de la FNE. Pero, además, se contiene una regla especial que se aplica sólo en caso de que se dicte la resolución que ordena la extensión de la investigación (aquella que abre la Fase II). En ese evento, “[...] la Fiscalía Nacional Económica deberá comunicar el

⁴⁵⁸ FNE (2017c), p. 7.

hecho de su dictación y acompañar su texto, o la versión pública del mismo, a las autoridades directamente concernidas y a los agentes económicos que puedan tener interés en la operación. Quienes recibieren tal comunicación, así como cualquier tercero interesado en la operación de concentración, incluyendo proveedores, competidores, clientes o consumidores de las partes de la operación, podrán aportar antecedentes a la investigación, dentro de los veinte días siguientes a la publicación, en el sitio electrónico institucional [de la FNE], de la resolución que ordene su extensión” (art. 55 inc. 2°).

Quedará entregado al criterio del Fiscal la determinación de cuáles son las “autoridades directamente concernidas” y los agentes económicos que “puedan tener interés” en la operación.

No se establece un plazo dentro del cual el Fiscal deba comunicar la resolución a autoridades y terceros interesados, como sí lo hace la ley tratándose del notificante, a quien se le debe comunicar la resolución “dentro del mismo plazo establecido para su dictación” (art. 55 inc. 1°). Con todo, la falta de comunicación personal de estas resoluciones a terceros o autoridades no tendrá incidencia en la tramitación del procedimiento ni les genera indefensión, ya que pueden acceder a ellas a través de la página web de la Fiscalía.

2.20. Segunda fase de evaluación de una operación de concentración

2.20.1. Inicio de la segunda fase. Resolución que extiende la investigación

La Fase II del procedimiento tiene el carácter de eventual (en oposición a la primera fase, que es necesaria) y consiste en la prolongación del plazo de investigación, decretada por el Fiscal Nacional Económico en resolución fundada, hasta por un máximo de 90 días adicionales (art. 54, letra c). El Fiscal tomará la decisión de extender la investigación cuando estimare que, en caso de llegar a perfeccionarse en forma pura y simple o sujeta a las medidas ofrecidas por el notificante hasta ese momento, la operación reviste preliminarmente riesgos de disminución sustancial de la competencia, de modo que requiere de un análisis mayor y en profundidad sobre su potencial anticompetitivo.

El plazo de extensión de la investigación no podrá ser superior a 90 días, ni inferior a 20 días. El plazo mínimo de 20 días no está señalado expresamente en el artículo 54 (que sólo fija el máximo de días por los cuales se extenderá la investigación) sino que se obtiene de una interpretación del artículo 55, que establece como derecho de todo tercero interesado, el de aportar antecedentes a la investigación “dentro de los veinte días siguientes a la publicación, en el sitio electrónico institucional [de la FNE], de la resolución que ordena su extensión”. Si el Fiscal

decidiera extender la investigación por menos de 20 días, haría impracticable el derecho que asiste a todo tercero interesado de aportar antecedentes en la segunda fase.

En este punto notamos un segundo silencio del legislador: no señala desde cuándo empieza a correr el plazo de extensión de la investigación. El cómputo de este plazo legal es de suma importancia, puesto que la resolución de término de la Fase II, que aprueba o prohíbe la operación, deberá dictarse “dentro” del plazo de extensión de la investigación, previendo el legislador (al igual que en la primera fase) una forma de silencio administrativo positivo en caso de no dictar el Fiscal una resolución de fondo.

Estimamos, sin embargo, que el vacío observado sí es posible de ser subsanado, atendiendo a lo que dispone el artículo 55 del DL 211. Conforme a esta disposición, las resoluciones de término de la Fase I, entre ellas la que ordena extender la investigación, deberán ser publicadas en el sitio web de la FNE. En seguida, establece que cualquier tercero interesado podrá aportar antecedentes a la investigación dentro de los 20 días siguientes a la publicación de la resolución de extensión en el sitio web de la FNE. Finalmente, se señala que el expediente será público a partir de la publicación en la página web a que se ha hecho tantas veces referencia. A luz de estas normas podemos sostener que la intención del legislador, para la Fase II del procedimiento, es dotarla de la mayor publicidad posible, de manera tal que terceros interesados puedan también conocer y aportar a la investigación. Pues bien, la única forma de hacer efectiva esta pretensión, y que los terceros y otras autoridades puedan ejercer su derecho de aportar antecedentes oportunamente, es que el plazo de extensión de la investigación deba contarse desde que se publica la resolución que lo ordena en el sitio electrónico institucional de la FNE. El plazo de la Fase II no podrá contabilizarse desde que se dicta la resolución, ya que sería incognoscible el plazo para los notificantes, ni tampoco podrá contarse desde que se comunica personalmente a ellos, pues sería incognoscible para los terceros. Así las cosas, concluimos que el plazo de la Fase II se contará *desde la publicación de la resolución que ordena extender la investigación, en el sitio electrónico institucional de la FNE.*

El plazo no podrá ser inferior a 20 días ni superior a 90 días, margen legal que debe ser respetado por el Fiscal al momento de dictar la resolución que ordena extender la investigación. La determinación del plazo específico por el cual se extiende cada investigación quedará a criterio del Fiscal. La resolución deberá señalar con claridad el término por el cual se extiende el procedimiento; si la resolución nada dice al respecto, ha de entenderse que la investigación se aumenta por el plazo máximo legal de 90 días, que es lo más coherente con el derecho del notificante y demás interesados de hacer valer sus pretensiones y alegaciones. Finalmente, la

resolución que ordena la extensión de la investigación se trata de un acto de mero trámite, por lo que no procederá recurso administrativo alguno en su contra.

2.20.2. Requerimientos adicionales de información al notificante

De conformidad al artículo 56 del DL 211, “[e]xtendida la investigación en virtud de lo dispuesto en la letra c) del artículo 54, el Fiscal Nacional Económico podrá ejercer las facultades contempladas en el artículo 52”. Las facultades contempladas en el artículo 52, al cual se hace referencia, son las de las letras f), g), h) j), k), l) y m) del artículo 39. Sin perjuicio de ello, como vimos en su oportunidad, el Fiscal está autorizado para ejercer las otras facultades del artículo 39, salvo aquellas que sean incompatibles con la naturaleza y fines del procedimiento del Título IV (como decretar el secreto total de la investigación, no dar noticia de la investigación al afectado o suscribir acuerdos extrajudiciales)⁴⁵⁹.

De modo que el Fiscal podrá solicitar a los notificantes toda la información que requiera para tomar la decisión de término que corresponda. Naturalmente, estas solicitudes de información que formule el Fiscal han de recaer sobre antecedentes distintos a los requeridos en la notificación o que hayan sido aportados voluntariamente por las partes en el curso de la investigación. Los notificantes no podrán oponerse a la entrega de estos antecedentes adicionales, puesto que arriesgan la sanción de multa de hasta 2 unidades tributarias anuales por cada día de atraso (art. 39, letra h), párr. final). Incluso, el ocultamiento malicioso de información que les haya sido solicitada es constitutivo de delito, y se sancionará con pena privativa de libertad (art. 39, letra h), párr. 4°).

2.20.3. Intervención de terceros en la segunda fase de evaluación

Conforme al inciso 2° del artículo 55, la resolución que ordena extender la investigación y que da inicio a la Fase II, deberá comunicarse “a las autoridades directamente concernidas y a los agentes económicos que puedan tener interés en la operación”. Las personas y órganos que hubieren recibido esta comunicación, junto a “cualquier tercero interesado en la operación de concentración” que no haya recibido tal comunicación están autorizados para aportar antecedentes en la segunda fase.

De esta forma, el diseño institucional chileno se asimila a las mejores prácticas internacionales en lo que a intervención de terceros se refiere, por cuanto a nivel comparado,

⁴⁵⁹ Véase más arriba, sección 2.14.

“[p]ara obtener las opiniones de terceros, las autoridades de competencia han utilizado, entre otros, los siguientes métodos complementarios: (a) la publicación de una invitación a terceros para que expresen sus opiniones, e.g., en un periódico oficial o en una página electrónica (*website*); (b) estableciendo contacto con terceros que pudieran ser afectados por la concentración, tales como clientes, proveedores, o competidores de las partes en la concentración; (c) formular requerimientos de información a terceros que potencialmente puedan ser afectados por la operación; (d) brindando a terceros la oportunidad de comentar sobre condiciones o remedios sugeridos; y (e) permitiendo a terceros ser parte del procedimiento”⁴⁶⁰.

El DL 211 fija un plazo para que terceros puedan intervenir en la Fase II. Todo aquel interesado (se le haya comunicado o no personalmente de la resolución) que desee aportar antecedentes deberá hacerlo dentro de los primeros 20 días siguientes a la publicación, en el sitio web de la FNE, de la resolución de extensión de la investigación (art. 55 inc. 2º). Vencido este plazo, no se admitirán presentaciones de terceros y procederá el Fiscal a sopesar los antecedentes hasta ese momento recopilados, con miras a negociar con las partes remedios idóneos que mitiguen adecuadamente los riesgos de la operación.

Se exige para intervenir en el expediente la calidad de tercero “interesado en la operación de concentración”. En este sentido, el propio artículo 55 señala quiénes se presume legalmente tienen tal calidad: “proveedores, competidores, clientes o consumidores de las partes de la operación”. No obstante, dicha enunciación es meramente ejemplar, pudiendo intervenir personas distintas a ellos ya que, conforme a lo dispuesto en la LBPA, siempre podrán ser considerados interesados “los que sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte” y “aquellos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva” (art. 21 N°1º y 2º LBPA, respectivamente).

2.20.4. Término de la segunda fase del procedimiento de evaluación. Resoluciones que puede adoptar el Fiscal Nacional Económico

De conformidad al inciso 1º del artículo 57, dentro del plazo establecido en la resolución que ordene extender la investigación, el Fiscal Nacional Económico podrá:

(a) Aprobar la operación notificada en forma pura y simple, si es que llegare a la convicción de que la operación no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia;

⁴⁶⁰ ICN (2002), p. 24.

- (b) Aprobar la operación notificada, a condición de que se dé cumplimiento a las medidas ofrecidas por el notificante, si es que llegare a la convicción de que sujetándose la operación a tales medidas, ésta no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia; o
- (c) Prohibir la operación notificada, cuando concluya que la misma cuenta con aptitud para reducir sustancialmente la competencia.

Antes de que expire el plazo de extensión de la investigación, el Fiscal deberá adoptar una de las decisiones señaladas, de lo contrario, opera una forma de silencio administrativo positivo en favor del notificante (se entenderá aprobada la operación, sujeta a las últimas medidas propuestas por éste).

Cualquiera sea el contenido de la resolución del Fiscal, ésta habrá de estar debidamente fundada y, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 41 de la LBPA⁴⁶¹, habrá de pronunciarse sobre las medidas que hayan sido ofrecidas por el notificante, y sobre los antecedentes aportados o alegaciones formuladas por las autoridades directamente concernidas y por terceros con interés en la operación, si los hubiere.

2.20.5. Procedencia del silencio administrativo positivo al término de la segunda fase

Conforme se indicó *supra*, el artículo 57 señala las tres resoluciones que al término de la extensión de la investigación podrá dictar el Fiscal, y agrega en su inciso 2º: “Cumplido el plazo establecido en la resolución que ordene extender la investigación sin que el Fiscal Nacional Económico hubiere tomado alguna de las tres decisiones señaladas, se entenderá que ha aprobado la operación de que se trata. La autorización se considerará en los términos ofrecidos por el notificante, incluyendo las medidas que éste hubiere propuesto”.

La norma está redactada en idénticos términos que los previstos para el cierre de la Fase I (art. 54 inc. final), que contempla esta forma de silencio administrativo positivo. Las observaciones y críticas que efectuamos en dicha oportunidad las replicamos acá⁴⁶². Este silencio administrativo positivo pondrá término al procedimiento, sin embargo, sus efectos no operarán de pleno derecho:

⁴⁶¹ Reza el artículo 41 de la LBPA: “La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá las cuestiones planteadas por los interesados. [...] Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada. Expresarán, además, los recursos que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno. En ningún caso podrá la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso, aunque podrá resolver la inadmisibilidad de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico, o manifestamente carentes de fundamento. La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma”.

⁴⁶² Véase *supra* sección 2.19.4.

primero, el notificante deberá requerir la respectiva certificación en el expediente acerca de la falta de pronunciamiento expreso o pronunciamiento extemporáneo, a la luz de lo que dispone supletoriamente el artículo 66 de la LBPA. En seguida, sólo estando administrativamente firme la resolución conforme al artículo 49 del DL 211 (por no haberse deducido reposición ante el Fiscal por algún interviniente, o interpuesta ésta, ya fue resuelta), se entenderá alzado el efecto suspensivo y las partes podrán perfeccionar válidamente su operación, sujetándose irrestrictamente al plan notificado a la autoridad y a las medidas ofrecidas, si las hubo.

2.20.6. Comunicación de las resoluciones de término de la Fase II

Según vimos, al finalizar la Fase I se deberá comunicar al notificante la resolución de término “dentro del mismo plazo para su dictación”⁴⁶³. Llama la atención que esta exigencia adicional no se prevea para el término de la Fase II, ni siquiera para los notificantes: el artículo 57 solamente establece que la resolución deberá “dictarse” dentro del plazo de extensión de la investigación, pero no que deba comunicarse al notificante dentro de dicho plazo. En cuanto a la forma de practicar la comunicación de dicha resolución a las partes, debe estarse a lo dispuesto en el artículo 61 del DL 211, que autoriza la comunicación por correo electrónico y/o por funcionarios de la FNE.

El DL 211 no contempla un plazo que constriña al Fiscal para efectuar tal comunicación a las partes, pero sí lo hace, en subsidio, el artículo 45 de la LBPA, cuyo inciso 2º dispone que “[l]as notificaciones deberán practicarse, a más tardar, en los cinco días siguientes a aquel en que ha quedado totalmente tramitado el acto administrativo”.

Tampoco existe una norma expresa en virtud de la cual deba publicarse la resolución final dictada en la Fase II en el sitio web de la FNE. Sin perjuicio de lo anterior, podrá la Fiscalía dar noticia al público del hecho de haberse concluido un procedimiento de evaluación, resguardando la privacidad de la información de los notificantes, sin necesidad de divulgar la resolución completa que aprueba o deniega la operación, pudiendo entregar una versión pública o un extracto de la misma.

De cualquier forma, comunicar personalmente a los notificantes la resolución de término de la Fase II es indispensable. Por lo pronto, las partes podrán saber si su operación se aprobó en forma pura y simple, o si se aprobó sujeta a las medidas planteadas, o si derechamente se prohibió. Pero,

⁴⁶³ Además, la FNE tiene la facultad de comunicar la resolución que extiende la investigación a autoridades directamente concernidas y agentes económicos interesados, solo que, a diferencia de los notificantes, no es necesario que lo haga dentro de un plazo determinado.

muy especialmente, la comunicación de la resolución que *prohíbe* una operación adquiere gran relevancia, ya que desde la fecha en que es puesta en conocimiento de los notificantes, empieza a correr el plazo de 10 días para que ellos soliciten la revisión especial de la decisión ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (art. 57 inc. final). La revisión especial ha sido impropiamente denominada por el legislador como “recurso”, en circunstancias que corresponde, contrariamente, a una acción destinada a obtener la revocación de una resolución administrativa, y que opera a través de un procedimiento declarativo del cual conocerá y fallará el TDLC por regla general en única instancia⁴⁶⁴.

2.21. Reglas especiales en materia de comunicaciones y plazos

2.21.1. Comunicaciones entre la Fiscalía Nacional Económica y los intervenientes

El DL 211 ha regulado especialmente la forma de efectuar las comunicaciones entre la FNE y los demás intervenientes del procedimiento del Título IV. El artículo 61 dispone, en su inciso 1º: “Las comunicaciones, solicitudes y notificaciones efectuadas a los notificantes en el marco del procedimiento del presente Título [IV] podrán ser realizadas por correo electrónico o por cualquier otro medio electrónico idóneo”. Y añade su inciso 2º: “Asimismo, las comunicaciones, solicitudes y notificaciones en el marco del procedimiento del presente Título podrán realizarse por funcionarios de la Fiscalía Nacional Económica que hubieren sido designados para cumplir esta función por el Fiscal Nacional Económico en resolución dictada al efecto”.

El artículo 61 es de aplicación exclusiva para las comunicaciones sostenidas en el contexto del procedimiento regulado en el Título IV del DL 211. No es procedente hacer extensiva esta norma a las comunicaciones que la FNE dirija a particulares afectados por una investigación por ilícitos contra la competencia, sin perjuicio de que el Fiscal, en ejercicio de su facultad instructiva determine similar forma de comunicación con los afectados por investigaciones de ilícitos propiamente tales.

El inciso 1º del artículo 61 se refiere a las comunicaciones dirigidas a las partes notificantes, las que podrán ser efectuadas por vía de correo electrónico u otro medio idóneo de similar formato. Será, entonces, una exigencia indispensable del acto de notificación el señalar una

⁴⁶⁴ Al respecto, véase más abajo la sección 3.3.4.

dirección de correo electrónico de los apoderados de los notificantes para practicar las comunicaciones emanadas de la FNE⁴⁶⁵.

El inciso 2º del artículo 61 agrega una forma supletoria de practicar las comunicaciones: por intermedio de funcionarios de la Fiscalía designados especialmente al efecto. Esta forma de comunicación procederá siempre que se trate de resoluciones dirigidas a sujetos distintos de los notificantes (por ejemplo, terceros que intervengan en la Fase I o II). Pero también será procedente esta vía para comunicar aquellas resoluciones dirigidas a los notificantes en caso de no ser posible la comunicación por correo electrónico. Sobre esta segunda forma de comunicación, entendemos que la ley no exige que los funcionarios notificadores se desempeñen en la Fiscalía sólo ejerciendo funciones de comunicación de resoluciones o solicitudes, sino que se trate de funcionarios de la entidad, cualquiera sea su calidad, a los cuales el Fiscal Nacional Económico les dirija, por medio de resolución administrativa *ad hoc*, la orden de efectuar ciertas comunicaciones, solicitudes y notificaciones en el marco de un procedimiento determinado.

A mayor abundamiento, por contemplar especialmente el Título IV del DL 211 una forma determinada de comunicación a los notificantes, e incluso una forma supletoria para cualquier otro interviniente, lo dispuesto en la LBPA relativo a la manera de llevar a cabo las comunicaciones a los interesados en los procedimientos administrativos por la vía de la expedición de carta certificada (art. 46 LBPA) carece de aplicación en este contexto.

Hay que resaltar la importancia del artículo 61 del DL 211 (norma que no estaba contenida en el proyecto de ley original, y que fue incorporada como indicación del Ejecutivo durante su discusión). Varias disposiciones del Título IV suponen la comunicación de las resoluciones del Fiscal Nacional Económico a los notificantes. Por ejemplo, si la notificación de la operación es considerada incompleta, el Fiscal deberá comunicárselo al interesado para su corrección. Si la notificación es estimada completa, la resolución que ordena el inicio de la investigación debe ser siempre comunicada al notificante, y partir de dicha comunicación empezará a computarse el plazo de duración de la Fase I (si no se practica dicha comunicación oportunamente se entenderá iniciada “de pleno derecho” la investigación). Asimismo, las resoluciones de término de la Fase I deberán ser comunicadas al notificante dentro del mismo plazo establecido para su dictación. De igual forma, aunque no se señale expresamente, las resoluciones de término de la Fase II también deberán

⁴⁶⁵ Los artículos 2 N°2) y 7 N° 2) del Reglamento exigen indicar “datos de contacto de los agentes económicos que toman parte en la operación de concentración, de sus representantes, de los apoderados de las partes notificantes [...]”. A su turno, los Formularios de Notificación detallan este requisito: “Respecto de los apoderados de las Partes Notificantes ante la FNE, se debe acompañar: a) La identificación de los apoderados de las Partes Notificantes (nombre completo, cédula de identidad, domicilio, teléfono y correo electrónico) [...]”, véase Formulario de Notificación Ordinario, p.8 y Formulario de Notificación Simplificado, p. 9.

ser comunicadas al notificante (exigencia que emana del artículo 45 de la LBPA). Por último, a contar de la comunicación a las partes de la resolución del Fiscal que prohíbe la operación empieza a correr el plazo para interponer la acción de revisión especial ante el TDLC.

Otro aspecto a destacar de la importancia del artículo 61 es que no sólo se refiere a las comunicaciones, sino también a las “solicitudes” que la Fiscalía haga a los notificantes. Pues bien, dentro de estas solicitudes se encuentran los requerimientos de información del Fiscal destinados a recabar mayores antecedentes sobre la operación. Si injustificadamente el notificante no da respuesta, o sólo responde parcialmente, podrá ser sancionado de conformidad al artículo 39 letra h), párrafo final. Incluso, si en dos o más ocasiones no responde en tiempo y forma a los requerimientos de información del Fiscal, se entenderá abandonado el procedimiento, procediendo al archivo de la investigación (art. 58 inc. final).

De toda comunicación, solicitud o requerimiento deberá dejarse constancia en el expediente de la investigación (respetando en todo caso las situaciones que requieran reserva o confidencialidad, de conformidad a los artículos 51 y 55 del DL 211). Sin perjuicio de que se le comunique personalmente de las resoluciones y actuaciones de la Fiscalía, el notificante siempre podrá acceder libremente al expediente, de forma que “[...] permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él” (art. 16 LBPA)⁴⁶⁶.

Llama la atención el tenor del artículo 61 del DL 211 al señalar que las comunicaciones “podrán” ser efectuadas por los medios que allí establece. La expresión “podrán” significa que será facultativo para el Fiscal recurrir a estas formas de notificación, no obstante, la experiencia práctica hace pensar que esta regla será la normalmente aplicada, por ser el correo electrónico un medio por lo general idóneo para comunicar solicitudes o resoluciones, que no genera indefensión (dada la posibilidad de ingresar personal y confidencialmente a la casilla de correo electrónico de forma remota desde cualquier lugar que cuente con acceso a internet), y es una vía que cada vez se utiliza más en procedimientos administrativos. Aquí vale la pena traer a colación lo que dispone el artículo 19 de la LBPA que autoriza expresamente la utilización de medios electrónicos: “El procedimiento administrativo podrá realizarse a través de técnicas y medios electrónicos. Los órganos de la

⁴⁶⁶ El artículo 17 de la LBPA, en sus literales a) y b), reconoce expresamente que son derechos de las personas frente a la Administración el “[c]onocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados [...]” y “[a]cceder a los actos administrativos y sus documentos, en los términos previstos en la ley”. Por otra parte, no es mayormente problemático que se incluyan las comunicaciones entre la Fiscalía Nacional Económica y el notificante en el expediente, puesto que en la primera fase del procedimiento el expediente tiene el carácter de reservado para terceros ajenos; y en la segunda fase, pese a tener el carácter de público, podrá solicitarse la reserva o confidencialidad de ciertas piezas del expediente, debiendo acompañarse las versiones públicas correspondientes.

Administración procurarán proveerse de los medios compatibles para ello, ajustándose al procedimiento regulado por las leyes”. En este mismo sentido, el reglamento de la Ley N°19.799 (sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma) señala que las personas podrán relacionarse con los órganos de la administración del Estado, a través de técnicas y medios electrónicos, siempre que se ajusten al procedimiento descrito en la ley y que tales técnicas y medios sean compatibles con los que utilicen dichos órganos⁴⁶⁷.

2.21.2. Cómputo de los plazos

El artículo 59 regula la forma de computar los plazos regulados en el Título IV del DL 211, señalando: “Los plazos de días establecidos en este Título, serán de días hábiles, entendiéndose por tales todos aquellos que no sean sábados, domingos o festivos”. Es interesante notar que esta es la misma regla que se prevé supletoriamente para los plazos de días en procedimientos administrativos (art. 25 LBPA). Cabe, sin embargo, hacer ciertas prevenciones. La norma del artículo 59 del DL 211 se aplica solamente a los plazos de “días” de su Título IV. Como tal, es una regla específica que no se puede aplicar extensivamente al resto del DL 211.

Además, aun cuando el Título IV no contiene plazos de meses, sí existe el plazo de “un año” contado desde el perfeccionamiento de la operación para que la Fiscalía la investigue cuando no se superen los umbrales y no haya sido notificada voluntariamente (art. 48 inc. 9°, DL 211). Para el cómputo de este plazo de años la LBPA no contiene regulación supletoria alguna, por lo que deberá estarse a las normas que establece el Título Preliminar del Código Civil, en su artículo 48⁴⁶⁸.

2.21.3. Suspensión de los plazos

La voz “suspensión”, como es empleada en este contexto, corresponde al aumento por un número de días adicionales del plazo administrativo originalmente previsto en la ley para realizar una actuación por el interesado. Conforme al artículo 60 del DL 211, “[l]os plazos establecidos en el inciso primero del artículo 54 y en el inciso primero del artículo 57 no se suspenderán, salvo en

⁴⁶⁷ Sobre la recepción y consagración de procedimientos administrativos electrónicos en Chile, véase por todos MOYA GARCÍA (2008).

⁴⁶⁸ Reza el artículo 48 del Código Civil: “Todos los plazos de días, meses o años de que se haga mención en las leyes o en los decretos del Presidente de la República, de los tribunales o juzgados, se entenderá que han de ser completos; y correrán además hasta la medianoche del último día del plazo. ‘El primero y último día de un plazo de meses o años deberán tener un mismo número en los respectivos meses. El plazo de un mes podrá ser, por consiguiente, de 28, 29, 30 ó 31 días, y el plazo de un año de 365 ó 366 días, según los casos. ‘Si el mes en que ha de principiar un plazo de meses o años constare de más días que el mes en que ha de terminar el plazo, y si el plazo corriese desde alguno de los días en que el primero de dichos meses excede al segundo, el último día del plazo será el último día de este segundo mes. ‘Se aplicarán estas reglas a las prescripciones, a las calificaciones de edad, y en general a cualesquiera plazos o términos prescritos en las leyes o en los actos de las autoridades chilenas; salvo que en las mismas leyes o actos se disponga expresamente otra cosa’.

los casos contemplados en este artículo”. Recordemos a qué se refieren dichos artículos: el plazo del artículo 54 corresponde a la *duración de la Fase I*, que será de 30 días contados desde que se inicia la investigación (esto es, desde que se comunica al notificante la resolución que ordena el inicio de la investigación, o se inicia de pleno derecho). A su turno, el plazo del artículo 57 es la *duración de la Fase II*, que será de máximo 90 días contados desde que se publica la resolución que ordena la extensión de la investigación en el sitio web de la FNE.

La suspensión de los plazos de la investigación tendrá lugar bajo dos modalidades: **(a)** suspensión de común acuerdo y **(b)** suspensión unilateral:

(a) Suspensión de común acuerdo

De mutuo acuerdo, entre el Fiscal Nacional Económico y los notificantes, podrán suspenderse los plazos de investigación, hasta por una vez, de la forma que sigue:

- El plazo de duración de la primera fase, se suspenderá hasta por 30 días; y
- El plazo de duración de la segunda fase, se suspenderá hasta por 60 días.

Se exigirá, en todo caso, que los acuerdos de suspensión de los plazos entre el notificante y el Fiscal deban “constar por escrito” (art. 60 inc. 1º). El acuerdo respectivo deberá señalar el número de días específico por los cuales se extiende adicionalmente el procedimiento. Como señala el legislador, la suspensión de común acuerdo sólo podrá decretarse una vez por cada fase del procedimiento. El acuerdo escrito, además, deberá incorporarse al expediente de investigación.

(b) Suspensión unilateral

La suspensión unilateral de los plazos procederá cada vez que los notificantes ofrezcan medidas de mitigación en la forma establecida en el inciso 3º del artículo 53 del DL 211⁴⁶⁹. Para estos efectos debemos distinguir:

- El plazo de duración de la primera fase se podrá suspender hasta por un máximo de 10 días; y
- El plazo de duración de la segunda fase se podrá suspender hasta por un máximo de 15 días.

⁴⁶⁹ Conforme al inciso 3º del artículo 53 del DL 211, “[...] el notificante tendrá siempre derecho a ofrecer al Fiscal Nacional Económico las medidas que estime aptas para mitigar aquellos riesgos que la operación notificada pudiere producir para la libre competencia. Las medidas deberán ser ofrecidas por escrito y no constituirán en caso alguno un reconocimiento de la existencia de los riesgos que a través de ellas se pretenden mitigar”.

A diferencia de la suspensión de común acuerdo (que sólo podrá efectuarse “por una vez” por cada fase), la suspensión unilateral no admite límites en cuanto a las veces que puede tener lugar, por lo que siempre que el notificador ofrezca remedios, se producirá la suspensión de los plazos correspondientes. Pero, para que no se preste a abusos o conductas temerarias, se establece el tiempo máximo que podrá durar cada suspensión unilateral: 10 días si se ofrecen remedios en la Fase I, y 15 días si se ofrecen en la Fase II.

Puede parecer excesivo que el procedimiento se detenga cada vez que los notificantes ofrezcan medidas, sin embargo, hay que tener en cuenta que sobre la operación pesa el efecto suspensivo que prohíbe perfeccionarla mientras no obtenga resolución final favorable del Fiscal. En razón de lo anterior, la propuesta de remedios, por la consiguiente prolongación de la duración del procedimiento, debería obedecer a una decisión acabada y no apresurada de los notificantes, toda vez que su proyecto de concentración se retrasará aún más.

En buena medida el carácter colaborativo del procedimiento se expresa en la posibilidad de suspensión del procedimiento, ya que permite a los intervenientes flexibilizar los plazos, a fin de que el pronunciamiento definitivo sea resultado de una evaluación completa, especialmente en lo que a medidas de mitigación se refiere. La ampliación del plazo para investigar permitirá al Fiscal tener tiempo suficiente para pronunciarse sobre la operación y dictar oportunamente una resolución aprobatoria o denegatoria, evitando tener que llegar al caso de aplicación del silencio positivo por falta de pronunciamiento del Fiscal.

Con todo, la redacción final del artículo 60 merece ciertos reparos. La FNE, en su “Guía de Remedios”, ha entendido que

“[I]a presentación de medidas de mitigación en los términos señalados suspenderá de manera automática los plazos establecidos en el inciso primero de los artículos 54 y 57 del DL 211, hasta por 10 y 15 días, respectivamente, de conformidad con lo señalado en el artículo 60 del mismo cuerpo legal”⁴⁷⁰ (destacado agregado).

Sin embargo, esta conclusión nos parece errada, ya que la suspensión unilateral de los plazos no exigiría una resolución del Fiscal que lo declare. La suspensión “automática” de los plazos está en tensión con el principio de intervención colaborativa, por cuanto bastaría la sola presentación de un escrito para obtener la suspensión inmediata del plazo. Si seguimos la interpretación de la “Guía de Remedios”, este efecto operaría de pleno derecho, quedando entregado a la entera discreción del notificador por el solo hecho de hacer una presentación, sin que exista un pronunciamiento favorable del Fiscal que, al menos, constate efectivamente la proposición

⁴⁷⁰ FNE (2017c), p. 7.

de las medidas (que es el presupuesto para que proceda la suspensión unilateral) o que se haya realizado dentro de los tiempos de la investigación (por ejemplo, que no se haya decretado el archivo de los antecedentes por abandono del procedimiento). Además, existe una razón de texto legal que permite inferir que la suspensión no opera *ipso iure*: el artículo 60 señala que los plazos se suspenderán unilateralmente “hasta por un máximo” de días, es decir, será posible decretar para una investigación concreta la ampliación por un número menor de días que el máximo permitido (según vimos, 10 días para la Fase I y 15 días para la Fase II), y esa decisión residirá innegablemente en el Fiscal Nacional Económico (por ejemplo, si en consideración de la simpleza de las medidas bastare un breve tiempo para su análisis o, por tratarse de un escrito de modificación parcial de los remedios, no se justifica una ampliación por el máximo previsto en la ley).

En consecuencia, estimamos que para este supuesto se requerirá una resolución del Fiscal Nacional Económico que tenga por presentado el escrito de medidas y en el mismo acto declare la suspensión unilateral de los plazos, por los días que estime pertinentes; resolución que deberá ser comunicada al notificante. Si en la resolución que tiene por presentadas las medidas nada dice del número de días específico por el cual se prolonga el proceso, habrá de entenderse que se suspenden por el tope legal permitido. Asimismo, todas las resoluciones administrativas de alcances individuales deberán ser comunicadas al interesado, y sólo desde su comunicación producen sus efectos jurídicos (aplicación supletoria de los arts. 45 y 50 de la LBPA), luego, los días por los que se suspenderá cada plazo deberán ser contados desde la fecha en que se comunique a las partes la resolución del Fiscal que tiene por presentado el escrito de medidas respectivo, y no desde la fecha de presentación del escrito.

Fuera de los dos supuestos regulados por el DL 211 – suspensión de común acuerdo y unilateral - consideramos que lo preceptuado en el artículo 26 de la LBPA, relativo a la ampliación de los plazos para realizar actuaciones en el procedimiento administrativo, puede ser aplicado subsidiariamente respecto de los demás plazos que no tengan una regla especial como la del artículo 60 en comento y que sólo se refiere a la duración de las Fases I y II. Por ejemplo, el plazo previsto en el artículo 50 del DL 211 para subsanar la notificación en caso de omisiones o errores en la misma, podría ser perfectamente ampliado a petición del notificante sujetándose a las restricciones del artículo 26 de la LBPA, a saber, que el plazo cuya ampliación se solicita no haya expirado y que la ampliación no exceda la mitad del plazo en cuestión.

2.22. Formas de terminación del procedimiento de evaluación de concentraciones

El procedimiento de evaluación de concentraciones contenido en el Título IV del DL 211 podrá terminar (1) de forma típica, o bien, (2) de forma atípica:

2.22.1. Término típico del procedimiento

Tendrá lugar al concluir la primera o la segunda fases del procedimiento, según fuere el resultado de la investigación, momento en el cual el Fiscal Nacional Económico deberá dictar una resolución que se pronuncie sobre el potencial anticompetitivo de la operación que fue sometida a su evaluación.

Estando en la Fase I, el Fiscal, dentro de los 30 días desde que se comunica al notificante la resolución de inicio de la investigación, resolverá si aprueba la operación (pura y simplemente o sujeta a medidas), u ordena la extensión de la investigación. En caso de aprobación de la operación, en cualquiera de sus dos formas, se entiende terminado el procedimiento de evaluación (art. 54 inc. 1°). También se da por terminado si, ante la falta de pronunciamiento oportuna del Fiscal (dentro del plazo antes referido), tiene lugar el silencio administrativo positivo (art. 54 inc. 2°), entendiéndose aprobada y sujeta a las últimas medidas ofrecidas por las partes.

Si se dio lugar a la Fase II, el Fiscal dentro del plazo establecido en la resolución que extiende la investigación deberá resolver definitivamente si aprueba la operación (pura y simplemente o sujeta a medidas) o si la prohíbe. En cualquiera de estos casos, se entiende terminado el procedimiento (art. 57 inc. 1°). Igualmente se tendrá por terminado el procedimiento si, ante la falta de pronunciamiento expreso o pronunciamiento extemporáneo del Fiscal, tiene lugar el silencio administrativo positivo (art. 57 inc. 2°).

En la práctica, la recepción de las notificaciones y el consiguiente examen sustantivo son realizados enteramente por la División de Fusiones de la FNE. Antes de finalizar los plazos de investigación el jefe de la División emite un informe dirigido al Fiscal Nacional Económico que contiene un análisis técnico y económico de los antecedentes tenidos a la vista en el expediente de evaluación, concluyendo con la recomendación de aprobación o de rechazo de la operación respectiva. En la totalidad de los casos revisados, el Fiscal Nacional Económico en su resolución hace suya la recomendación de la División y replica los argumentos contenidos en dicho informe. Sin perjuicio de lo anterior, recalcamos que el acto administrativo decisorio que sirve como término del procedimiento es la resolución aprobatoria o denegatoria del Fiscal, y ésta debe contener los fundamentos técnicos y de derecho suficientes para justificar la decisión, aun cuando pueda efectuar

remisiones a otros antecedentes que obren en el expediente, como el referido informe de la División, presentaciones hechas por las partes, terceros o autoridades, o estudios encargados por la misma Fiscalía a expertos y entidades especializadas. Si bien no aparece consignada en el DL 211 respecto de las resoluciones expresas⁴⁷¹ recaídas en operaciones de concentración notificadas, la fundamentación de la decisión administrativa es una garantía y exigencia que impone la LBPA en su artículo 41.

2.22.2. Término atípico o anticipado del procedimiento

El término atípico del procedimiento supone que el Fiscal no llegó a pronunciarse sobre el fondo (sea en forma expresa dictando una resolución escrita, o en forma tácita por aplicación del silencio positivo), sino que, por determinadas circunstancias previstas en la ley la investigación se entiende finalizada anticipadamente. El término anticipado podrá tener lugar en dos oportunidades: (1) antes de iniciarse la investigación o (2) durante el transcurso de la investigación.

2.22.2.1. Antes del inicio de la investigación

El proceso de evaluación finalizará anticipadamente, sin siquiera haber comenzado la investigación (es decir, no se dictó la resolución que ordena el inicio de la investigación), cuando el Fiscal le comunique al notificante que debe subsanar los errores y omisiones de su notificación y, transcurrido el plazo legal para su corrección, éste no los hubiere enmendado. También se pondrá término al procedimiento cuando la segunda presentación del notificante destinada a subsanar los errores de su notificación, es estimada como insuficiente por el Fiscal. En ambos casos, se tendrá como no presentada la notificación para todos los efectos legales (art. 50), y en consecuencia, finalizado el procedimiento.

2.22.2.2. Durante el transcurso de la investigación. Archivo de los antecedentes de la investigación

Una vez iniciada la investigación, el Fiscal Nacional Económico, mediante resolución fundada, podrá ordenar el “archivo de los antecedentes” (art. 58), poniendo término al procedimiento cualquiera sea el estado en que se encuentre. En tanto forma atípica de término del procedimiento, el archivo de los antecedentes de la investigación supone el ejercicio de una facultad privativa del Fiscal Nacional Económico, y requiere la resolución fundada de éste expresando la causal que legalmente corresponda y cómo ella se configura en el caso concreto.

⁴⁷¹ También podrá haber una resolución *táctica* del asunto por haber tenido lugar el silencio positivo. En ese caso no hay un acto expreso, la ley suple la decisión del órgano y su contenido, presumiendo la voluntad de la Administración en un determinado sentido, a saber, favorable a la petición del interesado.

El archivo de los antecedentes se encuentra regulado en el artículo 58, y conforme a esta disposición, el archivo podrá ser decretado por el Fiscal en dos casos: **(a)** por desistimiento de la notificación o **(b)** por abandono del procedimiento.

(a) Por desistimiento de la notificación

El archivo de los antecedentes podrá ser decretado, “cuando el notificante se hubiere desistido de su notificación”. El desistimiento de la notificación será siempre un acto unilateral y de iniciativa del notificante, sin perjuicio de que para que produzca el efecto de poner término al procedimiento se requiera resolución fundada del Fiscal Nacional Económico que, en consecuencia, ordene el archivo de los antecedentes. No se entiende terminado el procedimiento por desistimiento con la mera presentación del notificante destinada a tal efecto; requiere una resolución del Fiscal declarándolo.

Conforme al inciso 4° del artículo 48, los agentes económicos que tomen parte en la operación de concentración estarán obligados a practicar “conjuntamente” la notificación. Por consiguiente, el desistimiento sólo podrá formularse con la aquiescencia de todos los agentes económicos que practicaron la notificación. En cuanto a las formalidades del desistimiento, la ley solamente exige que sea comunicado “por escrito” al Fiscal (art. 58 inc. 2°). De esta presentación deberá quedar constancia en el expediente de investigación, pudiendo el interesado requerir la respectiva certificación.

El desistimiento de la notificación implica la imposibilidad de perfeccionar la operación sólo cuando existiere obligación de notificarla; en cambio, si la operación se encontraba bajo los umbrales, y por ende la notificación fue voluntaria (acogiéndose al artículo 48 inciso 9°), el desistimiento de la notificación no será impedimento para que se perfeccione posteriormente la operación (pero carecerá de una autorización que le provea inmunidad en materia de responsabilidad infraccional en los términos del artículo 32).

(b) Por abandono del procedimiento

El artículo 58 habla de abandono “de la notificación”, pero la expresión correcta ha de ser abandono del procedimiento, que consiste en la paralización y consiguiente terminación del respectivo procedimiento administrativo por la inactividad del solicitante (en nuestro caso, de los notificantes) durante un lapso de tiempo o en las oportunidades expresamente sancionadas por la ley. Así, conforme al artículo 58, el abandono del procedimiento regulado en el Título IV del DL 211 tendrá lugar en dos supuestos:

- Cuando en dos o más ocasiones, durante el curso de la investigación, el notificante no hubiere respondido en tiempo y forma a los requerimientos de información que hubiere hecho, conforme a la ley, el Fiscal Nacional Económico; o
- Cuando en dos o más ocasiones el notificante o sus representantes legales no hubieren concurrido a declarar, habiéndoseles citado.

El abandono del procedimiento está ligado al deber de los notificantes de dar respuesta oportuna cuando la Fiscalía les solicite información o los cite a declarar con motivo de la investigación⁴⁷². En consecuencia, la denegación de entrega de información, así como la incomparecencia injustificada a declarar no sólo acarreará la imposición de multas, sino también producirá el abandono del procedimiento en caso de ser reiteradas (dos o más ocasiones).

La declaración de abandono deberá hacerla el Fiscal Nacional Económico en resolución fundada, y en su contra procederán el recurso administrativo de reposición establecido en la LBPA, por ser un acto de término del procedimiento.

Al igual que en el desistimiento de la notificación, el abandono del procedimiento por los notificantes conlleva la imposibilidad de materializar la operación de concentración cuando existía la obligación de notificarla (en cambio, si se notificó voluntariamente, la operación podrá perfeccionarse de todas formas, aunque sin el beneficio de inmunidad que brinda la resolución aprobatoria). De llegar a consumarse una operación que estaba por sobre los umbrales y respecto de la cual se decretó el abandono del procedimiento, se sancionará con multa y la aplicación de las medidas del artículo 26, además todas las otras medidas correctivas, prohibitivas y preventivas que sean necesarias (aplicación del art. 3º bis, letra b).

Un punto dudoso es si el hecho de que el Fiscal tome conocimiento del perfeccionamiento anticipado de la operación es motivo para que decrete el cierre prematuro de la investigación sobre la fusión. El texto original del artículo 58, conforme rezaba el Mensaje Presidencial, contenía una tercera causal de archivo de antecedentes: “cuando hubieren antecedentes que permitan sospechar fundadamente que la operación notificada se hubiere perfeccionado”⁴⁷³. Llamaba la atención la norma propuesta por varias razones: difería notablemente de las otras dos causales (desistimiento y abandono) por cuanto carecía de una regulación específica en términos de su iniciativa y resolución;

⁴⁷² Quienes injustificadamente no respondan, o respondan sólo parcialmente, los requerimientos de información de la Fiscalía Nacional Económica, serán sancionados con multa por cada día de retraso (art. 39, letra h) del DL 211). Misma sanción se establece para quienes injustificadamente no comparezcan a declarar habiendo sido debidamente citados (art. 39, letra j) del DL 211). Sobre estos ilícitos, introducidos por la Ley N° 20.945 al DL 211, véase *infra* sección 2.26.4.6.

⁴⁷³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2016), p. 25.

era una causal compleja en su determinación, revestida de menor objetividad y dejando espacio a alegaciones de arbitrariedad en su aplicación (¿no estaría el Fiscal calificando apresuradamente la conducta para decretar el cierre del proceso evaluativo? ¿No habría una investigación por el ilícito propiamente tal, expresamente sancionado, de perfeccionamiento anticipado de la operación?). Durante la tramitación legislativa, específicamente en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, se suprimió la causal en comento. En nuestra opinión, fue una decisión atinada, aun cuando la discusión haya sido poco diáfana en argumentos. Por un lado, la razón para mantener la causal decía relación con la necesidad netamente práctica de evitar una duplicidad de procedimientos. El Fiscal Nacional Económico de la época, señor Felipe Irarrázabal señaló que

“por un tema administrativo, debe cerrarse el expediente para que el caso salga del área de fusiones y eventualmente se traslade a la sección de incumplimiento. Aclaró que no es bueno iniciar un proceso jurisdiccional cuando existe un procedimiento administrativo en curso [...] El Fiscal Irarrázabal añadió que además los procesos tienen distintos tiempos, por lo que es más ordenado cerrar el proceso de fusión, para poder iniciar luego el proceso contencioso”⁴⁷⁴.

Por su parte, el diputado de la Comisión señor Fuad Chahin, favorable a eliminar la causal en comento y autor de la indicación supresiva, sostuvo que

“es grave que una vez perfeccionada la operación, aun cuando exista eventual incumplimiento, se archiven los antecedentes, independiente de que exista la posibilidad de otras sanciones. En su opinión, debería proceder el archivo solo en caso de desistimiento y abandono [...] señaló que le parece problemático que no necesariamente se inicie luego el procedimiento jurisdiccional, por lo que modificaría la norma estableciendo el archivo solo cuando se inicie el otro proceso”⁴⁷⁵.

Aparentemente la inquietud de la Comisión apuntaba a que, en este caso, el archivo del expediente sobre la operación pudiese llevar a que no se investigara el ilícito, preocupación que nos parece infundada atendidas las facultades del Fiscal para instruir de oficio una investigación sobre un ilícito como es el perfeccionamiento prematuro de la fusión. El profesor don Jorge Grunberg, en su calidad de asesor del Ministerio de Economía, añadió que “el Ejecutivo ha coincidido en que si hay infracción, se iniciará un requerimiento, por lo que están de acuerdo con precisar que el archivo no es exacto en este caso”⁴⁷⁶. Esta última observación es la más acertada; en efecto, la instrucción de una investigación por el ilícito de perfeccionamiento anticipado no tiene porqué llevar al término abrupto del procedimiento de evaluación de la operación. Se excluyó del proyecto, entonces, la causal por sospecha fundada de perfeccionamiento anticipado, y así pervivió en el texto definitivo. No se esgrimió una razón poderosa para eliminar la causal, aunque las hay. Sumado a lo anterior, la

⁴⁷⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2016), pp. 198-199.

⁴⁷⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2016), p. 198.

⁴⁷⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2016), p. 199.

historia de la ley deja constancia de la taxatividad de las causales de archivo una vez iniciada la investigación. El informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados consigna lo siguiente:

“[...] se elimina la posibilidad de que el fiscal nacional económico pueda ordenar el archivo de un proceso de investigación por concentración cuando existan antecedentes que permitan sospechar fundadamente que la operación notificada se hubiere perfeccionado. En consecuencia, solo podrá hacerlo en caso de desistimiento o abandono del procedimiento por parte del notificador”⁴⁷⁷ (destacado agregado).

Si se atiende a una mera consideración práctica, parece razonable el archivo por perfeccionamiento anticipado de la operación: para abrir una investigación sobre el ilícito propiamente tal, se debería cerrar la investigación sobre la operación. No obstante, hay razones sustantivas para mantener los dos procedimientos por vías separadas, sin que el resultado de uno afecte el desarrollo del otro. En efecto, estamos frente a procedimientos investigativos que tienen objetos, fines y consecuencias diametralmente distintos. En cuanto a su *objeto*, el procedimiento de evaluación versa sobre el potencial anticompetitivo de la operación de concentración notificada; mientras que la investigación en caso de *gun jumping* se refiere, como es obvio, a la conducta de los notificantes que perfeccionaron la operación en contravención al artículo 49. En cuanto a los *fines* de cada investigación, la primera busca identificar los probables efectos para la competencia derivados de la operación y determinar medidas de mitigación idóneas (o eventualmente prohibir la operación si ninguna medida es suficiente para evitar una reducción sustancial de la competencia); en cambio, la investigación por perfeccionamiento prematuro, buscará reunir evidencia suficiente para acreditar la comisión de una infracción específica y expresamente sancionada en el DL 211. De modo más que evidente, las investigaciones difieren también en sus *consecuencias*: la investigación sobre el potencial anticompetitivo de una operación de concentración concluirá con una resolución administrativa en que se decreta la aprobación o rechazo de la misma, atendido su mérito para afectar la competencia; la otra investigación finalizará con la decisión de deducir un requerimiento ante el TDLC para que, en el juicio contencioso, se determine la responsabilidad infraccional de los agentes económicos involucrados, o bien, finalizará con la decisión de cerrar la investigación por falta de elementos incriminatorios. Aquí asoma otra razón no menos importante: puede suceder que los hechos que tome conocimiento el Fiscal, presuntamente constitutivos de perfeccionamiento anticipado, no sean tales, ya porque las indagatorias no fueron suficientes para dar cuenta de algún ilícito, ya porque, aun interpuesto un requerimiento, una sentencia del TDLC estableció la irreprochabilidad de la conducta y la ausencia de responsabilidad infraccional. En tal caso,

⁴⁷⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2016), p. 235.

decretado el archivo en el procedimiento de evaluación, ¿la operación habrá de quedar sin pronunciamiento sobre su potencial anticompetitivo, hasta el término de la investigación fiscal o incluso hasta el término del juicio contencioso con una sentencia firme y ejecutoriada? ¿habría que retomar la investigación anterior sobre la operación, o deberían las partes incoar una nueva notificación? Como puede verse, la causal de archivo en comento se vuelve problemática en la práctica y habría afectado notablemente la certeza jurídica esperable de un control obligatorio de operaciones de concentración.

De modo que, aun cuando existieren antecedentes de que la operación se ha perfeccionado en contravención al efecto suspensivo, no dará lugar al término del procedimiento de evaluación, el que sigue adelante hasta su normal conclusión. Se analizará la operación en su mérito, independiente del resultado de la otra investigación que el fiscal decida instruir, sobre el ilícito de consumación anticipada. La investigación por la infracción (que se conducirá según las reglas del artículo 39, letra a), debe entonces entenderse *sin perjuicio* del pronunciamiento sobre la operación misma (de acuerdo a las reglas del Título IV). Si los antecedentes recopilados en la investigación sobre el ilícito no son suficientes para acreditar la conducta, el procedimiento de evaluación de la operación habrá seguido su curso - si es que no ha terminado ya- y la investigación sobre la infracción se desechará. Por lo demás, la posibilidad de investigaciones paralelas sólo existe en un caso puntual: si la operación se perfeccionó anticipadamente y el Fiscal tomó conocimiento de los hechos sin haber dictado todavía una resolución sobre la operación. Si el Fiscal aprobó la operación, y luego tomó conocimiento de que se había perfeccionado, no hay problema práctico alguno; corresponderá posteriormente al TDLC, en juicio contencioso, determinar las sanciones y medidas pertinentes a la infracción cometida, pudiendo modificar y hasta reversar la operación. En el caso problemático (de eventuales investigaciones paralelas), la historia de la ley y los argumentos aquí esgrimidos nos hacen concluir: primero, que las causales de archivo son taxativas, limitándose al desistimiento de la notificación y al abandono del procedimiento; y, segundo, que ambas investigaciones, por tener un objeto, finalidad y consecuencias jurídicas distintas, *deben* ir siempre por vías separadas⁴⁷⁸.

⁴⁷⁸ Así procedió la FNE en el caso de la operación de concentración entre Minerva S.A. y JBS S.A., cuyo análisis se substanció en el expediente Rol FNE F-88-2017, y, una vez que la Fiscalía tomó conocimiento de antecedentes presuntamente constitutivos de *gun jumping*, instruyó una investigación por separado bajo el Rol FNE F-92-2017. Finalmente la operación fue aprobada en forma pura y simple, sin perjuicio de que posteriormente la Fiscalía, con el resultado de la otra investigación, interpuso un requerimiento en contra de los notificantes por haber perfeccionado anticipadamente la adquisición. Sobre este caso, véase *infra* sección 2.26.4.2.

2.23. Estándar sustantivo de evaluación de las operaciones de concentración

En materia de estándar sustantivo dos son los test que sobresalen a nivel comparado: el test de dominancia (“*dominance test*”) y el de disminución sustancial de la competencia (“*substantial lessening of competition*” o en sus siglas en inglés, “SLC”).

El test de dominancia prohíbe aquellas operaciones que permitan a la entidad resultante *crear o reforzar una posición de dominio* en el mercado relevante. La noción de dominancia alude *grosso modo* a aquellas situaciones que crean (o refuerzan) la posición de un líder en el mercado que es independiente a las presiones competitivas. Este concepto comprende las hipótesis de “dominancia individual” que adquiere la entidad resultante por sí sola y situaciones de “dominancia colectiva” en que la operación de concentración afecta de tal manera la estructura del mercado que conduce a crear un equilibrio coordinado entre la entidad resultante y los demás competidores⁴⁷⁹. La posición de dominio desde un punto de vista económico es un concepto estático, ligado básicamente al análisis de factores estructurales como lo son las cuotas de mercado⁴⁸⁰.

La principal objeción al test de dominancia como estándar para concentraciones era que generaba un vacío regulatorio al no alcanzar aquellas operaciones que conferían poder de mercado a la entidad resultante pudiendo unilateralmente aumentar los precios, pero no creaban o reforzaban una posición de dominio. Es posible que, por las características del mercado comportamientos coordinados fuesen improbables y la cuota de mercado de la entidad fusionada no le conferirá dominancia individual, pero sí un poder de mercado que permita unilateralmente un alza de precios⁴⁸¹. El ejemplo recurrente es el de los *mercados oligopólicos no-colusorios*, de productos diferenciados o sustitutos imperfectos, en los que tras la fusión entre el segundo y tercer competidor, ninguno de ellos tendrá poder de mercado suficiente para considerarse individualmente dominante y a la vez la posibilidad de coludirse será baja, no obstante ello, por la pérdida de presión competitiva, podía igualmente haber efectos unilaterales⁴⁸².

El test de disminución sustancial de la competencia, por su parte, fue introducido por Estados Unidos en 1914, con la dictación de la Clayton Act (Section §7), y que en lo pertinente hoy reza: “Ninguna persona que participe en el comercio o en cualquier actividad que afecte el comercio podrá adquirir, directa o indirectamente, la totalidad o parte de las acciones u otras participaciones de capital, [...] si, en cualquier línea de negocios o en cualquier actividad que afecte el comercio en

⁴⁷⁹ OCDE (2009), p. 7.

⁴⁸⁰ OCDE (2009), p. 23.

⁴⁸¹ OCDE (2009), p. 17.

⁴⁸² PÉREZ MOLINA (2015), p. 110.

alguna parte del país, el efecto de dicha adquisición puede ser disminuir sustancialmente la competencia, o tender a crear un monopolio”⁴⁸³. Es el test SLC el que ha permeado a las jurisdicciones que han promovido la dictación (o reforma) de su normativa de control de concentraciones. Se ha valorado este test porque permite un análisis más flexible que no se reduce a la consideración de la estructura del mercado (participaciones y cambios en la concentración post-fusión), sino que se abre a la consideración de otros elementos dinámicos como la desafiabilidad del mercado, probabilidad de salida y las eficiencias alcanzables con la operación.

El derecho comunitario europeo consagraba el test de dominancia, prohibiendo aquellas “operaciones de concentración que supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo”⁴⁸⁴. Pero en 2001, la Comisión Europea en su “Libro Verde”⁴⁸⁵ dio a conocer su postura favorable a adoptar el test SLC, lo que sirvió como antecedente para una de las reformas más importantes a su normativa de concentraciones. Tras un intenso periodo de discusión, el Consejo de la Unión Europea optó por una *solución de compromiso* que entendía que era necesario adoptar un criterio que permitiera una mayor flexibilidad en el análisis de una operación de concentración, sin menoscabar la nutrida jurisprudencia comunitaria existente sobre la materia⁴⁸⁶. El hoy vigente Reglamento N°139/2004 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas en su Artículo 2, apartado 3 establece: “Las concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán incompatibles con el mercado común”. Este test híbrido o “SIEC” por sus siglas en inglés (“*substantial impediment of effective competition*”) permite realizar un análisis más dinámico de los efectos nocivos para la competencia derivados de una concentración; pudiendo ser prohibidas no sólo las que desembocan en posiciones de dominio individuales o colectivas, sino también aquellas que, sin crear o reforzar posición de dominio alguna, afectan de forma significativa la

⁴⁸³ U.S. Code, 15, §18 [“No person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another person engaged also in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly”]

⁴⁸⁴ Reglamento N° 4064/1989 del Consejo de la Unión Europea, Artículo 2, apartado 3.

⁴⁸⁵ Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, presentado por la Comisión Europea el 11 de diciembre de 2001.

⁴⁸⁶ La discusión entre las tres posiciones (favorables a mantener el test de dominancia, favorables a reemplazarlo por el test SLC, y la tesis intermedia) es bien resumida en PÉREZ MOLINA (2015), pp. 111-117.

competencia. Por esto se ha sostenido que este criterio supone una aproximación al test SLC estadounidense y, en la práctica, han convergido en su metodología de análisis y resultados⁴⁸⁷.

El estándar que se recoge hoy en la amplia mayoría de las jurisdicciones de referencia, tengan o no modelos obligatorios, es el de disminución sustancial de la competencia: Estados Unidos, Inglaterra⁴⁸⁸, Sudáfrica⁴⁸⁹, Australia⁴⁹⁰, Canadá⁴⁹¹ y Nueva Zelanda⁴⁹². En el contexto europeo, hay jurisdicciones que, sin necesidad de que exista una directiva que les exija adecuar su normativa interna, han incorporado el test SIEC; tal es el caso de Francia⁴⁹³, Alemania⁴⁹⁴, Hungría⁴⁹⁵ e Irlanda⁴⁹⁶.

⁴⁸⁷ TZOUGANATOS (2005), p. 759.

⁴⁸⁸ *Enterprise Act*, de 2002, Sección 22(1): “La OFT deberá, sujeta a las subsecciones (2) y (3), someter la operación a decisión de la Comisión si la OFT estima que es, o puede ser que – (a) un situación de concentración relevante ha sido creada; y (b) la creación de esa situación ha resultado, se espera que resulte, en una disminución sustancial de la competencia en cualquier mercado o mercados de bienes o servicios en el Reino Unido” [“*The OFT shall, subject to subsections (2) and (3), make a reference to the Commission if the OFT believes that it is or may be the case that— (a)a relevant merger situation has been created; and (b) the creation of that situation has resulted, or may be expected to result, in a substantial lessening of competition within any market or markets in the United Kingdom for goods or services*”].

⁴⁸⁹ *Competition Act* N°89, de 1998, Sección 16(1): “Cuando fuere requerido considerar una operación de concentración, la Comisión de Competencia o el Tribunal de Competencia deberá inicialmente determinar si la operación es apta para prevenir o disminuir sustancialmente la competencia” [“*Whenever required to consider a merger, the Competition Commission or Competition Tribunal must initially determine whether or not the merger is likely to substantially prevent or lessen competition...*”].

⁴⁹⁰ *Competition and Consumer Act*, de 2010, Sección 50(1): “Una empresa no podrá directa o indirectamente (a) adquirir acciones en el capital de una entidad; o (b) adquirir algún activo de una persona; si la adquisición podría tener el efecto, o es probable que tenga el efecto, de disminuir sustancialmente la competencia en algún mercado” [“*A corporation must not directly or indirectly: (a) acquire shares in the capital of a body corporate; or (b) acquire any assets of a person; if the acquisition would have the effect, or be likely to have the effect, of substantially lessening competition in any market*”].

⁴⁹¹ *Competition Act*, de 1985, Sección 92(1): “...el Tribunal estima que una operación de concentración o una propuesta de operación de concentración previene o disminuye, o es probable que prevenga o disminuya, sustancialmente la competencia...en un comercio, industria o profesión [“...*the Tribunal finds that a merger or proposed merger prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially in... a trade, industry or profession*”].

⁴⁹² *Commerce Act*, de 1986, Sección 47(1): “Una persona no debe adquirir activos de un negocio o acciones si la adquisición podría tener, o es probable que tenga, el efecto de disminuir sustancialmente la competencia en un mercado” [“*A person must not acquire assets of a business or shares if the acquisition would have, or would be likely to have, the effect of substantially lessening competition in a market*”].

⁴⁹³ *Code de Commerce*, Artículo L. 430-6: “...la Autoridad de la competencia examinará si la operación tiene una naturaleza apta para atentar a la competencia, especialmente por la creación o reforzamiento de una posición dominante o por la creación o reforzamiento de un poder adquisitivo que coloque a los proveedores en una situación de dependencia económica” [“...*l'Autorité de la concurrence examine si elle est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique*”].

⁴⁹⁴ *Act against Restraints of Competition*, de 2013, Capítulo 7, § 36(1): “Una concentración que pueda impedir significativamente la competencia efectiva, en particular una concentración que se espera que cree o refuerce una posición dominante, deberá ser prohibida por la Bundeskartellamt” [“*Ein Zusammenschluss, durch den wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde, insbesondere von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, ist vom Bundeskartellamt zu untersagen*”].

⁴⁹⁵ *Act LVII, on the Prohibition of Unfair and Restrictive Market Practices*, de 1996, Parte I, Capítulo 6, Artículo 30(2): “La Autoridad Húngara de Competencia concederá su autorización a una operación cuando, de conformidad a lo dispuesto en el parágrafo (1) anterior, la concentración no pueda reducir significativamente la competencia en el mercado relevante, en particular como resultado de la creación o reforzamiento de una posición dominante” [“*The Hungarian Competition Authority shall grant authorisation for a concentration where, with a view to the provisions of paragraph (1),*

Otros países han mantenido el test de dominancia, como es el caso de Italia⁴⁹⁷ y, en América Latina, la ley de Brasil⁴⁹⁸. También hay otros estándares *sui generis* en el contexto iberoamericano, algunos más cercanos al test de disminución sustancial de la competencia como España⁴⁹⁹ y México⁵⁰⁰, y otros al test de dominancia, como Ecuador⁵⁰¹.

¿En qué situación se hallaba Chile hasta 2016? Antes de la reforma de la Ley N°20.945, dado que el DL 211 no se refería expresamente a las operaciones de concentración, su revisión quedaba sometida al estándar genérico del artículo 3º inciso primero, que es el tipo infraccional universal de nuestra ley de la competencia. El artículo 3º, sin embargo, estaba ideado para el control represivo de actos anticompetitivos, y debía congeriarse con la idea de un control preventivo promovido al alero de la consulta. Este esfuerzo se afirmaba en lo dispuesto en el artículo 18º N°2 que habilitaba al TDLC a conocer de todo asunto no contencioso “que pudiese infringir las disposiciones de esta ley”. Se concluía entonces que las operaciones de concentración debían analizarse en el sentido de si podían constituir infracciones al DL 211. Como señalaba VALDÉS,

“el TDLC debe determinar si la Operación satisface la faz objetiva del tipo infraccional previsto en el artículo 3 del DL 211 o, en otras palabras, si la Operación constituye una infracción a un contenido de orden público, cual es el específicamente determinado por aquel cuerpo normativo mediante dicho artículo”⁵⁰².

the concentration would not significantly reduce competition on the relevant market, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position”].

⁴⁹⁶ *Competition Act 2002*, Sección 20(1)(c): “Con respecto a una notificación recibida por la Autoridad, ésta...(c) determinará si el resultado de la fusión o adquisición será reducir sustancialmente la competencia en mercados de bienes o servicios en el Estado” [“*In respect of a notification received by it, the Authority...(c) shall form a view as to whether the result of the merger or acquisition would be to substantially lessen competition in markets for goods or services in the State*”].

⁴⁹⁷ *Legge N° 287 Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*, de 1990, Artículo 6: “la Autoridad evaluará si [la operación] involucra la constitución o el reforzamiento de una posición dominante en el mercado nacional de modo de eliminar o reducir de modo sustancial y durable la competencia” [“*l’Autorità valuta se comportino la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza*”].

⁴⁹⁸ *Lei N° 12.529 Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*, de 2011, Artículo 88 §5: “Serán prohibidos los actos de concentración que impliquen la eliminación de la competencia en una parte sustancial del mercado relevante, que puedan crear o reforzar una posición dominante o que puedan resultar en un dominio de mercado relevante de bienes o servicios” [“*Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços*”].

⁴⁹⁹ Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, Artículo 10º: “La Comisión Nacional de la Competencia valorará las concentraciones económicas atendiendo a la posible obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva en todo o en parte del mercado nacional”.

⁵⁰⁰ Ley Federal de Competencia Económica, de 2014, Artículo 61: “La Comisión no autorizará o en su caso investigará y sancionará aquellas concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados”.

⁵⁰¹ Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, de 2011, Artículo 15, inciso 2º: “En caso de que una operación de concentración económica cree, modifique o refuerce el poder de mercado, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá denegar la operación de concentración o determinar medidas o condiciones para que la operación se lleve a cabo”.

⁵⁰² VALDÉS (2014), p. 141.

La redacción característicamente amplia del inciso primero del artículo 3º era fuente de incertidumbre para un control de concentraciones. Su laxitud permitió una variedad de criterios en torno a qué determinaba que una operación de concentración fue autorizada o no. Es así como algunos habían interpretado esta norma como una que prohibía operaciones cuyo resultado fuere la creación de una empresa con posición de dominio, es decir, asimilándola al test de dominancia:

“de materializarse una operación de concentración cuyo resultado sea la creación de una empresa con posición de dominio en el mercado relevante de que se trate, teniendo esa empresa entonces la aptitud de explotar abusivamente de esa posición, se infringiría el tipo genérico del artículo 3º del Decreto Ley N°211 [cita la norma]. Dicha infracción se produciría debido a que el tipo recién transcrita no sólo sanciona los atentados contra la libre competencia, sino que los actos que “tiendan a producir dichos efectos”. Esto último ha sido interpretado por la doctrina en el sentido de que son sancionables los actos que “tengan la aptitud objetiva” de generar atentados contra la libre competencia (impedirla, restringirla, o entorpecerla). Se ha entendido en ese sentido que la conformación de posiciones dominantes en un mercado relevante pueden ser indiciarias de una aptitud objetiva de atentar contra la libre competencia”⁵⁰³.

Esta postura se afirmaba en la jurisprudencia de la Comisión Resolutiva, que exigía la creación o reforzamiento de una posición de dominio⁵⁰⁴. Tal aproximación mutó con la jurisprudencia del TDLC, que progresivamente se alejó de un análisis estático de la estructura de mercado, abrazando un análisis más completo sobre aspectos dinámicos del mismo, ejercicio que lo acercaba notablemente al test SLC⁵⁰⁵.

De hecho, el TDLC hizo suyo el concepto de disminución sustancial de la competencia en algunas de sus decisiones, como puede verse en su primera resolución, donde aprobó la fusión entre VTR y Metrópolis Intercom⁵⁰⁶; en la resolución que denegó la fusión entre D&S y Falabella⁵⁰⁷, y en la resolución que rechazó la fusión entre Quiñenco y Terpel (aunque esta última decisión fue revocada por la Corte Suprema)⁵⁰⁸. A pesar de la consolidación de un enfoque más cercano al test

⁵⁰³ NEHME (2006), p.54.

⁵⁰⁴ Como se observa en la Resolución N° 445, de 10 de agosto de 1995, respecto de la fusión entre LAN y LADECO, y en la Resolución N° 131, de 30 de septiembre de 1982 que se pronunció sobre la fusión entre Compañía Sudamericana de Vapores y Compañía Chilena de Navegación Interoceánica.

