



**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**ESCUELA DE POSTGRADO**

**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 para optar al grado de Magíster en Derecho, con mención en Derecho  
Económico.

**Alumno:** JOSÉ IGNACIO MUÑOZ SOLÍS.

**Profesor Guía:** NICOLÁS CARRASCO DELGADO.

Junio, 2018

## ÍNDICE.

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>5</b>
<b>I. ROL PREVENTIVO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.....</b>	<b>9</b>
A. Principales preocupaciones del sistema de protección de la Libre Competencia.....	9
a. Persecución de ilícitos anticompetitivos. Monopolios, conductas coordinadas y conductas unilaterales.....	10
b. Prevención de ilícitos anticompetitivos. Operaciones de concentración.....	13
B. Relevancia de la definición del concepto “operación de concentración”.....	16
C. Tipos de operaciones de concentración según la posición de las partes en el mercado relevante.....	22
a. Operaciones de concentración horizontal.....	22
b. Operaciones de concentración no horizontal. Operaciones de concentración vertical y de conglomerado.....	23
D. Tipos de operaciones de concentración según el efecto que producen en la independencia de una empresa.....	26
a. Adquisición de capital de una empresa.....	27
b. Adquisición de control de una empresa.....	29
c. Acuerdos de actuación conjunta.....	30
E. Notificación y detección de operaciones de concentración.....	31

<b>II. SISTEMA CHILENO DE CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN.....</b>	<b>35</b>
A. Relevancia y objetivos perseguidos.....	36
B. Normativa aplicable con anterioridad a la Ley 20.945.....	38
C. Normativa vigente aplicable (Ley 20.945).....	43
D. Conceptualización de las operaciones de concentración en Chile.....	44
E. Partes del procedimiento.....	44
F. Procedimientos y actuaciones.....	46
a. Procedimiento ante la Fiscalía Nacional Económica.....	48
b. Procedimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y revisión por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.....	51
G. Análisis crítico y propuestas.....	52
 <b>III. ANÁLISIS SUSTANTIVO DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN...57</b>	
A. ¿Cuándo una operación de concentración vulnera la Libre Competencia? Cuando debe aprobarse, condicionarse o prohibirse una operación de concentración.....	57
B. Descripción, similitudes y diferencias de los test de análisis sustantivos....	59
C. Test de “Dominance”.....	65
a. Principales factores objeto del análisis.....	67
b. Tendencia actual.....	73

D. Test del “Substantial Market Power” o “Substantial Lessening of Competition” .....	76
E. Implementación del “Substantial Lessening of Competition” como método de análisis sustantivo de operaciones de concentración.....	83
a. Definición de Mercado Relevante.....	84
b. Estructura del Mercado Relevante.....	90
a) Incumbentes.....	92
b) Participación en el Mercado Relevante.....	93
c) Concentración.....	94
c. Desafiabilidad del Mercado Relevante. Barreras de entrada y de expansión.....	100
a) Probabilidad.....	102
b) Suficiencia.....	105
c) Oportunidad.....	106
d) Barreras de entrada y otros factores que dificultan la libre entrada y salida de un mercado.....	107
d. Contrapeso de los consumidores.....	109
e. Eficiencias de la operación de concentración.....	112
f. Otros factores relevantes.....	117
a) Empresas que producen sustantivas restricciones competitivas.....	118
b) Salida inminente de una de las partes de la operación de concentración.....	120
c) Dinamismo del Mercado Relevante.....	121

<b>IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO EN LA JURISPRUDENCIAL JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA.....</b>	<b>123</b>
A. Principales casos resueltos por la Comisión Resolutiva y por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.....	128
B. Principales casos resueltos por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.....	167
C. Principales conclusiones que pueden derivarse de la experiencia judicial en el análisis de operaciones de concentración, y circunstancias que debe considerar la Fiscalía Nacional Económica en su análisis.....	175
<b>V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.....</b>	<b>187</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>192</b>

## INTRODUCCIÓN.

Hoy en día, el escenario legislativo es uno de reformas. Nos encontramos en una época de profundas modificaciones legales, reflejo de la forma como pensamos debe ser proyectada nuestra República, tanto a nivel del proceso democrático como respecto del desarrollo específico de las actividades de cada individuo en su esfera privada<sup>1</sup>. Ello se ha gatillado por casos de alta connotación pública, que han dejado entre ver la importancia del orden público económico de nuestro país<sup>2</sup>, por análisis, diagnósticos y propuestas emanados de organismos internacionales, como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, "OCDE")<sup>3</sup>, y nacionales, como la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia (en adelante, "CAP"), entre otros.

En este contexto, la protección de la Libre Competencia ha recobrado importancia, adquiriendo una especial valoración pública desde las investigaciones y posteriores acciones seguidas contra el cartel conformado por

---

<sup>1</sup> A manera de ejemplo, ya fueron promulgadas la Reforma al Sistema Binominal (Ley N° 20.840), Reforma Tributaria (Ley 20.780 y 20.899), Ley de Acuerdo de Unión Civil (Ley N° 20.830), la Ley Única de Fondos (Ley N° 20.712), Ley de Lobby (Ley N° 20.730), y se encuentran en tramitación constitucional o en desarrollo de un mensaje presidencial o moción parlamentaria modificaciones a la normativa laboral, a las atribuciones de diversos órganos de la administración del Estado, al sistema procesal civil, y como se tratará, al Decreto Ley 211. Asimismo, se evalúa la posibilidad de gestar una nueva Constitución Política de la República.

<sup>2</sup> Dentro de estos, cabe destacar el Caso La Polar, Caso Cencosud, Caso Penta, Caso Cascadas y dentro de nuestra área de estudio, el Caso Pollos y el Caso Farmacias (tanto a nivel de Libre Competencia como penal).

<sup>3</sup> Recomendaciones OCDE, ONU, UNESCO, Etc.

las principales farmacias del país, el constituido por las productoras de pollos, el papel higiénico, entre otros<sup>4</sup>.

Así, desde el 2009 se han ido suscitando diferentes cuestionamientos sobre la forma y el fondo de las instituciones contenidas en el Decreto Ley N° 211, de 1973 (en adelante, "DL 211"), plasmándose en importantes modificaciones a dicha norma legal, principalmente a las atribuciones de fiscalización de la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, "FNE"), que han demostrado ser un relevante complemento a la importante reforma que significó la Ley 19.911, de 2003, que entre otros aspectos creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, "TDLC").

Sin embargo, se extrañaban modificaciones que respondan a cuestionamientos de fondo, principalmente los planteamientos contenidos en el informe que la CAP entregó en julio de 2012 al Presidente de la República y de los informes confeccionados por el Secretariado de la OCDE con motivo de la inclusión de Chile a la misma, todos los cuales exigen reformas tanto a nivel de la labor preventiva como reactiva del Derecho de Libre Competencia. A propósito de esto, el día 30 de agosto de 2016 se publicó la Ley N° 20.945, mediante el cual se reforman diversos aspectos del sistema de protección de la Libre Competencia,

---

<sup>4</sup> Sin perjuicio de centrarnos en la época actual, no debemos olvidar que la defensa de la Libre Competencia comenzó a ser más relevante para la opinión pública ya desde casos como la fusión entre Bellsouth y Telefónica (fallada en 2005) y en la fusión entre D&S y Falabella (fallada en 2008).

dentro de los cuales se destaca la inclusión de un control preventivo obligatorio de operaciones de concentración y la penalización del delito de colusión, entre otros.

En este marco, la presente tesis se centrará en el aspecto preventivo del control de operaciones de concentración, versando específicamente sobre el criterio sustantivo con que éstas son evaluadas, el cual, conforme a la Ley 20.945, es “*reducir sustancialmente la competencia*”<sup>5</sup>. De esta manera, el objetivo es exponer que factores determinan que una operación de concentración afecta la Libre Competencia, observando cómo actúan los diferentes órganos administrativos y/o jurisdiccionales tanto a nivel nacional, como en las principales jurisdicciones internacionales, y analizando los parámetros considerados para calificar si una operación de concentración reduce sustancialmente la competencia.

Para estos efectos, podemos distinguir dos lineamientos generales sobre cuándo existen operaciones respecto de las cuales el sistema de protección de la Libre Competencia debe preocuparse. El primero, corresponde al test de dominancia (en adelante, “TD”), que pretende determinar si una operación de concentración otorga poder de mercado a las partes del mismo, y el segundo, que se preocupa de detectar si existe un incremento sustancial del poder de mercado (en adelante,

---

<sup>5</sup> Art. 54 y 57 del DL 211, conforme a la reforma introducida por la Ley 20.945.

por su concepto en inglés, “Substantial Market Power”) o una disminución sustancial de la competencia (en adelante, por su concepto en inglés, “Substantial Lessening of Competition”), permitiendo así un control, en principio, más amplio que el caso del TD.

Esta tesis consiste en 4 capítulos, el primero de los cuales versa sobre las conceptualizaciones relevantes para comprender el presente tema. El segundo capítulo nos presenta el sistema actual de control de operaciones de concentración, haciendo un breve paralelo entre la situación anterior a la Ley 20.945 y aquella que se vive hoy en día. En tercer lugar, se tratará el tema de fondo, esto es, el análisis sustantivo de las operaciones de concentración, como antesala a una revisión de cómo la jurisprudencia judicial y administrativa ha tratado el asunto en nuestro país y en las jurisdicciones internacional con mayor experiencia. Finalmente se exhibirán, a manera de conclusión, las principales implicancias del tipo de análisis por el cual se opte, haciendo un balance sobre la conveniencia e implicancias de haber incluido a nivel legal el criterio del SMP o SLC, con motivo del mayor ámbito de control que permite el rol preventivo que caracteriza el control de operaciones de concentración.

## **I. ROL PREVENTIVO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.**

### **A. Principales preocupaciones del sistema de protección de la Libre Competencia.**

La doctrina nacional e internacional se encuentra conteste en que la labor primordial del Derecho es otorgar protección a la Libre Competencia desde dos perspectivas, una preventiva y otra represiva<sup>6</sup>.

En primer lugar, el Derecho debe preocuparse de la persecución de los ilícitos que atentan contra la Libre Competencia, los cuales pueden revestir la forma de monopolios, conductas coordinadas o conductas unilaterales<sup>7</sup>. Este aspecto de la protección de la Libre Competencia es intrínsecamente reactivo y correctivo, así como eminentemente contencioso, contrastando la pretensión sancionatoria de la FNE, o incluso de particulares, con las exculpaciones de los supuestos infractores.

En segundo lugar, el Derecho debe tener herramientas que permitan un control *ex ante*, de manera que los agentes económicos no incurran o no se encuentren en situación de incurrir en actos que vulneren el bien jurídico en comento. En este

---

<sup>6</sup> Escapa del interés de esta tesis adentrarnos en la relevancia del bien jurídico Libre Competencia para el resguardo de los mercados y del orden público económico, así como los fundamentos para su protección, asunto que no se encuentra exento de discusiones. Sobre este aspecto, puede consultarse Coloma, Germán, “*Defensa de la Competencia*”, 2003, editorial Ciudad Argentina, pp. 57 y siguientes.

<sup>7</sup> *Ibid*, pp. 13 a 15.

sentido, hablamos de un control esencialmente preventivo, especulativo, y cuyo carácter es más bien no contencioso, al menos en un principio. Para lograr este efecto, existen diversas opciones, siendo común hoy en día el establecimiento de procedimientos de información previa de operaciones de concentración, como se expondrá más adelante<sup>8</sup>.

**a. Persecución de ilícitos anticompetitivos. Monopolios, conductas coordinadas y conductas unilaterales.**

En su faceta represiva, el Derecho de Libre Competencia debe encaminarse a la detección, investigación, persecución y sanción de quienes cometan ilícitos anticompetitivos, esto es, por una parte, a los monopolistas, y por la otra, a quienes incurran en conductas coordinadas<sup>9</sup> o en conductas unilaterales<sup>10</sup>.

De forma consecuente, los principios generales que rigen los procesos investigativos, contencioso-administrativos y judiciales, según sea el caso, destinados a sancionar los ilícitos anticompetitivos tienen como meta no solo castigar a quienes incurran en ellos, sino que deben cumplir la tarea de desincentivar la realización de nuevos actos o la celebración de nuevos acuerdos

---

<sup>8</sup> En este sentido, pero bajo los conceptos de “*política de comportamiento*” y “*política estructural*”, véase *Ibid*, pp. 14 a 17.

<sup>9</sup> Por ejemplo, carteles.

<sup>10</sup> Por ejemplo, abusos de posición dominantes como precios predatorios, ventas atadas, restricción marginal, imposición de barreras de mercado, entre otras.

atentatorios contra la Libre Competencia. Dichas sanciones se materializan generalmente en una multa a beneficio fiscal, tanto a personas jurídicas como naturales, así como inhabilidades y/o penas privativas de libertad<sup>11</sup>.

En este sentido, debemos considerar que, al tratarse de un procedimiento en que una parte, sea un ente persecutor fiscal o un particular denunciante, pretende atribuir la realización de hechos sancionados por el Derecho, existen principios propios del debido proceso que deben ser respetados. La doctrina aun discute la naturaleza de la normativa procedimental de protección de la Libre Competencia, en el sentido de aplicar principios propios del Derecho Procesal Penal, en una versión atenuada de los mismos, al tratarse del ejercicio del *Ius Puniendi* del Estado, como sucede en los procedimientos administrativos, o si debiese regirse por criterios civiles patrimonial, que resultan más adecuados al carácter correctivo y disuasivo de la defensa de la Libre Competencia<sup>12</sup>.

Detrás de las normas antimonopolios, es la eficiencia del sistema económico lo que se pretende proteger, las libertades de los agentes económicos frente al Estado y entre ellos mismos, sin que se sometan unos a otros, sino únicamente

---

<sup>11</sup> Por ejemplo, el artículo 26 letra c), d) y e) y el artículo 62 del DL 211, conforme a la reforma introducida por la Ley 20.945.

<sup>12</sup> Sobre este tema, resulta particularmente clara la prevención efectuada por los ministros Sr. Javier Tapia Canales y Sr. Jaime Arancibia Mattar, en la sentencia N° 160-2017, dictada el TDLC con fecha 28 de diciembre de 2017, donde se puede observar la discusión doctrinaria a propósito de los principios que deben regir el procedimiento contenido en el DL 211, y por tanto, cómo debe comprenderse la naturaleza misma de esta área del Derecho, como parte del *Ius Puniendi* del Estado o como un “*Ius Corrigendi*”, compuesto de obligaciones civiles, con la particularidad de que su fuente es la ley y su interés es de orden público.

ante los dictámenes propios del mercado, es decir, se defienden las bases del libre mercado. Es por ello que el objetivo no resulta necesariamente punitivo o sancionatorio, sino que persigue fines de eficiencia económica<sup>13</sup>, en el sentido de satisfacer las necesidades al menor costo posible, es decir, productiva. Es por la relevancia del bien jurídico que el sistema de defensa de la Libre Competencia debe imponer sanciones que permitan disuadir a quienes pretendan realizar actos atentatorios.

Considerando lo expuesto, las normas deben preocuparse en un doble sentido, reaccionar de manera oportuna, eficiente y eficaz frente al acto del agente económico que afecte la Libre Competencia, en todos los niveles indicados, así como de otorgar los resguardos necesarios para que se garanticen los principios propios del debido proceso al agente económico que supuestamente incurrió en el acto anticompetitivo, permitiendo una respuesta por parte del sistema jurídico que cuente tanto con una legitimación interna como externa.

Podemos resumir lo señalado en que, la faceta restrictiva de protección de la Libre Competencia genera un verdadero pleito sobre si un agente económico incurre o no en un ilícito anticompetitivo, lo cual deberá ser debidamente opuesto,

---

<sup>13</sup> En este sentido, lo que se pretende no es que la sanción enmiende o castigue lisa y llanamente al que incurre en un ilícito anticompetitivo, sino que persigue entregar un dato al mercado, consistente en que, si alguien pretende atacar sus principios, el orden público económico, éste no saldrá impunes, sino que deberá afrontar las consecuencias negativas que ello implica.

probado y calificado por los órganos competentes, de manera previa a tomar de decisión a su respecto.

Los factores someramente indicados son los que deben ser considerados al momento de generar las políticas públicas, evaluar las normas actuales y proponer su modificación, para efectos de sancionar a quienes incurren en ilícitos anticompetitivos, y generar desincentivos sobre los agentes del mercado que pretendan incurrir en los mismos.

**b. Prevención de ilícitos anticompetitivos. Operaciones de concentración.**

Por su parte, la faceta preventiva de las normas antimonopolios tiene una naturaleza totalmente distinta al aspecto sancionatorio de la Libre Competencia.

En el Derecho Comparado, y hoy con más fuerza en nuestro país, gracias a la Ley 20.945, los esfuerzos preventivos se centran en el control de operaciones de concentración, toda vez que el efecto propio de las mismas, esto es, la reducción de los agentes que participan en un mercado, puede conllevar el aumento del poder de mercado de sus agentes y/o facilitar potenciales acuerdos entre competidores. Por supuesto, esto es únicamente un riesgo, debiendo sopesarse

diversos factores para determinar la posibilidad de concreción del mismo, sea mediante los estándares del TD o del SMP/SLC.

Sin embargo, las reestructuraciones de las empresas, sea mediante modificaciones de estatutos, absorciones, fusiones, disoluciones y constituciones de nuevas sociedades, así como tantas otras formas de organizar el patrimonio, son operaciones comunes tanto en el ciclo de vida de una sociedad como en el comercio, y en muchos casos obedecen a criterios o resultan de necesidades de la empresa para el correcto funcionar de sus negocios, más que en obtener resultados que sean contrarios a la Libre competencia<sup>14</sup>.

En este sentido, existen diversos aspectos de las operaciones de concentración que pueden resultar beneficiosos tanto al privado<sup>15</sup> como a la sociedad, principalmente producto de obtener mayores eficiencias, lo que se puede verificar a nivel de una disminución de costos en la cadena de producción, mayores ventas para las empresa que incurren en la operación o mayor inversión en investigación y desarrollo del producto o servicio ofrecido, todo lo cual puede derivar en

---

<sup>14</sup> Hale, Rosemary y Hale, G. E., “*More on mergers*”, The Journal of Law and Economics, 1962, p. 126. Indican los autores, que los motivos de las operaciones de concentración tienen más relación con la disminución de costos a través de la reducción de fricciones de la economía (“*friction in the economy*”).

<sup>15</sup> Asquith, P., Bruner, R, y Mullins, D., “*The Gains to Bidding Firms from Merger*”, Journal of Financial Economics 11 (1983), pp. 121 a 139, y Hale, Rosemary y Hale, G. E., “*More on mergers*”, op. cit., pp. 122 y ss. En este sentido, puede observarse que las operaciones de este tipo buscan reducir riesgos e incertidumbres, así como lograr economías de escala, diversificación y expansión.

ventajas para los consumidores, mediante la mejora en la calidad del bien o la disminución de su precio<sup>16</sup>.

De esta manera, las partes de la operación buscarán mostrar los aspectos beneficiosos de la misma<sup>17</sup>, así como su inocuidad, mientras el ente encargado de la revisión, deberá velar por realizar un análisis lo más completo y acertado posible, visualizando de esta manera todos los riesgos que presenta la operación, y la posibilidad de la concreción de éstos.

Como se podrá observar, en tanto las normas que regulen el procedimiento de revisión lo permitan<sup>18</sup>, no existen necesariamente intereses contrapuestos en el análisis de la operación, sin perjuicio de que las partes de la operación siempre querrán lograr una aprobación pronta y en los mismos términos propuestos.

Para estos efectos, el Derecho deberá preocuparse de diversos aspectos, tanto procesales y orgánicos, por ejemplo, plazos para solicitar la revisión, si esta es obligatoria, voluntaria o mixta, facultades para requerir información, así como sustantivos, como cuál es la profundidad y aspectos que deberán ser observados,

---

<sup>16</sup> A título de ejemplo, se puede consultar la Resolución N° 1 del TDLC, de 25 de octubre de 2004, en cuyo título noveno analiza las eficiencias derivadas de la eventual fusión entre Metrópolis Intercom S.A. y VTR S.A.

<sup>17</sup> Referencias a la importancia de este factor se pueden observar en Hale, Rosemary y Hale, G. E., op. cit, p. 127.

<sup>18</sup> Al respecto, es posible revisar las recomendaciones que entregó la OCDE, como el incentivar la entrega completa de información, especialización del ente revisor, entre otras.

cuáles son las decisiones a tomar respecto a las operaciones, que medidas paliativas pueden tomarse, cuál es el efecto de las decisiones que se adopten, entre otros.

La presente tesis centrará su análisis en uno de los aspectos sustantivos de la faceta preventiva, consistente en qué estándares se utilizan y qué aspectos son los determinantes en cada uno de ellos, para que la autoridad encargada de efectuar análisis de una operación de concentración la apruebe, condiciones o prohíba.

## **B. Relevancia de la definición del concepto “operación de concentración”.**

El primer paso para comprender la faceta preventiva de la Libre Competencia, es definir su ámbito de actuación. En este sentido, como se ha indicado precedentemente, el riesgo para la Libre Competencia viene determinado por los efectos de la disminución de los agentes que participan en un mercado determinado. Al respecto, existen diversos escenarios que pueden producir el efecto mencionado.

En un primer sentido, podemos observar un primer tipo de casos, en los que una empresa se ve en la obligación de salir de un mercado, sea ya por insolvencia,

pérdida de cuota de mercado, imposibilidad de mantener la competitividad, pérdida de requisitos legales habilitantes, entre otros, y un segundo tipo de casos, en que mediante una manifestación de voluntad de partes, se genera una estructura legal corporativa, se modifican estatutos, se venden los activos que conforman al agente (o una división específica del mismo<sup>19</sup>) o simplemente se celebra un acuerdo, el cual les permite reforzar la consecución de un objetivo en común, una participación conjunta en un mercado determinado, el fortalecimiento de un agente mayor que absorbe pequeños participantes, entre otras posibilidades.

En la primera situación, el efecto potencialmente nocivo no depende de la voluntad de los agentes, sino de factores externos. Estos pueden ser el resultado del mismo mercado en que participa el agente, y por tanto, son efectos propios de la competencia, mientras que si ocurrieron por ilícitos anticompetitivos, deberán ser corregidos mediante las facultades represivas correspondientes.

Es sobre los acuerdos donde deben centrarse los esfuerzos de la faceta preventiva de la Libre Competencia, es decir, aquellas modificaciones a la estructura de un mercado determinado, que las partes, sean o no incumbentes, quieren introducir. Al respecto, se debe prevenir que mediante esas

---

<sup>19</sup> El caso mencionado es tratado, por ejemplo, en el capítulo 11 de la “*Horizontal merger guidelines*”, dictada conjuntamente por la Federal Trade Commission y el U.S. Department of Justice, de fecha 19 de agosto de 2010.

modificaciones se logre una posición de mercado que permita un ejercicio abusivo, una coordinación entre los agentes o que se produzca una disminución significativa de la competencia, según se adopte el TD o el SMP.

Pues bien, resulta esencial concordar en una definición del rango de control desde un doble aspecto. Por un lado, la necesidad de establecer un marco de actuación para el órgano encargado de efectuar el análisis, limitando su actuar a las operaciones que efectivamente pueden producir el riesgo en comento, entregando seguridad jurídica a los agentes de un mercado, y por el otro, dotar de flexibilidad o campo de actuación que le permita ser eficaz y efectivo frente a los posibles medios de evasión del sistema de control.

La doctrina no se encuentra conteste en una definición de operación de concentración, sin embargo, parece llegar a un acuerdo en casos que deben ser considerados como tal<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Lo anterior, lo podemos ver reflejado en la concordancia que podemos observar al revisar las diferentes guías que han dictado jurisdicciones como la Comunidad Europea, Reino Unido, Canadá, Australia y Chile, entre otras. En la Comunidad Europea, artículo 3 del Reglamento (CE) N° 139/04, del Consejo de la Comunidad Europea; en Reino Unido, Office of Fair Trading y Competition Commission, “*Merger assessment guidelines*”, septiembre de 2010, pp. 13 y ss.; en Canadá, Competition Bureau, “*Merger enforcement guidelines*”, marzo de 2009, pp. 1 y ss.; en Australia, Australian Competition and Consumer Commission, “*Merger guidelines*”, noviembre de 2008 (actualizado a noviembre de 2017), pp. 4 y ss., y en Chile, Fiscalía Nacional Económica, “*Guía de Competencia*”, junio 2017, pp. 9 y ss.

En un primer acercamiento, podemos clasificar las operaciones de concentración según la posición de cada parte en el mercado relevante de que se trate, es decir, si la operación es horizontal, vertical o de conglomerado.

Desde el punto de vista del efecto producido por la operación de concentración, podemos observar que las diferentes legislaciones tienden a comprender dentro del concepto en análisis la adquisición de participación en el capital, la adquisición del control de una empresa y la adopción de acuerdos de actuación conjunta, como fórmulas equivalentes para llegar a un efecto común, cual es la pérdida de independencia de uno o más incumbentes, producto de la operación.

En este sentido, podemos ver que las agencias estatales de otros países encargadas de efectuar los análisis de los actos en comento definen las operaciones de concentración en consideración a su efecto, como se puede observar en Estados Unidos, Inglaterra, Alemania, Francia, España, Canadá, Australia, entre otros, a pesar de sus diferencias a nivel de tradiciones jurídicas y de cómo tratar la defensa de la Libre Competencia.

En Chile priman criterios similares, como podemos observar en las definiciones otorgadas por los 2 órganos estatales que participan en la protección de la Libre Competencia.

Así, el TDLC entiende por operación de concentración *“todo hecho, acto o convención, simple o complejo, cualquiera que 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 conforme un entidad común, reduciendo así de manera significativa y duradera la independencia competitiva de cualquiera de ellas”*<sup>21</sup>.

Por su parte, la FNE entiende por operaciones de concentración *“las fusiones, las adquisiciones de acciones, las adquisiciones de activos, las asociaciones y, en general, los actos y convenciones que tengan por objeto o efecto que dos o más empresas económicamente independientes entre sí, pasen a conformar una empresa o tomar decisiones en forma conjunta o a integrar un mismo grupo empresarial”*<sup>22</sup>.

Con la entrada en vigencia de la Ley 20.945, nuestra normativa cuenta con una definición legal de operaciones de concentración, contenida en el artículo 47 del

---

<sup>21</sup> Auto Acordado N° 12/2009, dictado por el TDLC con fecha 20 de marzo de 2009. Si bien esta norma quedó sin efecto producto del Autoacordado N° 17/2017, del mismo órgano jurisdiccional, es un buen reflejo de la conceptualización de lo que nuestra jurisprudencia comprende por operación de concentración.

<sup>22</sup> Fiscalía Nacional Económica, *“Guía para el análisis de operaciones de concentración”*, octubre 2012, p 6. Si bien esta normativa se encuentra derogada desde el 01 de junio de 2017, la Guía de Competencia, dictada por el mismo órgano administrativo en junio de 2017, indica que los funcionarios podrán revisarla para el análisis sustantivo de operaciones de concentración, en tanto no se dicten nuevas guías sustantivas, en su nota al pie número 5.

DL 211, de un tenor similar al que se ha expuesto precedentemente, entendiendo por tal “(...) *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:*

*a) Fusionándose, cualquiera que sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión.*

*b) Adquiriendo, uno o más de ellos, directa o indirectamente, derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, influir decisivamente en la administración de otro.*

*c) Asociándose bajo cualquier modalidad para conformar un agente económico independiente, distinto de ellos, que desempeñe sus funciones de forma permanente.*

*d) Adquiriendo, uno o más de ellos, el control sobre los activos de otro a cualquier título.”*

A propósito de esta nueva normativa, y comprendiendo la relevancia de definir el ámbito de control que se ejercerá, la FNE dictó en junio de 2017 lineamientos

para comprender cuándo nos encontramos ante una operación de concentración y cuándo no, definiendo así su ámbito de competencia<sup>23</sup>.

**C. Tipos de operaciones de concentración según la posición de las partes en el mercado relevante.**

**a. Operaciones de concentración horizontal.**

Como se adelantó, las operaciones de concentración pueden clasificarse según la posición que tienen las partes de la misma en el mercado relevante de que se trate.

Hablamos de una operación de concentración horizontal cuando nos referimos a una en que participan dos o más partes que son incumbentes de un mismo mercado relevante.

De esta manera, resulta un efecto propio de este tipo de operaciones la disminución del número de participantes de un mercado, surgiendo los riesgos esbozados en los capítulos precedentes que constituyen la justificación de un análisis preventivo.

---

<sup>23</sup> La FNE nombró estos lineamientos “Guía para la determinación de la competencia de la Fiscalía respecto de operaciones de concentración sujetas a control” o simplemente “Guía de Competencia”.

En este caso, los peligros se materializarían en la creación de monopolios, en acuerdos de coordinación entre los competidores o en actos de abuso de la posición dominante que por la operación generaron, afianzaron o crearon.

En nuestra normativa, la FNE ha definido este tipo de operaciones como “*aquella en que las empresas involucradas son competidoras actuales o potenciales en un mercado relevante dado*”<sup>24</sup>, incluyéndolas sin lugar a duda dentro de los actos que debiesen ser objeto de análisis.

**b. Operaciones de concentración no horizontal. Operaciones de concentración vertical y de conglomerado.**

Parte del Derecho Comparado distingue de las operaciones de concentración horizontal aquellas que no se producen entre incumbentes, sino entre agentes que participan de diversas etapas de una cadena de producción (operaciones de concentración verticales) y aquellas en que, estando en la misma etapa de producción, representan el ingreso de una de las partes en un mercado relevante diverso (operaciones de concentración conglomerado).

---

<sup>24</sup> Fiscalía Nacional Económica, “*Guía para el análisis de operaciones de concentración*”, octubre 2012, p. 6, nota al pie N° 1.

En estos casos, como podrá observarse, no ocurre una disminución de los incumbentes del mercado<sup>25</sup>, razón por la cual no existe un motivo directo por el cual se pueda generar un monopolio o se facilite necesariamente la coordinación. El riesgo en estos casos viene determinado por la posibilidad de que una de las partes, sea aguas arriba o aguas abajo, sea en el mercado relevante original o en aquel al que se accede, adquiera, afiance o incremente su poder de mercado, de manera que se encuentre en posición de abusar mediante la comisión de actos exclusorios.

Las normas de control difieren sobre cómo abordar el tratamiento de estas operaciones de control no horizontal. Así, podemos observar que la Horizontal Merger Guidelines, dictada conjuntamente por el Department of Justice y la Federal Trade Commission de Estados Unidos, excluye las operaciones verticales de la normativa aplicable a las operaciones horizontales<sup>26</sup>. Por otro lado, la Merger Guidelines de la Competition Commission de Reino Unido no hace distinción al respecto, pudiendo constituir un caso de “*relevant merger case*” de la misma forma las operaciones verticales, de conglomerado u horizontales<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Cabe precisar que, aunque en EE.UU. no haya un mayor desarrollo de este tipo de operaciones, ya desde 1962 la doctrina mencionaba su relevancia, como puede verse en Hale, Rosemary y Hale, G. E., op. cit, pp. 120 y 121.

<sup>26</sup> Sobre este tema, puede verse Salop, S. y Culley, D., “*Revising the US Vertical Merger Guidelines*”, Journal of Antitrust Enforcement, 1º edición, volumen 4, (2016), pp. 1 a 41. En este sentido, la normativa antimonopolios de Estados Unidos que establece un control de las operaciones de concentración no excluye expresamente aquellas de tipo vertical, pero la Federal Trade Commission y el Department of Justice no centran sus esfuerzos en ellas, especialmente en comparación con las operaciones de carácter horizontal, encontrándose las primeras en un estado de desactualización.