⁵⁰⁵ Un análisis de las decisiones del TDLC y su correspondencia con el test de dominancia y el test de disminución sustancial de la competencia, en la tesis de magíster de MUÑOZ SOLÍS (2018), pp. 132 y ss.

⁵⁰⁶ Resolución N°1/2004, de 25 de octubre de 2004, Rol NC N° 02-04, parte resolutiva: “Atendido el mérito de las consideraciones precedentes, este Tribunal aprueba la operación consultada, en los términos que aquí se indican, por cuanto no se han acreditado elementos suficientes que permitan dar por establecido que la misma pueda producir una disminución sustancial y permanente de las condiciones de competencia en los tres mercados relevantes bajo análisis”.

⁵⁰⁷ Resolución N°25/2008, de 31 de enero de 2008, Rol NC N° 199-07, cons. 264: “De aprobarse la operación consultada, se produciría una disminución sustancial y duradera en las condiciones de competencia en un mercado que involucra parte muy relevante de las decisiones de consumo de todos los chilenos, en los términos ya analizados, con efectos perjudiciales esperados -en términos de bienestar- en los precios, la cantidad y la calidad de los productos transados”.

⁵⁰⁸ Resolución N°39/2012, de 26 de abril de 2012, Rol NC N° 399-11, cons. 8.21: “Por tanto, habiendo efectuado un análisis exhaustivo de las presentaciones y los informes acompañados en autos, no ha sido posible encontrar evidencia incontrovertible de que la competencia en este mercado es intensa, ni mucho menos antecedentes robustos que permitan

SLC, no era posible afirmar con certeza que ello fijase un precedente que se replicare en los pronunciamientos posteriores del Tribunal.

Ante este panorama la OCDE señaló que el establecimiento de una normativa *ad hoc* para esta clase de operaciones exigía la consagración legal de un estándar específico que vinculase a los órganos de la competencia⁵⁰⁹. Ello proveería de mayor certeza jurídica, confiabilidad, objetividad y legitimidad a las decisiones adoptadas. El Mensaje de lo que sería la Ley N° 20.945 daría cuenta del estado de la cuestión, expresando a la sazón:

“El estándar sustantivo vigente contemplado en el inciso primero del artículo 3º de la Ley de Defensa de la Libre Competencia consistente en que el hecho, acto o convención “impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”, debe dar paso a uno más preciso para el caso de las operaciones de concentración, en las cuales resulta más difícil concluir su carácter anticompetitivo producto del balance entre eficiencias pro competitivas y riesgos anticompetitivos que es necesario realizar”⁵¹⁰.

Cabe señalar que el nuevo Título IV del DL 211 regula fundamentalmente aspectos procedimentales; en lo sustantivo, se limita a señalar qué se entiende por operación de concentración (enunciando las cuatro tipologías típicas), anticipa la procedencia de medidas de mitigación de sus riesgos (supone entonces que las operaciones de concentración pueden ser peligrosas para la competencia y, sobre todo, que tales efectos pueden ser contenidos) y, por último, que es lo que interesa en esta sección, consagra explícitamente en sus artículos 54 y 57 como test sustantivo de evaluación, el de reducción sustancial de la competencia⁵¹¹.

Se incorpora al DL 211 un estándar sustantivo que, prescindiendo del artículo 3º previsto para injustos anticompetitivos, rige exclusivamente para el análisis de operaciones de concentración, y, sobre todo, se hace cargo de la especialidad de dicho análisis, que como hemos señalado es un control *ex ante*, inocuo en términos de significar un reproche infraccional, y esencialmente prospectivo, esto es, que opera sobre la base de supuestos, proyecciones y escenarios probables acerca del comportamiento de la entidad resultante y demás actores del mercado

concluir que, de eliminarse a uno de los actores relevantes de este segmento minorista, no se occasionará una disminución en la intensidad competitiva en el mismo”.

⁵⁰⁹ OCDE (2014a), pp. 115-116.

⁵¹⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2016), p. 12.

⁵¹¹ En lo pertinente, el artículo 54 en sus letras a) y b) dispone que el Fiscal Nacional Económico aprobará la operación cuando llegara a la convicción de que ésta por sí sola, o sujeta a las medidas de mitigación ofrecidas, “no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia”. A su turno, el artículo 57 en su letras a) y b) contiene idéntica disposición, y se añade en su letra c) que el Fiscal decretará la prohibición de la operación “cuando concluya que la misma cuenta con aptitud para reducir sustancialmente la competencia”. Recuérdese que únicamente al término de la Fase II podrá decretarse la prohibición de la operación (véase *supra* secciones 2.19.3 y 2.19.4 en relación a las resoluciones que puede adoptar el Fiscal Nacional Económico al término de la Fase I y de la Fase II, respectivamente).

relevante post-consumación. Por la misma razón, el test se refiere a la *aptitud* de la operación para reducir sustancialmente la competencia y no a la efectividad para ello.

De nuevo el legislador implícitamente acoge la premisa de que las operaciones de concentración no son *per se* anticompetitivas: hemos visto que aun cuando establezca la obligatoriedad de notificar, sólo se aplica si tienen un impacto doméstico relevante; se señala que es carga del Fiscal el representar los riesgos que considera se derivan de la operación propuesta; se consagra una regla de silencio administrativo “positivo”, favorable al perfeccionamiento de la operación; y, en esta misma línea, se establece una estándar *más exigente* que el del artículo 3º, lo que supone una mayor carga argumentativa de la agencia a la hora de analizar una operación y, eventualmente justificar una decisión de rechazo.

Corresponde, en efecto, a un estándar que no se supera con la sola disminución de la intensidad de la competencia post-fusión, sino que requiere, para justificar la prohibición de perfeccionamiento, de que dicha disminución de la competencia sea *sustancial*. No existe, sin embargo, una definición precisa en las agencias de qué se entiende por disminución sustancial, pero al menos podemos señalar que, según lo que se expresa en los lineamientos de las jurisdicciones de referencia que emplean el test SLC, se apreciará según si confiere o no a la entidad resultante un *poder de mercado* suficiente como para incidir de manera *significativa y durable en las variables competitivas, en detrimento de los consumidores*, esto es, por la vía de un aumento de los precios, bajas en la calidad de los productos, o bajas en la producción o en la innovación. Nótese, por ejemplo, lo que señala la autoridad de competencia de Australia (“ACCC”):

“El término ‘sustancial’ ha sido interpretado variadamente como real o sustantivo, no meramente discernible [=perceptible] sino material en un sentido relativo y significativo. El umbral preciso entre una disminución de la competencia y una disminución sustancial de la competencia es una cuestión de juicio y siempre dependerá de los hechos particulares de la operación investigada. Generalmente la ACCC entiende que una disminución en la competencia es sustancial si confiere un aumento en el poder de mercado de la empresa fusionada que es significativo y sostenible [en el tiempo]. Por ejemplo, una fusión disminuirá sustancialmente la competencia si resulta en una empresa capaz de aumentar los precios significativa y sostenidamente” (subrayado agregado)⁵¹².

⁵¹² AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION (2017), p. 9. [The term ‘substantial’ has been variously interpreted as meaning real or of substance, not merely discernible but material in a relative sense and meaningful. The precise threshold between a lessening of competition and a substantial lessening of competition is a matter of judgement and will always depend on the particular facts of the merger under investigation. Generally, the ACCC takes the view that a lessening of competition is substantial if it confers an increase in market power on the merged firm that is significant and sustainable. For example, a merger will substantially lessen competition if it results in the merged firm being able to significantly and sustainably increase prices].

La ACCC agrega que esta afirmación está centrada en un aumento del poder de mercado respecto de los *oferentes* en un mercado relevante, pero también una fusión puede llevar a un disminución sustancial de la competencia entre *compradores* de un mercado, caso en que el poder de mercado alcanzado por uno de ellos se expresa, contrariamente, en una *reducción* de los precios a su favor u otro comportamiento en perjuicio de los proveedores⁵¹³.

En línea análoga, las agencias del Reino Unido apuntan:

“Una fusión dará lugar a un disminución sustancial de la competencia cuando tiene un efecto significativo en la rivalidad a lo largo del tiempo, y por lo tanto, en la presión competitiva sobre las empresas para mejorar su oferta a los consumidores o para volverse más eficiente o innovadora. Una fusión que genera una disminución sustancial de la competencia se espera que produzca un efecto adverso en los consumidores. Evidencia en relación a los probables efectos adversos tendrá un rol clave en la evaluación de fusiones”⁵¹⁴.

La agencia de Canadá, con mayor detalle, señala que el poder de mercado alcanzado por la entidad resultante debe tener la capacidad de influir materialmente en los precios (“*ability to materially influence price*”):

“Esta Oficina considera la probable magnitud y duración de cualquier aumento en los precios que se seguirá de la fusión. En general, la prevención o disminución de la competencia es considerada como “sustancial” en dos circunstancias: el precio de los productos relevantes es probable que sea materialmente más alto en el mercado relevante de lo que sería en ausencia de la fusión (“incremento material en los precios”); y la entrada de nuevos actores no ocurriría lo suficientemente rápido como para impedir el incremento material en los precios, o para contrarrestar los efectos de cualquier aumento de precios”⁵¹⁵.

Sin pretender definir el test SLC, las agencias de Estados Unidos también entienden que lo que determina la prohibición de una operación es el reforzamiento del poder de mercado, o que facilite su ejercicio, en perjuicio de los consumidores:

“Una fusión refuerza su poder de mercado si es probable que haga que dos o más entidades aumenten sus precios, reduzcan la oferta, disminuyan la innovación o de otra forma afecte a los consumidores como resultado de una disminución de las restricciones competitivas o los incentivos. Al evaluar cómo una fusión probablemente altere el comportamiento de una

⁵¹³ AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION (2017), p. 8.

⁵¹⁴ UK COMPETITION COMMISSION & OFFICE OF FAIR TRADING (2010), p. 19 [“A merger gives rise to an SLC when it has a significant effect on rivalry over time, and therefore on the competitive pressure on firms to improve their offer to customers or become more efficient or innovative. A merger that gives rise to an SLC will be expected to lead to an adverse effect for customers. Evidence on likely adverse effects will therefore play a key role in assessing mergers”].

⁵¹⁵ CANADA COMPETITION BUREAU (2011), p. 8 [“The Bureau considers the likely magnitude and duration of any price increase that is anticipated to follow from the merger. Generally speaking, the prevention or lessening of competition is considered to be “substantial” in two circumstances: the price of the relevant product(s) would likely be materially higher in the relevant market than it would be in the absence of the merger (“material price increase”); and sufficient new entry would not occur rapidly enough to prevent the material price increase, or to counteract the effects of any such price increase”].

entidad, las Agencias se enfocarán en cómo la operación afecta la conducta que sería más rentable para dicha entidad”⁵¹⁶.

Muy parecido es lo que entiende la Comisión Europea (reafirmando, su vez, la convergencia en la aplicación del test SIEC con el SLC):

“A través del control de las concentraciones, la Comisión impide las concentraciones que podrían privar a los consumidores de estas ventajas al incrementar de forma significativa el poder de mercado de las empresas. Por «poder de mercado incrementado» se entiende la capacidad de una o varias empresas para, en función de sus intereses, aumentar los precios, reducir la producción, la gama o la calidad de los bienes y servicios, disminuir la innovación o influir por otros medios en los parámetros de la competencia. En la presente Comunicación, la expresión «precios incrementados» se utiliza a menudo para aludir de forma esquemática a los diversos modos en que una concentración puede dar lugar a un perjuicio para los consumidores”⁵¹⁷

En Chile, la Fiscalía Nacional Económica había asumido la misma posición que trasunta a las agencias citadas en su “Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración” de 2012:

“La FNE entiende que una operación infringe o puede infringir las disposiciones del DL 211 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. A su vez, una operación de concentración otorga, refuerza o incrementa el poder de mercado cuando la entidad fusionada enfrenta menores restricciones competitivas que aquellas que enfrentarían por separado las entidades que se concentran si la operación no tuviera lugar. Cuando ello ocurre, es posible 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”⁵¹⁸.

Según el análisis acerca del poder de mercado alcanzado tras la operación, la superación de este estándar significará la decisión de *prohibir* la operación. La prohibición de una operación de concentración constituye la limitación más severa al ejercicio del derecho a desarrollar una actividad económica lícita, por lo que debe basarse en evidencia económica que dé cuenta que se está frente a un acto que restringirá de manera significativa la intensidad de la competencia en el mercado relevante. Pero, además, recordemos que la decisión en materia de fusiones no es binaria (aprobación pura y simple o denegación) sino que también se prevé la aprobación condicionada, en que, si no existen eficiencias que contrapesen los riesgos a la competencia, las propias partes

⁵¹⁶ US DEPARTMENT OF JUSTICE & FEDERAL TRADE COMMISSION (2010), p. 2. [“A merger enhances market power if it is likely to encourage one or more firms to raise price, reduce output, diminish innovation, or otherwise harm customers as a result of diminished competitive constraints or incentives. In evaluating how a merger will likely change a firm’s behavior, the Agencies focus primarily on how the merger affects conduct that would be most profitable for the firm”].

⁵¹⁷ COMISIÓN EUROPEA (2004), p. 1.

⁵¹⁸ FNE (2012), p. 7.

puedan efectuar modificaciones a su operación y asumir compromisos consistentes en medidas de desinversión de ciertos activos, o medidas conductuales de diversa índole, todas ellas destinadas a mitigar los referidos riesgos, y en definitiva, evitar una disminución significativa de la competencia post-fusión. La decisión deberá adoptarse considerando tales modificaciones y compromisos, y justificar su idoneidad o insuficiencia⁵¹⁹.

La consagración de un estándar específico para el control de concentraciones provee de mayor certeza a los operadores del sistema, en el sentido de acotar los márgenes de discrecionalidad de que disponen las agencias técnicas. Con todo, serán en definitiva, las guías –en términos abstractos- y las sucesivas decisiones administrativas y/o jurisdiccionales sobre operaciones notificadas –en términos concretos- las que irán delimitando el sentido y alcance del estándar adoptado. Se trata, como es habitual en esta materia, de un concepto jurídico indeterminado y cuya calificación deviene esencialmente casuística. El legislador entrega a las agencias y tribunales el desarrollo y la adopción de reglas, criterios interpretativos y una metodología que permitan entender razonablemente cuándo se entiende superado o no el test.

Otro elemento que merece destacarse es que, bajo el nuevo diseño institucional, sólo será controlable la decisión de la FNE cuando estime que la operación sí reduce sustancialmente la competencia y no existe otra medida más que la prohibición de la operación para hacer frente a sus efectos. Esto significa que no habrá control por un tribunal especializado como el TDLC de aquellas la decisión que aprueba una operación. El legislador ha depositado notable confianza en el criterio de la Fiscalía a la hora de evaluar el potencial anticompetitivo de una operación. Esta decisión se fundaría, en nuestra opinión, en que la introducción de un modelo de agencia integrada tan reforzado como este, con limitadas chances de revisión judicial, se irá legitimando progresivamente a partir del reconocimiento de la relación colaborativa entre las partes de la operación y la agencia⁵²⁰.

Chile, al igual que otras legislaciones, no establece una metodología explícita de análisis del potencial anticompetitivo de las concentraciones⁵²¹. Ya antes de la reforma, las decisiones de los

⁵¹⁹ Sobre este punto, véase infra sección 2.24.1. y siguientes.

⁵²⁰ Con todo, esta afirmación sólo mira al interés de los notificantes, que pueden modificar su operación y proponer remedios adecuados con miras a obtener su aprobación, pero desatiende el interés de los terceros que legítimamente intervienen en el procedimiento y pueden discrepar del razonamiento decisorio de la Fiscalía y la operación debió haber sido prohibida, o bien estiman que, aun siendo aprobada, las medidas aceptadas por la FNE resultan insuficientes.

⁵²¹ Hay algunos casos que la propia legislación establece criterios generales sobre cómo evaluar una operación notificada como Canadá (*Competition Act* de 1985, Sección 93), Australia (*Competition and Consumer Act*, de 2010, Sección 50(3)), Sudáfrica (*Competition Act* N°89, de 1998, Sección 16 (1)), España (Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, Artículo 10), México (Ley Federal de Competencia Económica, Artículo 63) o Ecuador (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Artículo 22).

órganos de tutela de competencia fueron desarrollando un esquema más o menos uniforme de los efectos para la competencia derivados de las concentraciones empresariales, y que hacía eco de la experiencia comparada, recogida fundamentalmente de las guías de las agencias de EEUU⁵²² y de la Unión Europea⁵²³. Lo mismo había hecho la doctrina nacional, como puede verse en PAVIC y LIZANA (2002), AGOSTINI (2007), DOMPER y TARZIJÁN (2011) y, más recientemente, en HERNÁNDEZ DE LAMOTTE e HIDALGO (2018); todos estos autores recurren a una técnica de análisis ampliamente difundida que se resume en cinco pasos, a saber: definición del mercado relevante; de barreras de entrada y desafiabilidad del mercado; de los riesgos coordinados y unilaterales; de las eficiencias atribuibles a la operación; y, eventualmente, el diseño de medidas de mitigación de los riesgos detectados.

Dicho esquema es el que aplica la FNE en su “Guía para el Análisis...”⁵²⁴. Ya señalamos cómo la agencia nacional venía orientando sus investigaciones sobre concentraciones según si de ellas se seguía la creación o reforzamiento del poder de mercado de la entidad resultante y la manera en que estos efectos redundarán en las variables competitivas de precio, cantidad, calidad o innovación. Pues bien, la relevancia actual de estos lineamientos radica en que, ante la ausencia de una metodología legal tasada, la FNE sigue recurriendo a dicha Guía.

Lo curioso es que el Fiscal Nacional Económico, mediante la Resolución Exenta N° 331 de 29 de mayo de 2017 dejó sin efecto la “Guía para el Análisis...”, en el entendido que ella contemplaba reglas incompatibles con la nueva normativa “particularmente en lo que respecta al procedimiento al que se sujetan las notificaciones”⁵²⁵. Pero, en lugar de dictar nuevos lineamientos que en lo sucesivo orientasen el examen de fondo sostuvo que “los funcionarios de la Fiscalía Nacional Económica podrán seguir considerando, en lo que corresponda, aquellos aspectos de la Guía referidos al marco analítico de análisis de operaciones de concentración [sic]”⁵²⁶. De suerte que, concluimos, la “Guía para el Análisis...” sólo ha sido revocada parcialmente, en lo que dice relación con sus aspectos procedimentales, pero subsiste en sus aspectos sustantivos compatibles con las normas del Título IV del DL 211.

⁵²² Los lineamientos conjuntos para el análisis de operaciones horizontales en US DEPARTMENT OF JUSTICE & FEDERAL TRADE COMMISSION (2010). Respecto del análisis sustantivo de operaciones verticales, véase US FTC (1984). La falta de actualización de la guía sobre fusiones verticales, sin cambios desde su dictación, ha sido objeto de críticas. Un notable trabajo de sistematización a la luz de la experiencia del control de operaciones verticales en SALOP y CULLEY (2015).

⁵²³ Los lineamientos para el análisis de operaciones horizontales y de operaciones no horizontales en COMISIÓN EUROPEA (2008a) y COMISIÓN EUROPEA (2008b), respectivamente.

⁵²⁴ FNE (2012), pp. 9-26.

⁵²⁵ Resolución Exenta del Fiscal Nacional Económico N° 331, de 29 de mayo de 2017.

⁵²⁶ Ibídem.

También se debe poner de relieve que la “Guía para el Análisis...” sólo se refiere a operaciones horizontales, y esto es asumido por la misma FNE en su “Guía de Competencia”:

“Una vez que el hecho acto o convención califica como operación de concentración y es notificada a la Fiscalía, la FNE desarrollará el análisis sustantivo con el objeto de determinar si la operación de concentración notificada resulta apta para reducir sustancialmente la competencia en los mercados. Este análisis sustantivo aplica a toda concentración, horizontal, vertical o de conglomerado. Para el caso de operaciones de concentración horizontal, el análisis utilizará como referencia los criterios sustantivos establecidos en la Guía de análisis de operaciones de concentración”⁵²⁷.

Y añade:

“Los criterios sustantivos a los que se hace referencia, son los establecidos en la Guía para el análisis de operación de concentración de octubre de 2012. Si bien, la mencionada Guía quedará sin efecto a partir del 1 de junio de 2017, los funcionarios de la Fiscalía Nacional Económica podrán seguir considerando, en lo que corresponda, aquellos aspectos de la Guía referidos al marco analítico de análisis de operaciones de concentración. Ello, hasta la dictación de nuevas guías sustantivas”⁵²⁸.

Lo objetable de este proceder es que el Fiscal bien pudo dictar una nueva guía para concentraciones horizontales y otra para no-horizontales. Todo esto incorpora un elemento innecesario de incertidumbre a los notificantes, y que contrasta con la dictación en 2017 de las otras guías específicas para el control de concentraciones. Es posible anticipar, sin embargo, que la notificación a la FNE de operaciones verticales y de conglomerado motivará más temprano que tarde la generación de un texto de *soft-law* de la agencia que las aborde concretamente.

2.24. Medidas de mitigación de los riesgos de una operación de concentración

2.24.1. Finalidad y clasificación de las medidas de mitigación o «remedios»

Frente a la posibilidad de que una operación de concentración notificada conlleve efectos unilaterales o coordinados, y a fin de evitar el bloqueo de ésta,

“las partes pueden acceder a modificar ciertos términos de la operación de concentración originalmente proyectada, haciéndola compatible con la libre competencia. De esta forma, el rol de las medidas es modificar una operación de concentración determinada con el objeto de evitar que (parte de) los riesgos anticompetitivos derivados de la misma se materialicen”⁵²⁹.

La instancia para que las partes negocien y concuerden medidas con la agencia hace que la posibilidad de rechazo de la operación sea no sólo marginal estadísticamente, sino una decisión de

⁵²⁷ FNE (2017a), p. 7.

⁵²⁸ FNE (2017a), n. 5. p. 7.

⁵²⁹ HERNÁNDEZ DE LAMOTTE e HIDALGO (2018), p. 257.

última ratio, cuando ninguna medida (propuesta por las partes o impuesta por la autoridad) fuese apta para mitigar suficientemente los riesgos detectados, sea por la magnitud de los problemas de competencia, o porque los remedios propuestos son de “tal amplitud y complejidad que no sea posible determinar con un grado de certeza adecuado si la competencia efectiva será restablecida en el mercado”⁵³⁰.

La distinción doctrinaria clásica separa los remedios en estructurales y conductuales, según sea la forma en que afectan los derechos de propiedad de las partes de la operación⁵³¹. Los *remedios estructurales* suponen la reasignación de los derechos de propiedad por medio de la enajenación total o parcial de activos de las entidades que se concentran, a otros competidores actuales o potenciales⁵³². Estos remedios pretenden alterar la estructura del mercado post-fusión, asignando una mayor cuota de mercado a uno o varios competidores de la entidad resultante, que a su vez verá reducida su participación. Los *remedios conductuales*, en cambio, restringen los derechos de propiedad del destinatario de la medida, esto es, limitan la capacidad de aprovechar sus activos o de relacionarse comercialmente con terceros, imponiéndole obligaciones de hacer o no hacer que modifiquen su comportamiento post-fusión por un periodo de tiempo hasta que los niveles de competencia perdidos se restablezcan. Estos remedios buscan que la entidad resultante “coopere con sus competidores, con el fin de permitir la presencia continuada de otros actores en el mercado”⁵³³.

Los remedios estructurales se caracterizan por la facilidad de diseño (normalmente se ceden los activos donde se producen traslapes), la rapidez en su ejecución (sus efectos se alcanzan tan pronto concretada el traspaso de los activos), el mínimo costo de monitoreo para la agencia, y su irreversibilidad una vez implementados (producido el cambio en la titularidad de los activos, su reversión usualmente deviene ineficaz y muy costosa). A *contrario sensu*, los remedios conductuales son difíciles de diseñar (requiere conocimientos específicos del mercado), son costosos de administrar (requieren un seguimiento *ex post*) y son más fáciles de burlar que los remedios estructurales (su delimitación puede ser insuficiente o ambigua); pero, destacan por su reversibilidad, pudiendo modificarse o alzarse según muten las condiciones del mercado o no se logren los objetivos esperados con la medida.

⁵³⁰ AGÜERO (2009), p. 12.

⁵³¹ También existen otras clasificaciones como la que propone LÉVÈQUE, quien distingue entre *instrumentos económicos*, que cambian los incentivos del destinatario de la medida, de modo que una conducta anticompetitiva se vuelva una estrategia no rentable, e *instrumentos regulatorios* o de *command-and-control*, que no pretenden cambiar los incentivos, sino que establecen prohibiciones o mandatos de comportamiento, requiriendo de monitoreo y fiscalización regularmente (Citado en MAIER-RIGAUD, 2016, p. 209).

⁵³² HERNÁNDEZ DE LAMOTTE e HIDALGO (2018), p. 274.

⁵³³ AGÜERO (2009), p. 9.

También existen los llamados *remedios quasi-estructurales*, denominados así porque pretenden emular el efecto en la competencia de remedios estructurales y sin embargo no suponen un transferencia en la propiedad de ciertos activos sino que modifican, por la vía de imponer obligaciones a la entidad resultante, la manera en que la propiedad sobre tales activos es empleada. Estos remedios se traducen en obligaciones de modificar o poner término a contratos que confieren exclusividades, de licenciamientos forzosos o de acceso a insumos o infraestructura esenciales en favor de otro agente económico.

2.24.2. Las medidas de mitigación en el nuevo régimen de control de fusiones

Antes de la reforma de la Ley N° 20.945, la posibilidad de sujetar una operación de concentración a determinadas medidas de mitigación no era objeto de cuestionamientos⁵³⁴, más bien, las críticas se centraron en las limitaciones derivadas del esquema institucional mismo: la consulta ante el TDLC, por su propia configuración como un proceso llevado ante un tribunal, se caracteriza por su rigidez y no permite un diálogo fluido entre los intervenientes a efectos de concordar medidas; en este sentido, la unilateralidad en la determinación los remedios podía llevar a la imposición de exigencias muy gravosas, costosas o incumplibles para un caso concreto⁵³⁵. Asimismo, la legitimación activa de terceros ajenos a la operación podía terminar echando por tierra toda posibilidad de acuerdo entre la Fiscalía y las partes, dado el interés de terceros de impedir la fusión a todo evento. En sede administrativa existía más libertad para proposición y negociación de los remedios (con miras a llegar a un acuerdo extrajudicial), no obstante, su alcance era limitado (el sometimiento a este procedimiento era netamente voluntario), el acuerdo extrajudicial debía ser sometido a aprobación del Tribunal, y el esfuerzo de negociación de remedios podía ser frustrado enteramente por el hecho de que terceros se adelantase y sometiesen a consulta la operación.

Con la entrada en vigor de la nueva normativa sobre concentraciones, las operaciones notificables no podrán ser objeto de consulta ante el TDLC (nuevo texto del art. 18 N°2) ni de

⁵³⁴ En sede judicial, el artículo 18 N°2 autorizaba al TDLC para “fijar las condiciones que deberán ser cumplidas” por las partes de la operación que fuere objeto de consulta. Lo mismo puede sostenerse respecto de aquellas fusiones que, después de consumadas, fueren objeto de requerimiento o demanda por estimarse contrarias al DL 211, toda vez que el artículo 3° prevé la imposición de sanciones y de “las medidas señaladas en el artículo 26 [...], sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas” que el TDLC estimare adecuadas al caso. A su turno, en sede administrativa, la “Guía para el Análisis...” de la FNE de 2012 preveía que el procedimiento allí contenido podía terminar con la suscripción de un acuerdo extrajudicial si había concordancia respecto “del riesgo de que la operación pueda infringir a las disposiciones del DL 211, y de las medidas que se pueden adoptar para cautelar debidamente la libre competencia en los mercados” (FNE, 2012, p. 27).

⁵³⁵ Si bien el procedimiento no contencioso (art. 31 del DL 211) fue reformado para contemplar la posibilidad de que, durante su tramitación, las partes de la operación consultada pudieran “evaluar las recomendaciones que hubiere efectuado la Fiscalía Nacional Económica en la etapa de aporte de antecedentes y comunicar por escrito al Tribunal su concordancia con las mismas”, no se trataba de una negociación o intervención colaborativa para llegar a un acuerdo, toda vez que, en definitiva, la decisión sobre la procedencia e idoneidad de las medidas discutidas en el proceso, queda siempre en manos del Tribunal.

acuerdo extrajudicial, debiendo someterse siempre al procedimiento del Título IV, el que a su vez reconoce expresamente la posibilidad de diseñar medidas adecuadas a los riesgos (arts. 53 inc. 3º). El nuevo Título IV no ha incluido un catálogo o enumeración taxativa de remedios, quedando las partes en libertad de proponer los que estimen apropiadas para su proyecto en específico, sin perjuicio de los lineamientos que imparte la propia FNE para efectos de evaluarlas objetivamente⁵³⁶. Sobre este punto, destacamos la “Guía de Remedios” que hace un encomiable esfuerzo de sistematización a fin de proveer de certeza y predictibilidad para los administrados. Como hemos dicho, son directrices generales con miras a orientar el actuar de los funcionarios de agencia, y que sirve de referencia a los particulares sometidos a su decisión. Sobre la importancia de las guías específicamente en materia de remedios se ha dicho:

“El uso de guías y de declaraciones públicas que describen un criterio establecido (por ejemplo, para encontrar un comprador adecuado en un remedio de desinversión) así como modelos de escritos que son generalmente aplicables a ciertos tipos de remedios, promueven la transparencia y pueden hacer más eficiente el proceso de diseño de la medida de mitigación”⁵³⁷.

Conforme se verá en los apartados siguientes, la “Guía de Remedios” sigue de cerca los lineamientos de la Comisión Europea, en cuanto a condiciones básicas, clasificación, proceso de análisis, tipos de remedios, etcétera. Evidentes son las similitudes entre el modelo chileno y el comunitario-europeo: procedimiento bifásico, modelo de agencia integrada, exclusividad de los notificantes para proponer remedios, etc. Sin embargo, una diferencia importante en esta materia, y que lamentablemente el legislador nacional no contempló, es la fijación de plazos límites para proponer medidas, a fin de excluir comportamientos estratégicos de las partes que a última hora ofrezcan remedios, trastornando el proceso de decisión que la agencia estuviere realizando hasta ese momento.

2.24.3. Requisitos básicos de todo remedio propuesto por los notificantes

De acuerdo a la “Guía de Remedios” de la FNE, las medidas de mitigación ofrecidas por los notificantes deberán observar siempre tres requisitos ineluctables: **(a)** efectividad; **(b)** factibilidad de implementación, ejecución y monitoreo; y **(c)** proporcionalidad. Estas exigencias no son una

⁵³⁶ A modo de contraste, en México, la Ley Federal de Competencia Económica, en su artículo 91, señala expresamente las medidas que la Comisión Federal de Competencia Económica puede determinar respecto de una concentración a ella notificada: Una regla de similar tenor se contiene en la Ley Antitrust de Brasil N° 12.529, de 30 de noviembre de 2011, en su artículo 61 §1 y §2.

⁵³⁷ ICN (2016), p.5 [“*The use of guidelines or other policy statements that describe established criteria (for example, for finding a suitable purchaser in a divestiture remedy) and model texts containing provisions that are generally applicable to certain types of remedies promote transparency and may make the remedy design process more efficient*”].

inventiva de la Fiscalía, ya habían sido recogidos por la jurisprudencia precedente del TDLC al señalar que

“las medidas o condiciones que se impongan deben entonces ser: (i) proporcionales, esto es, responder de manera equitativa y razonable a los riesgos que pretenden enervar; (ii) materialmente posibles de aplicar y ejecutar; (iii) eficaces, en cuanto su aplicación debe implicar un verdadero contrapeso o contención respecto de los riesgos detectados; y, (iv) susceptibles de fiscalización y monitoreo independiente y efectivo”⁵³⁸.

Son las mismas condiciones básicas que identifica la Fiscalía, toda vez que su “Guía de Remedios” aglutina en un mismo criterio la factibilidad de ejecución y la factibilidad de monitoreo.

(a) Efectividad

Este requisito da cuenta del vínculo inmediato entre los riesgos detectados y los remedios a definir. Para la FNE, las medidas ofrecidas “deberán ser efectivas para impedir que la operación de concentración modificada a través de ellas resulte apta para reducir sustancialmente la competencia”⁵³⁹. La eficacia de la medida es un criterio recogido a nivel comparado, como puede verse en los lineamientos de la Unión Europea⁵⁴⁰, Estados Unidos⁵⁴¹ e Inglaterra⁵⁴².

En orden a evaluar la efectividad de una medida de mitigación, pueden mencionarse varios criterios⁵⁴³: la correcta identificación del efecto anticompetitivo que busca mitigar; la duración del remedio; la consideración de sus costos e impacto en los beneficios al consumidor y eficiencias derivadas de la operación; y su aptitud para ser cumplido y monitoreado.

En cuanto a una *correcta identificación del riesgo* que pretende mitigar, el remedio debe ser diseñado en torno a determinados efectos anticompetitivos. La determinación de un remedio debe considerar cómo su puesta en práctica impactará las dinámicas competitivas del mercado y los incentivos de las partes que tenían antes y después de la consumación de la operación⁵⁴⁴. Es así como algunos remedios aparecen frecuentemente como más adecuados para ciertos riesgos. Por ejemplo, en fusiones horizontales, frente a un aumento de las cuotas de mercado, la pérdida de presión competitiva o el riesgo de abuso de posición dominante, los remedios de desinversión aparecen como la medida más adecuada; por su parte, si existen riesgos de coordinación entre competidores, la remoción de vínculos por la vía de la enajenación de ciertas participaciones

⁵³⁸ Resolución 37/2011, de 21 de septiembre de 2011, Rol NC N° 388-11, párrafo 304.

⁵³⁹ FNE (2017c), p. 5.

⁵⁴⁰ COMISIÓN EUROPEA (2008c), p.3.

⁵⁴¹ US DOJ (2011), pp.3-4.

⁵⁴² UK COMPETITION COMMISSION (2008), p.6.

⁵⁴³ ICN (2016), p.4.

⁵⁴⁴ ICN (2016), p.4.

minoritarias en la propiedad del competidor, es la medida usual⁵⁴⁵. En fusiones verticales, frente a un riesgo de *foreclosure*, sea aguas arriba o aguas abajo, son usuales las obligaciones de acceso no discriminatorio a insumos o instalaciones esenciales, o la modificación de contratos que aseguren exclusividades⁵⁴⁶.

En cuanto a la *duración del remedio*, la FNE preferirá “aquellos remedios que más rápido se hagan cargo de los problemas detectados, y no aceptará remedios transitorios salvo que estime que los efectos anticompetitivos no le sobrevivirán”⁵⁴⁷. La determinación de plazos definidos para los remedios, a cuyo término se entiendan extinguidos dependerá caso a caso, y las agencias en general son renuentes a fijar periodos de caducidad *a priori*. Las medidas de mitigación aprobadas por la FNE serán, salvo declaración expresa en contrario, de duración indeterminada, al igual como se había razonado en relación a las condiciones que imponía el TDLC en procesos de consulta⁵⁴⁸. La pervivencia indefinida en el tiempo de las medidas de mitigación deriva de la naturaleza preventivo-regulatoria de la decisión⁵⁴⁹. La resolución administrativa que aprueba una fusión se caracteriza por ser una autorización de una actividad llamada a prolongarse indefinidamente en el tiempo y que vincula de forma permanente a la autoridad con el particular. Nada obsta, por cierto, a que se puedan modificar o dejar sin efecto los remedios habiendo cambiado las circunstancias que los motivaron en primer lugar, o que la misma resolución aprobatoria contemple una cláusula de revisión de los remedios⁵⁵⁰. En particular, tratándose de *remedios de desinversión*, éstos deberán prever un plazo para la enajenación de los activos, pero su llegada no generará la extinción de la medida, sino que dará lugar a la venta forzada por un monitor designado (la FNE prevé, en general, 6 meses contados desde la resolución aprobatoria para que las partes completen la enajenación)⁵⁵¹. Asimismo, en esta clase de remedios es esperable la imposición de plazos durante los cuales se prohíba revender y readquirir los activos transferidos. Por su parte, tratándose de *medidas conductuales*, la FNE declara expresamente que “no aceptará limitaciones temporales de las mismas, a menos que se espere que la reducción sustancial de la competencia tenga, asimismo, un efecto transitorio”⁵⁵², haciendo suya la posición de la Comisión Europea frente a estos remedios⁵⁵³.

⁵⁴⁵ FNE (2017c), p. 9.

⁵⁴⁶ FNE (2017c), p. 21.

⁵⁴⁷ FNE (2017c), p. 5. En el mismo sentido, ICN (2016), p. 4.

⁵⁴⁸ Sentencia N° 117/2011, de 29 de diciembre de 2011, Rol C 156-08, cons. 20º: “Que las resoluciones dictadas en virtud de los artículos 18 N° 2 y 31 del D.L. N° 211 –como fue el caso de la Resolución N° 1/2004–, sus efectos y los de las condiciones que tales resoluciones impongan, son de duración indefinida, salvo que la propia resolución en cuestión establezca un plazo para la vigencia de tales condiciones”.

⁵⁴⁹ MONTT (2012), p. 459.

⁵⁵⁰ HERNÁNDEZ DE LAMOTTE e HIDALGO (2018), p. 380.

⁵⁵¹ FNE (2017c), p. 17.

⁵⁵² FNE (2017c), p.20.

La Fiscalía admitiría de modo muy excepcional remedios transitorios tratándose de medidas que persiguen regular directamente el poder de mercado (como es la fijación de precios), sin embargo, manifiesta su aversión a aceptarlos recurrentemente, sino sólo como una solución temporal a la espera de la implementación efectiva de una solución principal⁵⁵⁴. También podrán establecerse remedios conductuales que creen una relación post-fusión entre agentes de mercado, tales como obligaciones de distribución u obligaciones de acceso no discriminatorio a insumos o a instalaciones; en todos estos casos será esperable un plazo límite de duración, a cuyo término se espera que el competidor ya pueda actuar por sí solo en el mercado⁵⁵⁵.

En relación a los *costes del remedio*, la medida no debe afectar las eficiencias que se deriven de la operación, así como otros impactos pro-competitivos que beneficien a los consumidores, como el aumento en la calidad de los productos o en la innovación⁵⁵⁶. Deberá también atenderse a los efectos que pudiere tener el remedio en los costes de producción: ya que toda medida incidirá en la capacidad productiva de la empresa resultante, un aumento considerable del costo de producción será probablemente traspasado a los consumidores en la forma de un alza en los precios.

La *factibilidad del remedio de ser ejecutado y monitoreado* es tratada por la FNE separadamente como una condición básica de todo remedio, por lo que nos referiremos a este punto a continuación.

(b) Factibilidad de implementación, ejecución y monitoreo

La supervisión del cumplimiento de las medidas corresponderá en definitiva a la Fiscalía: de acuerdo al artículo 39 literal d) es una atribución de la FNE el “[v]elar por el cumplimiento de sus propias resoluciones en las materias a que se refiere el Título IV [del DL 211]”. La inexistencia de dispositivos efectivos que permitan la vigilancia del debido cumplimiento de los remedios torna a la medida en “una mera declaración de intenciones carente de fuerza vinculante”⁵⁵⁷. La FNE afirma, con cierta elocuencia, que “la factibilidad de una medida será inversamente proporcional a la intensidad de la supervisión que requiera”⁵⁵⁸, es decir, mientras más fácil sea de llevar a cabo una medida, menor será la necesidad de su monitoreo *ex post*. La Fiscalía asoma su preferencia por

⁵⁵³ COMISIÓN EUROPEA (2008c), p. 16: “La Comisión puede aceptar que las soluciones distintas de la cesión [i.e. remedios conductuales] tengan una duración limitada. La aceptabilidad del plazo y la duración dependerá de las circunstancias individuales de cada caso y no puede predefinirse de manera general”.

⁵⁵⁴ FNE (2017c), pp. 21-22.

⁵⁵⁵ FNE (2017c), p. 22.

⁵⁵⁶ ICN (2016), p.5; UK COMPETITION COMMISSION (2008), pp. 8-9.

⁵⁵⁷ FNE (2017c), p. 5. Ídem en COMISIÓN EUROPEA (2008c), p. 4.

⁵⁵⁸ FNE (2017c), p. 5.

remedios estructurales (que no requieren de dispositivos de supervisión en el mediano o largo plazo) en desmedro de remedios conductuales (que demandan una supervisión por todo el tiempo que se extienda la obligación). Así, cada vez que los notificantes propongan medidas de comportamiento deberán ofrecer un mecanismo de monitoreo suficiente y sencillo para asegurar el efecto que persiga la medida en cuestión.

A este respecto, la experiencia comparada arroja la tendencia de las agencias a exigir la designación de un monitor de cumplimiento (“*monitoring trustee*”), que recae en una entidad experta e independiente de las partes, que informa y reporta periódicamente a la autoridad, con acceso a las instalaciones y dependencias de las partes y que supervisa el proceso de ejecución de las medidas. Esta misma entidad, cuanto se trata un remedio de desinversión, podrá ser la encargada de efectuar la enajenación de los activos sin precio mínimo en caso que las partes por sí mismas no hallen un comprador idóneo dentro del plazo fijado por la autoridad; es lo que se denomina supervisor de desinversión (“*divestiture trustee*”). Igualmente, en una entidad de similares características puede recaer la responsabilidad de mantener la administración separada de los activos a desinvertir (“*hold separate administration*”), a fin de mantener la viabilidad competitiva de los mismos y evitar su deterioro en el ínterin.

La FNE pone énfasis en que la factibilidad de una medida de desinversión depende de varios factores: la existencia de potenciales compradores del paquete de desinversión de activos; la posibilidad de vender los activos como unidad económica sin que pierdan su valor (sea porque se separa de otros activos necesarios para su funcionamiento o porque podrían experimentar una depreciación en el tiempo); la eventual afectación de derechos de terceros derivado del proceso de enajenación (por ejemplo, terceros con derechos condicionales sobre los mismos); y la consideración del tiempo que tardará la implementación efectiva de la medida, especialmente si hay riesgos en el mercado relevante durante el período intermedio⁵⁵⁹. Llama la atención que la Fiscalía sólo se enfoque en la factibilidad de remedios de desinversión y no explice la importancia que tiene el monitoreo *ex post* de las medidas conductuales. Esta clase de obligaciones siempre se extenderá en el tiempo más allá de la consumación de la fusión, por lo que un diseño deficiente y ambiguo, o una implementación sin supervisión adecuada, pueden tornar la medida de comportamiento ineficaz o ser fácilmente vulnerada.

(c) Proporcionalidad

⁵⁵⁹ FNE (2017c), p. 5.

Los remedios deben ser proporcionales a los efectos que pretenden mitigar, es decir, la entidad o gravedad del riesgo detectado tiene directa relación con la entidad o gravedad de la medida. Puede darse el caso de que las partes ofrezcan no un remedio único, sino varias medidas alternativas, todas ellas encaminadas a hacerse cargo del mismo efecto para la competencia. En este caso cobra relevancia el criterio de proporcionalidad, de suerte que “frente a propuestas alternativas de medidas de mitigación que la FNE juzgue como igualmente efectivas para eliminar los efectos anticompetitivos de la operación, se preferirá aquella que resulte menos gravosa”⁵⁶⁰. Lo gravoso de un remedio se relaciona con ser “menos costoso y menos intrusivo”⁵⁶¹. La consideración de los costos es más o menos obvia, pero la intrusividad es más sutil, y se relaciona con la preservación de las eficiencias y beneficios atribuibles a la operación.

La proporcionalidad ha sido considerada un principio ordenador a la hora de determinar las condiciones que pueden imponerse una operación de concentración⁵⁶². El requisito de proporcionalidad también se recogió en la jurisprudencia de la Corte Suprema conociendo en sede de reclamación. El máximo tribunal ha resuelto aprobar fusiones bajo condiciones que califiquen como “suficientes y adecuadas para cautelar la libre competencia”⁵⁶³ o “indispensables para restablecer la competencia en un mercado relevante”⁵⁶⁴. En su revisión de la fusión LAN/TAM, la Corte Suprema examinó las medidas impuestas por el TDLC y concluyó que éstas “son apropiadas a las condiciones o circunstancias que se producirán después de la fusión, y que son proporcionadas toda vez que son aptas para la finalidad que el TDLC pretende”⁵⁶⁵, cual era mitigar los riesgos de coordinación y de abuso de posición dominante de la entidad resultante.

La exigencia de proporcionalidad es también común a una pluralidad de jurisdicciones extranjeras: se repite, por ejemplo, en los lineamientos de las agencias de Estados Unidos⁵⁶⁶, la Unión Europea⁵⁶⁷, Inglaterra⁵⁶⁸ y Brasil⁵⁶⁹. AGÜERO, no obstante, repara en una tendencia de las agencias a fijar remedios desproporcionados al efecto que pretenden mitigar. Lo arriesgado de fijar remedios excesivos reside en que

⁵⁶⁰ FNE (2017c), p. 6.

⁵⁶¹ AGÜERO (2009), p. 4.

⁵⁶² AGÜERO (2015), p. 34.

⁵⁶³ Sentencia de la Corte Suprema de 22 de noviembre de 2007, Rol N°4578-2007, cons.6°. En el mismo tenor, Sentencia de la Corte Suprema de 10 de agosto de 2010, Rol N°68-2010, cons.3°.

⁵⁶⁴ Sentencia de la Corte Suprema de 30 de noviembre de 2013, Rol N°346-2013, cons.17°.

⁵⁶⁵ Sentencia de la Corte Suprema de 5 de abril de 2011, Rol N°9843-2011, cons.32°

⁵⁶⁶ US DOJ (2011), pp.3-4.

⁵⁶⁷ Reglamento del Consejo Europeo N° 139/2004 sobre control de las concentraciones entre empresas, considerando 30.

⁵⁶⁸ UK COMPETITION COMMISSION (2008), p.7.

⁵⁶⁹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (2018), p. 14.

“las eficiencias que creaba la operación se vean impeditas de realizar, o bien, que fusiones que podrían haber generado eficiencias no se lleven a cabo por temor a la fijación de remedios excesivos. En suma: la imposición de remedios excesivos podría terminar siendo incluso perjudicial para los consumidores⁵⁷⁰.

Esta clase de decisiones desproporcionadas ocurriría bajo el pretexto de aprovechar la revisión de la operación para regular la empresa y aumentar la competencia; o cuando se constatan indivisibilidades, de modo que remedios de menor entidad serían insignificantes o ineficaces; o en casos en que hay incertidumbre respecto de los niveles de competencia post-fusión, tras establecer los remedios, y que el daño esperado por su imposición por debajo del nivel óptimo sea superior al daño esperado por imponer remedios de mayor alcance. Con todo, repone el mismo autor, “excepcionalmente puede ocurrir en ciertos casos que sea necesario establecer soluciones de mayor cuantía que las que justifican las circunstancias”⁵⁷¹. Esto tendrá lugar, por ejemplo, cuando existan integraciones relevantes en el proceso productivo y la desinversión de activos separados, aunque menos intensa que la enajenación de toda una unidad de negocios, es ineficaz para asegurar la viabilidad competitiva del comprador; de hecho, una disociación de activos definidos *ad hoc* puede afectar, precisamente, eficiencias productivas o sinergias, de modo que la desinversión de una actividad empresarial completa y autónoma será preferible⁵⁷².

La exigencia de proporcionalidad debe operar como un criterio de ponderación: frente a dos remedios que son igualmente eficaces para enfrentar el mismo riesgo anticompetitivo, donde uno es menos gravoso que el otro, deberá preferirse aquél en lugar de éste; por el contrario, si existe solo un remedio eficaz para mitigar determinado riesgo, deberá siempre elegirse éste (por cierto, si no hubiera remedio eficaz alguno, la decisión debe ser derechamente la prohibición de la fusión). El juicio acerca de la proporcionalidad, entonces, no puede usarse para evaluar dos remedios que se hacen cargo de riesgos diferentes, aun cuando uno sea percibido como menos costoso o menos intenso.

2.24.4. Análisis de los remedios ofrecidos por los notificantes

(a) Proposición de las medidas y entrega de información relativa a las mismas

Según dispone el artículo 53 del DL 211, serán los notificantes quienes tendrán la carga exclusiva de proponer los remedios que se hagan cargo de los riesgos detectados previamente por la FNE. Ahora bien, atendido el principio de intervención colaborativa, las partes de la operación y la

⁵⁷⁰ AGÜERO (2009), p.5.

⁵⁷¹ AGÜERO (2009), p.5.

⁵⁷² BALTO y PARKER (2000); CARY y BRUNO (1997), p.881.

autoridad podrán negociar a partir de la propuesta realizada. El ofrecimiento formal de medidas iniciará un diálogo en que la FNE brindará orientación a las partes en la búsqueda del mejor remedio disponible atendidos los riesgos existentes⁵⁷³. De no arribar a un acuerdo al respecto - subsistiendo entonces el peligro de disminución sustancial de la competencia - la Fiscalía deberá decretar la prohibición de la operación.

El análisis de las medidas de mitigación ofrecidas deberá, ante todo, hacerse cargo de la asimetría informativa subyacente a la relación entre la FNE y los notificantes. Los antecedentes que se deben acompañar a la notificación resultarán insuficientes para dar cuenta a la FNE de que determinado remedio cumple, en concreto, con las condiciones de efectividad, factibilidad y proporcionalidad; en consecuencia, las partes deberán efectuar en el escrito de proposición de medidas una descripción detallada de cada una, con indicación de sus plazos de ejecución, designación de supervisor de cumplimiento y/o de desinversión si fuere necesario, etcétera. La “Guía de Remedios” se ha encargado de señalar no sólo las condiciones básicas de toda medida, sino los tipos de medidas susceptibles de ser ofrecidos y cómo la autoridad evaluará cada uno de ellos. Si la FNE estima que la información aportada en el escrito de medidas es insuficiente para el análisis de las mismas, está investida de la facultad de efectuar requerimientos de información a las partes, quienes deberán responder oportunamente, bajo amenaza de multa (art. 39 letra h). Asimismo, la FNE podrá siempre pedir la opinión de autoridades o terceros con interés en la operación sobre las medidas propuestas (art. 53), y si la operación se halla en el análisis de Fase II, donde el expediente se hace público, estos mismos interesados podrán libremente aportar antecedentes y manifestar su parecer sobre el contenido del expediente en general, y sobre las medidas ofrecidas en particular (art. 55 inc. 2).

Vale la pena resaltar la importancia del escrito de ofrecimiento de medidas. A través de esta presentación las partes describen a la autoridad los remedios que ellas consideran idóneos, pero muy especialmente, el escrito se entiende como complementario de la eventual resolución aprobatoria. La FNE, en su decisión aprobatoria de la fusión, no efectuará una nueva descripción de las medidas, sino que se remitirá al escrito de oferta de medidas que haya tenido la venia de la autoridad. La “Guía” lo prevé especialmente para las medidas de cesión de activos que suponen la descripción exhaustiva del paquete a desinvertir, del proceso de enajenación, la caracterización del comprador, la designación del supervisor de desinversión, etcétera:

“El contenido exacto de la desinversión estará determinado por la información que las partes notificantes hayan entregado a la FNE en su escrito de oferta de medidas, el que

⁵⁷³ FNE (2017c), p. 7.

posteriormente, en caso de aceptarse por la FNE, se reproducirá en la resolución aprobatoria⁵⁷⁴.

Esto obedece a una razón práctica y que promueve la certeza jurídica en beneficio de las mismas partes, toda vez que se limita el riesgo de que el Fiscal incurra en algún error en la redacción de su resolución al transcribir el contenido de las medidas ofrecidas⁵⁷⁵.

(b) Oportunidad para efectuar una propuesta de medidas

El principio general es que las medidas de mitigación podrán ser ofrecidas por las partes en cualquier momento del procedimiento, siempre que no hayan expirado los plazos legales de investigación. En la fase I, desde la fecha que se comunica la resolución que ordena el inicio de la investigación, hasta cumplidos los 30 días siguientes a dicha fecha. Si se dio lugar a la Fase II, no más allá del máximo de 90 días desde que se publicó en la página web de la FNE la resolución que ordena extender la investigación. Con todo, deben hacerse ciertas precisiones sobre el momento en que podrán ofrecerse remedios, y que obedecen a lo instruido por la Fiscalía en la “Guía de Remedios”:

(b.1) En forma coetánea a la notificación

En primer lugar, las medidas podrán ser ofrecidas *en el acto mismo de notificación*. Sin embargo, ni la ley ni el Reglamento lo exigen como un antecedente a acompañar a la notificación, por lo tanto, el ofrecimiento de remedios junto con la notificación quedará enteramente a criterio de las partes. La proposición de medidas en forma previa o coetánea a la notificación será considerada por la Fiscalía como “meramente tentativa”⁵⁷⁶, no vinculará a las partes ni generará el efecto de suspensión unilateral de los plazos de investigación (como sí lo haría una oferta de medidas propiamente tal). Esta prevención se justifica por el hecho de que es carga del Fiscal, y no de las partes, identificar los riesgos, lo que les manifestará antes de tomar cualquier decisión de fondo sobre la operación. Sobre la base de la consideración de los riesgos representados por la autoridad, las partes deberán ofrecer remedios adecuados. No es entonces exigencia legal ni reglamentaria indicar en la notificación los riesgos ni menos ofrecer medidas; al mismo tiempo, es un derecho que asiste a las partes que el Fiscal les informe de los riesgos que a su juicio podrían derivarse una vez

⁵⁷⁴ FNE (2017c), p. 10.

⁵⁷⁵ En la práctica, el Fiscal efectúa una remisión al escrito de medidas que obra en el expediente, entendiéndose éste como parte integrante de la resolución aprobatoria. Así procedió, por ejemplo, en la resolución de 14 de julio de 2017 que autorizó la operación de concentración entre Dow Chemical Co. y E.I. Du Pont De Nemours and Company, Rol FNE F-80-2017, y en la resolución de 4 de septiembre de 2017 que autorizó la operación de concentración entre Time Warner Inc. y AT&T Inc., Rol FNE F-81-2017.

⁵⁷⁶ FNE (2017c), p. 7.

perfeccionada la concentración. Por ende, lo apropiado y aconsejable será que sólo una vez iniciada la investigación, e informados por el Fiscal los riesgos, las partes ofrezcan remedios.

(b.2) Durante la primera fase de investigación

Iniciada la investigación y representados los riesgos a las partes, se previene que las medidas de mitigación ofrecidas durante la Fase I sólo serán aceptadas por la Fiscalía,

“cuando los riesgos resulten fácilmente identificables y los remedios sean suficientemente comprensivos y claros para asegurar a la FNE que abordan adecuadamente todos los posibles problemas de competencia planteados por la operación. Lo anterior, considerando que la investigación en profundidad, tanto del mercado, como de los efectos que la operación de concentración genera en el mismo, sólo se realiza en fase II”⁵⁷⁷ (el destacado es nuestro).

La idea del examen *fast track* de la Fase I es efectuar una aproximación a la operación sobre la base de los antecedentes proporcionados por las mismas partes, y a partir de ellos, podrá determinarse que de la operación no se derivan riesgos, o los riesgos son “fácilmente identificables”, caso en que pueden ser efectivamente mitigados por las medidas ofrecidas en esta etapa temprana de la investigación. Por lo mismo, si la evaluación termina en la Fase I, la operación sólo podrá resultar aprobada - en forma pura y simple o sujeta a medidas –, pero en caso alguno podrá ser prohibida. Si para la autoridad subsiste la duda acerca del potencial anticompetitivo de la operación, lo que deberá hacer es decretar la extensión de la investigación. Operaciones cuyo análisis termina en Fase I son del todo normales, piénsese en operaciones que se notifican voluntariamente, o aquellas acogidas al mecanismo de notificación simplificada donde, por ejemplo, no existe traslape en ningún mercado, o las participaciones de mercado son de escasa importancia; en estos casos el examen de la agencia deberá ser rápido, y probablemente no alcancen a llegar a Fase II. En el primer año desde la entrada en vigor de la nueva normativa, la Fiscalía Nacional Económica ha aprobado 34 operaciones de concentración en Fase I sujetándola a medidas de mitigación, de un total de 43 operaciones con resolución de término (es decir, un 79% del total de operaciones revisadas).

(b.3) Durante la segunda fase de investigación

Si la investigación se extiende a la Fase II significa que la operación, por los mercados en que incide, por los agentes económicos que se concentran, o por las condiciones de perfeccionamiento de la misma, requiere de un análisis en profundidad. La operación comprendida

⁵⁷⁷ FNE (2017c), p. 7. En idéntico sentido, COMISIÓN EUROPEA (2008c), p. 18: “Los compromisos en la fase I sólo podrán aceptarse cuando el problema de competencia sea fácilmente detectable y pueda solucionarse sin dificultad, sin que sea necesario proceder a una investigación en profundidad”.

sin medidas, o aun con las medidas ofrecidas en la Fase I, preliminarmente reviste un riesgo de disminución sustancial de la competencia. Si se ofrecieron medidas en Fase I y el Fiscal las estimó como insuficientes o inidóneas, necesariamente deberán ofrecerse medidas nuevas, de lo contrario, se decretará la prohibición de la operación.

Si las partes *recién en Fase II* presentan una primera propuesta, la Fiscalía recomienda que dicha propuesta se realice no más allá de los 10 días siguientes a la comunicación sobre los riesgos detectados⁵⁷⁸. Esta recomendación obedece a que todo escrito de medidas suspenderá los plazos de investigación y, tratándose de la Fase II, la suspensión puede ser de hasta por 15 días (art. 60), por ende, la presentación tardía o a último minuto de una primera oferta de remedios ya avanzada la Fase II no sólo retrasa el procedimiento, sino también está en tensión con el principio de intervención colaborativa, a la vez que afecta la decisión de fondo que hasta ese momento estuviere contemplando la agencia sobre la operación⁵⁷⁹. Ahora bien, no debe olvidarse que sobre los notificantes pesa el efecto suspensivo, que les prohíbe perfeccionar la operación mientras dure la investigación, por lo que la prolongación de los plazos producida por suspensión unilateral del artículo 60, es un disuasivo a este tipo de conductas no colaborativas, ya que una oferta tardía, al final del proceso, también afectará el interés de las partes de materializar su operación en el más breve tiempo.

(b.4) En el contexto del procedimiento de revisión especial

Por último, existe la posibilidad de que en sede judicial puedan decretarse medidas. A diferencia de lo que ocurre en el procedimiento conducido por la FNE, en la revisión especial las partes no tienen la oportunidad de negociar los remedios, debiendo esperar hasta la dictación de la sentencia definitiva para conocer la real entidad y gravedad de los mismos.

¿Cuándo procederá la revisión especial? En el evento que la decisión final del Fiscal Nacional Económico sea la de prohibir derechosamente la operación, los notificantes podrán incoar la revisión especial de dicha decisión ante el TDLC. Bajo este procedimiento, el Tribunal podrá confirmar la resolución del Fiscal, o revocarla. En caso de revocación, el Tribunal está autorizado para imponer las últimas medidas ofrecidas por los notificantes en el procedimiento de evaluación, o bien, podrá determinar medidas nuevas que considere adecuadas (art. 31 bis inc. 4°). De decretar el TDLC la revocación de la resolución denegatoria del Fiscal, aprobando la operación, pero

⁵⁷⁸ FNE (2017c), p. 7.

⁵⁷⁹ La posibilidad de presentar remedios de último minuto pone de relieve lo acertado del diseño institucional de la Unión Europea que, a diferencia de Chile, contempla plazos límites para la proposición de remedios en cada fase, a cuyo término no se aceptarán o no se considerarán por la Comisión propuestas de soluciones de las partes, salvo excepciones muy calificadas.

sujetándola a medidas diferentes de las últimas ofrecidas en sede administrativa, tanto las partes como el Fiscal podrán deducir el recurso de reclamación ante la Corte Suprema en contra de la sentencia del TDLC (art. 31 bis in fine). Si las partes no reclaman de la sentencia, o reclamada ésta es confirmada por el máximo tribunal, las partes deberán sujetarse indefectiblemente a estas medidas. Por su parte, la Corte Suprema, al fallar la reclamación, también cuenta con facultades para determinar remedios diferentes a los definidos por el TDLC, los que podrán coincidir o no con aquellos pretendidos por los reclamantes.

Cuando la resolución denegatoria del Fiscal es objeto de revisión judicial, las medidas no son definidas por los notificantes, sino por el tribunal respectivo, sea el TDLC conociendo de la revisión especial o la Corte Suprema conociendo del recurso de reclamación; ambos tribunales tienen una potestad amplia para determinar medidas de mitigación y podrán atender a los remedios que se discutieron en el proceso administrativo, o bien determinar remedios distintos que considere adecuados para el caso concreto.

Ahora bien, ¿podrían los notificantes proponer remedios nuevos al TDLC o a la Corte Suprema, distintos a los que ofrecieron en el proceso investigativo? Por lo pronto, los incentivos están colocados para que los notificantes, habiendo promovido la revisión especial, no tengan necesidad de presentar remedios nuevos, puesto que si se conforman con los que ofrecieron en sede administrativa y el Tribunal aprueba la operación sometiéndola a dichos remedios, la sentencia será irrecusable (en tal caso, el Tribunal desautoriza la decisión del Fiscal de prohibir la operación, y a la vez da la razón a las partes aplicando las medidas que ellas mismas propusieron en el procedimiento de evaluación y que el Fiscal consideró insuficientes). En el supuesto, en cambio, que el Tribunal apruebe la operación, pero imponga medidas distintas a las últimas propuestas en sede administrativa, la sentencia se hará recurrible. En este sentido, entendemos que la última oferta de medidas que conste en el expediente de investigación es relevante sólo para efectos de determinar la procedencia del recurso de reclamación, pero de ello no se puede desprender la imposibilidad de proponer nuevos remedios al tribunal respectivo.

Aclarado lo anterior, en nuestro concepto no hay impedimento para que las partes propongan medidas nuevas al Tribunal. Conforme al artículo 31 bis, el TDLC deberá dictar sentencia teniendo a la vista los antecedentes que obren en el expediente de investigación, los descargos que hubieren realizado en audiencia las partes, la FNE o terceros, y por último, “los demás antecedentes que recabe de oficio o a petición de parte” (art. 31 bis inc. 3º). De suerte que los intervenientes podrán aportar elementos de juicio adicionales a los que consten en el expediente investigativo, o a los que se hubieren ventilado en la audiencia que se llevará efecto. Estos

antecedentes adicionales podrán consistir en información nueva destinada a que el Tribunal efectúe un análisis más completo de la operación, en solicitudes de diligencias probatorias o, como es el caso en comento, en la proposición de nuevas medidas de mitigación. Todos estos elementos califican como *antecedentes obtenidos a petición o instancia de parte*. Sin perjuicio de lo anterior, así como las partes podrán ofertar medidas en sede judicial, los demás intervenientes en el juicio también podrán hacerlo; es decir, el Fiscal Nacional Económico y terceros que hubieren aportado antecedentes en la investigación, aun cuando no están legitimados para impetrar la revisión especial, sí están autorizados para intervenir en el procedimiento judicial, pudiendo comparecer a la audiencia que el Tribunal cite y aportar antecedentes al proceso, los que – como se ha argüido – podrán comprender propuestas de medidas de mitigación.

Aquí notamos una radical diferencia con lo que sucede en sede administrativa, donde exclusivamente el notificante puede ofrecer remedios, y si estos no se hacen cargo de los riesgos, el Fiscal no puede modificarlos de oficio (sino que debe representar a las partes su disconformidad para que efectúen una mejor propuesta). En sede judicial, en cambio, todos los intervenientes (notificantes, Fiscal y terceros) podrán proponer medidas, pero, a su vez, el TDLC no estará en caso alguno constreñido por las peticiones y proposiciones de los intervenientes, pudiendo considerarlas o desecharlas para dictar su sentencia definitiva y en particular, podrá determinar toda clase de medidas de mitigación. Si el TDLC decide revocar la resolución denegatoria del Fiscal, deberá determinar si aprueba la operación en forma pura y simple, o la sujeta a medidas; en este último caso, podrá optar entre imponer las últimas medidas propuestas por los notificantes que consten en el expediente de investigación de la FNE, o bien decretar “otras medidas que considera adecuadas y suficientes” (art. 31 bis inc. 4º), para lo cual el Tribunal podrá considerar: remedios propuestos por los notificantes en el proceso de evaluación, pero distintos a los últimos; remedios que hubieren promovido los intervenientes (partes, FNE o terceros) durante el procedimiento de revisión especial; o remedios de su propia factura definidos *ad hoc*. Como forma de control del ejercicio de esta potestad de revisión amplia, se abre la vía del recurso de reclamación. De haberse interpuesto la reclamación para ante la Corte Suprema, las partes de la operación y la FNE, ambos legitimados activos, también pueden efectuar presentaciones consistentes en nuevas propuestas de medidas o modificaciones de éste, respecto de las cuales la Corte, al igual que el TDLC, no estará vinculada, pudiendo imponer los remedios que estime pertinentes.

En cuanto a la oportunidad procesal para efectuar este tipo presentaciones por los intervenientes en el procedimiento de revisión especial, de lo dispuesto en el artículo 31 bis es posible colegir que al término de la audiencia de descargos el TDLC deberá contar con todos los

antecedentes necesarios para proceder a dictar sentencia, concediéndosele un plazo para la redacción y pronunciamiento de la misma. En consecuencia, los intervenientes (sean las partes de la operación, la FNE o terceros) sólo podrán efectuar presentaciones escritas al TDLC hasta antes de la fecha de realización de la audiencia respectiva (sin perjuicio de poder efectuar verbalmente alegaciones en la misma audiencia). En similar sentido, si se hubiere deducido recurso de reclamación ante la Corte Suprema, los intervenientes (recurrentes y recurridos) podrán realizar presentaciones escritas hasta antes de la vista del recurso.

(c) Requisitos del escrito de medidas

Nos referiremos exclusivamente a los requisitos que instruye la FNE para las propuestas de medidas que efectúen los notificantes durante el procedimiento de evaluación de la operación⁵⁸⁰. El ofrecimiento de medidas estará dirigido a la Fiscalía Nacional Económica – concretamente la División de Fusiones – y deberá realizarse mediante una presentación escrita, firmada por quienes asumen los compromisos, en que se detallen las medidas de mitigación ofrecidas, siguiendo un modelo que al efecto establecerá la agencia. Además, el documento deberá contener una enunciación de la forma en que se pretenden implementar las medidas ofrecidas y los plazos contemplados para ello, así como antecedentes o elementos de juicio que permitan a la agencia realizar el análisis de efectividad, factibilidad y proporcionalidad. Finalmente, el escrito deberá identificar el o los supervisores de cumplimiento y el de desinversión que se hará cargo del proceso y las funciones que corresponderá desempeñar a los mismos⁵⁸¹. Se exige que el escrito sea firmado por “quien asume los compromisos” y no exclusivamente por los notificantes, toda vez que las medidas suponen no sólo una oferta vinculante de los agentes económicos que se concentran, sino también podrá contener la identificación de terceros que intervendrán en la implementación de la medida, como son los supervisores. Tratándose en particular de medidas de cesión de activos, deberá contener además la designación de quien actuará como monitor del proceso de enajenación de fallar las partes en llevar a cabo la venta por sí mismas –el supervisor de desinversión- o, si lo hubiere, la identificación temprana del comprador de los activos si se quiere llegar a una “solución previa” o una “solución de comprador inicial”⁵⁸². Todos ellos deberán comparecer y firmar en el escrito de propuesta de medidas. Por cierto, tanto los apoderados de los notificantes como los demás

⁵⁸⁰ Los escritos de medidas que los intervenientes presenten en sede judicial de revisión especial exceden la órbita de la potestad instructiva de la FNE, por lo que no son objeto de tratamiento por la “Guía de Remedios”. Por lo pronto podemos decir que, en cuanto a sus aspectos formales, deberán observar los requisitos comunes a todo escrito judicial (arts. 30 y ss. del CPC), quedando a decisión del Tribunal en la sentencia definitiva pronunciarse si impone o no alguno de los remedios promovidos por los intervenientes, así como su idoneidad para mitigar los riesgos derivados de la operación.

⁵⁸¹ FNE (2017c), p. 6.

⁵⁸² FNE (2017c), p. 14.

firmantes deberán contar con poderes suficientes para efectuar tales declaraciones y compromisos vinculantes.

En el escrito los notificantes podrán también solicitar la confidencialidad de las medidas ofrecidas, para lo cual deberán acompañar las correspondientes versiones públicas. La solicitud de confidencialidad deberá ajustarse a lo establecido en artículo 10 del Reglamento, y fundarse en alguna de las causales de reserva señaladas en el artículo 39 letra a) del DL 211. La confidencialidad adquiere relevancia tratándose de una oferta de activos a desinvertir que contenga un paquete alternativo más atractivo en caso de no prosperar la venta del paquete preferente (las llamadas “*crown jewels*”). La FNE previene, para este caso, que la existencia de este paquete alternativo de activos “será mantenida con carácter confidencial hasta el último día del plazo previsto para la venta del paquete preferente, en caso de que así sea solicitado por las partes, a objeto de no afectar el proceso de desinversión primario”⁵⁸³. La reserva del contenido del paquete alternativo, si bien no es indispensable para la eficacia de la medida, es un resguardo adicional que limita los incentivos de potenciales compradores que esperan a que finalice el plazo para vender el paquete principal, y luego ofertar por el segundo que es más atractivo. Como este riesgo afecta exclusivamente a las partes (mas no a la agencia, que le interesa que los activos se enajenen lo más pronto posible cualquiera sea su precio), será carga de los notificantes requerir la confidencialidad del paquete alternativo al momento de efectuar un ofrecimiento de esta naturaleza⁵⁸⁴.

(d) Efectos de la presentación de medidas

Con la presentación de un escrito de medidas la Fiscalía iniciará el proceso de análisis de los remedios. La evaluación preventiva ya no dirá relación sólo con la operación y su potencial anticompetitivo, sino que se extenderá a la idoneidad de las medidas para efectivamente mitigar los riesgos detectados. Para el análisis de los remedios la Fiscalía podrá requerir la opinión de terceros, sean autoridades, expertos u otros agentes económicos que pudieren tener interés en la operación (sea por su calidad de competidores, proveedores, consumidores, etc.). El Título IV del DL 211 distingue las formas en que terceros podrán intervenir en una investigación determinada: si el procedimiento se halla en Fase I, el expediente será accesible sólo para los notificantes, por lo que terceros podrán aportar antecedentes en la medida que la propia FNE les requiriese su opinión sobre los remedios propuestos; si el procedimiento entró en Fase II, el contenido del expediente se hace público y cualquier tercero interesado podrá manifestar su opinión sobre los remedios. En especial, tratándose de una medida de desinversión,

⁵⁸³ FNE (2017c), pp.12-13.

⁵⁸⁴ En similar sentido, CANADA COMPETITION BUREAU (2006), p.8.

“la FNE podrá indagar el parecer de estos terceros respecto de la suficiencia del paquete de activos ofrecido por las partes para permitir al comprador de aquéllos operar viablemente, las características que debiese tener el potencial comprador a efecto de que se cumpla dicho objetivo y la existencia de potenciales interesados por dicho conjunto de activos. En una etapa posterior, la FNE podrá consultar a terceros su parecer respecto de si el comprador propuesto por las partes cumple con los requisitos establecidos en la oferta final”⁵⁸⁵.

El examen de las medidas podrá dar lugar a entrevistas no sólo con los notificantes, sino también con las demás personas que intervendrán en la ejecución del remedio propuesto, por ejemplo, aquella entidad que actuará como supervisor de cumplimiento y/o de desinversión, o el potencial comprador. Es menester dar cabida a intereses distintos a los de los notificantes. Con todo, los intereses de competidores, proveedores o consumidores no necesariamente estarán alineados con los de la agencia. En ese contexto, la FNE podrá pedir la opinión de otras autoridades nacionales para incorporar consideraciones de índole regulatoria que pudieren ser relevantes en el diseño o la implementación del remedio. La Fiscalía también podrá sostener comunicaciones con autoridades extranjeras ante las cuales la operación de concentración se haya notificado, o esté siendo actualmente objeto de revisión.

Tras el ofrecimiento de las medidas, la Fiscalía podrá manifestar su disconformidad o reparos a las partes a fin de que corrijan, aumenten o restrinjan su propuesta. El diseño de medidas de mitigación es tanto o más complejo que el examen mismo de la operación, y es donde se evidencia con claridad el principio de intervención colaborativa que informa a la investigación de operaciones de concentración.

La presentación de un escrito de medidas también producirá la suspensión de los plazos de la investigación, en los términos que señala el artículo 60 del DL 211. Así, el plazo de duración de la Fase I se podrá suspender hasta por un máximo de 10 días, y el plazo de duración de la Fase II se podrá suspender hasta por un máximo de 15 días, según sea la etapa en que tuviere lugar la propuesta. La “Guía de Remedios” de la FNE ha entendido que los plazos se suspenderán “de manera automática”⁵⁸⁶ con la sola presentación del escrito respectivo, conclusión que hemos rechazado por varias razones: no sería necesario un pronunciamiento de la Fiscalía que constate que efectivamente se trate de una propuesta de medidas y que declare la suspensión de los plazos por un tiempo determinado; desconoce el espíritu colaborativo al dar pie a propuestas temerarias hechas con el solo propósito de obtener una ampliación de los tiempos restantes de investigación; e ignora el tenor del artículo 60 que señala que la suspensión será por un “máximo” de días, por lo que el Fiscal válidamente podría decretar un tiempo inferior de suspensión, acorde a la naturaleza y

⁵⁸⁵ FNE (2017c), p. 8.

⁵⁸⁶ FNE (2017c), p. 7.

entidad de las medidas. En razón de lo anterior es que consideramos que la presentación del escrito de remedios si bien producirá la suspensión de los plazos, tal efecto no operará automáticamente, sino que requerirá de una resolución de la FNE que tenga por presentado el escrito de medidas y que especifique el número de días por el cual se suspenderán los tiempos de la investigación (si la resolución nada dice, debe entenderse suspendida por el máximo legal del artículo 60, según sea la fase en que se halle el procedimiento). En consecuencia, la suspensión sólo empezará a correr a partir de la fecha de comunicación de dicha resolución a los notificantes. Esta interpretación es más consistente con la redacción del artículo 60 y el principio de intervención colaborativa.

Asimismo, los notificantes podrán realizar subsecuentes modificaciones al escrito original de medidas, sea de *muto proprio* o para hacerse cargo de los reparos de la FNE. Los cambios deberán cumplir con los mismos requisitos que la presentación inicial (por escrito y con la firma de quien asume los compromisos) y siempre que no se haya dado término a la investigación. En tanto escrito de proposición de medidas, la modificación también producirá el efecto de suspensión unilateral de los plazos, en los términos señalados anteriormente. La modificación podrá ser *total* o *parcial*: la modificación total sustituye al escrito anterior y se considerará como el último ofrecimiento de medidas, mientras que la modificación parcial viene a complementar y a integrar el escrito anterior en el sentido señalado por el proponente, por lo que en su conjunto ambos escritos constituirán el último ofrecimiento. Esta precisión es relevante para el caso en que tuviere lugar el silencio administrativo positivo (previsto en los artículos 54 y 57 del DL 211 para las Fases I y II, respectivamente), en virtud del cual si el Fiscal no dicta una resolución de término sobre la operación dentro de los plazos de investigación, la operación se entenderá aprobada y sujeta a las últimas medidas ofrecidas por los notificantes.

La última propuesta de remedios que conste en el expediente también cobra importancia en caso de que el Fiscal decrete derechamente la prohibición de la operación y las partes impetren la revisión especial de esta decisión; en ese evento, si el TDLC aprueba la operación, pero la sujeta a remedios distintos a los últimos ofrecidos por las partes en la investigación, procederá la reclamación de la sentencia del TDLC para ante la Corte Suprema (art. 31 bis DL 211).

Finalmente, si el Fiscal aprueba la operación so cumplimiento de los remedios ofrecidos, se entiende que el escrito de medidas pasa a ser parte integrante de la resolución aprobatoria y vinculante para los notificantes⁵⁸⁷. Lo mismo puede decirse para el caso que, en lugar de contar con una resolución aprobatoria expresa, opere el instituto del silencio positivo al término de la

⁵⁸⁷ FNE (2017c), p. 8.

investigación: en este supuesto habrá una aprobación tácita del proyecto sujeta a la condición de dar estricta observancia de la última propuesta de medidas.

(e) Remedios en operaciones internacionales

En el contexto de una economía globalizada, es normal encontrarse con operaciones de concentración de escala supranacional (i.e. regional, continental o pluri-continental). Esta clase de operaciones imponen mayores desafíos a las agencias locales cuando la operación que conocen es, ha sido o será notificada también en otras jurisdicciones, especialmente en lo tocante al diseño de medidas de mitigación adecuadas y eficaces. En primer lugar, surgen riesgos de *duplicidad*: pueden determinarse los mismos remedios que otra agencia local ya impuso (de similar o idéntico alcance, respecto de las mismas entidades, o comprendiendo los mismos activos). En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, aparece el riesgo de *contradicción*: una agencia puede, respecto de la misma operación, llegar a una conclusión distinta sobre su potencial anticompetitivo, pudiendo imponer remedios más gravosos o costosos que los decretados en otra jurisdicción, o incluso llegar a determinar la prohibición de la operación, en circunstancias que fue aprobada (con o sin medidas) en los otros países donde fue notificada. En tercer lugar, existen dificultades de *enforcement*, toda vez que las capacidades de fiscalización directa de una agencia local respecto del cumplimiento de su decisión se limitan a su territorio, y si existen reglas de competencia extraterritorial, están radicadas en los tribunales y requieren su intervención. En cuarto lugar, existe un riesgo de *sobrenotificación*, respecto de operaciones que han sido informadas en varios países, pero que bajo la ley local no merecen ser notificadas y aun así las partes las notifican voluntariamente, con las consecuencias en términos de costos (destinar recursos privados y públicos a revisar operaciones que no merecen mayor reparo por su escaso o inexistente impacto doméstico). Por último, existen riesgos de *rivalidad* por parte de agencias grandes que reclaman preponderancia, desplazando a las agencias pequeñas o con menos experiencia. Estos son los principales puntos a tener en cuenta en operaciones pluri-jurisdiccionales y su incidencia en la configuración y control de remedios.

Todo lo anterior pone de relieve la necesidad de promover la cooperación entre las agencias. La cooperación puede ser beneficiosa en al menos cinco aspectos⁵⁸⁸: (i) ayuda a promover decisiones consistentes en el tiempo; (ii) aumenta la eficiencia en la investigación por la vía de reducir la duplicación de trabajo, retrasos y costos innecesarios para las partes y las agencias; (iii) reduce déficits en la información disponible de las agencias, llevando a decisiones más completas; (iv) ayuda a promover la convergencia tanto en el análisis de casos específicos, así como en general

⁵⁸⁸ ICN (2015), p.2.

en relación a los criterios aplicables a todas las fusiones; y (v) estimula la familiaridad entre agencias respecto de aquellos puntos comunes en el examen de fusiones, lo puede ser de ayuda en futuros procedimientos.

Las agencias pueden favorecer una relación de mutuo entendimiento e intercambio de información. Esto redunda directamente en beneficios para las partes, ya que puede permitir que su operación sea revisada con mayor rapidez si ya fue notificada y aprobada en otra jurisdicción; beneficia a la agencia (especialmente cuando es pequeña), ya que se ahorrará costos en la revisión de una operación que se ve compleja por su alcance global, pero que cuenta con información fehaciente y objetiva provista por las autoridades extranjeras que revisaron previamente la fusión; y beneficia en general a la sociedad ya que permite detectar e identificar de mejor manera los riesgos, acreditar o descartar las eficiencias alegadas y diseñar los remedios idóneos para el caso. Lo habitual es que las agencias celebren convenios bilaterales o multilaterales de cooperación para estos efectos⁵⁸⁹.

La coordinación permite tener remedios coherentes y mutuamente aceptados por las agencias, al tiempo que minimiza las dificultades en la etapa de ejecución. Por ejemplo, en remedios de desinversión, la cooperación promueve la consistencia en el alcance de la unidad de negocios a ser desinvertida y en las relaciones del ínterin entre las partes y el prospecto de comprador. Del mismo modo, cooperación en la implementación de los remedios puede llevar a la designación de *trustees* o monitores comunes, y puede aumentar la probabilidad de acuerdo sobre el mismo comprador cuando los remedios de las agencias suponen la desinversión del mismo negocio⁵⁹⁰. En el caso de remedios conductuales, el principal desafío reside en acceder a la información que permita monitorear a lo largo del tiempo el cumplimiento de los compromisos contraídos; el monitoreo puede requerir ayuda de otra agencia (donde tiene incidencia el remedio), agencia que puede ser renuente a prestar tal asistencia porque, por ejemplo, no impuso tal remedio y por tanto no tiene interés de monitorear obligación alguna⁵⁹¹.

Para estos efectos, estimamos pertinente hacer una distinción. Las operaciones transfronterizas pueden requerir dos tipos de remedios: *remedios locales* y *remedios internacionales* comunes a varias jurisdicciones⁵⁹². Lo anterior supone, por cierto, la capacidad de las agencias de identificar y separar aquellos efectos anticompetitivos que afecten sólo a mercados nacionales, de aquellos efectos que pueden tener lugar en una pluralidad de mercados a un nivel transnacional.

⁵⁸⁹ RATLIFF, LOUIS y O'DALY (2015), p. 58.

⁵⁹⁰ ICN (2015), p. 11.

⁵⁹¹ OCDE (2013b), p.12.

⁵⁹² RATLIFF, LOUIS y O'DALY (2015), p. 48.

Una vez dilucidada la extensión de tales efectos, las agencias pueden distribuir su carga de trabajo, enfocar sus esfuerzos en el diseño de remedios locales y, al mismo tiempo, coordinarse con las agencias hermanas para determinar remedios transnacionales adecuados, caso en que pueden simplemente replicar las medidas fijadas por las otras agencias, o acordar un criterio común para la aprobación del comprador adecuado de los activos a desinvertir, o crear mecanismos de monitoreo a nivel local, usualmente a través de un supervisor o *trustee* común. Al respecto, se ha dicho que “el uso de un monitor común reduce el riesgo de duplicación y permite a las agencias tener la misma información a la hora de evaluar el correcto cumplimiento del remedio”⁵⁹³. Así, operaciones aprobadas previamente por otras autoridades pueden ser examinadas de forma más expedita en el país, y las agencias locales enfocarse en el impacto doméstico de la operación. Si se ve la experiencia de las agencias pequeñas, varias han adoptado un enfoque más pragmático y deferente hacia las agencias más grandes o con más experiencia, en algunos casos motivado por el auto-convencimiento de no poder imponer su criterio cuando se trata de operaciones globales complejas, limitándose a remedios conductuales de alcance local⁵⁹⁴. La posibilidad de “*free riding*” de las agencias pequeñas a la hora de evaluar operaciones internacionales, si bien reduce costos a las partes y economiza los escasos recursos de que disponen estas agencias, debe ser mirado con cautela, ya que aunque puede ser útil en fusiones con los mismos efectos anticompetitivos en mercados globales, decisiones de autoridades extranjeras pueden crear efectos sub-óptimos a nivel doméstico, especialmente en economías pequeñas⁵⁹⁵.

La operación puede tener efectos específicos en los mercados nacionales, que no se replican a nivel internacional o en los países donde ya fue aprobada (por ejemplo, la fusión puede significar una disminución importante de los actores en cierto lugar, mientras que en otro la misma fusión no reviste variaciones significativas en los niveles de concentración; o bien, la entidad resultante no afectará la competencia en el lugar donde operará, pero sí podría obtener un poder de compra mayor en el país donde se provee de insumos). Ello reafirma la importancia de identificar correctamente los *efectos locales*, y que, en ciertos casos, la agencia local no debe temer en aplicar remedios divergentes que los de una agencia extranjera más experimentada, los que serán específicamente diseñados para mitigar los riesgos que en su territorio genera una operación internacional.

La coordinación no se logra sólo con la voluntad de las agencias. Es altamente probable que cada ley local establezca reglas de confidencialidad más o menos estrictas. Para facilitar el diálogo

⁵⁹³ OCDE (2013b), p. 6 [“*The use of a common trustee reduces duplication and allows the agencies to have the same information set when assessing the correct enforcement of the remedy*”].

⁵⁹⁴ RATLIFF, LOUIS y O’DALY (2015), p. 49.

⁵⁹⁵ CHUA (2015), p.394.

entre las agencias, éstas podrán verse en la necesidad de pedir a las partes que les concedan de autorizaciones especiales (“*waivers*”) para que la autoridad local pueda solicitar antecedentes de un procedimiento ventilado en otro país. Esto facilita enormemente el acceso a información relevante para el análisis sustantivo de la operación y para el diseño de remedios. En Chile, la posibilidad de colaboración entre la FNE y agencias hermanas se desprende del artículo 39, literal l) del DL 211, en virtud del cual el Fiscal se encuentra autorizado para “[...] celebrar convenios con agencias u otros organismos extranjeros que tengan por objeto promover o defender la libre competencia en las actividades económicas”. En particular, en materia de control de fusiones, el Reglamento exige a las partes señalar al notificar su operación, si ésta ya se ha sometido o se proyecta someter a revisión de otras agencias, especificando las autoridades o países, y las decisiones que ya se hubieren emitido a su respecto⁵⁹⁶. Asimismo, las partes voluntariamente podrán autorizar a la Fiscalía y a las autoridades de los países respectivos, ya sea al momento de la notificación o durante el procedimiento, a compartir información relativa a la operación, debiendo acompañar una declaración escrita dando su consentimiento⁵⁹⁷. Por su parte, la FNE ha señalado que, en lo posible, “abogará por la búsqueda de soluciones armónicas en materia de mitigaciones”⁵⁹⁸.

Desde la entrada en vigencia de la nueva normativa de fusiones, destacamos positivamente la aprobación de fusión internacional de Dow Chemical/DuPont, respecto de la cual se determinaron medidas de desinversión de algunas divisiones de DuPont en Chile, pero se admitió como comprador adecuado a aquel aprobado previamente por la Comisión Europea. Sin perjuicio de ello, la FNE le exigió al comprador tener capacidad operacional en Chile (contar con todos los permisos y registros), y capacidad de competir en Chile en un plazo razonable sin intervención de las partes⁵⁹⁹.

En la práctica, parece recomendable que las partes notifiquen primero en los países donde más incidencia tendrá la operación, y luego notifiquen en los países donde tendrá un impacto menor o marginal, para lo cual las empresas pueden consultar antes de notificar en una u otra jurisdicción, o recurrir a reglas de suspensión de los plazos para lograr una coordinación en el *timing* de procedimientos que se llevan paralelamente ante varias agencias.

⁵⁹⁶ Artículo 2 N°4, letra d), del Reglamento

⁵⁹⁷ Formulario de Notificación Ordinario, Sección V, p.6, y Formulario de Notificación Simplificado, Sección VI, p.8.

⁵⁹⁸ FNE (2017c), p. 8.

⁵⁹⁹ Operación de concentración entre Dow Chemical Co. y E.I. Du Pont De Nemours and Company, Rol FNE F-80-2017.

2.24.5. Tipos de medidas de mitigación susceptibles de ser ofrecidas

La *summa divissio* distingue entre remedios estructurales y conductuales. En este apartado seguiremos la clasificación que la FNE efectúa en su “Guía de Remedios” y sobre la cual realizará su análisis caso a caso. Indudablemente la agencia hace eco de esta distinción fundamental, toda vez que reconoce “remedios de desinversión” (la medida estructural por anonomasía) y “otros remedios de mitigación” (categoría que comprende toda la variedad restante de remedios de comportamiento).

Respecto de concentraciones horizontales, la FNE exigirá que las medidas impliquen la desinversión de activos a un comprador adecuado, lo que no obsta a que complementariamente las partes se obliguen a otra clase de compromisos que no involucren una cesión de activos. Ello, en el entendido que “este tipo de medidas [de desinversión] genera menos distorsiones en los mercados afectados y conexos y resultan más fáciles de fiscalizar (ya que se materializan de una vez sin implicar obligaciones sucesivas en el tiempo)”⁶⁰⁰. En cambio, tratándose de concentraciones verticales y de conglomerado, la FNE estará más abierta a considerar, como remedio principal, medidas de mitigación distintas de la desinversión. Sin embargo, incluso en esta clase de operaciones, podrán aceptarse desinversiones cuando “resulten proporcionales”⁶⁰¹. Las medidas estructurales de cesión de activos son concebidas, entonces, como un referente de comparación o *benchmark* sobre el cual se evaluará la aptitud de medidas de comportamiento alternativas⁶⁰².

A la luz de los lineamientos de la FNE distinguimos, por un lado, **(1) remedios de desinversión**, que comprenden **(a)** medidas de desinversión de activos a un comprador adecuado y **(b)** medidas de desinversión destinadas a remover vínculos entre competidores; y por otro lado, **(2) otros remedios**, que engloban **(a)** medidas quasi-estructurales, **(b)** medidas conductuales en sentido estricto, **(c)** remedios transitorios que regulan directamente el poder de mercado, y **(d)** obligaciones conductuales en relación al comprador del paquete de desinversión. Añadimos otro grupo de **(e)** obligaciones de información o reporte a la agencia, que también pueden ser calificadas como remedios de comportamiento.

2.24.5.1. Medidas de desinversión

(a) Medidas de desinversión de activos a un comprador adecuado

⁶⁰⁰ FNE (2017c), p. 10.

⁶⁰¹ FNE (2017c), p. 10.

⁶⁰² COMISIÓN EUROPEA (2008c), p. 13: “las cesiones son la referencia para otras soluciones en términos de eficacia y eficiencia. Por lo tanto, la Comisión puede aceptar otros tipos de compromisos, pero sólo en circunstancias en que la otra solución propuesta sea por lo menos equivalente en sus efectos a una cesión”.

La predilección por medidas estructurales consistentes en desinversión de activos para fusiones horizontales, y remedios no estructurales para fusiones verticales y de conglomerado, es un criterio ampliamente asimilado por las agencias de competencia⁶⁰³. Consistente con esta línea, la FNE ha dicho que el remedio “que mejor mitigará los riesgos emanados de una operación de concentración de carácter horizontal es la venta de todos los activos, tangibles e intangibles, necesarios para que el comprador de aquéllos pueda competir de manera efectiva con quienes se concentran”⁶⁰⁴.

Entre las ventajas que habitualmente se reconocen a las medidas estructurales de este tipo se halla la rapidez en su implementación, que reduce o elimina derechosamente la necesidad y los costos de un subsecuente monitoreo a largo plazo⁶⁰⁵. Junto con ello, remedios de desinversión se hacen cargo directamente del riesgo de disminución de la competencia que representa la entidad resultante de la operación, toda vez que crean las condiciones necesarias para que aparezca un nuevo agente competitivo, o para que se consolide algún competidor ya existente⁶⁰⁶. Esta preferencia parte de la comprensión del fenómeno de la concentración empresarial como uno esencialmente estructural. De este modo, la cesión de activos viene a asignar directamente una cuota de mercado a un competidor real o potencial, y correlativamente, se reduce la cuota de mercado de la entidad resultante⁶⁰⁷.

Con todo, se advierte que la eficacia de una medida de cesión de activos puede verse afectada por tres clases de riesgos específicos⁶⁰⁸: (i) riesgo asociado a la idoneidad del paquete de desinversión (“**riesgo de composición**”): que el conjunto de activos ofrecidos carezca de la aptitud necesaria para restablecer la competencia o para captar el interés de potenciales compradores; (ii) riesgo asociado a la idoneidad del comprador (“**riesgo de comprador**”): que el posible adquirente no reúna las condiciones para convertirse en una fuerza competitiva; y (iii) riesgo asociado al proceso de enajenación (“**riesgo de implementación**”): que el conjunto de activos a enajenar se deteriore antes de su transferencia.

Estos riesgos son atendidos por la experiencia comparada en lo que a cesión de activos se trata⁶⁰⁹, y si bien miran distintos aspectos de la eficacia de una medida de desinversión, están estrechamente ligados, por lo que las agencias se valen de una variedad de mecanismos

⁶⁰³ OCDE (2011), p.12; ICN (2016) p.9; ICN (2017), p. 36; BUNDESKARTELLAMT (2016), p.10; COMISIÓN EUROPEA (2008c), pp. 4-5; US DOJ (2011), p.5; US FTC (2012), p.5; CANADA COMPETITION BUREAU (2006), p.2; UK COMPETITION COMMISSION (2008), p.6; CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÓMICA (2018), pp. 15-16.

⁶⁰⁴ FNE (2017c), p. 10.

⁶⁰⁵ OCDE (2011), p. 11; ICN (2016), p. 9.

⁶⁰⁶ COMISIÓN EUROPEA (2008c), p.6.

⁶⁰⁷ AGÜERO (2009), p.6.

⁶⁰⁸ FNE (2017c), p. 11.

⁶⁰⁹ ICN (2016), p. 4; COMISIÓN EUROPEA (2008c), pp.3-4; UK COMPETITION COMMISSION (2008), p. 17.

complementarios para enfrentarlos, tales como la identificación temprana del comprador (a través de provisiones “*up-front buyer*”), la designación de supervisores del proceso de enajenación (conocidos como “*divestiture trustees*”), o la administración separada del conjunto de activos a desinvertir (“*hold separate administration*”).

Así, al evaluar la idoneidad de un paquete de activos a desinvertir deberán considerarse elementos relacionados con el contenido del conjunto de activos ofrecidos, las características del potencial comprador y las condiciones en que se llevará a cabo el proceso de enajenación. Todos estos aspectos los desarrolla la Fiscalía en su “Guía de Remedios”:

(a.1) Contenido del paquete de desinversión

Lo que se busca con las medidas de desinversión es que, por la vía de la cesión de ciertos activos, otro agente económico - el comprador de los activos - pueda competir efectivamente con el nuevo agente económico que surge de la operación. En principio, los activos a desinvertir son sólo aquellos empleados por los agentes económicos en el mercado relevante que incidirá la operación, no obstante, en ciertas circunstancias, y para mantener efectivamente la competencia post-consumación, estos activos pueden por sí solos no ser suficientes, por ende, se hace necesario incluir activos adicionales en el paquete de desinversión. Por ejemplo, en ciertas industrias resulta difícil competir sin ofrecer una línea completa de productos, o puede haber instalaciones que evidencian importantes procesos de integración y que producen una diversidad de bienes, por lo que una separación de los activos podría afectar economías de escala o de ámbito y otras eficiencias ya consolidadas antes de la fusión⁶¹⁰. En algunas industrias, para que el comprador pueda operar competitivamente puede ser necesario que se ofrezcan activos que son fuente de insumos productivos que, sin embargo, se encuentran ubicados más allá de los mercados geográficos directamente afectados por la fusión. En todos estos casos, la viabilidad competitiva del paquete de desinversión justifica la inclusión de activos adicionales aun cuando éstos no son aplicados directamente en el mercado relevante afectado por la operación de concentración.

No debe confundirse la inclusión de activos adicionales para asegurar la efectividad del paquete a enajenar, con la opción de ofrecer un *paquete alternativo de desinversión* (“*crown jewels*”) cuando no se sabe si existirán compradores interesados en el paquete principal. En el primer caso, se trata de activos que se incorporan a un solo y único paquete que se ofrece, con miras a que éste tenga suficiente viabilidad competitiva y puede ser operado por el comprador, frente a lo cual se hace necesaria su inclusión para aprobar la medida. En el segundo caso, las *joyas de la*

⁶¹⁰ BALTO y PARKER (2000); CARY y BRUNO, 1997, p. 881.

corona son un conjunto de activos que vienen a conformar un segundo paquete, alternativo al paquete original, que podrán complementar e incluso reemplazar a los activos que integran el paquete principal, y que surgen como un ofrecimiento de las partes cuando existe la duda de si habrá siquiera compradores interesados en el primer conjunto de activos⁶¹¹. Son mecanismos que operan de manera distinta y que se justifican por razones diferentes: el primero asegura la viabilidad competitiva del paquete de desinversión, de modo que sin la incorporación de los activos adicionales el remedio mismo se vuelve de hecho impracticable, de ahí que surja habitualmente como una exigencia de la autoridad para corregir la medida; el segundo, en cambio, asegura la enajenación de los activos cuando no hubiere compradores interesados en el paquete original por la vía de ofertar un paquete secundario más atractivo, por lo que es visto como un ofrecimiento que emana normalmente de las partes, existiendo otras soluciones a mano para el mismo problema, como sería la identificación temprana del comprador, o la designación de un supervisor de desinversión.

La FNE tiene lineamientos específicos en relación al contenido del paquete de desinversión, y que hacen eco de la experiencia comparada, según se verá: (1) se preferirá la venta de una actividad económica funcional y autosuficiente dentro del proceso productivo o de comercialización de una de las partes; (2) en su defecto, se considerará la venta de un conjunto de activos separados determinados de manera *ad hoc*, cumpliendo ciertas garantías mínimas; (3) en todo caso, se preferirán activos que pertenezcan a uno solo de los agentes económicos que se concentran; y (4) las partes podrán considerar un paquete de desinversión secundario más atractivo para el caso de no prosperar la venta del paquete principal por falta de interesados:

(a.1.1) Venta de una unidad de negocios operativa e independiente

La generalidad de las agencias concuerdan en que, frente a la propuesta de desinvertir activos a un comprador adecuado, deberá preferirse la venta de “una o varias unidades de negocio operativas e independientes, equipadas con todos los recursos que contribuyan a su funcionamiento actual”⁶¹², en lugar de activos disociados de manera selectiva. Esta preferencia por desinversiones completas se observa extendidamente a nivel comparado⁶¹³.

La unidad económica a ceder podrá adoptar la forma de una empresa o de un grupo preexistente de empresas, o de una actividad empresarial que no se haya constituido jurídicamente

⁶¹¹ ICN (2016), pp. 11-12.

⁶¹² FNE (2017c), p. 11.

⁶¹³ COMISIÓN EUROPEA (2008c), p.8; US DOJ (2011); pp.8-9; US FTC (2012), p.5; UK COMPETITION COMMISSION (2008), p.8; CANADA COMPETITION BUREAU (2006), p.3; BUNDESKARTELLAMT (2016), p.18; CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÓMICA (2018), p. 19; ICN (2016), pp.10-11; ICN (2017), p.36; OCDE (2003), p.8.

como tal⁶¹⁴. Por ejemplo, podrá tratarse de una línea completa de productos, un conjunto de instalaciones o red de sucursales en un determinado mercado geográfico, o toda una sección, división o filial de una de las partes.

La predilección por la cesión de una actividad empresarial autónoma (“*stand-alone business*”, “*on-going business*”) se explica porque da mayores certezas de *viabilidad competitiva* de los activos una vez traspasados al comprador elegido. Se trata, en efecto, de una unidad de negocios actualmente en operación y que tiene una capacidad comprobada para funcionar de manera independiente en el mercado, que posee no sólo todos los activos físicos, sino también el personal, la cartera de clientes, la información de sistemas, los activos intangibles y la infraestructura operacional necesarios para una producción y distribución eficientes de los productos relevantes, y ya ha sido exitosa en competir en el mercado⁶¹⁵. Esto quiere decir que la cesión de una unidad de negocios independiente tiene asociado el *menor riesgo de composición*⁶¹⁶: los activos que la integran ya han demostrado en su conjunto su aptitud y viabilidad para competir efectivamente en el mercado relevante, lo que a su vez asegura que el comprador será capaz de competir inmediatamente (o en el menor tiempo posible) después del perfeccionamiento de la venta. Asimismo, la venta de una actividad empresarial autónoma facilita la negociación con los compradores interesados y hace más fácil de vender el paquete de activos, disminuyendo los costos de transacción asociados al diseño del remedio⁶¹⁷. Tanto en Estados Unidos como en la Unión Europea, los estudios conducidos por sus respectivas agencias evidenciaron la mayor eficacia de los remedios que envuelven la enajenación de una unidad de negocios independiente, en comparación a la disociación de activos específicos seleccionados *ad hoc*⁶¹⁸. Ello ha ido consolidando el denominado enfoque de barrido limpio (“*clean sweep*”) en virtud del cual se prefiere la venta de una actividad empresarial completa perteneciente a una de las partes, con todos sus activos, a un único comprador⁶¹⁹.

La cuestión más compleja en relación al diseño de esta clase de remedios es la determinación de la o las unidades de negocios que deben ser desinvertidas, a fin de lograr el efecto esperado de restaurar la competencia a niveles previos a la fusión. En este sentido, la amenaza más seria a la efectividad de un remedio de desinversión parece residir en su alcance, frecuentemente

⁶¹⁴ COMISIÓN EUROPEA (2008c), p. 8.

⁶¹⁵ US DOJ (2011), p. 9.

⁶¹⁶ ICN (2016), p. 11; UK COMPETITION COMMISSION (2008), p. 18.

⁶¹⁷ BALTO (2001), p.47.

⁶¹⁸ US FTC (1999); US FTC (2017); COMISIÓN EUROPEA (2005).

⁶¹⁹ BALTO y PARKER (2000); BALTO (2001), p. 47; PAPANDROPOULOS y TAJANA (2006), p. 446; WEISER (2008), p. 184; STROCK (2012), p. 2168.

definido de manera insuficiente o inadecuada⁶²⁰. La forma de identificación más obvia está dada por la *existencia de solapamientos* entre las partes de la operación, en los mercados relevantes que generan problemas para la competencia⁶²¹. Las desinversiones son, pues, usadas para remover las superposiciones horizontales en el mismo mercado, o para impedir traslapos verticales que contribuyan al fortalecimiento del poder de mercado aguas arriba o aguas abajo de la entidad resultante⁶²².

Sin embargo, y ya lo adelantábamos, podrá ser necesario incluir otros activos, de negocios no superpuestos que sean aplicados en mercados donde no se detectan riesgos, pero que sean indispensables para la viabilidad de la actividad empresarial a desinvertir. Esto puede deberse a varias razones: atendida la estructura de la oferta, resulta difícil competir sin ofrecer una gama completa de productos; existen importantes procesos de indivisión o encadenamiento de las instalaciones, por lo que una separación afectaría la pervivencia de economías de escala o de ámbito, así como de eficiencias o de sinergias verificables; o el funcionamiento de la unidad de negocios requiere de una red de sucursales para distribuir sus productos, o necesita contar con una fuente de provisión de insumos que están ubicados fuera del mercado relevante geográfico⁶²³. En Estados Unidos la FTC progresivamente ha ido requiriendo, cada vez que lo estima necesario, desinversiones de un conjunto más amplio de activos que aquellos que participan en los mercados superpuestos con miras a restablecer efectivamente la competencia⁶²⁴. Si bien esta decisión puede conducir a reparos en relación a la intrusividad de la medida, no puede cuestionarse a priori su proporcionalidad si la desinversión aparece como el único remedio idóneo; sólo si hubiere otro remedio distinto a la desinversión, y que permita razonablemente asegurar el mismo efecto preservando las eficiencias, deberá preferirse la medida alternativa. En una fusión horizontal es improbable pensar en un remedio más efectivo que la desinversión para hacerse cargo de la pérdida de competencia, pero en fusiones verticales que no evidencien traslapos, es posible decretar únicamente medidas alternativas de tipo quasi-estructural como el licenciamiento forzoso de propiedad intelectual o industrial, y obligaciones de acceso a terceros, que pueden resultar más adecuadas y menos intensas que la cesión de activos.

Pero también podrá darse el caso inverso, de fusiones en que las partes ofrezcan *retener selectivamente* ciertos activos de la actividad empresarial a desinvertir por ser innecesarios para su

⁶²⁰ PAPANDROPOULOS y TAJANA (2006), p. 446.

⁶²¹ AGÜERO (2009), p. 6.

⁶²² KELLEZI y RAPIN (2012), p. 3. Criterio expresamente recogido en CANADA COMPETITION BUREAU (2006), p.3, y en COMISIÓN EUROPEA (2008c), p.8.

⁶²³ ICN (2016), p. 11; US DOJ (2011), pp.10-11; US FTC (2012), p. 6; COMISIÓN EUROPEA (2008c), p. 6; CANADA COMPETITION BUREAU (2006), p.3; BUNDESKARTELLAMT (2016), p.27.

⁶²⁴ BAER, 1997, p. 856; BALTO y PARKER (2000); BAER y REDCAY (2001), p. 1707.

operación, siempre que la ausencia de tales activos no afecte su viabilidad y competitividad. Así, es posible que el potencial comprador de la unidad de negocios ya cuente con determinados activos en su poder, por ejemplo, ya posee un sistema o red de distribución, o tiene asegurada una determinada forma de provisión de insumos⁶²⁵. Ciertamente, esta posibilidad sólo será admisible en la medida que exista una identificación temprana del comprador, siendo carga de las partes que pretendan restar activos específicos el identificarlos debidamente en su propuesta de medidas, justificar su exclusión, e individualizar al comprador de la unidad de negocios ofrecida. La FNE prevé justamente esta posibilidad al señalar que el escrito de medidas podrá contemplar activos que “a pesar de ser parte de la unidad de negocio, se excluyen expresamente del paquete de desinversión”⁶²⁶. También se admite que sea el propio comprador, ya aprobado por la Fiscalía, el que pida sustraer activos determinados (obteniendo con ello una rebaja del precio a pagar)⁶²⁷.

Un riesgo a considerar por las agencias es que las partes pueden tener incentivos para reducir el alcance del paquete de desinversión, restringiendo los activos o el personal a traspasar, ofertando unidades de negocios menos atractivas o inviables para competir eficazmente, o incluso proponiendo a la autoridad compradores inidóneos o con poca experiencia⁶²⁸. Esto se explica por la naturaleza misma de las medidas de desinversión: crean un nuevo agente económico o fortalecen uno ya existente, que se espera que compita directamente con la entidad resultante de la fusión. Los notificantes tienen también fuertes incentivos para degradar los activos a desinvertir, promover un paquete de desinversión inviable, retener información determinante en el diseño de la medida, o inducir al potencial comprador a adquirir activos de limitado valor competitivo⁶²⁹. Por lo mismo, frente a la asimetría informativa que afecta a la agencia, será pertinente contar con la opinión de terceros (como competidores o proveedores) en la identificación de todos los activos necesarios para el funcionamiento de la unidad de negocios. Con todo, estas opiniones también deben ser evaluadas críticamente por la agencia, ya que los terceros pueden tener, a su vez, el interés de retrasar o irrogar mayores costos a una fusión (ya que de ella puede resultar en un competidor más eficiente), o derechamente tener el interés de adquirir los activos ofrecidos⁶³⁰. Por su parte, frente a un riesgo importante de deterioro de los activos en el ínterin, la designación un monitor de administración separada de los mismos se hace indispensable, así como el compromiso de las

⁶²⁵ COMISIÓN EUROPEA (2008c), p.7; US DOJ (2011), pp.9-10; CANADA COMPETITION BUREAU (2006), p. 3.

⁶²⁶ FNE (2017c), p.19.

⁶²⁷ FNE (2017c), n. 23, p. 19: “Una vez que la FNE aprueba la identidad del comprador, podrá, a petición de éste, aprobar que se sustraigan ciertos activos del paquete de desinversión si llega a la convicción de que, atendidas las características y recursos de aquél, lo solicitado no afectada la efectividad del remedio”.

⁶²⁸ OCDE (2003), p. 9; UK COMPETITION COMMISSION (2008), p. 17. Esto ha sido evidenciado, además, en los estudios de las agencias estadounidense y europea: US FTC (1999), p.16-19 y COMISIÓN EUROPEA (2005), pp. 70-71.

⁶²⁹ PAPANDROPOULOS y TAJANA (2006), p. 448.

⁶³⁰ ICN (2016), p. 21.

partes, mediante remedios especialmente diseñados al efecto, de mantenimiento de los activos, de la clientela y de los trabajadores de la entidad.

La unidad de negocios a desinvertir debe incluir todos los activos y personal que contribuyan a su funcionamiento actual o que sean necesarios para garantizar su viabilidad y competitividad⁶³¹. Para la FNE esto comprende:

“no solo activos físicos (plantas de producción, centros de distribución, etc.), sino que también el personal actualmente empleado, activos intangibles (propiedad industrial, marcas, *know how*, secretos comerciales, etc.), sistemas informáticos, instalaciones de investigación y desarrollo, bases de datos de clientes, contratos que garantizan el acceso a insumos y clientes, permisos y autorizaciones, documentos y registros relativos al negocio, y todo lo que resulte necesario para operar de manera efectiva y autónoma en el mercado relevante”⁶³².

En vista de lo anterior es que el proceso de desinversión podrá incluir obligaciones de aprovisionamiento, compromisos de asistencia técnica al comprador, de licenciamientos en condiciones equitativas, traspaso de secretos industriales, derechos de propiedad intelectual y personal clave, a la par de obligaciones de confidencialidad. Estos compromisos, de tipo conductual, no se extienden indefinidamente en el tiempo, sino que tienen duración limitada, ya que crean una relación entre competidores que puede dar lugar a comportamientos que crean riesgos de coordinación a futuro, por lo que perdurarán por un plazo estimado y razonable para que el comprador de los activos, con la unidad de negocios plenamente operativa, pueda considerarse por sí solo como un rival de la entidad fusionada.

(a.1.2) Venta de un conjunto de activos definidos *ad hoc*

Las partes podrán ofrecer la enajenación de un paquete de activos definidos selectivamente, en lugar de una unidad de negocios completa; sin embargo, la FNE evaluará más rigorosamente esta clase de remedios y las aceptará sólo “[e]n subsidio, cuando no existe unidad de negocio independiente operando de manera autónoma susceptible de ser transferida, o cuando existiendo, la enajenación de la misma no resulte proporcional a los riesgos detectados”⁶³³.

La suspicacia de la FNE frente a este tipo de medida de desinversión está en sintonía con el parecer de otras agencias extranjeras⁶³⁴. Conocidas como disociaciones (“*carve outs*”) o

⁶³¹ COMISIÓN EUROPEA, 2008c, p.7; US DOJ (2011), pp.7-8; US FTC (2012), pp.5-6; CANADA COMPETITION BUREAU (2006), p.3; CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (2018), pp. 23-24.

⁶³² FNE (2017c), nota al pie N° 12, p. 12.

⁶³³ FNE (2017c), p. 12.

⁶³⁴ COMISIÓN EUROPEA (2008c), p. 8; UK COMPETITION COMMISSION (2008), p. 18; US DOJ (2011), p. 9; US FTC (2012), p.7; BUNDESKARTELLAMT (2016), pp. 25-26; CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (2018), p. 21.

enajenaciones de activos seleccionados (“*selected assets*”), son vistas como menos eficaces por las autoridades de competencia a la hora de cumplir con el objetivo de restablecer el vigor competitivo post-fusión. La razón fundamental estriba en que esta clase de remedios de desinversión involucran un mayor riesgo de composición y el conjunto de activos seleccionados (al no ser una unidad completa, autónoma y en operación) resulta menos atractivo para eventuales compradores. Así, las agencias tienen que lidiar con una propuesta de activos que genera incertidumbre tanto en el proceso de enajenación como después de concretada la venta.

Ahora bien, tampoco existe un rechazo absoluto a este tipo de remedios. La FNE las admitirá de manera subsidiaria a la venta de una línea de negocios completa (cuando no existiera alguna). Además, la Fiscalía se muestra igualmente abierta a aceptarlos aun habiendo una línea de negocios susceptible de ser enajenada, cuando su venta “no resulte proporcional a los riesgos detectados”⁶³⁵. En otras palabras, puede haber una unidad autónoma completa, de propiedad de una de las partes, apta para ser desinvertida, pero tal desinversión aparece como excesiva o muy gravosa en atención a la magnitud de los riesgos detectados, pudiendo obtenerse el mismo fin perseguido (replicar los niveles de competencia pre-fusión): será adecuado y preferible, en este caso, disociar un conjunto de activos variados. Aquí aparece aplicado a un caso concreto el principio de proporcionalidad, ya no sólo como condición básica de todo remedio, sino también como un criterio de ponderación que permite discernir entre dos remedios distintos que pueden hacerse cargo del mismo riesgo para la competencia y lograr el mismo resultado, debiendo preferirse entonces el menos intenso.

En todo caso, la Fiscalía exigirá que las partes demuestren que los activos definidos *ad hoc* pueden ser operados autónomamente después de vendidos, que pueden captar el interés de un comprador idóneo, y que son aptos para restablecer los niveles de competencia previos a la fusión⁶³⁶. La aptitud de los activos para ser operados autónomamente, dada la composición diversa del paquete de desinversión propuesto en estos casos, puede ser alcanzada en conjunto por todos ellos (es decir, el comprador del paquete los incorpora y emplea como un todo en una de sus divisiones), o puede ser alcanzada aplicando los activos separadamente (destinándolos el comprador a distintas divisiones). En este sentido la capacidad concreta del comprador de los activos, de incorporarlos eficazmente a sus procesos, se vuelve gravitante (más que en cualquier otro remedio estructural). Por ello, para ser aprobada la desinversión de un paquete de activos disociados selectivamente, las agencias normalmente aconsejan la identificación temprana del comprador:

⁶³⁵ FNE (2017c), p. 12.

⁶³⁶ FNE (2017c), p. 12.

“la FNE podrá aceptar que el escrito de medidas contemple la venta de un conjunto de activos, aun cuando la venta de una unidad de negocios resulte factible y proporcional, en la medida que dentro del mismo se consigne la identidad del comprador y que éste no tenga interés en la adquisición íntegra de la unidad de negocios” (subrayado agregado)⁶³⁷.

La identificación temprana del comprador es denominada por la Fiscalía como “solución de comprador inicial”. Alternativamente a esta solución, y también destinado a hacer frente al riesgo de comprador (que no hubiere interesados en adquirir los activos), las partes puede proponer un paquete secundario de activos más atractivo y valioso - las “joyas de la corona” (“crown jewels”) – que se ofertará sólo en caso que la venta del paquete principal se frustrare⁶³⁸.

(a.1.3) Preferencia por activos que pertenezcan exclusivamente a una de las partes

La FNE preferirá que el paquete de desinversión esté conformado por activos que pertenezcan a una de las partes; por el contrario, “remedios que impliquen una combinación de activos de los agentes económicos que se concentran (*mix-and-match*) resultarán aceptables solo de manera excepcional”⁶³⁹. La mixtura de activos de ambas partes puede aumentar los riesgos de composición y los riesgos de implementación. Es más difícil determinar si los activos pueden ser operados conjuntamente de manera efectiva tras la enajenación, ya que no han sido combinados en el pasado y pueden requerir una reconfiguración del modo en que son empleados en el proceso productivo. Las desinversiones tipo “*mix-and-match*” requieren entonces una evaluación mucho más específica, detallada y demandante de tiempo⁶⁴⁰. También se puede sostener que activos que no han operado conjuntamente con anterioridad pueden ser poco interesantes para potenciales compradores (aunque este riesgo puede ser compensado con la identificación temprana del adquirente de los activos).

Todo lo anterior ha llevado a que, no sólo la FNE, sino en general las agencias extranjeras desconfíen de una solución “*mix-and-match*”⁶⁴¹. Si bien estos remedios suelen ser aceptables para resolver solapamientos directos en fusiones de cadenas de supermercados (enajenando sucursales de ambas partes), pueden fallar al intentar producir o replicar eficiencias comparables a las del actual titular de los activos⁶⁴². Si se quisiera llevar a efecto este remedio, lo más importante es que los activos sean capaces de generar ingresos a su comprador (“*profitability*”), ya que las partes pueden tender a ofrecer activos en mercados o zonas que son menos rentables, cuyas utilidades atribuibles

⁶³⁷ FNE (2017c), n. 11, p. 12.

⁶³⁸ US DOJ (2011), p. 9; CANADA COMPETITION BUREAU (2006), p.3.

⁶³⁹ FNE (2017c), p. 12

⁶⁴⁰ ICN (2016), p. 12.

⁶⁴¹ CANADA COMPETITION BUREAU (2006), p.3; UK COMPETITION COMMISSION (2008), p. 19; US FTC (2012), pp. 6-7; BUNDESKARTELLAMT (2016), p. 28; CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÓMICA (2018), p. 21.

⁶⁴² BALTO y PARKER (2000).

van a la baja, que están en desuso o que hacen improbable la futura expansión del comprador o que éste pueda enfrentar la entrada de un nuevo competidor⁶⁴³.

(a.1.4) Paquete alternativo de desinversión

El éxito del proceso de enajenación está dado en gran medida por el hecho de que el paquete de activos sea de interés para los potenciales compradores, de ahí que se contemple expresamente por la autoridad que las partes ofrezcan un paquete de desinversión alternativo más atractivo que el principal, coloquialmente conocido como “*joyas de la corona*” (“*crown jewels*”)⁶⁴⁴, destinado a ser ofrecido en caso de resultar frustrado el proceso de enajenación por falta de compradores. El ofrecimiento de un paquete alternativo busca incentivar que las partes materialicen la transferencia de los activos dentro del plazo originalmente previsto para ello. Por supuesto, el paquete alternativo debe ser

“por lo menos tan adecuado como la primera cesión propuesta en términos de crear un competidor viable; no deberá implicar ninguna incertidumbre en cuanto a su aplicación y deberá poder ejecutarse rápidamente para evitar que el plazo total de ejecución exceda lo que se consideraría en principio aceptable con arreglo a las condiciones del mercado en cuestión”⁶⁴⁵.

Las “joyas de la corona” son, pues, regularmente aceptadas por las agencias toda vez que vienen a hacerse cargo del riesgo de comprador, especialmente para la cesión de activos definidos selectivamente⁶⁴⁶. Cabe precisar que el ofrecimiento de un paquete alternativo no es un remedio en sí mismo, sino una provisión que contiene el riesgo de que no haya compradores de los activos, y evitar que éstos se deterioren en el ínterin, por lo que las partes, en lugar de recurrir a las joyas de la corona, bien pueden identificar en el proceso de evaluación un comprador por adelantado, con interés y aptitud para aprovechar los activos, lo que cumpliría la misma finalidad.

(a.2) Características del comprador del paquete de desinversión

El segundo elemento a determinar en la configuración de un remedio de desinversión es el comprador de los activos. Como señalamos, el riesgo de comprador consiste en que el adquirente del paquete de desinversión es incapaz de convertir los activos “en una fuerza competitiva de importancia”⁶⁴⁷. Si lo que se pretende ceder es una unidad de negocios completa, los atributos del

⁶⁴³ BALTO (2001), p. 48.

⁶⁴⁴ FNE (2017c), p.12.

⁶⁴⁵ HERNÁNDEZ DE LAMOTTE e HIDALGO (2018), p. 306.

⁶⁴⁶ CANADA COMPETITION BUREAU (2006), p.5; UK COMPETITION COMMISSION (2008), p. 19, COMISIÓN EUROPEA (2008c), p. 10; BUNDESKARTELLAMT (2016), pp. 31-32; CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (2018), pp. 26-27.

⁶⁴⁷ FNE (2017c), p.13. En el mismo tenor, COMISIÓN EUROPEA (2008c), p. 11.

comprador resultan menos determinantes en cuanto a la eficacia esperada de la medida: el restablecimiento de los niveles de competencia perdidos por la fusión descansará fundamentalmente en la idoneidad de la actividad empresarial cedida, que ha de tener una capacidad comprobable de operar independientemente. En cambio, si el objeto de la cesión son *activos disociados de manera selectiva*, aumenta no sólo el riesgo de composición, sino también vuelve *indispensable contar con un comprador adecuado* que sea capaz de incorporar esos activos a sus procesos de producción o comercialización, emplearlos en el mercado relevante afectado y competir eficazmente con la entidad resultante de la fusión. Para evaluar la idoneidad del comprador, la FNE ha establecido ciertos criterios generales que orientarán su decisión, distinguiendo entre (1) los requisitos de los potenciales compradores y (2) la elección del comprador definitivo:

(a.2.1) Requisitos de los potenciales compradores

(i) Aptitud competitiva: es el requisito esencial de todo aspirante a adquirir los activos. El comprador ha de *restablecer la rivalidad competitiva perdida* como consecuencia de la fusión, para lo cual deberá contar con “experticia, experiencia, activos y recursos financieros suficientes para operar en el largo plazo en el mercado afectado”⁶⁴⁸. Sobre la aptitud competitiva del comprador, las agencias extranjeras han tenido diversas aproximaciones⁶⁴⁹. Se ha dicho que un comprador industrial es preferible a un comprador financiero: este último puede no ser capaz de (o puede carecer de la motivación necesaria) para desarrollar la actividad empresarial como una fuerza viable, aun cuando pueda contratar administradores o gestores con experiencia en el sector⁶⁵⁰. El atributo de experiencia es evaluado en base a la participación del comprador en mercados relacionados o complementarios del producto o mercados geográficos adyacentes, su intervención en mercados aguas arriba o aguas abajo, e intentos anteriores de entrar al mercado y por qué estos intentos fracasaron⁶⁵¹. Asimismo, se desconfía de la compra de los activos expuestos a altos niveles de apalancamiento financiero, toda vez que limitan la posibilidad que el comprador efectúe compromisos de capital a niveles competitivos o que se vea incentivado al desarrollo de productos⁶⁵².

⁶⁴⁸ FNE (2017c), p.13

⁶⁴⁹ Siguiendo la experiencia comparada, se podrá evaluar la idoneidad del prospecto de comprador recurriendo a sus balances y estados financieros, planes de negocios actuales y futuros, entrevistas con sus ejecutivos y plana gerencial, la opinión de terceros participantes en la industria, incluyendo consumidores, proveedores, competidores y otros potenciales compradores de los activos, así como las entidades bancarias que proveerán el financiamiento para la adquisición. Véase al respecto ICN (2016), p. 23.

⁶⁵⁰ COMISIÓN EUROPEA (2008c), p.11.

⁶⁵¹ US FTC (2012), p. 11.

⁶⁵² UK COMPETITION COMMISSION (2008), p. 20.

(ii) Independencia: el comprador debe ser un agente económico independiente de las partes que se concentran, lo cual se expresa no sólo a través del control en la administración (por ejemplo, que el adquirente de los activos no integre el mismo grupo empresarial por la vía de ser matriz, filial, coligante o coligada de las partes), sino también a través de otras formas riesgosas para la competencia como el interlocking de directores y participaciones minoritarias; todas estas formas de dependencia pueden incidir en el comportamiento del adquirente y disuadirlo de competir vigorosamente con la entidad fusionada. Asimismo, existen otras maneras de afectar la independencia del comprador: que la compra de los activos sea financiada con recursos de la entidad fusionada, o que existan vínculos contractuales relevantes entre el comprador y las partes que se concentran. La cuestión del *financiamiento* es una preocupación cada vez más recurrente a nivel comparado, y las agencias examinan acuciosamente las fuentes de financiamiento del comprador, a fin de asegurarse que puede solventar la adquisición, satisfacer necesidades inmediatas de capital y operar los activos a largo plazo⁶⁵³. Habiendo escasos compradores, si la forma de financiarse se vuelve un impedimento, la opción de bajar el precio será lo preferible antes que admitir financiamiento del propio vendedor y dueño de los activos⁶⁵⁴. El *financiamiento proveniente del mismo vendedor y dueño de los activos* es visto con suspicacia: en cuanto al comprador, éste puede no competir vigorosamente al desconfiar que el vendedor, en virtud del préstamo concedido, puede ejercer represalias y acciones legales contra él o, en caso de incumplimiento, alegar derechos sobre los activos transferidos; por el lado del vendedor, éste también podrá verse disuadido de competir vigorosamente con el comprador, ya que menos ingresos para el comprador incidirán en su capacidad de pagarle el préstamo. Asimismo, tanto el vendedor de los activos como el comprador pueden usar esta relación en el tiempo para intercambiar información sensible y valiosa para competir⁶⁵⁵. La *forma de pago de los activos* también debe considerarse: el vendedor y el comprador pueden acordar el pago de una suma fija inicial y el resto en cuotas sucesivas, pero no es admisible que los pagos posteriores estén sujetos al desempeño futuro de los activos (como sería el establecimiento de un royalty u otras formas variables de determinar el saldo de precio)⁶⁵⁶; ello distorsionaría los incentivos del comprador, quien podría explotar los activos a un nivel bajo el óptimo con el fin de disminuir el precio a pagar. En cuanto a la existencia de *vínculos contractuales entre las partes y el comprador de los activos*, éstos no son aceptables sino “en circunstancias excepcionales y necesariamente provisorias”⁶⁵⁷, toda vez que acuerdos de distribución, de leasing o de suministro de bienes o servicios, crean una

⁶⁵³ US DOJ (2011), p. 29.

⁶⁵⁴ US FTC (2012), p. 11.

⁶⁵⁵ US DOJ (2011), p. 33.

⁶⁵⁶ US FTC (2012), p. 11; US DOJ (2011), p. 32.

⁶⁵⁷ FNE (2017c), p. 13.

relación a largo plazo entre competidores que puede dar lugar a riesgos de coordinación y de traspaso de información sensible. Sólo se aceptará esta clase de acuerdos cuando estén destinados a asegurar la viabilidad de los activos cedidos y únicamente por un periodo intermedio hasta que el comprador se vuelva un competidor fuerte; en virtud de tales acuerdos la entidad fusionada proveerá de manera transitoria ciertos insumos o servicios, capacitación del personal cedido, asistencia técnica para operar los activos, etc. Se desaconseja igualmente que la empresa fusionada retenga una parte de la propiedad u otro interés en los bienes transferidos, ya que reduce los incentivos del comprador a competir si los beneficios económicos de operar con tales activos también redundan en beneficios para la empresa fusionada.

(iii) Inocuidad para la competencia: la cesión de los activos no debe, a su vez, *crear nuevos riesgos* para la competencia. Si se espera que la fusión fortalezca la habilidad de una empresa de abusar unilateralmente de una posición de dominio que ya detenta, la desinversión a otro competidor importante con similar poder de mercado puede no brindar los incentivos suficientes a competir vigorosamente con la entidad fusionada; en tal caso, es preferible una desinversión a un incumbente más pequeño y que detenta una cuota de mercado marginal, ya que fortalecerá la capacidad de un competidor existente haciendo más factible la recreación de las condiciones de competencia perdidas con la fusión⁶⁵⁸. Si lo que preocupa de la operación son los probables efectos coordinados entre un grupo acotado de competidores que resultará post-fusión, una desinversión a cualquiera de estos competidores será igualmente riesgosa; por ende, es preferible vender los activos a una empresa que no sea parte de ese grupo, como un potencial entrante que opera en un mercado del producto similar o complementario, o en un mercado geográfico contiguo, o que tenía planes de ingresar al mercado afectado. Si la fusión implica la remoción de un competidor por la vía adquisición de una empresa pequeña tipo *maverick*, la desinversión puede estar dirigida a otra entidad del mismo tipo con incentivos e intereses similares⁶⁵⁹.

(iv) Capacidad operacional: el comprador de los activos debe ser capaz de *obtener oportunamente todos los permisos* regulatorios que se requieren para operar en el mercado relevante. Aquí lo problemático reside esencialmente en el comprador que no es incumbente; aquél que está actualmente operando en el mismo mercado es probable que ya cuente con los permisos regulatorios pertinentes. Si bien esta cuestión deberá dilucidarse caso a caso, puede ser un factor determinante en cuanto al éxito o fracaso del proceso de enajenación, como evidenció un estudio de

⁶⁵⁸ US DOJ (2011), p. 28; US FTC (2012), p.11.

⁶⁵⁹ US DOJ (2011), p. 28.

la Comisión Europea⁶⁶⁰. En tales circunstancias, es recomendable la identificación temprana del comprador, o de no ser posible, la designación de un supervisor de desinversión en caso de que no se concrete la enajenación de los activos dentro del plazo fijado en la resolución aprobatoria.

(v) **Plan de negocios:** sumado a los elementos anteriores, la FNE aconseja a los compradores interesados la formulación de un plan de negocios que involucre el compromiso doble de operar los activos como un todo dentro del mercado relevante, y de no revender los activos a terceros⁶⁶¹. El plan de negocios busca asegurar que los activos fueron adquiridos por el comprador para ser empleados en el mercado afectado por la operación de concentración, y no fuera de éste: se espera con la medida de desinversión que el comprador efectivamente compita con la entidad fusionada, en el mercado donde se prevé un disminución de la intensidad de la competencia⁶⁶². Para evaluar la intención del potencial comprador de competir en el mercado, además del plan de negocios, podrá atenderse a esfuerzos previos de entrar al mercado o al hecho de ser un vendedor de un bien o servicio complementario (este último tiene fuertes incentivos en preservar la competencia en el mercado relevante ya que un aumento de precios derivado de la fusión puede impactarles negativamente, viendo mermadas su propias ventas)⁶⁶³. El plan de negocios del comprador debe también contener la prohibición de reventa de los activos a terceros; con todo, esta es una restricción que no puede extenderse indefinidamente en el tiempo: las condiciones del mercado pueden variar en el tiempo y la mantención ad aeternum de activos en manos del comprador cuando no prestan utilidad al proceso productivo, no cumplieron las expectativas de restaurar la competencia, o no son eficientes, puede aumentar innecesariamente los costos de producción (con el consiguiente aumento de precios), generar un deterioro del valor de los activos, y hasta inducir a la salida del mercado del agente obligado a retener a los activos. Por lo mismo, se debe fijar un plazo razonable, en consideración de las características del mercado, a cuyo término el comprador de los activos podrá disponer la reventa de los activos a terceros distintos de la entidad fusionada. Cuestión distinta es la prohibición de readquisición de los activos por parte de los agentes que se concentran; este es un compromiso que deben asumir las partes en su oferta de remedios, y no el comprador en su plan de negocios. La no readquisición es una exigencia indispensable para la eficacia de la medida de desinversión, por lo que las agencias fijan, en general, un plazo de 10 años

⁶⁶⁰ COMISIÓN EUROPEA (2005), p. 106: “Ciertos compradores que parecían ser idóneos desde el punto de vista competitivo, pueden eventualmente fallar en obtener los permisos necesarios de otras autoridad regulatorias nacionales de los Estados Miembros, por ejemplo, autoridad sanitarias, de protección del consumidor, de seguridad nacional, u otras áreas donde una certificación es necesaria” [*certain purchasers who appear to be suitable from a competition viewpoint might eventually fail to obtain necessary approvals from other national regulatory authorities of Member States, e.g. in the field of health and consumer protection, national security, or other areas where certification is required*”].

⁶⁶¹ FNE (2017c), p. 13.

⁶⁶² CANADA COMPETITION BUREAU (2006), p. 7.

⁶⁶³ US DOJ (2011), p. 29.

dentro del cual la entidad fusionada no podrá recomprar los activos cedidos⁶⁶⁴ o, incluso, de ser activos críticos para operar en el mercado, puede establecerse la obligación de obtener la aprobación de la autoridad de competencia antes de cualquier intento de recompra⁶⁶⁵. La FNE exige que el escrito de ofrecimiento de la medida de desinversión contemple: “el compromiso de no readquirir directa o indirectamente los activos desinvertidos y no recontratar al personal calificado como esencial, dentro de un plazo determinado”⁶⁶⁶. La readquisición burla la finalidad del remedio y constituye un incumplimiento de la medida susceptible de ser sancionado y revertido por el TDLC. Incluso, la Comisión Europea ha sostenido que no se requiere fijar expresamente una cláusula de no readquisición, sino que se entiende formar parte de todo proceso de desinversión: “[...] en ausencia de una cláusula explícita, la readquisición de la actividad empresarial infringiría una obligación implícita de las partes con arreglo a los compromisos, ya que ello afectaría a la eficacia de las soluciones”⁶⁶⁷.

(vi) ¿Tamaño de la empresa? El tamaño del comprador, según su cuota de participación en el mercado relevante o volúmenes de venta, no debe dar lugar a juicios anticipados sobre su idoneidad. La FNE no realiza en su “Guía de Remedios” un descarte *a priori* en favor de empresas grandes o empresas pequeñas. Podría pensarse que un agente económico importante puede tener más capacidad para convertirse más rápidamente en una fuerza competitiva, no obstante, el gran tamaño del comprador puede ser un problema en mercados muy concentrados; como una fusión conlleva una disminución del número de competidores, la simetría entre los rivales y las entidades que se fusionan puede dar lugar a serios riesgos de coordinación. La incidencia del tamaño del comprador de los activos en su aptitud para convertirse en una fuerza competitiva viable deberá apreciarse caso a caso, según las características del propio comprador y el mercado donde se deberán emplear los activos cedidos⁶⁶⁸. Compradores de menor tamaño tienen un mayor compromiso en aprovechar y explotar los activos, arriesgan parte importante de su capital - muchas veces limitado - en la adquisición, por lo que planifican la compra de manera más exhaustiva y esmerada; en contraste, compradores de gran tamaño pueden reemplazar un menor compromiso en aprovechar los activos por una mayor disponibilidad de recursos: un comprador grande, a diferencia de uno pequeño, puede absorber las consecuencias financieras de una mala decisión y tender a ignorar costos históricos⁶⁶⁹. Por su parte, pequeños y nuevos entrantes pueden tener más incentivos

⁶⁶⁴ COMISIÓN EUROPEA (2008c), p. 10; US DOJ (2011), p.11.

⁶⁶⁵ ICN (2016), p. 17.

⁶⁶⁶ FNE (2017c), p. 19.

⁶⁶⁷ COMISIÓN EUROPEA (2008c), p. 10.

⁶⁶⁸ Esta cuestión ha sido objeto de los análisis empíricos de otras agencias. La FTC concluyó que, tras la compra de los activos, empresas más pequeñas tuvieron éxito en la misma tasa que empresas grandes (US FTC, 1999, p. 14).

⁶⁶⁹ US FTC (1999), p.35.

a operar los activos y desarrollar productos que compitan con la entidad fusionada, en oposición a un actor grande ya establecido en el mercado⁶⁷⁰. En un caso analizado, se cedieron los derechos sobre un producto de antigua generación que las partes habían dejado de lado; el comprador pequeño, en cambio, incorporó el producto como parte importante de su portafolio, dedicó recursos para el desarrollo y la comercialización del producto y hasta fue capaz de elaborar nuevas fórmulas y obtener permisos para nuevas aplicaciones del producto⁶⁷¹.