<sup>27</sup> En este sentido, los párrafos 4.1.5 y 5.6 de la Merger Assessment Guidelines, dictada de manera conjunta por la Competition Commission y la Office of Fair Trading, del Reino Unido, en septiembre de 2010, explica

Sin perjuicio de lo expuesto, se ha postulado la existencia de un cambio de criterio por parte del Department of Justice de EE.UU., a propósito de la fusión entre AT&T y Time Warner ocurrida en 2017, en que se han cuestionado los postulados en que se fundaba la inocuidad de las fusiones verticales<sup>28</sup>, la cual fue desafiada por dicha entidad, acusando un posible aumento de costos para la competencia de AT&T para acceder a determinada programación de Time Warner, que es de una especial relevancia para los consumidores<sup>29</sup>.

Cabe hacer mención que, el DL 211 no precisa los diversos tipos de Operaciones de Concentración, sino que la FNE, a través de su Guía de Operaciones de Concentración, asume la última posición, preocupándose de demarcar la regulación los diversos casos expuestos. En dicho cuerpo normativo, las operaciones de concentración verticales son definidas como “*aquella en que las empresas involucradas operan en distintas etapas de la producción o distribución de un bien o servicio, generalmente con carácter de proveedoras y clientes entre sí*”, mientras que las de conglomerado, en un sentido más residual, como “*aquella*

---

cómo las operaciones de concentración no horizontales pueden derivar en un “*Substantial Lessening of Competition*”.

<sup>28</sup> En concepto de Salop, Steven, “*Invigorating vertical merger enforcement*”, The Yale Law Journal, vol. 127:1, 2018, pp. 5 y ss., es la Escuela de Chicago la culpable de que en EE.UU. no se dé la relevancia correspondiente a las operaciones de concentración verticales, toda vez que asumen que éstas son intrínsecamente eficientes, que los problemas de acceso a ciertos insumos son realmente reasignaciones de mercado y que, aunque esto ocurriera, no sería rentable.

<sup>29</sup> Ibid, pp.6 y ss.

que no tiene el carácter de horizontal ni de vertical<sup>30</sup>. De esta manera, los tres tipos de operaciones de concentración descritos pueden ser objeto de control de la misma manera, pero la Guía de Competencia dictada por la FNE el 2017 expresamente establece que las operaciones horizontales serán analizadas bajo los criterios sustantivos indicados en la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración dictadas por la FNE en octubre de 2012<sup>31</sup>.

#### **D. Tipos de operaciones de concentración según el efecto que producen en la independencia de una empresa.**

Como se indicó, la mayoría de las legislaciones prefieren determinar el concepto de operaciones de concentración enfocándose en los efectos que producen los riesgos que se buscan prever. Lo que se pretende es englobar los casos en que se produce un cese de la independencia de un incumbente, de manera tal que este deja de “*ser distinto*”<sup>32</sup> de otro competidor.

---

<sup>30</sup> Fiscalía Nacional Económica, “*Guía para el análisis de operaciones de concentración*”, octubre 2012, p. 6, nota al pie N° 1.

<sup>31</sup> Fiscalía Nacional Económica, “*Guía de Competencia*”, junio 2017, página 7, párrafo 10.

<sup>32</sup> “*Cease to be different*”, en el concepto utilizado en Reino Unido, como se puede observar en Office of Fair Trading y Competition Commission, op. cit., p. 13.

El Derecho Comprado tiende a concordar en la existencia de tres casos en que, sea por un efecto fáctico o jurídico, la dirección de los incumbentes podría unificarse<sup>33</sup>.

Los casos corresponden a la adquisición de participación en el capital de una empresa, como en una fusión o en las ventas de activos, cuando se adquiere control sobre la misma, como en los casos de interlocking y adquisiciones de participación parcial de acciones o derechos sociales, y por último, los acuerdos de actuación conjunta.

**a. Adquisición de capital de una empresa.**

En cuanto al primer caso, la adquisición de participación en el capital de una sociedad, independiente de las muchas formas en que pueda llevarse a cabo, implica la adquisición de acciones o derechos sociales que vienen asociados a derechos políticos dentro de la compañía. En esta clasificación se engloban las adquisiciones totales, como es el caso de una fusión, y aquellos casos en que se adquiere más del 50% de los derechos sociales o de las acciones de una sociedad<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Lo anterior es consistente con lo expuesto tanto en Hale, Rosemary y Hale, G. E., op. cit., pp. 122 y 123, así como en Asquith, P., Bruner, R, y Mullins, D., op. cit., pp. 138 y 139, en el sentido de que, la gestión que pueda realizar la firma adquirente respecto de los activos de la adquirida, es un factor determinante para la intención de concretar la operación de concentración.

<sup>34</sup> Se hace la distinción porcentual en algunos países para diferenciarla de la adquisición parcial, en que lo que afecta es principalmente el control que se adquiere de la dirección de la empresa.

Como podrá comprenderse, la fusión de una o más empresas, sea mediante la creación de una nueva sociedad o la disolución de una de las partes debido a la integración de su patrimonio en otra, implican necesariamente la salida de un incumbente en el mercado, generando los riesgos que conlleva una mayor concentración y/o la adquisición, consolidación o incremento del poder de mercado de una de las partes.

Independiente de las formas utilizadas, el efecto es uno, las empresas que son parte de la operación dejan de ser independientes entre sí.

Por su parte, las adquisiciones de más del 50% del capital de una sociedad, suponen también una convergencia en la dirección de las mismas, puesto que no solo podría, en la mayoría de los casos, decidir sobre la integración de la mayoría del Directorio de una sociedad, es decir, controlar su administración, sino que podría decidir sobre acuerdos de mayor relevancia, como reformar los estatutos sociales.

Es precisamente por esta capacidad para tomar decisiones sobre el control y el capital de la empresa que se asimila este tipo de adquisiciones a las fusiones.

Puede incluirse asimismo en esta categoría la adquisición de los activos de una empresa, o de algunos de ellos, que tengan el carácter de esencial o que por su transferencia impliquen la salida del competidor del mercado. Lo anterior se explica toda vez que el efecto para la competencia es el mismo que el de una fusión, esto es, disminuir la cantidad de ofertantes en el mercado relevante de que se trate.

**b. Adquisición de control de una empresa.**

En relación al segundo caso, lo determinante resulta el control que se pueda ejercer sobre la dirección de la empresa, debido a la operación de concentración<sup>35</sup>.

Existirá, por supuesto, un cambio de control en los casos indicados en el apartado precedente. Sin embargo, resulta propio de esta clase de casos las adquisiciones parciales de capital (menores al 50%), pero que permiten, por ejemplo, designar uno o más directores (o administradores según el tipo societario), así como los casos en que se ejerce una influencia relevante sobre la dirección de la compañía. Desde este punto de vista, podría realizarse una nueva distinción, basado en el origen del ejercicio del control, en tanto este sea “*de jure*”, es decir,

---

<sup>35</sup> Lo anterior puede ser la intención principal de la operación de concentración, para el caso explicado en Hale, Rosemary y Hale, G. E., op. cit., pp. 122 y 123, donde la firma adquirente considera que, la mala gestión de los activos de la adquirida, han llevado a su subvaloración.

que provenga de los derechos que una de las partes adquiere y ejerce, con sustento en un título jurídico que le permitiría incluso imponer su decisión, y aquel control que proviene únicamente de situaciones fácticas, es decir, “*de facto*”.

Resulta interesante destacar que, no hay unanimidad en cuanto a si deben someterse al control preventivo las operaciones de concentración que implican una adquisición de control de facto, existiendo legislaciones que prevén esta situación de manera expresa<sup>36</sup>, y otras que lo excluyen, por haber carencia de posibilidades de imponer y sostener su control<sup>37</sup>.

### **c. Acuerdos de actuación conjunta.**

En relación al tercer caso, la doctrina y el Derecho Comparado utilizan un concepto bastante amplio, cual es el acuerdo de actuación conjunta, a fin de incluir todo tipo de acuerdo entre competidores que, sin implicar una adquisición de capital o de control necesariamente, pueda generar los riesgos que el control preventivo de operaciones de concentración busca evitar.

---

<sup>36</sup> Office of Fair Trading y Competition Commission, op. cit., p. 15. También se puede observar en Commerce Commission, “*Merger and acquisitions guidelines*”, julio de 2013, p. 13.

<sup>37</sup> En este sentido, podemos mencionar el caso de EE.UU., en el cual la sección 7A de la Clayton Act (Hart-Scott-Rodino Act) no hace referencias al concepto de control, sino que define a la adquisición de acciones o participaciones en sociedades (o joint ventures), que le entreguen derechos sobre la decisión sobre el capital o el nombramiento de directores, así como de bienes, tal cual se observa en ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS, “*Definition of transaction for the purpose of merger control review*”, 2013, pp. 197 y ss.

Típicamente, se indican bajo este acápite los joint venture, las asociaciones o cuentas en participación, los pactos de accionistas, entre otros.

Por su puesto, la relevancia del acuerdo de actuación conjunta de que se trate es que se genere el efecto indicado precedentemente, que las partes dejen de actuar como entidades distintas<sup>38</sup>.

#### **E. Notificación y detección de operaciones de concentración.**

Habiendo esbozado el concepto de operación de concentración, el sistema jurídico deberá preocuparse de generar los incentivos que fueran necesarios para lograr su objetivo, esto es, prevenir la materialización de los riesgos que implican las operaciones de concentración.

Para dicho fin, el órgano encargado de analizar las operaciones de concentración deberá tener conocimiento de las mismas, de manera oportuna, acceder a la información que resulte relevante para determinar su riesgo y contar con las facultades necesarias para resguardar los riesgos detectados, como la imposición de medidas de mitigación, o incluso, prohibirlas<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Office of Fair Trading y Competition Commission, op. cit., p. 16.

<sup>39</sup> ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS, “Informe del Secretariado de la OCDE: Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile”, julio 2014, pp. 8 a 10.

Pues bien, será necesario que el legislador determine el tipo de sistema de notificación de las operaciones de concentración (sistema voluntario, obligatorio o mixto), los efectos de la notificación, y los deberes de información que las partes tendrán para con el órgano revisor.

Por supuesto, será relevante determinar también los efectos de la vulneración de las normas, a fin de poder efectuar una detección oportuna y eficaz de las operaciones de concentración que resulten relevantes.

Si bien no es objeto de este trabajo adentrarnos en estos aspectos, no deja de ser relevante, para el ejercicio de las facultades preventivas, la determinación del sistema de notificación y de detección de las operaciones de concentración, pues forman parte de las delimitaciones que tendrá el ejercicio de dichas facultades, confundándose en muchos casos la definición del concepto de operación de concentración con la determinación de los umbrales o requisitos que han de cumplirse para que ésta sea notificada.

Tanto la determinación del sistema de notificaciones como de los deberes de información, y su cumplimiento forzado, son elementos esenciales para el éxito del aspecto preventivo de la Libre Competencia.

En este sentido, un sistema de notificaciones obligatorio puede generar una sobre-detección de casos, y producir un aumento de los costos para las partes de las operaciones de concentración, produciendo un efecto negativo en las eficiencias que puedan lograrse, sean o no riesgosas para la Libre Competencia. Por el contrario, un sistema voluntario puede derivar en una infra-detección de casos, pues la determinación de revisar o no una determinada operación dependerá exclusivamente de las partes, de manera tal que, ante la omisión de notificación en los casos de operaciones efectivamente riesgosas, queda como única opción la faceta represiva. Por su parte, un sistema mixto lidiará con similares problemas según los parámetros o umbrales que establezca para la obligatoriedad de las mismas, debiendo pronunciarse también sobre la posibilidad del órgano revisor de indagar operaciones que, encontrándose bajo el umbral de notificación, puedan ser efectivamente conforme al TD o producir una SLC.

Por otra parte, los deberes de información deben ser claramente establecidos, incluyendo la posibilidad de forzar su cumplimiento, a fin de que las partes hagan una entrega de información que sea oportuna, íntegra y veraz. Como se trata de una revisión completa, un análisis prospectivo de los efectos que podrá producir una determinada operación, determina que la información resulta ser el insumo esencial para lograr una verdadera detección de los riesgos. Es por ello que, en la mayoría de los países que cuentan con un sistema de control de operaciones

de concentración, y como lo recomendó la OCDE a Chile<sup>40</sup>, los deberes de información de las partes deben indicarse mediante normativa de rango legal, así como las sanciones para su incumplimiento y la forma de forzar su cumplimiento<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS, “Informe del Secretariado de la OCDE: Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile”, julio 2014, p. 122.

<sup>41</sup> Para un análisis más profundo, puede verse González, A. y Benítez, D. “*Optimal Pre-Merger Notification Mechanisms: Incentives and Efficiency of Mandatory and Voluntary Schemes*”, The World Bank, Sustainable Development Network, Finance Economics & Urban Department (2009); Nehme, N. y Mordoj, B., “*Diseños Institucionales de Control de Concentraciones: Análisis y Propuestas*”, revista de Estudios Públicos (2012), y Cane, P, “*Judicial review and merits review: Comparing Administrative Adjudication by Courts and Tribunals*”, (2010).

## **II. SISTEMA CHILENO DE CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN.**

Habiendo expuesto de manera somera los aspectos más relevantes que permiten definir la faceta preventiva de la defensa de la Libre Competencia en relación al control de operaciones de concentración, y esbozando una conceptualización en base a qué tipo de actuaciones debiesen revisarse, corresponde adentrarnos en la legislación nacional, a fin de determinar el estatuto jurídico vigente y lo que la práctica judicial y administrativa han determinado.

Debe considerarse desde ya que, previo a la entrada en vigencia de la Ley 20.945, no existieron en Chile normas que expresamente regulen el control de operaciones de concentración, ni a nivel procesal ni respecto del análisis de fondo.

Todas las actuaciones que se han realizado a título de la faceta preventiva de la Libre Competencia se escudan en disposiciones que dan protección genérica al bien jurídico en comento, principalmente los artículos 1, 3 y 26 del DL 211 (previo a la Ley 20.945).

A continuación, se analizarán los principales aspectos del marco normativo que rige el control preventivo de operaciones de concentración en Chile.

## **A. Relevancia y objetivos perseguidos.**

Como se ha indicado, la legislación chilena de protección de la Libre Competencia no contemplaba reglas especiales para el control de operaciones de concentración a nivel legal.

Con el objeto de salvaguardar esta carencia, la FNE y el TDLC dictaron normativa bajo el supuesto de que resulta esencial a la protección y promoción de la Libre Competencia la revisión ex ante de las operaciones de concentración.

Lo anterior, derivó en una importante preocupación en los agentes económico sobre este asunto, en relación a que ambas instituciones se encontraban contestes en la necesidad de efectuar revisiones de las operaciones de concentración, como ocurre en el resto del mundo, a pesar de no contar, en dicho momento, con una norma que expresamente los habilite al efecto. De esta manera, podemos observar relevantes operaciones de concentración que, voluntariamente (o incluso forzados por terceros), han sido objeto del análisis preventivo por parte de la FNE y/o del TDLC.

De acuerdo con su Auto Acordado N° 12/2009, el TDLC establece como finalidad el otorgar certeza jurídica a las operaciones de concentración, de conformidad

con la disposición contenida en el artículo 32 del DL 211, otorgando un blindaje relativo a la operación analizada, esto es, que no podrá perseguirse su responsabilidad por ser contraria a la libre competencia, salvo que, posteriormente, y en base a nuevos antecedentes, fuere calificada como tal<sup>42</sup>.

Por su parte, podemos observar en la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración de la FNE, que esta institución comprende que las operaciones de concentración son de “*gran importancia para el desarrollo de los mercados*”<sup>43</sup>, y “*mayoritariamente positivas*”<sup>44</sup>, sin embargo, de ellas pueden resultar efectos contrarios a la Libre Competencia, haciendo necesaria su revisión como parte de la labor preventiva de la institucionalidad de protección de la Libre Competencia.

Las finalidades descritas se combinan, debido a la naturaleza del análisis de las operaciones de concentración. Por un lado, obedece a la necesidad de prevenir los atentados contra la Libre Competencia, pero también genera certeza para las partes cuando la operación, debidamente analizada, resulta ser inocua.

Esta finalidad y objetivos fueron tomados en consideración por el legislador al momento de publicar la Ley 20.945.

---

<sup>42</sup> TDLC, Auto Acordado N° 12/2009, Considerando 3°.

<sup>43</sup> Fiscalía Nacional Económica, “*Guía para el análisis de operaciones de concentración*”, octubre 2012, p. 1.

<sup>44</sup> Fiscalía Nacional Económica, “*Guía para el análisis de operaciones de concentración*”, octubre 2012, p. 4.

## **B. Normativa aplicable con anterioridad a la Ley 20.945.**

Conforme se ha expuesto, hasta la entrada en vigencia de la Ley 20.945, el ordenamiento jurídico chileno no contenía normativa alguna de rango legal que tratase de manera explícita y específica el control de las operaciones de concentración.

Por este motivo, para realizar esta importante labor preventiva, la FNE y los particulares, así como el TDLC y la Excma. Corte Suprema de Justicia (en adelante, “ECS”), han sustentado su actuar en la normativa general del DL 211, en particular los artículos 1, inciso primero, 3, y 26, resultando también relevantes los artículos 18 N° 2, 31 y 32<sup>45</sup>.

Asimismo, tanto la FNE como el TDLC han dictado normativas propias a fin de dar una mayor transparencia y seguridad sobre este tipo de procedimientos.

En este sentido, el inciso primero del artículo 1° DL 211 establece la finalidad de la normativa de defensa de la Libre Competencia, destacando de su redacción la

---

<sup>45</sup> Esto puede observarse en ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS, “Informe del Secretariado de la OCDE: Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile”, julio 2014, pp. 16 a 17; en Fiscalía Nacional Económica, “Guía para el análisis de operaciones de concentración”, octubre 2012 y en el Auto Acordado 12/2009 del TDLC.

promoción y defensa de la Libre Competencia, en los siguientes términos: “*La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados*”.

Por su parte, el artículo 3° DL 211 realiza una categorización de los actos que se entienden contrarios a la Libre Competencia, indicando genéricamente que “*cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos*” será sancionado según el artículo 26 del mismo cuerpo legal. Esta alusión al potencial efecto nocivo para la Libre Competencia encausa el actuar de la administración en torno al control de operaciones de concentración.

Terminando esta trisomía, el artículo 26 contiene las posibles sanciones que puede imponer el TDLC, incluyendo dentro de ellas “*modificar o poner término a los actos o (...) acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley (...) la modificación o disolución de las sociedades (...) que hubieran intervenido en los actos*”, todas las cuales resultan concordantes con la naturaleza del control de operaciones de concentración.

Desde un aspecto procesal, resulta atinente a este marco normativo hacer referencia a los artículos 18 N° 2 y 31 DL 211, los cuales se refieren a los procedimientos no contenciosos de consulta. Dichas normas no hacen mención

directa al control las operaciones de concentración, sin embargo, han permitido al TDLC entrar en conocimiento y análisis de las mismas.

El artículo 18 regula las atribuciones y deberes del TDLC, resultando relevante para nuestro análisis lo dispuesto en el numeral segundo, el cual indica “*Conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos*”. Si bien la redacción parece dirigida a la regulación del análisis de operaciones de concentración, su sentido es mucho más amplio. Por su parte, el artículo 31 DL 211 regula la tramitación de las consultas indicadas en el numeral 2 (y 3) del mencionado artículo 18.

Finalmente, es necesario hacer referencia al artículo 32 DL 211, conforme al cual se exime de responsabilidad bajo las normas del DL 211 al acto jurídico celebrado de acuerdo con las resoluciones definitivas dictadas por el TDLC en el marco de un procedimiento no contencioso. Esto ha permitido cumplir una doble función, a saber, generar certeza jurídica y ser un incentivo para que los particulares concurren de manera voluntaria ante el TDLC (y también ante la FNE), lo cual resulta de especial relevancia en los ordenamientos en que el análisis de este tipo de operaciones es voluntario.

Desde la perspectiva infra legal, la FNE dictó en octubre de 2012 la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración, mediante la cual se transparentan los criterios de análisis, tanto formal como de fondo, y la forma de tomar decisiones en torno a las operaciones de concentración que sean sometidas a su conocimiento<sup>46</sup>.

Por su parte, cumplen un rol esencial respecto de la tramitación los Auto Acordados N° 5/2004 y 12/2009, llamado el primero a regir la tramitación de los procedimientos contenciosos y no contenciosos, mientras que el segundo establece las normas propias del procedimiento de control de operaciones de concentración.

En la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración, de octubre de 2012, podemos encontrar directrices tanto sustantivas como adjetivas, siempre dentro del marco del análisis de las operaciones por parte de la FNE.

En lo sustantivo, existe una primera conceptualización de las operaciones de concentración, su clasificación y los aspectos, que la FNE tomará en consideración a fin de evaluar la operación.

---

<sup>46</sup> Cabe hacer presente que esta Guía es parte de una segunda versión, pues en 2005 la FNE ya había dictado una guía sobre este asunto, con el mismo objetivo.

En el segundo grupo de normas, se trata sobre el procedimiento administrativo interno, en términos de etapas, plazos y decisiones a ser tomadas por la FNE.

Debido a la ausencia de una normativa legal clara, el objetivo de la FNE es transparentar la toma de decisiones, a fin de dar certeza jurídica a las partes que pretendan someterse a este proceso.

Por su parte, los Auto Acordados N° 5/2004 y 12/2009 buscan regular aspectos procesales relacionados con la tramitación ante el TDLC, exigiendo a los requirentes determinar su solicitud en base a los conceptos que indica, a fin de facilitar y transparentar el análisis que realizará respecto de la operación. El primero de los Auto Acordados del TDLC mencionados previamente guarda relación con el tratamiento de demandas y requerimientos basados en mismos hechos.

Cabe mencionarse que el Auto Acordado N° 12/2009 se preocupa de hacer presente a los requirentes la relevancia de acompañar al proceso la información requerida de manera íntegra, debiendo suscribirse una declaración de veracidad y siendo objeto de la carga de actualizar la información que durante el procedimiento se vea alterada.

### **C. Normativa vigente aplicable (Ley 20.945).**

En relación a la normativa vigente aplicable, con la entrada en vigor de la Ley 20.945, surge todo un título del DL 211 preocupado de regular cómo la FNE efectuará la revisión de las operaciones de concentración, contenido entre los artículos 46 y 61 del mencionado texto legal, así como la inclusión de los artículos 3 bis y 31 bis y la modificación del art. 18, todos del DL 211, a fin de otorgar competencia, atribuciones y normativa procesal a las actuaciones del TDLC, y posteriormente, de la ECS.

De manera adicional, existe normativa administrativa, como la Resolución Exenta N° 667, de 24 de noviembre de 2016, emitido por la FNE, que fija los umbrales de ventas que hacen obligatoria la notificación de una operación de concentración, y el Reglamento sobre la Notificación de una Operación de Concentración, contenido en el Decreto Supremo N° 33 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, de fecha 01 de marzo de 2017, publicado el 01 de junio del mismo año.

Finalmente, la FNE ha dictado, para efectos del procedimiento de notificación de operaciones de concentración la Guía de Competencia, la Guía de Remedios y la Guía Práctica para la Aplicación de Umbrales de Notificación de Operaciones de Concentración en Chile, todas de junio de 2017, las cuales buscan dar certeza

jurídica a los agentes que deban, voluntaria u obligatoriamente, someterse a este procedimiento.

Escapa de este trabajo, adentrarnos en los detalles del marco normativo que regula el actual procedimiento de revisión de las operaciones de concentración, por lo que mediante el presente acápite se pretende dar a entender los rasgos generales del mencionado proceso.

#### **D. Conceptualización de las operaciones de concentración en Chile.**

Como se indicó con anterioridad, tanto la FNE como el TDLC han construido conceptos para definir lo que ellos entienden por operaciones de concentración. Hoy en día, como se mencionó, el concepto en comento se encuentra definido a nivel legal, de acuerdo al art. 47 del DL 211.

#### **E. Partes del procedimiento.**

De conformidad con la reforma introducida por la Ley N° 20.945, las partes que intervienen en el proceso son, inicialmente, el o los agentes que realizarán una

operación de concentración, siendo los únicos legitimados para efectuar la notificación ante la FNE de que ésta se llevará a cabo<sup>47</sup>.

Ahora bien, en caso de ser necesaria una revisión más profunda, como se indicará más adelante, una vez iniciada esta etapa, terceros podrán intervenir presentando antecedentes para los efectos de realizar un mejor análisis de la operación, solo en caso de que la FNE ejerza dicha facultad. Inclusive, en caso de interponerse un recurso de revisión, los terceros que se hagan partes tendrán derecho a comparecer ante el TDLC, a fin de efectuar presentaciones y ser oídos en la audiencia pública que el proceso incluye.

En relación a los órganos encargados de sopesar si la operación es o no apta para reducir sustancialmente la competencia, la normativa establece un procedimiento administrativo ante la FNE, que podría ser revisado por el TDLC en caso de decretar la prohibición de la operación (artículos 18 N° 5 y 31 bis del DL 211), siendo los agentes de la operación los únicos legitimados para ejercer dicha acción. Conociendo de ella, el TDLC podrá confirmar la prohibición o revocarla, en cuyo caso podrá aprobar la operación de manera pura y simple, aprobarla bajo las últimas condiciones propuestas por el o los solicitantes o,

---

<sup>47</sup> Esto viene a zanjar un debate que existía en la jurisprudencia y la doctrina, sobre si terceros afectados, como asociaciones de consumidores u otros incumbentes podrían forzar a quienes proyectan la operación de concentración, al procedimiento en comento, determinando a nivel legal que esto no es posible (art. 48 inciso 4 DL 211).

finalmente aprobarla bajo las condiciones mencionadas y otras adicionales que estime el mismo TDLC.

En este último caso, es decir, si el TDLC exige el cumplimiento de nuevas condiciones, la ECS puede entrar a conocer del asunto, en caso de que la FNE o alguna de las partes interponga el recurso de reclamación establecido en el art. 27 del DL 211.

#### **F. Procedimientos y actuaciones.**

Pues bien, para comprender la normativa que instauró la Ley 20.945, debemos entender que su punto de vista es principalmente procedimental, lo cual podemos observar de la cantidad de normas destinadas únicamente a establecer cómo la FNE deberá analizar las operaciones de concentración, preocupándose de determinar las etapas que deberán seguir éstas para su aprobación y posterior concreción.

Podemos observar, al efecto, una etapa administrativa, ante la FNE y una eventual fase jurisdiccional doble, primero, a través de un recurso de revisión en contra de la resolución que prohíbe una operación, ante el TDLC, y luego, mediante recurso de revisión deducido en contra de la decisión de éste último, ante la ECS.

En relación al proceso administrativo, este consta principalmente de 3 etapas, las cuales consisten en: (i) la notificación a la FNE de la operación de concentración, lo cual puede resultar obligatorio o voluntario para los agentes involucrados, luego, (ii) un proceso de revisión simple<sup>48</sup> de la operación en comento, al final del cual, mediante resolución fundada, se decidirá si se aprueba tal como fue postulada, si se aprueba previo cumplimiento de ciertas condiciones o si se opta por seguir con una revisión más profunda, y que, finalmente, derivará mediando resolución fundada en, (iii) la aprobación en los términos propuestos, una aprobación con condiciones o en la prohibición de la misma. De esta manera, podemos indicar que, dentro de estas 3 etapas, existen dos fases de análisis, una primera, más simple, y una segunda más profunda<sup>49</sup>, de carácter eventual, y que resulta esencial en el caso de que la FNE opte por prohibir la operación analizada.

Tanto la aprobación en forma pura y simple, la aprobación bajo determinadas condiciones como el inicio de una revisión más profunda y la prohibición de la

---

<sup>48</sup> Cabe señalar que se habla de simple en comparación con el proceso de revisión en caso de ejercerse la decisión del art. 54 letra c) del DL 211, no en relación al procedimiento de notificación simplificado del art. 47 inciso séptimo del mismo texto legal.

<sup>49</sup> Iniciada esta segunda etapa, la operación de concentración se hará pública y permitirá a cualquier tercero podrá aportar información, sea éste de carácter público o privado, en tanto corresponda a un agente económico que pueda tener interés en la operación (art. 55 inciso segundo DL 211), como se indicará más adelante.

operación, deben justificarse en que ésta sea apta o no para “*reducir sustancialmente la competencia*” (art. 54 y 57 del DL 211).

En caso de que el o los agentes discrepen de la resolución que prohíbe la operación en análisis, éstos podrán iniciar un procedimiento de revisión jurisdiccional mediante la interposición de un recurso de revisión, dentro del plazo de 10 días desde su notificación, e incluso reclamar de la decisión ante la ECS.

**a. Procedimiento ante la Fiscalía Nacional Económica.**

En concreto, lo primero que los agentes deberán analizar es si la operación es de aquellas que deben ser notificadas a la FNE obligatoriamente, para lo cual deberá verificarse si cumple con el umbral establecido por el art. 48, o no, en cuyo caso podrá notificar de manera voluntaria. En ambos casos, esta notificación deberá efectuarse de manera “*previa a su perfeccionamiento*” (art. 48 inciso 8 y 9 del DL 211).

Así, deberán notificarse a la FNE las operaciones de concentración en las 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<sup>50</sup>.*

*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 notificación, por montos iguales o superiores al umbral establecido mediante resolución dictada por el Fiscal Nacional Económico<sup>51</sup>.*

Cabe hacer presente, que la notificación voluntaria resulta de especial relevancia a propósito de la facultad de la FNE de revisar las operaciones de concentración, aun cuando no cumplan con el umbral previamente mencionado, dentro del plazo de un año de su perfeccionamiento, a fin de iniciar un procedimiento contencioso por infringir la Libre Competencia, según las normas del art. 39 a) del DL 211.

En relación a los efectos que produce la notificación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 49 DL 211, una vez notificada la operación, no podrá perfeccionarse hasta que ésta sea aprobada mediante resolución dictada por la FNE, o por sentencia pronunciada por el TDLC, en caso de llevarse ante dicha magistratura.

---

<sup>50</sup> 1.800.000 Unidades de Fomento (en adelante, “UF”), de acuerdo a la Resolución Exenta N° 667, de 24 de noviembre de 2016, emitida por el Fiscal Nacional Económico (en adelante, “Res. Ex. 667”).

<sup>51</sup> 290.000 UF, de acuerdo a la Res. Ex. 667.

Efectuada la notificación mencionada, la FNE cuenta con un plazo de 10 días para determinar si se trata de una “*notificación completa*”<sup>52</sup>, debiendo en dicho caso ordenar el inicio de la investigación. En el supuesto de ser una notificación incompleta, esta circunstancia deberá ser notificada al solicitante, dentro del plazo mencionado, luego de lo cual éste último contará con 10 días para subsanar los errores u omisiones de su presentación, bajo la sanción de tenerse por no presentada la notificación.

La FNE contará con 30 días, contados desde el inicio de la investigación, para evaluar la operación, plazo en el cual deberá adoptar mediante resolución una de las siguientes decisiones: (i) aprobar la operación pura y simplemente; (ii) aprobar la operación a condición de que se cumpla con las medidas ofrecidas por el notificante, o (iii) extender la investigación hasta por 90 días para recabar más antecedentes (art. 54 del DL 211).

En caso que la FNE decida extender la investigación, se pondrá en conocimiento de los demás agentes del mercado relevante, y del público en general, todos quienes podrán aportar antecedentes a fin de obtener la información suficiente para, mediante resolución fundada: (i) aprobar la operación pura y simplemente; (ii) aprobar la operación a condición de que se cumpla con las medidas ofrecidas

---

<sup>52</sup> “(...) *aquella que cumpla con todos los requisitos establecidos en esta ley (DL 211) y su reglamento*” (art. 50 inciso segundo DL 211).

por el notificante; o (iii) prohibir la operación notificada, si la FNE ha llegado a la conclusión de que la operación “*cuenta con aptitud para reducir sustancialmente la competencia*” (art. 57 del DL 211).

Opera tanto respecto del art. 54 como del art. 57 mencionados, el silencio administrativo positivo, de manera que, de no emitirse pronunciamiento en los plazos indicados, según corresponda, la operación se entenderá aprobada.