(a.2.2) Elección del comprador definitivo

La identidad del comprador deberá contar con la aprobación de la FNE. El comprador no siempre estará individualizado en la resolución de término que autoriza la operación de concentración; la aprobación del comprador podrá ser concedida en un acto administrativo posterior y separado que la FNE denomina “resolución de conformidad”⁶⁷². Así, en cuanto a la elección del comprador, la Fiscalía distingue tres escenarios posibles⁶⁷³: **(i)** solución previa; **(ii)** solución de comprador inicial; y **(iii)** solución post-cierre.

(i) Solución previa: los notificantes individualizan a un comprador específico en el escrito de ofrecimiento de medidas y celebran un compromiso vinculante con él durante el transcurso del procedimiento de evaluación y antes de perfeccionar la operación. En este escenario no se requerirá una “resolución de conformidad”, sino que la misma resolución de término de la investigación, que aprueba la fusión sujeta a medidas, incorpora y autoriza la identidad del comprador elegido. Esta solución se conoce de forma coloquial como remedio “fix-it-first” (“arréglelo primero”) y es pertinente cuando la calificación del comprador sea crucial para la efectividad de la cesión de activos, porque existen pocos candidatos aptos, o porque éstos deben detentar ciertas características específicas en consideración del mercado o la naturaleza de los activos a operar, o porque la viabilidad de la unidad de negocios a desinvertir sólo está garantizada por activos concretos que ya posea el comprador⁶⁷⁴.

(ii) Solución de comprador inicial: los notificantes identifican a uno más compradores probables en su escrito de medidas, pero celebran un compromiso vinculante con el comprador definitivo después de dictada la resolución de término de la investigación que aprueba la fusión. Esta solución se caracteriza porque las partes no podrán perfeccionar la operación de concentración hasta contar con la “resolución de conformidad” de la FNE que aprueba la identidad del comprador.

⁶⁷⁰ COMISIÓN EUROPEA (2005), p. 104.

⁶⁷¹ COMISIÓN EUROPEA (2005), pp.106-107.

⁶⁷² FNE (2017c), p. 14.

⁶⁷³ FNE (2017c), pp. 14-15.

⁶⁷⁴ COMISIÓN EUROPEA (2008c), pp. 12-13.

Ante la indefinición de la persona del comprador al momento de aprobarse la fusión, se difiere el tiempo de perfeccionamiento de la misma hasta el otorgamiento de una “resolución de conformidad” favorable. Esta solución se conoce coloquialmente como “*up-front buyer*” (“*comprador por adelantado*”), y es adecuada cuando existen impedimentos considerables para concretar la cesión de la unidad de negocios, como derechos de terceros sobre ciertos activos, o cuando se anticipa gran dificultad para encontrar más de un comprador idóneo, o cuando hubiere riesgos importantes de degradación de los activos, de fuga de empleados clave en el ínterin u otro efecto similar que afecte el valor o competitividad de los activos⁶⁷⁵. De esta forma la incertidumbre en torno a que el periodo intermedio se extienda más allá de lo óptimo y termine afectando el éxito del proceso de desinversión, puede verse mitigada con una identificación temprana de un posible comprador. La investigación concluirá con un grado mayor de certeza de que se cumplirán los remedios, ya que las partes, al verse impedidas de perfeccionar una fusión ya autorizada, tienen el incentivo para concluir la cesión de los activos por sí solas en un plazo acotado. La solución de comprador inicial, además, disminuye los costos de transacción asociados a la medida de desinversión, restringiendo la negociación a unos pocos prospectos, y al mismo tiempo aminora los recursos que deberá destinar la autoridad para evaluar de la idoneidad de los candidatos. Por todo ello, existe la tendencia a preferir esta clase de compromisos antes que soluciones de comprador post-cierre, que son más inciertas⁶⁷⁶. Por último, y se había referido anteriormente, la solución de comprador inicial es vista como un mecanismo alternativo a las *joyas de la corona*: ambos apuntan al mismo fin, cual es presionar a las partes a que la transferencia de los activos se concrete lo más pronto posible, pero lo alcanzan de distinta formas⁶⁷⁷. Así, en la solución de comprador inicial, ante la falta de otros compradores y la posibilidad latente de venta forzada de los activos sin precio mínimo, las partes se decantan por el comprador inicialmente propuesto; en las joyas de la corona, si las partes no son capaces de lograr la venta del paquete de activos original en el plazo previsto en la resolución aprobatoria, se abre la oferta por un paquete secundario de activos más completo, atractivo o valioso.

(iii) Solución post-cierre: los notificantes no individualizan a un comprador específico en su oferta de remedios, sino que se limitan a señalar las características que, a su juicio, deberán observar los potenciales compradores y, en lo posible, proponer uno o más candidatos. En este escenario, aun cuando no habrá un comprador definido al tiempo de la resolución que aprueba la operación de concentración, las partes estarán autorizadas para perfeccionarla inmediatamente.

⁶⁷⁵ COMISIÓN EUROPEA (2008c), p. 12.

⁶⁷⁶ BALTO y PARKER (2000).

⁶⁷⁷ COMISIÓN EUROPEA (2008c), p.11, US FTC (2012), p.7; US DOJ (2011), p.24; CANADA COMPETITION BUREAU (2006), p.5; BUNDESKARTELLAMT (2016), p. 31; BAER y REDCAY (2001), p.1712; OCDE (2003), p.240; ICN (2016), p.15.

Quedará pendiente, entonces, la elección del comprador, para lo cual las partes requerirán de la “resolución de conformidad” respectiva de la FNE que aprueba el comprador definitivo. Si bien la solución post-cierre puede ser a primera vista como aceptable para la generalidad de las fusiones atendido un contexto de pluralidad de candidatos y potenciales interesados, al autorizarse derechamente el perfeccionamiento de la operación (lo que la diferencia de la solución de comprador inicial) está sujeta a *resguardos adicionales* a fin de asegurar que las partes no burlen la medida de desinversión dilatándola indefinidamente, y que concreten la transferencia de los activos en tiempos breves que no supongan una degradación de los activos en el ínterin. De lo anterior se desprende, además, que esta solución tiene aparejados mayores costos de transacción y una exigencia de monitoreo más intensa.

Si las partes optan por la solución de “comprador inicial” o la solución “post-cierre”, deberán solicitar a la FNE la *aprobación del comprador*. La Fiscalía se autoimpone el plazo máximo de 15 días para responder favorable o desfavorablemente por el comprador propuesto, plazo que se aumentará a 30 días si las partes solicitan la pre-aprobación de dos o más candidatos (ya que la autoridad requerirá de más tiempo para apreciar la idoneidad de la mejor opción)⁶⁷⁸. Si la agencia rechaza el o los candidatos, las partes podrán presentar nuevos prospectos, o aportar antecedentes adicionales para reevaluar a los compradores originalmente considerados, pudiendo exigir un nuevo pronunciamiento.

Con todo, las partes no pueden dilatar indefinidamente la decisión sobre el comprador: la resolución aprobatoria de la fusión establecerá un plazo límite (en general de 6 meses) para que las partes obtengan la “resolución de conformidad” del comprador; vencido este plazo, la FNE podrá disponer la venta forzada de los activos, sin precio mínimo, por el supervisor de desinversión.

(a.3) Condiciones del proceso de enajenación del paquete de desinversión

A las agencias de competencia les interesa que la cesión de los activos se haga en condiciones expeditas, previsibles y susceptibles de supervisión. Lo que se pretende es aminorar el

⁶⁷⁸ FNE (2017c), p.15. Es interesante que estos plazos están señalados solamente en la “Guía de Remedios”, y no han sido previstos por el legislador en el Título IV del DL 211. En nuestra opinión, si la FNE no se pronuncia dentro del plazo que se ha colocado, es posible dar aplicación supletoria a la figura del silencio administrativo positivo que, conforme al artículo 64 de la LBPA, es la regla general ante las solicitudes formuladas por particulares a la Administración, debiendo éstos efectuar la denuncia del vencimiento del plazo, esperar la respuesta de la autoridad dentro de las 24 horas desde el recibo de la denuncia, y a falta de respuesta, requerir la certificación de que su solicitud se entiende tácitamente aceptada. Como se ha dicho, el Fiscal Nacional Económico interviene en el control de fusiones (lo que comprende su intervención en el diseño e implementación de medidas de mitigación) en ejercicio de potestades administrativas. De igual forma, al ser plazos administrativos cuya forma de cómputo no está expresamente señalada, la LBPA también tendrá eficacia supletoria, considerándose días inhábiles los sábados, domingos y festivos, y si el último día del plazo es inhábil, éste se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente (art. 25 LBPA).

riesgo de implementación, esto es, evitar que el paquete de desinversión se deteriore antes de su enajenación y afecte su viabilidad competitiva *ex post* o disuada a potenciales compradores. Esta degradación no sólo puede tener incidencia en los activos tangibles, en términos de mantención de los niveles de operatividad de los bienes, sino también en los intangibles: como bien apunta la FNE, una dilación excesiva del traspaso de los activos puede “erosionar la preferencia de los clientes y la estabilidad del personal”⁶⁷⁹. Por ende, el proceso de enajenación comprenderá: **(i)** los plazos de cumplimiento de la medida; **(ii)** el precio de transferencia de los activos; y muy especialmente **(iii)** las condiciones que regirán en el ínterin o «periodo provisional»:

(i) Plazos de ejecución de la cesión de activos: El tiempo de ejecución del proceso de desinversión va desde que se aprueba la operación de concentración al cierre de la investigación, hasta que se perfecciona la venta de los activos. Dado que la transferencia no se realizará instantáneamente, el perfeccionamiento debe entenderse satisfecho con la celebración de los actos jurídicos que regulan las condiciones y términos específicos en que se realizará el traspaso de los activos al comprador definitivo⁶⁸⁰. La FNE provee de varias directivas a este respecto. Primero, la resolución que aprueba la fusión deberá señalar el plazo específico para concretar la venta. En general, este plazo no podrá exceder de 9 meses contado desde que la resolución aprobatoria de la fusión se comunica a las partes⁶⁸¹. Segundo, las partes deberán obtener la “resolución de conformidad” del comprador dentro de los 6 primeros meses del plazo total para completar la transferencia⁶⁸² (excepcionalmente la FNE pueda conceder prórrogas a este plazo, “fundada en antecedentes concretos que así lo aconsejen”⁶⁸³). Recordemos que la identificación del comprador definitivo puede quedar determinada en la misma resolución aprobatoria de la fusión, como en el escenario de “solución previa”, pero también podrá ser diferida hasta la obtención de una “resolución de conformidad” de la FNE, como en los escenarios de solución de “comprador inicial” y solución “post-cierre”. Tercero, si las partes no son capaces de obtener la “resolución de conformidad” dentro de los 6 meses antes señalados, se procederá a la enajenación forzada de los

⁶⁷⁹ FNE (2017c), p.15.

⁶⁸⁰ La tendencia es a reducir los tiempos de ejecución de las cesiones de activos. En Estados Unidos, hasta principios de 1990, el promedio era de un año o más, el que se ha ido rebajando progresivamente a partir de los resultados de los estudio sobre desinversiones de 1999 y 2017, hasta los seis a nueve meses; véase en este sentido BAER (1997), p.856; CARY y BRUNO (1997), p.879; BALTO y PARKER (2000); US FTC (2017), p.14. El DOJ espera que, en general, las partes vendan los activos por sí solas en un plazo de 60 a 90 días (US DOJ, 2011, p. 25), a cuyo término será el monitor de desinversión quien completará la transacción. Por su parte, la Comisión Europea contempla un plazo de 6 meses iniciales para la venta de las partes por sí mismas, y un plazo adicional de 3 meses si se requiriese la intervención del monitor de desinversión (COMISIÓN EUROPEA, 2008c, p. 21). Este mismo plazo de 6 meses iniciales es el que imponen normalmente la Comisión de Competencia del Reino Unido (UK COMPETITION COMMISSION, 2008, p.22) y la Oficina de Competencia de Canadá (CANADA COMPETITION BUREAU, 2006, p.4).

⁶⁸¹ FNE (2017c), p. 16.

⁶⁸² FNE (2017c), p.17.

⁶⁸³ FNE (2017c), nota al pie N°17, p. 16.

activos, sin precio mínimo, por el supervisor de desinversión⁶⁸⁴, quien actuará, negociará y concretará la venta en representación de las partes. Cuarto, junto con el pronunciamiento favorable de la FNE en relación a la entidad adquirente de los activos, las partes (o el supervisor de desinversión, en su caso) deberán someter a aprobación de la Fiscalía los actos que sirvan de vehículo a la transferencia de los activos y demás acuerdos que regulan en detalle el proceso de enajenación, con el comprador definitivo. Es decir, para concretar la enajenación de los activos se ha de contar con una doble autorización: aquella relativa a la identidad del comprador, y aquella relativa a los acuerdos que regulan los términos de la transferencia. La primera, que aprueba al comprador, podrá constar en la misma resolución que se pronuncia sobre la fusión al cierre de la investigación, o en un acto posterior (“resolución de conformidad”); la segunda, en cambio, que aprueba el marco contractual de la transferencia, siempre constará en un acto administrativo posterior, ya que supone que se haya otorgado previamente la conformidad sobre el comprador definitivo⁶⁸⁵. Según se desprende de la “Guía”, lo determinante para dar lugar a la venta forzada de los activos sin precio mínimo es la falta de resolución de conformidad del comprador dentro de los 6 primeros meses, y no la falta de resolución sobre los contratos que perfeccionan la transferencia (sin perjuicio de que la venta deberá estar perfeccionada indefectiblemente antes del plazo total de 9 meses). Por último, si atendida la naturaleza de los activos, la posibilidad de degradación es significativa, las partes siempre pueden comprometerse a completar la enajenación en plazos inferiores a los 6 y 9 meses señalados.

(ii) Precio de la transferencia: El precio de transferencia es un aspecto que deberá ser definido en el contexto de la interacción entre el dueño de los activos (uno o ambas partes de la fusión) y el potencial comprador. De los distintos elementos que intervienen en un proceso como éste, la cuestión del precio de los activos no parece ser relevante para las agencias de competencia, de hecho, la FNE no contempla lineamiento alguno al respecto. Esto se explica porque a la agencia no le interesa el precio, sino que los activos se vendan lo más pronto posible. Ahora bien, el precio de la transferencia no debe desatenderse del todo: si el precio es muy alto, puede afectar la posibilidad misma de concretar la venta, haciéndola imposible e inalcanzable, o bien puede disuadir al comprador interesado de efectuar las inversiones adicionales necesarias al negocio; a su vez, si el precio es muy bajo, puede afectar la elección de un comprador idóneo, atrayendo a prospectos sin la capacidad o el compromiso suficiente para operar los activos, o puede ser un indicador de que en realidad se han ofertado activos poco atractivos o derechamente inviables para crear una fuerza rival

⁶⁸⁴ FNE (2017c), p. 17.

⁶⁸⁵ FNE (2017c), p.14.

que compita efectivamente con la entidad resultante⁶⁸⁶. La negociación entre el vendedor y el interesado en adquirir los activos será muy acotada en el escenario de “solución previa”, ya que las partes de la fusión tienen tempranamente un compromiso vinculante con un comprador determinado y la FNE aprobará la operación de concentración sobre la base de ese acuerdo preliminar. En el escenario de “comprador inicial”, la negociación tendrá lugar después de aprobada la fusión, pero se restringirá al o los probables compradores señalados a la Fiscalía durante investigación. En el escenario de solución “post-cierre”, la negociación será intensa: habrá una pluralidad de interesados, en consecuencia, una diversidad de ofertas y mayores exigencias en términos de *due diligence*. En este caso, como no hay claridad sobre los compradores durante la evaluación de la fusión, una vez finalizada la investigación, las partes - y luego la agencia a requerimiento de éstas- deberán emplear mayor tiempo y recursos en evaluar la idoneidad de los prospectos. La manera en que se ofertan los activos es variable para cada caso, según la naturaleza y composición de los activos. Existe la posibilidad de realizar un proceso de subasta pública, pero no se asegura que la agencia apruebe en definitiva al ganador del proceso licitatorio. Asimismo, existe la vía de una negociación privada por separado con cada interesado, o la intervención de una tercera entidad como un banco de inversión⁶⁸⁷. La FNE no se inclina por un método específico, sino que serán los notificantes quienes elijan un mecanismo: lo importante para la autoridad es que la venta se concrete dentro de los plazos definidos en la decisión aprobatoria de la fusión, lo que supone obtener tanto la “resolución de conformidad” acerca de la identidad del comprador, así como la resolución que autoriza el marco contractual que regulará la transferencia al comprador definitivo.

(iii) Condiciones del ínterin o «periodo provisional»: Las medidas de desinversión tienen bajos costos de monitoreo, en comparación a medidas conductuales, y tienen previstos plazos relativamente breves para su total ejecución. No obstante, presentan importantes desafíos prácticos en el diseño y la implementación, especialmente en regular las condiciones del periodo intermedio o “periodo provisional” que media desde que se dicta la resolución aprobatoria de la fusión, hasta que se produce la transferencia efectiva. La regulación del periodo provisional tienen dos objetivos esenciales: *evitar la degradación de los activos y evitar el traspaso de información sensible* desde la actividad empresarial a desinvertir, hacia la entidad resultante. Estos dos aspectos, de no ser anticipados, pueden ser aprovechados por la entidad fusionada en su beneficio, o incidir negativamente en el futuro desenvolvimiento competitivo de la entidad que adquirirá los activos.

⁶⁸⁶ US DOJ (2011), pp.30-31; COMISIÓN EUROPEA (2005), p.104.

⁶⁸⁷ US FTC (2012), p.10.

En este contexto, las agencias se valen de resguardos adicionales en los escenarios en que no existe un comprador definido al término de la investigación, y muy especialmente en el escenario de aprobar la identidad del comprador con posterioridad al perfeccionamiento de la fusión (solución “post-cierre”). En estos casos el periodo provisional puede extenderse por varios meses (hasta 9 meses, según vimos), incrementando notablemente el riesgo de implementación. También podrá ser pertinente (y en algunos casos, hasta indispensable) la designación de un “supervisor de desinversión”, una entidad experta e independiente de las partes, propuesto por ellas en el escrito de medidas. Su función primordial es intervenir en nombre de las partes cuando no sean capaces de hallar un comprador adecuado en el plazo fijado para obtener la “resolución de conformidad” (en general, 6 meses desde la aprobación de la fusión). Gatillada la intervención del supervisor, la venta forzada de los activos se realizará sin sujeción a un precio mínimo y deberá completarse “dentro del plazo remanente para completar el plazo máximo de 9 meses o el que se convenga de común acuerdo entre la FNE y el supervisor”⁶⁸⁸. El supervisor de desinversión deberá obtener, de todas formas, la conformidad de la FNE sobre el comprador, y sobre los actos que perfeccionan la venta.

En el escenario de “solución previa” no se requiere el nombramiento de un supervisor de desinversión, por cuanto existe un acuerdo vinculante con un comprador determinado, quien será aprobado por la FNE en la resolución que autoriza la fusión, y sólo restará el acto administrativo posterior que autorice los actos jurídicos que materializan la venta. En el escenario de “comprador inicial” la designación de un supervisor de desinversión será *facultativa* para las partes; podrá ser aconsejable contar con un supervisor que intervenga en el evento de que el candidato a comprador se desista, o no hayan otras alternativas de comprador o la FNE rechace el comprador elegido por las partes. Aquí la Fiscalía, al evaluar la medida de desinversión y antes de pronunciarse sobre la fusión, habrá de representar a las partes la pertinencia de nombrar un supervisor. Por último, y en contraste con los escenarios anteriores, en la solución “post-cierre” la designación de un supervisor de desinversión será condición *sine qua non* para garantizar la eficacia de la medida, ya que la fusión se perfeccionará sin contar con un prospecto de comprador de los activos, de suerte que la inminencia de la intervención de un supervisor de desinversión que reemplace a las partes en la negociación, aparece como un incentivo a hallar prontamente un comprador y concretar por sí mismas la venta. Por ende, en un escenario de solución “post-cierre”, el escrito que propone la medida de desinversión deberá necesariamente contener el compromiso, identificación y términos generales del mandato de la entidad que actuará como *trustee*.

⁶⁸⁸ FNE (2017c), p. 17.

La FNE también exigirá a las partes que su propuesta de remedios contenga el compromiso de “proseguir con el desarrollo del negocio o conjunto de activos objeto de la transferencia según el curso normal de su giro y conforme a las buenas prácticas comerciales que sean aplicables”⁶⁸⁹. En la práctica, corresponderá a un conjunto de obligaciones que previenen conductas tendientes a menoscabar la viabilidad de la actividad empresarial a ser cedida, o los activos seleccionados ad hoc. Ello comprenderá, dependiendo del caso concreto, asegurar el mantenimiento de los bienes que forman el activo fijo de la unidad de negocios, la provisión de insumos y recursos para su operación, la retención del personal clave, la preservación de la aptitud técnica y comercial de los demás trabajadores, y la conservación de la clientela, entre otras provisiones. Esta obligación de mantener separados los activos suele verse complementada con medidas de *ring fencing* y de proscripción de solicitud. Las primeras buscan regular todos los intercambios de información entre el negocio cedido y las partes de la operación de concentración; la prohibición de solicitud busca evitar que los empleados del negocio cedido sean contratados por las empresas que se concentran.⁶⁹⁰ Si existen mayores riesgos de represalias desde el vendedor, o indicios serios de que incurrirá en un comportamiento que afectará los activos a ceder, es recomendable la designación de un monitor independiente que supervisa la administración separada, o incluso un gestor o administrador independiente encargado de la separación que posea la experiencia necesaria y que será responsable del cumplimiento de las obligaciones de separación y delimitación, para lo cual deberá contar con poderes suficientes para actuar por las partes. La FNE ha previsto expresamente la posibilidad de designar un gestor o administrador independiente en el ínterin: “Adicionalmente, las partes podrán ofrecer garantizar la administración separada del paquete de desinversión, pudiendo incluso comprometer la independencia del administrador del paquete de desinversión respecto de cualquier ejecutivo de los agentes económicos que se concentran o de su matriz”⁶⁹¹.

(b) Medidas de desinversión destinadas a remover vínculos entre competidores

Llama poderosamente la atención que la “Guía de Remedios” no contemple normas específicas en relación a esta clase de medidas de desinversión. De modo muy escueto, la FNE señala que las medidas de desinversión destinadas a remover vínculos entre competidores “exhiben por lo general una naturaleza accesoria, y persiguen morigerar los riesgos coordinados suscitados por una operación de concentración”⁶⁹². Una forma de desarmar los vínculos entre agentes que compiten en el mismo mercado es la enajenación de aquellas participaciones en la propiedad de un

⁶⁸⁹ FNE (2017c), p.16.

⁶⁹⁰ HERNÁNDEZ DE LAMOTTE e HIDALGO (2018), p. 341.

⁶⁹¹ FNE (2017c), p. 17

⁶⁹² FNE (2017c), p. 9.

competidor⁶⁹³. Estas participaciones pueden conferir influencia en la administración de la empresa, otorgar derechos de representación en el directorio y derechos de voto, o dar acceso a información relevante sobre la marcha de la compañía; todo lo cual puede influir en el comportamiento de la empresa rival.

La FNE acierta en identificar el alcance de estas medidas de mitigación: en primer lugar, no pueden considerarse por sí solas como remedios autosuficientes, sino que vienen a ser un complemento de otros remedios estructurales más complejos como la cesión de activos donde hubiere solapamientos. En segundo lugar, la remoción de vínculos con competidores vienen a mitigar los efectos coordinados derivados de la operación, a diferencia de las cesiones de activos que atacan fundamentalmente los efectos unilaterales asociados a una mayor poder de mercado de la entidad resultante. En tercer lugar, es posible sostener que la enajenación de participaciones en la propiedad de un rival es un remedio pensado para las fusiones horizontales, toda vez que en ellas intervienen agentes que no forman parte del mismo grupo empresarial y que actualmente son competidores en el mismo mercado relevante. En cuarto lugar, para asegurar la eficacia de la medida, las partes deberán cortar su vínculo con el competidor en su totalidad y de manera permanente, lo que supone la prohibición de readquisición de las acciones o derechos cedidos. Las partes, entonces, habrán de identificar en su escrito de medidas el porcentaje de participación en el capital del competidor y los derechos que esta participación le confiere, y deberán regular claramente las condiciones bajo las cuáles pretenden concretar la enajenación (plazos y potenciales compradores). En concordancia con lo anterior, consideramos aplicables en lo pertinente lo dispuesto en la “Guía de Remedios” para remedios de cesión de activos: por ejemplo, podrá ser requerida la designación de un supervisor de desinversión para el caso que las partes no tengan un comprador interesado y no concreten la venta de su participación minoritaria dentro del plazo fijado en la resolución aprobatoria.

Como colofón, debe tenerse presente que el nuevo artículo 4° bis del DL 211 específicamente trata adquisiciones de participaciones minoritarias en el capital de un competidor. Hacemos esta referencia porque, si bien los notificantes pueden detentar una participación

⁶⁹³ Sin embargo, la participación en la propiedad de un rival no es la única forma en que pueden existir vínculos. Es posible que haya acuerdos de distribución entre empresas que suministran los mismos productos o proporcionan los mismos servicios; también puede haber participación en joint-ventures, asociaciones o consorcios con competidores que pueden generar el riesgo de coordinación de comportamientos comerciales. En estos casos, la solución opera no como remedio estructural, sino conductual, por la vía de la *terminación del acuerdo* respectivo. Previendo esta posibilidad, el Reglamento exige indicar en la notificación “[u]n listado y copia de los acuerdos de cooperación, sean horizontales, verticales o de otro tipo, entre cada uno de los agentes económicos que toman parte en la operación de concentración, y entre estos y otros actores que operen en los mercados relevantes afectados, señalando su relevancia para competir” (art. 2, N°6, letra k, del Reglamento).

minoritaria en el capital de un competidor (que deberá ser enajenada como medida de mitigación de la fusión), si ellos no habían cumplido a su vez con el deber de informar oportunamente tal adquisición (habiéndose configurado los requisitos del artículo 4º bis y superado el umbral de ingresos allí señalado), arriesgan ser investigadas y sancionadas por este ilícito, sin perjuicio del pronunciamiento del Fiscal sobre la operación de concentración notificada.

2.24.5.2. Otras medidas de mitigación

La categoría que titulamos “otras medidas de mitigación” abarca la amplia diversidad de remedios de comportamiento. Estos remedios implican una modificación o limitación a la conducta futura de los agentes económicos que se concentran.

Son medidas usualmente apropiadas para operaciones de concentración verticales y de conglomerado. La posibilidad de decretar esta clase de remedios en operaciones horizontales es concebida sólo marginalmente; las cesiones de activos, en estos casos, son el remedio preferido. La FNE de forma excepcional admitirá como remedios autónomos en fusiones horizontales medidas distintas a la desinversión en supuestos concretos⁶⁹⁴: (i) cuando las partes acrediten que las medidas alternativas son igualmente efectivas que la desinversión para mitigar el efecto anticompetitivo del que buscan hacerse cargo; (ii) cuando los riesgos detectados aparecen como temporales o de corta duración, atendidas las características específicas del mercado relevante (por ejemplo, un mercado de cambios tecnológicos rápidos o donde prime la investigación); (iii) cuando haya considerables eficiencias acreditadas y que podrían perderse en caso de optarse por desinversiones; o (iv) cuando una desinversión derechamente no sea factible en el caso concreto pero, a la vez, la decisión de prohibir derechamente la operación tampoco sea apta para impedir los riesgos detectados. Asimismo, medidas conductuales pueden ser decretadas en fusiones horizontales, no como remedios únicos y autónomos (ya vimos que será la excepción), sino como medidas complementarias a un proceso de desinversión de activos.

El decretar exclusivamente medidas de comportamiento es plausible en el evento de que se trate de una operación de concentración vertical o una de conglomerado que no involucren traslapes; de lo contrario, para estas superposiciones lo preferible seguirá siendo la desinversión de aquellos negocios superpuestos, y para hacerse cargo de los efectos asociados a la integración vertical, serán pertinentes obligaciones que modelen el comportamiento de las partes.

Los remedios de comportamiento no alteran la propiedad sobre los activos de las partes ni la estructura del mercado, sino solamente modifican o construyen la conducta futura de la entidad

⁶⁹⁴ FNE (2017c), p. 10.

resultante; en este sentido, destacan por su temporalidad, reversibilidad y flexibilidad. Pueden ser modificados, corregidos, complementados o derechamente suprimidos si en el tiempo, y evidenciados sus efectos concretos en el mercado, no producen el resultado esperado, o han cambiado las circunstancias objetivas que se tuvieron a la vista al momento de ser decretados.

Es posible identificar cuatro clases de riesgos asociados a las medidas de comportamiento⁶⁹⁵: **(i) riesgo de especificación:** las obligaciones que involucra el remedio no son descritas con suficiente claridad o exhaustividad, son ambiguas o se prestan a interpretaciones contradictorias⁶⁹⁶; **(ii) riesgo de circunvención:** el remedio se hace cargo de un problema específico, pero surgen otras formas de comportamiento adverso no previstas en su diseño⁶⁹⁷; **(iii) riesgo de distorsión:** el remedio puede enviar señales erradas al mercado, evidenciar dificultades en su adaptación a las condiciones del mercado o inducir a comportamientos que afectan la competencia y merman los beneficios al consumidor⁶⁹⁸; y **(iv) riesgo de monitoreo:** el remedio puede ser difícil de supervisar o excesivamente costoso de fiscalizar.

Es determinante la formulación de las obligaciones que configuran el remedio. Se ha dicho que medidas conductuales cuyo diseño sea muy ambiguo para ser ejecutadas, o que puedan fácilmente ser malinterpretadas o evadidas por las partes, no podrán cumplir su propósito, y pueden dejar desatendido el riesgo para la competencia que buscan mitigar⁶⁹⁹. En este aspecto nos encontramos con una dificultad casi inherente a los remedios conductuales, destinados a extenderse en el tiempo más allá del perfeccionamiento de la fusión. En algunos contextos será preferible una exhaustiva y detallada formulación de la conducta esperable, pero en otros, puede ser aconsejable una redacción que permite a las partes y a los agentes con los que relacionará una mejor adaptación y concreción de las reglas que fija el remedio (el cual operará más bien como un marco que delimita los márgenes de la conducta esperable). Así, tenderán a ser más exhaustivos en su diseño y acotados en su alcance las medidas que restringen el traspaso de información sensible (*firewalls* o murallas chinas), medidas que prohíben, modifican o ponen término a contratos específicos, y medidas que regulan directamente el poder de mercado (fijación de precios o niveles de servicios, o mantención de un portafolio específico de productos); en cambio, serán más amplios en su configuración

⁶⁹⁵ UK COMPETITION COMMISSION (2008), p. 25.

⁶⁹⁶ Por ejemplo, el compromiso de dar acceso “en términos justos y razonables” (“*fair and reasonable terms*”) es complejo de determinar en concreto cuando se trata de mercados expuestos a cambios frecuentes y rápidos en los productos o en las condiciones de provisión de insumos.

⁶⁹⁷ Por ejemplo, la fijación de precios máximos en un escenario de costos de producción al alza puede generar, a su vez, disminución en la calidad de los productos para compensar pérdidas.

⁶⁹⁸ A modo ejemplar, las señales a competidores y potenciales entrantes que pueden generar medidas de control de precios, o la prohibición de celebrar o mantener contratos a largo plazo puede resultar en una falta de incentivos a competir por nuevos negocios o desarrollar nuevos productos.

⁶⁹⁹ US DOJ (2011), p. 13.

remedios que imponen obligaciones de acceso (usualmente redactados como acceso en condiciones “no discriminatorias”, “razonables”, “transparentes”, etc.).

Las dificultades en la supervisión son frecuentemente aludidas como una desventaja de estos remedios frente a las soluciones estructurales de desinversión. Entre los factores que contribuyen a que aparezca el riesgo de monitoreo se puede mencionar el volumen y complejidad de la información requerida para una supervisión eficaz, restricciones de la agencia en términos de disponibilidad de recursos o personal para fiscalizar, las asimetrías informacionales subyacentes a la relación entre la autoridad y los agentes económicos, o mercados dinámicos expuestos a cambios rápidos frente un monitoreo que debe extenderse por largo tiempo y no logra adaptarse.

Para enfrentar estos obstáculos las autoridades usualmente exigen la designación de un supervisor que intervenga durante la ejecución de los compromisos, debiendo informar y reportar a la agencia, periódicamente, acerca del desempeño de las partes y de otros terceros involucrados en la medida (como el competidor a quien se da acceso, o el licenciatario forzoso). Para la FNE la instrucción de un “supervisor de cumplimiento” será una exigencia habitual en la fiscalización de remedios conductuales complejos⁷⁰⁰.

Ahora bien, no sólo es útil un monitor especialmente designado al efecto, también pueden ser valiosas las denuncias que efectúen otros actores del mercado no involucrados en la medida (competidores, proveedores, distribuidores o consumidores); con todo, hay que ser cautos en su posición: a más de comportamientos temerarios y auto-interesados, terceros pueden carecer de recursos suficientes o de información verificable para considerar la evidencia recopilada como apta para instruir una investigación. También puede haber falta de comprensión de las medidas, que los lleva a reportar como incumplimientos actos que no lo son. En un sentido contrario, terceros pueden verse disuadidos de denunciar por temor a represalias del competidor, o por la dependencia que puede existir con actores verticalmente relacionados (por ejemplo, se trata de un proveedor de la entidad fusionada). La Fiscalía está llamada a recibir las denuncias de terceros e instruir las investigaciones a que éstas dieren lugar, sin perjuicio de ordenar indagatorias de oficio y de que particulares pueden derechamente impetrar una demanda ante el TDLC por incumplimiento de las medidas.

Algunas agencias destacan que la posibilidad de un monitoreo efectivo puede verse potenciada si se involucra a un regulador sectorial en el control del cumplimiento de la medida⁷⁰¹.

⁷⁰⁰ FNE (2017c), p. 20.

⁷⁰¹ UK COMPETITION COMMISSION (2008), p. 26; US DOJ (2011), p. 20.

Creemos que esta es una opción viable en el contexto institucional chileno, especialmente en industrias que no hayan sido investigadas previamente por la Fiscalía o que no hayan sido objeto de estudios de mercado. La FNE puede celebrar convenios de cooperación y de traspaso de información con servicios públicos, tales como Superintendencias y otros organismos con competencia fiscalizadora y regulatoria sobre los agentes económicos que se fusionan.

En seguida revisamos someramente las medidas que, sin alterar la propiedad sobre activos de las partes, pueden ser ofrecidas por los notificantes:

(a) Medidas quasi-estructurales

Estas medidas se expresan de dos formas: *obligaciones de acceso* no discriminatorio a insumos o instalaciones; y *obligaciones de licenciamiento*, exclusivo o compartido, de derechos de propiedad industrial o intelectual⁷⁰². Los primeros son habituales en mercados con infraestructura de redes (v. gr. telecomunicaciones), con miras a facilitar la entrada de competidores en el mercado que requieren de acceso a una instalación esencial. Las obligaciones de licenciamiento de marcas o patentes permiten dar acceso a tecnología y derechos de propiedad intelectual a competidores que dependen de ellos para desarrollar sus actividades en un mercado descendente. En las obligaciones de licenciamiento se evidencia de manera más notable el carácter quasi-estructural, ya que permite el aprovechamiento de un activo intangible de propiedad de la entidad fusionada que se considera indispensable para competir eficazmente, cediendo su uso, en general, de forma exclusiva.

(b) Medidas conductuales propiamente tales

Si los activos de la empresa fusionada no son de su propiedad, sino que están asegurados por contratos de largo plazo (como acuerdos de suministro) o que confieren exclusividades, puede exigirse la modificación o término de dichos contratos⁷⁰³. Estas medidas, que buscan impedir el cierre artificial del mercado, se expresan como obligaciones de no hacer, tales como no celebrar contratos exclusivos, pactar descuentos condicionales o selectivos, empaquetar productos, o incrementar los costos de salida existentes a los clientes⁷⁰⁴. También, pensando en operaciones verticales, pueden imponerse las llamadas “murallas chinas” o “firewalls” que buscan impedir que un agente económico verticalmente integrado comparta con su filial información confidencial de sus competidoras y que utilicen su infraestructura o adquieran sus productos⁷⁰⁵.

(c) Remedios que regulan directamente el poder de mercado

⁷⁰² FNE (2017c), pp. 20-21.

⁷⁰³ AGÜERO (2009), p. 10.

⁷⁰⁴ FNE (2017c), p. 21.

⁷⁰⁵ FNE (2017c), p. 21.

Los remedios consistentes en la fijación de precios máximos, o de estándares de calidad de los productos, de mantención de un portafolio de productos o de un nivel de servicio no inferior al previo a la fusión, son cuestionados en su idoneidad y eficacia, razón por la cual “la FNE no aprobará las propuestas fundadas en remedios de esta naturaleza, a menos que aquéllos se planteen como una solución transitoria a la espera de la implementación efectiva de una solución principal”⁷⁰⁶. Esto porque la fijación de precios (y otros remedios análogos) por un periodo prolongado de tiempo puede traer serias distorsiones en el mercado: los precios fijados no se adaptarán a las fluctuaciones del mercado, por lo que un alza de los costos se tenderá a compensar por la vía de disminuir la oferta o de reducir la calidad de los productos; o bien, la fijación de precios podrá ser un desincentivo a la entrada de un competidor al mercado, afectando la cantidad y diversidad de productos a los que puede acceder el consumidor⁷⁰⁷.

(e) Obligaciones conductuales accesorias a un proceso de desinversión

Ya se ha desarrollado anteriormente que las medidas de desinversión puede llevar aparejado el compromiso de no recomprar los activos ni de recontratar al personal esencial, así como la prohibición de readquisición directa o indirecta de los activos (sujeto a un plazo). También puede imponerse al comprador la prohibición de reventa de los activos en un plazo, o que éstos sean empleados efectivamente en el mercado relevante afectado. Asimismo, para asegurar la viabilidad de los activos cedidos las partes pueden asumir obligaciones de no competir, de abastecimiento de determinados insumos o de licenciamientos de marcas u otros derechos de propiedad industrial⁷⁰⁸.

(f) Otras obligaciones de información o reporte a la agencia

También existe la posibilidad de que las partes asuman la obligación de informar periódicamente sobre determinados hechos, actos o convenciones que incidan en la eficacia de otros remedios. Estas obligaciones no necesariamente tendrán que ser cumplidas directamente por los notificantes, puesto que, si se ha designado, podrán ser desempeñadas por un monitor de cumplimiento, debiendo las partes dar las facilidades que éste cumpla su mandato. A modo ejemplar, las partes podrán asumir el compromiso de informar a la FNE, de manera oportuna, suficiente y veraz, cambios en la propiedad del control de la entidad resultante o adquirida incluyendo pactos de actuación conjunta; adquisiciones en el capital de un competidor; cambios en los contratos con sus principales proveedores o clientes; enajenaciones o nuevas adquisiciones de activos que se identifiquen como relevantes para el desempeño competitivo en el mercado

⁷⁰⁶ FNE (2017c), p. 22.

⁷⁰⁷ ICN (2016), p. 5.

⁷⁰⁸ FNE (2017c), p. 22.

relevante, sean tangibles (como instalaciones, sucursales o centros de distribución), o intangibles como licencias, patentes o derechos que le confieran acceso a insumos relevantes en el proceso productivo (como derechos de aguas). También podrán establecerse remedios más sofisticados, como la obligación de presentar a la FNE un detallado plan de cumplimiento de las medidas de mitigación más complejas, y la difusión al público acerca de los alcances de dicho plan. En definitiva, la definición, diseño y alcance de estas obligaciones dependerá fundamentalmente del análisis que haga la agencia sobre las características del mercado en que intervendrá la empresa resultante o adquirida, de modo que pueda requerirse un seguimiento más o menos intenso de su evolución post-consumación de la operación.

2.24.6. Implementación y monitoreo de las medidas

Las partes tienen un deber de observancia de las medidas de mitigación. Sus obligaciones están delimitadas por la resolución misma que aprueba la operación y por el escrito de proposición de medidas que se entiende formar parte de la autorización. A diferencia de la aprobación pura y simple, la operación sujeta a medidas se entiende autorizada siempre que las partes den cumplimiento a los remedios definidos, en los términos, plazos y condiciones señalados en el escrito de ofrecimiento de los mismos. La in ejecución, total o parcial, o la ejecución tardía de alguno de los remedios ofrecidos por las mismas partes comprometerá su responsabilidad infraccional (art. 3º bis, letra c) en relación al art. 26, DL 211).

La FNE tienen un rol de resguardo de la libre competencia que no se limita a la persecución del injusto que supone la inobservancia de ciertas medidas de mitigación, sino que también, en el diseño mismo de los remedios, pueden establecerse mecanismos específicos destinados a prevenir conductas de riesgo, por la vía de establecer obligaciones de información a la autoridad (reportes periódicos o la comunicación previa de nuevos contratos, o cambios en la propiedad o el control), así como la intervención de otras entidades regulatorias y de particulares (competidores o clientes) que, por la vía de denuncias, colaboren en la vigilancia del cumplimiento de las medidas adoptadas.

También es posible que las partes de una operación no sean capaces de concretar por sí solas la enajenación de los activos en el plazo fijado por la autoridad (porque el comprador propuesto desistió de su intención, o porque no fue hallado comprador alguno), o que se hayan fijado medidas de comportamiento complementarias a un proceso desinversión (obligaciones de acceso o licenciamientos forzados), o que derechosamente se hayan definido únicamente remedios conductuales para una determinada operación (usualmente una fusión vertical, o una de conglomerado pura); en todos estos casos, para el éxito de la medida se hace necesaria la

supervisión, sea del proceso de desinversión, o de la implementación del remedio conductual en el mediano o largo plazo. Surge entonces, como una práctica más que asentada en el derecho comparado, la figura del supervisor, también denominado monitor, auditor o *trustee* en otras jurisdicciones. En Chile, esta figura no ha sido prevista expresamente por la legislación, pero sí lo ha hecho la FNE. Otras agencias han desarrollado con más detalle las particularidades de los monitores, cuyos lineamientos pueden ser tomados como referencia⁷⁰⁹.

El monitor se describe usualmente como los “ojos y oídos” de las agencias, enfatizando en los deberes de información que tiene éste con la autoridad durante todo el tiempo que comprenda el cumplimiento de las medidas⁷¹⁰. En líneas generales, el monitor debe ser propuesto por las partes durante el proceso de evaluación, y deberá contar, por ende, con la aprobación de la agencia de competencia en la misma resolución que se pronuncia sobre la operación de concentración. Las partes deberán someter a aprobación no sólo la persona o entidad que asumirá el rol de monitor, sino regular los términos de su mandato con suficiente exhaustividad, y específicamente pensando en las labores que, según sea su encargo, deberá desempeñar (supervisor de desinversión, supervisor de cumplimiento o monitor de administración separada de los activos). A su turno, corresponderá a la autoridad la calificación de la experiencia, aptitud e independencia del prospecto. Un aspecto que concita la atención de las agencias es la independencia del monitor y la ausencia de conflictos de interés con las partes, donde cuestiones como las relaciones de dependencia previas con ellas, la remuneración que se pagará al supervisor, la habilitación suficiente de éste para desarrollar sus labores y la exigencia de no ser relevado en sus funciones sin la aprobación de la autoridad, son todas de primer orden.

2.25. Características de la resolución recaída en una operación de concentración

La evaluación preventiva de operaciones de concentración corresponde a un procedimiento administrativo, y el Fiscal Nacional Económico interviene y se pronuncia sobre el potencial anticompetitivo de la transacción en su calidad de jefe superior de servicio, en ejercicio de potestades públicas atribuidas por ley. La resolución que pone término al procedimiento será de naturaleza administrativa, y sólo en el evento excepcional de que la decisión fuese denegatoria y, dentro de plazo, los notificantes impetren la acción de revisión especial, el procedimiento terminará con una sentencia definitiva del TDLC (o eventualmente de la Corte Suprema), que es, por supuesto, de naturaleza jurisdiccional. Por consiguiente, la generalidad de las veces, la resolución

⁷⁰⁹ Véase, por ejemplo, COMISIÓN EUROPEA (2008c), pp. 24-26; BUNDESKARTELLAMT (2016), pp. 68-75; y CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (2018), pp. 43-49.

⁷¹⁰ COMISIÓN EUROPEA (2008c), p.24; US FTC (2012), p. 16.

recaída en una operación de concentración notificada a la FNE será un acto administrativo y en este entendido desarrollaremos las siguientes secciones.

2.25.1. Es un acto administrativo

A partir la naturaleza administrativa de la resolución del Fiscal Nacional Económico que recae en una operación de concentración a él notificada, es posible calificarla de un modo más preciso en base a una serie de distinciones doctrinarias.

En primer lugar, es un *acto de término* de procedimiento. La clasificación entre acto de trámite y acto de término es explícitamente recogida por la LBPA⁷¹¹ y ha sido pensada para efectos de determinar la procedencia de recursos administrativos en su contra⁷¹². Así, los actos de trámite son, en general, irrecuperables por vía administrativa, mientras que los actos de término son siempre recuperables. Excepcionalmente procederán recursos administrativos en contra de actos trámite cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión. La resolución del Fiscal que, al finalizar la Fase I o II, se pronuncia sobre la aptitud de una operación para disminuir sustancialmente la competencia, aprobándola o prohibiéndola, califica como un acto de término. Se trata además de un *acto que pone fin a la vía administrativa* (que no debe confundirse con un acto de término recién explicado). El acto que pone fin o agota la vía administrativa es aquél que no es susceptible revisión por otro órgano administrativo superior, siendo improcedente el recurso jerárquico⁷¹³; lo anterior no obsta a la posibilidad de deducir reposición ante el mismo órgano.

La resolución de término del Fiscal, a su vez, podrá ser un acto *expreso* o *táctico*⁷¹⁴. En los actos expresos, la voluntad de la Administración se formula en términos formales y explícitos, mientras que en los actos tácitos, la Administración no se pronuncia, y, por una ficción legal, se le atribuye significado a su silencio⁷¹⁵. Esta calificación atiende, pues, a la forma en que el órgano respectivo manifiesta su voluntad, y se relaciona intrínsecamente con la figura del silencio administrativo, instituto que no sólo aparece en la LBPA⁷¹⁶ sino que es recogido especialmente en el Título IV del DL 211: cuando el Fiscal no pronunciare o no comunicare a los notificantes una resolución sobre la operación antes de expirar los plazos de duración de la investigación, la

⁷¹¹ Artículo 15 de la LBPA.

⁷¹² BERMÚDEZ (2014), p. 143; CORDERO VEGA (2015), p. 253; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004 I), p. 575; MUÑOZ MACHADO (2017), p. 30.

⁷¹³ CORDERO VEGA (2015), p. 254; BLANQUER (2015), p. 376; MUÑOZ MACHADO (2017), p. 34

⁷¹⁴ BLANQUER (2015), p. 371; VALDIVIA (2018), p. 208.

⁷¹⁵ VALDIVIA (2018), p. 208.

⁷¹⁶ Artículos 64 y 65 de la LBPA.

operación se entenderá tácitamente aprobada, y si se hubieren ofrecido medidas de mitigación, se entenderá sujeta a ellas⁷¹⁷. De suerte que la resolución del Fiscal que se pronuncia sobre la operación, cuando es un acto expreso, podrá ser indistintamente aprobatoria o denegatoria; pero, cuando es un acto tácito, por aplicación del silencio positivo, sólo podrá ser aprobatoria.

Según si el contenido de la declaración de la Administración amplía o limita la esfera jurídica del destinatario, podrá tratarse de un acto *favorable* o *de gravamen*, respectivamente⁷¹⁸. Son actos favorables los que amplían de cualquier forma o favorecen los intereses de sus destinatarios, al otorgar una ventaja jurídica o crear o reconocer derechos de cualquier clase. Los de gravamen tienen el efecto contrario de restringir o limitar los derechos o las ventajas jurídicas de que disfruta un particular⁷¹⁹. También existen los actos *de doble efecto o mixtos*, que producen tanto efectos favorables y limitativos respecto de la misma persona⁷²⁰. Así, aplicado al ámbito que nos atañe, la aprobación pura y simple de una operación de concentración califica como acto favorable, y la prohibición como un acto de gravamen. A su vez, si es una aprobación con medidas, se trata de un acto de doble efecto, ya que las partes de la operación obtienen un título habilitante para perfeccionar su operación, ampliando su esfera jurídica, pero al mismo tiempo deberán dar observancia a las medidas que se hayan establecido; tales medidas son cargas u obligaciones que gravan con un dar, hacer o no hacer al destinatario del acto administrativo.

Según la forma en que se cumplen sus efectos jurídicos, la resolución de término del procedimiento podrá ser un acto administrativo *simple*, o bien, *sujeto a modalidad*. Tanto la resolución de aprobación pura y simple y la resolución de prohibición califican en la primera categoría, mientras que la aprobación sujeta al cumplimiento de medidas, participa de la segunda. La idea de “modalidad”, más cercana al derecho civil, refiere a todo plazo, modo o condición que altera los efectos naturales de un acto jurídico. Pues bien, en el derecho administrativo se habla más precisamente de “cláusulas accesorias”, que son aquellas que modulan o matizan los efectos del acto administrativo, el que por regla general una vez notificado al interesado adquiere inmediata eficacia⁷²¹. En otras palabras, junto a la declaración básica o principal, que sería la aprobación de la operación, el acto administrativo puede contener declaraciones adicionales – voluntarias o por

⁷¹⁷ Al respecto véase *supra* secciones 2.19.4 y 2.20.5.

⁷¹⁸ GARCÍA-TREVIJANO (1986), p. 219-221; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004 I), pp. 576-578; ESCUIN (2004), p. 185; BERMÚDEZ (2014), p. 144; CORDERO VEGA (2015), pp. 252-253; MUÑOZ MACHADO (2017), pp. 29-30; PAREJO ALFONSO (2018), pp. 798-799.

⁷¹⁹ MUÑOZ MACHADO (2017), p. 29.

⁷²⁰ CORDERO VEGA (2015), p. 253.

⁷²¹ El artículo 51 de la LBPA dispone: “Los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo causan inmediata ejecutoriedad, salvo en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior”.

disposición de la ley- que no cuestionan la validez del acto, sino la eficacia práctica del mismo. Como señala un autor, el carácter de las cláusulas accesorias “es puramente cautelar e inspirado en una finalidad correctiva o de adaptación movida por el interés público”⁷²² al que sirve el órgano respectivo y que hace la declaración principal.

Las cláusulas accesorias son habituales en el terreno de las autorizaciones administrativas, siendo la imposición de plazos y condiciones -suspensivas o resolutorias- el ejemplo paradigmático. Las condiciones imponen un margen de incertidumbre, porque se desconoce si el hecho futuro acontecerá o no, y en consecuencia, se ignora si el acto administrativo llegará a entrar en vigor –en el caso de las condiciones suspensivas- o si de forma sobreviniente perderá su eficacia –en el caso de las condiciones resolutorias. Pero esto no nos debe extrañar, ya que

“[e]s bastante habitual que la incertidumbre se refiera a las circunstancias sobrevenidas o la conducta futura del interesado a quien se refiere un acto administrativo; en particular, es muy habitual que la normativa sobre un título jurídico habilitante, exija para su otorgamiento el cumplimiento de ciertos requisitos, y para que el acto administrativo siga vigente, requiera que esos requisitos sigan cumpliéndose con posterioridad al otorgamiento de la concesión, autorización o permiso de que se trate”⁷²³.

La posibilidad de establecer este tipo de cláusulas, que condicione al acto, ha sido expresamente prevista por el legislador en materia de control de concentraciones, donde se establece que la aprobación se puede conceder “a condición de que se dé cumplimiento a las medidas ofrecidas por el notificantes” (arts. 54, letra b), 57 letra b) y 31 bis)⁷²⁴. En este sentido, las medidas de mitigación, además de cargas u obligaciones que gravan a los notificantes de una operación, son cláusulas accesorias que “vienen a especificar en el caso concreto las condiciones legales que hacen admisible el hecho, acto o contrato a la luz del Derecho de la Competencia”⁷²⁵. Las medidas de mitigación determinan la conformidad de la operación al bien jurídico tutelado, y por ello se permite a las partes seguir adelante con la transacción. La resolución aprobatoria condicionada involucra, entonces, “una decisión positiva que se parece a una reserva de eventual revocación futura (conforme a la máxima «sí, aunque»)”⁷²⁶. Verificado el hecho futuro y negativo

⁷²² BARCELONA (1995), p. 215.

⁷²³ BLANQUER (2015), p. 368.

⁷²⁴ Como es sabido, tal posibilidad ya existía antes de la reforma de 2016. Analizando los alcances de la potestad consultiva del TDLC, AGÜERO señalaba: “Cabe preguntarse si la autoridad está autorizada para imponer cláusulas accesorias a la resolución. Después de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.911 el TDLC está expresamente habilitado para imponer aquellas condiciones que son necesarias para lograr la conformidad de la conducta consultada con la prohibición general del artículo 3º. [...] Con anterioridad a esta ley, las Comisiones Preventivas, sin estar autorizadas expresamente, imponían de todos modos estas condiciones. Esto puede entenderse porque tales condiciones se limitan a reiterar, para el caso concreto, la prohibición general, y no innovan en el régimen jurídico del solicitante” (AGÜERO, 2014, p. 48).

⁷²⁵ AGÜERO (2014), n. 138, p. 44.

⁷²⁶ BLANQUER (2015), p. 369.

de la condición sobre la cual pende la aprobación, que puede resumirse en el incumplimiento de alguna de las medidas de mitigación, el acto se expone a perder su eficacia. En el diseño del DL 211, de no darse observancia a las medidas, se habilita al TDLC para intervenir represivamente y, eventualmente, revertir la operación (art. 3º bis, letra c).

También es posible que la autoridad establezca otras cláusulas accesorias distintas a las medidas de mitigación, las que son admisibles siempre que, como ha notado la doctrina, sean “(i) lícitas (es claro que no pueden ser “*contra legem*”); (ii) posibles; (iii) proporcionadas en relación al contenido de la declaración básica; y (iv) adecuadas al fin de interés general que se persigue satisfacer”⁷²⁷. Un ejemplo de ellas, en la práctica de la FNE, es la que puede imponer a propósito de una desinversión de activos, en que como solución al problema de la falta de compradores potenciales, las partes identifican un prospecto y con ello se autoriza la operación, pero ellas no podrán perfeccionarla mientras no se complete la enajenación de los activos comprometidos⁷²⁸.

Como es posible prever, el legislador – y en línea análoga a la evaluación ambiental de la Ley N° 19.300⁷²⁹ – recurre a una técnica clásica de intervención de la Administración, cual es la exigencia de una autorización previa⁷³⁰. La finalidad de las autorizaciones es permitir a determinado órgano administrativo un control preventivo de un específico interés público previsto en la ley⁷³¹, en el caso que nos atañe, el resguardo de la libre competencia en los mercados. La técnica autorizatoria, elocuentemente resumida por SANTAMARÍA PASTOR, consiste en que

“la norma jurídica califica determinadas actividades como potencialmente lesivas (o dotadas de una capacidad de incidencia relevante) para los intereses públicos; por ello, subordinan el ejercicio de dichas actividades a un acto de la Administración en el que se comprueba y declara que la modalidad de ejercicio concreto que el particular pretende no produce dicha lesión, o se establecen las condiciones específicas bajo las que puede ser desarrollada para evitarla”⁷³².

Existe un interés público que justifica la limitación del ejercicio de un derecho preexistente –a desarrollar cualquier actividad económica lícita–, y la normativa interviene a través de la prohibición de su ejercicio sin un control administrativo *ex ante* y concreto, de modo que la

⁷²⁷ BLANQUER (2015), p. 368.

⁷²⁸ Es lo que la Fiscalía en su “Guía de Remedios” llama “solución de comprador inicial” (FNE, 2017c, p. 14)

⁷²⁹ La resolución de calificación ambiental como autorización administrativa en DE LA FUENTE (2012), p. 86; CORDERO VEGA (2015), p. 274; y en las tesis de pregrado de MIRES y MOLINA (2004) y de MOYA MARCHI (2012).

⁷³⁰ La autorización como una forma de intervención de policía o limitativa de derechos por parte de la Administración ha sido un tópico habitual en la doctrina, como puede verse en GARCÍA-TREVIJANO (1986), pp. 240 y ss.; VILLAR (1999), pp. 82 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR (2002), pp. 270 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (2004 II), pp. 133 y ss.; BLANQUER (2015), pp. 824 y ss.; PAREJO ALFONSO (2018), pp. 507 y ss. El estudio más exhaustivo sobre la autorización administrativa, en el contexto del derecho español, es realizado por LAGUNA DE PAZ (2006). En nuestro medio, véase CAMACHO (2010), pp. 120 y ss.

⁷³¹ LAGUNA DE PAZ (2006), p. 210.

⁷³² SANTAMARÍA PASTOR (2002), p. 270.

autorización sirve para levantar tal prohibición⁷³³. La intervención entonces no es a través de un estatuto normativo que rija en términos generales una actividad (técnica de ordenación o reglamentación), ni por la vía de sustituir al privado asumiendo un servicio público (técnica prestacional) o ni por la vía privarlo de su derecho (expropiación), sino por la vía de limitar al ejercicio de un derecho preexistente, a través de la exigencia de una autorización que compruebe que el particular, en una actividad concreta, se ajusta a un régimen jurídico-administrativo destinado a resguardar un interés público:

“El control preventivo, y más concretamente, la autorización, operan, así, sobre actividades y derechos de titularidad privada, que continúan obviamente en la esfera de disposición de los correspondientes sujetos particulares [...] la técnica ahora analizada no incide sobre la actividad o el derecho mismo, sino exclusivamente sobre el ejercicio de una y otro”⁷³⁴.

El diseño institucional contenido en el nuevo Título IV del DL 211 se inserta de manera palmaria en esta modalidad de intervención: la Administración, a través de un órgano especializado como es la FNE, conoce de una futura actividad (la integración de dos agentes económicos independientes) que tendrá un impacto económico significativo (determinado a través de los umbrales de notificación), pudiendo autorizar o no su perfeccionamiento según sea su potencial de afectar la libre competencia (que es el interés público tutelado).

Huelga señalar, de todas formas, que la complejidad de la regulación económica, y la diversidad de ámbitos de la acción de los particulares sobre los cuales se despliega la intervención limitativa de derechos por parte de la Administración hace que, aun tratándose de la misma actividad (como puede ser una concentración empresarial), puedan requerirse varias autorizaciones, en razón de distintos intereses públicos merecedores de protección (no sólo la libre competencia en los mercados, como es el caso en estudio)⁷³⁵. Así, dada la ausencia de una ventanilla única, una fusión o adquisición, por las entidades involucradas en ella, puede requerir no sólo la aprobación de la FNE que exige el DL 211, sino también la autorización previa de otras agencias administrativas sectoriales. En esta misma línea, es posible distinguir entre *autorizaciones estatutarias*, donde se ubican estas otras autorizaciones y que sólo dicen relación con la conformidad del solicitante a la normativa sectorial, atribuyendo “una posición ordinamental compuesta por un heterogéneo conjunto de derechos y obligaciones determinados en la norma que ordena la actividad de que se trate”⁷³⁶; y *autorizaciones regulatorias*, donde se inserta la autorización de la FNE, que “son un instrumento de dosificación de la competencia en el mercado, y su rasgo más característico es que

⁷³³ BLANQUER (2015), p. 825.

⁷³⁴ PAREJO ALFONSO (2018), pp. 507-508.

⁷³⁵ BLANQUER (2015), p. 835.

⁷³⁶ BLANQUER (2015), p. 832.

su otorgamiento puede vincularse a que el interesado cumpla ciertas cargas o condiciones”⁷³⁷. La respuesta a la solicitud de la autorización regulatoria no se corresponde con un rígido modelo binario (“sí” o “no”); por el contrario,

“la respuesta puede tener contenidos muy variados y distintos, pues es fruto del ejercicio de un margen de discrecionalidad que permite la introducción de unos u otros condicionantes, como medio para dosificar o regular el grado de competencia en el mercado económico [...] El cumplimiento de esos condicionantes funciona como una «carga» en sentido técnico, pues al cumplirlos se logra el beneficio que resulta de la autorización habilitante, y se evita el perjuicio que se produciría de denegarse la autorización. Cuando la autorización se subordina al cumplimiento de determinados condicionantes [...] el derecho subjetivo es, desde su origen, un «derecho debilitado» por razón de la situación de pendencia y el eventual incumplimiento futuro de los condicionantes o la carga a cuyo cumplimiento se sometió su otorgamiento. Esa situación de «derecho debilitado» contrasta con la plenitud del derecho que deriva del otorgamiento puro y simple de la autorización administrativa de naturaleza estatutaria”⁷³⁸.

La autorización regulatoria que otorga la FNE no siempre contendrá una única declaración que aprueba la operación, sino que podrá establecer condiciones tendientes a remover o mitigar sus efectos anticompetitivos (en el DL 211, voluntariamente comprometidas por las partes y aceptadas por la Administración). Es posible, en seguida, calificar dogmáticamente dicha autorización.

La autorización de una operación de concentración será *simple* si sólo consiste en la pura aprobación, u *operativa* cuando se sujeta su aprobación al cumplimiento de medidas de medidas de mitigación. La autorización simple habilita a desarrollar una concreta actuación aislada, y agota su eficacia jurídica una vez se consuma la actividad permitida, es decir, una vez que se perfecciona la operación aprobada; en cambio, la autorización operativa no agota sus efectos una vez realizada la actividad legitimada por el título habilitante, ordenando en el tiempo el actuar del destinatario de la norma. La autorización operativa no sólo busca controlar la conformidad de una conducta, sino orientar positivamente el actuar del titular. Señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ que el carácter operativo se manifiesta en la posibilidad de sujetar la autorización a determinadas condiciones “que son, precisamente, los instrumentos en que se plasma esa función de encauzamiento y dirección de la actividad autorizada y cuyo incumplimiento puede dar lugar a la imposición de sanciones y a la propia revocación de la autorización otorgada”⁷³⁹.

También, la resolución aprobatoria pura y simple es una autorización *por operación*, y la aprobatoria sujeta a la observancia de remedios es una autorización *de funcionamiento*. La primera recae en una actuación determinada y específica, mientras que la segunda, recae en una actividad

⁷³⁷ BLANQUER (2015), p. 832.

⁷³⁸ BLANQUER (2015), p. 833.

⁷³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004 II), p. 139.

llamada a prolongarse indefinidamente en el tiempo. Análogamente a la categoría antes revisada, en la autorización *por operación*, la relación entre la Administración y el particular es episódica y no crea ningún vínculo estable entre ellas más allá, en este caso, del perfeccionamiento de la concentración, extinguiéndose consecuencialmente el acto de otorgamiento. Esto es así porque la operación no revestía riesgos para la competencia, por lo que no se establecen condiciones que graven a las partes. En cambio, en la autorización *de funcionamiento* se prolonga su vigencia mientras subsista la pendencia del cumplimiento de las condiciones determinadas en su caso, por lo que surge una relación permanente entre la Administración y el particular “con el fin de proteger en todo caso el interés público frente a las vicisitudes y circunstancias que a lo largo del tiempo pueden surgir más allá del horizonte limitado que es posible avizorar en el momento de otorgar el permiso”⁷⁴⁰. Cabe reseñar, por cierto, que la doctrina nacional aun antes de la reforma de la Ley N° 20.945 ya atribuía un carácter administrativo a la potestad consultiva del TDLC; consistente con ello, la resolución del Tribunal que en sede de consulta aprobaba condicionadamente una operación de concentración se entendía como una autorización, y en especial, una operativa, y de funcionamiento⁷⁴¹.

La eficacia prolongada en el tiempo de la autorización operativa y de funcionamiento supone “la posibilidad (e, incluso, el deber) de modificar el contenido de la autorización inicialmente otorgada para mantenerlo constantemente adaptado, a lo largo de su vigencia, a las exigencias del interés público”⁷⁴². En otras palabras, la autorización se otorga *rebus sic stantibus*⁷⁴³, cuestión evidente en materia de libre competencia:

“Los mercados son dinámicos –tanto por el lado de la oferta como de la demanda–, por lo que es perfectamente posible que el conjunto de circunstancias que originalmente justificó la imposición de la condición haya dejado de existir (por ejemplo, nuevos actores, nuevas tecnologías, cambios en la estructura de costos, variaciones en las condiciones de entrada, cambios en las preferencias de los consumidores, etc.)”⁷⁴⁴.

En el nuevo diseño institucional, las modificaciones a las autorizaciones concedidas por la FNE deberán ventilarse ante dicha autoridad conforme al procedimiento del Título IV. Atendido el nuevo tenor del artículo 18 N° 2, si el análisis de una concentración notificable no puede someterse a consulta ante el TDLC, no es razonable argüir que la revisión de la resolución de la FNE que, precisamente, efectuó dicho análisis, pueda luego ventilarse en sede de consulta. Entendemos que el legislador ha pretendido en general substraer al análisis de operaciones de concentración

⁷⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004 II), p. 140.

⁷⁴¹ Véase AGÜERO (2014), pp. 32-37.

⁷⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004 II), p. 141.

⁷⁴³ BLANQUER (2015), p. 1211.

⁷⁴⁴ MONTT (2012), p. 469.

notificables del objeto de las consultas⁷⁴⁵. Así, la revisión de la autorización de una operación de concentración, concedida por la FNE, deberá ventilarse bajo el mismo procedimiento del Título IV conforme al cual se otorgó tal autorización. Esta es una solución que pretende resguardar cierta coherencia normativa en cuanto al procedimiento aplicable a las concentraciones empresariales, y que no es antojadiza, pues se ampara en planteamientos doctrinarios que se han esgrimido frente al mismo problema:

“ante la falta de un procedimiento especial para la revocación y modificación del acto, se debe seguir la forma y el procedimiento del acto emitido. A la misma respuesta llega el Derecho de la Competencia comparado, como precisa Luis Cares, para el caso de la revocación o modificación de autorizaciones singulares”⁷⁴⁶.

Desde un punto de vista sustantivo también se mantiene la congruencia, ya que tratándose de cambios sustanciales a las condiciones originales de perfeccionamiento de una operación (y en particular, cambios que afecten la eficacia de los remedios), el objeto de la nueva investigación seguirá siendo la operación de concentración y sus potenciales efectos para la competencia⁷⁴⁷.

2.25.2. Confiere un beneficio de inmunidad en materia de responsabilidad infraccional

La autorización concedida a una operación de concentración notificada otorga certeza jurídica a los agentes económicos que intervienen en ella, en el sentido de que el perfeccionamiento de la operación no comprometerá su responsabilidad infraccional en materia de libre competencia. Esta conclusión es obtenida a partir de lo dispuesto en el artículo 32 del DL 211.

La Ley N° 20.945 ha ampliado el alcance de dicho artículo a los actos y contratos celebrados en observancia de las resoluciones aprobatorias dictadas por la FNE en el contexto del procedimiento del Título IV, quedando como sigue:

“Los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, o de acuerdo con las resoluciones de la Fiscalía Nacional Económica para el caso de las operaciones de concentración, no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia, sino en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo Tribunal, y ello desde que se notifique o publique, en su caso, la resolución que haga tal calificación.

⁷⁴⁵ Reafirma esta idea el hecho de que el propio TDLC, tras la entrada en vigencia del Título IV, haya resuelto derogar su Auto Acordado 12/2009 dedicado a este tema.

⁷⁴⁶ AGÜERO (2017), p. 380.

⁷⁴⁷ Si sólo es una modificación de las medidas, también se referirá al análisis sobre el potencial anticompetitivo de la operación, ya que las medidas mitigan, precisamente, los riesgos previamente detectados.

‘En todo caso, ni los ministros que concurrieren a la decisión, ni el Fiscal Nacional Económico, según correspondiere, se entenderán inhabilitados para los nuevos pronunciamientos que eventualmente tuvieran lugar’ (subrayado agregado).

La nueva redacción no ha cambiado sustantivamente la norma, sino que la ha adaptado a la circunstancia de que, bajo la ley vigente, las concentraciones serán no sólo evaluadas preventivamente por la FNE sino muy especialmente, serán *autorizadas* por ella (sumado a que las operaciones de concentración se excluyen expresamente del campo de aplicación del procedimiento de consulta ante el TDLC). En otras palabras, la reforma del artículo 32 pretende básicamente preservar la armonía y coherencia normativas, dado el nuevo entramado de potestades y reglas que informan hoy al sistema de libre competencia chileno, manteniéndose inalterados los presupuestos que hacen operativa la regla del artículo 32.

Lo que la doctrina – comentando lo dispuesto en el artículo 32 - había dicho sobre las resoluciones aprobatorias de fusiones dictadas por el TDLC, con la nueva redacción puede ser igualmente predicado respecto de las resoluciones aprobatorias del Fiscal Nacional Económico⁷⁴⁸. La consecuencia jurídica más importante, a nuestro juicio, es que la autorización opera como una “excepción de liberación de responsabilidad”,⁷⁴⁹ o una causal de “exoneración de responsabilidad”,⁷⁵⁰ frente a imputaciones por actuaciones anticompetitivas, efecto que “se logra gracias al beneficio de inmunidad del artículo 32º del DL 211, conforme al cual no hay responsabilidad anticompetitiva alguna, en la medida que los actos o contratos se ejecuten o celebren de acuerdo con las decisiones del TDLC [o de la FNE, bajo la nueva legislación]”⁷⁵¹.

Con todo, debe repararse que la eficacia de esta inmunidad es relativa y no absoluta, precisamente porque la aparición de nuevos antecedentes, desconocidos a la época en que se concedió la autorización respectiva, habilita a la recalificación de la operación, esta vez, como un acto contrario a la libre competencia. Como explica AGÜERO,

⁷⁴⁸ Véase VALDÉS (2006), pp. 623-625. Este autor destaca que la recalificación de los actos o contratos se efectúe “sobre la base de nuevos antecedentes”, exigencia que no existía en la redacción original de la norma (ex art. 14) y que fue introducida con las primeras reformas al DL 211. Igualmente, repara en que el texto sólo se refiera a actos y contratos, habiéndose omitido a los “hechos”, a pesar de que éstos igualmente pueden ser objeto de revisión por el Tribunal (como expresa el art. 3º). También se pone de relieve que se emplee la frase “decisiones del Tribunal”, por lo que el efecto del artículo 32 alcanza a todo aquel que en su conducta se ajuste a lo resuelto por el TDLC en ejercicio de cualquiera de sus potestades públicas y que se exprese en la forma de reglamentos, sentencias y resoluciones.

⁷⁴⁹ AGÜERO (2015), p. 74.

⁷⁵⁰ VALDÉS (2006), p. 625.

⁷⁵¹ AGÜERO (2015), p. 19. En línea acorde se pronunciaba MONTT: “el procedimiento no contencioso está creado como un instrumento administrativo-regulatorio, con el fin de revisar hechos, actos o convenciones celebrados o por celebrar y obtener una declaración del Tribunal que otorgue seguridad jurídica a consultantes. Este efecto se logra gracias al beneficio de inmunidad del artículo 32º del DL 211, conforme al cual no hay responsabilidad anticompetitiva alguna en la medida que los actos o contratos se ejecuten o celebren de acuerdo con las decisiones del TDLC” (MONTT, 2012, p.466).

“[e]l ‘beneficio de inmunidad’ que se obtiene con una resolución favorable –y la sujeción estricta a la condiciones establecidas- se acabará si por una decisión posterior y sobre ‘nuevos antecedentes’, el TDLC determina que los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con sus decisiones [hoy, también las del Fiscal Nacional Económico] se estimen contrarios a la libre competencia”⁷⁵².

NEHME y MORDOJ, en una línea similar, señalan que

“[e]n principio, una concentración aprobada por el TDLC o la Corte Suprema [o por el Fiscal Nacional Económico] goza de inmunidad en cuanto a una eventual ‘responsabilidad antimonopolios’ posterior, derivada de los mismos hechos. Sin embargo, la extensión de esta inmunidad, por la vía de la cosa juzgada de lo resuelto, pareciera ser más débil que en el derecho comparado, en cuanto permite a las autoridades una revisión posterior de la concentración misma o del mercado en su conjunto, sobre la base de nuevos antecedentes”⁷⁵³.

Frente a una eventual imputación por actos anticoncurrenciales, aparece la posibilidad de alegar la excepción liberatoria en comento. Pues bien, tal imputación tendrá lugar en un procedimiento contencioso, que es aquel destinado a reprimir conductas atentatorias del bien jurídico libre competencia (art. 18 N°1) y hacer efectiva la “responsabilidad en esta materia” a que alude el propio artículo 32. El juicio de reproche dirá relación con la conducta de los agentes que se concentraron o de la entidad resultante, y podrá efectuarse al alero del tipo infraccional genérico del inciso primero del artículo 3°, o de los tipos infraccionales específicos de su inciso segundo. En esta sede tendrá lugar la imposición de multas y de otras medidas (incluyendo, por cierto, la modificación y hasta la reversión de la operación). Pero, también, bajo la nueva legislación, una imputación infraccional podrá referirse a alguna de las conductas, igualmente anticompetitivas, descritas en el nuevo artículo 3° bis y que están directamente relacionadas con el control de fusiones, por ejemplo, que la autorización se hubiere concedido en virtud de antecedentes falsos presentados en la notificación, o que se haya comprobado que la operación se perfeccionó antes de que se concediera la autorización, o que las partes hayan incumplido alguna de las medidas de mitigación en cuya consideración se otorgó la autorización. El conocimiento de estas conductas también se substanciará en juicio contencioso.

Finalmente, debe tenerse presente que en materia de protección de la libre competencia coexisten claramente tres estatutos de responsabilidad bien definidos: las conductas de los agentes económicos que atenten contra la competencia pueden comprometer su responsabilidad infraccional, penal y/o civil. Pues bien, el beneficio de inmunidad del artículo 32 en comento sólo alcanza a la responsabilidad infraccional por la comisión de ilícitos anticompetitivos, por lo que no

⁷⁵² AGÜERO (2015), p. 30.

⁷⁵³ NEHME Y MORDOJ (2012), p. 109.

es una defensa admisible en un eventual imputación de responsabilidad penal derivada de la comisión del delito de colusión (hoy tipificado en el artículo 62) ni tampoco en un juicio que se pretenda hacer efectiva la responsabilidad civil por daños derivados de injustos anticompetitivos (a que hace referencia el reformado artículo 30).

2.25.3. Correspondrá al Fiscal Nacional Económico velar por su cumplimiento

Tras la reforma del DL 211, al Fiscal Nacional Económico le corresponderá “[v]elar por el cumplimiento de sus propias resoluciones en las materias a que se refiere el Título IV de esta ley, así como de los fallos y decisiones que dicten el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o los tribunales de justicia en las materias a que se refiere esta ley” (art. 39 letra d) nueva) (subrayado agregado). El artículo 39, letra d), alude a la potestad de supervigilancia de la FNE sobre los destinatarios de la decisión recaída en una operación de concentración, en orden a que ajusten su comportamiento a lo dispuesto en ella. La mayor de las veces estas decisiones serán dictadas por la misma FNE, de ahí la expresión que se incorpora al numeral en relación a velar por el cumplimiento “de sus propias resoluciones”. Como correlato de esta facultad, al Fiscal se le reconoce la potestad de instruir investigación, sea de oficio o en virtud de una denuncia de particulares, respecto de aquellas conductas que constituyan infracciones al DL 211 (art. 39 letra a), dentro de las cuales se hallan, precisamente, las consistentes en el perfeccionamiento de una operación de concentración prohibida (art. 3 bis, letra d) y el incumplimiento de las medidas de mitigación determinadas (art. 3 bis, letra c).

No le compete al Fiscal hacer efectiva la responsabilidad contravencional por el incumplimiento de las resoluciones recaídas en una operación de concentración, atribución que sigue, aun después de la reforma, radicada exclusivamente en el TDLC. Si se comparan las dos formas en que intervendrá la FNE tratándose de operaciones de concentración, esto es, preventiva y persecutoria, respecto de la primera, el diseño institucional se estructura esencialmente en base al modelo de agencia integrada. En cambio, tratándose de la persecución y represión de ilícitos anticompetitivos (incluidos aquellos asociados al incumplimiento de las decisiones dictadas en el procedimiento de control de fusiones) se ha mantenido el modelo de agencia bifurcada preexistente.

A pesar de que a la FNE no se le atribuyen facultades sancionatorias, el legislador ha pretendido facilitar su labor investigativa mediante una serie de mecanismos. Por lo pronto, se establece en el DL 211 un estatuto de conductas ilícitas y sanciones específicamente vinculadas al control de concentraciones (art. 3º bis en relación a art. 26 letra e). De igual forma, subsiste la posibilidad de *enforcement* privado por la acción de particulares con interés en la operación que

efectúen denuncias a la FNE en relación a incumplimientos de los notificantes o que derechamente impetren una demanda en juicio contencioso ante el TDLC. Adicionalmente, en el contexto de una investigación— sea por las conductas del artículo 3º bis, o en general por las del el artículo 3º-, el Fiscal podrá formular solicitudes de información a particulares y expedir citaciones a declarar, cuya desobediencia se sanciona con multas por cada día de retardo, y hasta con penas privativas de libertad (art. 39, letras h) y j) DL 211). Finalmente, y exclusivamente en relación a las resoluciones aprobatorias que determinen medidas de mitigación, las partes podrán proponer la designación de un supervisor, *trustee* o agente fiduciario, entidad independiente que reportará periódicamente a la agencia acerca del desempeño de los compromisos asumidos en cada caso.

2.25.4. Es susceptible de ser impugnada por diversas vías

Se distingue un doble régimen de impugnación de la resolución recaída en una operación de concentración: en sede administrativa y en sede judicial⁷⁵⁴. Ante la Administración, serán procedentes los recursos ordinarios de reposición y jerárquico, y aun estando firme, la resolución podrá ser objeto del recurso extraordinario de revisión, todos establecidos en la LBPA y de los cuales conocerá el propio Fiscal Nacional Económico. Por su parte, tratándose de medios de impugnación jurisdiccionales, el DL 211 sólo prevé la acción de revisión especial ante el TDLC, y únicamente para la resolución que prohíba una operación de concentración (art. 57 inc. final). Sin embargo, los afectados por una resolución aprobatoria (v. gr. los terceros) podrán impetrar otras vías de impugnación jurisdiccionales no previstas en el DL 211, sino en otros cuerpos normativos, procedentes en contra de actos de la Administración. Nos referimos a contenciosos administrativos como la acción constitucional de protección, el amparo económico o la declaración de nulidad de derecho público. Es interesante notar que el artículo 53 de la LBPA regula la convivencia entre estos dos regímenes alternativos, estableciendo tres reglas de relevancia procesal, a saber: la postergación de la vía jurisdiccional en caso de impetrarse reclamación ante la Administración; la interrupción del plazo para ejercer la vía jurisdiccional hasta la completa resolución de la reclamación administrativa; y la correlativa inhibición de la Administración para conocer de un asunto que haya sido primero promovido ante la jurisdicción.

⁷⁵⁴ Este aspecto es desarrollado con mayor extensión *infra*, en la sección 3.2.

2.26. Conductas ilícitas asociadas al régimen de control de concentraciones

2.26.1. Antecedentes

El diseño institucional no sólo debe pensar en los dispositivos que permitan captar antes de que se materialicen operaciones que puedan afectar la competencia (aquí destacan los umbrales), sino también, que los destinatarios de la regulación se ajusten al marco normativo. Dicho marco está dado por las reglas, directrices o estándares generales que imponen deberes y cargas indistintamente a todos los agentes económicos (consagradas no sólo en la ley, sino también en otras fuentes de derecho débil o *soft law*) y por aquellas decisiones concretizadas que recaen en sujetos determinados para un caso dado (v. gr. las decisiones de las agencias y las sentencias judiciales).

El cumplimiento de la normativa se puede obtener por medio de varios mecanismos, algunos menos intensos que propenden a conductas colaborativas con los regulados (desde técnicas de acercamiento al público hasta los más sofisticados, como la delación compensada para el desbaratamiento de carteles) y otros más intensos que reprimen y precavan conductas contrarias a los fines de la regulación⁷⁵⁵. En este último sentido, las sanciones pecuniarias son el mecanismo más comúnmente utilizado por las agencias para cumplir objetivos de *enforcement* (más allá de la discusión sobre la idoneidad de penas de prisión para actos de colusión).

En el ámbito que nos compete, la OCDE ha señalado que “[l]as 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 Partes [de la operación] y terceros, de que las normas de las concentraciones son efectivas y ejecutables”⁷⁵⁶. Es importante recalcar también que la aportación de antecedentes falsos a las autoridades de competencia es una conducta que, a nivel comparado, merece siempre el mayor reproche, sea penal o infraccional, ya que supone un aprovechamiento fraudulento de la asimetría de información que subyace entre la agencia y los investigados⁷⁵⁷.

Pues bien, en Chile la represión de conductas ilícitas vinculadas a operaciones de concentración estuvo históricamente acotada al incumplimiento de las condiciones impuestas por el

⁷⁵⁵ ROMERO GUZMÁN (2011).

⁷⁵⁶ OCDE (2014a), p. 120.

⁷⁵⁷ CAVIEDES (2012), p. 127. Este autor anota que en Estados Unidos, Gran Bretaña y Australia, la comisión de un ilícito de estas características constituye un delito penal que puede implicar la aplicación de penas pecuniarias y privativas de libertad. En la Unión Europea, si bien las sanciones aplicables son sólo de carácter pecuniario, la multa puede llegar hasta un 5% del volumen total de negocios del afectado, dependiendo de la gravedad de la infracción.

TDLC en procesos de consulta de fusiones, y cómo ello configuraba un ilícito anticompetitivo. La jurisprudencia del Tribunal en esta materia se fue asentando en torno a la idea de que el incumplimiento de una medida se presume contrario al DL 211 y amerita un reproche infraccional⁷⁵⁸. Fuera de este supuesto, no se conocieron requerimientos por otras conductas que igualmente podrían haber tenido lugar en el contexto de un control preventivo, incluso voluntario, de operaciones de concentración, como hubiese sido la presentación de antecedentes falsos en un proceso de consulta, o el perfeccionamiento de la operación a pesar de encontrarse suspendidos los actos tendientes a materializarla (efecto suspensivo que expresamente preveía el Auto Acordado N°5/2004 del TLDC). Todas estas conductas, si se hubieren querido perseguir en sede infraccional, en tanto ilícitos anticompetitivos, deberían someterse al estándar genérico del inciso primero del artículo 3º del DL 211, con las dificultades interpretativas que ello implicaría. Las limitaciones derivadas de la institucionalidad se harían más evidentes, luego, en el evento de instaurar un control obligatorio de fusiones, que demanda un monitoreo más intenso de la autoridad en cuanto a la obediencia de los particulares, tanto en lo relativo a la observancia del deber legal de notificar como a la sujeción de su conducta a lo resuelto para una operación concreta. Por lo anterior, una reforma de este tipo planteaba, entre otras cosas, la necesidad de contar con un catálogo específico de conductas y sanciones *ad hoc*, que habilitaran la represión más eficaz y directa de las diversas conductas que burlasen los fines del control de concentraciones.

La Ley N° 20.945 trajo una serie de cambios en este sentido. Se estatuye en el nuevo artículo 3º bis un conjunto de ilícitos autónomos, específicamente relacionados con el control de concentraciones, en que podrán incurrir las partes de una operación. Además, se sancionarán ciertas conductas que obstruyesen una investigación en curso de la FNE, para lo cual se reformó el artículo 39 en sus letras h) y j), que se refieren respectivamente a la facultad del Fiscal de efectuar requerimientos de información a particulares, y la facultad de expedir citaciones a declarar ante la FNE en el marco de una indagatoria.

El artículo 3º bis está inspirado en el estatuto normativo de la Unión Europea⁷⁵⁹ y España⁷⁶⁰ en materia de control de concentraciones. Vale hacer notar que nuestro legislador, a diferencia de dichas jurisdicciones, no estableció una graduación de las conductas y de sus correlativas sanciones, quedando luego a criterio del Tribunal de la Libre Competencia, en consideración de la

⁷⁵⁸ Véase al respecto, con citas a la jurisprudencia pertinente: MONTT (2012), p. 468 y ss.; AGÜERO (2015), p. 53 y ss.; RIESCO y CARRASCO (2016).

⁷⁵⁹ Reglamento del Consejo Europeo N° 139/2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas, Artículo 8.

⁷⁶⁰ Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia de España, Artículo 62.

reprochabilidad de la conducta, y moderado por el principio de proporcionalidad, la determinación de la multa y/o la medida adecuada al caso concreto⁷⁶¹.

Se criticaba la ausencia de sanciones relevantes y suficientemente disuasivas a quienes afectasen el desarrollo de una investigación de la FNE, salvo el apremio de arresto por quince días del artículo 42 del DL 211; de esta forma, se daba pie a conductas estratégicas y obstructivas que hacían “excesivamente extensos e inefficientes los procedimientos de investigación”⁷⁶². Pues bien, la reforma al artículo 39, en sus letras h) y j) consagra sanciones específicas a la comisión de esta clase de conductas. Según se verá, el legislador da un tratamiento diferenciado para hechos que consistan en no responder una solicitud de información y no comparecer a declarar oportunamente, ambos considerados ilícitos contravencionales y sancionados solamente con multa; mientras que conductas consistentes en el ocultamiento malicioso de información, o la entrega maliciosa de información falsa constituyen ilícitos penales, que serán sancionadas con pena privativa de libertad. Nos referiremos en esta ocasión a la reforma a los literales h) y j) del artículo 39 porque el procedimiento de evaluación de fusiones del Título IV es, igualmente, una investigación, sin perjuicio de que estos hechos podrán tener lugar con ocasión de cualquier otra clase de indagatoria de la FNE conducida según las reglas generales.

Junto con lo anterior, aun después de la entrada en vigencia de los cambios al artículo 39 en comento, el apremio de arresto que establece el artículo 42 no ha sido derogado, por el contrario, a él expresamente se refieren los literales h) y j) del artículo 39 (disponen idénticamente que las sanciones se entenderán “[...] sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 42”), por lo que no habría obstáculo a que lo solicitase el Fiscal si lo estima conveniente en el contexto de una investigación, a la par de (“sin perjuicio de”) promover un procedimiento para la aplicación de multas, o efectuar la denuncia al Ministerio Público, según sea el caso.

2.26.2. Procedimientos aplicables

Corresponderá al TDLC, conforme a las reglas del procedimiento contencioso, el conocimiento de los ilícitos enumerados en el artículo 3º bis, y la determinación de las sanciones y

⁷⁶¹ En lo que respecta a la determinación de las multas, el DL 211 provee de criterios orientadores, no taxativos, para la fijación del quantum. El artículo 26, en su letra c), párrafo 2º), según su nueva redacción, dispone: “Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en caso que lo hubiese; la gravedad de la conducta, el efecto disuasivo, la calidad de reincidente por haber sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez años, la capacidad económica del infractor y la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación”.

⁷⁶² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2016), p. 13. Asimismo, el propio Fiscal Nacional Económico de la época, señor Felipe Irarrázabal señaló, durante la discusión legislativa, que el apremio del artículo 42 “nunca ha sido utilizado porque para hacerlo efectivo hay que acudir a la justicia ordinaria del crimen con autorización previa del TDLC” (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2016, p. 93).

medidas que señala el artículo 26, así como toda otra medida preventiva, correctiva o prohibitiva que estime pertinente. El juicio contencioso podrá iniciarse por requerimiento de la FNE o por demanda de un particular (art. 18 N°1). En contra de la sentencia definitiva del TDLC procederá el recurso de reclamación para ante la Corte Suprema (art. 27)⁷⁶³.

A diferencia de los ilícitos del artículo 3° bis, el conocimiento de las conductas que obstruyesen el desarrollo de un investigación instruida por la FNE y que se tipifican en las letras h) y j) del artículo 39, no se substanciará en un procedimiento contencioso.

Para estos efectos hay que distinguir:

Las conductas consistentes en la denegación o entrega parcial de información, y la incomparecencia a declarar ante la FNE (art. 39, letra h), párrafo final, y letra h), párrafo final, respectivamente) se ventilarán conforme al procedimiento sancionatorio especial que regula el nuevo artículo 39 ter. El procedimiento sancionatorio especial del artículo 39 ter se ventila como uno de naturaleza declarativa y sumaria, concentrado en una sola audiencia oral. Será el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el órgano jurisdiccional llamado a reprimir estas infracciones⁷⁶⁴, previa solicitud incoada por la FNE⁷⁶⁵. En la solicitud escrita del Fiscal se deberán detallar los hechos fundantes, se requerirá al Tribunal la aplicación de la consecuente multa en contra de los presuntos infractores, y se pedirá citar al infractor a una audiencia que se realizará el quinto día posterior a su notificación. En la audiencia el infractor podrá exponer sus descargos y, con el mérito de la solicitud de la Fiscalía y de los descargos presentados por el infractor, o en su rebeldía⁷⁶⁶, el Tribunal acogerá o rechazará la solicitud del Fiscal y, de ser procedente, fijará el monto de la multa en la misma audiencia. La resolución, absolutoria o condenatoria, según sea el caso, sólo podrá ser impugnada por vía del recurso de reposición, el que deberá interponerse en la misma audiencia de forma verbal. En la práctica, el Tribunal levanta un acta en que se deja constancia de lo discutido y

⁷⁶³ Sin perjuicio de lo anterior, debemos añadir que el juicio contencioso también puede terminar no con una sentencia definitiva, sino en virtud de una conciliación entre las partes (arts. 22 y 29 DL 211 en relación al art. 262 CPC).

⁷⁶⁴ El inciso final del artículo 39 ter dispone que “[l]a circunstancia de haber ocurrido a la decisión en el marco de este procedimiento no será causal de inhabilidad de los ministros del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para conocer de un eventual proceso”. La prevención hecha por el DL 211 se contempla también en otras materias, como la revisión de actos aprobados por el Tribunal sobre la base de nuevos antecedentes (art. 32 inc. 2°) y la autorización del Tribunal para el uso de facultades intrusivas en investigaciones sobre colusión (art. 39 letra n) inc. 2°); en todos estos casos, la intervención de los ministros en un proceso previo no será causal de inhabilidad para conocer de otro que se inicie en el futuro recaído en las mismas partes, pero por distintos hechos.

⁷⁶⁵ No se admite la actuación de oficio del Tribunal, debiendo iniciarse siempre a petición del Fiscal Nacional Económico. Tampoco podrá incoarse el procedimiento por un particular o por una autoridad distinta a la FNE, aun cuando puedan haber intervenido en la investigación en que se produjeron las conductas denunciadas.

⁷⁶⁶ La audiencia podrá igualmente desarrollarse en rebeldía del presunto infractor. Expresamente el artículo 39 ter establece que “[l]a inasistencia injustificada del infractor válidamente citado no afectará a la validez de la audiencia ni lo resuelto en ella”. Por el contrario, si la incomparecencia del infractor es por falta de notificación o notificación defectuosa, podrá deducirse un incidente de nulidad de lo obrado.

resuelto en audiencia. Por expresa remisión del artículo 39 ter, las multas impuestas serán ejecutadas siguiendo lo que al efecto establece el artículo 28 del DL 211⁷⁶⁷. Queda manifiesto el deseo del legislador de reprimir con celeridad estas conductas, sin desatender al derecho de defensa del presunto infractor, a fin de que la investigación en que se hubieren producido las conductas obstructivas siga su normal curso. Por lo anterior, y aunque no se reseñe expresamente en la ley, entendemos que la comisión y sanción de estos hechos no acarrearán en caso alguno el archivo de los antecedentes de la investigación respectiva⁷⁶⁸.

En cambio, las conductas consistentes en el ocultamiento doloso de información y la entrega maliciosa de información falsa a la FNE (art. 39 letra h), párrafo 4º), comprometerán la responsabilidad criminal de las personas naturales que incurriesen en ellas, pudiendo aplicarse a su respecto una pena de presidio. El procedimiento será aquel que rige ordinariamente en materia criminal, de conformidad a lo dispuesto íntegramente en el CPP. La investigación de los hechos será conducida exclusivamente por el Ministerio Público, limitándose la FNE a la denuncia y a la remisión de los antecedentes que correspondan y permitan comprobar los hechos⁷⁶⁹.

2.26.3. Prescripción de las medidas distintas a la multa

La responsabilidad por las conductas del artículo 3º bis se hace efectiva no sólo en la imposición de una multa, sino también de otras medidas, algunas expresamente tasadas en el artículo 26 del DL 211, y otras de propia factura del TDLC (aquellas “preventivas, correctivas o prohibitivas” a que aluden los artículos 3º y 3º bis).

⁷⁶⁷ La remisión explícita que se hace a una norma procesal propia del juicio contencioso nos lleva a concluir que, en aquellos aspectos de la substanciación del procedimiento sancionatorio especial del artículo 39 ter no previstos, podrán ser resueltos aplicando supletoriamente, y en lo pertinente, las reglas del proceso contencioso (arts. 19-29). Dos materias no abordadas por el artículo 39 ter son relevantes. Una, la determinación del monto específico de la multa, especialmente considerando que el legislador le confiere un margen de apreciación al Tribunal (son multas de “hasta” dos UTA por cada día de retardo en un caso, o de dos UTM “a” dos UTA en otro). Al no establecerse criterios de determinación, resulta adecuado remitirse a aquellos que, precisamente para estos propósitos, señala el artículo 26, en su letra c). Otra materia no desarrollada es la tramitación del recurso de reposición que procederá en contra de la sentencia definitiva del TDLC. Bajo el mismo razonamiento, el artículo 27 – en la línea de dar una tramitación expedita al juicio - dispone que, de interponerse la reposición – en el acto y al término de la misma audiencia-, podrá ser resuelto de plano o podrá dársele tramitación incidental, según lo estime el Tribunal. Como *regla de clausura*, resulta adecuada aquella contenida en el artículo 29, que remite a las normas de los Libros I y II del CPC, las que podrán ser consideradas en lo que no fueren incompatibles con las reglas especiales y los fines del procedimiento del artículo 39 ter.

⁷⁶⁸ La investigación en cuyo contexto se dieron tales infracciones podrá seguir adelante, aun cuando paralelamente se ventile este proceso sancionatorio. Es facultad del Fiscal decretar el archivo cuando lo estime procedente. A mayor abundamiento, tratándose de la investigación que se lleve según las reglas del Título IV, ésta sólo podrá ser archivada en caso de desistimiento de la notificación y de abandono del procedimiento (art. 58), sobre este punto véase *supra* sección 2.22.2.2.

⁷⁶⁹ Por tratarse un delito de acción penal pública, no existe obstáculo a que cualquier otro particular, que tomase conocimiento de los hechos, pudiese denunciar al Ministerio Público y éste a su vez le exija a la FNE la remisión de los antecedentes que correspondan.

La naturaleza jurídica de las medidas impuestas en juicios contenciosos ha sido tratada por la doctrina nacional. Una primera aproximación es dada por VALDÉS, quien distingue, por un lado, las medidas expresamente enumeradas en el artículo 26 (multas, modificación o término de actos, y modificación o disolución de personas jurídicas), y por otro lado, las medidas innominadas que pueda decretar unilateralmente el Tribunal; a las primeras las cataloga como “penas o sanciones antimonopólicas”, y las segundas, como “medidas propiamente tales”, toda vez que cumplen fines “preventivos o correctivos”, expresiones que serían sinónimas⁷⁷⁰. ROMERO GUZMÁN señala que medidas como la modificación o término de actos anticompetitivos, y la modificación o disolución de las personas jurídicas que hayan intervenido en tales actos, aun cuando no cumplen los mismos fines retributivos y disuasivos atribuidos típicamente a las multas, son igualmente sancionatorias⁷⁷¹.

GARCÍA MARCHMAR, por su parte, repara que “no todas las medidas tienen por fin la ‘retribución’, sino sólo la multa. Las demás podemos considerarlas como meras medidas preventivas y correctivas. Si se analizan detenidamente las letras a) y b) del artículo 26, estas medidas buscan más bien remover la causa del ilícito anticompetitivo, en lugar de castigar a su autor”⁷⁷². MONTT similarmente sostiene que, a diferencia de las multas, tanto las otras medidas del artículo 26, como incluso las innovativas del propio Tribunal, tienen una finalidad preventiva y correctiva, ya que son decretadas con el fin de resguardar a futuro la eficiencia de los mercados y los intereses de los consumidores afectados por una actuación anticompetitiva; por eso, postula que, si bien “son usualmente impuestas en forma simultánea a una sanción pecuniaria (multa), ellas deben siempre ser usadas como un mecanismo regulatorio destinado a restablecer la competitividad de los mercados y no para imponer un “mal” per se a la empresa o entidad que incurrió en un hecho, acto o convención anticompetitiva. Por excepción, solo la disolución debiera usarse –y en forma excepcional– como sanción”⁷⁷³. Esta doctrina más reciente, intentando distanciarse de VALDÉS, ha pretendido trazar una nueva línea entre las multas, y el resto de las medidas distintas a las multas: las primeras cumplen fines sancionatorios (retributivos o de reproche a la conducta del autor y eventualmente disuasivos), mientras que las segundas desempeñan típicamente finalidades preventivo-regulatorias (en el lenguaje del DL 211, finalidades *preventivas, correctivas o prohibitivas*). Atendidos los objetivos que justifican su imposición, se espera que las medidas distintas a las multas desplieguen sus efectos de forma permanente o por largo tiempo.

⁷⁷⁰ VALDÉS (2006), pp. 367 y ss.

⁷⁷¹ ROMERO GUZMÁN (2013), p.390: “la multa no resulta idónea para reflejar otras funciones como la incapacitación y rehabilitación o, incluso, para la reparación o compensación. Sin perjuicio de lo anterior, el arsenal de sanciones en el ámbito de la libre competencia puede engrosarse con algunos tipos de sanciones no pecuniarias [...] como la descalificación y disolución, relacionadas con la función de incapacitación del infractor” (el subrayado es nuestro).

⁷⁷² GARCÍA MACHMAR (2011), p. 87.

⁷⁷³ MONTT (2012), pp. 467-468.

El que las medidas impuestas en juicio contencioso prescribieran en el plazo de dos años desde la sentencia, del mismo modo que una multa impaga era, en palabras de MONTT, “discutible desde una perspectiva *lege ferenda* o de política pública”⁷⁷⁴. Esta opinión parece haber permeado hacia el legislador ya que el artículo 20 del DL 211, que establece las normas de prescripción en materia infraccional, fue objeto de reforma por la Ley N° 20.945 en tal sentido.

Las reglas de prescripción de la acción para perseguir ilícitos anticompetitivos (art. 20 incs. 3° y 4°) se mantienen inalteradas, pero, las reglas de prescripción de las medidas impuestas por sentencia firme (art. 20 incs. 5° y 6°) han variado, quedando como sigue:

“Asimismo, las multas que se impongan para sancionar un atentado a la libre competencia, prescriben en dos años, contados desde que se encuentre firme la sentencia definitiva que las imponga. Esta prescripción se interrumpe por actos cautelares o compulsivos del Tribunal, del Fiscal Nacional Económico o del demandante particular.

La prescripción de las acciones y la de las multas que se impongan para sancionar un atentado a la libre competencia, no se suspenden a favor de ninguna persona”.

En los incisos 5° y 6° del artículo 20 se reemplazó la frase “medidas que se determinen para prevenir, corregir o sancionar” por la frase “multas que se impongan para sancionar”. De lo anterior se colige que las multas prescribirán al cabo de dos años, efecto que no se extiende a las demás medidas impuestas en juicio contencioso. También es posible concluir que no habría diferencia sustantiva entre aquellas medidas distintas a una multa tasadas en el artículo 26, con las medidas innominadas de propia factura del Tribunal: todas ellas se imponen para “prevenir” o “corregir” un atentado a la competencia (ambas expresiones que fueron suprimidas del artículo 20); en otra vereda se sitúan las multas, que se imponen “para sancionar” un ilícito (expresión que pervive en la norma).

Implícitamente se reconoce la eficacia permanente de las medidas no sancionatorias, toda vez que no están afectas a un plazo legal de prescripción a cuyo término se entiendan extinguidas, o más precisamente, a cuyo término ya no pueda perseguirse su cumplimiento. No es la mejor técnica legislativa, ya que requiere de ejercicios interpretativos como este, pero todo lo que se ha esgrimido quedó plasmado en la historia fidedigna de la Ley N° 20.945, develando la *ratio legis* de la nueva

⁷⁷⁴ MONTT (2012), p. 481. En vista de ello proponía que el TDLC tuviera “la facultad de imponer condiciones en procesos contenciosos de una duración superior a dos años” (p. 480).

redacción⁷⁷⁵. El trasfondo de este cambio legal estaría en los distintos fines que cumplen las sanciones pecuniarias por un lado, y las medidas por otro. El fin esencialmente retributivo (y eventualmente disuasivo) de las multas se entiende frustrado pasados los dos años desde la sentencia, en cambio, dada la naturaleza preventivo-regulatoria de las medidas, mientras subsista el efecto anticompetitivo que motivó su imposición, permanece el interés público que habilita a sancionar y corregir su incumplimiento. Las medidas estructurales o conductuales impuestas en juicio contencioso deben entenderse como indefinidas en su vigencia – esto es, el horizonte temporal en que despliegan sus efectos-, a menos que hubiere una declaración en contrario del Tribunal en cuya sentencia firme les fije un plazo extintivo, condición resolutoria o una cláusula de revisión⁷⁷⁶. Lo más notable, en nuestra opinión, es que si se comparan las medidas aplicadas preventivamente a una operación de concentración (o en general las condiciones decretadas en procesos de consulta por otros actos), y las medidas distintas a una multa impuestas en procesos contenciosos, dado el tratamiento que hoy les da el legislador, todas ellas han tendido a homologarse en sus fines (preventivos) y en sus efectos temporales (indeterminadas en su duración).

Merece mención otra modificación al DL 211 que también tendrá incidencia en la materia: se establece una multa *ad hoc* por cada día de retardo para quienes infrinjan el deber de notificar su operación de concentración, cuyas particularidades son comentadas en seguida.

2.26.4. Estudio particular de los ilícitos incorporados al DL 211

2.26.4.1. Infracción al deber de notificación

⁷⁷⁵ El Mensaje del Ejecutivo reseñaba: “La ley vigente establece que las medidas que se determinen para prevenir, corregir o sancionar un atentado a la libre competencia, prescriben en dos años, contados desde que se encuentre firme la sentencia definitiva que las imponga. Esta norma [art. 20 inc. 5º] ha ocasionado dudas en el sistema a la hora de exigir el cumplimiento de medidas que resultan indispensables para remover los efectos contrarios a la libre competencia de un hecho, acto o contrato, tales como la modificación de una cláusula contractual contraria a la libre competencia, así como de aquellas que son esenciales para restablecer la competencia en los mercados, como es el caso de una medida de desinversión. Con el objeto de preservar la eficacia de dichas medidas, la iniciativa propone que únicamente las multas que se impongan con motivo de infracciones a la Ley de Defensa de la Libre Competencia prescriban en el plazo de dos años contados desde que se encuentre firme la sentencia definitiva que las imponga” (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2016, p.15). Avanzada la discusión del proyecto de ley, en su exposición ante la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, “[e]l Fiscal Nacional Económico explicó que la referencia a las medidas preventivas o correctivas que el TDLC imponga a quienes infrinjan o puedan infringir la ley en enmienda (los notificantes de una operación de concentración, por ejemplo) debe eliminarse, pues ellas no pueden entenderse extinguidas por el simple paso del tiempo, a diferencia de las multas que se condene a pagar a los infractores, las cuales prescriben en el plazo de dos años. El Ministro de Economía acotó que tales medidas cesarán cuando se implementen o cuando desaparezcan las circunstancias que las hubieren motivado, según sea su naturaleza, o en el término que el mismo tribunal les hubiere fijado” (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2016, p.83).

⁷⁷⁶ Como consecuencia de lo anterior, las medidas distintas a las multas no producen el efecto de cosa juzgada material, de modo que pueden ser modificadas o revocadas posteriormente por el Tribunal frente a un cambio en las circunstancias objetivas que originalmente motivaron su imposición.

De conformidad a la letra a) del artículo 3º bis, se sancionará en juicio contencioso a quienes “[i]nfrinjan el deber de notificación que establece el artículo 48”. La conducta consiste en una omisión, una conducta negativa que se desprende del deber de actuación que está impuesto por la ley, específicamente en el artículo 48, y que recae sobre los agentes económicos que toman parte en una concentración económica. Este deber se hace exigible si a la época en que se perfeccionó la operación, las partes tenían un volumen de ventas que superaba los umbrales de notificación.

Así, en cuanto a los requisitos que configuran esta infracción, se observan los siguientes: (a) que exista un hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que califiquen como operación de concentración en los términos del artículo 47; (b) que los agentes económicos involucrados en ella hubieren perfeccionado la operación, cesando su independencia en algún ámbito de sus actividades; (c) que, respecto del volumen de ventas en conjunto y por separado de los agentes económicos que se concentran, durante el año calendario anterior a la época de perfeccionamiento de la operación, se hubieren igualado o sobrepasado los umbrales que señala el artículo 48 y que fija la Resolución N°667 del Fiscal Nacional Económico⁷⁷⁷; y (d) que los agentes económicos involucrados no hayan presentado conjuntamente una notificación ante la FNE antes de materializar la operación, o notificada la operación, no obtuviesen una resolución aprobatoria firme, y la perfeccionaren igualmente.

Los requisitos enunciados pretenden definir, básicamente, que una operación de concentración estaba afecta al deber legal de someterse a evaluación preventiva ante la FNE, los obligados no promovieron una notificación, ni menos obtuvieron una resolución favorable a su respecto, y sin embargo la perfeccionaron igualmente⁷⁷⁸. Si se impetró la notificación, pero se obtuvo una resolución denegatoria firme, e igualmente las partes llevaron a cabo la operación, estamos en presencia de un ilícito diferente (aquel previsto en la letra d) del artículo 3º bis).

El ilícito en comento supone el “perfeccionamiento” de la operación que debía notificarse, concepto que no está definido en la ley. Es, asimismo, un requisito común a otros ilícitos del artículo 3º bis. Este concepto se analizará con más detalle a propósito del ilícito de contravención al efecto suspensivo, que se refiere al perfeccionamiento anticipado de la operación sin haber obtenido en su momento una resolución aprobatoria firme. En la experiencia comparada de las agencias de competencia, el gun jumping ha sido objeto de varias acciones de *enforcement*, aunque resulta

⁷⁷⁷ O la resolución exenta del Fiscal que la reemplace en el futuro. Debe tenerse presente que el artículo 48, inciso final, dispone la entrada en vigencia diferida de la resolución que fije nuevos valores de umbrales, que será de 90 días desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial.

⁷⁷⁸ Si las partes notificaron su operación, pero se tuvo por no presentada por estar incompleta (art. 50), o iniciada la investigación, desistieron de la notificación o se decretó el abandono del procedimiento (art. 58), y posteriormente llevaron a cabo la operación, subsistía el deber de notificación, por lo que igualmente se configurará el ilícito en comento.

complejo de definir de manera abstracta qué actos pueden calificarse como indiciarios de una consumación prematura⁷⁷⁹.

El deber legal de notificar pesa sobre los agentes económicos que tomaron parte en la operación, específicamente, sobre aquellos que intervienen en los actos que sirven de vehículo para llevar a efecto el objetivo de la operación. Podrá sancionarse a las personas jurídicas (incluso sociedades de hecho) que puedan calificarse, de acuerdo al Título IV, como agentes económicos obligados a notificar, así como a las personas naturales (directores, ejecutivos y representantes) que debían tomar la decisión de notificar.

Verificada la infracción al deber de notificar, el TDLC, en juicio contencioso, podrá imponer a su respecto las multas y medidas que enumera el artículo 26, así como toda otra medida preventiva, correctiva o prohibitiva que estimare necesaria. Mencionamos esto porque, en particular, el artículo 26 en su nuevo literal e) preceptúa lo siguiente: “En el caso de la conducta prevista en la letra a) del artículo 3º bis, [el TDLC] podrá aplicar una multa a beneficio fiscal de hasta veinte unidades tributarias anuales por cada día de retardo contado desde el perfeccionamiento de la operación de concentración”. Se trata de una multa *ad hoc*, para el caso específico de la infracción al deber de notificar. Su monto variará proporcionalmente atendido al número de días completos contados desde aquel en que es posible razonablemente situar el perfeccionamiento de la operación. El Tribunal deberá fijar el valor por cada día del plazo, que podrá llegar unitariamente hasta las 20 UTA; este valor se multiplicará por el número de días del plazo.

Existe, en este último aspecto, un déficit notable en la regulación: no se establece cuál es la fecha límite para computar el plazo sobre el cual se determinará multa⁷⁸⁰. Este vacío resulta complejo de salvar. Aun cuando el legislador consagre con relativa precisión el tipo infraccional, la determinación de su sanción, en lo que respecta a esta multa, queda abierta a interpretación. Puede haber cuestionamientos desde el punto de vista de su constitucionalidad y su apego al principio de tipicidad, por lo que debe ser abordado de *lege ferenda*⁷⁸¹. Con todo, puede construirse un argumento para dilucidar este plazo. Por lo pronto, podría decirse que la multa se cuenta hasta la fecha de interposición del requerimiento, o su notificación, pero no es razonable que una actuación

⁷⁷⁹ Véase *infra*, sección 2.26.4.2.

⁷⁸⁰ Este punto fue puesto relieve por el gremio de abogados, pero no fue atendido durante la tramitación de la Ley N° 20.945. Así, se reparó que “no queda claro cuándo se dejaría de contar este plazo si la notificación nunca se practica: hasta que se presenta el requerimiento de la FNE, hasta que se notifica a los demandados, o incluso, hasta que exista sentencia definitiva firme en la causa. Tampoco queda claro cómo coexiste esta multa con la multa que se aplica según el artículo 26 por la misma infracción” (COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE A.G., 2015, p. 33).

⁷⁸¹ Se acerca a las llamadas leyes penales en blanco “al revés” o “irregulares”, en que la conducta prohibida se halla descrita en forma expresa y razonablemente precisa, pero la pena asociada se halla indeterminada en la ley.

unilateral del Fiscal, que da cuenta de su interés en perseguir oportunamente el ilícito (por eso se producirá la interrupción de la prescripción), termine luego favoreciendo al infractor, quien hasta esa fecha sigue en mora de notificar su operación. Hay que notar, sobre todo, que en este supuesto las partes no tienen forma de subsanar su incumplimiento notificando *ex post* su operación a la FNE, ya que el análisis conforme al Título IV es siempre previo al perfeccionamiento (art. 48 inc. 1°). La revisión de la operación, en este caso, sólo podrá tener lugar en sede jurisdiccional, ante el TDLC, a efectos de reprimir y corregir la infracción. Nuestra opinión es que hay razones de texto para sostener que es *hasta la fecha de dictación de la sentencia definitiva por el TDLC*. Precisamente, el artículo 3° bis dispone en su enunciado que “Podrán también aplicarse las medidas del artículo 26”, y es con motivo de la dictación de la sentencia donde se *aplican* tales medidas, entre ellas, la multa en comento. Más claro es el propio artículo 26, cuya inciso segundo reza: “En la sentencia definitiva, el Tribunal podrá adoptar las siguientes medidas [...].” Nuevamente, es en la sentencia donde se determinarán las medidas, y en particular, la procedencia de la multa, debiendo el Tribunal señalar el monto total al cual asciende. No podrá ser contabilizada la multa hasta la fecha en que se encuentra firme y ejecutoriada la sentencia, ya que se generaría un desincentivo irrazonable a la interposición de un recurso de reclamación por el condenado, quien se vería disuadido de recurrir –viendo luego limitadas sus opciones de defensa- dado que la impugnación de la sentencia prolongaría el juicio y, por ende, aumentaría considerablemente el monto que eventualmente debería pagar. Peor aún, incluso si el condenado no recurriese, el Fiscal siempre puede deducir reclamación (por ejemplo, para pedir un aumento de la multa o la reconsideración de una medida desechada por el Tribunal), extendiendo con ello la duración del juicio y el monto de la multa⁷⁸².

Otro punto relevante, y no menos incierto, es si esta multa *ah doc* puede imponerse conjuntamente con la multa a que se refiere la letra c) del artículo 26, más aún si se trata de sanciones de la misma naturaleza. Hay nuevamente un déficit en la redacción del legislador. De hecho, si se compara con el nuevo literal d) del artículo 26, que agrega la medida de prohibición de contratar con el Estado para el ilícito de colusión – donde se dice que el Tribunal podrá imponer “además” esta medida- se deja constancia de modo explícito que puede acumularse. En cambio, el literal e) carece de tal claridad. Con todo, estimamos que sí es posible imponer la multa progresiva

⁷⁸² No ha de confundirse la fecha hasta la cual se contará el plazo para la determinación de la multa, que es lo que se intenta dilucidar, con la fecha a partir de la cual se hará exigible el pago de la multa, ya determinada en su monto, y que indiscutidamente y por expresa norma legal –artículo 28- corresponde a aquella en que la sentencia se encuentra firme y ejecutoriada, teniendo el condenado un plazo de 10 días hábiles para efectuar su pago. Aquí el condenado ya tiene certeza en el monto que deberá pagar, el que estará previamente fijado en la sentencia. Ahora bien, como la multa estará expresada en UTA, la Fiscalía deberá solicitar la liquidación del monto, previo a incoar las gestiones destinadas a obtener el cumplimiento forzoso de lo resuelto. Como precisa el referido artículo 28, el TDLC cuenta con facultades de imperio como cualquier otro tribunal ordinario de justicia.

simultáneamente con la multa del literal c), ya que sirven a *fines distintos*. La multa progresiva pretende ser un castigo específico por la mora o desidia de quienes debían reportar su operación, cuestión que es evidente en la forma de computar la misma (por cada día de retraso), por lo que es *exclusivamente retributiva*. La multa del literal c), en cambio, además de ser retributiva, obedece a fines *disuasivos*, de modo que la reprochabilidad de la conducta de los infractores se aprecia en términos mucho más amplios, pudiendo fijarse la multa sobre un porcentaje de las ventas o el beneficio económico obtenido tras el perfeccionamiento de la operación notificada, si lo hubiese. Esta consideración más amplia de la conducta del infractor se ve reafirmada en la ley ya que, tras la reforma, no sólo habilita al Tribunal a considerar -para la determinación del *quantum*- la gravedad de la conducta, sino también el “efecto disuasivo” de la sanción, la reincidencia por actos anticompetitivos en los últimos 10 años, o la capacidad económica de los infractores (art. 26 letra c) párrafo 2º modificado). Asimismo, tanto del artículo 3º bis como del artículo 26, inciso 2º, se desprende que el Tribunal podrá aplicar cualquiera de estas medidas, sin hacer distingo entre una u otra, y sin que se fije algún orden de prelación o regla que excluya la imposición de una en favor de otras. Como es reconocido, el TDLC en sede contenciosa tiene amplias atribuciones para determinar cuál es la sanción o medida adecuadas al caso concreto.

2.26.4.2. Contravención al efecto suspensivo

De acuerdo a la letra b) del artículo 3º bis del DL 211, se castigará a quienes “[c]ontravengan el deber de no perfeccionar una operación de concentración notificada a la Fiscalía Nacional Económica y que se encuentre suspendida de acuerdo con lo establecido en el artículo 49”.

Lo que se conoce coloquialmente como *gun jumping* es complejo de definir. No existe literatura profusa y los casos de investigación promovidos por agencias extranjeras no son tan recurrentes⁷⁸³, lo que puede deberse a varias razones. Hay motivos de la institucionalidad misma, toda vez que algunos países han ido reconociendo excepciones al efecto suspensivo por la vía de conceder dispensas a ciertas operaciones (por ejemplo, a adquisiciones de activos en contextos de quiebra de una de las empresas, o a tomas de control por vía de una oferta pública de adquisición de acciones). Asimismo, los procedimientos tienden a ser, en general, de plazos acotados y prevén formas de silencio positivo, favorables a la aprobación ficta; como el tiempo que dura la prohibición

⁷⁸³ En Estados Unidos no hay lineamientos desde las agencias, sino solamente discursos o publicaciones de algunos comisionados de la FTC (BLUMENTHAL, 2005; VEDOVA, CLOPPER Y EDWARDS, 2018). En la Unión Europea, aun cuando se han impuesto altas multas, los casos son pocos, sin que haya a la fecha una sistematización de los criterios que sigue la Comisión. En este contexto de opacidad, sin embargo, destacamos la experiencia de Brasil, cuya agencia ha difundido al público una guía específicamente dedicada al *gun jumping* (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÓMICA, 2016). Un listado actualizado de los casos más relevantes a nivel comparado se puede encontrar en OCDE (2018), pp. 38-45.

de perfeccionamiento es breve, la espera y la urgencia por consumar la operación puede ser relativamente disuadida.

Aun considerando lo anterior, a nuestro juicio, el mayor obstáculo a la persecución del *gun jumping* es su propia conceptualización. Si bien el efecto suspensivo se ha visto como una valiosa herramienta para el éxito de un control preventivo⁷⁸⁴, su alcance y consagración legal es siempre genérica. El “perfeccionamiento” de una operación de concentración es, casi paradigmáticamente, un concepto jurídico indeterminado, y su delimitación deviene esencialmente casuística. Las legislaciones no regulan detalladamente sino que entregan a las agencias a través de sus guías, y a las resoluciones de los tribunales para casos concretos, la tarea de ir acotando el alcance de la prohibición de integrarse sin autorización. Algunos autores han llegado a hablar, con cierta ironía, de una “retórica del *gun jumping*”⁷⁸⁵; y la mayoría se ha centrado en proveer de criterios orientativos por la vía de ejemplos prácticos que sirvan a los particulares acerca de lo que pueden y no pueden hacer (“*dos and don'ts*”) durante la etapa de planificación y *due diligence*, así como durante el proceso de notificación⁷⁸⁶.

En nuestro derecho, la prohibición de que operaciones notificadas se lleven a cabo antes de contar con una resolución aprobatoria emana explícitamente del artículo 49 del DL 211, el que, tal como dispone la letra b) del artículo 3º bis, impone un “deber de no perfeccionar” la operación. Se trata de un deber impuesto por la ley, y que, como expresamos en su oportunidad, opera de pleno derecho desde el momento en que se efectúa por las partes la primera presentación destinada a notificar a la FNE la transacción propuesta, y que pervive hasta que se encuentre firme la resolución de término definitivo del procedimiento⁷⁸⁷.

Del literal b) del artículo 3º bis es posible delinejar los siguientes requisitos que configuran la infracción: (a) que se haya notificado una operación de concentración, de conformidad al Título IV; (b) que se hubiere perfeccionado la operación; y (c) que haya pendencia de resolución al tiempo del perfeccionamiento de la operación.

⁷⁸⁴ Ciertos países prescinden del efecto suspensivo, lo que impone, a su vez, desafíos específicos para su institucionalidad: “Algunas jurisdicciones requieren la notificación de concentraciones pero no prohíben su realización durante su investigación por las autoridades de competencia (jurisdicciones de “efecto no-suspensivo”). Estas jurisdicciones tienen una base legítima para solicitar la presentación de notificaciones en un plazo que permita a la autoridad de competencia llevar a cabo la investigación oportuna [...] A efectos de calcular el plazo para la presentación de notificaciones, el hecho que da lugar a la notificación debe definirse con claridad, de manera que las partes puedan determinar con carácter definitivo los plazos de notificación aplicables” (ICN, 2002, p.7).

⁷⁸⁵ BLUMENTHAL (2005); CAIED (2014); DE JONG (2018).

⁷⁸⁶ Véase, por ejemplo, MORSE (2002) y NAUGHTON (2006)

⁷⁸⁷ *Vid supra*, sección 2.13.1.

En cuanto al primer requisito, y a diferencia del supuesto de la letra a) del artículo 3º bis, aquí los obligados a notificar sí han cumplido con el mandato legal de someter a evaluación ante la FNE su operación de concentración. Con todo, cabe hacer la prevención de que el “deber de no perfeccionar” pesa sobre toda operación notificada, indistintamente se trate de aquellas operaciones notificadas obligatoriamente como aquéllas notificadas voluntariamente.

El segundo requisito corresponde a que las partes notificantes hayan perfeccionado la operación reportada. Si el deber que se impone es de abstenerse de ejecutar algo, dicho deber se contraviene por la vía de ejecutar aquello que está vedado. Sin embargo, el DL 211 no define ni da ejemplos de qué se entiende por “perfeccionamiento”, a pesar de que tiene una gravitante importancia para una pluralidad de materias relativas al control de concentraciones⁷⁸⁸; será, luego, labor del intérprete, bajo un examen caso a caso, determinar el alcance y sentido de esta expresión.

Con todo, estimamos que es posible trazar lineamientos generales. Una operación de concentración se entiende perfeccionada cuando las partes han ejecutado algún hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga la aptitud de producir el cese de la independencia en un ámbito determinado de sus actividades. Esta conceptualización es *reflejo de la noción misma de operación de concentración* del artículo 47, y la razón es que si lo determinante en la calificación de concentración empresarial es que ésta pueda producir el efecto de pérdida de independencia decisional u operacional de dos agentes económicos, verificado un hecho o acto que implique tal pérdida de independencia no puede sino sostenerse que la operación se ha materializado (o, al menos, ha principiado a materializarse). De igual forma, podrá haber conductas que no dimanan de los actos jurídicos en que consta la transacción respectiva, sino que corresponden a hechos materiales que son indicativos de una transferencia de control de facto⁷⁸⁹. No es necesaria la consumación total y completa de la operación notificada; normalmente se lleva un proceso de integración que no se ejecuta instantáneamente, sino que se prolonga en una serie de actos conexos.

⁷⁸⁸ El artículo 48, en su inciso 1º, dispone que los proyectos de concentración empresarial notificables obligatoriamente deberán ingresar al sistema de evaluación “en forma previa a su perfeccionamiento”. El inciso 8º del artículo 48 añade que una operación que no supere los umbrales podrá notificarse voluntariamente en la medida que ésta “no se haya perfeccionado” al momento de la notificación. En seguida, respecto de aquellas operaciones que no estaban en la obligación de someterse al control previo, el inciso 9º del artículo 48 prevé que la FNE podrá instruir investigación sobre ellas dentro del plazo de un año, “contado desde el perfeccionamiento de la operación”. Ya hemos señalado que el efecto suspensivo del artículo 49 impide “perfeccionar las operaciones” que se hubieren notificado a la Fiscalía mientras no haya una resolución de término favorable a su respecto. Adicionalmente, el artículo 3º bis, al tipificar otros ilícitos asociados al control de fusiones también recurre a esta expresión; así, la letra b) sanciona a quienes “[p]erfeccionen una operación de concentración” en contra de lo dispuesto en la resolución o sentencia denegatoria. A su turno, el artículo 26, hoy modificado, impone a quienes infrinjan el deber de notificación una multa de 20 UTA por cada día de retardo “contado desde el perfeccionamiento de la operación”.

⁷⁸⁹ Esta idea ya había sido reconocida por la propia FNE en su Guía de 2012, donde señalaba que “[l]a materialización o perfeccionamiento de una operación incluye, pero no se agota en, el perfeccionamiento del o los actos jurídicos que le sirven de vehículo” (FNE, 2012, p. 28).

Si bien individualmente los actos pueden no ser aptos por sí solos para dar cuenta de una probable pérdida de independencia de las entidades que intervienen, en su conjunto pueden entenderse como indicarios de un cese de la autonomía decisional u operacional⁷⁹⁰. Asimismo, la forma en que se apreciará la pérdida de independencia dependerá necesariamente de la *tipología de la operación*, ya que la modalidad de concentración adoptada da cuenta del cambio estructural asociado a la operación y cómo se ordenarán los incentivos de los agentes involucrados en ella, es decir, la manera en que se ejercerá el control, o se emplearán los activos adquiridos, y cómo ello incidirá en el desenvolvimiento competitivo de la entidad resultante, de la entidad adquirida o de la titular de los activos cedidos.

Es imposible hacer una enumeración de todas las conductas que pueden considerarse constitutivas de perfeccionamiento anticipado, pero los casos típicos en el derecho comparado permiten trazar, al menos, tres supuestos reprochables.

Primero, no es admisible que las cláusulas contractuales que gobiernan la transacción permitan la interferencia en las decisiones estratégicas de la otra parte, mientras no se obtenga la autorización respectiva. Es decir, no pueden existir cláusulas que inmediatamente habiliten al ejercicio de influencia decisiva sobre la contraparte. El control puede ser no sólo positivo, en que se tiene poder de voto en los órganos de administración, sino también negativo, en que se tiene la capacidad de bloquear ciertas decisiones relevantes en el desenvolvimiento competitivo de la otra. Tampoco es necesario el ejercicio efectivo de este poder, sino que exista la posibilidad de ejercerlo. De esta forma, por ejemplo, no pueden pactarse: cláusulas de no competir en el ínterin de la negociación o del proceso de evaluación de la autoridad; cláusulas consistentes en un pago de todo o parte del precio por adelantado y no reembolsable; disposiciones que habilitan a la intervención directa de una parte en las estrategias de negocio de la otra, tales como decisiones sobre precios, clientes, contratos con proveedores, políticas de ventas, planificación de inversiones o estrategias de márgenes; y en general cláusulas que permitan a una parte realizar actividades que no pueden ser posteriormente revertidas por la otra, o cuya reversión requeriría incurrir en gastos significativos⁷⁹¹. No pueden establecerse convenios que restrinjan el curso ordinario de las actividades de la contraria, o pactos que limiten ostensiblemente su habilidad para competir en el periodo anterior al cierre de la operación, o si la operación se cae o es rechazada, en el periodo posterior a ello⁷⁹². A su turno, las agencias sí aceptan *cláusulas destinadas exclusivamente a preservar el valor y la*

⁷⁹⁰ Esto es relevante en operaciones que suponen una pluralidad de actos para su concreción, como ocurre en las llamadas operaciones escalonadas.

⁷⁹¹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (2016), p. 8; SACCAR, ROCHA y PAJOLLA (2017), p. 79.

⁷⁹² NAUGHTON (2006), p. 10.

viabilidad de la empresa o de los activos a adquirir, de modo que serían admisibles restricciones a que la empresa se desvíe del curso normal de sus negocios por la vía de asumir nuevos niveles de endeudamiento, emitir nuevas acciones, enajenar o gravar los activos objeto del acuerdo, tomar decisiones sobre estrategias tributarias, condonar deudas fuera del giro ordinario o a empresas relacionadas, o iniciar demandas distintas a las habituales acciones de cobranzas⁷⁹³. También hay zonas grises, como limitaciones a asumir inversiones de capital importantes, o firmar nuevos contratos a largo plazo por montos relevantes; en ese caso, puede existir un interés legítimo del adquirente de que estas decisiones no afectan el desenvolvimiento futuro de la empresa objetivo. Pues bien, se ha dicho que un criterio razonable para determinar su licitud es que las restricciones pactadas sólo se refieran a contratos a largo plazo o a inversiones significativas que excedan claramente la experiencia pasada y ordinaria desplegada por la empresa objetivo⁷⁹⁴.

En el segundo grupo de casos, las partes no pueden incurrir en conductas que, aun sin constar en un instrumento jurídico, sean indiciarias de que se ha producido una *integración efectiva y anticipada* de ellas. Las conductas que den cuenta de una coordinación en sus actividades, previo a obtener la autorización son habitualmente sancionadas como *gun jumping*. Así, por ejemplo, no es lícito el desarrollo conjunto de estrategias de márketing, la unión física de sus instalaciones u oficinas, el traspaso mutuo de empleados clave o reubicación de los mismos, la actuación de la adquirente a nombre de la adquirida, o la actuación conjunta (usualmente a nivel gerencial) a nombre de la entidad resultante frente al mercado, clientes o proveedores, la distribución de utilidades u otros pagos relacionados con el desempeño de la contraparte, la definición conjunta de estrategias de ventas, la integración de sus divisiones de ventas o de recursos humanos, el desarrollo conjunto de productos, el licenciamiento exclusivo de propiedad intelectual a la contraparte o el nombramiento de sus ejecutivos relevantes⁷⁹⁵. Se ha dicho, sin embargo, que la actuación conjunta frente a terceros sólo es admisible para la difusión de que se llevará a cabo en el futuro la fusión o adquisición⁷⁹⁶.

En tercer lugar, se ha puesto cada vez más atención a los *intercambios de información confidencial* de propiedad de la contraparte. Naturalmente se espera que durante la negociación de un acuerdo se acceda a información confidencial de la otra parte, a efectos de llevar a cabo el proceso de *due diligence* y de evaluación. Esto incluso les permitiría un proceso de integración

⁷⁹³ MORSE (2002), p. 1473; NAUGHTON (2006), p. 11.

⁷⁹⁴ NAUGHTON (2006), p. 12.

⁷⁹⁵ NAUGHTON (2006), p. 13; CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (2016), pp. 8-9; SACCAR, ROCHA y PAJOLLA, M. (2017), p. 80.

⁷⁹⁶ BLUMENTHAL (2005), p. 13.

rápido a fin de alcanzar prontamente las eficiencias esperadas⁷⁹⁷. El problema es que esta información puede ser también fácilmente utilizada para la coordinación en los precios, o de manera unilateral, para la captación de clientes de la contraparte o de sus empleados clave, o el aprovechamiento de su know-how⁷⁹⁸. Esto ha llevado a las agencias a considerar que el traspaso de información secreta, sensible y competitivamente relevante para el desempeño de la contraparte en la operación, puede en ciertos casos ser considerada una forma de integración prematura. Por lo pronto, debe aclararse qué tipo de información puede revestir la calidad de sensible y competitivamente relevante, a saber: aquellas relativas a facturación de productos, líneas de negocios, listas de clientes, estructura de costos, patentes y secretos comerciales o industriales, información sobre I+D, planes de expansión e inversión a futuro, nómina y remuneraciones de empleados claves, contratos con sus proveedores principales, entre otras⁷⁹⁹. Con todo, para que sea merecedor de reproche, la información debe ser específica y detallada, relativa el desenvolvimiento presente o futuro de la empresa, y directamente relacionada con el desempeño de la empresa en el mercado. De modo que sí sería admisible la entrega de este tipo de información cuando es *agregada*, elaborada sobre una base *histórica* (no sobre los resultados recientes), y estrictamente ligada a determinar el precio de la transacción o de los activos a adquirir⁸⁰⁰. También se ha dicho que lo esperable es que la información fluya *desde el vendedor al comprador*, por lo que intercambios en el sentido contrario, o de manera mutua, despertará la atención de la agencia⁸⁰¹. Asimismo, la información catalogable como competitivamente sensible puede variar notablemente entre una industria u otra, lo que debe considerarse a la hora de calificar la ilicitud de la conducta (por ejemplo, la identidad de los clientes, planes de desarrollo de productos y secretos comerciales pueden ser mucho más valiosas en ciertos mercados, mientras que en otros, más transparentes, la información sobre precios puede no ser influyente ni determinante en el desempeño de los actores)⁸⁰². Las empresas próximas a cerrar un acuerdo de fusión, adquisición o *joint venture*, notificables ante la autoridad de competencia, deben preguntarse: de no haber mediado la negociación del acuerdo ¿habría tenido acceso a información detallada, específica y reciente sobre el desempeño de la contraparte? De no haber recibido tal información ¿habría actuado de manera distinta en el proceso competitivo, o habría obtenido otros resultados? En este sentido, si el mercado es poco transparente o altamente concentrado, genera suspicacias⁸⁰³. El caso de fallar la operación

⁷⁹⁷ MORSE (2002), p. 1481; BLUMENTHAL (2005), p.10.

⁷⁹⁸ LIEBESKIND (2003), p. 9; BLUMENTHAL (2005), pp. 10-11.

⁷⁹⁹ MORSE (2002), p. 1481; PORTES y DE REZENDE (2013), p. 10; CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (2016), p. 7; SACCAR, ROCHA y PAJOLLA, M. (2017), p. 79.

⁸⁰⁰ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (2016), p. 7; SACCAR, ROCHA y PAJOLLA, M. (2017), p. 80.

⁸⁰¹ MORSE (2002), p. 1482.

⁸⁰² MORSE (2002), p. 1481.

⁸⁰³ MORSE (2002), p. 1480.

es bastante ilustrativo: de haberse frustrado o haber sido prohibida la transacción, ¿la cláusula pactada habría limitado seriamente la capacidad de la otra parte para continuar normalmente con el curso ordinario de sus negocios? ¿Le impidió aprovechar ciertas oportunidades ventajosas en el contexto de su giro? ¿Le significó a la contraparte perder un cliente importante o afectó la renegociación de un contrato con un proveedor relevante? O bien, frustrada la operación ¿podrá emplear a su favor la información confidencial recibida en el contexto de la negociación?

Las empresas, asimismo, pueden tomar ciertos resguardos que precaven la posibilidad de ser sancionadas por haber obtenido acceso a información competitivamente sensible y relevante de la contraparte, tales como contratar empresas de auditorías para efectuar la evaluación, establecer ex ante un protocolo con procedimientos definidos para todo proceso de negociación de adquisiciones o compras de activos a un competidor (“*antitrust protocol*”), la definición de espacios e instancias de interacción mutua especialmente pensadas para los fines de la negociación (“*parlor room*”), la formación de un equipo integrado por ejecutivos de cada una de las partes designados para el solo propósito de la negociación (“*executive committee*”) o integrado por consultores independientes y representantes de cada parte (“*clean team*”) a fin de establecer contactos formales entre ellas, todo lo anterior sujeto a obligaciones intensas de confidencialidad o *firewalls* para los involucrados, que prohíban el uso, copia, transferencia o divulgación a personas distintas a ellos, sin el consentimiento expreso del titular de la información⁸⁰⁴. Lo que pretenden estas medidas es que las personas que intervienen en el proceso de planificación de la operación sean distintas y no se relacionen con las personas que deciden sobre el desenvolvimiento comercial de la empresa (v. gr. aquellas que definen la política de precios, de márquetin o de ventas)⁸⁰⁵. *Grosso modo*, la idea que resume las preocupaciones de las agencias es que las partes, mientras no obtengan la autorización, deben seguir siendo independientes en todas aquellas decisiones y actividades que inciden en las variables competitivas relevantes (como precios, cantidad de producción o innovación). Las partes deben poder seguir operando en el curso ordinario de sus negocios como si no estuvieran integradas, y en particular, si son actualmente rivales, preservando el ambiente competitivo lo más intacto posible.