**b. Procedimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y Excm. Corte Suprema de Justicia.**

Como se indicó, se podrá deducir un recurso de revisión especial ante el TDLC, únicamente por las partes de la operación analizada, en caso de que la FNE la prohíba, para lo cual tendrán un plazo de 10 días desde la notificación<sup>53</sup> de la resolución. Ante dicha magistratura, se podrán hacer parte la FNE y todos los terceros que hayan aportado antecedentes durante el procedimiento seguido ante la FNE, luego de iniciada la segunda fase de revisión.

---

<sup>53</sup> De conformidad con el art. 59 del DL 211, en concordancia con la naturaleza administrativa del proceso, y el art. 25 de la Ley N° 19.880, los plazos del presente procedimiento son de días hábiles, excluyendo los sábados.

Pues bien, en este caso, la FNE deberá remitir todos los antecedentes ante el TDLC, quien citará a las partes a una audiencia a celebrarse dentro de los 60 días siguientes a la recepción del expediente con dichos antecedentes.

A su vez, el TDLC tendrá 60 días para dictar sentencia, en base a los antecedentes del expediente, las exposiciones de las partes y lo que recabe de oficio o a petición de parte, confirmando la prohibición de la operación o revocándola, determinando si se aprobará lisa y llanamente o si se impondrán las últimas medidas de mitigación ofrecidas u otras que el TDLC determine.

Finalmente, el inciso final del art. 31 bis DL 211, establece que las partes y la FNE podrán recurrir de la resolución del TDLC, mediante recurso de reclamación ante la ECS, únicamente en caso de que ésta decida aprobar la operación de concentración, imponiendo medidas que no hayan sido las de la última propuesta efectuada por las partes. Este recurso será tramitado conforme a la normativa general, contenida en el art. 27 DL 211.

#### **G. Análisis crítico y propuestas.**

De lo expuesto, resulta evidente que ha existido un gran avance en la labor preventiva de los órganos encargados de proteger la Libre Competencia en Chile, con motivo de la entrada en vigencia de la Ley 20.945.

Como se puede observar de la lectura del resumen ejecutivo de las recomendaciones efectuadas por el Secretariado de la OCDE el año 2012, la Ley 20.945 introdujo medidas propuestas por dicha institución para mejorar la labor preventiva que corresponde a esta rama del Derecho.

En dicho sentido, cabe resaltar la importancia a nivel de certeza jurídica que se logra al establecer con rango legal tanto la obligación como el procedimiento al que deberán someterse los interesados al momento de someter a análisis una operación de concentración.

La Ley 20.945 toma partido en diferentes aspectos que solo habían sido resuelto a través de decisiones jurisprudenciales o administrativas, como ocurre con la posibilidad de intervención de terceros y, el tema central de este trabajo, el criterio con el cual deberán analizarse las operaciones.

Asimismo, zanja asuntos que la doctrina y jurisprudencia internacional han discutido, pero que en nuestro país tenían un desarrollo importante, precisamente por falta de una consagración a nivel legal y explícito del control de operaciones de concentración, como es la obligatoriedad de las notificaciones, en consideración a parámetros establecidos a nivel reglamentario.

Cabe destacar, que la normativa legal otorga un amplio rango a la Administración del Estado dentro del cual desempeñarse, toda vez que el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo y la FNE son los encargados de determinar los umbrales que hacen voluntario u obligatorio el control preventivo<sup>54</sup>, la forma y contenido de la Notificación<sup>55</sup>. Asimismo, es destacable el rol activo de la FNE en esta materia, quien se ha encargado, incluso antes de estar legalmente consagrado el control preventivo de operaciones de concentración, ha dado aún mayor claridad a los particulares, mediante la emisión de la “*Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentraciones Horizontales*”, de 2005 y 2012, en la cual se señalan los parámetros que utilizará la FNE al momento de desarrollar esta labor.

Evidentemente, quedan tareas por mejorar, dentro de las cuales este trabajo se centrará en la necesidad de determinar cuándo se encuentra una operación de concentración vulnerando la Libre Competencia.

Como se mencionó, el enfoque de la Ley 20.945 es procedimental, preocupándose de la determinación de etapas y el rol de cada una de las partes en las mismas. Del texto legal, y sus complementos reglamentarios, tenemos

---

<sup>54</sup> Resolución Exenta N° 667 de la FNE, de 24 de noviembre de 2016, que fija umbrales para las operaciones de concentración.

<sup>55</sup> Reglamento N° 33 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, de 01 de marzo de 2017, sobre la notificación de una operación de concentración.

claridad sobre cuándo y cómo proceder en caso de pretender realizar una operación de concentración. Sin embargo, el análisis de fondo que deberá realizarse por la FNE, y eventualmente el TDLC y la ECS, fue únicamente conceptualizado bajo la capacidad de la operación para “*reducir sustancialmente la competencia*” (art. 57 letra c DL 211).}

A propósito de esto, podemos distinguir dos etapas en que los particulares van a tener que plantearse el problema de dilucidar si se produce o no una reducción sustancial de la competencia.

En primer lugar, al momento de verificar si se encuentran obligados o no a notificar a la FNE la operación. En este sentido, esta etapa para las empresas que se encuentren sobre los umbrales indicados por la FNE resulta simple, pues están obligadas a presentar su operación ante dicho organismo.

Sin embargo, debemos recordar que la FNE puede perseguir hasta con un año de plazo las operaciones que se materializan, sin que éstas se encuentren obligadas a notificarla, y posteriormente, por supuesto, podrán ejercer las acciones represivas que estimen procedentes. De esta manera, cobra aun mayor relevancia comprender cuándo entiende la FNE, el TDLC y, finalmente, la ECS, que hay una reducción sustancial de la competencia, pues determinará la

necesidad de presentar, aun cuando no sea obligatorio, la operación ante la FNE.

Luego, en un segundo plano, la importancia de responder la pregunta sobre la reducción sustancial de competencia se deberá centrar en lo material, es decir, en que factores pueden producir el efecto que se busca evitar, a fin de demostrar cómo no se produce u ofrecer medidas para evitar su producción.

De esta manera, los próximos acápite buscarán responder a la pregunta sobre cuándo podría producirse una prohibición de concretar una operación de concentración, a nivel nacional e internacional, a fin de observar los factores de fondo que inciden en dicho análisis<sup>56</sup>, y las diferencias que puedan existir a propósito de adoptar un criterio cercano al TD o al SLC<sup>57</sup>, por parte de nuestro sistema jurídico.

---

<sup>56</sup> Si bien estos criterios han sido expuestos, y se considerarán en adelante, por la “*Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentraciones Horizontales*”, tanto en su versión del año 2005 como del 2012, es necesario efectuar un análisis más exhaustivo, a la luz de la experiencia comparada y de las decisiones que nuestros entes jurisdiccionales han tomado.

<sup>57</sup> En otras palabras, y como se explicará más adelante, si el sistema de defensa de la Libre Competencia prohibirá la operación presentada por generar o reforzar una posición de dominio sobre el mercado relevante o si lo hará por generar una disminución sustancial de la competencia en el mercado relevante.

### **III. ANÁLISIS SUSTANTIVO DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN.**

#### **A. ¿Cuándo una operación de concentración vulnera la Libre Competencia? Cuando debe aprobarse, condicionarse o prohibirse una operación de concentración.**

Cómo se ha evidenciado, la labor preventiva de la defensa de la Libre Competencia se materializa en el análisis de operaciones que puedan afectarla. Dentro de este contexto, el control de operaciones de concentración constituye un análisis esencialmente prospectivo, que permite, como resultado, que la operación sea rechazada o aprobada, y en este último caso, que la aprobación sea simple o condicionada al cumplimiento de determinadas medidas de mitigación o remedios<sup>58</sup>.

Pues bien, en tanto la justificación de este control preventivo es la protección de la Libre Competencia, resulta esencial para que la decisión que recaiga sobre una operación de concentración la limite (imponga condiciones) o la prohíba, que haya un criterio sustantivo para calificar esta vulneración, toda vez que se trata

---

<sup>58</sup> Por ejemplo, como disponen la Sección 7 de la Clayton Act, el artículo 8 del Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo de la Comunidad Europea los artículos 54 y 57 del DL 211, los artículos

de una afectación a la autonomía de la voluntad y al libre ejercicio de actividades económicas ejercidas por los particulares<sup>59</sup>.

Conforme lo ha indicado el BundesKartellamt, las condiciones para prohibir las operaciones de concentración son idénticas en muy pocas jurisdicciones. Sin embargo, suelen clasificarse en dos criterios para determinar cuándo una operación de concentración significaría una amenaza a la Libre Competencia, de tal manera que deberá ser sometida a ciertas condicionantes o, derechamente, prohibida<sup>60</sup>.

Los dos criterios mencionados son el test de dominancia (en adelante, “TD”), propio de la Comunidad Europea<sup>61</sup>, incluyendo gran parte de los países que son parte de la misma, y la disminución sustancial de la competencia (en adelante, “SLC”), cuyo origen se atribuye a la normativa de Estados Unidos<sup>62</sup>, y que hoy

---

<sup>59</sup> Para determinar la afectación a la Libre Competencia, la doctrina también distingue entre aproximaciones basadas en el efecto que se produce o basada en la estructura del mercado. Sin embargo, este tema escapa del interés del presente trabajo, pudiéndose consultar Faull, Jonathan y Nikpay, Ali, “*The EU Law of Competition*”, 3<sup>o</sup> edición, 2014, Oxford University Press, pp. 347 y ss.

<sup>60</sup> BundesKartellamt, “*Prohibition criteria in merger control – Dominant Position versus Substantial Lessening of Competition*”, trabajo de discusión para el encuentro del Working Group on Competition Law, a celebrarse en octubre de 2001, página 1.

<sup>61</sup> Art. 101 y 102 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguos artículos 81 y 82), y art. 2 párrafo 3 del Reglamento (CE) N° 139/2004, de 20 de enero de 2004, del Consejo de la Comunidad Europea, sobre el control de las concentraciones entre empresas, al indicar la frase “*como consecuencia la creación o refuerzo de una posición dominante*”. Esto resultaba más latente en el Reglamento (CE) N° 4064/89 del mismo órgano, pues señalaba como parámetro que la operación sea 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*”. Hoy la situación es distinta, pues el texto actual incluye la frase “*que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado o en una parte sustancial del mismo*”, lo cual puede entenderse como cercano al SLC, a fin de ampliar sus facultades de revisión, como indica la parte considerativa del Reglamento N° 139/2004.

<sup>62</sup> Sección 7 de la Clayton Act, bajo la frase “*substantially to lessen competition*”.

podemos observar en diversas jurisdicciones, como Canadá, Reino Unido, Australia y, en virtud de la Ley 20.945, Chile (artículo 57 c) DL 211).

**B. Descripción, similitudes y diferencias de los test de análisis sustantivos.**

Pues bien, cada criterio tiene un enfoque particular para desarrollar el análisis de las operaciones de concentración. Ambos tienen un objetivo en común, cual es ejercer el rol preventivo de la defensa de la Libre Competencia, es decir, evitar ex ante que esta sea vulnerada, a través de un análisis de proyección.

Particularmente, en operaciones que han sido notificadas en jurisdicciones con TD, y en paralelo, con anterioridad o a continuación en aquellas que utilizan el SLC, resulta difícil predecir si el resultado será diverso o idéntico, pues las autoridades respectivas han llegado tanto a decisiones comunes como divergentes sobre las mismas operaciones.

Como se indicó, mediante el TD se prohíben las operaciones de concentración que puedan crear o reforzar una posición dominante, mientras el SLC hará lo mismo al verificar que una operación pueda producir una disminución sustantiva de la competencia.

De la lectura de los parámetros que cada test establece, así como de la doctrina y la jurisprudencia, podemos entender que el TD tiene un espectro de control menor al del SLC, toda vez que establece como un requisito esencial la una posición de dominio dentro del mercado relevante respectivo, ya sea que se construya o se refuerce, de manera tal que el órgano encargado del análisis no podrá limitar las operaciones en las que, no produciéndose ni reforzándose una dominancia, sí generan cambios en la estructura del mercado relevante, modificándolo de tal manera que resultan más propensos a producir conductas coordinadas o unilaterales<sup>63</sup>.

Lo anterior resulta paradójico, toda vez que el desarrollo doctrinario y jurisprudencial ha permitido en diversas oportunidades a la Dirección General de Competencia de la Comisión de la Unión Europea (en adelante, la “Comisión”), prohibir operaciones que no generaban ni reforzaban una posición de dominio

---

<sup>63</sup> En este sentido, puede consultarse García Pérez, Mercedes, “*Dominancia vs. Disminución sustancial de la competencia ¿Cuál es el criterio más apropiado?: Aspectos jurídicos*”, Instituto de Estudios Europeos, Centro de Política de la Competencia, marzo de 2002, p. 6, y Monti, Giorgio, “*The new substantive test in the EC Merger regulation – Bridging the gap between Economics and Law*”, LSE, Society and Economy Working Papers, 10/2008, London School of Economics and Political Science, pp. 5 y siguientes.

particular, sino conjunta, mediante el concepto de “*Dominancia Conjunta*”<sup>64</sup>, logrando resultados similares a los que se habría llegado bajo el SLC<sup>65</sup>.

Pues bien, ambos métodos parten de un mismo punto, cual es la determinación del mercado relevante en el que se desenvuelven los interesados. Lo anterior, complica la eventual comparación entre jurisdicciones que emplean uno u otro criterio sustantivo, pues aun cuando existan operaciones con efecto transnacional, que deban ser evaluados por Estados con distintos criterios, como el TD aplicado por la Unión Europea (en especial bajo el Reglamento 4067/89) y el SLC de EE.UU., la realidad de las empresas en uno y otro mercado relevante, tanto a nivel de producto como geográfico, puede ser absolutamente diferente.

Por ejemplo, podemos observar el caso *MCI WorldCom / Sprint*<sup>66</sup>, en el cual tanto el Department of Justice de EE.UU. (en adelante, el “*DoJ*”) como la Comisión,

---

<sup>64</sup> Resulta relevante la conceptualización realizada en los casos seguidos ante la DGCUE M.1524 “*Airtours/First Choice*”, cuya decisión fue emitida el 22 de septiembre de 1999, y M.190 “*Nestlé/Perrier*”, cuya decisión se emitió el 22 de julio de 1992. En el primero, su considerando 54 explicita que, para la existencia de dominancia conjunta, “*basta que, a causa de la concentración, resulte racional que los miembros del oligopolio, al adaptarse a las condiciones del mercado, adopten conductas individuales que reduzcan significativamente la competencia entre ellos y les permitan actuar, en gran medida, independientemente de sus competidores, sus clientes y los consumidores*”. La Corte de Primera Instancia a pesar de revocar la decisión, continuó con la conceptualización de la dominancia conjunta (causa T-342-99, “*Airtours v Commission*, sentencia de 6 de junio de 2002, párrafos 58 y siguientes). En el segundo, se indicó que habría una dominancia duopólica, en el apartado H, párrafos 108, al indicar que hay dominancia conjunta cuando “*existen factores correlacionados entre empresas, quienes pueden adoptar una política en común en el mercado y que actúan hasta cierto punto independientemente de los competidores y de sus competidores*”.

<sup>65</sup> García Pérez, Mercedes, op. cit, pp. 12, 16 y 23.

<sup>66</sup> Caso seguido ante la Comisión bajo el N° COMP/M.1741, emitiéndose decisión con fecha 28 de junio de 2000, y ante el Tribunal de Distrito de Columbia de EE.UU. bajo el título “*United States v. WorldCom, Inc. and Sprint Corp.*”, acción civil presentada el 27 de junio de 2000.

determinaron que la operación entre ambas empresas (compañías de teléfono), produciría en los respectivos mercados efectos nocivos para la competencia, pues dicha “*entidad fusionada eliminaría a un competidor existente y tendría poder para erosionar la capacidad competitiva de otras empresas, ofreciéndoles una conexión de baja calidad o incrementado sus costes*”, según la primera autoridad, o produciría “*una empresa de la que dependerían tanto los consumidores como los proveedores de contenidos para el acceso a una conexión universal a Internet, el segundo*”, en el caso de la Comisión<sup>67</sup>.

Asimismo, resulta relevante destacar, dentro de las decisiones disímiles, el caso *Air Liquide / BOC*<sup>68</sup>, el cual fue analizado por las dos jurisdicciones mencionadas, primero por la Unión Europea, quien aprobó la operación, y luego por la Federal Trade Commission (en adelante, “*FTC*”), organismos que, debido a las dificultades planteadas a los interesados, llevó a que éstos se desistieran. En dicho caso, independiente del resultado por cada organismo, resulta destacable que la Comisión haya emitido un comunicado explicitando cómo la decisión tomada por dicho organismo no afecta de manera alguna a la eventual decisión

---

<sup>67</sup> García Pérez, Mercedes, op. cit., p. 9.

<sup>68</sup> Caso seguido ante la Comisión bajo el N° COMP/M.1630, emitiéndose decisión con fecha 18 de enero de 2000, y ante el Tribunal de Distrito de Columbia de EE.UU. bajo el título “*United States v. WorldCom, Inc. and Sprint Corp.*”, acción civil presentada el 27 de junio de 2000.

que pudiese adoptar la FTC, toda vez que las realidades de los mercados relevantes de cada jurisdicción pueden ser totalmente distintas<sup>69</sup>.

Ahora bien, producto de un caso como el anterior<sup>70</sup>, en que la Comisión y la DoJ tuvieron disímiles conclusiones sobre el eventual daño a la Libre Competencia, es que a principios de siglo se planteó por parte de la Unión Europea y de sus Estados Miembro (o replanteó en algunos casos, como Alemania) la posibilidad de reformar el estándar, pasando de TD a SLC. Producto de esto, por ejemplo, Reino Unido dictó la Enterprise Act en 2002, estableciendo su estándar como el de SLC<sup>71</sup>.

Cabe señalar que, producto de lo anterior, el TD se ha transformado en un criterio que pareciera estar en retirada, como podemos observar del mensaje que el Consejo de la Comunidad Europea consagró al momento de dictar el Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo, y reemplazar así el criterio establecido por el Reglamento (CEE) N° 4064/89<sup>72</sup>, del mismo organismo. Mediante esta reforma, no se eliminó el criterio del TD, pero se agregó un nuevo análisis sustantivo, generando así un doble control, que permite fiscalizar aquellas operaciones que

---

<sup>69</sup> Pitofsky, Robert, “*E.U. and U.S. approaches as to International Mergers – View from the U.S. Federal Trade Commission*”, ponencia pronunciada en la Conferencia EC Merger Control 10<sup>th</sup> Anniversary, Bruselas, 14 de septiembre de 2000.

<sup>70</sup> El caso se trató de la operación de concentración entre General Electric y Honeywell, que fue aprobado por la DoJ y 11 otras jurisdicciones, pero prohibida por la Comisión. Más adelante se ahondará sobre este caso.

<sup>71</sup> BundesKartellamt, op. cit., pp. 1 y 2.

<sup>72</sup> Párrafos 24 y 25 de la parte considerativa del Reglamento (CE) N° 139/2004.

*“sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva”* (art. 2, párrafo 3 del Reglamento N° 139), y en especial, aquellas en que se produce el efecto de fortalecer o crear una posición de dominio (TD). Lo anterior, permite dar un mayor espectro de análisis a la Comisión, y, por tanto, ampliar su control sobre las operaciones de concentración<sup>73</sup>.

Lo mismo ha ocurrido en legislaciones como la de Australia, Reino Unido, Alemania y Francia<sup>74 75</sup>.

No obstante, es interesante revisar las conclusiones a que llega Giorgio Monti al analizar el efecto que se ha producido con el cambio de criterio sustantivo en la UE<sup>76</sup>, con la entrada en vigencia del Reglamento 139/04. En dicho texto asevera que la relevancia del cambio normativo no radica en el nombre que se le da al criterio de análisis, sino a la intención de las autoridades, de cambiar desde un examen meramente estructural a uno centrado en el verdadero efecto de las operaciones de concentración, de manera que se quita el enfoque en la determinación del mercado relevante, la participación de cada empresa y la

---

<sup>73</sup> Monti, Giorgio, op. cit., pp. 11 a 13.

<sup>74</sup> En el caso de Francia, a través de la Ley de Modernización de la Economía N° 2008-776, de 04 de agosto de 2008, se modificó el artículo L430-6, en términos muy similares a los del Reglamento 139/04.

<sup>75</sup> En Italia, si bien se mantiene el criterio del Reglamento 4064/89, a nivel legal (Ley N° 287, de 1990), en la práctica, se sigue un criterio acorde con el Reglamento 139/04 (<https://gettingthedealthrough.com/area/20/jurisdiction/15/merger-control-italy/>).

<sup>76</sup> Monti, Giorgio, op. cit., pp. 19 y ss.

situación luego de realizada la operación, y se centra en la capacidad que tendrá la entidad para subir o no el precio del producto.

### **C. Test de “Dominance”.**

El TD tiene su origen en la Comunidad Europea, bajo la conceptualización entregada por el artículo 2, párrafo 3, del Reglamento (CE) N° 4064/89, del Consejo de la Comunidad Europea, el cual expresaba como “*incompatible con el mercado común las 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 substancial del mismo*”<sup>77</sup>.

En un sentido similar, la sección 36, párrafo primero, de la Ley contra las Restricciones a la Competencia de Alemania, establecía una prohibición respecto de las operaciones de concentración que pudiesen crear o fortalecer una posición de dominio<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> La frase “*supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva*” se ha entendido por la jurisprudencia y la doctrina de la época como un criterio orientado a la observación de una creación o fortalecimiento de la posición de dominio, no como una limitación independiente, de manera que el hecho de que la operación suponga un obstáculo significativo para una competencia efectiva no resultaba suficiente para su prohibición. En este sentido, se puede consultar Bundeskartellamt, op. cit., nota marginal número 11.

<sup>78</sup> “*expected to create or strengthen a dominant position*”.

Situaciones similares se pueden observar en Francia<sup>79</sup>, España<sup>80</sup> e Italia, aunque en dos primeros modificaron su normativa legal para adecuarse a los parámetros del Reglamento 139/04, y el último, aunque mantiene como criterio sustantivo el TD en su versión original de 1990, en la práctica ha utilizado el parámetro del mencionado Reglamento 139/04<sup>81</sup>.

Sin embargo, al dictarse el Reglamento N° 139/2004, se introdujo una variante, con el objetivo de ampliar el espectro de control de las operaciones de concentración, mediante la adición del concepto “*obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva*” (art. 2 párrafo 3). En el mismo sentido, los criterios de la gran mayoría de los países de la Comunidad Europea también han ido variando, con el objeto de ampliar el ámbito de control de los órganos encargados de efectuar el análisis.

En el Derecho Anglosajón, debe destacarse el caso de Australia, que modificó su criterio original, de 1974, por el TD, manteniéndolo entre los años 1977 y 1992<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> Ley de Modernización de la Economía N° 2008-776, de 04 de agosto de 2008.

<sup>80</sup> Artículo 14 de la Ley N° 16/1989, reemplazada por la Ley N° 15/2007, de 03 de julio de 2007, ambas tituladas de Defensa de la Competencia.

<sup>81</sup> <https://gettingthedealthrough.com/area/20/jurisdiction/15/merger-control-italy/>

<sup>82</sup> <http://www.australiancompetitionlaw.org/law/mergers/index.html#history>. En 2002, mediante la Trade Practices Legislation Amendment, Australia volvió al original SLC, criterio que se ha mantenido hasta la fecha, a través de la Competition and Consumer Act de 2010.

Pues bien, el análisis que debe efectuarse para determinar si una operación de concentración debe ser prohibida o aprobada, es determinar si se crea o se fortalece una posición de dominio, producto de la operación. Deberá determinarse, entonces, qué entendemos bajo el concepto de posición de dominio.

Podemos encontrar diversas legislaciones que establecen criterios de carácter legal, por ejemplo, umbrales, de manera que, si se cumple con los requisitos, será tarea de los interesados acreditar que esta posición de dominio no se es tal, como sucede en Alemania<sup>83</sup>.

Por otra parte, existen criterios establecidos a nivel jurisprudencial, como en el caso de la Comunidad Europea a propósito del caso seguido por la empresa United Brands, en que la Corte de Justicia Europea ha determinado que posición dominante significa una *“posición de poder económico de una empresa que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, al darle la posibilidad de actuar en buena medida independientemente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores”*<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> Sección 18 de la Ley contra las Restricciones a la Competencia de Alemania.

<sup>84</sup> Corte Europea de Justicia, sentencia de fecha 14 de febrero de 1978, en causa N° 27/1976, United Brands / Commission, párrafo N° 65.

**a. Principales factores objeto del análisis.**

Como se ha indicado, el análisis del TD es estructural, preocupándose principalmente de la definición de un mercado relevante, la participación de los interesados en el mismo, y la situación de la nueva entidad en caso de aprobarse la operación de concentración<sup>85</sup>. Es en base a dichos factores que las autoridades presumen el eventual perjuicio a la Libre Competencia por parte de las operaciones sujetas a análisis.

Para efectos de comprender qué factores toma en consideración el TD, resulta interesante considerar la forma en que dos jurisdicciones que utilizaron este criterio, realizaban el análisis, por lo que se analizará la situación de la Comunidad Europea y de Alemania, en sus versiones originales.

En ambos casos, el punto de partida es siempre la determinación del mercado relevante, puesto que la participación de las partes de la operación de concentración determinará la porción de mercado que tendrá la nueva entidad, todo siempre, con el objeto de determinar si una posición de dominio se refuerza o crea con motivo de la operación.

---

<sup>85</sup> Esto es lo que autores han denominado el acercamiento clásico, como se puede ver en Landes, William, and Posner, Richard, “*Market power in antitrust cases*”, Harvard Law Review, vol. 94, N° 5, 1981, p. 960.

En dicha línea, el concepto de posición de dominio, para el caso de la Comunidad Europea, ha sido determinado de manera jurisprudencial, caracterizándola el actuar de manera independiente de los demás agentes del mercado<sup>86</sup>, lo cual le permite, en definitiva, aumentar los precios<sup>87</sup>. Este concepto, como indica la Corte de Justicia de la Comunidad Europea, deberá definirse en consideración a la estructura del mercado relevante, y luego a “*la situación de competencia en dicho mercado*”<sup>88</sup>.

Para el caso de Alemania, la posición de dominio viene inicialmente determinada en base a parámetros legales, como ocurre en el párrafo dos de la sección 19 de la Ley Alemana contra las Restricciones a la Competencia<sup>89</sup>, que determina la su existencia para los siguientes 3 casos: 1) una empresa no tiene competidores; 2) una empresa no se encuentra sujeta a una competencia sustantiva; o 3) tiene una posición de supremacía en comparación con sus competidores (“*paramount market position*”). Adicionalmente a esto, el párrafo tercero de la Sección 19 establecía que una empresa era, en dicha época, considerada dominante si tenía una participación de al menos un tercio del mercado<sup>90 91</sup>.

---

<sup>86</sup> Corte Europea de Justicia, sentencia de fecha 14 de febrero de 1978, en causa N° 27/1976, United Brands / Commission, párrafo N° 65.

<sup>87</sup> Esto sería lo esencial del análisis, como indica Monti, Giorgio, op. cit., pp. 12 y 17.

<sup>88</sup> Corte Europea de Justicia, sentencia de fecha 14 de febrero de 1978, en causa N° 27/1976, United Brands / Commission, párrafo N° 67.

<sup>89</sup> Traducción libre de “*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*” (<http://www.gesetze-im-internet.de/gwb/index.html>). La norma subsiste hasta hoy en dichos términos, pero bajo la sección 18 párrafo primero de la mencionada Ley.

<sup>90</sup> BundesKartellamt, op. cit., pp. 2 a 3.

<sup>91</sup> Esta norma subsiste también hasta hoy, pero en el párrafo cuarto de la Sección 18, indicando como parámetro un 40% de la participación para ostentar la calidad de dominante.

Inclusive, la normativa alemana incluye un parámetro para la calificación de una Dominancia Conjunta, en el párrafo segundo de la Sección 19, si cumplen con las condiciones del párrafo primero, y no existe competencia sustancial entre ellas<sup>92</sup>.

Tanto en el caso de la Comunidad Europea como en el de Alemania, se puede observar la predominancia de un análisis estructural, que se centra en la participación de los interesados en la operación, a fin de determinar qué participación tendrá en el mercado la nueva entidad, y si esto le otorgará o reforzará una posición de dominio.

Para dicho objetivo, será necesario comenzar determinando el mercado relevante, tanto del producto, como geográfico. En este sentido, podemos observar en el caso United Brands, cómo la Corte de Justicia de la Comunidad Europea se preocupó de definir el mercado del producto del plátano en base a su sustituibilidad, es decir, la competencia que se produciría con otras frutas frescas. Ahora, en relación al mercado geográfico, el mismo caso explicita la relevancia de las condiciones de comercialización (régimenes de importación), las cuales deben ser homogéneas para poder considerarse que integran el

---

<sup>92</sup> BundesKartellamt, op. cit., pp. 2 a 3.

mercado relevante. Asimismo, deben considerarse las características de los consumidores de cada zona analizada

Escapa del interés del autor entrar en detalle sobre la determinación del mercado relevante, tema de todas forma sumamente importante para la protección de la Libre Competencia, pero cabe indicar que existen diversos métodos para determinar el mercado relevante, por ejemplo, el test del “*Small but Significant Non-Transitory Increase in Price*”<sup>93</sup>, que permitiría definir el mercado relevante en base al efecto que produciría un aumento del precio del producto en cuestión, por parte de un monopolista hipotético. Si el aumento resulta provechoso, el mercado se habrá definido, pero si esto no ocurre, deberá ampliarse el monopolio hipotético, hasta que se logre dicho objetivo.

La determinación del mercado relevante, de esta manera, permite observar las características del mismo, a fin de determinar la participación en el mercado<sup>94</sup>, lo cual suele realizarse a través de métodos como el Índice Herfindahl-Hirschman (en adelante, “*HHI*”)<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> En base a esta evaluación, el mercado relevante se determinará en base a la capacidad de producir un aumento pequeño, pero sustancial, del precio, de una manera no transitoria, incrementándose el tamaño del mismo hasta que dicho efecto se produzca. El objetivo es observar si este incremento sería o no beneficioso para la empresa. Esto fue utilizado por primera vez por la Corte de Justicia de la Comunidad Europea en el caso Nestlé / Perrier, en 1992. En el mismo año, fue incluido en el “*Horizontal Merger Guidelines*”, publicado conjuntamente por la FTC y el DoJ de EE.UU.

<sup>94</sup> Corte Europea de Justicia, sentencia de fecha 14 de febrero de 1978, en causa N° 27/1976, United Brands / Commission, párrafos N° 10 y siguientes.

<sup>95</sup> Este test es utilizado en diversas jurisdicciones como parámetro para determinar el nivel de concentración de mercados. Consiste, básicamente, en sumar las participaciones al cuadrado de los incumbentes en un

Ahora bien, es interesante observar que las jurisdicciones que utilizaban el TD como criterio, aun cuando se basan principalmente en la posición de dominio de la nueva entidad, fueron extendiendo el análisis con el objeto de ampliar el ámbito de aplicación del mismo, de manera que, adicionalmente a la determinación de un mercado relevante del producto y geográfico, han incluido el poder de mercado de los otros incumbentes, la posibilidad de entrada de terceros al mercado y el poder de mercado de los consumidores, como factores adicionales, correctivos del análisis al que se podría llegar de solo ver el mercado relevante y la participación en el mismo<sup>96</sup>. Inclusive, a propósito del Reglamento 139/2004, se sumarían nuevos factores para flexibilizar el TD, como son la cercanía de competidores, posibilidad de cambiar de ofertante, la capacidad de la competencia de aumentar la cantidad ofertada, la capacidad de la entidad fusionada para dificultar una expansión a sus competidores, si se elimina una fuerza de competencia relevante, entre otros<sup>97</sup>.