El tercer requisito para que se configure la infracción del artículo 3º bis letra b), es la *pendencia de la resolución* de término, al tiempo de perfeccionamiento de la operación. Pendencia en el sentido de que no se haya dictado una resolución que ponga término definitivo al procedimiento y que ésta no se encuentre firme, exigencias que impone el artículo 49 para que se entienda alzado el efecto suspensivo. Cuando hablamos de resolución de término, nos referimos

⁸⁰⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (2016), pp. 10-13; MORSE (2002), p. 1486.

⁸⁰⁵ LIEBESKIND (2003), p. 9; BLUMENTHAL (2005), p. 11; NAUGHTON (2006), p. 9

habitualmente al término *típico*, que corresponde a la dictación de una resolución de fondo sobre los efectos anticompetitivos de la operación, pudiendo ser aprobatoria o denegatoria de la misma (arts. 54 y 57). Pero también puede ser un término *atípico* en virtud de una resolución del Fiscal que dispone el archivo de los antecedentes por desistimiento de la notificación o abandono del proceso, de acuerdo al artículo 58; si aún no se declara el archivo de la investigación por el Fiscal y esa resolución no se encuentra firme, sigue vigente el efecto suspensivo. Además, incluso en el caso de archivo por las causales del artículo 58, si se trataba de una operación notificable obligatoriamente, subsiste a su respecto la prohibición de perfeccionamiento (y, de llegar a consumarse posteriormente, incurría en ilícito del artículo 3º bis, letra a), de infracción al deber de notificar).

No es determinante el momento en que se conocen los hechos constitutivos de la infracción, sino cuándo se produjeron. Esto porque la FNE puede tomar conocimiento de ellos durante el procedimiento de evaluación, o una vez terminado éste y habiéndose obtenido incluso una resolución aprobatoria. En el primer caso, concluimos que no debería afectar la decisión de fondo y el procedimiento concluirá en su mérito, sin perjuicio de que paralelamente se investigue el ilícito según las reglas generales del artículo 39 del DL 211. En el segundo caso, la FNE procederá a investigar el ilícito de la misma forma, a pesar de haberse pronunciado anteriormente sobre la operación. En cualquiera de estos dos casos, el TDLC, conociendo de la infracción en sede contenciosa, tiene una potestad amplia para reexaminar el potencial anticompetitivo de la operación (a estas alturas ya perfeccionada) y no sólo sancionar con multa el hecho de contravenir el efecto suspensivo, sino también modificar y hasta reversar la operación (art. 26, letras a) y b).

Aun configurándose a juicio del TDLC el supuesto legal, habiendo incurrido, por tanto, las partes culpable o dolosamente en una contravención del deber de no perfeccionar la operación, la multa y demás medidas que pretendan aplicarse deberán ser *proporcionales* a la conducta efectivamente realizada. En otras palabras, aun cuando es en principio procedente ordenar la disolución de la entidad resultante o la desinversión de todos los derechos o activos adquiridos, ello puede resultar excesivamente gravoso si la operación, en su propio mérito, había resultado aprobada pues no reducía sustancialmente la competencia; en esos casos (perfectamente posibles) una multa alta parece ser la sanción adecuada y suficiente. Recuérdese que a la multa, de acuerdo a lo preceptuado en el reformado literal c) del artículo 26, se atribuyen fines no sólo retributivos sino también disuasivos.

Finalmente, hay casos difíciles que han requerido un esfuerzo mayor de las agencias para su persecución. Nos referimos a los llamados acuerdos de “*carve out*” en fusiones y adquisiciones internacionales. Estos acuerdos son un mecanismo contractual en que las partes de una operación

notificable en varias jurisdicciones sustraen de su proceso de concentración activos ubicados en un determinado país y/o fijan reglas de administración separada para una filial local. Con ello, las partes esperan consumar su operación en el resto de las jurisdicciones, y la dejan en suspenso respecto del país en que se ubican los activos o la filial hasta que se obtenga allí la aprobación. Lo que se pretende es aislar los efectos de la consumación de una operación global en jurisdicciones donde la autorización ya ha sido concedida, eliminando a su vez los riesgos de *gun jumping* en aquellas jurisdicciones donde la aprobación está pendiente⁸⁰⁶.

La experiencia comparada es escasa en esta materia, pero destaca el caso de la adquisición de Cisco Systems Inc., por parte de Technicolor S.A. en 2015. La operación involucró la notificación en Canadá, Estados Unidos, Colombia, Holanda, Ucrania y Brasil. Mientras pendía el examen en Brasil, las partes emitieron un comunicado de prensa en que informaban la integración inmediata de sus activos e iniciaban las actividades conjuntas para la implementación del acuerdo, excepto en Brasil, a cuyo respecto existía un acuerdo de *carve out* que pretendía mantener los niveles competitivos hasta obtener la aprobación. Esta conducta fue cuestionada por la agencia brasileña, quien estimó que, uno, el anuncio era suficiente evidencia de un perfeccionamiento anticipado y, dos, que el acuerdo de *carve out* era incapaz de aislar los efectos de la operación global. Las partes llegaron a una conciliación con el persecutor, obligándose a pagar una multa de 30 millones de reales. El caso es interesante por varias razones. Primero, se dio aplicación concreta a la llamada “doctrina de los efectos”, recogida en la propia legislación de ese país (y aceptada en Estados Unidos, Unión Europea y Alemania) en virtud de la cual una actuación cometida total o parcialmente en el extranjero, susceptible de ser considerada contraria a la competencia en una jurisdicción específica, puede ser perseguida y sancionada si produce efectos en dicha jurisdicción (sea efectos en sus mercados en general, o en perjuicio específico de consumidores locales)⁸⁰⁷.

Son sumamente relevantes los argumentos que esgrimió el *Conselho Administrativo de Defesa Econômica* para establecer por qué los acuerdos de *carve out* son insuficientes para evitar una sanción por perfeccionamiento prematuro. Tres fueron las razones⁸⁰⁸: (i) las empresas

⁸⁰⁶ BERARDO Y LILLA (2017), p. 85.

⁸⁰⁷ Sobre la doctrina de los efectos y su aplicabilidad en Chile, véase por todos BASCUÑÁN (2017), p. 590 y ss. Las conclusiones allí contenidas, en relación a la jurisdicción territorial del Tribunal Antimonopólico para conocer de infracciones al artículo 3º cometidas en el extranjero con efectos en Chile, pueden ser aplicadas *a pari* hoy para las conductas ilícitas del nuevo artículo 3º bis. Es posible sostener que, aplicando esta doctrina, la FNE puede investigar y el TDLC conocer de operaciones de concentración consumadas que, calificables en alguna de las conductas del artículo 3º bis, y aun habiendo sido ejecutadas parcialmente en el extranjero, tienen efectos en Chile. Refuerza esta conclusión el que la producción de “efectos en Chile” es un requisito hoy expresamente consagrado en el DL 211, para que una operación de concentración sea notificable ante la FNE, como da cuenta el artículo 47; es decir, toda operación notificable lo es porque, al menos, produce efectos en Chile.

⁸⁰⁸ BERARDO Y LILLA (2017), p. 90.

involucradas actuaban en mercados globales y la operación fue estructurada como una sola gran transacción avaluada en su conjunto y que transfería el control en todas las filiales (no había una transacción que envolviera exclusivamente activos localizados en Brasil); (ii) aunque el *carve out* impedía el acceso a contratos y activos exclusivamente relacionados con la parte local de la operación, era insuficiente para prevenir otros efectos asociados al cierre de una operación global, como la transferencia de tecnología y de propiedad intelectual, el flujo de documentos relacionados con estrategias de márquetin, y en general el intercambio de información competitivamente sensible; y (iii) aun estableciéndose reglas para prevenir tales efectos, el acuerdo en sí mismo es imposible de monitorear por la agencia local, viéndose impedita de fiscalizar la actuación a nivel de la matriz fuera del país, donde podría igualmente producirse la filtración de información sensible⁸⁰⁹. Otro punto interesante, es el enfoque práctico de la agencia brasileña, primero porque el examen de la operación propiamente tal siguió paralelamente a tal punto que terminó siendo aprobada en su mérito, y segundo, porque, a pesar de que la nulidad de la operación es parte del catálogo de medidas disponibles en ese país, sólo se solicitó la imposición de una multa. Según el comisionado que promovió la acusación, la nulidad aparecía como una medida desproporcionada atendido que la adquisición no revestía efectos anticompetitivos en Brasil y el mercado local afectado era pequeño en relación al esquema global que involucraba la operación⁸¹⁰.

No ha sido la única acción de *enforcement* en esta materia. En 2009, la *Bundeskartellamt* impuso una multa de 4,5 millones de euros a Mars Inc., con ocasión de su adquisición internacional de Nutro Products Inc, ambas operadoras globales en la producción y venta de alimentos de mascotas⁸¹¹. Una vez que Mars obtuvo la autorización en Estados Unidos, cerró la operación adquiriendo el control sobre las instalaciones de producción de alimentos y la marca de Nutro, estando pendiente la aprobación en Alemania. Lo llamativo de este caso es que Nutro no operaba en Alemania directamente por medio de una filial local, sino a través de distribuidores independientes, por lo que las partes suscribieron un acuerdo de *carve out* que excluía del cierre de la operación los derechos de distribución de Nutro en Alemania hasta obtener el visto en bueno en dicha jurisdicción. Sin embargo, la agencia alemana estimó que el acuerdo era insuficiente a estos efectos y que, por ende, Mars había adquirido efectivamente el control de Nutro, violando la prohibición de *gun jumping*.

⁸⁰⁹ Con todo, se ha criticado que sea una decisión que condene a todos los acuerdos de *carve out* y los califique como presuntamente ilícitos. Si bien en una adquisición del control a nivel global de todas las filiales es virtualmente imposible evitar las consecuencias propias de la entrada de un nuevo controlador, en principio, para algunos es posible hacer una disociación temporal y de manera más o menos efectiva y monitoreable cuando se trata de acuerdos de adquisición de activos, estructurados como transacciones separadas a nivel local (BERARDO Y LILLA, 2017, pp. 92-93).

⁸¹⁰ BERARDO Y LILLA (2017), pp. 90-91

⁸¹¹ El caso es citado en AMERICAN BAR ASSOCIATION (2010), p. 333.

Hemos desarrollado esta experiencia comparada porque el primer –y hasta la fecha, único- caso en que la FNE ha pretendido perseguir alguna de las conductas tipificadas en el artículo 3° bis ha sido una hipótesis de contravención al efecto suspensivo, y en particular, de un acuerdo de *carve out*. La operación internacional consistía en la adquisición de la totalidad de las acciones de las filiales locales de JBS S.A., por el conjunto de filiales respectivas de Minerva S.A.; ambos grupos empresariales intervenían en distintas etapas de la producción y comercialización de carne de vacuno en Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay. Las partes celebraron un acuerdo de *carve out* que comprendía un mecanismo de operación comercial independiente con respecto a Chile, lo que les permitiría consumar la operación, manteniendo la administración separada de la filial local mientras se tramitaba su aprobación ante la FNE. De hecho, las partes, durante la tramitación en Chile, declararon a la FNE la existencia de este acuerdo con la expectativa de que no generaría reparos de la autoridad. La Fiscalía, sin embargo, instruyó una indagatoria sobre los hechos. Destacamos además que el examen sobre la operación propiamente tal siguió su normal curso, y fue aprobada, en Fase I y en forma pura y simple⁸¹².

En línea similar a lo argumentado por agencias extranjeras, la FNE en su requerimiento contra Minerva y JBS sostuvo que

“el perfeccionamiento de una operación de concentración dice relación con la posibilidad de ejercer influencia decisiva en un agente económico previamente independiente, sin que la existencia o no de un Carve Out pueda alterar dicha realidad. Más aún, en el caso específico, el Carve Out suscrito tampoco fue eficaz para mitigar los efectos que las requeridas se había propuesto evitar”⁸¹³.

Los antecedentes que la Fiscalía arguyó como indicios de la consumación de la operación, a pesar del acuerdo de *carve out*, fueron: la fijación, por parte del adquirente, de la cantidad de producción y precios de la adquirida; el acceso a datos de clientes y a información desagregada, de carácter sensible y estratégica, sobre los precios y volúmenes de venta de la adquirida; y la intervención directa de la adquirente en la negociación de un contrato que tenía la adquirida en Chile.

No obstante todo lo anterior, el juicio contencioso terminó en una conciliación, sin un pronunciamiento de fondo del TDLC. Según señala el acta de conciliación las requeridas se obligaron al pago de multa a beneficio fiscal correspondiente a un millón de dólares. En nuestra opinión, esta incursión quiso ser un llamado de atención al resto de los agentes económicos en

⁸¹² Véase la resolución del Fiscal Nacional Económico, de 10 de octubre de 2017, que aprueba operación de concentración entre Minerva S.A. y JBS S.A, expediente de investigación Rol FNE F-88-2017.

⁸¹³ Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Minerva S.A. y JBS S.A., interpuesto ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en expediente Rol Contencioso C-346-2018.

varios sentidos. Según el requerimiento, la contravención al efecto suspensivo es considerada en sí misma una infracción de la mayor gravedad y seriedad, independiente de sus efectos. Se señala que los acuerdos de *carve out* no constituyen una exención admisible al efecto suspensivo, por lo que una operación notificable en varios países no podría consumarse en ninguno de estos lugares mientras no haya obtenido una aprobación en todos ellos. Es llamativo también que la FNE mantuviese el análisis de la operación y la investigación del ilícito por cuerdas separadas, como habíamos afirmado en su momento era el proceder correcto. El pragmatismo de la agencia se hace más notorio en que, por tratarse de una operación inocua para la competencia (fue aprobada en forma pura y simple), se solicitase sólo la aplicación de multas sin otra medida que afectare la operación; la multa es, en estos casos, la medida idónea y proporcional. La conciliación tampoco incidió en la operación, manteniéndose íntegra la autorización previamente concedida. En último término, aun en el evento de *gun jumping*, la FNE está dispuesta a aplicar una lógica más transaccional y menos adversarial, lo que dependerá de si la operación consumada no revestía riesgos para la competencia, y si hubo disposición de las partes a colaborar en el esclarecimiento de los hechos (donde suponemos que el propio reconocimiento de JBS y Minerva respecto de la existencia del *carve out* fue, de alguna forma, positivamente valorado por la Fiscalía).

2.26.4.3. Incumplimiento de las medidas de mitigación

Conforme a la letra c) del artículo 3º bis, se sancionará, también, a quienes “[i]ncumplan las medidas con que se haya aprobado una operación de concentración, al tenor de lo dispuesto en los artículos 31 bis, 54 ó 57, según sea el caso”. La peculiaridad de la operación de concentración aprobada so cumplimiento de medidas de mitigación radica en que la operación se considera inofensiva para la libre competencia siempre y cuando las partes den observancia a tales medidas. Es decir, existe riesgo de reducción sustancial de la competencia, pero fue suficientemente compensado por las medidas como para que tuviera lugar. Esa es la finalidad de los remedios, y de ahí el reproche por su incumplimiento.

De la norma antes citada podemos desprender los siguientes requisitos del ilícito: (a) que se haya notificado una operación de concentración; (b) que exista una resolución administrativa o sentencia judicial firme que ponga término definitivo al procedimiento; (c) que dicha resolución apruebe la operación sujeta a medidas determinadas o determinables; y (d) que los obligados por la resolución hayan incumplido estas medidas.

La exigencia de notificación es común al resto de ilícitos del artículo 3º bis (con excepción, obviamente, de la infracción al deber de notificación). Se requerirá, entonces, la notificación de la

operación, estimada como completa por el Fiscal, y que se haya instruido la investigación a su respecto en conformidad al Título IV.

El segundo requisito, relativo a la existencia de una resolución administrativa o sentencia que pongan término definitivo al procedimiento, y especialmente, que se encuentre firme, da cuenta del alzamiento del efecto suspensivo del artículo 49.

El tercer requisito se sigue del anterior. En una resolución o sentencia firme se determina la aprobación de la operación sujeta a la observancia de una o más medidas de mitigación. Podrá ser una resolución administrativa del Fiscal Nacional Económico, o una sentencia judicial del TDLC – y eventualmente de la Corte Suprema- si se impetró la revisión especial de la operación.

Respecto de la resolución administrativa aprobatoria, será pronunciada al término del procedimiento de evaluación, sin que proceda acción judicial alguna en su contra que sea conocida por el TDLC. Cabe precisar que la resolución aprobatoria podrá ser *expresa* –aquella dictada y comunicada oportunamente a los notificantes– o *táctica*, cuando tuviere lugar el silencio administrativo positivo al finalizar la fase I como de la fase II (en que se entiende aprobada la operación sujeta a las últimas medidas ofrecidas por los notificantes).

La sentencia judicial aprobatoria, en cambio, tendrá lugar sólo si, habiendo sido prohibida la operación por el Fiscal, los notificantes impetren ante el TDLC la vía de la revisión especial de la resolución denegatoria, el que podrá revocar dicha decisión y, en definitiva, aprobar la operación. Al TDLC, además, le asistirá la potestad amplia de imponer medidas distintas a las que las partes hubieren ofrecido en sede administrativa ante la Fiscalía. E incluso, dado ese caso, si las partes recurren por vía de reclamación ante la Corte Suprema, el máximo tribunal podrá también decretar medidas diferentes a las de las partes o a las del mismo TDLC. En otras palabras, los remedios conforme a los cuales una concentración empresarial se encuentre condicionada no siempre serán los propuestos por las partes y concordados con la Fiscalía (aunque se espera sea lo habitual), sino también podrán ser remedios impuestos por el TDLC o la Corte Suprema⁸¹⁴.

Además, aun respecto de las medidas ofrecidas por las partes, la resolución administrativa aprobatoria de la FNE remitirá al escrito de ofrecimiento de remedios, el que debe entenderse como parte integrante de la resolución. Por ello es que el tercer requisito lo expresamos como aquellas medidas determinadas o *determinables* en la resolución. Esto se refuerza con la posibilidad prevista

⁸¹⁴ Sumado a ello, habrá medidas que se impondrán sobre operaciones de concentración fuera del contexto del procedimiento del Título IV. Nos referimos al examen *ex post* o represivo de las mismas en un juicio contencioso (*vid infra* sección 2.27). Pues bien, el incumplimiento de las medidas que sobre estas operaciones imponga el TDLC, se sancionará posteriormente al alero del tipo genérico del artículo 3º inciso 1º, y no bajo el injusto específico del art. 3º bis.

por el propio DL 211 de que se apruebe una operación por una resolución tácita del Fiscal en el caso del silencio positivo, donde materialmente solamente habrá el escrito de remedios⁸¹⁵.

Finalmente, se requiere que una o más de las medidas determinadas o determinables hayan sido incumplidas por los obligados a ellas. Aun cuando el artículo 3º bis en su letra c) emplea la expresión “medidas”, en plural, debe entenderse naturalmente que la inobservancia de una sola de las medidas es suficiente para comprometer la responsabilidad del agente económico obligado.

El incumplimiento de medidas de mitigación fue la forma habitual en que el TDLC conoció *ex post* de operaciones de concentración antes de la reforma. Existe abundante literatura, con referencia a la jurisprudencia pertinente, respecto de cómo la inobservancia de las “condiciones” con que se aprobaba una operación en sede de consulta, compromete la responsabilidad infraccional de los agentes económicos involucrados en dicha operación⁸¹⁶. Siguiendo los criterios allí esbozados, las medidas deben ejecutarse de manera que sean eficaces en su cometido. Frente a la duda en cuanto a su contenido, deben interpretarse teleológicamente, esto es, según la finalidad a que sirve cada una y que dice relación con la mitigación de un determinado efecto anticompetitivo⁸¹⁷.

El incumplimiento podrá ser de cualquier gravedad o entidad para comprometer la responsabilidad de los obligados. Lo anterior no obsta, por cierto, a que la imposición de la sanción o de las medidas correctivas que en concreto determine el TDLC esté moderada por el principio de proporcionalidad. No es admisible un cumplimiento parcial en un remedio complejo que supone una ejecución en etapas, ni un cumplimiento tardío, si se trata de un remedio respecto del cual se estableció un plazo para su ejecución⁸¹⁸.

⁸¹⁵ No vemos impedimento a que el TDLC también pueda emplear esta técnica de remisión al escrito de medidas, pero sólo podrá hacerlo en el evento que revoque la resolución denegatoria y aplique los *mismos* remedios ofrecidos por los notificantes en sede administrativa (caso en que no procederá la reclamación); si impone unas nuevas o modifica en alguna forma las medidas de los notificantes, deberá describirlas suficientemente en su sentencia (y en ese caso, se abre la vía de reclamación). Lo mismo puede predicarse respecto de la sentencia de la Corte Suprema.

⁸¹⁶ Véase MONTT (2012), pp. 468 y ss.; y AGÜERO (2015), pp. 53 y ss.

⁸¹⁷ Sentencia 147/2015, de 9 de diciembre de 2015, Rol C N° 279-14, cons. 10º: “La interpretación adecuada de las medidas se rige por el antiguo aforismo de que conviene atender al sentido de la norma (“sensum”) más que a las palabras (“non verbum”), ya recogido por Ulpiano en el Digesto 34.4.3.9. Por consiguiente, para efectos de determinar el sentido de las medidas impuestas por este Tribunal –y de esa forma, dilucidar si el agente económico dio cumplimiento a las mismas– no sólo debe recurrirse a lo literal de las palabras (perspectiva formal o semántica), sino también a la finalidad económica o al propósito de dicha medida respecto del hecho, acto o convención revisado (perspectiva teleológica o funcional)”.

⁸¹⁸ Aquí cabe hacer la precisión que si se trata de un remedio de desinversión, el ofrecimiento de los notificantes puede contener la designación de un supervisor que concluya la operación a nombre de las partes, en caso de que éstas no logren por sí solas la venta. En este caso estimamos que las partes no estarían en un incumplimiento si llegado el plazo inicial, no han logrado perfeccionar el traspaso de los activos, ya que el propio diseño del remedio contiene la previsión de un supervisor. Si son reprochables conductas que afecten la eficacia del proceso de desinversión, como la designación o aviso

Debe tratarse de un incumplimiento imputable a la parte de la operación que es obligada y que, en su escrito de medidas, asumió determinado compromiso (o en los términos que fue impuesto por el TDLC en su caso). No necesariamente serán ambas partes de la operación las obligadas por un remedio; es posible que sólo una de ellas haya asumido el compromiso (v. gr. sólo el adquirente en una operación de toma de control o de compra de activos). Precisamos, en todo caso, que la parte obligada comprende a toda persona, natural o jurídica, que actúe a su nombre, o por cuyo hecho deba responder (como sus trabajadores o dependientes), así como a los agentes económicos de su mismo grupo empresarial; de lo contrario, como concluyó el TDLC en un caso, “cualquier condición podría ser irrisoria y bastaría constituir empresas separadas para burlarlas”⁸¹⁹. Conductas defraudatorias o de mala fe, como la interposición de persona, son calificables como incumplimientos.

La imputación del incumplimiento debe ser a título de culpa o dolo. La culpabilidad es un requisito para hacer efectiva la responsabilidad contravencional por cualquier conducta tipificada en el DL 211, sean aquellas del artículo 3º como del nuevo artículo 3º bis⁸²⁰. En su momento se discutió si correspondía a culpa infraccional, como correctamente sostuvo el TDLC⁸²¹, o culpa por omisión, como señaló (o matizó) la Corte Suprema en sede de reclamación⁸²². Aquello que es incumplido es una medida de mitigación, y el contenido de ésta podrá consistir no sólo en un *hacer*, donde tendría sentido la omisión culpable, sino también en un *no hacer*. En un *hacer* consiste una medida de desinversión de activos, o de licenciamiento forzoso o de dar acceso a un tercero a cierta instalación. Pero también una medida de mitigación puede consistir en un *no hacer*, que sólo se incumple haciendo aquello que está prohibido. Esto ocurre en algunos remedios de comportamiento, como obligaciones de no traspaso de información, o el establecimiento de precios máximos (que se incumpliría cobrando tarifas sobre el límite definido), así como en remedios de desinversión que envuelven la prohibición de readquisición de los activos.

tardíos al supervisor para que éste no intervenga, o impedimentos a que efectúe su labor, privándole, por ejemplo, de acceso a información o a las instalaciones de las partes.

⁸¹⁹ Sentencia N° 117/2011, de 29 de diciembre de 2011, Rol C N° 156-08, cons. 40º.

⁸²⁰ Sobre la culpabilidad en materia de infracciones a libre competencia, entre otros autores: AGÜERO (2015), pp. 62-72.

⁸²¹ Sentencia N° 147/2015, de 9 de diciembre de 2015, Rol C N° 279-14, cons. 125º: “este Tribunal estima que el incumplimiento de las condiciones impuestas respecto de una operación de concentración ha de juzgarse de conformidad con un criterio de culpa infraccional”.

⁸²² Sentencia de 14 de septiembre de 2016, Rol C-821-2016, cons. 8º: “en el caso de autos corresponde hacer un matiz, por cuanto, como se ha dicho, la ejecución de actos contrarios a la libre competencia que se imputa, viene dada por el incumplimiento de condiciones impuestas en una sentencia judicial. En otras palabras, si bien el transrito artículo 3 establece un deber general de cuidado, para este caso en particular la orden de ejecutar determinados actos con el objetivo de que la fusión no altere significativamente la estructura del mercado fue impuesta por los sentenciadores a través de la Resolución 43/2012, de manera que la imputación de su incumplimiento no constituye una hipótesis de culpa infraccional sino de culpa por omisión”.

Sólo en los supuestos en que la conducta exigible sea un hacer, podría argüirse que el título de imputación sea culpa por omisión, pero ello no sería así en casos en que lo exigible sea una abstención. En otras palabras, la conducta exigible podrá ser positiva o negativa, lo que dependerá del contenido de la medida específica.

En cambio, existen razones poderosas para sostener que el incumplimiento de una medida puede ser imputable a título de culpa infraccional. Como señala BARROS BOURIE, lo que caracteriza a la culpa infraccional es que el deber de conducta exigible está determinado en una norma jurídica vinculante, de fuerza obligatoria para su destinatario, que comprende, pero no necesariamente se limita a la ley:

“La culpa infraccional supone la contravención de los deber de cuidado establecidos por el legislador u otra autoridad con potestad normativa (en una ley, reglamento, ordenanza, resolución u otra regulación semejante. Es práctica común que por vía legislativa o administrativa sean reguladas actividades que presentan riesgos. Las consideraciones que sigue el legislador son esencialmente preventivas. Es el caso en materias tan diferentes como el tránsito de vehículos motorizados [...] la protección del medio ambiente [...] el funcionamiento justo y eficiente de los mercados, en materias de libre competencia [...] Estos y otros ordenamientos legales, que regulan ámbitos de actividad muy diversos, son complementados por regulaciones administrativas o municipales que establecen deberes más precisos”⁸²³.

Este mismo autor muestra también cómo es perfectamente concebible la idea de “culpa infraccional por omisión”⁸²⁴, cuando la norma jurídica es la que impone el deber positivo de actuar, a la sazón, el caso de las medidas de mitigación que impongan un hacer. Tampoco es necesario, como sostuvo la Corte Suprema, reconducir a un “deber general de cuidado” establecido en la ley (a partir del tenor amplio del artículo 3º, inciso 1º, del DL 211). La reprochabilidad de la conducta está dada porque se infringe el deber específico de actuación, positivo o negativo, que emana de un acto autoritativo como es la resolución que aprueba condicionadamente la operación; dicha resolución es la que establece con mayor o menor precisión y exhaustividad las medidas de mitigación que fueron aceptadas (o impuestas, en su caso), y que pasan a ser vinculantes y obligatorias para las partes. Siguiendo a BARROS BOURIE, en tanto supuesto de culpa infraccional, lo que justifica el establecimiento de deberes específicos de conducta es una finalidad preventiva, en este caso, de no afectación al bien jurídico libre competencia, finalidad que es consustancial al control *ex ante* de concentraciones.

⁸²³ BARROS BOURIE (2006), pp. 97-87.

⁸²⁴ BARROS BOURIE (2006), pp. 127-128.

Las consecuencias de lo anterior son del todo relevantes, ya que, como ha razonado la doctrina y el mismo TDLC, en los supuestos de culpa infraccional, se presume el actuar negligente, siendo carga del obligado la prueba de su diligencia⁸²⁵.

También ha precisado la doctrina que existen circunstancias eximentes que liberan de responsabilidad en materia infraccional por la imputación de un incumplimiento de medidas⁸²⁶. La principal eximente será el despliegue de una conducta de sujeción fiel e íntegra al remedio según sea texto del escrito de medidas aceptado por la FNE en su resolución (conforme prevé el artículo 32 del DL 211, los actos celebrados de acuerdo con las resoluciones del Fiscal Nacional Económico no comprometerán su responsabilidad en la materia).

2.26.4.4. Perfeccionamiento de la operación en contravención a lo dispuesto en una resolución denegatoria

De acuerdo a la letra d) del artículo 3º bis, se sancionará a quienes “[p]erfeccionen una operación de concentración en contra de lo dispuesto en la resolución o sentencia que haya prohibido dicha operación, de conformidad a lo establecido en los artículos 31 bis ó 57, según corresponda”. Una operación sometida al procedimiento del Título IV podrá ser prohibida si se ha determinado por la autoridad correspondiente que puede reducir sustancialmente la competencia. Su perfeccionamiento involucra la creación de riesgos insuperables para la competencia (precisamente, su prohibición se explica porque no hubo medidas suficientes que permitiesen mitigar tales riesgos).

En contraposición a la resolución aprobatoria, que involucra una autorización operativa en favor de los notificantes, la resolución denegatoria grava a las partes imponiéndoles un deber de abstención, que consiste en la prohibición de perfeccionar la operación que sometieron a evaluación preventiva y que fue rechazada, deber de abstención que subsiste hasta un nuevo pronunciamiento de la autoridad competente.

Los requisitos para que tenga lugar esta infracción son los siguientes: (a) que haya habido notificación de una operación de concentración conforme al Título IV; (b) que se haya dictado y comunicado a las partes una resolución administrativa o sentencia judicial denegatoria firme que ponga término definitivo al procedimiento; (c) que dicha resolución o sentencia hubiere decretado

⁸²⁵ Sentencia N°147/2015, de 9 de diciembre de 2015, Rol C N° 279-14, cons. 8º: “la culpabilidad del agente económico al que se le imputa el incumplimiento de una medida impuesta por este Tribunal ha de juzgarse de acuerdo con un criterio de culpa infraccional. Ello significa que la mera inobservancia de una medida conductual o estructural permite presumir la culpa, aunque es admisible prueba en contrario”.

⁸²⁶ Otras causales que eximen de responsabilidad infraccional en materia de libre competencia, y en particular por incumplimientos de medidas de mitigación, en AGÜERO (2015), pp. 72 y ss.

la prohibición de perfeccionamiento de la operación notificada; y (d) que las partes hubieren perfeccionado la operación prohibida.

En cuanto a los primeros tres requisitos, es claro que debe existir un plan de concentración empresarial, haberse notificado previamente, y haberse instruido legalmente un procedimiento de evaluación de acuerdo a las reglas del Título IV. Dicho procedimiento avanzó en sus fases respectivas, dictándose y comunicándose a los notificantes la resolución administrativa o sentencia judicial que pone término definitivo al procedimiento, en este caso, una resolución o sentencia *denegatoria*. Una vez firme dicha resolución o sentencia, si bien se entenderá alzado el efecto suspensivo, como se trata de una resolución denegatoria, subsiste la prohibición de perfeccionamiento por disposición de un acto autoritativo concreto que grava a las partes en tal sentido.

En cuanto al perfeccionamiento de la operación respectiva, es un requisito que se repite en la infracción al deber de notificación y en la contravención al efecto suspensivo, por lo que nos remitimos a lo dicho anteriormente en cuanto al alcance de esta expresión, destacando los supuestos más comunes en el derecho comparado⁸²⁷. Aun así, recalcamos que el ilícito en comento se diferencia del ilícito de contravención al efecto suspensivo, en el sentido de que el deber de abstención no emana de la ley, sino que emana de la resolución administrativa o judicial firme que declara expresamente que no podrá llevarse a cabo. En la misma línea, también se diferencia del ilícito de incumplimiento de medidas, donde la sujeción a los remedios puede dianar no sólo de una resolución expresa del Fiscal, sino también de una resolución *tácita* del mismo por aplicación del silencio administrativo positivo al término de la Fase I o II (arts. 54 y 57, in fine); en cambio, la decisión de prohibición de perfeccionamiento *sólo* puede ser impuesta por una resolución *expresa* del Fiscal, y que sólo podrá dictar al término de la fase II (eventualmente confirmada por el TDLC en sede de revisión especial).

2.26.4.5. Notificación de una operación entregando información falsa

Según la letra e) del artículo 3º bis, se sancionará a quienes “[n]otifiquen una operación de concentración, de conformidad al Título IV, entregando información falsa”. Este tipo infraccional merece nuestra especial atención. Por lo pronto, es una hipótesis que de manera palmaria atenta contra los fines de la investigación del Fiscal Nacional Económico. La aportación de elementos de juicio no fidedignos subvierte el examen de una operación, cuyo análisis de fondo descansa sobremanera en la información aportada por las partes, pudiendo llevar incluso a la aprobación de

⁸²⁷ Véase *supra* sección 2.26.4.2.

una operación que tenga efectos contrarios a la competencia no detectados o no dimensionados suficientemente. No sólo la FNE presume que lo entregado por los notificantes es información veraz, sino todo tercero que pueda lícitamente acceder al contenido del expediente.

Sobre las partes pesa, entonces, un estricto deber de veracidad de la información por ellas entregada en el acto de notificación. La inobservancia de dicho deber de veracidad por las partes justifica el reexamen de la operación en su conjunto, esta vez, de manera represiva ante el TDLC y en sede contenciosa. La exhaustividad del Reglamento en esta materia aspira a proveer al Fiscal, desde el comienzo de la investigación, de la información necesaria para dimensionar la operación e identificar sus probables efectos.

Este ilícito en particular debe necesariamente leerse en concordancia con otras conductas que entorpecen el desarrollo de una investigación de la FNE –cualquiera sea el objeto de ésta-, y que el DL 211 también castiga. La sanción por las conductas obstructivas del artículo 39, letras h) y j), se aplicará no sólo en el contexto del procedimiento del Título IV, sino en general a toda investigación en curso que dirija la Fiscalía Nacional Económica. Del mismo modo, lo dispuesto en el artículo 39 rige tanto para los notificantes de una operación de concentración (y, en general, los afectados por una investigación cualquiera) como para los terceros a quienes la FNE les solicite información. En resumidas cuentas, el referido deber de veracidad se hace extensivo, por tanto, por todo lo que dure la investigación.

Aclarado lo anterior, los requisitos específicos del ilícito del artículo 3º bis, letra e), se resumen en dos: (a) que se notifique una operación de concentración conforme al Título IV y (b) que, en dicha notificación, se entregue información falsa.

El primer requisito clarifica que esta infracción se comete *solo en el acto de notificación*, que es aquella presentación escrita en virtud de la cual se somete a conocimiento de la FNE determinado proyecto de concentración empresarial. Por lo mismo, serán sancionados quienes detenten la calidad de notificantes, vale decir, aquellos agentes económicos que intervienen en el o los actos jurídicos que sirven de vehículo para materializar la operación⁸²⁸.

El segundo requisito se refiere a la entrega de información falsa. Cuando se trata de la notificación de una operación, la entrega de información se impone en virtud de la ley (art. 48 en relación al art. 50). Se diferencia, luego, de los supuestos del artículo 39, letra h), en que la entrega de información falsa, o su omisión, requieren necesariamente de una solicitud previa de la FNE en

⁸²⁸ Como la notificación se presenta “conjuntamente” (art. 48) por los que toman parte en la transacción, la infracción será imputable indistintamente a todos aquellos que formulan tal presentación.

tal sentido. En otras palabras, queda comprendida aquella información presentada en el acto original de notificación, como aquella presentada para subsanar el contenido de ésta cuando fuere calificada como “incompleta” por el Fiscal. Todos estos antecedentes se entienden formar parte integrante de una sola notificación, que será estimada *in totum* como “completa” (art. 50). La representación que hace el Fiscal, en orden a que las partes subsanen las omisiones de su primer escrito de notificación, no corresponde propiamente a un requerimiento de información, sino más bien, es una exigencia destinada a hacer cumplir el mandato que impone el DL 211, de que la notificación cumpla con todos los requisitos legales y reglamentarios. Justamente, un requerimiento de información de la FNE supone que *se haya iniciado una investigación*, y de acuerdo al artículo 50, la investigación propiamente tal de una fusión sólo se entiende iniciada una vez que la notificación se estime como completa.

En cuanto al alcance de la expresión “información”, debe entenderse en un sentido amplio. El legislador emplea también, en otras disposiciones, la expresión “antecedentes” como sinónimo⁸²⁹. El ilícito del artículo 3º bis, en comento, se refiere a la información presentada en la notificación, y, más claramente, alude a la notificación “de conformidad al Título IV”; pues bien, este Título no habla de información, sino de “antecedentes” que hay que aportar a la notificación⁸³⁰, por ello, entendemos que son conceptos equivalentes, es decir, el ilícito se configura por la falsedad de alguno de los antecedentes que se aporten en el acto de notificación.

En su oportunidad señalamos que por “antecedentes” se comprende a todo elemento, medio o instrumento escrito e idóneo para contener información cognoscible o traducible a significado, cualquiera sea su soporte⁸³¹. Pueden ser declaraciones o afirmaciones de las partes (como aquella efectuada en la descripción de su operación o de la estructura de propiedad y control de las entidades participantes), así como otros instrumentos privados o públicos preexistentes que deben ser acompañados (como estados financieros, informes o resoluciones de otras autoridades, nacionales o extranjeras). Por supuesto, y considerando la facilidad de probanza, la falsedad de instrumentos públicos o que hacen fe pública será la hipótesis más común. No obstante ello, podrá tratarse de documentos de propia elaboración de los notificantes, u otros (típicamente estudios e informes) que hubieren sido requeridos por las mismas partes a terceros, para ser presentados por ellas en la notificación. En ambos casos la conducta les será imputable, ya que sobre las partes pesa

⁸²⁹ Fuera del Título IV, el artículo 39, letra h), en sus párrafos 1º y 2º se refiere indistintamente a “las informaciones y los antecedentes” y a las “informaciones o antecedentes”. En aquellos requerimientos de información dirigidos a servicios públicos, tanto la letra f) como la letra g) del artículo 39 hablan de “antecedentes”, pero más adelante se refiere a convenios de transferencia electrónica “de información” con tales servicios. Así, entendemos que el legislador emplea estas expresiones de manera indistinta y sinónímica.

⁸³⁰ Así denotan lo dispuesto en el artículo 48 incs. 5º, 6º y 7º; artículo 53 incs. 1º y 2º; o el artículo 55 incs. 2º y 3º.

⁸³¹ Véase *supra*, sección 2.9.

un deber de veracidad respecto de toda la información que presenten en la notificación, que ellos reconocen, examinan y deciden si incluir o no, y que es luego presentada a la FNE como parte de su notificación, presumiéndose verdadera. La notificación, recordemos, es un acto unilateral de los interesados, correspondiéndole a la FNE revisar si estos antecedentes son suficientes para entender la notificación como completa, no si estos antecedentes son fidedignos. El deber de veracidad supone, por ende, un deber de control de la información aportada⁸³².

En seguida, la información, o en los términos del Título IV, los antecedentes presentados en la notificación, deben ser falsos. El DL 211 es silente en cuanto al alcance del concepto de falsedad. Se define falsedad como “falta de verdad o autenticidad” y “falta de conformidad entre las palabras, las ideas y las cosas”⁸³³. Es ilustrativo lo señalado por la doctrina penal en este sentido, a propósito de los delitos de falsedad documental⁸³⁴ (aun cuando, sabemos, no puede trasplantarse todas las categorías dogmáticas de esta disciplina al derecho contravencional de la competencia). *A pari*, puede decirse que las hipótesis más comunes se vincularán con la imitación o alteración de un documento auténtico –análoga a la falsedad material- o a la mendacidad de lo manifestado en un documento –análoga de la falsedad ideológica⁸³⁵.

Finalmente, la omisión de información, en el acto de notificación, no es sancionada, sino que solo puede dar lugar a que (si no es subsanada la omisión a tiempo) se tenga por no presentada la notificación y no se inicie la investigación (art. 50). La omisión de información, una vez iniciada la investigación, habiendo sido requerida por el Fiscal, sí merece reproche y puede ser sancionada infraccionalmente con multa, si sólo es por la negligencia del obligado quien dio una respuesta incompleta sin justificación, o puede ser sancionada penalmente si puede calificarse como un ocultamiento con la intención maliciosa de afectar la investigación (art. 39, letra h), párrafo 4°).

2.26.4.6. Conductas que obstruyan el desarrollo de una investigación de la FNE

Hemos señalado el interés de la reforma en reforzar las facultades investigativas de la FNE, para lo cual se estatuyen sanciones específicas para conductas de particulares que obstaculicen o embaracen el desarrollo de ciertas diligencias, en particular, aquellas pesquisas destinadas a obtener

⁸³² A mayor abundamiento, se exige a las partes que acompañen a su notificación una declaración de veracidad, suficiencia y completitud de los antecedentes presentados (art. 2 N° 11) del Reglamento).

⁸³³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2017).

⁸³⁴ En Chile, véase en este sentido la aproximación clásica de ETCHEBERRY (1999), p. 161. También pude consultarse lo planteado por autores de la doctrina más reciente, como VARGAS (2013) y ROJAS AGUIRRE (2014).

⁸³⁵ ROJAS AGUIRRE, siguiendo a lo señalado por BACIGALUPO y empleando categorías de JAKOBS, explica la diferencia entre un supuesto y otro a partir de la infracción a determinados deberes del ordenamiento jurídico: “el significado injusto de la falsedad material proviene de la infracción de un deber de no alterar la autenticidad de un documento, público o privado. Se trata, entonces, de un deber negativo –“responsabilidad por organización”. En cambio, el significado injusto de la falsedad ideológica consiste en la infracción de un deber de veracidad. Se trata, en consecuencia, de un deber positivo –“responsabilidad institucional” (ROJAS AGUIRRE, 2014, p. 502).

información de particulares o su comparecencia a declarar sobre un ilícito objeto de investigación. Pues bien, el legislador ha distinguido conductas que merecen un reproche infraccional y otras que son castigadas con mayor severidad y que ameritan un reproche penal.

(a) Injustos infraccionales

Arriba se analizó un injusto específicamente aplicable a las partes de una operación de concentración, consistente en la infracción a un deber de veracidad *en el acto de notificación*, por la vía de entregar antecedentes falsos (art. 3º bis, letra e). Pero también habrá otras conductas, cometidas en el contexto de una investigación cualquiera de la FNE, y que son objeto de un reproche infraccional. Nos referimos a las conductas que se consagran en el artículo 39 del DL 211, en su literal h) y en su literal j), aplicables a toda investigación instruida por la FNE y que sólo darán lugar a sanciones pecuniarias. Se trata de contravenciones al deber de entrega de información oportuna y completa durante el desarrollo de una investigación de la FNE, y contravenciones al deber de comparecencia a declarar ante la FNE, respectivamente.

Se distinguen, en concreto, tres ilícitos contravencionales: (a) quienes estén obligados a dar respuesta a las solicitudes de información efectuadas por el Fiscal Nacional Económico⁸³⁶, injustificadamente no respondan (art. 39, letra h, párr. final); (b) quienes estén obligados a dar respuesta a las solicitudes de información efectuadas por el Fiscal, injustificadamente respondan sólo parcialmente (art. 39, letra h, párr. final); y (c) quienes hayan sido previamente citados por el Fiscal, injustificadamente no comparezcan a declarar (art. 39, letra j, párr. final).

Los dos primeros supuestos, en que se incumple un deber de entrega de información oportuna y completa, serán sancionados con una multa a beneficio fiscal de hasta 2 UTA por cada día de atraso. El tercer supuesto, de inobservancia del deber de comparecencia a declarar, se sancionará con multa a beneficio de fiscal de 1 UTM a 1 UTA. Nótese que la multa progresiva por cada día de mora del obligado sólo se aplica para los requerimientos de información; en las citaciones a declarar se aplica una multa fija. Pues bien, cuando fuere procedente la multa progresiva por día de retraso, deberán entenderse días completos, contados desde el vencimiento del plazo otorgado en la solicitud de información hasta que el obligado dé cumplimiento, o si este nunca cumple, hasta la fecha de la audiencia oral donde se dicte sentencia condenatoria⁸³⁷. En caso

⁸³⁶ Todas las alusiones al Fiscal Nacional Económico, deberán entenderse no sólo a él, sino también a las actuaciones de los Fiscales Adjuntos, quienes, en determinada investigación, lo representen en sus funciones de conformidad a la ley (art. 34 y 39 b) párrafo final).

⁸³⁷ Al igual que la multa por día de retardo en caso de infracción al deber de notificación (art. 3º bis letra a), y 26 letra e), el legislador no es claro en señalar cuándo vence el plazo para contabilizar el monto de la multa. En su oportunidad concluimos que este plazo termina en la fecha de dictación de la sentencia definitiva por el TDLC; *mutatis mutandi*,

de que el infractor hubiere subsanado su conducta antes de la audiencia, deberá hacerlo presente al Tribunal en sus descargos a efectos de aplicar la multa. Aquí no se eximirá de la sanción, pero sí podrá considerarse a efectos de determinar el quantum de la multa.

Los sujetos activos en estos injustos serán los *obligados a dar respuesta*, o los *obligados a declarar*, según sean individualizados en la solicitud de información o citación a declarar. Podrá ser una persona natural por sí, o como representante de una persona jurídica, según sea lo expresado en la solicitud de la FNE y la calidad en la que se les requiere. La Fiscalía deberá ser lo más precisa posible en cuanto al plazo con el que cuenta el obligado para responder o para comparecer a declarar. En particular, tratándose de la falta de respuesta a una solicitud de información, la determinación del plazo para contestar, a cuyo vencimiento se generará la infracción, es relevante para la fijación del monto mismo de la multa que se contabiliza progresivamente por cada día de retardo.

En cuanto a los ilícitos referidos a *requerimientos de información* (art. 39, letra h), cabe hacer algunas precisiones. Aun cuando son conductas objetivamente distintas, se equiparan en su tratamiento legal la falta de respuesta y la respuesta parcial. A su turno, en la falta de respuesta se entiende comprendido el hecho de quien no responde absolutamente, y el hecho de quien responde, pero lo hace extemporáneamente. Por su parte, en la respuesta parcial, se responde oportunamente – dentro del plazo inicialmente fijado por la FNE-, aunque de manera incompleta. En este último caso, es posible que la FNE reitere su requerimiento de información, individualizando los antecedentes faltantes, pero la infracción ya se ha producido. De ahí que sostengamos que se trata de un deber de entrega de información oportuna y *completa*, de modo que, si bien la Fiscalía fijará un nuevo plazo para entregar la información faltante, para efectos de aplicar la multa progresiva, el retardo se contabilizará desde el vencimiento del plazo original.

En cuanto a los ilícitos referidos a *citaciones a declarar* (art. 39, letra j), se sanciona a quienes “no comparezcan a declarar”, hecho que no sólo comprende la concurrencia personal a dependencias de la FNE – lo más obvio-, sino también a la presentación de una declaración por escrito. El injusto se configura en relación a quienes hayan sido “citados en conformidad a esta letra”, pues bien, la letra j) contempla tanto la facultad del Fiscal de “llamar a declarar” como de “pedir declaración por escrito [...].” Asimismo, hoy se admite la declaración “por cualquier medio

respecto de la multa por día de retardo aplicable al caso de falta de respuesta o respuesta inoportuna a un requerimiento de información de la FNE, si el obligado no ha subsanado su incumplimiento, el plazo se contabilizará *hasta la fecha de pronunciamiento de la sentencia en la audiencia de descargos* a que se refiere el artículo 39 ter. Así procedió el TDLC en su decisión en que sancionó a la Asociación Gremial de Cirujanos de la V Región A.G. por retardo injustificado en la entrega de información y entrega parcial de información, según consta en Acta de Audiencia de 16 de mayo de 2018, a fojas 65 y siguientes del expediente Rol 39 ter N° 1-18.

que garantice la fidelidad de la declaración, ratificada al término de la misma por quién la prestó”, pensándose, por ejemplo, para la obtención de testimonios verbales a distancia por medios electrónicos (teleconferencias o video-llamadas).

La responsabilidad contravencional, en todos estos casos, se configurará si los obligados “injustificadamente” no responden o no comparecen a declarar. Esta expresión aparece tanto en la letra h) como en la letra j) del artículo 39. Requieren una conducta negligente en que era razonable exigir su cumplimiento (y por ende, su incumplimiento no se encontraba justificado). La principal excusa que tiene el afectado será la ocurrencia de algún hecho de fuerza mayor o caso fortuito, no imputable a su culpa o dolo⁸³⁸. También se podrá alegar la falta de notificación o errónea notificación de la solicitud de información o de la citación a declarar, cuestión que deberá acreditar el afectado⁸³⁹.

Existe también la posibilidad de eximirse de la entrega de información si de acuerdo a la letra h) del artículo 39, previa solicitud del afectado, el TDLC deja sin efecto total o parcialmente el requerimiento de información de la FNE cuando la entrega de los antecedentes pedidos “pudiere irrogar perjuicio a sus intereses o a los de terceros”. En este caso, no se configuraría responsabilidad alguna en la medida que no estaba “obligado a dar respuesta”. La posibilidad de eximirse de una citación a declarar, en cambio, no existe.

Por último, reiteramos que el conocimiento de estas conductas se sujetará al procedimiento sancionatorio especial del artículo 39 ter, al que nos referimos anteriormente.

(b) Injustos penales

A la par de estas figuras infraccionales, se ha introducido al DL 211 un tipo penal que sanciona a quienes falten al deber de veracidad de la información aportada durante el curso de una investigación de la FNE. La letra h) del artículo 39, en su párrafo 4º señala: “Quienes, con el fin de dificultar, desviar o eludir el ejercicio de las atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica, oculten información que les haya sido solicitada por la Fiscalía o le proporcionen información falsa, incurrirán en la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio”.

⁸³⁸ En el caso de la falta de respuesta o respuesta parcial a un requerimiento de información, una excusa sería la incorrecta o ambigua individualización de la información solicitada, o que la información requerida no estaba en su poder. Con todo, si la información no estaba en su poder, un estándar de cuidado ordinario exige que el presunto infractor hubiere indicado en su respuesta a la FNE quién posee la información solicitada y todo antes del vencimiento del plazo.

⁸³⁹ Con todo, esta excusa se vuelve difícil en el contexto específico del control de fusiones, ya que las comunicaciones entre la FNE y los intervinientes en el procedimiento se harán por vía de correo electrónico (medio expedito, eficaz y que reduce la indefensión), y si no fuere posible, a través de funcionarios de la FNE especialmente instruidos para este efecto (art. 61).

Nótese que son dos delitos distintos, sujetos a la misma pena: (a) quienes, con el fin de dificultar, desviar o eludir el ejercicio de las atribuciones de la Fiscalía, ocultasen información que las haya sido solicitada por ella; y (b) quienes, con la misma finalidad, proporcionasen información falsa.

Sólo serán responsables las personas naturales que hayan intervenido en la conducta tipificada. Por las personas jurídicas – si a ellas se formuló el requerimiento de información – responden las personas naturales que las representan y que hubieren intervenido en el hecho punible (art. 58 CPP). En ambos supuestos, se trata de información que les ha sido solicitada por la Fiscalía Nacional Económica. Si bien lo más habitual es que se trate de requerimientos de información en el contexto de una investigación en curso – por eso lo tratamos en esta obra, dado que el procedimiento del Título IV es una investigación –, el delito se configura por cualquier solicitud que la FNE formule, tanto a particulares como a funcionarios públicos. Aun cuando el tipo penal se consagra a propósito de los requerimientos de información a particulares, se señala que la ocultación o la falsificación se emplean para entorpecer “el ejercicio de las atribuciones de la Fiscalía” (de manera genérica) y que se trate de información que “haya sido solicitada por la Fiscalía”, por lo que no distingue el legislador ni el motivo ni el destinatario de la solicitud. Esto cobra relevancia ya que el Fiscal Nacional Económico puede solicitar antecedentes a funcionarios de servicios o reparticiones públicas (art. 39, letra f) y g), quienes también podrán comprometer su responsabilidad personal.

La expresión “información” debe entenderse como sinónimo de “antecedentes” y en un sentido lato, como es posible interpretar sistemáticamente de diversas disposiciones del DL 211⁸⁴⁰, sin perjuicio de que habitualmente se corresponderá con documentos.

A diferencia de los injustos infraccionales antes revisados, en que bastará la negligencia del obligado a responder o declarar, el tipo penal subjetivo en estos casos requiere dolo directo. Dice la disposición en estudio: “Quienes, con el fin de dificultar, desviar o eludir el ejercicio de las atribuciones de la Fiscalía”. El dolo en estos casos deberá probarse, aun cuando podrá recurrirse a prueba indiciaria.

En particular, en cuanto al delito de *falsedad de la información entregada* - análogamente al artículo 3º bis letra e)- el legislador no especifica el concepto de falsedad, por lo que se comprendería tanto la falsedad material como ideológica. Ahora bien, merece una prevención particular: dado que se trata de un injusto penal, será interesante precisar cómo dialoga con los otros

⁸⁴⁰ Véase el artículo 39, en sus letras f), g), h) y m).

delitos de falsedad documental contemplados en el Código Penal (v. gr. arts. 193 y ss.) u otras formas de defraudación (como engaño o estafa), para lo cual deberá atenderse a las reglas de concursos – cuestión que, sin embargo, excede la pretensión de esta obra.

Por su parte, en cuanto al delito de *ocultamiento de información*, en esta conducta se engloba no sólo la acción de ocultar materialmente un documento, sino también la destrucción de un documento, y la supresión de información contenida en un documento⁸⁴¹.

Finalmente, la determinación de la pena, si procediere aplicarla, se sujetará a las normas del Código del ramo. En este sentido, la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio va desde los 61 días hasta los 3 años. El juzgamiento de estos hechos se sujeta a las normas del procedimiento penal ordinario, conforme a lo dispuesto en el CPP, cuyas reglas de instrucción, desarrollo y término se aplican íntegramente. El DL 211 sólo se limita a señalar que la presentación de FNE se considerará denuncia a efectos de iniciar las diligencias investigativas, y será el Ministerio Público el órgano que dirigirá la investigación y eventualmente formulará los cargos.

2.27. Control represivo de operaciones de concentración consumadas

La complejidad de un examen *ex post* deberá tenerse presente por las autoridades de competencia al momento de revisar una operación de concentración ya perfeccionada⁸⁴². Dificultades asociadas fundamentalmente a su irreversibilidad han sido un factor determinante a la hora de decidir por instaurar un sistema de control preventivo y obligatorio de fusiones. A luz de la experiencia comparada es posible dilucidar las implicancias que la existencia de un control *ex post* de fusiones tiene en el diseño institucional, en el desempeño de las agencias y en el comportamiento de los actores económicos.

Por lo pronto, y a diferencia del control preventivo, la revisión de una fusión ya consumada tendrá por objeto la *represión de ilícitos anticompetitivos* conduces a la operación. Lo que se

⁸⁴¹ Incluso, autores derechamente califican como otra forma de *falsedad*, la ocultación, destrucción o supresión de un documento (ETCHEBERRY, 1999, p. 161).

⁸⁴² En Chile sólo hay tres casos de intervención de operaciones de concentración consumadas de las que haya conocido el TDLC, todas ellas autorizadas so cumplimiento de medidas de desinversión de activos: (i) la fusión entre Shell/Terpel (Resolución 34/2011, de 26 de mayo de 2011, Rol NC N° 380-10); (ii) la fusión entre SMU y Supermercados del Sur (Resolución 43/2012, de 12 de diciembre de 2012, Rol NC N° 397-11, confirmada por la Corte Suprema) y (iii) la adquisición de Chile Films por parte de Hoyts Cinemas, que terminó con un acuerdo conciliatorio entre la FNE y las partes, aprobado por el TDLC (Resolución de 15 de enero de 2013, Rol C N° 240-12). Lamentablemente no contamos con estudios que sistematicen la efectividad de los remedios de desinversión impuestos en estos casos; sin embargo, respecto de la fusión SMU/Supermercados del Sur, el TDLC sancionó el incumplimiento de dos de las tres condiciones de desinversión originalmente determinadas (Sentencia 147/2015, de 9 de diciembre de 2015, Rol C N° 279-14), y posteriormente en sede de reclamación, la Corte Suprema aumentó la multa impuesta por el Tribunal, toda vez que, a su juicio, se habrían incumplido las tres medidas de desinversión decretadas en su momento (Sentencia de la Corte Suprema, de 14 de septiembre de 2016, Rol N° 821-2016).

busca es hacer efectiva la responsabilidad de los agentes económicos que se concentraron por actuaciones anticompetitivas, por lo que la investigación y eventual sanción se sujetará (y debe sujetarse) a reglas procedimentales y sustantivas distintas a las del control preventivo⁸⁴³.

El análisis de fusiones ya perfeccionadas tiene ciertas particularidades que no se presentan en el control preventivo. La autoridad tiene la posibilidad de identificar y medir de manera más clara los efectos concretos que tiene la operación; en estos casos se tiene acceso al comportamiento real y efectivo de los agentes económicos del mercado en que tuvo lugar la fusión⁸⁴⁴. Las agencias deben, sin embargo, establecer un vínculo entre la operación consumada y los efectos anticompetitivos detectados en el mercado, por lo que, mientras más tiempo haya pasado desde el perfeccionamiento de la operación, más difícil será establecer tal nexo causal. Acorde a la experiencia internacional, la investigación usualmente tendrá su justificación en un aumento repentino de los precios o disminuciones en la calidad de los productos post-fusión o en la innovación⁸⁴⁵.

También se ha enfatizado que desafiar operaciones consumadas aumenta considerablemente las *chances de litigación*⁸⁴⁶. Por una parte, los agentes de la operación se verán incentivados a litigar considerando lo que está en juego: la consolidación empresarial se ha producido, y el costo de una decisión adversa (posiblemente una orden de desinvertir activos) es, a todas luces, mayor que en un plan de concentración que no se ha materializado todavía. Por otra parte, la agencia será más propensa a litigar ya que puede obtener evidencia incriminatoria que ya no será meramente especulativa, sino que estará fundada en los efectos concretos y comprobables que están actualmente teniendo lugar en el mercado, lo que permite presentar un mejor caso ante los tribunales. El aumento en la litigiosidad de los casos supone, a su vez, mayores costos para las partes y para la agencia, puesto que se prolonga de manera excesiva, y muchas veces incierta, los tiempos de revisión en comparación con una evaluación preventiva que tiene plazos definidos y, por lo general, breves.

Asimismo, facultades muy extensas de la autoridad para revisar fusiones *ex post* se traducen en un mayor nivel de incertidumbre en torno a una amenaza permanente de ser objeto de investigación, y ello puede tener implicancias tanto en las partes como en los mercados⁸⁴⁷. SHER

⁸⁴³ La evaluación preventiva podrá imponer medidas de mitigación o a lo sumo prohibir la operación por considerarse sustancialmente riesgosa para la competencia, pero en caso alguno generará la imposición de sanciones por un ilícito.

⁸⁴⁴ OCDE (2014c), p. 4.

⁸⁴⁵ OCDE (2014b), p.17; MARKS y ANG (2010), p.3; SCOTT y RUCKER (2009), pp.68-69. Los lineamientos de las agencias estadounidenses explícitamente recogen tal idea (US DEPARTMENT OF JUSTICE & FEDERAL TRADE COMMISSION, 2010, p.3).

⁸⁴⁶ OCDE (2014c), p. 4; GINENSKY (2012), p. 94.

⁸⁴⁷ GINENSKY (2012), p.95.

afirma que en mercados dinámicos, altamente tecnológicos o que predomine la investigación (piénsese en productos farmacéuticos), la competencia puede verse afectada y paralizarse ante esta amenaza (“*chilling effect*”)⁸⁴⁸. Los agentes económicos anticipan un riesgo de perder los esfuerzos en desarrollo de productos que, hasta antes de ser desafiada la operación, hubieren alcanzado, absteniéndose de realizar inversiones en innovación; o bien, después de desafiada la operación y efectuada una desinversión de activos, la empresa quedará en situación de desventaja frente a competidores que han continuado desarrollando sus productos durante el tiempo que aquella fue objeto de investigación.

Pero, definitivamente, el control de fusiones consumadas conlleva una dificultad inherente, que es la probable *integración* de las entidades involucradas, tanto a nivel decisional como a nivel operacional. Esta consolidación obstaculiza la tarea de definir remedios que, frente a la comisión de un ilícito, permitan efectivamente re establecer la competencia (más allá de las sanciones pecuniarias que puedan tener lugar). Un reciente estudio elaborado por la FTC sobre la eficacia de las medidas de desinversión constató que

“[p]uede ser particularmente difícil restaurar la competencia al estado anterior a la fusión si las partes poseen activos entrelazados (*commingled*), o activos que ya fueron vendidos; o si las partes han integrado a sus empleados, o han despedido a otros; o si han transferido clientes a la entidad resultante; o han compartido información confidencial entre sí. En estos casos, la posibilidad de encontrar un remedio óptimo puede verse severamente limitada”⁸⁴⁹.

Es interesante notar que, aun tratándose de operaciones consumadas, las agencias mantengan su conocida preferencia por medidas de cesión de activos⁸⁵⁰ y consideren medidas conductuales solamente como un complemento de aquéllas⁸⁵¹. Las autoridades de competencia indistintamente apuntan a remedios estructurales tanto en fusiones consumadas como en no consumadas, pero el hecho de que las partes tengan integradas en todo o en parte sus operaciones puede complicar la aptitud de una medida de desinversión como una opción viable; en estos casos, remedios conductuales parecer ser más adecuados⁸⁵².

Disociar eficazmente activos de la entidad resultante de la fusión es complejo. El estudio de la FTC arrojó que las medidas estructurales impuestas a fusiones horizontales no consumadas (notificadas preventivamente) muestran una tasa de éxito de un 74%; en cambio, medidas

⁸⁴⁸ SHER (2004), pp. 97-98.

⁸⁴⁹ US FTC (2017), p. 18 [“*It may be particularly difficult to restore the pre-merger state of competition if the merging parties have commingled, sold, or closed assets; integrated or dismissed employees; transferred customers to the merged entity; or shared confidential information. In these situations, remedial options may be severely limited*”].

⁸⁵⁰ OCDE (2014b), p. 20; US DOJ (2014), p. 12.

⁸⁵¹ US DOJ (2014), pp. 14-15.

⁸⁵² OCDE (2014b), p. 20.

estructurales impuestas a fusiones horizontales ya consumadas no notificadas evidencian una tasa de éxito de un 26%⁸⁵³. Al respecto, se concluyó que

“los factores que contribuyen al éxito de algunos remedios en fusiones consumadas incluyen la falta de integración de los activos post-concentración y la posibilidad de modificar contratos que permitan facilitar la entrada del comprador de los activos a desinvertir. En contraste, resucitar una actividad empresarial cuando los activos a desinvertir están ya entrelazados es mucho más difícil y el remedio usualmente falla”⁸⁵⁴.

Por lo anterior, de decretarse una medida de desinversión sobre una operación ya materializada, resulta aconsejable la identificación temprana del comprador de los activos (“*up-front buyer*”) como una forma de prever la falta de compradores idóneos⁸⁵⁵, o la selección de activos *ad hoc* cuando derechamente no sea posible hallar una unidad de negocios autónoma que pueda ser completamente disociada.

La autoridad actuará como órgano persecutor de conductas efectivamente contrarias a la libre competencia que hayan tenido lugar a causa o con ocasión de una fusión y que fueren susceptibles de ser reprimidas y sancionadas infraccional y/o penalmente (si eventualmente se configurare el delito de colusión); por ello, las agencias no renuncian absolutamente a acciones contra operaciones consumadas. Como apunta la OCDE:

“El hecho de que ciertas operaciones escapen del escrutinio del control de concentraciones, por encontrarse por debajo de los umbrales de notificación, no significa que los posibles efectos anticompetitivos de esa operaciones escapen de todo escrutinio de la autoridad. Estas operaciones siguen sujetas a las disposiciones generales de la normativa de libre competencia relativas a acuerdos ilícitos entre competidores y abusos de posición dominante. Mientras que estas normas no son aplicables como medios de control [preventivo] de fusiones, pueden ser utilizadas para ese propósito como último recurso, en caso que la operación escapare del régimen de evaluación de concentraciones”⁸⁵⁶.

⁸⁵³ US FTC (2017), p.19. El estudio de la FTC considera que una medida ha tenido éxito (*success*) si la competencia en el mercado relevante se mantuvo al mismo nivel que antes de la fusión, o volvió a ese nivel en un periodo breve de dos o tres años después de la decisión de la Comisión. Se diferencia esta situación de un remedio de éxito calificado (*qualified success*), que es aquel que no restaura la competencia en esos dos o tres años, aunque igualmente lo logra con posterioridad; y de un remedio derechamente fallido (*failed*), cuando jamás logra llevar la competencia a niveles previos a la fusión.

⁸⁵⁴ US FTC (2017), p. 19 [“*Factors that contributed to the success of some remedies in consummated mergers included the lack of integration of the assets post-merger and the ability to alter contracts to facilitate the buyer's entry. In contrast, resurrecting a business when the assets were commingled post-merger was much more difficult and the remedy often failed*”].

⁸⁵⁵ GINENSKY (2012), p. 97.

⁸⁵⁶ OCDE (2014b), p.9 [“*The fact that some mergers may escape scrutiny under the merger control system of a jurisdiction because they are below the notification thresholds does not mean that the possible anti-competitive effects of these transactions escape all antitrust scrutiny. These transactions remain subject to the enforcement of the general antitrust prohibitions of anti-competitive agreements between competitors and of abuses of a dominant position. While these provisions are not necessarily meant to apply as means to control mergers, they can be used for that purpose as a last resort, should the transaction escape the merger control jurisdiction*”].

Además de lo problemático que es en sí mismo el control de operaciones consumadas, al optarse por un sistema de notificación obligatoria deberá considerarse siempre la estructura de reglas, incentivos y sanciones que lo hacen posible. La investigación de fusiones post-consumación, debe ser entendida como excepcional y específica, centrada en aquellas operaciones que no fueron revisadas por la autoridad en su oportunidad. Las acciones de *enforcement* de la agencia, contra operaciones que ella misma autorizó, afectarán la certeza jurídica, la confiabilidad y estabilidad en las decisiones que legitima en gran parte a un control *ex ante*. Distinto es el caso de operaciones consumadas que sí fueron revisadas por la agencia, pero que resultaron prohibidas y las partes igualmente la perfeccionaron, o que se aprobaron sujetas a medidas, y éstas fueron incumplidas; en tales supuestos, la intervención *ex post* está del todo justificada, precisamente, para resguardar la eficacia del control preventivo y el respeto de sus normas.