Resulta importante destacar, que la Comunidad Europea no contiene norma alguna que explicita la posibilidad de que una operación de concentración pueda contraponer eficiencias que se podrían obtener de ser aprobada, como si

---

mercado determinado, de manera que se podrá obtener un resultado entre 100 (muchos participantes) y 10.000 (un único participante).

<sup>96</sup> BundesKartellamt, op. cit., pp. 3 a 6.

<sup>97</sup> Monti, Giorgio, op. cit., pp. 5 y 13.

presentan algunas jurisdicciones que acceden al TD (como Alemania)<sup>98</sup>. Este factor ha sido una importante crítica, como se ha indicado, al TD, pues el SLC sí incluiría el factor eficiencia en la evaluación de una operación.

#### **b. Tendencia actual.**

De las críticas que se han vertido en torno al TD, han surgido modificaciones legales y reglamentarias, con el objeto de acercar este criterio al espectro más amplio que abarca el SLC<sup>99</sup>.

Tales críticas, que surgen no solo de manera teórica, sino práctica<sup>100</sup>, como se ha indicado se centran en el menor nivel de control que permitiría el TD frente al SLC, considerando principalmente los mercados oligopólicos, toda vez que el primero siempre buscaría evitar que una empresa termine siendo la más grande de un mercado, o se refuerce su situación de tal<sup>101</sup>.

Refuerza lo anterior, el caso Heinz / Beech-Nut, el cual resulta relevante puesto que se trató de una operación de concentración entre las empresas N° 2 y 3, con

---

<sup>98</sup> BundesKartellamt, op. cit., p.6.

<sup>99</sup> Sin perjuicio de ello, y para ser justos, existen defensas al TD, basadas principalmente en la mayor certeza jurídica y una menor limitación al desarrollo de las empresas. Sobre esto, se puede consultar Clarke, Julie, “*The Dawson Report and merger regulation*”, *Deakin Law Review*, Volumen 8, N° 2, 2003, pp. 45 a 48.

<sup>100</sup> Como indica Monti, Giorgio, op. cit., los casos Heinz / Beech-Nut (comida de bebés) y Volvo / Scania (industria automotriz).

<sup>101</sup> *Ibid*, p. 5.

un 17% y 15% cada una, frente a un líder que controlaba el 65% del mercado relevante, Gerber, todas dedicadas a la producción de comida de bebés. Bajo la crítica en mención, al no generarse una posición de dominio con esta fusión, pues ésta correspondía a Gerber, no se podría haber limitado tal operación. Sin embargo, la FTC prohibió la operación pues, al existir un líder en dicho mercado, no habría incentivos reales para competir, produciéndose únicamente un aumento de precios. La pregunta que se generó, entonces, fue si la Comisión habría podido limitar o prohibir una operación de la cual no se genere una nueva entidad que sea la más grande (o refuerce dicha calidad)<sup>102</sup>.

Cabe hacer mención a las conclusiones de Giorgio Monti, en lo teórico<sup>103</sup>, y Mercedes García Pérez, en lo práctico<sup>104</sup>.

El primero, hace referencia a que el problema real del análisis de operaciones de concentración no radica en el tipo de criterio, sino en cómo la autoridad está interesada en aplicarlo, indicando que el cambio desde un punto de vista estructural a uno basado en el efecto (y de paso, uniendo la teoría económica con la jurídica), sería lo necesario para suplir las críticas del TD.

---

<sup>102</sup> Ibid, p. 3.

<sup>103</sup> Ibid.

<sup>104</sup> García Pérez, Mercedes, op. cit.

La segunda, luego de un interesante análisis de casos de relevancia para la Comunidad Europea, concluye que las decisiones de los casos han sido mayormente convergentes entre las jurisdicciones que emplean el TD y el SLC, a pesar de que el SLC sea más apropiado, gracias al mayor espectro de control que otorga a los órganos de fiscalización, el reconocimiento que da a las eventuales eficiencias de una operación de concentración y un mayor sustento económico de su análisis.

En definitiva, el TD pareciera ser un criterio que, sea mediante la modificación de las normas legales o reglamentarias correspondientes, o mediante el desarrollo doctrinario y jurisprudencial, ha ido siendo transformado, al punto en que su mayor exponente histórico, la Comunidad Europea, y gran parte de sus Estados Miembro, han optado por ampliar el rango de aplicación del control de operaciones de concentración, encontrándose en una suerte de posición intermedia entre el TD y el SLC, en el sentido de mantener como factor relevante la creación o fortalecimiento de una posición dominante, pero centrando el asunto en la afectación de una competencia efectiva, con el fin de dar una mayor capacidad de acciones a las autoridades<sup>105</sup>, y así entregar una mejor protección a la Libre Competencia en los mercados.

---

<sup>105</sup> Como, entre otros, la inclusión del factor eficiencia en el análisis y la posibilidad de limitar o prohibir operaciones que, sin generar o reforzar una posición dominante, crean situaciones en que es propensa la afectación de la Libre Competencia.

Uno podría considerar, que la opción legislativa de modificar el Reglamento 4064/89, obedecería a un interés en esclarecer y facilitar la labor de prevención por parte de las autoridades administrativas y jurisdiccionales, las cuales no tendrán que recurrir a doctrinas o jurisprudencias confeccionadas para suplir la falta de control que experimentaban, sino que, simplemente se remitirán, en el ejemplo mencionado, a la susceptibilidad de una operación de obstaculizar de manera significativa la competencia.

**D. Test del “Substantial Market Power” o “Substantial Lessening of Competition”.**

Corresponde ahora adentrarnos en el denominado criterio del SLC, el cual, como su nombre lo indica, prohibirá o limitará una operación de concentración cuando, producto de la misma, se genere una disminución sustancial de la competencia, es decir, disminuya la competitividad del mercado.

Resulta bastante clara la explicación que del concepto de SLC hace la publicación del Competition & Market Authority de Reino Unido (en adelante, “CMA”), la cual indica que la competencia es un proceso de rivalidad entre las empresas a lo largo del tiempo, en la búsqueda de obtener consumidores, ofreciéndoles un mejor negocio. De esta forma, la SLC ocurriría cuando esta rivalidad sea sustancialmente menos intensa luego de materializada la operación

de concentración, lo cual resultaría en un peor resultado para los consumidores, por ejemplo, por un incremento en los precios, una reducción en la calidad o una reducción en la variedad de los productos<sup>106</sup>.

Un sentido similar podemos encontrar en Australia, donde la Australian Competition and Consumer Commission (en adelante, “ACCC”), entiende que el mercado es el producto y el espacio geográfico en el que tienen lugar la rivalidad y la competencia<sup>107</sup>.

El enfoque de esta explicación resulta bastante claro: si la rivalidad que debe existir entre las empresas para producir las condiciones a que se ofrecen productos y servicios, por efecto de la operación de concentración, deriva en un detrimento para los consumidores, entonces nos encontraremos ante un caso de SLC.

Su origen se encuentra en la Clayton Act de EE.UU., dictada en 1914, y modificada por la Celler-Kefauver Amendment y la Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act, de 1950 y 1976 respectivamente. Dicha norma, entiende que no será compatible con la libre competencia una operación de concentración en

---

<sup>106</sup> Competition and Market Authority, “*A quick guide to UK merger assessment*”, marzo de 2017, p. 8. En similares términos, lo indica Office of Fair Trading y Competition Commission, op. cit., p. 19.

<sup>107</sup> Traducción libre de “*A market is the product and geographic space in which rivalry and competition take place*”, en Australian Competition and Consumer Commission, op. cit., p. 13.

que “el efecto de dicha adquisición pueda ser sustancial para disminuir la competencia o tienda a crear un monopolio”<sup>108</sup>.

En un sentido similar, Reino Unido indica que las operaciones de concentración serán objeto de cuestionamiento cuando ésta “haya resultado, o pueda esperarse que resulte, en una disminución sustancial de la competencia en cualquier mercado o mercados de Reino Unido de bienes o servicios”<sup>109</sup>.

Lo mismo ocurre en Canadá, jurisdicción en que, para prohibir o restringir una operación de concentración, se exige que el Competition Tribunal “encuentre que una fusión o una propuesta de fusión impide o disminuye, o es probable que impida o disminuya, la competencia sustancialmente”<sup>110</sup>.

El mismo criterio se utiliza en Australia y Nueva Zelanda, consagrados en la Competition and Consumer Act de 2010, en su sección 50 párrafo primero, y la Commerce Act de 1986, en su sección 47 párrafo primero. En ambos casos,

---

<sup>108</sup> Traducción libre de “the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly” (sección 7 párrafo primero de la Clayton Act).

<sup>109</sup> Traducción libre de “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” (sección 22 párrafo primero letra b de la Enterprise Act de 2002).

<sup>110</sup> Traducción libre de “finds that a merger or proposed merger prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially”.

existe una prohibición de celebrar operaciones de fusión que produzcan, o puedan producir, una disminución sustancial de la competencia<sup>111</sup>.

En dicho sentido, podemos observar que la determinación del criterio para analizar la operación de concentración parte de conceptualizaciones esencialmente económica, la competencia o la rivalidad entre empresas que indica la CMA, no en un concepto normativo (como la posición de dominancia). Esto otorga una mayor flexibilidad al órgano encargado del análisis, puesto que la evolución de cuándo se entiende que hay una disminución sustancial de la competencia, dependerá de las teorías económicas, lo cual resalta la importancia de la interacción de la doctrina jurídica y económica, para la determinación de cuándo se produce una sustantivamente menor rivalidad<sup>112</sup>.

Sobre este particular, resulta nuevamente interesante lo indicado por Giorgio Monti, al hablar de la relevancia del enfoque que se le da al análisis, independiente de que se trate de TD o de SLC, puesto que la disminución sustancial de la competencia puede observarse a nivel de la estructura del mercado (reducción de competidores, integración vertical, por ejemplo), o bien de que efectivamente existan incentivos, producto de la operación de

---

<sup>111</sup> En el caso de Australia, la Competition and Consumer Act indica como criterio para prohibir la operación que *“the acquisition would have the effect, or be likely to have the effect, of substantially lessening competition in a market”*. En el caso de Nueva Zelanda, la Commerce Act determina la misma prohibición cuando *“if the acquisition would have, or would be likely to have, the effect of substantially lessening competition in a market”*.

<sup>112</sup> Monti, Giorgio, op. cit., pp. 19 y siguientes.

concentración, para que la nueva entidad aumente los precios de manera beneficiosa<sup>113</sup>.

Sin perjuicio de sus diferencias con el TD, el SLC también toma como base del análisis la determinación del mercado relevante, y consecuentemente, la determinación de las participaciones de los interesados<sup>114</sup>, pero con una visión más amplia, pues el problema no es únicamente determinar si existe una posición de dominio, en los términos, por ejemplo, del artículo 2 párrafo tercero del Reglamento 139/2004, sino si hay una afectación negativa en la competencia del mercado relevante en que influye la operación en cuestión. En este sentido, toma especial relevancia la elasticidad de la demanda y de la oferta, en el sentido de la sustituibilidad del producto o servicio y la capacidad de terceros para entrar al mercado relevante<sup>115</sup>.

Ahora bien, es debido al mayor nivel de control que permite el SLC frente al TD, precisamente por no ser esencial el concepto de posición de dominancia, que se dio inicio desde finales del siglo pasado, a procesos de reforma normativa para

---

<sup>113</sup> Ibid, pp. 12, 17, 19 y ss.

<sup>114</sup> En este sentido, se puede observar los capítulos cuarto y quinto de la Horizontal Merger Guidelines de EE.UU. y el capítulo quinto sección dos de la Merger Assessment Guidelines de Reino Unido, ambos cuerpos normativos de 2010.

<sup>115</sup> Landes, William, and Posner, Richard, op. cit., pp. 947 a 950.

incorporar en el criterio del SLC, o al menos ampliar el original TD, a fin de dar una protección efectiva a la Libre Competencia<sup>116</sup>.

Sin embargo, el movimiento a favor del SLC tuvo detractores, puesto que el TD otorga mayor certeza jurídica al mercado, y permite una mayor celeridad a las empresas que pretendan realizar operaciones de concentración<sup>117</sup>.

Interesante resulta, al respecto, las opiniones vertidas en el Dawson's Report de Australia, destinado a evaluar la situación de defensa de la Libre Competencia en dicho país<sup>118</sup>, en el cual se consignaron opiniones que solicitaban cambiar el SLC por un TD por cuanto esto incentivaría la formación de empresas que fueran "*Campeones Nacionales*", lo que les permitiría competir en los mercados internacionales<sup>119</sup>.

El tipo de argumentos expuesto fue refutado y, en definitiva, desechado, entre otros, por dos motivos. Primero, la evidencia empírica demostraba que, al momento del reporte, el porcentaje de operaciones que eran cuestionadas bajo el sistema australiano era solo de entre un 4% y un 5%, por lo que la aseveración

---

<sup>116</sup> Por ejemplo, se puede citar el mensaje del Reglamento 139/2004, en sus párrafos 2 y 16, para la Comunidad Europea, y lo indicado por Clarke, Julie, op. cit., pp. 53 y 54.

<sup>117</sup> A manera de ejemplo, se encuentra el caso *Air Liquide / BOC*, en que producto de los cuestionamientos de la FTC, éstas optaron por declinar de la operación de concentración.

<sup>118</sup> Australia contó, desde que se dictó la normativa de control de operaciones de concentración, con un análisis en base al SLC, en virtud de la Trade Practice Act de 1974, sin embargo, se cambió tres años después, por el TD. Luego, en 1992, se restituyó el criterio del SLC.

<sup>119</sup> Clarke, Julie, op. cit., pp. 45 a 47.

de que el tipo de test atrasaba el desarrollo de los negocios, resultaba ajena a la realidad. En segundo lugar, por cuanto no existe evidencia de que un “*Campeón Nacional*” tenga más competitividad a nivel internacional, pues hay empresas de menor y mediano tamaño que se han desempeñado competitivamente en el extranjero<sup>120</sup>.

En definitiva, el SLC es aplicado de manera directa por EE.UU., Canada, Australia, Reino Unido. Adicionalmente a lo anterior, ya sea mediante práctica jurisprudencial<sup>121</sup> o mediante reformas normativas, la Unión Europea y gran parte de los Estados que la componen, han alterado la conceptualización del TD, acercándola al del SLC, mediante el concepto de “*obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva*” (como, por ejemplo, señala el art. 2 párrafo 3 del Reglamento 139/2004), lo cual permite realizar una evaluación mucho más amplia, dando más control en consideración al concepto económico de competencia efectiva.

De esta manera, el SLC se muestra como la tendencia normativa actual, siendo precisamente la opción que adoptó Chile al dictar la Ley 20.945, como lo indican sus artículos 54 y 57.

---

<sup>120</sup> Ibid, pp. 41 y 46 a 51.

<sup>121</sup> Caso de Italia, como se puede ver en <https://gettingthedealthrough.com/area/20/jurisdictions/15/merger-control-italy/>

**E. Implementación del “Substantial Lessening of Competition” como método de análisis sustantivo de operaciones de concentración.**

Como ya se señaló, el análisis que deberá efectuar para determinar si existe un SLC, implica la consideración de diversos factores, partiendo de la base de la determinación de un mercado relevante. Este mercado relevante deberá definirse tanto a nivel de producto, como geográfico, tal cual se explicó a propósito del TD, previamente.

Pues bien, en base a la delimitación del producto y de la zona, se podrá evaluar la participación de cada uno de los incumbentes en el mercado, y la concentración del mismo.

Sin embargo, se adicionan factores que escapan de la simple determinación de la posición de dominio que pudieran tener o alcanzar la o las entidades interesadas, y por supuesto, la nueva empresa.

En dicho orden de ideas, deberá evaluarse el riesgo de abusos unilaterales o coordinados que puedan producirse en consideración a las barreras de entrada y de expansión, la desafiabilidad del Mercado Relevante, el dinamismo del mismo, si alguna de las empresas parte de la operación son de aquellas denominadas “*Maverick*”, el eventual contrapeso que puedan generar lo

consumidores y, finalmente, la existencia de eficiencias que puedan servir de contrapeso para la disminución de competencia que se evalúe.

En los capítulos siguientes, se expondrán los factores mencionados previamente, en base a cómo las principales jurisdicciones que consagran el SLC, lo conceptualizan, sea a través de normas legales o de Guías que sirven como instructivo de las autoridades encargadas de la evaluación de los mismos.

Cabe antes señalar que, al encontrarnos ante la determinación de una cualidad de orden económico, es decir, si la operación produce o no una disminución sustancial de la competencia, podrán incorporarse más aspectos a evaluar, en tanto sean jurídica y económicamente relevantes para determinar si existirá, producto de la operación, una disminución de las fuerzas que rigen el mercado competitivo. En esto se manifiesta la característica de flexibilidad<sup>122</sup>.

**a. Definición de Mercado Relevante<sup>123</sup>.**

Respecto al análisis de operaciones de concentración mediante el SLC, al igual que en el TD, éste deberá iniciarse mediante la determinación del mercado

---

<sup>122</sup> García Pérez, Mercedes, op. cit., p. 23.

<sup>123</sup> Como se indicó, no es intención del autor realizar un completo y acabado análisis crítico del mercado relevante, sin embargo, es necesario describir cómo lo entienden las diferentes jurisdicciones que aplican el SLC, en razón de ser el primer marco analítico.

relevante de la nueva entidad, lo que permitirá determinar los incumbentes, la participación de éstos en el mismo y su nivel de concentración<sup>124</sup>.

Sin embargo, como se puede observar en los diversos lineamientos dictados por los organismos de otras jurisdicciones a los cuales se les ha encargo este análisis en su respectivo país, la determinación del mercado relevante no es un fin en sí mismo, pues existen factores externos que pueden determinar la competencia efectiva dentro del mercado. Es por ello que se considera que la determinación del mercado relevante es una herramienta útil, pero insuficiente por sí sola para permitir una conclusión sobre la existencia de una SLC<sup>125</sup>.

Lo anterior, por cuanto el objetivo del análisis de SLC es determinar si la nueva entidad se someterá a las limitantes que impone la competencia, o podrá actuar con completa holgura en el mismo, por lo que deberán buscarse cuáles son las restricciones más relevantes al comportamiento de los interesados, y de la nueva empresa<sup>126</sup>.

---

<sup>124</sup> En Reino Unido, Office of Fair Trading y Competition Commission, op. cit., pp. 29 y ss.; en EE.UU., Federal Trade Commission y el U.S. Department of Justice, op. cit., pp. 7 y ss.; en Canadá, Competition Bureau, op. cit., pp. 11 y ss.; en Australia, Australian Competition and Consumer Commission, op. cit., pp. 13 y ss.; en Nueva Zelanda, Commerce Commission, op. cit., pp. 23 y ss., y en Chile, Fiscalía Nacional Económica, “*Guía para el análisis de operaciones de concentración*”, pp. 10 a 12.

<sup>125</sup> Office of Fair Trading y Competition Commission, op. cit., p. 29; Federal Trade Commission y el U.S. Department of Justice, op. cit., p. 7; entre otras.

<sup>126</sup> Esto se puede observar en Office of Fair Trading y Competition Commission, op. cit., p. 29, al indicar “*the Authorities’ aim when identifying the relevant market is to include the most relevant constraints on behaviour of the merger firms*”.

En base a las guías emitidas por jurisdicciones como EE.UU., Reino Unido, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, podemos concluir que el análisis de mercado relevante se hace desde el punto de vista de la sustituibilidad de los bienes o servicios que lo componen, desde dos puntos de vista, la demanda de bienes y la oferta de bienes<sup>127</sup>.

En este sentido, se realiza una evaluación sobre, desde la demanda, la respuesta de los consumidores ante un aumento de los precios impuesto en al menos uno de los bienes ofrecidos por los entes que participan en la operación de concentración, cambiando el consumo de dicho bien o servicio, por otro. Y por la oferta, se evalúa la capacidad de otras empresas de responder ante un aumento del precio del mencionado bien o servicio, en el sentido de cambiar su oferta hacia la producción de dicho bien o servicio<sup>128</sup>.

Particularmente ilustrativa resulta la explicación que la Commerce Commission de Nueva Zelanda entrega sobre cómo entiende que el análisis deberá hacerse, consultándose si, ante un aumento de precio, primero, los consumidores cambiarían suficientemente su consumo a otros productos o lugares, y, segundo,

---

<sup>127</sup> Algunas jurisdicciones dan más o menos relevancia al lado de la oferta, como el caso de Canadá y EE.UU., en que se explicita que la mayor relevancia es de la sustituibilidad de la demanda, pero que igualmente es importante la respuesta de los ofertantes, como indican Competition Bureau, op. cit., pp. 11 y ss., y la Federal Trade Commission y el U.S. Department of Justice, op. cit., pp. 7 y 8.

<sup>128</sup> Landes, William, and Posner, Richard, op. cit., pp. 947 a 949.

si las empresas cambiarían su producción a dicho producto o lugar de una manera rápida (1 año generalmente), rentable y fácil, sin costos significativos<sup>129</sup>.

El análisis del mercado relevante ocurre también a dos niveles<sup>130</sup>, el producto analizado y el lugar geográfico en que se ubica el ofertante o el consumidor del mismo, según sea el caso.

Ahora bien, para poder delimitar el mercado relevante, se puede observar la utilización generalizada del test del monopolista hipotético (en adelante, “*TMH*”), considerando un aumento pequeño pero significativo, no transitorio, del precio (en adelante, “*SSNIP*”)<sup>131</sup>.

Bajo el *TMH*, se toma como punto de partida uno de los bienes o servicios que ofrecen las empresas que pretenden realizar la operación de concentración

---

<sup>129</sup> Commerce Commission, op. cit., p. 24.

<sup>130</sup> Sin embargo, Nueva Zelanda entiende que son 5 dimensiones: producto, geográfico, cadena de producción, consumidores y temporal. Agrega adicionalmente el caso de las plataformas multilaterales (también conocidos como mercados bilaterales). A pesar de esta diferencia, al analizar el enfoque que se da a estas dimensiones, se analizan las mismas circunstancias que EE.UU., Canadá y Reino Unido revisa al considerar únicamente la dimensión geográfica y del producto. Commerce Commission, op. cit., pp. 25 a 29.

<sup>131</sup> En EE.UU., Reino Unido, Australia, Nueva Zelanda y Canadá, se utiliza el *TMH*, y se considera un *SSNIP* del 5%, el cual puede aumentar o disminuir según el caso. Asimismo, el valor de referencia es, en general, el vigente en el mercado, sin considerar la operación de concentración. Sin embargo, si se espera que el precio hubiese subido o bajado en un futuro cercano, se puede considerar dicha proyección. En Reino Unido, Office of Fair Trading y Competition Commission, op. cit., pp. 31; en EE.UU., Federal Trade Commission y el U.S. Department of Justice, op. cit., pp. 9 a 11; en Canadá, Competition Bureau, op. cit., p. 11; en Australia, Australian Competition and Consumer Commission, op. cit., pp. 15 y 16.; en Nueva Zelanda, Commerce Commission, op. cit., p. 24. En Chile, se puede revisar Agostini, Claudio, “*Hacia una política de evaluación de fusiones horizontales*”, Revista de Estudios Públicos, N° 107, 2007, p. 106.

(antes de su concreción), en uno de las zonas geográficas en que se desempeña. Luego, se evalúa si, en caso de ser el único ofertante del mismo en la zona geográfica determinada, resultaría rentable<sup>132</sup> realizar un SSNIP sobre dicho producto, en la zona seleccionada.

En caso de que el SSNIP resulte ser beneficioso, se considerará determinado el mercado relevante. De no ocurrir, se deberá agregar el bien o servicio que se considere su sustituto más cercano, volviendo a intentar el SSNIP, para revisar si éste sería o no provechoso. Así seguirán agregándose productos hasta que se considere rentable el haber realizado el SSNIP.

Este ejercicio se utiliza tanto para determinar el mercado relevante del producto como el mercado relevante geográfico, sin embargo, se considerará la posibilidad del monopolista hipotético para efectuar una distinción entre los diferentes consumidores (y su capacidad de respuesta ante un SSNIP, como, por ejemplo, consumidores cautivos), si el producto se adquiere en el lugar del ofertante o no y si el precio es negociable o se encuentra previamente establecido. De esta manera, en caso de ser posible la distinción entre los consumidores, podrá

---

<sup>132</sup> En el caso de la CMA de Reino Unido, sus lineamientos indican como criterio que el SSNIP resulte menos costoso cuando un grupo de productos, que previamente competían entre sí, se unen bajo un mismo monopolista hipotético (“*less costly when a group of previously competing products is brought under the control of a hypothetical monopolist*”), de acuerdo al párrafo 5.2.13 del Merger Assessment Guidelines de septiembre de 2010. Por su parte, la FTC y la DoJ utilizan el denominado “*critical loss analysis*” (“*Horizontal merger guidelines*”, agosto de 2010, p. 12), bajo lo cual, se entenderá que el SSNIP es beneficioso si la pérdida predicha (predicted loss) es menor a la pérdida crítica (critical loss), es decir, al número de unidades que se dejan de vender sin que se genere un detrimento en la utilidad.

definirse el mercado geográfico desde la ubicación de los mismos. De no ser así, se preferirá determinarlo en base a la ubicación de los ofertantes, especialmente si los consumidores deben acudir a su ubicación para adquirir el producto<sup>133</sup>.

Se entenderá definido el mercado relevante, bajo el test en análisis, cuando se determine el menor grupo de productos que permitan realizar rentablemente un SSNIP<sup>134</sup>.

Ahora bien, las guías dictadas por las autoridades como el DoJ, la CMA, la ACCC, la Commerce Commission (perteneciente a Nueva Zelanda, y en adelante, “NZCC”) y el Competition Bureau (de Canadá, en adelante “CB”), han incluido ciertos factores adicionales que deben considerarse a propósito de la determinación del mercado relevante<sup>135</sup>. Dentro de dichos factores, encontramos la sustitución asimétrica<sup>136</sup>, la diferenciación de productos, la sustitución

---

<sup>133</sup> En Reino Unido, Office of Fair Trading y Competition Commission, op. cit., pp. 36 y 37; en EE.UU., Federal Trade Commission y U.S. Department of Justice, op. cit., pp. 13 a 15; en Canadá, Competition Bureau, op. cit., p. 14 y 15; en Australia, Australian Competition and Consumer Commission, op. cit., pp. 14 a 16; en Nueva Zelanda, Commerce Commission, op. cit., p. 24.

<sup>134</sup> Por ejemplo, en Nueva Zelanda se indica que se indica que en general, es el conjunto más pequeño de productos (o ubicaciones) en el que el SSNIP puede ser rentable sostenido se define como el mercado relevante del producto (geográfico), Commerce Commission, op. cit., p. 24, (“*In general, the smallest set of products (or locations) in which the SSNIP can be profitably sustained is defined as the relevant product (geographic) market*”).

<sup>135</sup> Claudio Agostini, en Chile, propuso en 2007 la revisión a través de 4 etapas, consistentes en: la determinación del mercado relevante; la evaluación de la concentración, y su cambio luego de la operación de concentración; revisión si existe entrada oportuna, suficiente y probable, y, finalmente, examinar las eficiencias de la operación, en contraposición al eventual daño a la Libre Competencia, como se puede observar en Agostini, Claudio, op. cit., pp. 101 y ss.

<sup>136</sup> Para una explicación del efecto que produce el grado de diferenciación de los productos, que influye en la sustitución asimétrica, se puede revisar Méndez Naya, José, “*Fusiones horizontales de empresas y estrategias de diferenciación de producto*”, Estudios de Economía, Vol. 44 - N° 2, 2017, pp. 176, 177 y 180.

indirecta<sup>137</sup>, los mercados de dos lados<sup>138</sup>, entre otros. Cabe mencionar, que este tipo de elementos guardan la misma lógica de la determinación del mercado relevante, cual es la capacidad de respuesta de los consumidores y de la oferta, ante un SSNIP<sup>139</sup>.

Resulta relevante, dentro de dichos factores, la posibilidad de determinar un mercado relevante en base al consumidor, lo cual aplica en caso de que el eventual efecto negativo de la operación afecte a un determinado grupo de consumidores. En dicho caso, será clave observar si hay consumidores que obtengan mejores condiciones que otros, pudiendo generarse un mercado relevante distinto, que tome en consideración al grupo afectado<sup>140</sup>.

#### **b. Estructura del Mercado Relevante.**

A continuación de la determinación del mercado relevante, el análisis de SLC se preocupa de determinar la estructura y características del mismo, tomando en

---

<sup>137</sup> Australian Competition and Consumer Commission, op. cit., p. 18.

<sup>138</sup> Office of Fair Trading y Competition Commission, op. cit., p. 34.

<sup>139</sup> Australia hace distinción a propósito de la comparación entre la desafiabilidad del mercado por la posibilidad de entrada de nuevos productores, frente a la sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta (capacidad de cambiar la producción para entrar al mercado en análisis), pero concluye que lo relevante para el SLC es que se evalúen cuáles son las restricciones competitivas que tiene el mercado, como se indica en Australian Competition and Consumer Commission, op. cit., p. 16.

<sup>140</sup> Esto ocurre, por ejemplo, en Reino Unido, Office of Fair Trading y Competition Commission, op. cit., p. 34.

consideración sus incumbentes, la participación de estos dentro del mercado relevante y la concentración que existe en el mismo.

Observar la estructura y características del mercado permite obtener una fotografía del mercado relevante y obtener una aproximación del tamaño que podrían tener las empresas que en él participan, lo que, si bien no es suficiente para poder concluir si la operación de concentración produce una SLC, permite determinar si ésta podría no generar preocupaciones, o si bien esta debe ser sujeta a un escrutinio mayor. Esto, bajo el entendido de que una operación de concentración puede producir efectos negativos en la competencia, ya sea coordinados o unilaterales, por efecto de debilitar o anular restricciones competitivas en dicho mercado, sea respecto de las partes de la operación o de otras participantes, con motivo de la operación<sup>141</sup>.

Por dicho motivo, diversos entes reguladores, tanto en Chile como en el extranjero (Reino Unido, EE.UU., Canadá, Australia y Nueva Zelanda, por ejemplo), establecen ciertos criterios para poder determinar si existe o no una mayor probabilidad de que la operación no produzca una SLC, o si debe ser sometida a una revisión más profunda, pero en ningún caso para clasificarla como buena o mala, puesto que aun fuera de los parámetros establecidos por cada autoridad, puede ocurrir un SLC (por ejemplo, un mercado altamente

---

<sup>141</sup> Australian Competition and Consumer Commission, op. cit., p. 33.

concentrado en que no ocurra un SLC, o uno desconcentrado en que sí ocurra)<sup>142</sup>.

**a) Incumbentes.**

El primer factor que deberá analizarse para determinar la estructura del mercado son los incumbentes, es decir, aquellas empresas que participan en el mercado relevante.

Si bien no todas las jurisdicciones determinan quiénes deben considerarse como partícipes del mercado relevante, podemos señalar dos grupos. Primero, se considerarán incumbentes aquellas empresas que ofrezcan el producto relevante en la zona geográfica relevante. En segundo lugar, se deberán incluir las empresas que, no encontrándose en el primer grupo, no requiere incurrir en costos hundidos significativos para entrar o salir del mercado relevante, y podrían, rápida y rentablemente, variar sus ventas o capacidad para ofrecer el producto en el mercado, o entrar a la zona relevante definida, como respuesta

---

<sup>142</sup> El énfasis que le dan las agencias de los países mencionados a la determinación de la estructura del mercado, es poder determinar si la operación merece o no un mayor escrutinio, para determinar si se continúa su análisis. En este sentido, parece ser un análisis para descartar SLC, en base a lo que probablemente suceda, más que uno que permita concluir definitivamente la existencia de SLC. Este sentido se puede observar en Federal Trade Commission y U.S. Department of Justice, op. cit., p. 19, y en Competition Bureau, op. cit., p. 18.

ante un SSNIP (a estas empresas, Reino Unido y EE.UU. las denomina *Rapid Entrants*)<sup>143</sup>.