En Chile, bajo la nueva ley, una fusión perfeccionada no sólo podrá ser objeto de control represivo al alero de las figuras infraccionales del artículo 3º del DL 211, sino también en caso que los agentes económicos involucrados en ella hubieren incurrido en alguna de las conductas ilícitas tipificadas en el nuevo artículo 3º bis⁸⁵⁷. Todos estos casos motivarán una revisión de una operación ya consumada, que fue notificada a la FNE, o que debió haber sido notificada, a fin de aplicar las sanciones y remedios pertinentes.

Pero también, operaciones de concentración que en caso alguno debían ser notificadas, por no superar los umbrales, podrán ser objeto de un control represivo, de conformidad a lo que dispone el artículo 48, inciso 9º. En este caso, consciente el legislador de la importancia de resguardar la confianza de los agentes económicos en que el sistema de notificación obligatoria efectivamente capta aquellas operaciones económicamente relevantes, limita en un año el plazo del Fiscal para instruir investigación sobre operaciones no notificables⁸⁵⁸.

Finalmente, el diseño institucional hoy vigente, aún después de la reforma, exige que la represión de las infracciones a la libre competencia se someta a juicio contencioso ante el TDLC, procedimiento que reconoce como legitimados activos no sólo a la Fiscalía Nacional Económica, sino también a particulares, quienes por la vía de una demanda podrán atacar una operación de concentración consumada. Aun cuando la Ley N° 20.945 haya pretendido limitar la actuación estratégica o temeraria de terceros interesados en la operación (competidores, por ejemplo) que pretendan obstaculizar o agregar costos a una concentración antes de que se lleve a efecto (el legislador sustrajo esta clase de operaciones del objeto de una consulta ante el TDLC y las somete

⁸⁵⁷ Materia que fue analizada *supra*, en la sección 2.26.

⁸⁵⁸ Sobre este punto, *vid supra* sección 2.11.

al Título IV con acotadas formas de intervención de terceros); una vez perfeccionada la operación, los particulares siempre tendrán la posibilidad de desafiarla por medio de denuncia a la FNE, o directamente demandar al TDLC que sancione una actuación anticompetitiva que los haya afectado. Estas formas de *enforcement* privado no han quedado excluidas del control represivo de fusiones.

TERCERA PARTE: IMPUGNACIÓN DE LA RESOLUCIÓN RECAÍDA EN UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN

3.1. Breve panorama antes de la reforma de la Ley N° 20.945

Previo a la última modificación al DL 211, coexistía una diversidad de procedimientos de control de operaciones de concentración, y cada uno ofrecía distintas posibilidades de impugnación de la resolución recaída en la operación evaluada. En primer lugar, constituyendo la vía habitual pre-reforma, las concentraciones podían ser examinadas preventivamente conforme a las reglas del procedimiento no contencioso o voluntario. La regulación de este procedimiento no ha cambiado con la reforma, aunque sí su objeto: la consulta ya no puede ser empleada para analizar *ex ante* operaciones que sean notificables de acuerdo al Título IV. Aclarado lo anterior, de acuerdo al artículo 31, inciso final, las consultas terminan con una resolución pronunciada por el Tribunal de la Libre Competencia, y que sólo puede ser objeto de reclamación ante la Corte Suprema. Dada la naturaleza administrativa de la resolución de término de la consulta, la reclamación no opera, en este supuesto, como un recurso procesal, sino como una “acción jurisdiccional de reclamación”⁸⁵⁹.

En segundo término, las operaciones de concentración podían someterse a control del TDLC por la vía del procedimiento contencioso. De acuerdo al artículo 27 del DL 211, la sentencia definitiva pronunciada en dicha sede, sólo podrá ser objeto del recurso de reclamación para ante la Corte Suprema. Salvo el caso de incumplimientos de medidas de mitigación sobre operaciones previamente consultadas, la vía judicial contenciosa fue marginalmente utilizada en la práctica para controlar fusiones. A diferencia de la resolución pronunciada al término de las consultas, la resolución del TDLC al término del juicio contencioso es una sentencia definitiva en el sentido técnico y estricto (“pertenece al orden jurisdiccional contravencional, característico y peculiar de los tribunales de justicia”⁸⁶⁰); por lo mismo, aquí la reclamación ante la Corte Suprema sí opera

⁸⁵⁹ VALDÉS (2006), p. 638.

⁸⁶⁰ VALDÉS (2006), p. 589.

como un recurso procesal propiamente tal, destinado a dejar sin efecto total o parcialmente una resolución jurisdiccional.

Finalmente, las operaciones de concentración también podían ser sometidas a revisión preventiva, de manera voluntaria, ante la propia Fiscalía Nacional Económica, quien iniciaba una investigación a su respecto que podía concluir – eventualmente – con la adopción de un acuerdo extrajudicial, el que por mandato legal debe someterse a aprobación del TDLC. En contra de la resolución del TDLC recaída sobre el acuerdo respectivo sólo es procedente el recurso de reposición (art. 39, letra ñ) DL 211). Hoy entendemos que no puede llegarse a acuerdos extrajudiciales respecto de operaciones notificadas conforme al Título IV, y que las reglas de investigación que contenía la “Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración” de 2012 han perdido eficacia (la FNE sólo emplea la parte sustantiva de dicha Guía para examinar fusiones horizontales).

En resumidas cuentas, previo a la reforma de la Ley N° 20.945, el control del potencial anticompetitivo de las operaciones de concentración suponía la intervención del TDLC, sea directamente por ser el órgano llamado a absolver consultas y a sancionar infracciones, o indirectamente por el ser el llamado a aprobar los acuerdos extrajudiciales de la FNE con los agentes económicos involucrados. En este sentido, la impugnación de las resoluciones recaídas en operaciones de concentración se ventilaba siempre en sede judicial, acotada a aquellas vías que expresamente consagra el DL 211 en cada caso: la reposición ante el mismo TDLC tratándose de acuerdos extrajudiciales, y la reclamación ante la Corte Suprema tratándose de las decisiones dictadas al término de una consulta o de un juicio contencioso.

3.2. Vías de impugnación de la resolución recaída en una operación notificada en conformidad al Título IV del DL 211

La introducción al DL 211 de un nuevo procedimiento de control de fusiones – preventivo, de naturaleza administrativa, y radicado en la FNE – presenta importantes desafíos interpretativos. Uno de ellos es dilucidar las alternativas que tienen los particulares afectados por las resoluciones del Fiscal Nacional Económico que se pronuncia sobre una operación debidamente notificada. Nos referimos a los *particulares en general*, ya que en la evaluación de una fusión intervienen no sólo los agentes que proyectan integrarse, sino también otros agentes económicos con interés en la operación, los que podrían explorar las vías para atacar una resolución que sea desfavorable a sus intereses. La resolución de término del procedimiento no sólo es aquella que prohíbe la operación, que obviamente afectará a los notificantes, sino también aquella resolución que la apruebe, y que

puede ser contraria a los fines de terceros, quienes buscarán alternativas institucionales para revertir la autorización concedida.

Una segunda consideración, para efectos de nuestra exposición, es que nos centraremos en las vías de impugnación de *la resolución administrativa* del Fiscal que pone término al procedimiento. Anteriormente esbozamos que la evaluación de la operación no sólo podía finalizar en virtud de una resolución administrativa del Fiscal, sino eventualmente en virtud de una sentencia judicial emanada del TDLC (o la Corte Suprema, si fuere el caso) cuando conoce de la acción de revisión especial. Justamente, la revisión especial, sólo procedente en contra de resoluciones denegatorias de la FNE, está dotada de notas muy características y a ella nos referiremos en detalle en la siguiente sección⁸⁶¹.

Dado el carácter administrativo de los actos terminales del procedimiento de control de fusiones, es que los medios de impugnación aparecen no sólo como una forma de enmendar o dejar sin efecto una decisión emanada de un servicio público determinado, sino también se constituyen como una garantía de los particulares frente a actos de la Administración que afecten negativamente sus intereses. En este orden de ideas, la impugnación de la decisión reviste tanto un rol de reexamen, como un rol de control del ejercicio de la potestad en cuya virtud se dictó⁸⁶².

En los ordenamientos jurídicos que se enmarcan en la tradición europeo-continental como el chileno se consagra una “dualidad de vías impugnatorias”⁸⁶³ de los actos administrativos: ante la misma Administración y ante los tribunales de justicia⁸⁶⁴. Consecuencialmente, respecto de las resoluciones de la FNE sobre operaciones a ella notificadas distinguiremos: (1) un régimen concentrado de impugnación en sede administrativa, y (2) un régimen disperso de impugnación en sede jurisdiccional. Hemos calificado el estatuto aplicable a la vía administrativa como *concentrado*

⁸⁶¹ Véase *infra* sección 3.3.

⁸⁶² La impugnación de actos administrativos ha sido abordada por la doctrina iuspublicista desde, al menos, tres perspectivas. Una primera aproximación es aquella que, siguiendo el tratamiento que hacen las leyes de procedimiento administrativo, se enfoca en los *recursos administrativos* que allí se establecen como una garantía de los particulares. Una segunda aproximación es aquella referida al control judicial de los actos administrativos, que ha desarrollado el *derecho a la tutela judicial efectiva* y la necesidad de agotamiento previo de la vía administrativa. Una tercer aproximación puede situarse en el estudio de los *contenciosos administrativos*, que son aquellos mecanismos que el ordenamiento jurídico prevé a fin de impugnar un acto administrativo, promovidos ante tribunales ordinarios, especiales, o ante el Tribunal Constitucional, v. gr. nulidad de derecho público, contencioso de responsabilidad patrimonial del Estado, acción constitucional de protección, reclamaciones establecidas en leyes especiales como la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, entre otras.

⁸⁶³ La expresión es de MORAGA (2013), p. 62.

⁸⁶⁴ Como explicaba el profesor Pedro PIERRY, “Los recursos administrativos son los medios que el derecho establece para obtener que la Administración, en vía administrativa, revise un acto y lo confirme, modifique o revoque. Se dirigen a una autoridad administrativa, la que resuelve a través de un acto administrativo. Se distinguen de este modo de los recursos contenciosos administrativos que se interponen ante un órgano jurisdiccional [...] Los recursos administrativos y los recursos jurisdiccionales son por lo tanto, de naturaleza jurídica diferente y se encuentran sometidos a regímenes jurídicos distintos” (PIERRY, 2010, p. 241).

toda vez que los recursos que pueden ser impetrados serán siempre conocidos por el mismo órgano que dictó el acto impugnado (el Fiscal Nacional Económico), a diferencia del estatuto de revisión en sede jurisdiccional que calificamos como *disperso* en atención a que conviven diversos contenciosos administrativos que, según los requisitos de cada uno, serán conocidos por tribunales distintos, con competencias distintas.

La LBPA, de aplicación subsidiaria a estos efectos⁸⁶⁵, no exige el agotamiento de la vía administrativa para que el interesado pueda acceder a la vía judicial. Así, el que se considere afectado por la resolución de término del procedimiento de control de fusiones podrá siempre optar entre una u otro. Dado que la impugnación administrativa está totalmente radicada en la misma autoridad que dictó la resolución, puede ser un desincentivo a que los notificantes quieran acudir a esta vía cuando la resolución fuere denegatoria: si la resolución es aquella que prohíbe la operación, el notificante tiene a su favor la acción de revisión especial ante el TDLC. En cambio, un tercero con interés en la operación sí puede verse atraído por la vía administrativa cuando se trate de una resolución aprobatoria. En ese caso, la LBPA lo favorece con un interesante efecto procesal: la *interrupción del plazo para ejercer la acción jurisdiccional*. La LBPA no especifica qué acción jurisdiccional, por lo que pueden entenderse comprendidos toda la variedad de contenciosos-administrativos que fueren procedentes en la especie. En consecuencia, el plazo legal previsto para la interposición de la acción respectiva se empezará a contar desde la fecha que se notifique al interesado el acto que resuelva el recurso administrativo o, en su caso, desde que el recurso se entienda desestimado por el transcurso del plazo (art. 54 inc. 2º LBPA). Nótese además que, como se trata de la interrupción y no de la suspensión del plazo para interponer la acción jurisdiccional, agotada la vía administrativa (por desestimarse el recurso administrativo o no fallarse oportunamente), el plazo para impetrar la acción se contará íntegramente desde cero. La LBPA atribuye el efecto de interrupción a cualquier reclamación, “lo que implica un ámbito que incluye a los recursos administrativos y a otras vías de revisión del acto administrativo, como la revocación y la invalidación”⁸⁶⁶. Por supuesto, el interesado siempre podrá renunciar a la vía administrativa impetrada, y a partir de ahí ejercer su derecho ante los tribunales de justicia. De igual forma, la interrupción del plazo es más que beneficiosa para aquellos terceros que quieran agotar las vías de impugnación administrativas antes que recurrir a instancias jurisdiccionales, y ello se hace evidente respecto de acciones como el amparo económico, que tiene plazos breves para su interposición.

⁸⁶⁵ La supletoriedad de la LBPA respecto del procedimiento de control de fusiones del DL 211 es abordada *supra*, en la sección 2.3.5.

⁸⁶⁶ BERMÚDEZ (2014), p. 231.

La LBPA provee dos reglas adicionales para hacer convivir el régimen impugnatorio administrativo con el judicial, y evitar la superposición de actuaciones que lleven a decisiones contradictorias. Primero, una *regla de dilación de la vía jurisdiccional*: si el interesado ocurre primero por la vía administrativa, no podrá impetrar en forma paralela la acción ante los tribunales (art. 54 inc. 1º LBPA). Si aun así el interesado recurre al juez, la autoridad administrativa podrá: o bien abstenerse de seguir conociendo del recurso administrativo impetrado archivando el procedimiento de impugnación, o bien en sede jurisdiccional deducir una excepción dilatoria (conforme al art. 303 N°6 CPC) solicitando que se suspenda la tramitación judicial mientras no se resuelva la vía administrativa⁸⁶⁷. Segundo, se establece una *regla de inhibición administrativa*, para el caso inverso: si el interesado deduce primero la acción jurisdiccional, la Administración deberá inhibirse de conocer cualquier reclamación posterior del mismo interesado con idéntica pretensión (art. 54 inc. 3º LBPA).

3.2.1. Régimen concentrado de impugnación en sede administrativa

El Título IV del DL 211 no prevé especialmente formas de impugnación administrativa de las resoluciones del Fiscal Nacional Económico. Entendemos que es la LBPA el cuerpo normativo de eficacia supletoria que viene a llenar el silencio del legislador en esta materia. La LBPA consagra expresamente el principio de impugnabilidad de los actos administrativos (art. 15 inc. 1º LBPA), impugnabilidad que se materializa a través de los *recursos administrativos* de la LBPA: reposición, jerárquico y extraordinario de revisión⁸⁶⁸. La autoridad administrativa, en nuestro caso el Fiscal Nacional Económico, cuando acogiere un recurso administrativo interpuesto en contra de su decisión, puede por sí misma dictar el acto de reemplazo (art. 15 inc. final LBPA).

Es muy importante señalar que sólo serán recurribles administrativamente los actos de término. Excepcionalmente serán recurribles los actos trámite cuando éstos pongan fin al procedimiento, hagan imposible su prosecución u ocasionen indefensión del interesado (art. 15 inc. 2º LBPA). Aplicado al régimen de control de fusiones, el procedimiento administrativo podrá terminar atípicamente sin una resolución de fondo sobre la operación notificada. Así, será recurrible por la vía administrativa la resolución del Fiscal que tenga por no presentada la notificación por no

⁸⁶⁷ BERMÚDEZ (2014), p. 229. El mismo autor, sin embargo, puntualiza: “Esta primera regla no resultará aplicable cuando la acción que se interpone es el recurso de protección. Ello se da, en primer lugar, porque el artículo 20 CPR no establece limitación alguna respecto de la interposición de dicha acción de amparo, de modo que, si la Constitución no lo hace, mal podría una norma de rango inferior impedir que se utilice esta garantía frente a un recurso administrativo. Además, el propio artículo 20 de la Constitución señala que el recurso es procedente ‘sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes’” (BERMÚDEZ, 2014, p.230) (cursiva en el original).

⁸⁶⁸ Como afirma MORAGA, los recursos administrativos “existen y están a disposición de los administrados, incluso, cuando ellos no están establecidos expresamente en las diversas leyes administrativas, ya que faltando una regulación especial, debe entonces entenderse que los recursos administrativos existen porque la LBPA así lo ha dispuesto en vía supletoria” (MORAGA, 2013, p. 61).

haber subsanado en tiempo y forma sus errores, resolución que, pese a ser un acto de mero trámite, pone término al procedimiento. Será también recurrible la resolución del Fiscal que, en cualquier momento de la investigación, ordena el archivo de los antecedentes por desistimiento de la notificación o por abandono del procedimiento. Una resolución de mero trámite dictada por el Fiscal que rechace una solicitud de información efectuada por el notificado o un tercero, o una solicitud de efectuar diligencias determinadas sólo será recurrible si le genera indefensión, cuestión que el interesado deberá justificar. Un acto de mero trámite de suma importancia es la resolución del Fiscal que ordena extender el período de investigación, con la cual se da inicio a la Fase II (art. 54, letra c), DL 211); dicha resolución, sin embargo, no podrá ser objeto de recurso administrativo alguno porque no pone fin al procedimiento. Por su parte, y en la generalidad de los casos, el procedimiento de control de fusiones terminará típicamente por medio de una resolución del Fiscal que se pronuncia sobre los efectos anticompetitivos de la operación notificada. Al respecto, el interesado podrá recurrir en sede administrativa las resoluciones dictadas al final de la Fase I o de la Fase II y que consistan en la aprobación de la operación de concentración, en forma pura y simple, o sujeta a medidas propuestas por el notificado (arts. 54, letras a) y b), y 57 letras a) y b) del DL 211), o en la prohibición de perfeccionamiento de la operación (art. 57 letra c) del DL 211).

Usamos asimismo la expresión *interesado* para referirnos al legitimado activo en materia de recursos administrativos, porque en el procedimiento administrativo detentan la calidad de interesados no sólo el solicitante que lo incoa, sino también los terceros que tengan un derecho o interés, individual o colectivo, que puede verse afectado con la resolución de término (art. 21 N°1° y 2° LBPA). Llevado al procedimiento de control de fusiones, detentan la calidad de interesados no sólo el notificado sino también los terceros que hubieren intervenido en él; el DL 211 menciona, a modo ejemplar “proveedores, competidores, clientes o consumidores” (art. 55 inc. 3° DL 211). Pues bien, estos terceros interesados, aun siendo ajenos a la operación notificada, en la medida que sean intervenientes en el procedimiento de evaluación respectivo podrán también deducir recursos administrativos en contra de la resolución de término (o de trámite, si fuere procedente). Al mismo tiempo, si se impetra el recurso de reposición, se debe dar traslado a los notificados y demás terceros que aportaron antecedentes al procedimiento⁸⁶⁹.

El régimen de impugnación administrativa de las resoluciones de término del control de fusiones estará constituido por el recurso ordinario de reposición (art. 59 LBPA) y por el recurso extraordinario de revisión (art. 60 LBPA). El recurso jerárquico que contempla el artículo 59 LBPA

⁸⁶⁹ El artículo 55 de la LBPA dispone: “Se notificará a los interesados que hubieren participado en el procedimiento, la interposición de los recursos, para que en el plazo de cinco días aleguen cuanto consideren procedente en defensa de sus intereses”.

es improcedente en este contexto, ya que no es admisible en contra de los actos de jefes superiores de servicios públicos descentralizados (art. 59 inc. 4º LBPA), calidad que detenta el Fiscal Nacional Económico (art. 33 DL 211).

El *recurso de reposición* del artículo 59 de la LBPA deberá interponerse ante el mismo Fiscal Nacional Económico dentro del plazo de cinco días contados desde que se comunicó personalmente la resolución al notificado, o desde que se publicó en el sitio web de la FNE, respecto de los terceros intervenientes. Por su parte, el Fiscal cuenta con un plazo de 30 días, contados desde la presentación, para resolver la reposición, y si en ese plazo no se pronuncia, se entenderá desestimado el recurso. De acuerdo al artículo 25 de la LBPA, los plazos administrativos de días excluyen sábados, domingos y festivos.

El *recurso extraordinario de revisión* del artículo 60 de la LBPA se impetrará directamente ante el Fiscal Nacional Económico, petición que habrá de estar fundada sólo en las causales taxativamente señaladas en dicha norma, y siempre que la resolución del Fiscal se encuentre firme. Entendemos que tal resolución adquiere firmeza administrativa cuando *no proceda otro recurso administrativo ordinario en su contra* (reposición en este caso), o haya transcurrido el plazo para deducir tal recurso sin que se hubiere interpuesto. Los interesados podrán deducir la revisión administrativa en el plazo de un año, que se computará de forma distinta dependiendo de la causal invocada. La revisión administrativa está pensada como una hipótesis excepcional de impugnación de los actos administrativos, que busca más bien hacer efectivo el derecho de las personas que se hubieren visto afectadas por alguna forma de indefensión que hubiere incidido en el acto administrativo (v. gr. falta de emplazamiento, documentos o testimonios falsos, manifiesto error de hecho, etc.); en este sentido, “todas sus causales provienen de un defecto en la resolución que la transforma en injusta para la persona que soporta sus efectos”⁸⁷⁰.

Así las cosas, atendida la improcedencia del recurso jerárquico y la excepcionalidad del recurso de revisión, sostenemos que *el recurso de reposición agotará la vía administrativa en la generalidad de los casos* de impugnación de resoluciones de la FNE. El recurso de reposición procederá *siempre*, y tiene por objeto la invalidación o enmienda del acto administrativo que se considera irregular o inconveniente. La LBPA “no exige expresamente que la impugnación por la vía del recurso administrativo se funde en razones de legalidad, por lo que nada obsta para que, además, pueda impugnarse por razones de mérito u oportunidad”⁸⁷¹. Esto es más que evidente respecto de la reposición, que no reconoce causales específicas, bastando, si se quiere, la sola

⁸⁷⁰ CORDERO VEGA (2015), p. 416.

⁸⁷¹ BERMÚDEZ (2014), p. 221.

afectación del interés o disconformidad del administrado con lo resuelto. No así la revisión administrativa, que por el contrario, está concebida como un recurso extraordinario, y como tal, sólo es procedente en casos muy calificados.

Para esclarecer puntos dudosos u oscuros, o rectificar los errores de copia, de referencia o cálculos numéricos, o en general los puramente materiales o que aparezcan de manifiesto en la resolución, los interesados podrán solicitar la “aclaración” del acto administrativo, de conformidad al artículo 62 de la LBPA. La aclaración no es un recurso pues no pretende atacar el contenido o modificar la decisión o acto de voluntad de la Administración contenida en la resolución, sino solamente su corrección formal⁸⁷².

3.2.2. Régimen disperso de impugnación en sede jurisdiccional

A diferencia del silencio del DL 211 en cuanto a las vías de impugnación administrativas; tratándose de las vías ventiladas en sede jurisdiccional, el Título IV ha sido previsor en su consagración, aunque restrictivo en su procedencia. El legislador se limitó a regular la *acción de revisión especial* ante el TDLC (art. 57 DL 211), establecida exclusivamente para atacar resoluciones denegatorias. La revisión especial procederá sólo en contra de la resolución del Fiscal que prohíbe la operación, y tal resolución únicamente puede ser dictada al término de la Fase II.

El DL 211, entonces, no regula medios de impugnación jurisdiccionales para las resoluciones aprobatorias del Fiscal, sea que fueren dictadas en Fase I o en Fase II. Se toma una decisión legislativa que deposita su confianza en el razonamiento jurídico y técnico que pueda desplegar el Fiscal Nacional Económico en la materia. Con este diseño institucional, las medidas de mitigación, cualquiera sea su naturaleza, entidad o gravedad, no podrán ser revisadas por el TDLC, y menos podrá impugnarse ante dicho Tribunal la resolución que apruebe pura y simplemente la operación. No obstante lo anterior, el DL 211 sí resguarda el interés de los notificantes ya que, si la operación ha sido aprobada sujeta a medidas, sólo podrá tratarse de medidas ofrecidas por ellos mismos, lo que facilita su proposición y, fundamentalmente, su conformidad y acatamiento. La duda está en si este diseño de impugnabilidad ultra restringida resguarda debidamente el derecho de los terceros con interés en la operación. Si bien estos pueden aportar antecedentes a la investigación, tienen vedada la proposición de remedios. ¿Qué sucederá entonces en el caso de que un tercero esté en desacuerdo con las medidas bajo las cuales se aprobó una operación de concentración, o derechamente en desacuerdo con la aprobación pura y simple?

⁸⁷² BERMÚDEZ (2014), p. 228.

Consideramos que la falta de regulación expresa en el DL 211 de un mecanismo de revisión judicial del acto administrativo que autoriza cierto plan de concentración empresarial, abre la puerta a otras alternativas de litigación que entrega el ordenamiento jurídico, y que pueden ser utilizadas por terceros que buscan oponerse a la consumación de la operación en los términos que fue aprobada. Sin intención de extendernos sobre las peculiaridades de cada una, en nuestra opinión las alternativas más próximas a quienes pretendan desafiar una operación aprobada son la acción constitucional de protección, la acción de amparo económico y, eventualmente, la acción declarativa de nulidad de derecho público. Lo problemático de estas vías alternativas es que todas ellas corresponden a contenciosos administrativos que cumplen objetivos distintos y son conocidos por tribunales con competencias y facultades disímiles. Asimismo, las acciones impetradas por terceros en contra de una operación aprobada pueden llevar, aun antes de una sentencia, a la imposición de medidas cautelares que impidan la consumación de la fusión durante el transcurso del juicio (como sería una orden de no innovar en las acciones constitucionales). Las partes de una operación deberán soportar el costo de un juicio que puede llevar a que eventualmente desistan de seguir adelante con su plan de concentración (aun cuando el criterio técnico de la agencia haya sido considerarlo como inocuo o no sustancialmente riesgoso para la competencia).

Con este esquema aumenta la probabilidad de un error tipo I (impedir una operación pro-competitiva) e incrementa ostensiblemente los costos soportados por las partes notificantes. Por supuesto, es posible hallar mecanismos que reprimen la litigación abusiva, temeraria o con fines espurios. La Ley N° 20.619 sanciona como un acto de competencia desleal “[e]l ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente del mercado” (art. 4° letra g). Sobre este ilícito, “la jurisprudencia y la doctrina han señalado que las acciones, para ser abusivas, deben tener una finalidad distinta del fin ordinario que tienen dichas pretensiones, persiguiéndose un fin lesivo a terceros, desviándose su finalidad”⁸⁷³. Asimismo, la interposición abusiva de acciones por un competidor puede considerarse una práctica predadora con el objeto de mantener una posición dominante, en los términos del artículo 3°, letra c), del DL 211⁸⁷⁴. No obstante, para la sanción de estas conductas se requiere, a su vez, incoar un nuevo juicio en que se acredite el carácter abusivo de la interposición de acciones, o la finalidad de asegurar una posición de dominio, según sea el caso.

Creemos que la institucionalidad de control de fusiones es la que debiese ser capaz de procesar el interés de terceros ajenos a la operación, y no sólo durante el desarrollo del

⁸⁷³ AGÜERO (2011), p. 39.

⁸⁷⁴ Un interesante estudio sobre la litigación abusiva como práctica predadora puede encontrarse en CALDERÓN y ORTIZ (2013). En Chile, destacamos a AGÜERO (2011) y MANRÍQUEZ (2011).

procedimiento, sino también y, muy especialmente, en relación a la decisión final que pueden estimar (legítimamente) como contraria a sus intereses. Acotar la intervención de terceros *durante el procedimiento* fue un objetivo declarado de la reforma: se entregó a las partes de la operación la iniciativa exclusiva en la notificación y en la proposición de remedios, mientras que los terceros se limitan a dar su opinión sobre el contenido del expediente, pero no pueden impetrar la notificación ni ofrecer medidas. Esto lo valoramos: era contraproducente que terceros pudieran promover por sí el control preventivo de una operación ajena, y su rol, en lo que respecta al desarrollo de la evaluación misma, no debería exceder de la consulta del expediente y al aporte de antecedentes. Lo complejo es la pretensión de limitar *al máximo* la intervención de terceros, impidiendo que puedan oponerse al acto terminal aprobatorio. Este diseño de impugnabilidad ultra restringida hará que terceros evalúen otras vías para modificar o revertir la resolución que autoriza la fusión. Ello no es menor ya que, además de los costos que naturalmente la litigación irrogará a las partes, se trata de contenciosos con finalidades muy diferentes, radicados en cortes generalistas que no aseguran una deferencia al criterio técnico del órgano que aprobó la operación, sino por el contrario, pueden resolver en virtud de consideraciones o criterios extraños a la libre competencia⁸⁷⁵. En nuestra opinión, el DL 211 bien pudo admitir la revisión especial de operaciones aprobadas, pero con requisitos más calificados para su interposición. Por ejemplo, pudo establecerse que, aquel tercero que impetre la revisión especial deba necesariamente haber intervenido en el procedimiento administrativo, y que sólo sean revisables las resoluciones dictadas al término de la Fase II (donde se supone llegan las operaciones más complejas o que requieren de un examen más profundo dada la magnitud de sus efectos para lo competencia), excluyendo de la revisión especial a las fusiones autorizadas en Fase I (que habitualmente son aprobadas en forma pura y simple, o los riesgos asociados son de menor entidad y fácilmente identificables). Igualmente, pudo establecerse que la revisión especial incoada por un tercero no suspenda automáticamente el perfeccionamiento de la operación, sin perjuicio de que el interesado solicite al TDLC alguna medida cautelar en este sentido. Este diseño habría permitido procesar el interés insatisfecho de terceros y al mismo tiempo radicarlo en un tribunal especializado en materia de libre competencia.

⁸⁷⁵ Durante la tramitación legislativa, el entonces Ministro y Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Señor Tomás Menchaca, advirtió: “[...] que en caso de llevarse todo el proceso ante la FNE, la OCDE recomienda que su resolución final sea reclamable ante el TDLC, lo que es muy importante porque de lo contrario será objeto de distintos recursos (jerárquico, amparo económico, protección, queja, etcétera), muchos de ellos ante órganos no especializados, que harán más compleja la litigación anticompetitiva” (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2016, p. 53) (subrayado incorporado).

3.3. La revisión especial de operaciones de concentración ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

La Ley N° 20.945 pretendió limitar los medios de impugnación jurisdiccionales de los actos terminales del procedimiento de control de fusiones, por lo que sólo consagró una acción de revisión especial para aquellas operaciones prohibidas por la FNE.

3.3.1. Reglamentación

La acción de revisión especial es una vía de impugnación ventilada en sede jurisdiccional, consagrada en el inciso final del artículo 57 del DL 211. Su tramitación se sujeta a lo dispuesto en el artículo 31 bis y la atribución del Tribunal de la Libre Competencia para conocer y fallar de la misma se consagra en el numeral 5) del artículo 18; todas disposiciones del DL 211.

3.3.2. Finalidad de la revisión especial

La acción de revisión especial tiene por objeto obtener la revocación de la resolución administrativa que el Fiscal Nacional Económico dicte al término de la investigación, siempre que dicha resolución sea la de prohibir una operación de concentración por considerarla apta para reducir sustancialmente la competencia.

3.3.3. Presupuestos de la revisión especial

De la consagración normativa de la acción de revisión especial es posible colegir cuatro presupuestos esenciales y copulativos que la hacen procedente:

(a) Que tenga por objeto una resolución del Fiscal Nacional Económico

Lo que se impugna es un acto administrativo de término que deberá observar no sólo lo dispuesto en el DL 211, en cuanto a la oportunidad y fondo de la decisión, sino también a lo que establece supletoriamente la LBPA, en lo que dice relación, por ejemplo, con el deber de motivación o fundamentación de las decisiones administrativas (art. 41 LBPA).

(b) Que se trate de una resolución que prohíba la operación de concentración notificada

Sólo son susceptibles de revisión especial las resoluciones denegatorias del Fiscal Nacional Económico, vale decir, aquellas que prohíban una operación de concentración por estimar que por sí sola, o aun sujeta a las medidas ofrecidas por los notificantes en sede administrativa, es apta para reducir sustancialmente la competencia.

(c) Que la resolución denegatoria se haya dictado dentro del plazo de duración de la segunda fase de investigación

El Fiscal Nacional Económico deberá pronunciar una decisión de fondo sobre la operación antes del vencimiento del plazo de extensión de la investigación (Fase II), pues de lo contrario, la ley suple su voluntad, entendiéndose aprobada la operación bajo las últimas medidas ofrecidas por los notificantes (silencio administrativo positivo).

(d) Que la resolución denegatoria haya sido comunicada a los notificantes en conformidad a la ley

Esto es relevante, ya que el plazo de interposición de la solicitud de revisión especial se contabiliza desde la fecha de comunicación de la resolución denegatoria a los notificantes. Dicha comunicación deberá efectuarse por alguno de los medios que establece el artículo 61 del DL 211, esto es, correo electrónico o mediante la actuación de un funcionario de la FNE designado para tal efecto.

3.3.4. Naturaleza jurídica de la revisión especial

No es poco común que el legislador califique determinadas vías de impugnación como “recursos”, en circunstancias que la institución no se corresponda jurídicamente con tal categoría específica; el caso paradigmático es el de la acción declarativa de revisión de sentencias judiciales firmes que el CPC mal denomina “recurso de revisión”⁸⁷⁶. Pues bien, en la reciente reforma al DL 211 nuevamente se incurre en tal impropiedad del lenguaje con la calificación del procedimiento de revisión especial como “recurso”. El artículo 57 del DL 211, en su inciso final, consagra el instituto en comento preceptuando: “En contra de la resolución del Fiscal Nacional Económico que prohíba una operación, el notificante podrá promover ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dentro del plazo de diez días, contado desde la notificación de la referida resolución, un recurso de revisión especial, que deberá ser fundado” (el destacado es nuestro). Misma expresión utiliza el artículo 31 bis, que detalla las reglas de substanciación del procedimiento de revisión especial, al señalar en su inciso segundo: “Interpuesto el recurso que establece el inciso final del artículo 57 [...].” Esta caracterización pervivió durante la tramitación del proyecto de ley sin mayores reparos. El Mensaje Presidencial lo resumía como “un recurso de revisión especial, el que deberá ser

⁸⁷⁶ La doctrina procesal está conteste en que la revisión de sentencias firmes no corresponde a un recurso procesal, sino una acción declarativa que tiene por objeto impugnar resoluciones jurisdiccionales firmes y ejecutoriadas. En Chile, puede verse MATORANA y MOSQUERA (2010), p.574 y NÚÑEZ OJEDA y PÉREZ-RAGONE (2015), p.477.

fundado y cuyo procedimiento se regula en el nuevo artículo 31 bis propuesto⁸⁷⁷. No obstante, el primer informe de la Corte Suprema a la Cámara de Diputados notó esta inconsistencia conceptual:

“En concordancia con esta nueva regulación de concentraciones es que en el N° 4 del artículo 18 del DL 211 se contempla, entre las facultades y deberes del TDLC, la de substanciar, a solicitud exclusiva del notificador de una operación de concentración, (no le llama recurso) un procedimiento de revisión, cuando éstas hubieren sido prohibidas por el Fiscal Nacional Económico”⁸⁷⁸.

En efecto, la referida disposición, que en definitiva terminó siendo el nuevo numeral 5) del artículo 18, se refiere a este instituto más acertadamente como “procedimiento de revisión especial”⁸⁷⁹. En vista de ello el referido informe de la Corte Suprema concluyó evidenciando

“un nivel de confusión en orden a si el conocimiento y resolución de la impugnación o reclamo deducido contra la resolución prohibitiva de la Fiscalía, constituye un procedimiento especial jurisdiccional por el que se resuelve el conflicto en única instancia, o si, en concordancia con los conceptos de confirmación y revocación, utilizados en el inciso tercero del artículo 31 bis, se le considera propiamente un recurso de apelación”⁸⁸⁰ (subrayado agregado).

A nuestro parecer, la revisión especial *no es un recurso procesal*. Un elemento distintivo del recurso procesal es su objeto, a saber, una resolución judicial, un acto jurídico procesal de decisión emanado de un órgano jurisdiccional⁸⁸¹. La revisión especial consagrada en el artículo 57 del DL 211 no tiene por objeto el impugnar una resolución judicial, sino que una resolución administrativa. En cuanto a la revisión de actos administrativos, hemos distinguido entre aquellas vías substanciadas ante la propia Administración (los recursos de la LBPA) y una variedad de vías impugnatorias jurisdiccionales, substanciadas ante los tribunales de justicia. Teniendo presente esto, entendemos que el dispositivo de revisión especial corresponde jurídicamente a un medio de impugnación consistente en una acción jurisdiccional cuyo objeto es obtener la revocación de una resolución administrativa determinada, a saber, la resolución del Fiscal Nacional Económico que prohíbe una operación de concentración. La revisión especial se incoa como una pretensión de los notificantes afectados por dicha resolución, que se ventilará en un procedimiento declarativo del cual conocerá y fallará un tribunal especial (el TDLC), por regla general en única instancia y sin

⁸⁷⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2016), p. 12.

⁸⁷⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2016), p. 36.

⁸⁷⁹ Señala el artículo 18 del DL 211: “El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: [...] 5) Substanciar, a solicitud exclusiva del notificador de una operación de concentración, el procedimiento de revisión especial de operaciones de concentración, cuando éstas hubieren sido prohibidas por el Fiscal Nacional Económico conforme a lo establecido en el artículo 57” (subrayado agregado).

⁸⁸⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2016), p. 36.

⁸⁸¹ MATORANA y MOSQUERA (2010), p.21; NÚÑEZ OJEDA y PÉREZ-RAGONE (2015), p.23.

ulterior recurso. Excepcionalmente, contra lo resuelto por el TDLC procederá el recurso de reclamación para ante la Corte Suprema⁸⁸².

No compartimos la opinión de calificar a la revisión especial de la resolución administrativa denegatoria del Fiscal como una “especie de apelación”⁸⁸³, por la razón fundamental ya esgrimida: no califica como un recurso procesal (dado que su objeto no es una resolución judicial), sino que opera como una acción jurisdiccional⁸⁸⁴.

3.3.5. Resoluciones susceptibles ser impugnadas por vía de revisión especial

Por medio de la acción de revisión especial sólo podrá impugnarse la resolución del Fiscal Nacional Económico que prohíba una operación de concentración notificada (art. 57 inc. final). Este es un presupuesto esencial de la revisión especial.

La resolución que prohíbe la operación es sólo una de las tres posibles que el Fiscal Nacional Económico puede dictar al término del plazo de extensión de la investigación (Fase II). En este sentido, se limita la clase de decisiones del Fiscal impugnables por vía de revisión especial, estando vedado para el TDLC conocer de las resoluciones del Fiscal que aprueban pura y simplemente una operación, o que la aprueban sujeta al cumplimiento de medidas propuestas por los notificantes.

En la redacción original del proyecto de ley resultaba problemático que la posibilidad de revisar ante el TDLC las decisiones del Fiscal estuviese acotada a las resoluciones denegatorias y se excluyera a las resoluciones aprobatorias, ya que tanto al término de la primera fase como de la segunda fase, el Fiscal Nacional Económico podía unilateralmente imponer las medidas que estimare pertinentes, medidas que podían resultar excesivamente gravosas o irrealizables para el notificante⁸⁸⁵. Pero, en los términos que quedó definitivamente redactada la ley, la situación es muy

⁸⁸² Será la reclamación ante la Corte Suprema el dispositivo que operará propiamente como un recurso procesal, toda vez que tiene por objeto la impugnación de una resolución judicial como es la sentencia definitiva dictada por el TDLC.

⁸⁸³ SEPÚLVEDA, en su memoria de prueba, afirma lo siguiente: “Una interrogante que surge es respecto a la naturaleza jurídica de este ‘recurso de revisión especial’, pudiendo entenderse intuitivamente como una especie de apelación” (SEPÚLVEDA, 2017, p. 51).

⁸⁸⁴ Domingo VALDÉS llegaba a la misma conclusión al conceptualizar la reclamación de la resolución de término de un procedimiento de consulta (entendiendo esta resolución como ejercicio de una potestad administrativa atribuida al TDLC): “lo contemplado en el art. 31 del Decreto Ley 211 no es un recurso de reclamación, sino una acción jurisdiccional de reclamación que se entabla ante la Excmo. Corte Suprema, para la protección de un derecho aparentemente conculado, antes que estar destinado a impugnar resoluciones judiciales. En efecto, en el caso en estudio, el recurso de reclamación no tiene por finalidad impugnar una sentencia judicial antimonopólica sino que un acto administrativo denominado ‘resolución’, emanado del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia” (VALDÉS, 2006, p. 638) (subrayado agregado).

⁸⁸⁵ Esta cuestión fue prontamente puesta de manifiesto por la Corte Suprema durante la tramitación de la Ley N° 20.945, en su primer oficio a la Cámara de Diputados: “[...] parecería también atendible permitir el uso del denominado recurso especial de revisión además para el evento de haber aprobado la Fiscalía Nacional Económica la fusión pero con condiciones que el interesado puede considerar inadecuadas, exageradas y/o imposibles de cumplir, lo que evidentemente

distinta, ya que el notificador es el único autorizado para proponer medidas de mitigación. De esta forma, se disciplina el actuar tanto del notificador como del Fiscal, ya que si el primero se margina del procedimiento y no propone medidas, el segundo se verá motivado a prohibir derechamente la operación. Por el contrario, si el notificador propone medidas éstas podrán ser consensuadas e incluso mejoradas; y, si aun así el Fiscal prohíbe la operación, desatendiendo las últimas medidas propuestas, subsiste para el notificador el derecho de iniciar un procedimiento la revisión especial⁸⁸⁶.

3.3.6. Legitimación activa y pasiva

(a) Legitimación activa

Sólo los notificantes de la operación prohibida están legitimados activamente para incoar la acción de revisión especial. Por ende, carecen de legitimación activa los terceros (interesados o no en la operación notificada), hayan éstos aportado antecedentes o no en el curso de la investigación, sea que lo hayan hecho en la primera o en la segunda fase. Tampoco están legitimados para deducir esta acción las “autoridades directamente concernidas en la operación”, en palabras del artículo 55, a quienes el Fiscal les hubiere comunicado la resolución que extiende la investigación, sea que hayan aportado o no antecedentes en la segunda fase.

(b) Legitimación pasiva

La acción de revisión especial deberá dirigirse siempre contra el Fiscal Nacional Económico, quien es el jefe de servicio de la FNE, y quien estará legalmente autorizado para pronunciar la resolución que prohíbe la operación de conformidad a lo dispuesto en letra c) del artículo 57 del DL 211.

3.3.7. Tribunal competente

Como ya se ha señalado, el TDLC será el llamado a conocer y pronunciarse, en sentencia definitiva, sobre la solicitud de revisión especial del afectado. La competencia del Tribunal para conocer esta acción se consagra en el numeral 5) del artículo 18 del DL 211 al establecer expresamente que: “El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: [...] 5) Substanciar, a solicitud exclusiva del notificador de una operación de concentración, el procedimiento de revisión especial de operaciones de concentración, cuando éstas

puede causar un agravio necesario de reparar por un tribunal especializado, lo que resultaría útil también para disuadir de utilizar otras vías de impugnación, como el recurso de protección” (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2016, p. 36).

⁸⁸⁶ Lo problemático es el interés insatisfecho de terceros, cuestión que abordamos *supra*, en la sección 3.2.2.

hubieren sido prohibidas por el Fiscal Nacional Económico conforme a lo establecido en el artículo 57⁸⁸⁷.

3.3.8. Plazo de interposición

La solicitud de revisión especial deberá interponerse dentro del plazo de 10 días contados desde la comunicación al notificante de la resolución del Fiscal Nacional Económico que prohíbe la operación de concentración. Por tratarse de un plazo de días previsto en el Título IV del DL 211, conforme previene de manera literal el artículo 59 sólo comprende “días hábiles”, entendiéndose por tales los que “no sean sábados, domingos o festivos”. La comunicación al notificante de la resolución que prohíba la operación deberá practicarse por correo electrónico o mediante funcionario de la FNE designado, según dispone el artículo 61 del DL 211.

3.3.9. Requisitos de la presentación del afectado

El DL 211 no prevé exigencia formal alguna para efectos de la interposición de la solicitud de revisión especial. No obstante, la presentación destinada a tal efecto es una actuación judicial de parte que debe cumplir con las formalidades propias de todo escrito, señaladas en Libro Primero del CPC sobre “Disposiciones Comunes a Todo Procedimiento”. En especial, deberá observar lo dispuesto en los artículos 30 y 31 del CPC, y cumplir las reglas de constitución de patrocinio y poder⁸⁸⁷. Asimismo, el incorporado numeral 6) del artículo 18 del DL 211 reconoce expresamente al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la atribución de dictar autos acordados, por lo que a futuro podrá regular en detalle aspectos formales de las presentaciones que por vía de revisión especial sean sometidas a su conocimiento.

En cuanto a requisitos de fondo el inciso final del artículo 57 del DL 211 señala escuetamente que el escrito en que se solicita la revisión especial “deberá ser fundado”. No se establecen causales calificadas que motiven la revocación de la resolución del Fiscal, sino la causal genérica que se deduce del mismo artículo 57, esto es, que la operación debe ser aprobada toda vez que no reduce sustancialmente la competencia.

3.3.10. Substanciación del procedimiento de revisión especial

El artículo 31 bis del DL 211 regula la tramitación del procedimiento de revisión especial. Se introduce un proceso concebido, *grosso modo*, como un juicio declarativo de cognición sumaria, de discusión concentrada y oral en una sola audiencia.

⁸⁸⁷ Las reglas del Código de Procedimiento Civil sobre constitución de patrocinio y poder son complementadas por la Ley N° 18.120.

Llama la atención que el legislador no haya contemplado un examen de admisibilidad de las solicitudes, lo que es relevante por cuanto hay resoluciones del Fiscal Nacional Económico que no pueden ser objeto de revisión especial (las resoluciones aprobatorias). También un control de admisibilidad pudo haber servido como filtro de presentaciones extemporáneas o formuladas por sujetos que no sean legitimados activos.

Conforme dispone el artículo 31 bis, teniéndose por presentada la solicitud, el Tribunal primeramente deberá ordenar al Fiscal Nacional Económico la remisión del expediente completo de investigación de la operación de concentración prohibida. Acto seguido, el Tribunal deberá citar a una audiencia pública que deberá efectuarse dentro del plazo de 60 días contado desde la recepción por el Tribunal del expediente remitido por la FNE. En la audiencia se efectuarán los descargos de las partes y demás intervenientes. A la audiencia deben comparecer tanto el Fiscal Nacional Económico (quien podrá delegar esta función a otros fiscales, conforme dispone el artículo 40 del DL 211), así como el solicitante de la revisión especial (que será el notificador de la operación prohibida). A más de ellos, podrán comparecer los terceros interesados en la operación y otras autoridades directamente concernidas, siempre que hayan intervenido en la investigación en sede administrativa; se excluye entonces a los terceros que, aun teniendo interés en la operación, no hubieren aportado antecedentes en el proceso de evaluación ventilado ante al FNE, en los plazos y forma que prescribe el Título IV.

No existe un plazo expreso para que aquellos terceros legalmente autorizados soliciten al Tribunal ser oídos en la audiencia de descargos, por lo que podrán formular tal solicitud por escrito en cualquier momento antes de la audiencia, o verbalmente al inicio de la misma.

Realizados los descargos de todos los intervenientes, se pondrá término a la audiencia. El Tribunal deberá fallar sobre la base de los antecedentes que consten en el expediente de investigación que tenga a la vista, las exposiciones de los intervenientes en la audiencia pública y los demás “antecedentes” que el propio Tribunal requiera a partir de gestiones decretadas de oficio por éste, o que le sean aportados por los intervenientes. El Tribunal podrá recabar nuevos antecedentes de oficio (art. 31 bis inc. 3º), facultad inquisitiva que no es novedosa en nuestra regulación, ya que en la tramitación del procedimiento no contencioso el Tribunal, de oficio o a petición del interesado, puede recabar y recibir los antecedentes que estime pertinentes (art. 30 N°5 DL 211).

Además del contenido del expediente de investigación y de las alegaciones formuladas en la audiencia pública, los intervenientes (notificantes, FNE y terceros autorizados a intervenir en sede

judicial) podrán aportar nuevos antecedentes al proceso, los que podrán consistir en nueva información sobre la operación, propuestas de medidas de mitigación o solicitudes de diligencias probatorias. En cuanto a la oportunidad para efectuar tales peticiones, de lo dispuesto en el artículo 31 bis se deduce que, al término de la audiencia, el Tribunal deberá contar con todos los antecedentes necesarios para dictar sentencia, por tanto, los intervenientes sólo podrán realizar presentaciones escritas al TDLC hasta antes de la fecha de realización de la audiencia respectiva.

En base a todos estos antecedentes se dictará sentencia definitiva⁸⁸⁸. El TDLC tendrá un plazo de 60 días contados la realización de la audiencia para redactar y pronunciar su sentencia definitiva. El artículo 31 bis señala claramente que la sentencia deberá ser “dictada” dentro del plazo antes referido, por lo que el Tribunal no está en la obligación de pronunciar un fallo inmediatamente al término de la audiencia⁸⁸⁹.

El artículo 31 bis del DL 211 no establece la forma en que se efectuarán las notificaciones de las resoluciones judiciales dictadas por el TDLC en el contexto de la revisión especial. Por su parte, el artículo 61 del DL 211 no es aplicable al caso, ya que sólo se refiere a las comunicaciones sostenidas entre el Fiscal Nacional Económico y los intervenientes durante el proceso de evaluación en sede administrativa. Así, no cabe otra conclusión que la notificación de la sentencia definitiva, así como de las demás resoluciones dictadas en el proceso de revisión especial, deberá efectuarse personalmente en conformidad a lo dispuesto en el artículo 40 del CPC, norma integrante del Libro Primero sobre Disposiciones Comunes a Todo Procedimiento.

3.3.11. La sentencia definitiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

3.3.11.1. Alcance de la potestad revisora del Tribunal

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia conocerá de la solicitud de revisión especial en ejercicio de una potestad legal expresamente reconocida (arts. 18 N° 5), 31 bis y 57 del DL 211). El DL 211 señala que: “[...] el Tribunal dictará una sentencia confirmando o revocando la resolución recurrida” (art. 31 bis inc. 3º). El legislador no utiliza estos conceptos de manera estricta,

⁸⁸⁸ La resolución que dicta el TDLC es una sentencia definitiva en los términos del artículo 158 del CPC, ya que pone fin a la instancia (única, en la generalidad de los casos), resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio, esto es, la solicitud de revocación de la resolución del Fiscal Nacional Económico que prohíbe la operación de concentración notificada. En tanto sentencia definitiva, deberá cumplir con los requisitos comunes de toda resolución judicial y los específicos de la sentencia definitiva señalados en el artículo 170 del CPC.

⁸⁸⁹ Esto fue puesto de manifiesto en la discusión legislativa: “Sobre el particular, la Mesa Técnica asesora propuso a la Comisión precisar que el Tribunal tendrá 60 días para fallar este procedimiento [...] se creyó conveniente otorgar plazos más amplios al TDLC, atendido que se espera que solo un número muy reducido de casos, de los más complejos, lleguen a esta sede. Por ello, tales casos necesitan ser examinados detenidamente, a la vez que se espera que ellos den origen a lineamientos jurisprudenciales relevantes” (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2016, p. 581).

sino en un sentido lato⁸⁹⁰, entendiéndose *confirmación* como aquella decisión por la cual se reafirma la resolución impugnada, manteniéndose íntegramente lo establecido en ella, y *revocación* como la decisión por la cual se deja sin efecto en todo o parte la resolución impugnada, procediendo el órgano revisor a dictar una nueva resolución que la sustituye⁸⁹¹. El TDLC, al confirmar la decisión de Fiscal Nacional Económico, hace suyos el razonamiento técnico y el proceder de la agencia manteniendo la resolución de prohibición; por el contrario, al revocar la decisión denegatoria, el Tribunal desautoriza en todo o en parte el actuar, la fundamentación o las conclusiones efectuadas por la agencia, dictando en su lugar una decisión aprobatoria.

El TDLC interviene, en este sentido, como el órgano revisor del razonamiento técnico del decisor primario, cual es el Fiscal Nacional Económico. El mayor o menor alcance del examen realizado por el órgano revisor dice relación con el *estándar o grado de revisión*, esto es, “el ámbito de posibilidad que el ordenamiento jurídico le entrega al revisor para desplegar sus capacidades”⁸⁹². Así, el grado de revisión es *amplio* cuando el revisor conoce de cuestiones de hecho y de derecho, pudiendo tomar parte en aspectos económicos o técnicos y desafiar incluso las premisas del decisor primario. En cambio, bajo un grado de revisión *restringido*, el revisor se preocupa de la forma en

⁸⁹⁰ La expresión “revocar” (del latín “*revocare*”) está empleada en su sentido más próximo a su uso general, esto es, “dejar sin efecto una concesión, un mandato o una resolución” (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 2017). No obstante, se trata de un concepto polisémico en la ciencia jurídica. En derecho civil, la revocación es una *forma de ineficacia de los actos jurídicos* en tanto “declaración de voluntad unilateral, que consiste en la retractación de un precedente acto jurídico, incluso bilateral, consentida por la ley al autor de dicha retractación. Hay actos que por su naturaleza son esencialmente revocables, como el testamento. Y no sólo los actos unilaterales pueden revocarse; también pueden serlo algunos bilaterales, contratos, como el mandato, al que puede poner término la revocación del mandante” (ALESSANDRI, SOMARRIVA Y VODANOVIC, 1998, p.351). En el derecho administrativo, la revocación es una *forma de extinción de los actos administrativos* que se caracteriza por su unilateralidad, recayendo su ejercicio en el mismo órgano que pronunció el acto revocado, fundado en razones de oportunidad (CORDERO VEGA, 2015, p.314); así, la revocación “[c]onsiste en la extinción anormal de un acto administrativo producto de la dictación de un acto de contrario imperio por parte de la propia Administración Pública que dio lugar al acto original, por razones de mérito, oportunidad o conveniencia (BERMÚDEZ, 2014, p. 172). Este no es el sentido empleado por el legislador en el DL 211, toda vez que, si bien el acto impugnado es un acto administrativo (la resolución denegatoria de la operación), el órgano a quien se atribuye la potestad de revocación es un órgano jurisdiccional (el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia) de naturaleza jurídica radicalmente distinta al órgano que dictó el acto (el Fiscal Nacional Económico). Por último, en derecho procesal se emplea la expresión “revocación” a propósito de los *recursos procesales de enmienda*: “Los recursos de enmienda son aquellos que persiguen la revocación o la modificación de la resolución impugnada en la parte que causa perjuicio o agravio al recurrente. Existirá una revocación de la resolución cuando para enmendar el agravio es necesario dejar sin efecto la totalidad de la resolución, y en cambio, sólo se modificará la resolución cuando para enmendar el agravio sea necesario alterar sólo una parte de la resolución impugnada” (MATURANA y MOSQUERA, 2010, p. 47). Como señalamos, la revisión especial del DL 211 no participa de la categoría de los recursos procesales (cuyo objeto será siempre una resolución o sentencia judicial que no esté firme), sino que es formalmente una vía destinada a impugnar determinado acto administrativo, del que conocerá y fallará la autoridad jurisdiccional. Hemos notado, sin embargo, que el legislador califica este medio de impugnación –erróneamente– como un “recurso”, y probablemente *en consideración de esta última noción procesal de revocación* (dejar sin efecto en su totalidad una resolución judicial) se consagró en la revisión especial. Es por ello que, no obstante la falta de rigor conceptual evidenciado, es que concluimos que la expresión “revocar” de que se vale el DL 211 en este contexto debe interpretarse en un *sentido lato* (dejar sin efecto una resolución, administrativa en este caso) y no en el *sentido estricto y técnico* que se le asigna en las distintas disciplinas aquí mencionadas.

⁸⁹¹ Conforme al artículo 31 bis, inc. 4º, del DL 211: “En el caso que la sentencia revoque la resolución recurrida, el Tribunal, en la misma sentencia, podrá aprobar la operación de concentración en forma pura y simple o sujeta a las últimas medidas ofrecidas por el notificante”.

⁸⁹² TAPIA Y CORDERO (2015), p. 35.

que la decisión ha sido adoptada; es decir, no del resultado, sino de si el correcto procedimiento ha sido seguido; en tal caso, la revisión se limita sólo al derecho y a la legalidad de la decisión.

Estamos, en este caso, frente una potestad de revisión *amplia*. El artículo 57, en su letra c), del DL 211 dispone, sin mayores disquisiciones, que se decretará la prohibición de la operación cuando el Fiscal “concluya que la misma cuenta con aptitud para reducir sustancialmente la competencia”. Lo que se impugnará ante el TDLC será la decisión denegatoria del Fiscal, la que puede atribuirse indistintamente a razones de hecho (lo que llamaríamos *mérito* de la decisión) como razones de derecho (*legalidad* de la decisión).

La agencia puede haber llegado a la determinación de que la operación debe ser prohibida por una incompleta o equívoca evaluación de los antecedentes aportados, o por una calificación jurídica errada de los antecedentes de manera que no es posible afirmar que la operación disminuya sustancialmente la competencia (por ejemplo, la valoración de las eficiencias alegadas o de los riesgos que se le atribuyen a la operación). También la agencia pudo haber llegado a la conclusión de que la operación reducirá sustancialmente la competencia por una infracción de las ritualidades establecidas en la ley, como por ejemplo, que el Fiscal hubiere resuelto sin pronunciarse sobre las medidas de mitigación ofrecidas cuando éstas fueron presentadas dentro de los plazos de evaluación, o que el Fiscal hubiere decretado la prohibición fuera del plazo legal de investigación, en circunstancias que la operación debía entenderse aprobada por aplicación del silencio administrativo. La amplitud de la potestad revisora del Tribunal se ve reafirmada, asimismo, cuando el DL 211 lo autoriza expresamente, para el caso de revocar la resolución del Fiscal, a aprobar la operación y sujetarla incluso a medidas “distintas” a las ofrecidas por los notificantes en el procedimiento administrativo; es decir, el Tribunal ya no sólo está habilitado para revisar el proceder o razonabilidad de la decisión del Fiscal, sino que también puede suplir el déficit de las propuestas de los mismos notificantes (que pudieron ser insuficientes para mitigar los riesgos), decretando en su sentencia medidas de su propia factura⁸⁹³.

Cuando se confieren amplios márgenes de apreciación y valoración técnica a órganos de la Administración, como sucede con la FNE en esta materia, y al mismo tiempo se entrega la revisión de la decisión a un órgano jurisdiccional especializado, como es por antonomasia el TDLC, la propia experticia del tribunal le permite examinar tanto el aspecto fáctico como el jurídico “[e]l estándar, en este caso, debiera ser compatible con dichas capacidades [es decir, amplio]. Si es

⁸⁹³ Siendo esta última facultad del Tribunal – la de decretar unilateralmente medidas distintas e inéditas a las ofrecidas en sede administrativa – la manifestación más intensa de su potestad de revisión, el legislador la sujeta al control judicial de la Corte Suprema por la vía de admitir – y sólo en este supuesto – el recurso de reclamación en contra de la sentencia definitiva del TDLC.

restringido, en cambio, no parece que hubiere existido razón alguna para crear un organismo de tal naturaleza en primer lugar, pues se perderían los beneficios de la especialización técnica”⁸⁹⁴. Por eso nos parece aceptable atribuir una potestad de revisión amplia al TDLC para controlar la decisión más gravosa que puede dictar la FNE al investigar una operación de concentración, como es la prohibición de llevarla a cabo.

Con todo, como el examen que está llamado a efectuar el Tribunal (revisor especializado), respecto de la resolución del Fiscal, se sitúa en el grado más amplio de revisión, se generará indefectiblemente un *trade-off* entre mayor discrecionalidad de la agencia y menor deferencia del tribunal. La posición deferente o activista que pueda adoptar el TDLC en su nueva faceta de control de la decisión de la FNE tendrá incidencias en el desenvolvimiento de la agencia y la apreciación que esta tenga de sí misma en cuanto a la necesidad y relevancia de su labor, e incluso en la visión de los administrados:

“El peligro central de la especialización técnica, entonces, radica en la posibilidad de que la Administración se transforme en un mero ‘compilador de hechos’; en una instancia formal que sólo es considerada —en el extremo— como un paso previo necesario para arribar al revisor, que pasa a ser el verdadero decisor de la cuestión sometida a su conocimiento”⁸⁹⁵

Los agentes económicos seguirán atentos el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal, ya que si en esta instancia se revierten de manera recurrente las decisiones de la FNE, podrían verse disuadidos de conductas colaborativas con la agencia en la etapa administrativa (por ejemplo, no ofreciendo medidas de mitigación aun cuando por ello se llegue a prohibir la operación), esperando a promover la intervención judicial del revisor que es vista como la verdadera autoridad decisoria⁸⁹⁶.

3.3.11.2. Efectos de la sentencia definitiva del Tribunal

La sentencia definitiva que pronuncie el TDLC al fallar la solicitud de revisión especial de la resolución del Fiscal Nacional Económico podrá ser de dos clases: **(a)** confirmatoria o **(b)** revocatoria.

(a) Sentencia confirmatoria

⁸⁹⁴ TAPIA Y CORDERO (2015), p. 39.

⁸⁹⁵ TAPIA Y CORDERO (2015), p. 43.

⁸⁹⁶ A la fecha de redacción de esta obra se ha promovido solamente una solicitud de revisión especial, deducida en contra de la resolución del Fiscal Nacional Económico, de 10 de mayo de 2018, que prohibió la operación de concentración consistente en la adquisición por Ideal S.A. del 100% de las acciones de Alimentos Nutrabien S.A., actualmente tramitada ante el TDLC en causa Rol RRE-1-2018 y sin sentencia definitiva aun a su respecto.

En caso de que la sentencia del Tribunal confirme la decisión del Fiscal de prohibir la operación, no procederá ulterior recurso (salvo el recurso de queja, según se verá).

Certificada la ejecutoriedad de la misma cuando corresponda, de acuerdo al artículo 174 del CPC, se entenderá firme para todos los efectos legales, y los agentes económicos involucrados tendrán vedado perfeccionar la operación a todo evento.

(b) Sentencia revocatoria

En el caso que la sentencia deje sin efecto la resolución denegatoria del Fiscal, el Tribunal acto seguido y en la misma sentencia deberá decidir entre aprobar la operación de concentración en forma pura y simple, o aprobarla sujeta a ciertas medidas de mitigación de sus riesgos. En este último supuesto, el Tribunal podrá someter la operación a las últimas medidas ofrecidas por el notificante en el procedimiento administrativo precedente, o bien, podrá aprobar la operación sujeta al cumplimiento a otras medidas que considere adecuadas y suficientes (art. 31 bis inc. 4º).

La ley hace entonces una distinción especial para el caso de la sentencia que revoque la resolución denegatoria del Fiscal Nacional Económico, de suerte que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia podrá:

- Aprobar la operación de concentración *en forma pura y simple*;
- Aprobar la operación de concentración sujeta a las *últimas medidas ofrecidas por el notificante* en el procedimiento administrativo; o
- Aprobar la operación bajo la condición de que se dé cumplimiento a *otras medidas que considere adecuadas y suficientes*.

De la simple lectura del expediente de investigación será posible para el Tribunal identificar cuáles fueron las “últimas medidas” ofrecidas por el notificante (y que posteriormente fueron desechadas por el Fiscal al prohibir la operación), puesto que el artículo 53 exige que todas las medidas que proponga el notificante se hagan “por escrito”, dejándose constancia de ello en el expediente de investigación. Además, el Tribunal, previo a la audiencia, ordenará al Fiscal que le remita dicho expediente.

Aclaremos que la distinción entre la sentencia que aprueba la operación sujetándola al cumplimiento de medidas de su propia creación, y la sentencia que aprueba la operación imponiendo las medidas propuestas por última vez por el notificante no es relevante para la

adopción de la decisión misma del Tribunal, quien tiene potestad amplia para decretar todo remedio que considera adecuado y pertinente para el fin buscado, cual es mitigar los riesgos que se deriven para la competencia. Más bien, la distinción tiene importancia sólo para determinar la procedencia de recursos en contra de la sentencia, según se verá a continuación.

3.3.12. Recursos procesales en contra de la sentencia definitiva del TDLC

El inciso final de artículo 31 bis establece que: “[e]n contra de la sentencia que pronuncie el Tribunal en virtud de lo establecido en este artículo no procederá recurso alguno, a menos que aquella hubiere condicionado la aprobación de la operación al cumplimiento de medidas distintas de las contempladas en la última propuesta realizada por las partes de conformidad a lo establecido en el inciso tercero del artículo 53. En este último caso, tanto las partes como el Fiscal Nacional Económico podrán deducir el recurso de reclamación a que se refiere el artículo 27”. Veamos, entonces, cómo se configura el estatuto de impugnación de la sentencia definitiva del TDLC:

(a) Por regla general, será irrecurrible

En contra de la sentencia definitiva del Tribunal, sea que confirme o revoque la resolución del Fiscal Nacional Económico, *en general, no será procedente recurso alguno*. Una vez notificada la sentencia personalmente a las partes, y certificada la ejecutoriedad de la misma, el proceso de evaluación acerca del potencial anticompetitivo de la operación se entiende terminado, y definitivamente aprobado o prohibido el proyecto de concentración notificado. Asimismo, se entiende alzado el efecto suspensivo que, de acuerdo al artículo 49, pesa sobre la operación desde el acto de notificación hasta que se encuentre firme la “sentencia que ponga término definitivo al procedimiento correspondiente”, esta es, la sentencia definitiva del TDLC que falla la solicitud de revisión especial.

Si se confirmó la resolución denegatoria, se producirá el alzamiento del efecto suspensivo, pero subsistirá la prohibición de perfeccionar la operación sobre las partes por disposición de una decisión jurisdiccional firme. Si se revoca la resolución denegatoria, y en su lugar el TDLC decide aprobar la operación, una vez certificada la ejecutoriedad de la sentencia se alza el efecto suspensivo y las partes podrán perfeccionar legítimamente la operación.

(b) Recurso de reclamación

La sentencia del Tribunal no podrá ser objeto de recurso, salvo que ésta hubiere condicionado la aprobación de la operación al cumplimiento de medidas “distintas” de las contempladas en la última propuesta de los notificantes ante la FNE. En ese caso, el DL 211

concede tanto a los notificantes como al Fiscal Nacional Económico el derecho de deducir, para ante la Corte Suprema, el recurso de reclamación a que se refiere el artículo 27.

De suerte que la Corte Suprema podrá conocer del recurso de reclamación en hipótesis muy calificadas, a saber:

- Cuando la sentencia del TDLC revoque la resolución del Fiscal Nacional Económico, y en su lugar apruebe la operación sujeta a medidas que estime convenientes, distintas a las ofrecidas por última vez por el notificante en el procedimiento administrativo (hipótesis expresamente prevista en la norma); o
- Cuando la sentencia del TDLC revoque la resolución del Fiscal, y en seguida apruebe la operación sujeta a medidas propuestas por el notificante, pero no aquellas ofrecidas por última vez, o apruebe la operación sujeta en parte a las últimas medidas ofrecidas por el notificante en el procedimiento administrativo, y en parte a medidas que el propio Tribunal estime como adecuadas (hipótesis implícitamente previstas en la norma).

Por el contrario, será improcedente el recurso de reclamación:

- Cuando la sentencia del TDLC confirme la resolución del Fiscal, caso en que se mantiene la prohibición de perfeccionar la operación;
- Cuando la sentencia del TDLC revoque la resolución del Fiscal y apruebe la operación en forma pura y simple; o
- Cuando la sentencia del TDLC revoque la resolución del Fiscal y apruebe la operación sujeta a las mismas medidas que propuso por última vez el notificante en el procedimiento administrativo.

El inciso final del artículo 31 bis reconoce como sujetos legitimados para interponer el recurso de reclamación contra la sentencia del TDLC tanto a los notificantes (“las partes” de la operación) como al Fiscal Nacional Económico. Aquí surge una diferencia en comparación a la revisión especial que, como señalamos, reconoce como único legitimado activo a los notificantes. Pues bien, tratándose de la reclamación, se justifica que los notificantes puedan reclamar de la sentencia definitiva del Tribunal ya que, si bien se revocó la resolución que prohibía la operación, el Tribunal decidió aprobarla sujeta a otras medidas, que estimó como adecuadas y suficientes. Vale decir, las medidas que los notificantes propusieron fueron desechadas *dos veces*: primero por el

Fiscal Nacional Económico al evaluar su operación, y una segunda vez por el Tribunal al optar éste por medidas distintas.

Pero es razonable también que el Fiscal pueda deducir reclamación, ya que el Tribunal ha aprobado la operación, revocando la resolución que aquél había tomado. Esto quiere decir que el Tribunal ha desautorizado el juicio técnico que efectuó el Fiscal en el respectivo procedimiento de evaluación y que lo llevó en su momento a prohibir la operación. En este caso, la reclamación ante la Corte Suprema es la vía que tiene el Fiscal para revertir la decisión del TDLC y obtener la prohibición definitiva de la operación, o en su defecto, impugnar las medidas impuestas. El Fiscal también puede tener interés en impugnar las medidas que el Tribunal consideró como “última propuesta” del notificador, cuando a su juicio no lo sean. Lo anterior podría darse cuando las medidas decretadas no sean de la última propuesta del notificador, sino de una propuesta anterior a la última, o bien se trata de medidas solamente sugeridas por el Fiscal o por terceros en el curso de la investigación y que no fueron atendidas por el notificador. Este caso debe entenderse igualmente como “medidas distintas a las contempladas en la última propuesta” del notificador. Asimismo podrán tener interés tanto el Fiscal como los notificantes en deducir el recurso de reclamación en el evento que el TDLC recoja sólo *algunas* de las medidas de la última propuesta del notificador e imponga, además, *otras* medidas que el mismo Tribunal considere adecuadas. En lo que respecta a estas medidas adicionales a las del notificador, que fueron decretadas de oficio por el Tribunal, se entiende que las partes de la operación y el Fiscal están legitimados para recurrir de reclamación.

El recurso de reclamación es concebido como la vía para controlar la potestad revisora amplia del TDLC, en vista de que está habilitado para aprobar o prohibir la operación, así como para decretar todas aquellas medidas de mitigación que a su juicio son adecuadas. La posibilidad de reclamación ante la Corte Suprema no estaba contemplada en el proyecto de ley original, y fue incorporada como indicación durante su tramitación. Originalmente, en contra de la sentencia del TDLC que fallaba la revisión especial no procedía recurso alguno⁸⁹⁷.

Por remisión del artículo 31 bis, la substanciación del recurso de reclamación se someterá a lo previsto en el artículo 27. Así, concordando ambas disposiciones, el recurso deberá ser interpuesto dentro del plazo de 10 días hábiles (excluye feriados), contados desde la notificación de la sentencia definitiva del TDLC que resuelve la solicitud de revisión especial. Este plazo se

⁸⁹⁷ El Fiscal Nacional Económico Señor Felipe Irarrázabal, durante la discusión legislativa y comentando el cambio introducido, puso de manifiesto que la reclamación ante la Corte Suprema era una forma de controlar la amplitud revisora del Tribunal: “El TDLC sí podrá sujetar la operación de concentración a la observancia de medidas que él mismo determine, pero en tal caso los notificantes o la fiscalía podrán recurrir de reclamación ante la Corte Suprema. A eso apuntan las modificaciones introducidas por la indicación en comento” (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2016, p. 90) (subrayado agregado).

ampliará con el aumento que corresponda al lugar en que tenga su domicilio el afectado, si éste fuere distinto al de la sede del Tribunal, de conformidad con la tabla de emplazamiento del artículo 259 del CPC⁸⁹⁸.

De acuerdo al artículo 27 del DL 211, para seguir el recurso interpuesto no será necesaria la comparecencia de las partes. En la práctica, si bien la ley les exime de la carga de hacerse parte, los intervenientes siempre pueden solicitar alegatos, así como también podrán realizar presentaciones escritas hasta antes de la vista del recurso. El recurso se conocerá con preferencia a otros asuntos, y no procederá la suspensión de la vista de la causa por el motivo establecido en el N°5º del artículo 165 del CPC (“[p]or solicitarlo alguna de las partes o pedirlo de común acuerdo los procuradores o los abogados de ellas”).

El artículo 27, finalmente, establece que la interposición del recurso no suspenderá el cumplimiento del fallo, no obstante que, a petición de parte y en resolución fundada, la sala de la Corte Suprema que conozca de la reclamación podrá suspender los efectos de la sentencia recurrida, total o parcialmente. Si bien esta disposición puede llevar a entender que la operación, al ser aprobada por el TDLC, tiene permitido perfeccionarse y sólo podrá impedirse su cumplimiento por resolución fundada de la Corte; debe atenderse a lo que dispone *especialmente* el DL 211 en relación al *efecto suspensivo*: de acuerdo al artículo 49, toda operación notificada se entiende suspendida “desde el acto de su notificación hasta que se encuentre firme la resolución o sentencia que ponga término definitivo al procedimiento correspondiente”, donde la expresión “sentencia” está precisamente pensada para el supuesto en que fuere procedente la revisión especial. Concordando todas estas disposiciones, concluimos que aun cuando exista una sentencia del TDLC que apruebe la operación, subsiste el efecto suspensivo sobre ésta, y las partes tienen vedado materializar su operación; en otras palabras, la sentencia del TDLC no se podrá cumplir pese a ser favorable a la operación y haberla autorizado, ya que no se encuentra firme.

En último término, nos parece pertinente poner de relieve otra consecuencia de que el legislador haya empleado la técnica de remisión al recurso de reclamación. Ello porque no puede despreciarse la interpretación que la Corte Suprema ha efectuado al conocer de recursos de reclamación, en relación al alcance de su propia potestad revisora sobre las decisiones del TDLC. Como ha notado la doctrina, el máximo tribunal ha adoptado una auto-comprensión bastante amplia

⁸⁹⁸ No es procedente dar aplicación al artículo 59 del DL 211 previsto para el procedimiento de control de concentraciones, que si bien tiene una regla para los plazos de días (que considera días hábiles los que no sean sábado, domingo o festivo), el artículo 59 sólo se aplica a los plazos de días establecidos en el Título IV del DL 211, mientras que el plazo de interposición de la reclamación está señalado en el artículo 27, norma que no integra el Título IV, sino el Título II del DL 211.

de su rol y la extensión del control a realizar, que le permite entrar a conocer de las resoluciones recurridas tanto en la cuestión de mérito como de legalidad⁸⁹⁹. Si bien el legislador, con ocasión de esta reforma, ha previsto la acción de revisión especial como excepcional (sólo si se prohíbe la operación por el Fiscal) y a su vez ha pretendido acotar al máximo la posibilidad de recurrir ante la Corte Suprema, en ambos casos, una vez promovida su intervención en los calificados supuestos de procedencia, tanto el TDLC como el máximo tribunal disponen de una potestad revisora amplia sobre lo resuelto por el decisor precedente. Lo anterior también debe llamar a la reflexión en el sentido de que tal como se producirá un *trade off* entre mayor discrecionalidad del decisor primario y menor deferencia del revisor en la relación FNE/TDLC, también aparece un *trade off* en la relación TDLC/Corte Suprema que, a diferencia del caso anterior, está determinada por el carácter especialista del TDLC y el carácter generalista de la Corte Suprema. Se espera que esta relación propendiese hacia la deferencia de la Corte frente a lo resuelto por el TDLC, sin embargo, en la práctica el recurso de reclamación

“ha funcionado casi como una verdadera apelación, en los términos más amplios posibles, permitiendo la revisión de aspectos vinculados al derecho, los hechos e incluso la política [...] De este modo, producto de un cuestionable diseño del sistema de recursos que no toma en cuenta las características del revisor, impera en el análisis una ausencia de deferencia que [...] bordea la interferencia”⁹⁰⁰.

Nuevamente, será interesante ver el desempeño de este recurso en el contexto del nuevo régimen de control de fusiones, siendo incierto si la Corte Suprema reproducirá esta interpretación amplia de su potestad revisora, o guardará cierta deferencia a lo resuelto por el TDLC.

Queremos destacar que, antes de esta reforma, autores habían recomendado que, de optarse por un modelo de agencia integrada en la FNE, debía concederse alguna forma de revisión judicial ante el TDLC, y esa revisión debía ser amplia o de plena jurisdicción (parecer que sí fue recogido por el legislador). Pero también planteaban que, frente a esta revisión judicial amplia del TDLC, debía restringirse la posibilidad de recurrir luego ante la Corte Suprema o incluso, prescindir de su intervención derechamente (recomendación que el legislador no atendió)⁹⁰¹.

⁸⁹⁹ Véase HUDSON (2014), pp. 183 y ss.; TAPIA y CORDERO (2015), pp. 54-57; FUCHS (2017), pp. 587 y ss. En una sentencia recurrentemente citada, la Corte Suprema sostuvo: “[...] no se advierte la imposición de limitaciones a la actividad jurisdiccional de esta Corte que ha sido puesta en movimiento a través del recurso de reclamación. El citado precepto legal [art. 27 DL 211] sólo restringe su procedencia en relación a las resoluciones que son susceptibles del mismo, pero no establece limitaciones que pudiesen afectar a la Corte Suprema en el conocimiento y decisión del recurso. De tal manera, requerida su intervención, ésta puede conocer del asunto en su integridad” (Sentencia de 27 de enero de 2009, Rol N° 4797-2008, cons. 8°).

⁹⁰⁰ TAPIA y CORDERO (2015), p. 57.

⁹⁰¹ NEHME y MORDOJ (2012), pp. 131-132; CAVIEDES (2012), pp. 137-139.

En lugar de la simple remisión al ya existente recurso de reclamación, debió haberse establecido, como proponía CAVIEDES, un recurso de nulidad ante la Corte Suprema sujeto a “estándares restrictivos, enfocándose solamente en aspectos de legalidad de la sentencia definitiva dictada por el TDLC”⁹⁰². Así la Corte podría únicamente confirmar o anular esta sentencia, pero no enmendarla, debiendo efectuar un reenvío si fuere procedente. Este esquema configuraría un contencioso administrativo amplio en manos del TDLC que, por un lado, permitiría aprovechar las ventajas de su especialización y la experiencia ya adquirida en temas de consulta de fusiones, y por otro lado, limitaría la intervención del máximo tribunal, por esencia generalista y formalista, asignándole un rol de casación o de unificación de jurisprudencia, más acorde con las reformas procesales recientes.

(c) Recurso de queja

Por regla general en contra de la sentencia del TDLC “no procederá recurso alguno” y sólo podrá interponerse la reclamación en el calificado supuesto de que el Tribunal decrete medidas de mitigación distintas a las que originalmente propusieron los notificantes (art. 31 bis in fine). Justamente, a partir de lo preceptuado en el artículo 31 bis es que resulta procedente el recurso de queja (art. 545 COT). Esta posición arranca de lo señalado en el propio Mensaje de la Ley N° 20.945. Originalmente el proyecto de ley privaba de todo recurso en contra de la sentencia del Tribunal, cualquiera hubiera sido su decisión, fuere de confirmación o revocación, imponiendo o no medidas de mitigación nuevas. Así, el Mensaje concluía que “[e]n contra de la sentencia que emita el TDLC no procederá recurso alguno, quedando la intervención de la Excma. Corte Suprema limitada al recurso de queja, que opera en forma excepcional para el caso que el Tribunal cometa faltas o abusos graves”⁹⁰³. Ahora bien, dada la redacción final del artículo 31 bis, aun cuando admite excepcionalmente la reclamación ante la Corte Suprema, subiste todavía como regla general la ausencia de recursos en contra de la sentencia del TDLC. Conforme al artículo 545 del COT, el recurso de queja procederá ante una grave falta o abuso de carácter ministerial que haya tenido lugar en la dictación de una sentencia definitiva, o interlocutoria que pone término al juicio o hace imposible su prosecución, contra la cual no procedieren otros recursos procesales, ordinarios ni extraordinarios. La sentencia que dicta el TDLC al fallar la solicitud de revisión especial es de carácter jurisdiccional, más precisamente una sentencia definitiva. Respecto de ella, el legislador establece (como regla general) su carácter irrecusable.

⁹⁰² CAVIEDES (2012), p. 139.

⁹⁰³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2016), p. 12.

¿Qué tribunal conocerá del eventual recurso de queja? El TDLC es un órgano que conforme al artículo 5º del DL 211 está “sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema”, y ejerce sus atribuciones a nivel nacional, y no respecto del territorio jurisdiccional de una Corte de Apelaciones (art. 63 N°2 letra b) COT), por consiguiente, el recurso de queja deberá ser conocido por la Corte Suprema. La doctrina ha entendido que el máximo tribunal conocerá de los recursos de queja que se dirijan en contra de los miembros de las Cortes de Apelaciones, Cortes Marciales y “de todo otro Tribunal respecto del cual no se haya establecido uno especialmente competente para conocer del mismo, atendida la superintendencia correctiva que posee la Corte Suprema sobre los tribunales del país”⁹⁰⁴, situación en que precisamente se halla el TDLC. A partir de esta sumisión a la Corte Suprema es que VALDÉS ya había concluido anteriormente que

“en contra de las sentencias emitidas por el Tribunal Antimonopólico procede no sólo el recurso de reclamación especial contemplado en el art. 27 del Decreto Ley 211, sino también el recurso de queja por la falta o abuso que se hubiere cometido en la dictación de sus resoluciones”⁹⁰⁵.

Con todo, hay que precisar que el recurso de queja es expresión de la potestad disciplinaria de los tribunales superiores, y se dirige contra la persona del juez o jueces que hubieren pronunciado la resolución jurisdiccional, a diferencia de la apelación y los otros recursos procesales, que se dirigen directamente contra la resolución misma.

En resumen, habida consideración de que deberán cumplirse los requisitos sumamente calificados que hacen admisible su interposición⁹⁰⁶, el recurso de queja podrá interponerse respecto de los ministros del Tribunal siempre que no proceda otro recurso en contra la sentencia del TDLC, lo que tendrá lugar, de acuerdo al artículo 31 bis del DL 211, en el evento que la sentencia confirme la decisión denegatoria del Fiscal (caso en que el notificado tendrá interés de recurrir de queja), o que la sentencia revoque la decisión denegatoria del Fiscal, aprobando en seguida la operación en forma pura y simple o sujeta al cumplimiento de idénticas medidas de mitigación a las propuestas por el notificado (casos en que será la FNE la interesada en recurrir de queja). Por el contrario, si la sentencia del TDLC revoca la resolución del Fiscal y aprueba la operación imponiendo medidas distintas a las propuestas por el notificado, el recurso de queja será improcedente y declarado inadmisible, toda vez que, en tal caso, la sentencia era susceptible de reclamación.

⁹⁰⁴ MATORANA Y MOSQUERA (2010), p.35.

⁹⁰⁵ VALDÉS (2006), p. 590.

⁹⁰⁶ Pocos, y sin un pronunciamiento sobre el fondo, han sido los casos en que se ha deducido recurso de queja en contra de sentencias del TDLC, como puede verse en MUFDI (2012), pp. 235-238.

Pese a la pretendida excepcionalidad del recurso de queja, existe el riesgo de que pueda ser visto por terceros como un mecanismo procesal idóneo a través del cual obtener un pronunciamiento de la Corte Suprema en casos que la decisión del TDLC les sea desfavorable pero no fuere procedente la reclamación. Junto con la aplicación de una medida disciplinaria, la Corte al conocer del recurso de queja tiene amplias facultades para dictar la resolución que estime necesaria a fin de poner pronto remedio al mal que motivó su interposición:

“el Tribunal podrá anular la sentencia y dictar otra en su reemplazo, anular el procedimiento en que ella se hubiere dictado, modificar total o parcialmente la resolución, etc. El Tribunal superior al conocer del recurso de queja tiene facultades, incluso, más amplias que las que posee en virtud de un apelación y casación, puesto que sin limitación de causales que las hacen procedentes, este puede adoptar todas las medidas que considere necesarias para reparar la falta o abuso cometida en la resolución”⁹⁰⁷.

Asimismo, si bien la sola interposición del recurso de queja no suspende el cumplimiento de la sentencia ni impide que produzca todos sus efectos, el artículo 548 del COT expresamente establece que “el recurrente podrá solicitar orden no innovar en cualquier estado del recurso”. Los afectados por la sentencia del TDLC pueden obtener que la operación de concentración, cuando sea autorizada, no llegue a perfeccionarse hasta que la Corte Suprema no dicte fallo sobre el fondo del recurso. De esta forma, el recurso de queja aparece, formalmente y en cuantos a sus efectos, como un atractivo sustituto de la reclamación cuando ella no proceda⁹⁰⁸.

Conforme se ha expuesto en esta parte de la obra, el recurso de queja vendría a sumarse a otras vías de impugnación jurisdiccionales no previstas en el DL 211 que, ante la novedad del control de fusiones instaurado, pueden resultar útiles para los administrados, abriendo un flanco de

⁹⁰⁷ MATORANA y MOSQUERA (2010), p. 399.

⁹⁰⁸ Parte de la doctrina ha intentado acotar el alcance del recurso de queja, a fin de evitar se transforme en una vía habitual para impugnar resoluciones jurisdiccionales. Así, recalando en su carácter correctivo, se ha dicho que “[e]s un recurso que no ha sido instituido para corregir simples errores de interpretación, sino que faltas o abusos ministeriales de parte del sentenciador que caigan dentro del ámbito de la jurisdicción disciplinaria del superior jerárquico [...] no constituye instancia para la revisión de todas las cuestiones de hecho y de derecho, sino que únicamente faculta al superior para examinar si se cometió la falta o abuso grave invocada por el recurrente (MATORANA y MOSQUERA, 2010, p. 384). A su turno, otro autor ha puesto énfasis en que este recurso ha sido pensado sólo para faltas o abusos graves y no “para combatir el simple error judicial y las diferencias de criterio jurídico” (BARAHONA, 1998, p. 40). También se ha puesto de relieve cómo las reformas a la regulación del recurso de queja han ido en el sentido de limitar considerablemente su procedencia a tal punto de consignar “la proscripción del recurso de queja o de todo camino disciplinario, como vía de modificación o, en general, de impugnación de resoluciones jurisdiccionales” (TAVOLARI, 1996, p.29). No obstante, otros autores han concluido que no puede negarse el carácter jurisdiccional del recurso, a tal punto que éste desplazaría en importancia a la finalidad disciplinaria que se le asigna: “[...] lo esencial al recurso, si se lo acoge, es la posibilidad de incidir sobre la resolución, y sólo secundariamente y frente a otro tribunal sancionar a los jueces” (NÚÑEZ OJEDA y PÉREZ-RAGONE, 2015, p.498). Esta interpretación se vería reafirmada por el texto mismo del artículo 545 del COT conforme al cual, en caso de que el tribunal superior haciendo uso de sus facultades disciplinarias, invalide una resolución jurisdiccional, debe en consecuencia aplicar las medidas disciplinarias pertinentes, estableciendo así, una relación de dependencia entre la invalidación de una resolución y la aplicación de una sanción disciplinaria, por lo que “[e]n definitiva, el efecto primario de la acogida de un recurso de queja es jurisdiccional y corresponde a la invalidación de la resolución recurrida, y el efecto secundario-necesario es disciplinario y consiste en la aplicación de una sanción de esa naturaleza” (VILLEGAS, 2012, pp. 48-49).

litigación latente que, en definitiva, aumente considerablemente los costos tanto para las partes de la operación como para la Administración. El abuso de estas vías alternativas y la litigación temeraria pueden terminar subvirtiendo los mecanismos e incentivos con que el legislador ha intentado ordenar la nueva institucionalidad. En tal sentido, determinante será la mayor o menor rigurosidad de la Corte al examinar la admisibilidad de este recurso, así como el criterio activista o deferente, respecto del TDLC, con que resuelva aquellos recursos eventualmente admitidos a trámite.

CONCLUSIONES

La más reciente reforma al DL 211 representa un cambio trascendental en la institucionalidad de defensa de la competencia. El resultado de este trabajo viene a reafirmar el desafío teórico, interpretativo y práctico que significará para los agentes de mercado, la Fiscalía Nacional Económica, el TDLC y demás operadores, la aplicación de un régimen preventivo de notificación obligatoria de las operaciones de concentración.

De lo expuesto en la Primera Parte, es posible concluir lo siguiente:

1.- Las concentraciones empresariales no son *per se* anticompetitivas y pueden obedecer, generalmente, al aprovechamiento de eficiencias o sinergias que redundan en beneficios para el consumidor. No obstante, en ciertos casos pueden implicar efectos coordinados y unilaterales, conductas que afectan la competencia y que justifican un control por las agencias respectivas.

2.- Este control puede tener lugar en forma previa o posterior al perfeccionamiento de la operación. En este sentido, el *control preventivo* consistirá en una prognosis o evaluación de los probables efectos anticompetitivos derivados de la operación, los que dependiendo de su entidad o magnitud pueden hacer necesario la imposición de medidas de mitigación, o derechamente decretar la prohibición de materializar la operación. En cambio, el *control represivo* de la operación tiene un carácter retrospectivo y sancionatorio, con miras a hacer efectiva la responsabilidad infraccional o penal por conductas atentatorias de la libre competencia que hayan afectado o estén afectando actualmente a los mercados.

3.- El control previo se configura mediante la notificación que las mismas partes efectúan de su proyecto de concentración a las agencias respectivas. Esta notificación puede ser *obligatoria* o *voluntaria*, dependiendo de la legislación local. El *trade-off* inherente a esta decisión política gravita en torno a prohibir operaciones pro-competitivas y permitir operaciones anticompetitivas (error tipo I y error tipo II, respectivamente). El modelo de notificación elegido determinará una

serie de exigencias de diseño institucional, relacionadas con un aparato complejo de atribuciones estatales, incentivos a los particulares, sanciones, etc. Existe una tendencia, reforzada desde instancias internacionales como la OCDE, en orden a establecer sistemas de notificación obligatoria, y así se recomendó para el caso chileno. La justificación se encuentra, fundamentalmente, en la imposibilidad - o capacidad limitada - de las agencias para revertir con éxito operaciones anticompetitivas consumadas, toda vez que requiere de medidas de desinversión de activos cuya separación y posterior venta es difícil una vez que los activos ya se encuentran integrados operacionalmente.

4.- Hasta antes de la reforma de la Ley N° 20.945 de 2016, en Chile no existía un régimen legal específicamente dedicado a las operaciones de concentración en sede de libre competencia, y éstas podían ser objeto de revisión preventiva y/o represiva a través de una multiplicidad de procedimientos en sede judicial y en sede administrativa. Con todo, el modelo de notificación podía ser calificado como *voluntario*, con algunas excepciones.

5.- El régimen de concentraciones chileno previo a la reforma había sido objeto de diversas *críticas* relacionadas con: la iniciativa del control, la intervención de terceros que desafieren la operación, la ausencia de una regulación específica en la ley, la falta de sanciones *ad hoc* a conductas que afectaren la eficacia del control, la imposibilidad de negociar medidas de mitigación en sede judicial, entre otras. Todo ello motivó a un cambio legislativo en que el fenómeno de la concentración empresarial, históricamente desatendido por nuestro derecho positivo, pasa ahora a tener un lugar central en la prevención de conductas atentatorias de la libre competencia.

De la Segunda Parte podemos concluir lo que sigue:

1.- Con la reforma de la Ley N° 20.945 se introduce al DL 211 un nuevo Título IV dedicado exclusivamente al control de las operaciones de concentración. Se opta por *un modelo de notificación obligatoria* por la vía de fijar ciertos umbrales según el volumen de ventas nacionales de las partes que se concentran, que de ser igualados o sobrepasados, determinarán la obligación de notificar preventivamente su proyecto. Concluimos que es un modelo obligatorio *híbrido*, toda vez que aquellas operaciones que no superen los umbrales, podrán ser notificadas voluntariamente a la autoridad respectiva.

2.- El sometimiento a evaluación previa del potencial anticompetitivo de una operación de concentración pretende entregar garantías de seguridad jurídica, de modo que, de ser autorizada la

operación, se les brinda un *beneficio de inmunidad* relativa en materia de responsabilidad infraccional por ilícitos contra la libre competencia (art. 32 DL 211).

3.- El procedimiento conforme al cual se evaluarán las operaciones notificadas consta de dos etapas. La Fase I consiste en un examen *fast-track* que pretende dar una aprobación expedita a fusiones que no revistan riesgos de disminución sustancial de la competencia; y la Fase II, de examen más profundo a la que entrarán aquellas operaciones que preliminarmente representen efectos anticompetitivos importantes que deben ser mitigados, y de no ser suficiente remedio alguno, llegar determinar su prohibición. Ambas fases están radicadas en la Fiscalía Nacional Económica y fueron estudiadas en profundidad.

4.- El procedimiento es de naturaleza administrativa, de lo cual colegimos que la LBPA puede tener *aplicación supletoria y no derogatoria* respecto de materias relativas a la substanciación de la investigación que no fueren expresamente previstas por el DL 211. La LBPA brinda no sólo un marco legal subsidiario a la hora de integrar vacíos regulatorios, también provee un esquema interpretativo en base a principios que deben inspirar la relación entre la Administración y los particulares.

5.- El procedimiento tiene una *pretensión colaborativa*, a fin de que las partes notificantes propongan, de ser necesario, remedios eficaces para hacer frente a los riesgos derivados de la operación. Se consagra una serie de dispositivos institucionales que promueven una negociación expedita entre las partes y la agencia: iniciativa exclusiva de la notificación, intervención limitada de terceros, reglas de secreto y publicidad en relación a información sensible o secretos empresariales, iniciativa exclusiva de las partes en la proposición de remedios, ampliación de los plazos de investigación de mutuo acuerdo, etc. El legislador ha depositado en la Fiscalía una notable confianza en cuanto a su capacidad de relacionarse con los agentes económicos ya no sólo en su conocida faz persecutora, sino ahora también - y muy especialmente - en su faz preventivo-regulatoria.

6.- En la Fiscalía Nacional Económica reposará gran parte de la carga de trabajo asociada a la implementación del sistema, por lo que se requiere que interprete y aplique las reglas sustantivas y procedimentales de modo razonablemente uniforme y fundado, toda vez que la *predictibilidad* del sistema es un valor indispensable a la hora de medir su eficacia.

7.- Anticipamos que el principal desafío de la Fiscalía, llamada a conocer y a resolver sobre las operaciones a ella notificadas, será salvar la *asimetría de información* inherente a su relación

con los intervinientes, para lo cual cuenta con facultades reforzadas para requerir antecedentes en todo momento del procedimiento. Se consagran además sanciones administrativas (y hasta penales) para quien obstaculicen las diligencias y peticiones de información formuladas por la Fiscalía. Sobre las partes notificantes pesa un deber de veracidad de la información aportada, durante todo el procedimiento.

8.- La normativa impone la prohibición de perfeccionamiento de la operación, desde el acto de notificación hasta que se encuentre firme la resolución o sentencia que ponga definitivo término al procedimiento. El respeto del efecto suspensivo es indispensable para la eficacia del sistema preventivo, y su consagración legal genera una serie de interrogantes en relación a su alzamiento y en relación a determinar cuándo efectivamente se entiende vulnerado, especialmente considerando que su inobservancia dará lugar a la imposición de sanciones y otras medidas correctivas, preventivas y prohibitivas.

9.- El esquema institucional chileno se alinea con las buenas prácticas recomendadas a nivel internacional, estableciendo dispositivos variados que miran a la *eficacia del procedimiento y el eficiente uso de recursos públicos y privados*: se establecen umbrales de notificación en base al volumen de ventas nacionales de las partes, facilitando su cálculo y control; se consagra un mecanismo de notificación simplificada; se establecen deberes de información permanentes de todo cambio que se introduzca al proyecto respectivo; se establecen reglas claras en términos de plazos para efectuar actuaciones; se consagran formas de silencio administrativo positivo en favor de las partes ante la falta de un pronunciamiento expreso y oportuno sobre la operación; se contempla el abandono del procedimiento por la inactividad de las partes; se autoriza el desistimiento voluntario de la notificación, entre otros.

10.- La Fiscalía ha dictado *guías* que orientarán su actuar en este procedimiento, y las ha puesto a disposición del público como una forma de dar predictibilidad y uniformidad a sus criterios de análisis sustantivo. La FNE da una buena señal al tomar como referente de sus guías la experiencia de las agencias más experimentadas en la materia, como la Comisión Europea, la FTC y el DOJ de Estados Unidos, y las autoridades competentes de Reino Unido, Alemania o Canadá. Es probable que muchos de los problemas que ya han enfrentado tales autoridades, surjan también en el desarrollo de nuestra nueva institucionalidad. En esta misma línea, destacamos el esfuerzo de sistematización realizado en la “Guía de Remedios” con criterios claros respecto de qué remedios son aptos de ser presentados y cómo la Fiscalía evaluará su idoneidad. No es menos importante la promoción de relaciones de cooperación y diálogo con agencias hermanas al momento de evaluar operaciones transfronterizas, sobre todo en el diseño de medidas de mitigación.

11.- Se consagra un catálogo de *conductas ilícitas y sanciones asociadas exclusivamente con la eficacia del nuevo régimen* de control de concentraciones, con miras a reprimir comportamientos culpables o dolosos que pretendan evadir la evaluación preventiva o incumplir las decisiones adoptadas por la autoridad.

12.- El legislador viene a consagrar expresamente un test sustantivo que determinará si una operación notificada debe ser prohibida, a saber, que ella sea *apta para reducir sustancialmente la competencia en los mercados*, haciendo eco de la regla que rige desde 1914 en Estados Unidos (y ha permeado a Reino Unido, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, entre otros). Aunque pareciera distanciarse, en este aspecto, de la normativa de la Unión Europea (que es el principal referente de esta reforma), el derecho comunitario de concentraciones aplica un test sustantivo no muy diferente (el de *impedimento significativo a la competencia efectiva*), que ha permitido una cada vez más notable convergencia en su metodología y resultados con la práctica estadounidense.

13.- Si bien se busca consagrar un régimen de control de concentraciones de carácter preventivo como la regla general, subsiste la posibilidad de que operaciones sean objeto de revisión judicial después de consumadas, y aun después de ser expresamente autorizadas. Esta revisión *ex post* busca hacer efectiva la responsabilidad infraccional de las partes o de la entidad resultante y puede deberse, entre otros, a la comisión de un injusto anticompetitivo o de otras conductas ilícitas relacionadas con el incumplimiento de las medidas de mitigación y el perfeccionamiento anticipado de la operación notificada. Como el conocimiento de todas estas conductas se ventilará en juicio contencioso, no se excluye la posibilidad de *enforcement* privado donde terceros ajenos a una operación denuncien estos hechos a la FNE o derechamente demanden ante el TDLC.

Por último, de la Tercera Parte de este trabajo hemos colegido:

1.- El legislador ha pretendido restringir las posibilidades de impugnación de la resolución que se pronuncia sobre una operación de concentración notificada. Es por ello que el Título IV sólo consagra la *acción de revisión especial*, de la cual conocerá y fallará el TDLC, y que sólo será procedente cuando la resolución que dicte el Fiscal Nacional Económico sea la de prohibir la operación. El DL 211 no contempla vías de impugnación de las resoluciones aprobatorias de una operación de concentración.

2.- La Corte Suprema podrá revisar lo resuelto por el TDLC en sede de revisión especial, en virtud del recurso de reclamación del artículo 27 del DL 211, aunque sólo podrá hacerlo en hipótesis muy calificadas. La regla general, entonces, será la irrecorribilidad de la sentencia

definitiva del TDLC. Reparamos críticamente en la posibilidad de deducir el recurso de queja en este último caso, y el riesgo de incentivar a una litigación temeraria que ve a este recurso disciplinario o quasi-jurisdiccional como un sustituto velado de la reclamación cuando ella no sea procedente.

3.- Que el DL 211 no haya previsto expresamente otras vías para atacar lo resuelto por el Fiscal Nacional Económico no implica que no existan en nuestro ordenamiento jurídico otros medios para ello. Así, hemos descrito un régimen de impugnación en sede administrativa, a través de los recursos que contempla la LBPA, de los conocerá la misma autoridad que dictó el acto impugnado: el Fiscal Nacional Económico.

4.- Pero, además, describimos un régimen disperso de impugnación en sede judicial, donde no sólo se inserta la referida acción de revisión especial antes mencionada, sino que se suman otros contencioso-administrativos del derecho chileno (como la declaración de nulidad de derecho público y las acciones constitucionales de amparo económico y protección). De ellos conocerán distintos órganos jurisdiccionales, con diferentes competencias y grados de revisión. Ante la restricción de la vía impugnatoria ante un tribunal técnico y especializado como es en esencia el TDLC, aparece un riesgo no despreciable de litigación, como válvula de escape, a través de estos contenciosos especiales, los que, sin haber sido ideados como instancias de revisión de decisiones regulatorias técnicas, terminan cumpliendo ese rol en los hechos. De *lege ferenda* recomendamos que la acción de revisión especial se amplíe a las resoluciones aprobatorias, pero sometida a requisitos más calificados que disuadan de impugnaciones temerarias de terceros.

A modo de cierre, creemos que, más allá de las críticas, comentarios y propuestas que hemos esbozado a lo largo de esta obra, en general el diseño institucional adoptado por la Ley N° 20.945 que reforma al DL 211 ordena de modo coherente y muy sistemático el complejo entramado de reglas e incentivos que convergen en un régimen de control preventivo y obligatorio de fusiones. Resta, por supuesto, un amplio campo para la discusión jurídica. Esta memoria de investigación quiso ser un aporte en ese sentido.

REFERENCIAS

- AGOSTINI, C. (2007). Hacia una política de evaluación de fusiones horizontales. *Estudios pùblicos*, 107, 99-128.
- AGÜERO, F. (2009). *Rol de las medidas de mitigación o condiciones impuestas para aprobar operaciones de concentración: Un análisis aplicado al sector retail*. Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1491050
- AGÜERO, F. (2011). *Abuso de procedimientos y competencia desleal en materia de propiedad industrial e innovación (Informe en Derecho)*. Recuperado de <http://www.derecho.uchile.cl/u/download.jsp?document=133229&property=attachment&index=3&content=application/pdf>
- AGÜERO, F. (2014). *La Potestad Consultiva en el Derecho de la Competencia*. Recuperado de <http://www.derecho.uchile.cl/u/download.jsp?document=133235&property=attachment&index=1&content=application/pdf>
- AGÜERO, F. (2015). *Incumplimiento y modificación de medidas de mitigación establecidas por el TDLC*. Recuperado de <http://www.derecho.uchile.cl/u/download.jsp?document=133229&property=attachment&index=8&content=application/pdf>
- AGÜERO, F. (2017). El Derecho de la Competencia a los ojos del Derecho Administrativo. En J. C. Ferrada, J. Bermúdez, y O. Urrutia (Ed.), *Doctrina y Enseñanza del Derecho Administrativo Chileno: Estudios en Homenaje a Pedro Pierry Arrau* (pp.371-389). Valparaíso, Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso.

AGÜERO, F. y ERRÁZURIZ, J.T. (2007). Tratamiento de los acuerdos de cooperación empresarial ante el derecho de la competencia ¿Cuándo un joint venture es una concentración? *Revista Anales Derecho UC, Temas de Libre Competencia*, 163-191.

AGÜERO, F. y MONTT, S. (2011). *Amicus Curiae*. Recuperado de https://www.u-cursos.cl/derecho/2011/0/DDPC/1/material_docente/bajar?id_material=374446

AGÜERO, F. y TORO, L. (2010). Límites a la potestad inspectora de la administración: el caso de la Fiscalía Nacional Económica. *Revista de Derecho Económico*, (75), 17-59.

ALCALDE, E. (2008). *La Sociedad Anónima. Autonomía privada, interés social y conflictos de interés*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile

ALESSANDRI, A., SOMARRIVA M. y VODANOVIC A. (1998). *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

AMERICAN BAR ASSOCIATION (2010). *2009 Annual Review of Antitrust Law Developments*. Chicago, Estados Unidos: American Bar Association.

AROS CHÍA, R. (2007). El Principio de Publicidad ante la Jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. *Revista de Derecho Público*, 1 (69), 186-198.

AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION (2017). *Merger Guidelines*. Recuperado de <https://www.accc.gov.au/system/files/Merger%20guidelines%20-%20Final.PDF>

BAER, W. (1997). Reflections on twenty years of merger enforcement under the Hart-Scott-Rodino Act. *Antitrust Law Journal*, 65(3), 825-836.

BAER, W. y REDCAY, R. (2001). Solving competition problems in merger control: the requirements for an effective divestiture remedy. *George Washington Law Review*, 69, 1701-1712.

BALTO D. (2004). Private Merger Challenges: A Critical Supplement to Government Enforcement. *Mergers and Acquisitions Newsletter*, 4(3), 2-16

BALTO, D. (2001). Supermarket Merger Enforcement. *Journal of Public Policy & Marketing*, 20(1), 38-50.

BALTO, D., y PARKER, R. (2000). *The Evolving Approach to Merger Remedies*. Recuperado de <https://www.ftc.gov/es/public-statements/2000/05/evolving-approach-merger-remedies>

BANFI DEL RÍO, C. (2013). La responsabilidad civil como forma de aplicación privada del derecho de la competencia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (21), 217-258.

BAÑO LEÓN, J. M. (2016). La evolución del derecho de la competencia y su irradiación en el derecho público. *Revista de Administración Pública*, (200), 295-314.

BARAHONA, J. (1998). *El recurso de queja: Una interpretación funcional*. Santiago, Chile: Jurídica ConoSur.

BARCELONA, J. (1995). *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*. Santander, España: Editorial Universidad de Cantabria.

BARROS BOURIE, E. (2006). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

BASCUÑÁN, A. (2017). La jurisdicción chilena sobre infracciones al Decreto Ley 211 cuya ejecución parcial o total tiene lugar en el extranjero. En Fiscalía Nacional Económica (Ed.), *Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia: informes en derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica* (pp.579-620). Santiago, Chile: Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica.

BERARDO, J. y LILLA, P. (2017). Carve-out arrangements in cross-border transactions and Brazil's merger control after Cisco/Technicolor. En Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência (Ed.), *Brazilian Antitrust Law (Law N° 12,529/11): 5 years* (pp. 85-94).

BERMÚDEZ, J. (2014). *Derecho Administrativo General*. Santiago, Chile: Legal Publishing.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2003). *Historia de la Ley N° 19.911 crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/2472/1/HL19911.pdf>

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2009). *Historia de la Ley N° 20.361 Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Economía, Fomento y Reconstrucción de 2004, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3841/2/hdl-20361.pdf>

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2016). *Historia de la Ley N° 20.945 perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia*. Recuperado de https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5311/HLD_5311_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf

BLANQUER, D. (2015). *Introducción al Derecho Administrativo*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

BLUMENTHAL, W. (2005). *The Rhetoric of Gun-Jumping*. Recuperado de https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/rhetoric-gun-jumping/20051110gunjumping.pdf

BOQUERA, J. (1990). *Estudios sobre el Acto Administrativo*. Madrid, España: Civitas.

BRANDENBURGER, R., BREED, L. y SCHÖNING, F. (2017). Merger Control Revisited: Are Antitrust Authorities Investigating the Right Deals? *Antitrust Magazine*, 31(2), 28-36.

BUCCIROSSI, P., CERVONE, R., y RIVIERA, C. (2014). Optimal pre-merger notification thresholds: a contribution to the Italian debate. *Rivista Italiana di Antitrust/Italian Antitrust Review*, 1(3), 166-179.

BUNDESKARTELLAMT (2012). *Guidance on Substantive Merger Control*. Recuperado de https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitlinien/Guidance%20on%20Substantive%20Merger%20Control.pdf?__blob=publicationFile&v=6

BUNDESKARTELLAMT (2016). *Guidance on Remedies in Merger Control*. Recuperado de http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitlinien/Guidance%20on%20Remedies%20in%20Merger%20Control.pdf?__blob=publicationFile&v=3

CABANELAS, G. (2005). *Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia*. Tomo II. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.

CAIED, R. (2014). *Gun jumping: retórica internacional e diretrizes delineadas pela experiência brasileira no sistema de controle de análise prévia*. Recuperado de <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/6013/1/21007678.pdf>

CALDERÓN, A. y ORTIZ, H. (2013). Nacimiento y muerte del abuso de procesos legales anticompetitivos en el Perú: Análisis del caso Apofer versus Fetrans, Perurail y otros. *Revista de Economía y Derecho*, 10 (38), 7-46.

CAMACHO, G. (2010). *La actividad sustancial de la Administración del Estado. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV*. Santiago, Chile: Legal Publishing.

CANADA COMPETITION BUREAU (2006). *Information Bulletin on Merger Remedies in Canada*. Recuperado de <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/02170.html>

CANADA COMPETITION BUREAU (2011). *Merger Enforcement Guidelines*. Recuperado de [http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-meg-2011-e.pdf/\\$FILE/cb-meg-2011-e.pdf](http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/cb-meg-2011-e.pdf/$FILE/cb-meg-2011-e.pdf)

CARY, G. y BRUNO, M. (1997). Merger Remedies. *Administrative Law Review*, 49(4), 875-887.

CAVIEDES, C. (2012). *Sistemas de control preventivo de fusiones en derecho comparado* (Tesis de magíster). Universidad de Chile, Santiago, Chile.

CAVIEDES, C. (2014). Control de fusiones y nueva guía para el análisis de operaciones de concentración: lo positivo, lo que falta y lo que sólo el legislador puede solucionar. *Ius et Praxis*, 20(2), 357-374.

CENTRO DE ESTUDIOS PLURAL (2015). *Libre Competencia: una mirada comparada y un análisis de la legislación en Chile sobre la materia*. Recuperado de <http://pluralchile.org/wp-content/uploads/2015/11/COORDENADAS-01-NOV-2015.pdf>

CHUA, L. (2015). Merger control in small market economies. *Singapore Academy of Law Journal*, 27(2), 369-402.

COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE A.G. (2012). *Informe comisión de libre competencia del Colegio de Abogados*. Recuperado de http://www.abogados.cl/cgi-bin/procesa.pl?plantilla=/v2/archivo.html&bri=colegioabogados&tab=art_1&campo=c_arhivo&id=1177

COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE A.G. (2015). *Comentarios al proyecto de ley que modifica la legislación sobre defensa de la libre competencia*. Recuperado de <http://www.abogados.cl/docsup/200753001432914644.pdf>

COLOMA, F. (2016). *Fijación de umbrales de notificación de operaciones de concentración en Chile*. Recuperado de http://www.fne.gob.cl/wpcontent/uploads/2017/.../umbrales_operaciones_concentracion.pdf

COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2012). *Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia.* Recuperado de <http://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2012/07/informe-final-entregado-a-pdte-pinera-13-07-12.pdf>

COMISIÓN EUROPEA (2004). *Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas.* Recuperado de [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0205\(02\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0205(02)&from=ES)

COMISIÓN EUROPEA (2005). *Merger Remedies Study.* Recuperado de http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf

COMISIÓN EUROPEA. (2008a). *Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas.* Recuperado de [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0416\(08\)&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0416(08)&from=ES)

COMISIÓN EUROPEA (2008b). *Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas.* Recuperado de [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018\(03\)&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018(03)&from=ES)

COMISIÓN EUROPEA (2008c). *Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) nº 802/2004 de la Comisión.* Recuperado de [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1022\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1022(01)&from=EN)

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (2016). *Guia para análise da consumação prévia de atos de concentração económica.* Recuperado de http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (2018). *Guia de Remédios Antitruste.* Recuperado de http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/copy_of_GuiaRemedios.pdf

CORDERO QUINZACARA, E. (2010). Las normas administrativas y el sistema de fuentes. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, 17(1), 21-50.

CORDERO QUINZACARA, E. (2017). Sobre las facultades de la Fiscalía Nacional Económica para poner término a una investigación sobre la base de compromisos y/o cambios de conducta por parte de los sujetos investigados. En Fiscalía Nacional Económica (Ed.), *Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia: informes en derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica* (pp.181-204). Santiago, Chile: Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica.

CORDERO VEGA, L. (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Santiago, Chile: Legal Publishing Chile.

COSNITA-LANGLAIS, A., y TROPEANO, J. P. (2014). *Better safe than sorry? Ex ante vs ex post merger control*. Recuperado de <https://www.parisschoolofeconomics.eu/docs/tropeano-jean-philippe/eaep-subm-jie.pdf>

CRANE, D. A. (2011). *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*. Oxford: Oxford University Press.

DE JONG, S. (2018). *De retoriek van gun-jumping*. Recuperado de https://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/marktenmededeling/2018/2/MenM_1387-6236_2018_021_002_002.pdf

DE LA FUENTE, O. (2012). *Control judicial de la resolución de calificación ambiental*. Santiago, Chile: Legal Publishing Chile

DELOITTE (2014). *Segundo estudio sobre la percepción del efecto disuasivo de las acciones de la Fiscalía Nacional Económica*. Recuperado de <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/11/Deloitte.pdf>

DOMPER, M. y TARZIJÁN J. (2011). Operaciones de concentración horizontal. En Centro de Libre Competencia UC (Ed.), *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario* (pp. 267-315), Santiago: Thomson Reuters.

ESCUIN, C. (2004). *Curso de Derecho Administrativo*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

ETCHEBERRY, A. (1999). *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo IV. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

- FARINA, J. (1999). *Contratos Comerciales Modernos: modalidades de contratación empresarial*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- FNE (2012). *Guía para el análisis de operaciones de concentración*. Recuperado de <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>
- FNE (2013). *Participaciones minoritarias y directores comunes entre empresas competidoras*. Recuperado de <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/11/Participaciones-minoritarias.pdf>
- FNE (2017a). *Guía de Competencia*. Recuperado de <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/05/Gu%C3%A1-de-competencia-.pdf>
- FNE (2017b). *Guía práctica para la Aplicación de Umbrales de Notificación de Operaciones de Concentración en Chile*. Recuperado de <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/05/Gu%C3%A1-Interpretaci%C3%B3n-Umbrales-1.pdf>
- FNE (2017c). *Guía de Remedios*. Recuperado de <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/05/Guia-de-remedios-.pdf>
- FNE (2018). *Encuesta de Evaluación: Implementación del Régimen de Control de Operaciones de Concentración*. Recuperado de <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/03/Presentaci%C3%B3n-Encuesta.pdf>.
- FUCHS, A. (2017). Sistema recursivo en materia de libre competencia. En Diego Palomo V. (Ed.), *Recursos Procesales: Problemas Actuales* (pp. 567-599). Santiago, Chile: DER Ediciones.
- FUENZALIDA, P., y VALDERRAMA, M. (2004). La potestad consultiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: ¿jurisdiccional o administrativa? *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (13), 181-198.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. (2004 I). *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Madrid, España: Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. (2004 II). *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Madrid, España: Civitas.
- GARCÍA MACHMAR, W. (2011). *Manual de la Libre Competencia*. Santiago, Chile: Editorial Thomson Reuters.

GARCÍA-TREVIJANO, J. (1986). *Los Actos Administrativos*. Madrid, España: Civitas.

GARRIDO DE PALMA, V., EMBID J., MARTÍ V., et al. (2011). *Modificaciones estructurales y reestructuración empresarial*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

GINENSKY, D. (2012). Investigating Consummated Mergers: The Antitrust Agencies' Shift Toward a Retroactive Enforcement Policy. *Rev. Banking & Fin. L.*, 32, 88-565.

GONZÁLEZ, A. y BENÍTEZ, D. (2008). *Pre-merger Notification Mechanisms: Incentives and Efficiency of Mandatory and Voluntary Schemes*. Recuperado de http://www.sociedadpoliticaspublicas.cl/archivos/MODULO_V/Panel05_Salud/Aldo_Gonzalez_Pre_merger_Notification_Mechanisms_incentives_and_efficiency_of_mandatory_and_vol.pdf

GONZÁLEZ, A. y HUNEEUS, F. (2015). *Hacia un Sistema de Control Preventivo de Fusiones para Chile*. Recuperado de <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/143501/Hacia-un-Sistema.pdf?sequence=1>

GÓRRIZ LÓPEZ, C. (2014). Control de Concentraciones. En García-Cruces J. (Dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, Tomo I (pp. 335-417). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

GREENE, H. (2006). Guideline institutionalization: The role of merger guidelines in antitrust discourse. *William & Mary Law Review*, 48, 771-857.

GUMUCIO, J.C. y PUSTILNICK, T. (2014). Control de fusiones en Chile ¿Requiere de un cambio?. En D. Valdés y O. Vásquez (Ed.), *Nuevas Tendencias del Moderno Derecho Económico* (pp.77-114). Santiago, Chile: Legal Publishing Thomson Reuters.

HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (2012). La punibilidad de la colusión (secreta) de precios en el derecho chileno. *Política Criminal*, 7(13), 147 – 167.

HERNÁNDEZ DE LAMOTTE, D. e HIDALGO, B. (2018). *¿Por qué se aprueban tantas fusiones?* Santiago, Chile: Thomson Reuters.

HERRERA, J. y RUIZ-TAGLE, S. (2014). La caducidad de la resolución de calificación ambiental. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 27(1), 169-190.

HUDSON, L. (2014). *Naturaleza del recurso de reclamación en materia de libre competencia: análisis jurisprudencial de acuerdo a la Corte Suprema* (tesis de pregrado). Universidad de Chile, Santiago, Chile.

HÜSCHELRATH, K. y PEYER, S. (2013). *Public and private enforcement of competition law: A differentiated approach*. Recuperado de <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp13029.pdf>

ICN (2002). *Prácticas recomendables para procedimientos de notificación de concentraciones*. Recuperado de <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc589.pdf>

ICN (2005). *Merger notification filing fees*. Recuperado de <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc331.pdf>

ICN (2008). *Setting notification thresholds for merger review*. Recuperado de <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc326.pdf>

ICN (2015). *Practical Guide to International Enforcement Cooperation in Mergers*. Recuperado de <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1031.pdf>

ICN (2016). *Merger remedies guide*. Recuperado de <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1082.pdf>

ICN (2017). *Recommended practices for merger notification and review procedures*. Recuperado de <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1108.pdf>

JARA SCHNETTLER, J. (2015). La garantía jurídica de la unidad del procedimiento administrativo en la Ley N° 19.880. *Revista de Derecho Público*, (70), pp.287-311.

KELLEZI, P. y RAPIN, C. (2012). *Merger remedies and competition law: An overview of EU and national case law*. Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2014636

LAGUNA DE PAZ, J. (2006). *La autorización administrativa*. Madrid, España: Civitas.

LEAR (2015). *Optimal pre-merger notification thresholds: an economic approach*. Recuperado de http://www.learlab.com/wp-content/uploads/2016/03/finale_lear_note_merger_notification_thresholds_fin_1441899120.pdf

LIANOS, I., JENNY, F., WAGNER VON PAPP, F., MOTCHENKOVA E., DAVID, E. ET AL (2014). *An Optimal and Just Financial Penalties System for Infringements of Competition Law: a Comparative Analysis.* Recuperado de <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/11/Estudio.pdf>

LIEBESKIND, R. (2003). *Gun-jumping: Antitrust issues before closing the merger.* Recuperado de <https://www.pillsburylaw.com/images/content/1/8/v2/1842/16ADC9E2C53CF6E9F97E3F0A3F6F3242.pdf>

LIPTON, M. (2006). *Merger Waves in the 19th, 20th and 21st Centuries.* Recuperado de <http://cornerstone-business.com/MergerWavesTorontoLipton.pdf>

LOAIZA, D. (2013). *El silencio administrativo en chile, antecedentes, regulación y jurisprudencia de la Contraloría General de la República.* (Tesis de pregrado). Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile.

LÓPEZ SANTA-MARÍA, J. (2004). Informe en Derecho sobre Contrato de Colaboración Empresarial. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (2), 107-150.

MAIER-RIGAUD, F. (2016). Behavioural versus Structural Remedies in EU Competition Law. En P. Lowe, M. Marquis y G. Monti (Eds.), *European Competition Law Annual 2013, Effective and Legitimate Enforcement of Competition Law* (pp. 207-224). Hart Publishing.

MANRÍQUEZ, M. (2011). *Ejercicio abusivo del derecho de acción y de petición, y sus efectos en materia de libre competencia.* (Tesis de pregrado). Universidad de Chile, Santiago, Chile.

MARDONES, M. (2018). *Modificaciones estructurales de sociedades.* Santiago, Chile: Thomson Reuters.

MARKS, M.K. y ANG B.J. (2010). *Agency Merger Enforcement in Non-Reportable Transactions.* Recuperado de https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/Feb10_Marks2_25f.authcheckdam.pdf

MASCARENAS, J. (2011). *Fusiones, adquisiciones y valoración de empresas.* Madrid, España: Editorial del Economista.

MATURANA, C. y MOSQUERA M. (2010). *Los recursos procesales.* Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

MCCANN, J. y GILKEY, R. (1990). *Fusiones y adquisiciones de empresas*. Madrid, España: Editorial Díaz de Santos.

MIRES, C. y MOLINA I. (2004). *La calificación ambiental como procedimiento y autorización administrativa* (Tesis de pregrado). Universidad de Chile, Santiago, Chile.

MONTT, S. (2012) Condiciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el marco de una operación de concentración en el derecho chileno. *Anuario de Derecho Público UDP*, 453-491.

MORAGA, C. (2013). *Tratado jurisprudencial de derecho administrativo. Tomo XIV. Volumen 1. Anotaciones sobre el procedimiento administrativo según la jurisprudencia de los tribunales chilenos*. Santiago, Chile: Legal Publishing Chile.

MORSE, M. H. (2002). Mergers and acquisitions: Antitrust limitations on conduct before closing. *The Business Lawyer*, 57 (4), 1463-1486.

MOTIS, J. (2007). *Mergers and Acquisitions Motives*. Recuperado de <https://economics.soc.uoc.gr/wpa/docs/paper2mottis.pdf>

MOYA GARCÍA, R. (2008). *El procedimiento administrativo electrónico en Chile* (Tesis de magíster). Universidad de Chile, Santiago, Chile.

MOYA MARCHI, F. (2012). *El principio de precaución*. (Tesis de pregrado). Universidad de Chile, Santiago, Chile.

MUFDI, N. (2012). *Institucionalidad de la libre competencia en Chile: una evaluación práctica*. (Tesis de pregrado). Universidad de Chile, Santiago, Chile.

MUÑOZ MACHADO, S. (2017). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XII*. Madrid, España: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

MUÑOZ SOLÍS, J. (2018). *Estudio crítico del análisis de poder de mercado de empresas que someten operaciones de concentración a procedimientos de control preventivo. Substantial lessening of competition en operaciones de concentración* (Tesis de magíster). Universidad de Chile, Santiago, Chile.

- NAUGHTON, M. (2006). *Gun-Jumping and Premerger Information Exchange: Counseling the Harder Questions.* Recuperado de <https://www.stblaw.com/docs/default-source/cold-fusion-existing-content/publications/pub566.pdf?sfvrsn=2>
- NEHME, N. (2006). Sistema Chileno de Defensa de la Libre Competencia: ¿Necesidad de Requerir Autorización Previa para la Aprobación de Operaciones de Concentración?. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia* 21, 51-59
- NEHME, N. y MORDOJ, B. (2012). Diseños institucionales de control de concentraciones. *Estudios Públicos* (125), 87-137.
- NÚÑEZ OJEDA, R. y PÉREZ-RAGONE, A. (2015). *Manual de Derecho Procesal Civil. Los Medios de Impugnación.* Santiago, Chile: Legal Publishing Chile.
- OCDE (2003). *Merger remedies.* Recuperado de <https://www.oecd.org/competition/mergers/34305995.pdf>
- OCDE (2009). *Standard for Merger Review.* Recuperado de <https://www.oecd.org/competition/mergers/45247537.pdf>
- OCDE (2010). *Chile – Accession Report on Competition Law and Policy.* Recuperado de <https://www.oecd.org/chile/47950954.pdf>
- OCDE (2011). *Remedies in merger cases.* Recuperado de <http://www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf>
- OCDE (2013a). *Definition of Transaction for the Purpose of Merger Control Review.* Recuperado de <http://www.oecd.org/daf/competition/Merger-control-review-2013.pdf>
- OCDE (2013b). *Remedies in Cross-Border Merger Cases.* Recuperado de http://www.oecd.org/daf/competition/Remedies_Merger_Cases_2013.pdf
- OCDE (2014a). *Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile.* Recuperado de http://www.oecd.org/daf/competition/Chile%20merger%20control_ESP_nov14.pdf
- OCDE (2014b). *Investigations of consummated and non-notifiable mergers.* Recuperado de [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2014\)1&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2014)1&doclanguage=en)

OCDE (2014c). *Executive summary of the roundtable on investigations of consummated and non-notifiable mergers*. Recuperado de
[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/M\(2014\)1/ANN3/FINAL&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3/M(2014)1/ANN3/FINAL&doclanguage=en)

OCDE (2015). *Competencia y Estudios de Mercado en América Latina. Los casos de Chile, Colombia, Costa Rica, México, Panamá y Perú*. Recuperado de <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2015/04/estudio.pdf>

OCDE (2016a). *Executive summary of the roundtable on jurisdictional nexus in merger control regimes*. Recuperado de
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M\(2016\)1/ANN3/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M(2016)1/ANN3/FINAL/en/pdf)

OCDE (2016b). *Local nexus and jurisdictional thresholds in merger control*. Recuperado de
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2016\)4/REV1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2016)4/REV1/en/pdf)

OCDE (2018). *Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun Jumping. Background Note by the Secretariat*. Recuperado de [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)11/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)11/en/pdf)

ORTÚZAR, Á. (2007). El sistema de consultas ante el tribunal de defensa de la libre competencia: algunas cuestiones pendientes. *Revista Anales Derecho UC, Temas de Libre Competencia*, 61-69.

PAPANDROPOULUS, P. y TAJANA, A. (2006). The merger remedies study: In divestiture we trust? *European Competition Law Review*, 27(8), 443-454.

PAREJO ALFONSO, L. (2018). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

PAUTLER, P. (2003). *The Effects of Mergers and Post-Merger Integration: A Review of Business Consulting Literature*. Recuperado de
<http://www.clarityperformancealliance.com/postm&areview2003ftc.pdf>

PAVIC, L. y LIZANA, C. (2002). Control preventivo de fusiones y adquisiciones frente a la legislación antimonopolios. *Revista Chilena de Derecho*, 29(3), 507-555.

PÉREZ MOLINA, M. (2015). *La evaluación antitrust de las concentraciones de empresas en la Unión Europea* (Tesis doctoral). Universidad de Córdoba. Córdoba, España.

- PIERRY, P. (2010). Control del Acto Administrativo. Recursos Administrativos. Recurso contencioso administrativo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (4), 239-266.
- PORTE, A. y DE REZENDE, F. (2013). *Análise Prévia dos Atos de Concentração: até onde ir antes da aprovação do ato?* Recuperado de <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7fe61f156a674de0>
- PRADO PUGA, A. (2010). Análisis doctrinal y jurisprudencial de la figura de la fusión. *Revista de Derecho Comercial*, (1), 37-57.
- PUGA VIAL, J. E. (2011). *La Sociedad Anónima*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- RATLIFF, J., LOUIS, F. y O'DALY, C. (2015). International Merger Remedies. En I. Knable Gotts (Ed.), *The Merger Control Review* (pp. 48-62). London, England: Law Business Research Ltd.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2017). *Diccionario de la Lengua Española*. Recuperado de <http://rae.es>.
- RIESCO, R., y CARRASCO, M. (2016). Responsabilidad por incumplimiento de condiciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el marco de operaciones de concentración. *Sentencias destacadas 2016*, Ediciones LyD, 401-423.
- ROJAS AGUIRRE, L (2014). Deconstrucción del modelo dominante de comprensión de los delitos de falsedad documental. *Política Criminal*, 9 (18), 477-520.
- ROJAS COVARRUBIAS, N. (2013). *Acuerdos extrajudiciales como mecanismo de control de fusiones*. Recuperado de <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2013/05/02/Acuerdos-extrajudiciales-como-mecanismo-de-control-de-fusiones.aspx>
- ROMERO GUZMÁN, J. (2011). Enforcement, sanciones y multas en el sistema de libre competencia chileno. En Centro de Libre Competencia UC (Ed.), *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario* (pp.503-537), Santiago: Thomson Reuters.
- ROMERO GUZMÁN, J. (2013). *Ejecución y cumplimiento de un marco normativo de libre competencia: influencias y opciones de diseño* (Tesis doctoral). Universidad de Salamanca, Salamanca, España.

ROMERO SEGUEL, A. (2017). El carácter vinculante de los actos del Tribunal de la Libre Competencia que fija condiciones para la realización de actos o contratos por los agentes económicos. *Revista Jurídica Digital UANDES*, 1(1), 118-125.

SACCAR, C., ROCHA, L. y PAJOLLA, M. (2017). What to expect [or to avoid] when you are expecting: Gun jumping issues and challenges of a pre-merger control regime. En Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência (Ed.), *Brazilian Antitrust Law (Law N° 12,529/11): 5 years* (pp. 76-84).

SALOP, S. y CULLEY, D. (2015). Revising the U.S. Vertical Merger Guidelines: Policy Issues and an Interim Guide for Practitioners. *Journal of Antitrust Enforcement*, 4(1), 1-41.

SANDOVAL, R. (2016). *Contratos Mercantiles*. Tomo II. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

SANTAMARÍA PASTOR, J. (2002). *Principios de Derecho Administrativo*. Madrid, España: Centro de Estudios Ramón Areces.

SCOTT, S. y RUCKER V. (2009). Post-Close Caution: Antitrust Agencies Challenge Two Consummated. *The Threshold*, 4(2), 63-70.

SEPÚLVEDA, P. (2017). *Diseño institucional y revisión judicial en sede de libre competencia* (Tesis de pregrado). Universidad de Chile. Santiago, Chile.

SHER, S. A. (2004). Closed but not forgotten: government review of consummated mergers under section 7 of the Clayton Act. *Santa Clara Law Review*, 45(1), 41-98.

SILVA CIMMA, E. (1996). *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y fuentes*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

SOTO KLOSS, E. (2009). *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*. Santiago, Chile: Legal Publishing Chile.

STROCK, J. (2012). Setting the Terms of a Break-Up: The Convergence of Federal Merger Remedy Policies. *William and Mary Law Review*, 53, 2147-2179.

TAPIA, J., y CORDERO, L. (2015). La revisión judicial de las decisiones regulatorias. Una mirada institucional. *Estudios Públicos*, 139, 7-66.

TAVOLARI, R. (1996). *Recursos de casación y queja: Nuevo régimen*. Santiago, Chile: Jurídica ConoSur.

TREBILCOCK, M. y IACOBUCCI, E. (2002). Designing competition law institutions. *World Competition*, 25(3), 361-394.

TZOUGANATOS, D. (2005). EC Merger Regulation 139/04: The Substantive Issues. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht/The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 69 (4), 746-760.

UK COMPETITION COMMISSION & OFFICE OF FAIR TRADING (2010). *Merger Assessment Guidelines*. Recuperado de https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284449/OFT1254.pdf

UK COMPETITION COMMISSION (2008). *Merger Remedies: Competition Commission Guidelines*. Recuperado de https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/510513/cc8.pdf

US DEPARTMENT OF JUSTICE & FEDERAL TRADE COMMISSION (2000). *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*. Recuperado de https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf

US DEPARTMENT OF JUSTICE & FEDERAL TRADE COMMISSION (2010). *Horizontal merger guidelines*. Recuperado de <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>

US DOJ (2011). *Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies*. Recuperado de <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2011/06/17/272350.pdf>

US DOJ (2014). *Non-reportable transactions and antitrust enforcement*. Recuperado de <https://www.justice.gov/atr/file/517791/download>

US FTC (1984). *Non-Horizontal Merger Guidelines*. Recuperado de <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2006/05/18/2614.pdf>

US FTC (1999). *A Study of the Commission's Divestiture Process*. Recuperado de https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/study-commissions-divestiture-process/divestiture_0.pdf

US FTC (2012). *Negotiating Merger Remedies*. Recuperado de <https://www.ftc.gov/system/files/attachments/negotiating-merger-remedies/merger-remediesstmt.pdf>

US FTC (2017). *The FTC's Merger Remedies 2006-2012: A Report of the Bureaus of Competition and Economics*. Recuperado de https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/ftcs-merger-remedies-2006-2012-report-bureaus-competition-economics/p143100_ftc_merger_remedies_2006-2012.pdf

VALDÉS, D. (2006). *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

VALDÉS, D. (2010). Acuerdos extrajudiciales antimonopólicos y principio de eficiencia. *Revista de Derecho Público*, (73), 221-235.

VALDÉS, D. (2014). El principio jurídico de la inocencia en las consultas antimonopólicas sobre operaciones de concentración. En Domingo Valdés P. y Omar Vásquez D. (Ed.), *Nuevas Tendencias del Moderno Derecho Económico* (pp.115-174). Santiago, Chile: Legal Publishing Thomson Reuters.

VALDIVIA, J. M. (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

VARGAS, T. (2013). *Falsificación de instrumento privado: un estudio práctica entre la falsificación y la estafa*. Santiago, Chile: Legal Publishing Chile.

VEDOVA, H., CLOPPER, K., Y EDWARDS, C. (2018). *Avoiding antitrust pitfalls during pre-merger negotiations and due diligence*. Recuperado de <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2018/03/avoiding-antitrust-pitfalls-during-pre-merger>

VELÁSQUEZ, F. (1997). *El contrato de Joint Venture*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica ConoSur.

VERGARA BLANCO, A. (2006). Eficacia derogatoria y supletoria de las bases de procedimientos administrativos. *La Semana Jurídica*, 289, 8-9.

VICUÑA, D. (2017). Ley N° 20.945 y el delito de colusión. Modificaciones al régimen sancionatorio y la importancia de la prejudicialidad. *Actualidad Jurídica*, 36, 385-404.

VILLAR, J. (1999). *Derecho administrativo especial: administración pública y actividad de los particulares*. Madrid, España: Civitas.

VILLEGAS, E. (2012). *La naturaleza jurídica del recurso de queja. Análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial*. (Tesis de pregrado). Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile.

WEISER, P. (2008). Reexamining the Legacy of Dual Regulation: Reforming Dual Merger Review by the DOJ and the FCC. *Fed. Comm. LJ*, 61, 167-198.

WILS, W. (2009). Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages. *The World Competition*, 32(1), 3-26.