**b) Participación en el Mercado Relevante.**

La participación de cada uno de los incumbentes, dentro del mercado relevante, puede medirse de diversas formas, lo cual dependerá de la naturaleza del mercado en análisis y de la información con que se disponga.

En general, puede observarse que se prioriza el análisis en base a las ventas de cada una de las empresas, en un periodo de tiempo, sea en consideración al ingreso que perciben o al número de unidades que venden.

Sin embargo, dependiendo de las circunstancias, puede utilizarse la capacidad de producción y/o las reservas con que cuenta cada uno de los incumbentes<sup>144</sup>.

---

<sup>143</sup> Así ocurre en EE.UU. y Canadá. Federal Trade Commission y U.S. Department of Justice, op. cit., pp. 15 y 16; en Canadá, Competition Bureau, op. cit., p. 17.

<sup>144</sup> Entre otros, Federal Trade Commission y U.S. Department of Justice, op. cit., p. 17; en Canadá, Competition Bureau, op. cit., pp. 17 y 18, y Australian Competition and Consumer Commission, op. cit., p. 34.

En el caso de Rapid Entrants, se calculará su participación en base a una proyección de la cantidad o capacidad de producción que destinarían al mercado relevante, en caso de un SSNIP<sup>145</sup>.

Cabe señalar que, se dará más relevancia a la participación que tengan los incumbentes cuando el mercado si éstas son estables a lo largo del tiempo. En caso contrario, es decir, si existe fluctuación en la participación que la presentan las distintas empresas, podría ocurrir que haya competencia incluso en un mercado altamente concentrado<sup>146</sup>. De esta forma, la relevancia de la estructura del mercado dependerá de su estabilidad.

### **c) Concentración.**

Pues bien, una vez definido el mercado relevante, quienes participan en el mismo, y cuál es su tamaño dentro del mismo, corresponde determinar el nivel de concentración existente en el mercado relevante determinado.

Si bien la concentración del mercado no es suficiente, por sí sola, para decidir si la operación de concentración produce un SLC, su esclarecimiento entrega

---

<sup>145</sup> Entre otros, Federal Trade Commission y U.S. Department of Justice, op. cit., p. 17; en Canadá, Competition Bureau, op. cit., pp. 17 y 18, y Australian Competition and Consumer Commission, op. cit., p. 34.

<sup>146</sup> Federal Trade Commission y U.S. Department of Justice, op. cit., p. 18.

información al análisis, pues refleja la posición que las empresas parte de la operación, y la nueva entidad, frente a sus rivales. Se entiende, así, que ante la ausencia de una alta concentración, la competencia efectiva en el mercado relevante generalmente podrá restringir la creación, mantenimiento o fortalecimiento del poder de mercado que pudiese ostentar, generarse o reforzarse por efecto de la operación de concentración<sup>147</sup>.

Para estos efectos, existen diversos métodos reconocidos por las autoridades administrativas de diversos países, para calificar si un mercado es concentrado. El DoJ y la FTC reconocen 3, que también pueden ser observados en otros países<sup>148</sup>.

En primer lugar, se puede considerar el número de incumbentes que tiene el mercado en análisis, el cual se indica que sería útil en caso de existir una brecha entre dos o más grupos de ofertantes (*“significant competitors”* en los términos del párrafo cuarto del apartado 5.3, de *“Horizontal merger guidelines”* de EE.UU.), de manera que haya una diferencia entre pequeños y grandes competidores.

---

<sup>147</sup> Competition Bureau, op. cit., p. 18.

<sup>148</sup> Federal Trade Commission y U.S. Department of Justice, op. cit., pp. 18 y 19. Lo mismo ocurre en Reino Unido, Australia, Nueva Zelanda y Canadá, aunque en este último caso no se utiliza el cálculo en base al HHI.

Segundo, las autoridades pueden utilizar la participación de mercado de las empresas participantes, sea combinada o individual, respecto de las empresas que son parte de la operación de concentración, de otras, o de unas y otras<sup>149</sup>.

Finalmente, se encuentra el HHI<sup>150</sup>, método consistente en la suma, al cuadrado, de cada una de las participaciones individuales de los participantes en el mercado relevante. De esta forma, considerando la variación entre el HHI obtenido previo y después de la operación de concentración, junto al valor inicial, Chile<sup>151</sup>, EE.UU.<sup>152</sup> y muchas otras jurisdicciones<sup>153</sup> han determinado cuándo una operación probablemente no constituya un SLC.

---

<sup>149</sup> Canadá fija umbrales para declarar cuando una firma probablemente no genere SLC, en base a este tipo de análisis, señalando que, en principio, no importarían un SLC, aquellas empresas que: a) levantando cuestionamientos por efectos unilaterales, tiene menos de un 35% de la participación en el mercado, y b) levantando cuestionamientos por efectos coordinados, i) tenga una participación de mercado, luego de la operación de concentración, menor al 10%; o ii) la suma de las participaciones de las 4 empresas más grandes del mercado relevante sea menor a un 65%. Competition Bureau, op. cit., pp. 18 y 19. Algo similar ocurre en Nueva Zelanda, donde se considera la participación combinada de las empresas que son parte de la operación de concentración y la participación combinada de los 3 principales ofertantes del mercado relevante. De esta forma, la NZCC considera que no habría probablemente SLC si: a) los 3 principales ofertantes tuviesen una participación conjunta menor a 70%, y la participación combinadas de los interesados en la operación es menor a un 40%, o si b) los 3 principales ofertantes tuviesen una participación conjunta mayor a 70%, y la participación combinadas de los interesados en la operación es menor a un 20%. Commerce Commission, op. cit., p. 30.

<sup>150</sup> Cabe señalar que, si bien el HHI es un método generalmente utilizado, tanto en TD como en SLC, Canadá es un caso especial, por cuanto no utiliza el HHI para determinar la concentración en el mercado, (Competition Bureau, op. cit., p. 19, nota al pie 31). Lo mismo ocurre en Nueva Zelanda, que no hace referencia al HHI, incluyendo únicamente la participación de las principales empresas del mercado y de aquellas que son parte de la operación de concentración (Commerce Commission, op. cit., p. 30).

<sup>151</sup> Fiscalía Nacional Económica, “*Guía para el análisis de operaciones de concentración*”, octubre 2012 p. 13.

<sup>152</sup> Federal Trade Commission y U.S. Department of Justice, op. cit., p. 19.

<sup>153</sup> Australia y Reino Unido, por ejemplo.

La variación del HHI, nos permite entender el efecto de la fusión dentro de la estructura del mercado, pues veremos cuanta mayor concentración produce la eliminación de uno o más de sus participantes<sup>154</sup>.

En base a los parámetros de EE.UU., podemos señalar el nivel de concentración de un mercado de la siguiente manera:

- Mercado desconcentrado (MD): HHI menor a 1.500;
- Mercado moderadamente concentrado (MC): HHI entre 1.500 y 2.500, y
- Mercado altamente concentrado (AC): HHI mayor a 2.500.

Considerando lo anterior, determina la “*Horizontal merger guidelines*”, para determinar si es probable o no que se produzca un SLC:

- Pequeño cambio en la concentración: Una variación en el HHI de menos de 100 es improbable que produzca SLC;
- MD: Si luego de la fusión, el mercado es calificado como MD, no será probable que la operación produzca un SLC;
- MC: Si, luego de la operación, el mercado es calificado como MC, y la variación del HHI es mayor a 100 puntos, tiene potencial de generar preocupaciones que deben revisarse;

---

<sup>154</sup> Australian Competition and Consumer Commission, op. cit., p. 35. Cabe señalar, que Australia, adicionalmente se considera el nivel de simetría entre las empresas incumbentes.

- AC: si, luego de la operación, el mercado es calificado como MC, y la variación del HHI es entre 100 y 200 puntos, tiene potencial de generar preocupaciones que deben revisarse, y
- AC: si, luego de la operación, el mercado es calificado como MC, y la variación del HHI es mayor a 200 puntos, se presumirá que es probable que refuerce su poder de mercado<sup>155</sup>.

Como lo indica el mismo texto mencionado, el objetivo de la DoJ y la FTC no es dar un parámetro rígido que permita separar las operaciones de concentración benignas de las anticompetitivas, sino distinguir las que probablemente no sean problemáticas, de aquellas que requieren mayor revisión.

En nuestro país, la FNE considera que las operaciones de concentración que no sobrepasan el umbral establecido en la página 13 de la “*Guía para el análisis de operaciones de concentración*”, tienen un escaso potencial anticompetitivo. El mencionado criterio para descartar<sup>156</sup> la capacidad anticompetitiva de la operación es el siguiente:

- Si el HHI posterior a la operación es inferior a 1.500;
- Si el HHI es mayor a 1.500, pero menor a 2.500, y la variación del HHI es menor a 200, y

---

<sup>155</sup> Federal Trade Commission y U.S. Department of Justice, op. cit., p. 19.

<sup>156</sup> Este es el término utilizado por la FNE en el texto mencionado.

- Si el HHI es mayor a 2.500, y la variación del HHI es mayor a 100.

Si bien suele mencionarse que Chile es un país donde priman mercados concentrados, esto no implica necesariamente que en cada uno de ellos existan preocupaciones a nivel de Libre Competencia, sino cuando se observa desde un punto de vista meramente estructural<sup>157</sup>. En este sentido, parte de la doctrina económica caracteriza la competitividad de una industria en base a la innovación que en la misma ocurra, asociándola a la variación que pueda existir en la participación de cada empresa en el mercado relevante<sup>158</sup>.

Se ha podido observar que los grandes grupos económicos (independiente de cómo sean definidos), en los países en vía de desarrollo tienden a surgir como una alternativa a los mercados financieros, producto de la falta de madurez de éstos últimos. De esta forma, parte de la doctrina ha indicado que la concentración que existió en Chile a fines de la década de los 80, debiese ir progresivamente decreciendo, a medida que el mercado chileno, y particularmente su área financiera, logre una mayor estabilidad<sup>159</sup>.

---

<sup>157</sup> Sapelli, Claudio, “*Concentración y grupos económicos en Chile*”, Revista de Estudios Públicos, N° 88, 2002, pp. 68 a 70 y 75 a 79,

<sup>158</sup> Ibid, pp. 80 a 82.

<sup>159</sup> Ibid, pp. 88 y 89.

Como se puede observar, la opción tomada por nuestro país es bastante similar a la adoptada por EE.UU., toda vez que tienen la misma calificación de concentración en base al nivel de HHI que el mercado tenga<sup>160</sup>. Inclusive, los parámetros utilizados en la variación son idénticos al caso descrito de la DoJ y la FTC, omitiendo únicamente el caso de una variación menor a 100 del HHI, el caso de los MD y cuando ocurre una variación entre 100 y 200 puntos de HHI en AC, pero que se encuentran matemáticamente subsumidos dentro de los criterios chilenos.

Cabe señalar, que una ventaja del HHI frente a considerar la participación de la firmas participantes en el mercado, es que permite darle un mayor valor a las empresas que tienen más participación en el mercado, resaltando su relevancia mientras mayor sea su rol en el mismo<sup>161</sup>.

**c. Desafiabilidad del Mercado Relevante. Barreras de entrada y de expansión.**

Aun cuando un mercado relevante presente una estructura que haga probable la producción de un SLC debido a la operación de concentración que se analice, y consecuentemente sea probable que se ejerza una vulneración a la libre

---

<sup>160</sup> Es decir, HHI menor a 1.500 es un mercado desconcentrado, entre 1.500 y 2.500 hablamos de un mercado moderadamente concentrado, y sobre 2.500, de un mercado altamente concentrado.

<sup>161</sup> Federal Trade Commission y U.S. Department of Justice, op. cit., p. 18.

competencia, ya sea mediante concreción de efectos coordinados o unilaterales previstos, deberán verificarse determinadas características del mercado que permitan aplacar la posible producción de dichos efectos.

Lo anterior, por cuanto en el largo plazo, nuevos competidores pueden entrar al mercado, o las empresas que compiten tomarán acciones para mejorar su competitividad. Bajo estas dos líneas, la MCA define los conceptos de entrada de nuevos agentes al mercado relevante y de expansión<sup>162</sup>.

Así, debe consultarse si existe la posibilidad de que terceros entren en el mercado o incumbentes actualmente en el mismo expandan su producción, de una manera rápida, suficiente en cuanto al volumen y probable, de manera que disuada o contrarreste cualquier ejercicio de poder de mercado que la nueva entidad pretenda o efectivamente ejerza<sup>163</sup>.

Lo que buscará el órgano administrativo, en definitiva, es verificar si, luego de la operación de concentración, ante un SSNIP o ante el ejercicio no transitorio de poder de mercado, se producirá un ingreso al mercado por parte de terceros o se expandirá la producción de uno o más de los incumbentes, de manera tal que no

---

<sup>162</sup> Office of Fair Trading y Competition Commission, op. cit., pp. 58 y 59.

<sup>163</sup> Agostini, Claudio, op. cit., pp. 113 a 115.

resulte rentable realizar el SSNIP o el ejercicio no transitorio de poder de mercado<sup>164</sup>.

De esta forma, la potencial entrada de terceros o la potencial expansión de la producción por parte de terceros, si cumple con los requisitos de probabilidad, suficiencia y oportunidad, tendrá el efecto de dar competitividad al mercado, y hacer improbable que se produzca una SLC<sup>165</sup>.

Ahora bien, la entrada o expansión a que se hace referencia, debe ser correspondientemente acreditada ante la entidad fiscalizadora.

**a) Probabilidad.**

Conforme a lo indicado en diversas guías de los entes administrativos a cargo de la revisión de operaciones de concentración, se exige que la potencial entrada o expansión no sea solamente posible, sino que además sea algo probable.

---

<sup>164</sup> Federal Trade Commission y U.S. Department of Justice, op. cit., p. 28. En el mismo sentido, Landes, William, and Posner, Richard, op. cit., p. 950.

<sup>165</sup> En Nueva Zelanda, esto se conoce como el “*LET Test*”, como se observa en Commerce Commission, op. cit., p. 37.

El concepto de probabilidad, se mide en base a los incentivos que tendría una empresa para efectivamente ingresar o expandir su producción en el mercado relevante, lo cual se traduce en que esto le sea rentable.

Al respecto, el CB indica que se considerará rentable cuando el precio del bien o servicio, luego de la entrada de la nueva empresa (o de la expansión de la existente), es igual al precio del mismo antes de la operación de concentración. Lo anterior, por cuanto se entiende que, tras un SSNIP efectuado por la nueva entidad creada producto de la operación de concentración, el entrante deberá poder ingresar al mercado con un precio menor al de la nueva entidad, y arrastras a una cantidad suficiente de consumidores para que el precio de mercado vuelva a ser el previo al SSNIP, evitando, así, el ejercicio de cualquier poder de mercado<sup>166</sup>.

Por su parte, el DoJ y la FTC consideran que la rentabilidad depende de tres factores: 1) el nivel de volumen de producción que probablemente se obtenga; 2) el precio que probablemente se obtenga en el mercado luego de la operación de concentración, considerando el efecto en el precio del ingreso al mercado o de la expansión en la producción, y 3) el costo total medio que se obtenga, el que puede depender de la escala de producción.

---

<sup>166</sup> Competition Bureau, op. cit., p. 29.

Resulta interesante observar, que Nueva Zelanda agrega a este análisis el costo de oportunidad de los insumos necesarios para producir dentro del mercado relevante, toda vez que por muy rentable que pueda resultar ingresar a un mercado, esto no se producirá si los bienes pueden emplearse para producir en otro mercado relevante, si resulta más rentable<sup>167</sup>.

Bajo este requisito, suele analizarse quienes serían los potenciales entrantes, revisándose las empresas que están dentro del mercado, pero en los límites del mismo, empresas que venden el producto relevante en zonas geográficas cercanas, empresas que producen bienes con insumos o maquinaria con la que se podría producir el producto relevante, empresas que se encuentran dentro de la cadena productiva del bien, empresas que utilizan canales de distribución similares y aquellas que utilizan métodos de promoción o marketing similares, entre otras<sup>168</sup>.

También, se observa la existencia de insumos o instalaciones esenciales para producir, toda vez que la mayor dificultad de adquirir estos bienes hará menos probable que una empresa entre a dicho mercado. En el mismo sentido, se observará la existencia de costos hundidos, toda vez que representan parte del costo de ingresar al mercado<sup>169</sup>.

---

<sup>167</sup> Commerce Commission, op. cit., p. 38.

<sup>168</sup> Competition Bureau, op. cit., p. 29.

<sup>169</sup> Federal Trade Commission y U.S. Department of Justice, op. cit., p. 28.

**b) Suficiencia.**

Un segundo requisito generalmente considerado para evaluar que una entrada disminuya el riesgo de un SLC, es que la entrada sea suficiente para producir el objetivo final, es decir, que se desincentive o coarte el ejercicio de poder de mercado.

Esta suficiencia se puede observar tanto desde varios puntos de vista. En primer lugar, el bien que ofrecerá el nuevo incumbente debe ser un sustituto cercano al del mercado relevante. Así, la diferenciación de productos, los consumidores cautivos, entre otros, serán factores que afecten de una manera negativa a la suficiencia.

En segundo lugar, el volumen de oferta del nuevo entrante, y la capacidad de expansión de los incumbentes y del nuevo ofertante, puede resultar relevante para desincentivar un SSNIP. En este sentido, en un mercado sin diferenciación de productos y con potencial expansión, un nuevo ofertante con un pequeño volumen de oferta, en comparación con el líder del mercado relevante, puede constreñir un SSNIP.

El DoJ y la FTC consideran que se cumple el requisito de suficiencia, si la empresa entrante lo hace a la misma escala y con la misma fuerza con que actualmente actúa uno de los incumbentes<sup>170</sup>.

**c) Oportunidad.**

Finalmente, la entrada no solo debe ser probable y suficiente, sino producirse en un periodo de tiempo que sea razonable para producir un efecto disuasivo.

El tiempo que se exige depende de cada mercado, debiendo observarse sus características particulares, como la existencia de contratos de tracto sucesivo, las barreras de entrada que puedan retrasar la oferta (por ejemplo, la obtención de autorizaciones estatales), entre otros.

El objetivo de este requisito, es que la entrada (o expansión de un incumbente) en el mercado relevante en cuestión, se produzca con una velocidad tal, que quien detente una posición dominante en el mercado relevante no tenga incentivo alguno para generar un SSNIP, o afectar de cualquier otra manera a la Libre Competencia.

---

<sup>170</sup> Ibid, p. 29.

**d) Barreras de entrada y otros factores que dificultan la libre entrada y salida de un mercado.**

La entrada o expansión dentro de un mercado puede verse afectada por diversos factores, como son el riesgo que implica entrar al mismo sin conseguir la rentabilidad esperada y las barreras de entrada (y salida) del mercado, los cuales disminuyen la probabilidad, oportunidad y/o suficiencia del ingreso al mercado o la expansión.

Las barreras son características específicas de un mercado, que otorgan a los incumbentes ventaja sobre potenciales competidores<sup>171</sup>.

Sobre las barreras, debe hacerse presente que el análisis debe ser realizado de manera conjunta respecto al efecto de todas las barreras que existan en el mercado, toda vez que el análisis individual puede derivar en que el efecto de la misma no sea tan limitante para la entrada potencial<sup>172</sup>.

Los diferentes organismos encargados del control de operaciones de concentración efectúan clasificaciones diferentes de los tipos de barreras de

---

<sup>171</sup> Traducción libre de “*Barriers to entry are thus specific features of the market that give incumbent firms advantages over potential competitors. Where entry barriers are low, the merged firm is more likely to be constrained by entry; conversely, this is less likely where barriers are high*” (Office of Fair Trading y Competition Commission, op. cit., p. 59).

<sup>172</sup> Office of Fair Trading y Competition Commission, op. cit., p29.

entrada. Sin embargo, todas apuntan a las mismas situaciones, cambiando solamente el grupo al cual pertenece<sup>173</sup>.

Un primer tipo de barreras de entrada son las regulatorias, que corresponden a limitaciones a la entrada de nuevos competidores, que tienen su origen en la normativa legal o administrativa, como puede significar, en nuestro país, la obtención de una patente comercial por parte de la Municipalidad correspondiente, el cumplimiento de la normativa de protección del medio ambiente, entre otros.

En segundo lugar, nos encontramos con barreras de naturaleza estratégica, es decir, que tienen su origen en la forma en que los incumbentes actúan dentro del mercado relevante. En este sentido, se trata de acciones, o amenazas de acciones, que realizan los incumbentes, con el fin de desincentivar que terceros entren al mercado relevantes<sup>174</sup>. Ejemplos de este tipo de barreras son los sistemas de fidelización de los consumidores, así como contratos de provisión

---

<sup>173</sup> Por ejemplo, la CMA las clasifica en ventajas absolutas de los incumbentes, barreras estructurales, economías de escalas y ventajas estratégicas, como se indica en Office of Fair Trading y Competition Commission, op. cit., pp. 59 y 60. Por su parte, la DoJ y la FTC no expone clasificación alguna sobre las barreras. Canadá las divide entre costos hundidos sustantivos y barreras regulatorias. Finalmente, Australia y Nueva Zelanda las clasifican entre estructurales, estratégicas y legales. Sin embargo, todos incluyen circunstancias fácticas similares, como la necesidad de algún tipo de permiso legal o administrativo (patentes, autorizaciones, etc.), inversiones que no se recuperan al salir del mercado, economías de escala y estrategias comerciales (diferenciación de productos, por ejemplo), entre otros. En Chile, podemos observar en Agostini, Claudio, op. cit., pp. 113 y 114, que se clasifican en consideración a su fuente, en barreras legales o regulatorias, costos hundidos y tecnologías de uso.

<sup>174</sup> Traducción libre de “actions or threatened actions by incumbents to deter new entry” (Australian Competition and Consumer Commission, op. cit., p. 38).

exclusiva de algún bien o servicio, contratos de provisión permanente y/o contratos a largo plazo.

Finalmente, existen barreras a la entrada denominadas estructurales, pues tienen que ver con la naturaleza y características que son propias del mercado que se analice. En esta clasificación, podemos encontrar los costos hundidos, las economías de escala y el efecto de red, el acceso a insumos esenciales, entre otros<sup>175</sup>.

La existencia de barreras de entrada o de salida disminuye la posibilidad de que la entrada de nuevos competidores se produzca, pues afectan la rentabilidad de quien pretenda ingresar<sup>176</sup>, de manera tal que, a contrario sensu, el análisis del efecto negativo que producen las barreras de entrada<sup>177</sup>, va a ser un factor relevante en la conclusión sobre si una operación de concentración produce un SLC.

#### **d. Contrapeso de los consumidores.**

Al evaluar la capacidad que tiene o pueda adquirir una empresa producto de la operación de concentración para ejercer poder de mercado, produciendo así un

---

<sup>175</sup> Australian Competition and Consumer Commission, op. cit., pp. 37 a 38.

<sup>176</sup> Ibid, p. 336.

<sup>177</sup> “The Height of barriers to entry”, en los términos del ACCC.

SLC, podemos observar que diversas jurisdicciones analizan si existe un poder de compra compensatorio, por parte de los consumidores, toda vez que este factor podrá hacer improbable que el SLC que se pudiese generar en el mercado, derive en un aumento de precios producto del ejercicio de poder de mercado<sup>178</sup>.

Al respecto, jurisdicciones como Australia y Nueva Zelanda, entienden que el poder de compra compensatorio es algo distinto de la capacidad de sustituir un ofertante por otro, que la calificación corresponde a las características especiales de el o los consumidores en cuestión (como el tamaño y la relevancia comercial), las cuales entregan ventajas adicionales de negociación, que le permiten amenazar o efectivamente castigar la conducta de aquella empresa que pretenda elevar sus precios<sup>179</sup>.

Por su parte, otras jurisdicciones, como Reino Unido y Canadá<sup>180</sup>, entienden que tanto la capacidad de sustituir al ofertante como las características del consumidor son relevantes para que el poder de compra compensatorio evite la

---

<sup>178</sup> Office of Fair Trading y Competition Commission, “op. cit., pp. 62 y 63; Federal Trade Commission y U.S. Department of Justice, op. cit., p. 27; Competition Bureau, op. cit., p. 31; Australian Competition and Consumer Commission, op. cit., p. 44, y Commerce Commission, op. cit., p. 40. En el caso chileno, no se hace referencia a este factor en la Fiscalía Nacional Económica, “*Guía para el análisis de operaciones de concentración*”, octubre 2012.

<sup>179</sup> Australian Competition and Consumer Commission, op. cit., p. 44, y Commerce Commission, op. cit., p. 40.

<sup>180</sup> Office of Fair Trading y Competition Commission, op. cit., p. 63, y a raíz de sus ejemplos, Competition Bureau, op. cit., p. 31.

materialización de riesgos unilaterales o coordinados producto del SLC que genere una operación de concentración.

Sin perjuicio de lo anterior, las citadas jurisdicciones, así como EE.UU., concuerdan en que existe poder de compra compensatorio, y, por tanto, un desincentivo efectivo para que la operación no se considere atentatoria contra la Libre Competencia, cuando el o los consumidores pueden:

- Entrar al mercado relevante por sí mismo, por ejemplo, a través de una integración vertical;
- Patrocinar la entrada de un nuevo competidor, o la expansión de un incumbente, o
- Imponer costos a los ofertantes.

La ACCC exige, para la calificación del poder de compra compensatorio, que la amenaza del consumidor revista las calidades de real, probable y en un porcentaje determinado de las ventas<sup>181</sup>.

El poder de compra compensatorio debe mantenerse en el escenario posterior a la operación en análisis. Por ello, si la operación de concentración saca del mercado relevante a un competidor que otorgaba ventajas en la negociación a

---

<sup>181</sup> Australian Competition and Consumer Commission, “op. cit., pp. 44 y 45.

los consumidores, no podrá considerarse que hay poder de compra compensatorio<sup>182</sup>.

Cabe mencionar, que la discriminación de precios puede derivar en que parte de los consumidores tengan poder de compra, pero no el resto. En estos casos, las jurisdicciones mencionadas consideran que no es suficiente para considerar la concurrencia de un poder de compra compensatorio, toda vez que no se producirá lo que la CMA denomina el “*efecto paraguas*”<sup>183</sup>, esto es, que el contrapeso de un consumidor aproveche a todos<sup>184</sup>. Se entiende que este efecto se producirá con mayor facilidad cuando no existe una negociación directa y haya transparencia en los precios cobrados a los consumidores<sup>185</sup>.

#### **e. Eficiencias de la operación de concentración.**

Dentro del análisis de SLC, los órganos administrativos deberán considerar las eficiencias que se generen producto de la operación de concentración que se analiza, factor que en algunas jurisdicciones incluso tiene rango legal<sup>186</sup>.

---

<sup>182</sup> Office of Fair Trading y Competition Commission, op. cit., p. 64, y Federal Trade Commission y U.S. Department of Justice, op. cit., p. 27.

<sup>183</sup> Traducción libre de “*umbrella effect*”, en Office of Fair Trading y Competition Commission, op. cit., p. 63.

<sup>184</sup> Federal Trade Commission y U.S. Department of Justice, op. cit., p. 27.

<sup>185</sup> Office of Fair Trading y Competition Commission, op. cit., p. 64.

<sup>186</sup> Sección 30, párrafo primero, de la Enterprise Act, de acuerdo también a lo indicado en Office of Fair Trading y Competition Commission, op. cit., p. 55.

La inclusión de la eficiencia ha resultado en una de las principales críticas al TD, toda vez que no considera el factor al momento de analizar la creación o refuerzo de una posición de dominancia en el mercado relevante. Sin embargo, con la entrada en vigencia del Reglamento 139/04, entre otras modificaciones que afectaron a la normativa de los países que utilizaban el TD, se ha incluido la consideración de la eficiencia, a pesar de mantener como criterio para determinar la prohibición de una operación de concentración el TD.

Al considerar el análisis de las operaciones de concentración, debe tenerse en consideración que éstas son mayoritariamente benignas, produciendo en muchos casos una mejora en los competidores que se desenvuelven en el mercado relevante y en los incentivos para competir. Sin perjuicio de ello, las operaciones de concentración de todas formas pueden derivar en un SLC<sup>187</sup>.

Lo que deben realizar los organismos es evaluar la forma en que se podría generar una compensación entre el efecto anticompetitivo que se produce con motivo de la operación de concentración y las eficiencias que por efecto específico de ésta se generan<sup>188</sup>, en beneficio del mercado, no para la nueva entidad; lo anterior, con miras a dar una protección efectiva a los consumidores<sup>189</sup>.

---

<sup>187</sup> Federal Trade Commission y U.S. Department of Justice, op. cit., p. 29 y 30.

<sup>188</sup> Competition Bureau, op. cit., p. 37, y Australian Competition and Consumer Commission, op. cit., p. 49.

<sup>189</sup> Federal Trade Commission y U.S. Department of Justice, op. cit., p. 31.

Bajo este criterio, podemos observar diversos requisitos a lo largo de las distintas jurisdicciones, que podemos resumir en, primero, la probabilidad de que la eficiencia alegada efectivamente ocurra, luego, que éstas sean producto precisamente de la operación de concentración, de manera que no pueda ser obtenida de maneras alternativas o si se prohibiera o limitase la misma. Finalmente, la eficacia alegada tiene que ocurrir en un tiempo y magnitud que sean suficientes para contrarrestar los potenciales efectos anticompetitivos<sup>190</sup>.

Ahora bien, existen dificultades asociadas a la verificación de las eficiencias, principalmente debido a que la información de las mismas se encuentra en manos de las partes de la operación en análisis, y que, aun existiendo esfuerzo de buena fe, e intención de que ocurran, puede que no se materialicen<sup>191</sup>.

Por dicho motivo, jurisdicciones como EE.UU., exigen, primero, que la eficiencia tenga la calidad de “*eficiencia reconocible*”, esto es, una que se produce exclusivamente por la fusión, y que se encuentra verificada, sin ser producto de una reducción anticompetitiva de la cantidad ofrecida<sup>192</sup>.

---

<sup>190</sup> Competition Bureau, op. cit., p. 37 y 40; Australian Competition and Consumer Commission, op. cit., p. 49, y Commerce Commission, op. cit., p. 41.

<sup>191</sup> Federal Trade Commission y U.S. Department of Justice, op. cit., p. 30.

<sup>192</sup> Ibid, p. 30.

A propósito de que las eficiencias sean producidas exclusivamente por la fusión, resulta interesante observar el caso de las operaciones de concentración verticales, en las cuales suele aseverarse que son intrínsecamente eficientes, pues producirían necesariamente una disminución de costos al evitar la doble marginalización.

Sin embargo, esta aseveración hoy se encuentra bajo observación, al considerarse que este tipo de eficiencias, es decir, evitar la doble marginalización, podría evitarse a través de acuerdos comerciales, razón por la cual no sería producto exclusivo de la fusión, y, por tanto, no debería ser sopesada al evaluar la operación en cuestión<sup>193</sup>.

Posterior a la acreditación de las eficiencias, algunos órganos administrativos, como la CB, consideran el costo de implementación de las eficiencias, y finalmente excluye las eficiencias que no benefician al mercado, como aquellas que se producen fuera de Canadá, las que derivan de una disminución de la producción, su calidad o la variedad de opciones, entre otros<sup>194</sup>.

De esta forma, considerando los requisitos y demás elementos del análisis, se podrá considerar la eficiencia producida por una operación de concentración

---

<sup>193</sup> Salop, Steven, op. cit., pp. 9 a 11.

<sup>194</sup> Competition Bureau, op. cit., pp. 42 y 43.

como una excepción al eventual SLC que pudiese generar, si ésta es suficiente para revertir el potencial daño a los consumidores del mercado relevante, producto de la misma<sup>195</sup>.

En términos de qué eficiencias tienen mayor relevancia, podemos considerar que aquellas verificables y que implican un traspaso efectivo a los consumidores tienen preponderancia, como ocurre con la reducción de los costos variables, y, consecuentemente, de los costos marginales, puesto que, *ceteris paribus*, debiese derivar en una reducción del precio, o al menos una reducción de los márgenes de utilidad<sup>196</sup>.

Por el otro extremo, en EE.UU. las eficiencias en innovación, traducidas en una mejor capacidad de la nueva entidad nacida de la operación de concentración para dirigir investigación y desarrollo, no tendrá mayor consideración, por cuanto no tiende a tener un efecto en el precio dentro del corto tiempo, y resultan muy difíciles de comprobar.

Finalmente, existen casos en que la excepción de eficiencia tiene justificaciones especiales, como ocurre en Australia y Canadá. En el primer caso, se establece

---

<sup>195</sup> Federal Trade Commission y U.S. Department of Justice, op. cit., p. 31. En este caso, EE.UU. es aun más exigente, determinando que una eficiencia casi nunca podrá justificar un monopolio o una situación cercana al monopolio. Asimismo, considera que, en caso de efectos adversos la competencia que sean sustanciales, exigen extraordinariamente grandes eficiencias cognoscibles.

<sup>196</sup> Ibid, p. 30, y Australian Competition and Consumer Commission, op. cit., pp. 48 y 49.

que, en caso que la eficiencia constituya un beneficio público que excede el detrimento público que se genera por la SLC que genera la operación de concentración<sup>197</sup>. En el segundo caso, el CB determina que, ante significativos aumentos en el valor real de las exportaciones y una importante sustitución de productos nacionales por importaciones, éstas serán sopesadas frente al efecto anticompetitivo de la operación en análisis<sup>198</sup>.

**f. Otros factores relevantes.**

De manera adicionales a los elementos que se han mencionado en los títulos precedentes, resulta importante analizar tres casos que pueden afectar la conclusión a que se puede llegar sobre si una operación de concentración produce SLC, y que son reconocidas en la mayoría de las jurisdicciones previamente mencionadas, así como en Chile.

Estos factores corresponden al caso en que una empresa efectivamente competitiva sea objeto de la fusión, el caso de empresas que se encuentran en circunstancias de salir del mercado y, finalmente, el dinamismo del mercado relevante.

---

<sup>197</sup> Australian Competition and Consumer Commission, op. cit., p. 49.

<sup>198</sup> Competition Bureau, op. cit., p. 40.

**a) Empresas que producen sustantivas restricciones competitivas.**

Sobre el primer factor, esto es, que una de las partes objeto de la operación de concentración sea una empresa que signifique una efectiva y sustantiva restricción competitiva o empresa Maverick (en adelante, “*Maverick*”)<sup>199</sup>.

Bajo el concepto de Maverick, se agrupan empresas que comparten un efecto común, cual es fortalecer la competencia del mercado, por ejemplo, amenazando con irrumpir a través de una nueva tecnología o un nuevo modelo de negocios, afectando el precio de mercado en base a su habilidad e incentivos para expandir su producción usando su capacidad disponible o resistiéndose a cumplir con conductas que de otra manera prevalecerían en el mercado relevante, y que producirían cooperación en la estabilización del precio o de otros factores competitivos; en conclusión, son empresa que significativamente contribuyen al dinamismo del mercado <sup>200</sup>.

Cabe precisar, que el tamaño de la empresa no es de esencial relevancia para su calificación como Maverick<sup>201</sup>. En este sentido, Reino Unido las caracteriza en base a que tiene incentivos sustancialmente distintos al de coordinarse con sus

---

<sup>199</sup> EE.UU., Reino Unido, Canadá, Australia y Nueva Zelanda consideran este factor, pero lo tratan de manera distinta en cuanto a la estructura de las guías dictadas por sus respectivas autoridades de competencia. Así, EE.UU. y Australia dedican un capítulo a definir el concepto y efecto de las empresas Maverick, mientras el resto de las jurisdicciones mencionadas lo tratan a propósito de la dificultad que implica para las incumbentes producir efectos anticompetitivos coordinados. La FNE siguió este último lineamiento.

<sup>200</sup> Federal Trade Commission y U.S. Department of Justice, op. cit., pp. 3, 4 y 18.

<sup>201</sup> Australian Competition and Consumer Commission, op. cit., p. 46.

competidores y la capacidad de adquirir parte significativa del mercado de cualquiera de aquellos que pretendan intentar una coordinación anticompetitiva<sup>202</sup>.

De esta manera, las empresas Maverick desincentivan la producción de efectos anticompetitivos coordinados, puesto que ante un aumento de precios, ésta disminuirá o mantendrá los suyos y/o aumentará su capacidad de producción, atrayendo a los consumidores que antes compraban a las empresas coordinadas<sup>203</sup>.

Conforme a lo expuesto, la desaparición del mercado de una empresa Maverick, producto de una operación de concentración, puede ser constitutivo de un SLC, pues se está eliminando una importante restricción anticompetitiva, especialmente si se trata de un mercado vulnerable a coordinación<sup>204</sup>.

Ahora bien, la desaparición de una empresa Maverick no es suficiente elemento para calificar que la operación de concentración produzca SLC<sup>205</sup>.

---

<sup>202</sup> Office of Fair Trading y Competition Commission, op. cit., p. 49.

<sup>203</sup> Federal Trade Commission y U.S. Department of Justice, op. cit., p. 30.

<sup>204</sup> Federal Trade Commission y U.S. Department of Justice, op. cit., p. 25.

<sup>205</sup> Competition Bureau, op. cit., p. 21 y 27.

**b) Salida inminente de una de las partes de la operación de concentración.**

Un segundo factor a considerar, es la salida inminente de una de las empresas que es objeto de la operación de concentración, factor que es reconocido tanto por la FNE<sup>206</sup> como por la generalidad de las jurisdicciones<sup>207</sup>.

Este factor es tratado como una excepción a la producción de SLC, en el sentido de que, en caso de que una de las empresas objeto de la operación se encuentra en una crisis que derive en su salida del mercado relevante, los consumidores no se encontrarán en una peor posición que en caso de no producirse la operación de concentración<sup>208</sup>.

Ahora bien, debido a que esta circunstancia tiene el efecto de cambiar la conclusión del análisis de SLC, debe reunir requisitos exigentes, a fin de probar que la empresa efectivamente se encuentra situación de salir del mercado<sup>209</sup>.

---

<sup>206</sup> Fiscalía Nacional Económica, “*Guía para el análisis de operaciones de concentración*”, octubre 2012, pp. 25 y siguientes.

<sup>207</sup> Por ejemplo, Federal Trade Commission y U.S. Department of Justice, op. cit., p. 32, y Office of Fair Trading y Competition Commission, op. cit., pp. 23 a 25.

<sup>208</sup> Fiscalía Nacional Económica, “*Guía para el análisis de operaciones de concentración*”, octubre 2012, p. 26, y Federal Trade Commission y U.S. Department of Justice, op. cit., p. 32.

<sup>209</sup> En este sentido, grosso modo, el DoJ y la FTC exigen que la empresa no pueda dar cumplimiento a sus obligaciones financieras en un futuro cercano, que no se encuentre en circunstancias de reorganizar su negocio para ser nuevamente rentable (chapter 11 of the Bankruptcy Act) y, finalmente, que haya realizado esfuerzos de buena fe, pero infructuosos, para obtener ofertas alternativas que mantendrían sus activos e intangibles en el mercado relevante, suponiendo que signifique un riesgo menor para la competencia que la operación de concentración, como se observa en Federal Trade Commission y U.S. Department of Justice, op. cit., p. 32.

**c) Dinamismo del mercado.**

Este último factor, se encuentra ampliamente reconocido, debiendo destacar el caso de Australia, que entrega un apartado especial a la consideración del efecto del dinamismo del mercado en el análisis del SLC<sup>210</sup>.

El carácter dinámico del mercado hace referencia a las variaciones que pueden afectar al mercado en el corto y largo plazo, resultando esencial al proceso de análisis del SLC, toda vez que su naturaleza es prever eventos futuros.<sup>211</sup>

El crecimiento o decrecimiento de un mercado, puede afectar la posibilidad de nueva entrada en el mismo, y, por tanto, determinar el SLC que puede producir una operación de concentración<sup>212</sup>.

En el mismo sentido, un mercado caracterizado por una rápida innovación en los productos (por ejemplo, por nuevas tecnologías), mantendrá una inestabilidad que dificultará la creación, mantención o refuerzo de poder de mercado, haciendo improbable la generación de SLC.<sup>213</sup>

---

<sup>210</sup> Australian Competition and Consumer Commission, op. cit., pp. 45 y 46.

<sup>211</sup> Ibid, p. 45.

<sup>212</sup> Ibid, p. 45.

<sup>213</sup> Ibid, p. 46.

En definitiva, una operación de concentración es menos probable que produzca un SLC en un mercado que varía rápidamente<sup>214</sup>.

Sobre este particular, resulta esencial considerar evidencia fuerte, de manera de dar mayor certeza al análisis prospectivo<sup>215</sup>.

---

<sup>214</sup> Ibid, p. 46.

<sup>215</sup> Ibid, p. 46.

#### **IV. ANÁLISIS SUSTANTIVO EN LA JURISPRUDENCIAL JUDICIAL Y ADMINISTRATIVA.**

El objetivo de la temática abordada en este trabajo es observar el desarrollo internacional del control de operaciones de concentración, a fin de evaluar la evolución que ha existido en nuestro país a propósito del actuar de los órganos encargados de proteger la Libre Competencia.

Como se ha mencionado, el DL 211 no contenía normativa que regulara de manera específica el control de operaciones de concentración, razón por la cual, en base a normas de carácter general, y algunas cercanas a la faceta preventiva de defensa de la Libre Competencia, tanto el TDLC como la FNE se vieron inmiscuidos en la revisión de operaciones de esta naturaleza, aun cuando las partes no se encontraban legalmente obligadas a realizar la respectiva consulta.

Lo anterior, lógicamente, si bien no produjo un conflicto de competencia, pues siempre se entendió que las facultades del TDLC, aunque no contenciosas, priman sobre las decisiones de la FNE, derivó en evidentes faltas a la seguridad

jurídica<sup>216</sup>, como en el caso de la fusión entre LAN y TAM<sup>217</sup>, que fue sometida a consulta por un tercero ajeno a la operación, a pesar de haberse celebrado un acuerdo extrajudicial con la FNE<sup>218</sup>.

Inclusive, el papel de la ECS era objeto de cuestionamientos, toda vez que existió un periodo donde ese ente jurisdiccional entendía limitada su capacidad de cuestionar los pronunciamientos emitidos por el TDLC, hasta que se produjera un juicio contradictorio por algún atentado a la Libre Competencia, puesto que el análisis prospectivo realizado aun no permitía aseverar la concurrencia efectiva de los riesgos que se vislumbran.<sup>219</sup>

Con el nuevo Título IV del DL 211, incorporado por la Ley N° 20.945, vigente desde el 01 de junio de 2017, se estableció un sistema de control de operaciones de concentración y definió el rol que a cada órgano corresponde, encargándole a la FNE el análisis, en dos fases, de la operación de concentración, de manera

---

<sup>216</sup> Si bien no es el asunto central de este trabajo, cabe mencionar que la incertidumbre mencionada viene determinada por la ineficacia de eventuales acuerdos a que se llegue con la FNE (en virtud del art. 39 ñ DL 211, y que deben ser aprobados por el TDLC), en su rol de ente administrativo encargado de proteger la Libre Competencia. A saber, será inoficioso invertir en convencer a la FNE de que la operación es inocua o, en caso de serlo, cuáles serían medidas de mitigación aceptable, pues si a cualquier tercero con interés en el mercado no le es satisfactorio, podrá obligar a las partes a concurrir al procedimiento de control de operaciones de concentración. Lo anterior puede observarse en Jungman, Ricardo, “*Informe en Derecho acerca de la facultad para iniciar un procedimiento de consulta respecto a hechos, actos o contratos por celebrarse*”, presentado en causa Rol N° NC 388-2011 del TDLC, pp. 15 a 20 y 35.

<sup>217</sup> Resolución N° 37-2011, pronunciada por el TDLC el 21 de septiembre de 2011.

<sup>218</sup> Acuerdo Extrajudicial presentado ante el TDLC, y que fuera rechazada su tramitación, precisamente por existir un procedimiento de consulta iniciado por CONADECUS.

<sup>219</sup> Sentencias de la ECS, de fechas 22 de noviembre de 2007 y 10 de agosto de 2010, recaída en los autos Ingreso N° 4578-2007 y 68-2010, considerandos séptimo y octavo, respectivamente.

que los órganos jurisdiccionales (TDLC y ECS), tuvieran una intervención más excepcional, y sólo en los casos que los artículos 57 inciso final y 31 bis inciso final, ambos del DL 211.

Desde la entrada en vigencia del nuevo régimen de control de operaciones de concentración, únicamente tres de las consultas presentadas han derivado en la dictación de la resolución indicada en el art. 54 letra c), que da inicio a la segunda fase, a fin de tomar alguna de las decisiones del art. 57 DL 211. Esas operaciones corresponden a las presentadas por las empresas Essilor International y LuxotticaGroup, del mercado del retail óptico<sup>220</sup>, Ideal y Nutrabien<sup>221</sup>, y Banco Santander y Servipag<sup>222</sup>.

Las mencionadas operaciones, constituyen un porcentaje menor respecto de las 34 operaciones que la FNE ha aprobado desde la entrada en vigencia de la Ley 20.945, más aun cuando la primera de las operaciones mencionadas fue aprobada sin condiciones<sup>223</sup>. De las restantes 2 operaciones, la primera de ellas fue prohibida mediante resolución de fecha 10 de mayo de 2018, encontrándose a la fecha vigente el plazo para interponer un recurso de revisión ante el TDLC,

---

<sup>220</sup> <http://www.fne.gob.cl/fne-extiende-a-fase-2-analisis-de-operacion-de-concentracion-entre-los-grupos-essilor-international-y-luxottica-group/>.

<sup>221</sup> <http://www.fne.gob.cl/fne-extiende-a-fase-2-analisis-de-operacion-de-concentracion-entre-ideal-y-nutrabilien/>.

<sup>222</sup> <http://www.fne.gob.cl/fne-extiende-a-fase-2-analisis-de-operacion-de-concentracion-entre-banco-santander-chile-y-servipag/>.

<sup>223</sup> Resolución emitida por la FNE con fecha 31 de enero de 2018, recaída en el Rol FNE F-85-2017.

mientras la segunda aún se encuentra pendiente de decisión. Ningún caso ha sido revisado por el TDLC, ni consecuentemente por la ECS.

Conforme a la normativa vigente, el criterio sustantivo de operaciones de concentración en Chile es el SLC, de acuerdo al contenido de los artículos 54 letra c) y 57 letra c).

Sin embargo, desde la creación del TDLC, e incluso antes, es posible observar que los entes jurisdiccionales han efectuado análisis cercanos tanto al SLC como al TD, lo cual se estudiará a continuación, a fin de verificar los periodos en que uno u otro primaron, así como la detección del punto de inflexión entre esos periodos.

Asimismo, se pretende observar si ha existido alguna diferencia entre las conclusiones a que se arribó en el pasado, producto del cambio de criterio sustantivo, y del tipo de enfoque que se le dio y/o se le da al momento de aplicar uno u otro por parte de nuestras entidades administrativas y jurisdiccionales.

Como se explicará, desde antes de la creación del TDLC, la Comisión Resolutiva (en adelante, la "CR") utilizaba un criterio más conservador, que exigía la creación o reforzamiento de una posición de dominio por parte de las partes de la operación de concentración, enfocándose principalmente en la concentración del

mercado y la participación de mercado de las partes de la operación en estudio, así como de la nueva entidad<sup>224</sup>.

Este criterio vino a cambiar con la creación del TDLC, pudiendo observarse miradas más bien funcionales que estructurales, y que pretendían verificar el efecto de las operaciones de concentración no solo entre las partes y el mercado, sino en los incentivos que se generan el mismo<sup>225</sup>.

Ahora bien, no es sino hasta el 2012 que una sentencia se pronuncia en un caso más límite entre el TD y el SLC<sup>226</sup>, toda vez que el TDLC prohibió una operación de concentración que no producía ni fortalecía el poder de mercado de los interesados (pues la mayor participación pertenecía un tercero ajeno a la operación), pero sí generaba incentivos para que probablemente se materializasen conductas contrarias a la Libre Competencia<sup>227</sup>.

---

<sup>224</sup> Como se verá más adelante, esto queda claro en la fusión entre LAN y LADECO, contenida en Resolución N° 445, pronunciada por la CR el 10 de agosto de 1995, y entre Compañía Sudamericana de Vapores y Compañía Chilena de Navegación Interoceánica, contenida en Resolución N° 131, pronunciada por la CR el 30 de septiembre de 1982.

<sup>225</sup> Caso clave, para aseverar lo anterior, resulta la fusión entre Metrópolis Intercom y VTR, Resolución N° 1-2004, pronunciada por el TDLC el 25 de octubre de 2004. En este caso, es el dinamismo del mercado relevante, producto de la alta innovación tecnológica, el que determinó que el TDLC aprobara la fusión de partícipes que reunirían una importante participación en el mercado relevante.

<sup>226</sup> El concepto caso límite se utiliza únicamente para explicitar que el pronunciamiento no recae en una operación que genera o refuerza poder de mercado de las partes, puesto que ambos criterios estarían por prohibir dicha operación, en principio.

<sup>227</sup> Resolución N° 39-2012, pronunciada por el TDLC el 26 de abril de 2012.

## **A. Principales casos resueltos por la Comisión Resolutiva y por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.**

Desde la entrada en vigencia del DL 211, y hasta su modificación introducida por la Ley 19.911, la revisión de las operaciones de concentración se sometió al conocimiento de las Comisiones Preventivas Provinciales y Central y de la CR, siendo esta el superior jerárquico de aquellas, conociendo de los recursos de reclamación que se interpusieran en contra de las decisiones de éstas.

Al igual que en el caso del TDLC, no existían normas específicas para el control de operaciones de concentración dentro del texto original del DL 211, sin perjuicio de lo cual, la CR tomó conocimiento de casos de relevancia, como lo fueron la fusión entre LAN y LADECO<sup>228</sup> y la ocurrida entre Sudamericana de Vapores y Compañía Chilena de Navegación Interoceánica<sup>229</sup>.

En ambos casos, podemos observar que el análisis se limita principalmente a aspectos estructurales, como son la cantidad de participantes en el mercado relevante respectivo y la participación de éstos en el momento previo y posterior de la operación en estudio. Adicionalmente a ello, cabe destacar la preocupación

---

<sup>228</sup> Resolución N° 445, pronunciada por la CR el 10 de agosto de 1995.

<sup>229</sup> Resolución N° 131, pronunciada por la CR el 30 de septiembre de 1981.

por la eficiencia que podían alcanzar las partes de las operaciones, con motivo de su celebración.

En relación al primer aspecto, esto es, la mirada estructural de la CR, resulta relevante lo indicado en el considerando 5 de la Resolución N° 131 de la CR, recaída en la consulta de **Sudamericana de Vapores y Compañía Chilena de Navegación Interoceánica**, al señalar “*que la o las empresas nacionales que subsistan en este tráfico, no están en condiciones de controlar la oferta total y ni siquiera mayoritaria de los fletes marinos*”.

El tenor del párrafo transcrito deja en evidencia que la operación habría sido prohibida o condicionada únicamente en caso de existir un poder tal, que permita controlar la oferta de fletes marinos, es decir, poder de mercado o dominancia.

Adicionalmente, para concluir que las interesadas no tenían dicho poder, la CR sólo verificaba las empresas que participan en el mercado relevante. Sin embargo, incluyeron como incumbentes a empresas extranjeras que igualmente ofertaban en Chile. Esta inclusión de más partícipes en el mercado relevante, tuvo como efecto disminuir la participación de las interesadas, como se indica en los considerandos 2 a 4 de la Resolución N° 131.

En un sentido similar, la Resolución N° 445 de la CR, recaída en el caso de **LAN y LADECO**, en su considerando cuarto indica que el problema en los procedimientos de esta naturaleza es si, la operación “*constituye un acto que impida o tienda a impedir o restringir la libre competencia en la prestación de los servicios aéreos en el mercado nacional*”.

El tenor del párrafo citado, parece más cercano al SLC, puesto que centra la atención en la protección de la Libre Competencia, más que en el poder de mercado que se pueda adquirir o reforzar por la operación de concentración, sin embargo, en el considerando décimo segundo, se efectúa una declaración del criterio empleado, indicando que se aceptaría la operación, toda vez que “*no permite presumir fundadamente que la integración de las empresas (...) constituya en sí misma una limitación o restricción de la competencia (...), o conduzca necesariamente a la creación de una empresa que pueda ejercer un determinado poder de mercado con efectos contrarios a la competencia*”.

Se trata, en definitiva, de un criterio bastante similar al de la Unión Europea, toda vez que, si bien se hace referencia a las limitaciones o restricciones a la competencia, el foco se centra en el poder de mercado que pueda adquirir o mantener la nueva entidad.

Lo anterior se ve reforzado al verificar el tipo de análisis de mercado que realiza la CR, de estilo estructural, como se observa en el considerando octavo y décimo primero, en que se preocupa de las participaciones de mercado de los partícipes y las características propias del servicio aéreo nacional, respectivamente. A continuación, el considerando noveno incluye un análisis de costos hundidos y otras barreras a la entrada, es decir, la desafiabilidad del mercado. Sin embargo, concluyen que el mercado del transporte aéreo nacional es uno desregulado, transparente y desafiante<sup>230</sup>.

Hasta este punto, el análisis pareciera utilizar un TD, en su primer sentido, revisado en el capítulo III de este trabajo. Sin embargo, la CR también observa las eficiencias que pudiese generar la operación de concentración, como contrapeso de la afectación al poder de mercado que ella adquiere.

En relación al análisis de eficiencias, estos pueden encontrarse principalmente en la Resolución 445, dentro del considerando décimo, en que se hace referencia a las economías de escala que alcanzaría la nueva empresa, la cual consideran sería transferida a los consumidores, “*atendida la competitividad del mercado*”.

---

<sup>230</sup> Extraña esta conclusión, en relación a las consideraciones expuestas a lo largo de este trabajo. Como se acreditó mediante informes que constan en dicho proceso, como se indica en el considerando noveno, existen costos hundidos importantes, gastos en posicionamiento de marca y una regulación específica, que limita la entrada, e incluso la salida.

Si bien el análisis de eficiencias no es tan sofisticado ni exigente<sup>231</sup>, como el realizado posteriormente por el TDLC o por los lineamientos internacionales (especialmente los del DoJ y la FTC), la CR no está del todo errada, pues comprende que se trata de un contrapeso entre el daño que la operación podría provocar y el beneficio que se produciría, en tanto sea transferible a los consumidores.

Con la entrada en vigencia de la Ley 19.911, el TDLC continuó con esta labor preventiva, sin que existiese tampoco una normativa especial que regulase el control de operaciones de concentración.

Ahora bien, podemos observar un importante cambio en la forma de análisis desde la primera sentencia emitida por el mencionado tribunal. Allí existe un enfoque más centrado en los incentivos y capacidad de ejercer un eventual poder de mercado, en consideración a las características del mercado y otros factores que vienen a determinar la verdadera probabilidad de que exista una afectación a la competencia, es decir, a las restricciones que impiden a las partes de la operación, y a los demás agentes del mercado relevante, incurrir en abusos antimonopólicos.

---

<sup>231</sup> Debe recordarse que, bajo las “*Horizontal Merger Guidelines*” de la FTC y el DoJ, se exige un estándar de prueba y de suficiencia bastante alto, así como de traspaso efectivo a los consumidores, que hace muy improbable que las eficiencias compensen una disminución sustancial de la competencia.

El primer fallo recaído en una operación de concentración, fue con motivo de una presentación efectuada ante la CR, que por efecto de la normativa transitoria de la Ley 19.911, conoció y resolvió el TDLC.

Se trataba de la fusión por absorción entre **Metropolis Intercom y VTR**, por medio de la cual la primera ingresó a la segunda<sup>232</sup>. Esta operación, afectaría, en opinión del TDLC, a los mercados de la televisión pagada, banda ancha y telefonía local, entre otros, todos los cuales se encuentran relacionados, a nivel de oferta y de demanda, al existir alta sustituibilidad entre dichos productos y la posibilidad de que sean prestados por la misma empresa<sup>233</sup>.

En dichos mercados, VTR contaba con una importante participación, encontrándose en primer lugar en los dos primeros mencionados, y en segundo lugar en el restante<sup>234</sup>.

El resultado de la evaluación del riesgo de la fusión propuesta fue determinado por el TDLC como la posibilidad de que se generaran subsidios cruzados, una disminución de la variedad de los productos, un alza en las tarifas que no estaría

---

<sup>232</sup> Resolución N° 1-2004, emitida por el TDLC el 25 de octubre de 2004.

<sup>233</sup> Resolución N° 1-2004, emitida por el TDLC el 25 de octubre de 2004, p. 42.

<sup>234</sup> Resolución N° 1-2004, emitida por el TDLC el 25 de octubre de 2004, pp. 36 a 41.

asociado a una proporcionalmente similar o mayor disminución del consumo, concordante con la elasticidad precio de la demanda<sup>235</sup>.

Lo anterior, resulta de especial relevancia en el mercado de la banda ancha, pues las empresas fusionadas representaban la mejor opción, una respecto de la otra, teniendo VTR un 68% de dicho mercado, y Metropolis Intercom el restante (omitiendo una serie de ofertantes de mucho menor tamaño), lo cual fue debidamente informado por la FNE y considerado por el TDLC<sup>236</sup>.

Sin perjuicio de los altos riesgos indicados, esta operación fue aprobada mediante Resolución N° 1-2004, sometida a una serie de condicionantes. Con todo, hubo un voto disidente, fundado en que mediante esta operación se reforzaba una posición dominante que afectaría tanto a los proveedores como a los consumidores del ente nuevo<sup>237</sup>.

Lo interesante del caso, es el motivo por el cual se consideró que debía aprobarse la operación, más allá de la posición que adquiriría en los mercados relevantes indicados y los riesgos que ello conllevaría. Como se indica en el párrafo final del

---

<sup>235</sup> Resolución N° 1-2004, emitida por el TDLC el 25 de octubre de 2004, pp. 47 y 48.

<sup>236</sup> Resolución N° 1-2004, emitida por el TDLC el 25 de octubre de 2004, pp. 11 y 41.

<sup>237</sup> Resolución N° 1-2004, emitida por el TDLC el 25 de octubre de 2004, pp. 52 a 60, indicando que las consideraciones para estimar que las eficiencias y el factor tecnología compensarían el eventual poder de mercado que adquiriera la nueva empresa, no eran de una entidad y probabilidad suficientes para evitar daños en el mercado en el corto plazo.

título 6<sup>238</sup> y en el título 10, es el dinamismo tecnológico presente en este mercado, y el menor costo que representaría para las interesadas ejecutar la fusión, lo que permitiría el desarrollo de la tecnología en los mercados afectados.

En definitiva, lo que el TDLC realizó fue una compensación entre el probable daño que sufriría la competencia y las probables eficiencias que se derivarían, en ambos casos, producto de la operación de concentración, bajo el entendido de que el mencionado dinamismo eliminaría las barreras de entrada y reestablecería, en el corto plazo, las restricciones propias de la competencia. Lo anterior se puede observar de la siguiente aseveración: *“Este Tribunal tiene el convencimiento de que, en el mediano plazo, el dinamismo tecnológico del sector eliminará esa posición dominante en la TV pagada, aumentando la competencia en todo el sector de telecomunicaciones”*<sup>239</sup>.

Este análisis, es propio de un criterio de SLC, aunque no es tan simple aseverar su implementación cuando la operación proyectada también reviste los caracteres de una que podría generar o fortalecer la posición de dominio que VTR tenía en determinados mercados relevantes, como el de banda ancha, por lo que también podría haberse tratado de un TD, que incluyese el factor eficiencia

---

<sup>238</sup> Resolución N° 1-2004, emitida por el TDLC el 25 de octubre de 2004, pp. 45, 49 y 50.

<sup>239</sup> Resolución N° 1-2004, emitida por el TDLC el 25 de octubre de 2004, pp. 49, lo cual, sin lugar a dudas, es una importante proyección, toda vez que se está aprobando acceder a una alta participación de mercado, en consideración a que esta no se podrá mantener, producto del dinamismo del mercado.

como contrapeso. Sin embargo, la eficiencia y la posición de dominio quedan, en este caso, supeditadas a la influencia del desarrollo tecnológico, que produciría en un mercado con poca estabilidad para sus incumbentes, imposibilitando el sostener una posición de dominio, conforme lo indicado por la Merger Guidelines de la ACCC<sup>240</sup>, lo cual es propio de un test de SLC.

Como un segundo caso de relevancia conocido por el TDLC, podemos mencionar el de **D&S y Falabella**<sup>241</sup>, uno de los 2 en que se ha prohibido la operación consultada, y el único en que dicha decisión quedó firme y ejecutoriada.

Se trataba de una fusión por creación entre las empresas mencionadas, que permitiría la concentración en una sola entidad de importantes marcas de varios mercados, como tiendas por departamento (Falabella), materiales para la construcción y mejoramiento del hogar (Homecenter, también de Falabella), y ventas de abarrotes y alimentos de carácter periódico en grandes establecimientos (Líder, de D&S), junto a los productos del mercado financiero que uno y otro ofrecían (Banco Falabella, por uno, y Tarjeta Presto, por el otro), todo lo cual, en conjunto, el TDLC entendió que correspondía a un retail integrado.

---

<sup>240</sup> Australian Competition and Consumer Commission, op. cit., pp. 45 y 46.

<sup>241</sup> Resolución N° 24-2008, pronunciada por el TDLC el 31 de enero de 2008.

No fue tema de discusión la existencia de grandes eficiencias que implicaría la operación de concentración para el grupo económico que se formaría, sinergias que se proyectaban dado que se trataba de giros complementarios, economías de escala y de ámbito, y posibilidades de fortalecer y/o realizar expansiones fuera de Chile, todo lo cual derivaría en una explotación más eficiente de los giros de las interesadas<sup>242</sup>.

Las partes argumentaron que la operación entre CENCOSUD y Almacenes París, habría ocurrido en similares condiciones, sosteniendo que producto de dicha operación se vieron beneficiados los consumidores. De esta forma, aprobar la operación entre D&S y Falabella, permitiría incluir competencia al mercado dominado por CENCOSUD<sup>243</sup>.

Para emitir su decisión, el TDLC consideró principalmente dos factores para declarar que la fusión acarrearía riesgos demasiado altos para ser aprobada. En primer lugar, la existencia de riesgos producto de la amplia gama de mercados que controlaría el nuevo ente, el que pasaría a ser el líder del mercado del retail

---

<sup>242</sup> Resolución N° 24-2008, pronunciada por el TDLC el 31 de enero de 2008, pp. 5 a 7.

<sup>243</sup> Resulta interesante, aunque no es materia objeto del presente trabajo, señalar que la operación entre CENCOSUD y Almacenes París era efectivamente similar a la que iba a ocurrir entre D&S y Falabella, pero no fue sometida al conocimiento del TDLC para su aprobación, pues a dicha fecha no era obligatorio. Al rechazar la operación entre D&S y Falabella, la señal que envió el TDLC al mercado era que se premiaba a quién no concurría voluntariamente (CENCOSUD), castigando al que sí (D&S y FALABELLA). Se puede observar una clara crítica, por ejemplo, en Caviedes, Cristóbal, “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”, Revista Ius et Praxis, N° 2, 2014, p. 366, nota al pie número 25.

integrado<sup>244</sup>. Segundo, que las eficiencias no cumplían con el estándar de ser traspasado a los consumidores, y, aunque así fuese, que los riesgos eran de tal magnitud que no era posible que fueran compensados por las eficiencias logradas.

Respecto al primer punto, la resolución resulta especialmente interesante, pues entrega un detalle de cómo debe realizarse el análisis de operaciones de concentración, indicando los factores que en ella inciden, dentro de los cuales no solo incluye la determinación de un mercado relevante y la participación de mercado de los incumbentes, sino *“aquellos elementos y factores que puedan contrapesar el poder económico que dicha operación de concentración pueda generar o incrementar”*, considerando que *“más relevante que la participación y poder de mercado que la fusionada alcanzaría en determinadas áreas de negocios consideradas aisladamente, es el riesgo de que se produzca un cambio en el comportamiento de la nueva entidad económica creada por la operación, en virtud del intercambio de información entre las empresas fusionadas y del incremento de la influencia de estas empresas en diversos mercados que están estrechamente relacionados entre sí”*, comprendiendo en esto, la desaparición

---

<sup>244</sup> Hubo críticas desde la forma en que se realizó el análisis, al punto de aseverar que, de haberse analizado cada mercado por separado, se habría aprobado la operación. Este análisis se puede observar en Bustamante, José y Rencoret, Gonzalo, *“La resolución del tribunal de defensa de la libre competencia respecto al proyecto de fusión de Falabella y D&S”*, Sentencias Destacas, 2008, Libertad y Desarrollo, pp. 321 y ss.

de competidores potenciales y las barreras de entrada que podrían generarse a propósito de la nueva situación en el mercado relevante<sup>245</sup>.

Pues bien, el análisis también tomó en cuenta factores históricos, como el hecho de que existieron abusos anticompetitivos previos<sup>246</sup>, el alto desarrollo de barreras producto de las altas escalas que alcanzaría el nuevo ente (difícil de replicar por sus competidores), y que la operación lo transformaría en el líder del retail integrado, derivando en un duopolio de esa industria<sup>247</sup>.

Es interesante observar que, el TDLC desecha los argumentos relativos a la creación de lo que, al menos en Australia, se conoce como “Campeones Nacionales”, pues considera que la determinación de políticas públicas de esa naturaleza excede sus facultades<sup>248</sup>.

En definitiva, se concluyó que la operación eliminaría a un competidor muy relevante, generaría altas barreras de entradas, provocando baja desafiabilidad, probable implementación de ventas atadas, abusos respecto de los proveedores de productos, etc<sup>249</sup>. Esos riesgos se consideraron actuales, en lo estructural, e

---

<sup>245</sup> Resolución N° 24-2008, pronunciada por el TDLC el 31 de enero de 2008, p. 81.

<sup>246</sup> Resolución N° 24-2008, pronunciada por el TDLC el 31 de enero de 2008, p. 154.

<sup>247</sup> Resolución N° 24-2008, pronunciada por el TDLC el 31 de enero de 2008, p. 92 y ss.

<sup>248</sup> Bustamante, José y Rencoret, Gonzalo, op. cit., p. 317.

<sup>249</sup> Como bien se indica en Bustamante, José y Rencoret, Gonzalo, op. cit., pp. 322 y ss., el alto poder de mercado que adquiriría la nueva entidad, así como el hecho de que una de las partes de la operación era el único competidor con potencial de desafiar el retail integrado, determinaron la decisión de prohibir la operación.

inminentes<sup>250</sup>, en lo que a su conducta dependía, grave por el alcance masivo de los riesgos, y con una probabilidad alta de ocurrencia<sup>251</sup>.

La conclusión en cuanto a definir un criterio para la prohibición de operaciones de concentración, es la siguiente: *“las ventajas de un retailer integrado son de magnitudes tales que producen un efecto determinante sobre la capacidad de competencia en relación a rivales con un menor tamaño y diversificación y, en consecuencia, permiten alcanzar ritmos de expansión y grados de desarrollo corporativo que, en la práctica, terminarán limitando, en forma manifiesta y determinante, la capacidad de otros rivales de menor tamaño para ejercer competencia verdaderamente disciplinante para los operadores con posiciones ya consolidadas de dominio de mercado<sup>252</sup>”*.

De lo expuesto, podemos desprender dos consideraciones sobre la forma en que el TDLC realizó el análisis. En primer lugar, se deja entrever que la principal importancia es la nueva calidad que tendría el ente dentro del mercado relevante específico, lo cual deviene de la preocupación específica sobre cómo se comportará después de la operación de concentración. En principio, esto parece un análisis de búsqueda de dominancia de la nueva entidad en el mercado<sup>253</sup>.

---

<sup>250</sup> Resolución N° 24-2008, pronunciada por el TDLC el 31 de enero de 2008, p. 153.

<sup>251</sup> Resolución N° 24-2008, pronunciada por el TDLC el 31 de enero de 2008, p. 153 y 154.

<sup>252</sup> Resolución N° 24-2008, pronunciada por el TDLC el 31 de enero de 2008, p. 96.

<sup>253</sup> Inclusive, así pareciera entenderlo Pfeffer, Francisco, “¿Tiene el TDLC facultades para no autorizar una fusión?”, Revista Actualidad Jurídica, N° 18, 2008, pp. 581 y ss., al indicar que es la estructura la que determina la conducta ilícita, de lo cual se colige que el centro del análisis será como se desenvolverá la

Sin embargo, una segunda conclusión es que el TDLC no se preocupó únicamente de la situación de D&S y Falabella, sino que consideró las características del mercado, y los factores que podían derivar en que, dentro del mismo, pudiese o no ejercerse un abuso. En definitiva, podría indicarse que, partiendo de una verificación de posición dominante, se terminó observando tanto aspectos estructurales como de efectos, al incluir los contrapesos que influían en el mercado relevante, lo cual es propio de un análisis de índole económico, como ocurre en el SLC.

Adicionalmente, al analizar el segundo factor que utiliza el TDLC para prohibir la operación, esto es, las eficiencias alegadas, podemos confirmar que se trata de un criterio claramente más cercano al SLC<sup>254</sup>. En dicho sentido, se declara que la finalidad del proceso de control de operaciones de concentración es *“evaluar cómo se verán afectados los incentivos y los límites a competir, en el mercado relevante, antes y después de la fusión”*<sup>255</sup>.

En cuanto a las eficiencias como contrapeso de la disminución de competencia que pudiese producir la operación de concentración, la Resolución N° 24-2008

---

nueva entidad en la estructura del mercado, bajo el entendimiento de que la fase represiva del TDLC castiga conductas, mientras la preventiva observaría los factores mencionados.

<sup>254</sup> Si no, al menos es similar a un TD en el sentido del Reglamento N° 139/2004 de la UE. Al igual que en el caso de VTR, se trata de una situación en que se analizan precisamente a quien obtendrá gran parte de la participación del mercado.

<sup>255</sup> Resolución N° 24-2008, pronunciada por el TDLC el 31 de enero de 2008, p. 156.

es de gran importancia, siendo común su referencia explícita en las sentencias posteriores en que el TDLC tuvo que analizar este factor.

Ahora bien, el TDLC entiende la eficiencia desde un punto de vista cercano a los criterios de EE.UU. manifestados en la *Horizontal Merger Guidelines* de 2010, publicados conjuntamente por el DoJ y la FTC<sup>256</sup>, y que han sido considerados e incluidos por diversas jurisdicciones, como se expuso previamente. El fallo hace referencia explícita a estos lineamientos, y al párrafo 235 de la U.E.

En dicho sentido, resulta esencial la comprensión de que no es relevante para el análisis preocuparse de las eficiencias internas de la operación, pues no está en duda su rentabilidad<sup>257</sup>, ya que de otra forma no tendría sentido que hayan acordado una operación de esta naturaleza.

Luego, establece los siguientes requisitos para considerar las eficiencias dentro del análisis: “(i) haber sido debidamente demostradas por los interesados en la materialización de la operación; (ii) ser eficiencias inherentes a la operación de concentración consultada; y (iii) no provenir de reducciones anticompetitivas en

---

<sup>256</sup> Este aspecto se analizó previamente. Para su revisión, Federal Trade Commission y U.S. Department of Justice, op. cit., pp. 29 a 30.

<sup>257</sup> Resolución N° 24-2008, pronunciada por el TDLC el 31 de enero de 2008, p. 156.

*la cantidad o calidad de los productos o servicios ofrecidos, que resulten del mayor poder de mercado alcanzado*<sup>258</sup>.

Sobre este factor, debe citarse el caso de **Telefónica Móviles y Bellsouth Comunicaciones**, por medio del cual el primero adquiriría el control de la segunda, unificando dos importantes empresas de los mercados de telefonía local e internacional. Sobre este asunto, la Resolución N° 2-2005, pronunciada por el TDLC con fecha 4 de enero de 2005, incluye un requisito que se encuentra inherente a los explicitados en el párrafo pasado: que las eficiencias se traspasen a los consumidores.

Así, el párrafo final del título 5.1, indica que *“dado que el número de actores en la industria disminuirá como resultado de la operación, el traspaso de estas eficiencias a los consumidores no constituye un elemento cierto que permita a este Tribunal aprobar la operación en términos puros y simples”*<sup>259</sup>.

En conformidad con lo señalado, la prohibición que se concluyó respecto de la operación entre D&S y Falabella, deriva de un análisis de SLC, debido a los diferentes parámetros que consideró para concluir que existen graves, inminentes y probables riesgos para la competencia en los mercados afectados,

---

<sup>258</sup> Resolución N° 24-2008, pronunciada por el TDLC el 31 de enero de 2008, pp. 157 y 158.

<sup>259</sup> Resolución N° 2-2005, pronunciada por el TDLC el 04 de enero de 2005, p. 74.

los cuales no podrían ser mitigados por medidas o condiciones que tuviesen que cumplir las mencionadas partes<sup>260</sup>.

La decisión mencionada del TDLC no fue recurrida ante la ECS, por lo que no se pudo observar la opinión del máximo tribunal de nuestro país sobre tal caso.

Con anterioridad a esta resolución, el TDLC ya había avanzado en ampliar los factores que inciden en la evaluación de operaciones de concentración, y el enfoque económico que se le debe dar sobre la competencia más que la posición dominante de sus partes. Esto se puede ver no solo a propósito del caso de VTR, sino también en el caso Telefónica Móviles y Bellsouth Comunicaciones, en que se hace explícita referencia a la importancia de los factores que determinan la elasticidad de la demanda y de la oferta<sup>261</sup> y, en definitiva, que la determinación de la concentración no es conclusiva, sino que necesita ser complementada desde la teoría económica, mediante la evaluación de la desafiabilidad del mercado<sup>262</sup>.

Posterior a las resoluciones citadas, el TDLC se vio enfrentado a un caso bastante peculiar, correspondiente a la fusión por creación entre **LAN y TAM**, lo que hoy en día se conoce como LATAM.

---

<sup>260</sup> Resolución N° 24-2008, pronunciada por el TDLC el 31 de enero de 2008, p. 164.

<sup>261</sup> Resolución N° 2-2005, pronunciada por el TDLC el 04 de enero de 2005, p. 59.

<sup>262</sup> Resolución N° 2-2005, pronunciada por el TDLC el 04 de enero de 2005, p. 67.

Esta operación fue presentada por las partes ante la FNE, en cumplimiento de la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración, dictada por dicho órgano en 2006, arribando a un acuerdo extrajudicial que fue presentado ante el TDLC para su aprobación el 27 de enero de 2011<sup>263</sup>. Sin embargo, el órgano jurisdiccional no aprobó dicho acuerdo, toda vez que un tercero, la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile o CONADECUS, había presentado la operación de concentración a través del procedimiento de consulta, por lo que debía conocerse del caso en dicha instancia<sup>264</sup>.

De esta forma, el acuerdo extrajudicial acordado por las partes de la operación y la FNE, no surtió efecto alguno.

Pues bien, entrando en conocimiento del caso, debemos considerar que no es la primera vez que la empresa LAN se sometía al procedimiento de consulta de operaciones de concentración, pues, como se mencionó, ello ocurrió en su fusión con LADECO<sup>265</sup>. Lo anterior, determina un marco general sobre los peligros que afectan tradicionalmente al mercado del transporte aéreo.

---

<sup>263</sup> [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/acex\\_0001\\_2011.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/acex_0001_2011.pdf).

<sup>264</sup> Esta particularidad, que un tercero someta una operación de concentración al conocimiento del TDLC, no es posible desde la entrada en vigencia de la Ley 20.945, toda vez que el procedimiento solo podrá ser iniciado por las partes, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 48 inciso cuarto del DL 211.

<sup>265</sup> Resolución N° 445, pronunciada por la CR el 10 de agosto de 1995.

Producto del acuerdo extrajudicial con la FNE, ya existía certeza que el mercado se vería afectado por la operación de concentración, puesto que LAN tenía la mayor participación de mercado en nuestro país, mientras que TAM era una de las más importantes líneas aéreas de Brasil, y ambas son las 2 principales aerolíneas con sede en Sudamérica<sup>266</sup>. Asimismo, se podía observar que la nueva entidad se incluiría en las dos alianzas de vuelos internacionales existentes<sup>267</sup>. De esta manera, había acuerdo en que la operación debía someterse a medidas de mitigación<sup>268</sup>.

Nuevamente, en este caso, podemos observar que el TDLC se centró, primero en la determinación de un mercado relevante, junto a la evaluación de sus participantes y concentración, para posteriormente evaluar factores adicionales, como las barreras de entrada, la naturaleza de la industria y, finalmente, las eficiencias. En definitiva, el TDLC aprueba la operación sujeta a una serie de condicionantes, que fueron más allá de lo exigido por la FNE. Lo anterior, a pesar de un voto disidente, del Ministro Sr. Javier Velozo Alcaide, en cuya opinión las

---

<sup>266</sup> Resolución N° 37, pronunciada por el TDLC el 21 de septiembre de 2011, p. 55.

<sup>267</sup> La participación en las alianzas es de especial preocupación para la FNE y el TDLC, al punto de que se presentó un requerimiento por parte de la FNE por no cumplir la condición impuesta por la Resolución N° 37/2011, por la cual se aceptó la operación de concentración entre LAN y TAM, relativa a desprenderse de ciertas rutas, producto de su participación en las dos principales alianzas internacionales. El incumplimiento de dicha condición, para la FNE, implicaba una vulneración a la Libre Competencia, conforme al artículo 3 inciso primero del DL 211. Ésta causa terminó mediante acuerdo conciliatorio aprobado por el TDLC con fecha 22 de diciembre de 2015. En particular, indica el TDLC en la resolución mencionada, que la relevancia de que la nueva entidad se desprendiera de las rutas y, en definitiva, dejara de participar en las dos principales alianzas internacionales a la vez, venía determinada por la posibilidad de que *“otras alianzas que unan Chile con un hub sudamericano ingresen al mercado, potenciando así la competencia entre alianzas”*.

<sup>268</sup> Resolución N° 37, pronunciada por el TDLC el 21 de septiembre de 2011, pp. 15 y ss.

medidas eran insuficientes para mitigar los riesgos propios de la operación, toda vez que implica eliminar al único rival de LAN que podía ejercer presión competitiva al mercado<sup>269</sup>.

En su análisis, el TDLC entendió que existieron altas barreras de entrada, que hacían difícil ingresar a dicho mercado<sup>270</sup>, lo cual viene determinado por estar en presencia de una industria de redes, las cuales son de difícil construcción, debido a la alta inversión que implica operar y establecer las conexiones nacionales e internacionales necesarias para ofrecer transporte a las personas (los acuerdos de colaboración serían esenciales para la formación de esas redes<sup>271</sup>). De esta forma, el análisis de las redes necesarias constituye un factor importante para definir los usuarios y ofertantes del producto sobre el cual compiten LAN y TAM, y no solo el destino y origen dentro de los cuales ofrecen vuelos directos<sup>272</sup>.

Así, el TDLC distingue entre dos tipos de consumidores, según sean sensibles al tiempo o al precio, determinando que el primero es un factor de mayor relevancia, debido a que la elección sobre la aerolínea que tomar dependerá de la cantidad de redes que tenga, para llegar al destino deseado. Concluye así que, aun

---

<sup>269</sup> Resolución N° 37, pronunciada por el TDLC el 21 de septiembre de 2011, pp. 143 y ss.

<sup>270</sup> Resolución N° 37, pronunciada por el TDLC el 21 de septiembre de 2011, p. 32.

<sup>271</sup> Resolución N° 37, pronunciada por el TDLC el 21 de septiembre de 2011, pp. 35 y ss.

<sup>272</sup> Resolución N° 37, pronunciada por el TDLC el 21 de septiembre de 2011, p. 36.

cuando el tamaño de una empresa no es por sí mismo constitutivo de barreras de entrada, sí sucede en el caso de existir economías de redes<sup>273</sup>.

Asimismo, desde el punto de vista de la elasticidad de la oferta, la existencia de redes determinará la capacidad de entrar y desafiar el mercado relevante<sup>274</sup>.

En dicho sentido, producto de la baja sustituibilidad de la oferta y de la demanda, al menos para los clientes sensibles al tiempo, el TDLC entiende como un riesgo que la nueva entidad efectúe una discriminación de precios entre pasajes generales y a bajo precio, según el tipo de consumidor de que se trate, pues la existencia de un ente como el que se pretende fusionar generaría un equilibrio asimétrico, en que el consumidor sensible al tiempo solo consideraría los pasajes generales, mientras el sensible al precio podría considerar ambos productos. Se concluye así, que sería una *“operación de concentración riesgosa para el consumidor chileno y, en especial, para los viajeros de negocios”*<sup>275</sup>.

La sentencia explícita, a propósito del análisis de barreras de entradas, los requisitos internacionalmente reconocidos, de probabilidad, suficiencia y oportunidad<sup>276</sup>.

---

<sup>273</sup> Resolución N° 37, pronunciada por el TDLC el 21 de septiembre de 2011, pp. 36 y 37.

<sup>274</sup> Resolución N° 37, pronunciada por el TDLC el 21 de septiembre de 2011, p. 35.

<sup>275</sup> Resolución N° 37, pronunciada por el TDLC el 21 de septiembre de 2011, pp. 37 a 39.

<sup>276</sup> Resolución N° 37, pronunciada por el TDLC el 21 de septiembre de 2011, pp. 48 y ss.

Define el TDLC, que la operación se pretende realizar en un mercado relevante dominado por industrias de redes, que se encuentra altamente fragmentado y con barreras de entrada significativas, todo lo cual ocurre en circunstancias que LAN y TAM ya han venido actuando de manera coordinada y cooperativa en ciertas rutas, producto de acuerdos celebrados en 2007, lo que puede llegar a efectuar un análisis de riesgo menor al real<sup>277</sup>.

De esta forma, concluye el TDLC, que los *“riesgos (...) corresponden a la eliminación de un competidor potencial para LAN en las rutas nacionales y de un competidor actual en las rutas internacionales en Sudamérica, lo que podría afectar la posición competitiva de las otras líneas aéreas presentes en el mercado nacional”*<sup>278</sup>, lo cual consideran habilitante para imponer sendas condicionantes a la operación<sup>279</sup>.

Desde el punto de vista de las eficiencias alegadas por las partes, se hace expresa referencia a la Resolución N° 24-2008 (caso D&S y Falabella), a

---

<sup>277</sup> Resolución N° 37, pronunciada por el TDLC el 21 de septiembre de 2011, pp. 55, 56, 114 y ss.

<sup>278</sup> Resolución N° 37, pronunciada por el TDLC el 21 de septiembre de 2011, p. 123.

<sup>279</sup> Aunque no es tema del presente trabajo, la Resolución plantea importantes consideraciones sobre las medidas de mitigaciones, mencionado, por ejemplo, que, si medidas desnaturalicen la operación, corresponde realmente su prohibición, y que estas deben apuntar a los problemas que se detectan, en la especie, la nueva entrada y prevenir conductas coordinadas o unilaterales que afecten la Libre Competencia, como fiscalización (Resolución N° 37, pronunciada por el TDLC el 21 de septiembre de 2011, pp. 115 y ss.).

propósito de los requisitos necesarios para estar en presencia de eficiencias<sup>280</sup>, adicionando, al igual que ocurre en la Resolución N° 2-2005 (Telefónica Móviles y Bellsouth Comunicaciones), la necesidad de traspasar éstas a los consumidores (lo que podría ocurrir en un menor porcentaje<sup>281</sup>).

Ahora bien, existe un factor adicional resulta de evaluar, referido a la realidad del mercado internacional. Entiende el TDLC, que en mercados internacionales, con menores barreras de entrada, como el de Europa y América del Norte, los ofertantes han tendido a la concentración, para así aprovechar las eficiencias que se generan por la unificación de las redes que sirven a unas y otras<sup>282</sup>, de forma que *“este Tribunal estima que no debería prohibirse la Operación consultada, pues ésta sólo sigue la tendencia natural y eficiente en una industria de estas características”*<sup>283</sup>.

Gracias a que LAN ya se había sometido a un procedimiento de consulta de operaciones de concentración al fusionarse con LADECO, podemos aseverar que existió una importante evolución en cuanto al análisis que desarrolló el TDLC frente a la CR. En primer lugar, el análisis no está determinado por la concentración del mercado, sino que se presenta como uno de los antecedentes

---

<sup>280</sup> Resolución N° 37, pronunciada por el TDLC el 21 de septiembre de 2011, pp. 104 y ss.

<sup>281</sup> Resolución N° 37, pronunciada por el TDLC el 21 de septiembre de 2011, pp. 25 y 113.

<sup>282</sup> Resolución N° 37, pronunciada por el TDLC el 21 de septiembre de 2011, pp. 31 y ss.

<sup>283</sup> Resolución N° 37, pronunciada por el TDLC el 21 de septiembre de 2011, p. 114.

que sirven para llegar a la conclusión final. En segundo lugar, se da un importante avance sobre cómo evaluar las eficiencias, centrándose en su traspaso a los consumidores. Finalmente, los factores ajenos a la estructura del mercado, que determinan el eventual ejercicio de poder de mercado, presentan un importante contrapeso a las conclusiones que se podrían derivar de consideraciones meramente estructurales. Se puede observar una preocupación sobre las restricciones que representa la competencia para las partes de la operación, y el incentivo y capacidad real de generar una afectación a la Libre Competencia; así sucede al momento de evaluar las economías de red y las barreras central como punto de partida, incluso para determinar el mercado relevante.

Sin perjuicio de lo anterior, nuevamente nos encontramos con un resultado que podría haberse logrado a través del SLC o el TD, puesto que la posición de LAN es evidentemente preponderante (sin perjuicio de las conclusiones de la CR, con motivo de la Resolución N° 445 de 1995).

Por dicho motivo, resulta de gran interés revisar el caso **SHELL y TERPEL**<sup>284</sup>, por medio del cual, la operadora en Chile de la primera, Quiñenco S.A., sometió a consideración del TDLC una operación de concentración cuyo objeto era la adquisición del 100% de los activos de la segunda, consistentes en su

---

<sup>284</sup> Resolución N° 39-2012, pronunciada por el TDLC el 26 de abril de 2012.

participación en Petróleos Andinos S.A. y Operaciones y Servicios Terpel Limitada.

Esta consulta se realiza dentro del marco de la Resolución N° 34-2011, emitida por el TDLC el 26 de mayo de 2011, en la cual se accedió a una operación en que COPEC adquirió participación a través de una empresa de Colombia de los activos de TERPEL en Chile, sujetándose a la condición (ofrecida por la misma COPEC), de enajenarlo a un tercero dentro del plazo que en la misma resolución se señaló. En dicho contexto, Quiñenco S.A., que participaba en el mercado relevante a través de SHELL, efectuó una oferta en el sentido de adquirir los activos que debían ser enajenados<sup>285</sup>.

El TDLC, mediante Resolución N° 39-2012, de fecha 26 de abril de 2012, concluyó que la operación debía ser prohibida, debido al alto nivel de concentración que se produciría en el mercado relevante, considerando que sus características propendían a la generación probable de conductas coordinadas, tácitas<sup>286</sup>, o explícitas, por parte de sus incumbentes<sup>287</sup>.

---

<sup>285</sup> Jiménez, Susana, “*Cuando la defensa de la competencia inhibe la libertad de emprender. Consulta Terpel – Quiñenco*”, Sentencias Destacas, 2013, Libertad y Desarrollo, pp. 299 a 304.

<sup>286</sup> Con esto, el tribunal hace referencia a conductas que efectivamente paralelas entre los incumbentes de un mercado, pero que no tienen como presupuesto un acuerdo entre los mismo, sino que se dan de manera espontánea. Como indica en el párrafo 9.3, se trata de “*coordinación por interdependencia de sus decisiones comerciales*”. Este tipo de conductas, conforme lo indica el mismo TDLC en el caso en comento, no es ilícita. Si bien es un tema de la más interesante, escapa al objetivo del presente trabajo.

<sup>287</sup> Resolución N° 39-2012, pronunciada por el TDLC el 26 de abril de 2012, pp. 46 a 48.

Este caso resulta interesante por cuanto no se trata de una operación entre los principales ofertantes de los mercados relevantes involucrados en la operación (los dos agentes involucrados, una vez ejecutada la operación, obtendrían cerca de un 23,7% del mercado<sup>288</sup>), puesto que el actor dominante en este caso es COPEC, con más de un 50% de participación en los mercados relevantes, desde el 2006 hasta la época de la consulta.

De esta manera, la limitación que se ejerce a la autonomía de la voluntad no puede tener justificación en la obtención, mantenimiento o refuerzo de una posición de dominio, es decir, queda descartado el TD. Lo anterior, ya que la nueva entidad no alcanza una posición, ni se generan las circunstancias necesarias, para que pueda obviar la presión competitiva de COPEC, y realizar conductas contrarias a la Libre Competencia.

Queda, así, en claro que la preocupación en este caso no es el poder de mercado que pueda adquirir la fusión entre SHELL y TERPEL, sino la pérdida de las restricciones competitivas dentro del mercado relevante. Inclusive, así lo declara en su recurso de reclamación Quiñenco S.A., al señalar que sería la primera vez que se prohíbe una operación de concentración que no genera una posición de dominio<sup>289</sup>.

---

<sup>288</sup> Resolución N° 39-2012, pronunciada por el TDLC el 26 de abril de 2012, pp. 33 y 39.

<sup>289</sup> Sentencia de la fecha 02 de enero de 2013, emitida por la ECS en autos Ingreso N° 3993-2012, p. 11.

Lejos de resultar en una anomalía, la aseveración de Quiñenco S.A. está definida por su situación procesal de parte derrotada. Busca hacer pensar a la ECS que el TDLC habría incurrido en una singularidad al prohibir una operación de concentración donde las partes no adquieren dominancia, lo cual escapa del control de dichas operaciones.

Sin embargo, con su decisión el TDLC vino a dar solidez al criterio que venía implementando incluso ya desde el caso VTR Metropolis Intercom, y que luego fuera reiterado en casos de gran relevancia, como D&S Falabella<sup>290</sup>. La particularidad del caso, y la razón por la que se generó esta importante discusión, es que se trata de un caso límite entre los criterios del TD y del SLC.

Como bien señala Quiñenco S.A., no se trata de una operación que entregará dominancia a la nueva entidad formada por SHELL y TERPEL, pues aun juntas sus participaciones alcanzan la mitad de la participación de COPEC. Evidentemente, la aplicación del TD clásico habría derivado en la autorización de la operación, sin embargo, construcciones doctrinarias como la dominancia conjunta, tal vez habrían derivado en otra conclusión<sup>291</sup>.

---

<sup>290</sup> En este sentido opina Agüero, Francisco, “*Informe en Derecho incumplimiento y modificación de medidas de mitigación establecidas por el TDLC*”, solicitado por la FNE para su presentación ante el TDLC, p. 32, nota al pie de página número 127.

<sup>291</sup> Araya, Fernando, “*Derecho Mercantil y de la Libre Competencia*”, Revista Chilena de Derecho Privado, N° 20, 2013, p. 279.

Sin embargo, este tipo de construcciones no son necesarias para el TDLC, toda vez que adscribe al SLC, concepto económico que no requiere la generación, reforzamiento o mantención de una dominancia producto de la operación de concentración en cuestión, sino de una disminución de las fuerzas que restringen a las partes de un mercado relevante, como ocurren en este caso.

En su considerando 8.21, el TDLC declara que el criterio que está utilizando para evaluar la operación es el SLC, al indicar que *“no ha sido posible encontrar evidencia incontrovertible de que la competencia en este mercado es intensa, ni mucho menos antecedentes robustos que permitan concluir que, de eliminarse a uno de los actores relevantes de este segmento minorista, no se ocasionará una disminución en la intensidad competitiva en el mismo”* (el destacado es propio)<sup>292</sup>.

De esta forma, la consecuencia que entiende el TDLC de la operación de concentración, es que, debido a las características del mercado relevante (transparencia en los precios, producto homogéneo y alta concentración), los incentivos para competir sufrirán una importante alteración negativa.

---

<sup>292</sup> Esta aseveración es, incluso, aceptada por quienes han criticado el supuestamente alto nivel de restricción a la libertad de emprender, como se puede observar en Jiménez, Susana, op. cit., p. 305.

Lo anterior, es otro punto de gran relevancia. A diferencia de lo que señala la ECS, el TDLC no parte su análisis asumiendo la mala fe, ni mucho menos que una operación sea *per se* ilícita<sup>293</sup>. No asume una intencionalidad sancionable, precisamente, porque no es el objetivo de este tipo de procedimientos.

Pero entiende, de las características que determinan el mercado, de su naturaleza oligopólica<sup>294</sup>, que existe una disminución de la competencia que derivará en una alta probabilidad actuaciones coordinadas (las cuales no requieren de un acuerdo entre partes<sup>295</sup>).

Así, el TDLC entiende que no es requisito, para prohibir una operación de concentración, que las partes de la misma adquieran una calidad especial que les permita utilizar su poder de mercado en contra de otros agentes del mercado, sino que la nueva estructura, dadas sus características particulares, producirá como efecto, sea esto voluntario o no, un deterioro para la competencia que, no pudiendo ser mitigado a través de la imposición de condiciones, debe ser evitado a través de la prohibición de la operación de concentración.

Al igual que en los demás casos, y acorde a la evolución que se ha venido explicitando, el TDLC determina el mercado relevante, definiendo que se trata de

---

<sup>293</sup> Sentencia Ingreso N° 3993-2012, pronunciada por la ECS el 02 de enero de 2013, pp. 38 y 39.

<sup>294</sup> Araya, Fernando, op. cit., pp. 273 y ss.

<sup>295</sup> Ibid, p. 273.

la oferta minorista de combustibles líquidos, considerando su producción o importación, refinación, almacenamiento y transporte<sup>296</sup>. Luego, observa la participación de los incumbentes y determina la existencia de barreras que obstaculicen la entrada.

Finalmente, considera las características propias de este mercado relevante. Es en este punto donde se centra al momento de evaluar los riesgos a la competencia. En primer lugar, indica que existen 4 ofertantes con casi el 95% del mercado<sup>297</sup>, lo cual implica una alta concentración<sup>298</sup>, lo que conlleva mayores posibilidades de coordinación<sup>299</sup>. Acto seguido, examina las facilidades que el mercado entrega para la coordinación, citando la homogeneidad del producto, la facilidad del monitoreo de eventuales acuerdos, como sucede con las columnas en que las estaciones publican sus precios, así como la inelasticidad de la demanda, producto de la inexistencia de sustitutos cercanos<sup>300</sup>. A lo anterior, indica el tribunal, debe sumarse que existe cercanía entre los dos principales agentes de la industria, COPEC y SHELL, producto de su participación en la sociedad COMAP, que controla las infraestructuras de almacenamiento de combustible a nivel nacional<sup>301</sup>.

---

<sup>296</sup> Resolución N° 39-2012, pronunciada por el TDLC el 26 de abril de 2012, p. 65.

<sup>297</sup> Resolución N° 39-2012, pronunciada por el TDLC el 26 de abril de 2012, p. 33.

<sup>298</sup> Resolución N° 39-2012, pronunciada por el TDLC el 26 de abril de 2012, p. 26.

<sup>299</sup> Resolución N° 39-2012, pronunciada por el TDLC el 26 de abril de 2012, p. 47.

<sup>300</sup> Resolución N° 39-2012, pronunciada por el TDLC el 26 de abril de 2012, pp. 47 a 49.

<sup>301</sup> Resolución N° 39-2012, pronunciada por el TDLC el 26 de abril de 2012, pp. 48 a 50.

Los factores mencionados, indica el TDLC, haciendo suyas las palabras de la FNE, *“afectan los incentivos de las firmas en el sentido de aumentar los beneficios de coordinarse en ámbitos relevantes de sus negocios y reducir así su intensidad competitiva”*<sup>302</sup>.

Las conclusiones se asemejan a lo ocurrido en el caso Heinz / Beech-Nut, tratado precedentemente, en el sentido de tratarse de dos empresas que no pasan a ser dominantes en el mercado, pues dicha calidad correspondía a Gerber, siendo prohibida por la FTC, producto de que tenía como efecto la eliminación de los incentivos para seguir compitiendo, produciendo únicamente una adecuación a sus lineamientos, que derivaría en un aumento de precios.

En cuanto a las eficiencias propuestas por las partes, el TDLC hace referencia expresa a las Resoluciones N° 1-2004, 2-2005, 20-2007, 23-2008, 24-2008 y 37-2011, como criterios vigentes, y que corresponde a lo expuesto en los casos precedentes, particularmente en la operación LAN y TAM.

Lo anterior, además de tratarse de un claro caso de SLC, corresponde a un análisis que toma como inicio la estructura, pero se centra, prospectivamente, en los reales efectos que se producirán en el mercado. Inclusive, prescinde de la necesidad de que el actuar sea ilícito para efectos de proteger la Libre

---

<sup>302</sup> Resolución N° 39-2012, pronunciada por el TDLC el 26 de abril de 2012, p. 46.

Competencia, toda vez que se preocupa tanto de la coordinación expresa (ilícita), como tácita<sup>303</sup>.

Como se analizará más adelante, la ECS, conociendo de los recursos de reclamación interpuestos en contra de la Resolución N° 39-2012, decidió revocar la decisión del TDLC, aprobando la operación de concentración, con medidas de mitigación.

El último caso de operaciones de concentración que revisó el TDLC bajo el procedimiento antiguo, es decir, antes de la entrada en vigencia de la Ley 20.945, fue la fusión por absorción de **Supermercados del Sur y SMU**<sup>304</sup>.

Esta operación se encontraba materializada al momento de someterla a consulta, por lo que SMU solicitó pronunciamiento del TDLC sobre las medidas de mitigación que proponía<sup>305</sup>.

---

<sup>303</sup> Resolución N° 39-2012, pronunciada por el TDLC el 26 de abril de 2012, pp. 65 y 66.

<sup>304</sup> Luego de este caso, Telefónica Chile presentó una consulta ante el TDLC por la fusión de ésta con Telefónica Larga Distancia, pero no es posible aseverar que esta fuera propiamente tal una operación de concentración, pues ambas sociedades pertenecían al mismo grupo económico, no actuando de manera independiente. Por este motivo, no se considerará como operación de concentración.

<sup>305</sup> Cabe hacer presente que el TDLC se encarga de argumentar la inconveniencia de que se haya materializado la operación antes de presentar la consulta, pero que eso no limita la competencia del órgano jurisdiccional a solo aprobar o rechazar las medidas propuestas (Resolución N° 43-2012, pronunciada por el TDLC el 12 de diciembre de 2012, p. 31.).

El TDLC, mediante Resolución N° 43-2012, de 12 de diciembre de 2012, aprobó la operación consultada, sometiéndola a fuertes condiciones, que incluyen la desinversión en algunas de las localidades donde no existiría competencia, obligándola a enajenar a terceros independientes.

Dentro de las particularidades del caso podemos observar, al igual que en el caso de SHELL y TERPEL, una importante preocupación por las barreras de entrada. En este sentido, considera el TDLC que el mercado relevante, el cual incluye la distribución de mayoristas y el aprovisionamiento de minoristas<sup>306</sup>, tiene altas barreras, producto de las economías de escala, ámbito y densidad de los incumbentes, y de las empresas con más participación de mercado, así como la posibilidad de éstas de adoptar estrategias para limitar la desafiabilidad del mismo<sup>307</sup>.

Dentro del primer grupo, el TDLC señala que existe un aminoramiento de costos asociado al tamaño de la empresa, producto de una mejor capacidad de negociación, aprovisionamiento, uso de espacio en locales y almacenamiento, sumado a los menores costos de personal administrativo para la recepción de productos. Lo anterior, aumenta el tamaño necesario para que un nuevo incumbente pueda ingresar al mercado, haciendo difícil que, en un mercado como

---

<sup>306</sup> Resolución N° 43-2012, pronunciada por el TDLC el 12 de diciembre de 2012, pp. 38 y 39.

<sup>307</sup> Resolución N° 43-2012, pronunciada por el TDLC el 12 de diciembre de 2012, p. 48.

el chileno, se produzcan nuevas entradas<sup>308</sup>. Lo anterior se ve agravado, por cuanto la adquisición en muchos lugares representaba la fusión de las dos alternativas que existían. Asimismo, la inclusión en SMU de una serie de ofertantes menores, limita la capacidad de expansión de éstos, eliminando una limitación competitiva<sup>309</sup>.

En cuando a las barreras estratégicas, el TDLC hace referencia al concepto de nichos, en los cuales SMU estaría participando para diversificar su oferta y acceder a distintos tipos de consumidores finales. Estos nichos generarían importantes barreras a la entrada, aun cuando no se trate de conductas sancionables<sup>310</sup>. Existe, por ejemplo, participación de SMU en el nicho de los supermercados, a través de Unimarc; mayoristas, a través de ALVI y de Mayorista 10; compras en línea, a través de Telemercados, y de compras rápidas, a través de OK Market. Las ventajas expuestas precedentemente se aprovecharían y traspasarían a los diversos nichos en que esta empresa participa, de manera que los nuevos entrantes tendrán que alcanzar las economías de escala necesarias para poder competir efectivamente con los incumbentes en el o los nichos que se trate<sup>311</sup>.

---

<sup>308</sup> Resolución N° 43-2012, pronunciada por el TDLC el 12 de diciembre de 2012, pp. 48 y 49.

<sup>309</sup> Resolución N° 43-2012, pronunciada por el TDLC el 12 de diciembre de 2012, p. 49.

<sup>310</sup> Resolución N° 43-2012, pronunciada por el TDLC el 12 de diciembre de 2012, pp. 49 y 50.

<sup>311</sup> Resolución N° 43-2012, pronunciada por el TDLC el 12 de diciembre de 2012, p. 50.

Dentro de las estrategias, el TDLC toma en consideración la baja oferta de terrenos para entrar con un nuevo supermercado (en las ciudades con alta población). Añade que, en los últimos años, nadie ha desafiado la posición que tiene CENCOSUD (Jumbo) y D&S (Líder, hoy perteneciente a Walmart)<sup>312</sup>.

Ahora bien, podemos observar que, adicional a las barreras de entradas, el TDLC toma especial preocupación por la capacidad de sustitución de los consumidores, principalmente a nivel local, pues en algunas zonas, la operación generaba, en la práctica, monopolios, especialmente considerando que la doctrina comparada entendía que, a mayor sustituibilidad entre los productos de las empresas que son parte de la operación, más probable es un aumento significativo de precios<sup>313</sup>.

Bajo la influencia de la FTC y el DoJ, así como de la Comisión Europea, el TDLC entiende que debe sopesar dos incentivos que se generan al ocurrir la operación de concentración. Por un lado, las eficiencias que se obtienen producto de la concreción de la operación, y que deberán traducirse en una baja de precios; y, por otro lado, la eliminación de una restricción competitiva al eliminar un competidor, ya que, ante un alza de precio, los consumidores castigarían el producto ofrecido, comprándolo de la competencia.

---

<sup>312</sup> Resolución N° 43-2012, pronunciada por el TDLC el 12 de diciembre de 2012, p. 51.

<sup>313</sup> Resolución N° 43-2012, pronunciada por el TDLC el 12 de diciembre de 2012, pp. 22 y ss. y 67.

Bajo la lógica expuesta, el efecto nocivo será mayor si la nueva entidad surge de la concentración entre los competidores más cercanos de un mercado relevante. En caso de unirse bajo un mismo mando dos competidores con alta sustituibilidad, el aumento del precio de uno producirá que la otra parte de la operación de concentración (que era su competidor más cercano) reciba los consumidores que castigaban al primero por su mayor precio, lo cual seguiría siendo rentable para la nueva entidad, dado que la gente seguirá comprando a otra parte del mismo nuevo ente. En base a ello, se concluye que a mayor grado de sustituibilidad de las partes, mayor será el incentivo a aumentar los precios<sup>314</sup>.

Ahora bien, este factor tomará igualmente en consideración los márgenes de ganancia de la empresa, para efectos de determinar si efectivamente es conveniente subir los precios manteniendo consumidores cautivos, o bien incentivar el consumo de otro producto<sup>315</sup>.

En relación a las eficiencias, este fallo considera que son insuficientes, debiendo analizarse en cada localidad en específico, teniendo siempre en consideración los riesgos para la Libre Competencia que en dicho mercado relevante se generan<sup>316</sup>.

---

<sup>314</sup> Resolución N° 43-2012, pronunciada por el TDLC el 12 de diciembre de 2012, pp. 67 a 69.

<sup>315</sup> Resolución N° 43-2012, pronunciada por el TDLC el 12 de diciembre de 2012, pp. 85 y ss.

<sup>316</sup> Resolución N° 43-2012, pronunciada por el TDLC el 12 de diciembre de 2012, p. 91.

Concluye el tribunal que, la operación de concentración entre SMU y Supermercados del Sur “*modifica significativamente la estructura de este mercado y relaja la tensión competitiva del mismo*”<sup>317</sup>, debido a que concurren diversos factores que facilitan la realización de conductas anticompetitivas tanto de carácter coordinado como unilateral, como lo son la alta concentración existente en el mercado relevante, el fácil monitoreo de los precios, la estabilidad de la demanda que enfrentan los incumbentes, sus similares participaciones de mercado, y la interacción de éstos en varios mercados geográficos distintos<sup>318</sup>.

La conclusión expuesta se asemeja a la contenida en la Resolución N° 23-2008, emitida por el TDLC el 04 de enero de 2008, con motivo de la consulta de la operación de concentración en dos Administradoras de Fondos de Pensiones, ING Santa María y Bansander. Dicha resolución, adicionalmente a entregar un importante desarrollo sobre el efecto de la insensibilidad de la demanda en un mercado como el de los fondos de pensiones, nos indica que “*a mayor similitud en la estructura de costos y en las participaciones de mercado de los operadores de una industria, más fácil es llegar a un acuerdo anticompetitivo y, a su vez, menores son los incentivos a desviarse del mismo, manteniéndose todo lo demás constante*”<sup>319</sup>.

---

<sup>317</sup> Resolución N° 43-2012, pronunciada por el TDLC el 12 de diciembre de 2012, p. 115.

<sup>318</sup> Resolución N° 43-2012, pronunciada por el TDLC el 12 de diciembre de 2012, pp. 71 y ss.

<sup>319</sup> Resolución N° 23-2008, pronunciada por el TDLC el 04 de enero de 2008, p. 32.

Del tenor de las conclusiones, podemos aseverar que el caso corresponde a un análisis en base al SLC. Si bien no es tan claro al respecto como podría ser la resolución dictada en el caso SHELL y TERPEL, los factores a través de los que se realiza el análisis, y el enfoque hacia los incentivos del mercado, y no solo de las partes que someten la operación a consulta (en este caso, las medidas de mitigación), están enfocados a cómo se ven afectadas las restricciones que un régimen de competencia impone al mercado, y no únicamente a la posibilidad de que la nueva entidad adquiriera o refuerce poder de mercado. Sin embargo, al igual que en casos anteriores, hay un importante análisis estructural, que luego deriva en condiciones de la misma naturaleza, como lo es la desinversión. Si bien esto es propio de un TD, debido a que se preocupa de la posición del incumbente en el mercado, las decisiones de este tipo vienen determinadas por un análisis de los incentivos reales a competir, más que la mera participación en el mercado. Ahora bien, pareciera ser que la baja desafiabilidad del mercado relevante otorga mayor valor a la estructura del mercado, debido a su alta concentración.

Confirmando esto, puede citarse la Resolución N° 20-2007, emitida por el TDLC con fecha 27 de julio de 2007, la cual recayó en la consulta sobre la operación de concentración entre **GLR e Iberomaerican Radio Chile**, que implicaba la adquisición de un gran porcentaje de las frecuencias radiales de tipo moderada, a lo largo de todo Chile. En dicho caso, el TDLC consideró que el mercado

relevante estudiado tenía un dinamismo particular, que significaba un alto nivel de variabilidad, lo cual, sumado a la fácil sustituibilidad de los programas radiales (simplemente, cambiar de canal radial), dificultaban la concreción de riesgos anticompetitivos<sup>320</sup>, siendo la estructura un aspecto meramente instrumental<sup>321</sup>.

Esta última decisión es bastante interesante por la relevancia que le da al contrapeso de los consumidores, en esa oportunidad, a las agencias de publicidad.

Así, entiende el TDLC que la negociación centralizada que realizan estas empresas sería suficiente para evitar un abuso por parte de la nueva entidad, a pesar de adquirir el 45% de la audiencia radial<sup>322</sup>. Este factor es de especial relevancia en el SLC, como se ha expuesto, siendo un factor tratado en las guías publicadas por diversas autoridades administrativas encargadas de resguardar la Libre Competencia<sup>323</sup>.

---

<sup>320</sup> Resolución N° 20-2007, pronunciada por el TDLC el 27 de julio de 2007, p. 26. En el mismo sentido, destacando la relevancia que se entrega a estos factores adicionales a la estructura del mercado, Domper, María de la Luz y Arancibia, Jaime, “Fusión en el mercado de radiodifusión sonora (GLR Chile Limitada solicita su pronunciamiento al TDLC respecto de la compra de Iberoamerican Radio Chile S.A.)”, Sentencias Destacadas, 2007, Libertad y Desarrollo, pp. 346, 362, 363 y 368.

<sup>321</sup> Domper, María de la Luz y Arancibia, Jaime, op. cit., pp. 347 y 348.

<sup>322</sup> Resolución N° 20-2007, pronunciada por el TDLC el 27 de julio de 2007, p. 34.

<sup>323</sup> Así ocurre en EE.UU., Australia y Nueva Zelanda, entre otros.

Los casos expuestos dan cuenta de una constante evolución del único órgano jurisdiccional llamado a tomar conocimiento de los asuntos preventivos y represivos de la protección de la Libre Competencia.

Lo anterior, no solo desde un punto de vista del tipo de criterio que se utiliza para efectos de condicionar o prohibir una operación de concentración, sino a propósito de los factores tanto jurídico como económicos que toman en cuenta al momento de emitir un pronunciamiento, destacando su carácter técnico económico.

## **B. Principales casos resueltos por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia.**

En las operaciones de concentración, como se indicó, el control que ejerce la ECS queda supeditado a la interposición de un recurso de reclamación en contra de la resolución que emita el TDLC<sup>324</sup>.

De esta forma, de los 12 casos revisados por el TDLC, solo 7 fueron objeto de revisión por la ECS, correspondiendo a las consultas de Telefónica Móviles y Bellsouth, Metropolis Intercom y VTR, GLR e Iberomericana Radio Chile,

---

<sup>324</sup> Este criterio se mantuvo con la modificación contenida en la Ley 20.945, aunque el ámbito de procedencia del recurso de reclamación, y la legitimación para su interposición, se redujeron.

ANAGRA y SQM, LAN y TAM, SHELL y TERPEL y, finalmente, SMU y Supermercados del Sur.

De esos casos, solo uno corresponde a una prohibición, SHELL y TERPEL, el cual fue revocado, siendo el resto operaciones aceptadas bajo condiciones. Así, la ECS no ha emitido pronunciamiento en el sentido de prohibir una operación de concentración.

El criterio de la ECS ha sido bastante similar al del TDLC, confirmándose casi la totalidad de las resoluciones, salvo el caso de SHELL y TERPEL, en que la ECS revocó la decisión del TDLC y aprobó, bajo condiciones, la operación.

Cabe señalar que la ECS, a pesar de que ha visto pocos casos de esta naturaleza, se ha preocupado de establecer el marco jurídico y conceptual relevante para entender cuándo nos enfrentamos a una operación de concentración. Ello ha ocurrido en los últimos tres pronunciamientos que ha emitido, correspondientes a los casos LAN con TAM<sup>325</sup>, de SHELL con TERPEL<sup>326</sup> y de SMU con Supermercados del Sur<sup>327</sup>, indicando conceptos de operación de concentración, determinando los factores a analizar, y los supuestos para prohibir, aprobar o condicionar una operación de concentración.

---

<sup>325</sup> Sentencia Ingreso N° 9843-2011, pronunciada por la ECS el 05 de abril de 2012, pp. 36 y ss.

<sup>326</sup> Sentencia Ingreso N° 3993-2012, pronunciada por la ECS el 02 de enero de 2013, pp. 35 y ss.

<sup>327</sup> Sentencia Ingreso N° 346-2013, pronunciada por la ECS el 30 de septiembre de 2013, pp. 32 y ss.

En general, podemos observar una visión de la ECS que evita ejercer la facultad de prohibir la operación, prefiriendo someter a medidas de mitigación, ya que entiende que es una manifestación de la autonomía de la voluntad (principalmente desde la perspectiva del art. 19 N° 21 de la Constitución Política de la República)<sup>328</sup> y que, adicionalmente, generan eficiencias que la economía chilena aprovechará, de manera que solo se prohibirá una operación si hay *“antecedentes serios que permitan arribar a la conclusión de que una operación de concentración producirá efectos contrarios a la competencia”*<sup>329</sup>.

Tal como lo indica el TDLC, la ECS entiende que la estructura de un mercado no es suficiente para poder determinar si hay o no una vulneración a la libre competencia, debiendo analizarse diversos factores<sup>330</sup>. Según se indicó al analizar el recurso de reclamación del fallo recaído en el caso SMU y Supermercados del Sur, el estudio parte con la determinación del mercado relevante y la concentración del mercado (es decir, partícipes), para luego considerar las barreras de entrada, determinar los riesgos existentes para la libre competencia y, finalmente sopesar las eficiencias<sup>331</sup>.

---

<sup>328</sup> Sentencia Ingreso N° 346-2013, pronunciada por la ECS el 30 de septiembre de 2013, pp. 54 y 55.

<sup>329</sup> Sentencia Ingreso N° 3993-2012, pronunciada por la ECS el 02 de enero de 2013, p. 36.

<sup>330</sup> Sentencia Ingreso N° 4578-2007, pronunciada por la ECS el 22 de noviembre de 2007, pp. 9 a 11, y Sentencia Ingreso N° 3993-2012, pronunciada por la ECS el 30 de septiembre de 2013, p. 37.

<sup>331</sup> Sentencia Ingreso N° 346-2013, pronunciada por la ECS el 30 de septiembre de 2013, pp. 37 y ss.

De esta manera, es posible aseverar que la ECS considera un criterio que parte de la misma manera que el TD y el SLC. Así, primeramente se indaga en la estructura del mercado, para luego observar circunstancias propias del segundo criterio, como son la eficiencia y la existencia de barreras de entrada, dentro del cual se incluyen factores como la innovación, economías de escala<sup>332</sup>, entre otras, lo que se traduce en un examen de sustituibilidad (elasticidad de la demanda) y desafiabilidad (elasticidad de la oferta)<sup>333</sup>.

Caso aparte resulta la sentencia emitida por la ECS al revisar el caso de SMU y Supermercados del Sur, en que se considera como factor de justificación del control el poder de mercado que se adquiere, señalando que *“La posibilidad de control de operaciones de concentración se funda en que éstas crean una nueva entidad que puede tener mayor poder de mercado que el que tenían individualmente las empresas antes de integrarse, disminuyendo el número de competidores, facilitando prácticas colusivas o abusos de posición dominante”*<sup>334</sup>. Ahora, si bien se establece una justificación propia de un criterio de TD, en los hechos, y cuando se esquematiza cómo realizar el criterio, esto sucede en los términos del SLC.

---

<sup>332</sup> Sentencia Ingreso N° 346-2013, pronunciada por la ECS el 30 de septiembre de 2013, p. 40.

<sup>333</sup> Sentencia Ingreso N° 346-2013, pronunciada por la ECS el 30 de septiembre de 2013, pp. 40 y 41.

<sup>334</sup> Sentencia Ingreso N° 346-2013, pronunciada por la ECS el 30 de septiembre de 2013, pp. 32 y 33.

Sin perjuicio de utilizar un criterio que, conforme lo analizado, otorga un mayor espectro de control, la ECS ha emitido pronunciamientos en base a los cuales considera que el riesgo debe materializarse para poder cuestionar la operación. Ello prácticamente exige (para prohibir la operación) que produzca daño real a la Libre Competencia.

En dicho sentido, resulta interesante lo señalado por la ECS al emitir la sentencia del caso de SHELL y TERPEL, en que indicó *“que como se ha señalado por esta Corte en causas sobre consultas por operaciones como la de autos, se ha establecido que no es posible concluir que al producirse una fusión como la pretendida por los reclamantes, en la que efectivamente se produce una mayor concentración del mercado de los combustibles, ella deba ser calificada como una operación contraria a la libre competencia en forma anticipada, es decir antes de que se haya efectuado la operación de concentración, porque las circunstancias particulares 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”*<sup>335</sup>.

Lo anterior, independiente de que esto sea cuestionable o no, es una exigencia de estándar bastante alta para un análisis de tipo prospectivo, que conlleva la

---

<sup>335</sup> Sentencia Ingreso N° 3993-2012, pronunciada por la ECS el 02 de enero de 2013, p. 37.

necesidad de una alta prueba del riesgo que se pretende atribuir a la operación en cuestión.

Es tal la exigencia, cuando a un análisis de proyección se le exigen resultados reales, que el mismo fallo incluye en el párrafo siguiente al citado, que *“es preciso determinar si en el presente caso la operación consultada efectivamente puede aparejar riesgos debido a la concentración de actores en el mercado”*<sup>336</sup>.

No obstante, para mantener la naturaleza del análisis prospectivo, así como el estándar probatorio, el voto disidente del caso de SMU y Supermercados del Sur, emitido por el Ministro Sr. Sergio Muñoz Gajardo, resulta esclarecedor, especialmente por cuánto, sin considerar que las operaciones deban verse *per se* como negativas, indica que *“quienes se fusionan deben destacar que tales aprehensiones no se producirán, que no se afectará el mercado y que, todo lo contrario, los consumidores serán favorecidos por un mejor servicio, por un mejor producto o/y por un mejor precio”*<sup>337</sup>.

En esa línea el disidente aclara que *“al ser un negocio jurídico que implica riesgos para la competencia en el mercado, al reducir el número de participantes, corresponde desvirtuar que las fusiones que impulsan no les otorgará poder*

---

<sup>336</sup> Sentencia Ingreso N° 3993-2012, pronunciada por la ECS el 02 de enero de 2013, p. 37.

<sup>337</sup> Sentencia Ingreso N° 346-2013, pronunciada por la ECS el 30 de septiembre de 2013, p. 84.

*considerable en el mercado. La carga de la prueba del beneficio para el mercado queda radicada en quienes se fusionan. Se detendrá así la mirada en un análisis amplio y razonable del mercado relevante como del poder que adquirirá en el mismo, mediante una evaluación completa y no solamente sustentados en criterios estructurales (rechazo a la concentración) y en el diseño de reglas de línea clara (evitar el poder de mercado mediante esta nueva participación), atendiendo a las eficiencias económicas y sociales que se alcancen, todo sin alza de precios”<sup>338</sup>.*

Evidentemente, de lo transcrito, nos reencontramos con un análisis de riesgos medidos a futuro, sopesados con las eficiencias que eventualmente puedan producirse, optando el voto disidente por prohibir la operación de concentración, precisamente, por el riesgo comprobado que producirá en la competencia<sup>339</sup>.

Finalmente, cabe destacar, la discusión que se generó en el mismo fallo sobre si corresponde al TDLC propender a la competencia en los mercados, o solo mantener el estado previo a la operación de concentración, aun cuando no haya sido uno competitivo. Es opinión del fallo de mayoría, que no corresponde al TDLC incluir modificaciones que den mayor competencia en el mercado, sino solo “*velar porque ella se conserve*”, mientras que el disidente considera que el

---

<sup>338</sup> Sentencia Ingreso N° 346-2013, pronunciada por la ECS el 30 de septiembre de 2013, p. 84.

<sup>339</sup> Sentencia Ingreso N° 346-2013, pronunciada por la ECS el 30 de septiembre de 2013, pp. 95 y 96.

rol de “*velar por la libre competencia implica velar porque se imprima competencia al sector de que se trate*”<sup>340</sup>.

Las opiniones del disidente y del TDLC, en el caso de SHELL y TERPEL, tienen una importante similitud. Ambos representan un mayor acercamiento a observar cómo las operaciones de concentración modifican los incentivos de todo el mercado relevante. No se trata de determinar solamente si los incentivos de las partes de la operación de concentración se han visto modificados, y puedan derivar en un eventual daño a la Libre competencia<sup>341</sup>. El TDLC, en SHELL y TERPEL, y el disidente de este caso van más allá, analizando cómo la operación incide en los incentivos de todos los agentes del mercado relevante para tomar sus decisiones<sup>342</sup>. Este tipo de acercamiento es propio de un SLC, en desmedro de solo observar la generación, mantención o fortalecimiento de una dominancia, propio del TD.

De esta forma, el análisis que ha efectuado mayoritariamente en sus pronunciamientos la ECS<sup>343</sup>, va más allá de la determinación del poder de

---

<sup>340</sup> Sentencia Ingreso N° 346-2013, pronunciada por la ECS el 30 de septiembre de 2013, p. 99.

<sup>341</sup> En el sentido de un aumento de precio o disminución de la cantidad, calidad o variedad del producto.

<sup>342</sup> Por ejemplo, este tipo de motivos justificaron la decisión de prohibir la operación entre Heinz / Beech-Nut. Ninguna de las partes, ni la nueva entidad, lograrían obtener ni reforzar dominancia alguna, pues el mercado era dominado por Gerber. Sin embargo, dicha concentración afectaría al mercado al disminuir la intensidad de la competencia por parte de sus agentes.

<sup>343</sup> Corresponde exceptuar la conclusión del caso de SHELL y TERPEL, revocado por la ECS, en consideración a que la operación no generaría en la nueva entidad poder de mercado significativo, pues el único que lo ostentaría sería COPEC, a pesar de que la concentración generaría una disminución importante de las restricciones competitivas del mercado, y riesgos consecuenciales de coordinación. Sin embargo, el centro de esta sentencia parece girar en la licitud de conductas coordinadas tácitas y en aceptar el argumento

mercado que puedan ejercer las partes de la operación de concentración en comento, observando la estructura del mercado relevante, pero también las características de la oferta y la demanda, a fin de comprender cómo la modificación que produce la operación en cuestión puede derivar en conductas contrarias a la Libre Competencia, lo cual es propio de un criterio de SLC.

**C. Principales conclusiones que pueden derivarse de la experiencia judicial en el análisis de operaciones de concentración, y circunstancias que debe considerar la Fiscalía Nacional Económica en su análisis.**

Como se ha indicado, para sistematizar los criterios esbozados, lo primero que debemos distinguir es el periodo previo a la entrada en vigencia de la Ley 20.945, y el periodo posterior.

En el primer periodo, es decir, antes del 01 de junio de 2017, la tensión sobre la aprobación, condicionamiento o prohibición de una operación de concentración se encontraba en el TDLC, y eventualmente en la ECS.

El criterio generalizado era, desde la CR, la aprobación de las operaciones sujetas a condiciones que permitieran una prevención efectiva de conductas

---

del recurrente sobre una supuesta presunción de ilicitud en esta operación. Lo anterior se puede observar en Sentencia Ingreso N° 3993-2012, pronunciada por la ECS el 02 de enero de 2013, p. 37.

atentatorias a la Libre Competencia, aseverando que aun cuando existieran riesgos con alta probabilidad de ocurrencia, no correspondía presumir que este tipo de operaciones eran negativas. Así ocurrió en el caso de la compra de los activos de TERPEL por Quiñenco, pues aquello correspondía a la faceta correctiva, bajo el resguardo de las garantías procedimentales de su naturaleza contenciosa, como indicó la ECS al revocar la Resolución N° 39-2012, mediante sentencia de fecha 02 de enero de 2013, recaída en autos Ingreso N° 3993-2012.

En dicho sentido, en un total de 12 consultas de operaciones de concentración<sup>344</sup>, el TDLC impuso condiciones en 9 de ellos y prohibió únicamente 2, como se expuso, cuales fueron el caso D&S-Falabella y la enajenación de activos de Terpel, siendo este último revocado por la ECS.

Por su parte, la ECS revisó un total de 7 de esos casos, confirmando todos, salvo la prohibición que se había declarado a la enajenación de activos de Terpel.

Ahora bien, los criterios observados por ambos entes jurisdiccionales, e incluso la CR, son bastante más económicos que netamente jurídicos, sin limitarse únicamente en la verificación de la existencia, creación o reforzamiento de un poder de mercado del que las partes puedan abusar.

---

<sup>344</sup> Uno de los cuales, por pertenecer a un mismo grupo empresarial, no fue considerado como tal, cual es el de Telefónica Chile S.A. y Telefónica Larga Distancia S.A., Resolución N° 48-2016, pronunciada por el TDLC el 20 de enero de 2016.

La CR tenía una forma de análisis más bien cercana al TD, sin embargo, incluía dentro de su análisis el factor eficiencia, lo cual no se condice con una de las principales críticas que se indicaron a ese criterio. En dicho sentido, puede que el criterio utilizado haya sido uno más cercano a las modificaciones que sufrieron las jurisdicciones que mantienen el TD, en que siguen verificando, mediante aspectos más bien estructurales, la concurrencia de una posición de dominio que se crea o fortalece, pero agregando el contrapeso de la eficiencia.

Por su parte, tanto el TDLC como la ECS entienden que el punto de inicio es la determinación de un mercado relevante y la observación del grado de concentración previo y posterior a la fusión. Pero luego, incluyen factores que son propios del SLC, como es la consideración de la desafiabilidad del mercado relevante y las barreras existentes, el contrapeso de los demás agentes del mercado<sup>345</sup>, el dinamismo y, de manera muy relevante, la eficiencia que produzca la operación.

Claro está, hay factores que sería interesante verificar, como en las operaciones buscan limitar la fuerza competitiva de una empresa Maverick, y otros que podrían haber tenido, o incluso habrían podido adquirir una mayor evolución,

---

<sup>345</sup> En el caso GLR Chile Limitada, por ejemplo, Resolución N° 20-2007 del TDLC, en que se considera que las agencias de publicidad son un contrapeso del poder de mercado que pudiese obtener la entidad, o la facilidad de los consumidores para cambiar la radio que se sintoniza.

como es la existencia de factores característicos del mercado relevante que facilitan la ocurrencia de conductas anticompetitivas, como puede ser la concurrencia de conductas coordinadas<sup>346</sup>.

Una decisión gravitante en cuanto a cuál criterio primaba en nuestro país, antes de la entrada en vigencia de la Ley 20.945, es el recaído en la fusión entre SMU y Supermercados del Sur, en la cual el voto disidente del Ministro Sr. Sergio Muñoz Gajardo, hace expresa referencia a los lineamientos para la evaluación de las operaciones de concentración horizontales que dictó en 1992 la FTC y el DoJ de EE.UU., jurisdicción en que históricamente ha existido el SLC<sup>347</sup>.

Por su parte, desde el 01 de junio de 2017, la FNE ha debido hacer un análisis de dos etapas, uno simple y otro de mayor complejidad, en caso de que el primero resulte insuficiente. En ambos casos, por mandato legal, deberá someterse a los criterios del SLC.

Sin embargo, quedan importantes desafíos que deberá enfrentar la FNE. Podemos observar que mantener en consideración las críticas efectuadas por Giorgio Monti, a fin de conservar y potenciar el importante vínculo que debe existir

---

<sup>346</sup> Cómo se observó en el caso de la enajenación de activos de Terpel, en que se declara que la facilidad de monitorear precios, junto con la concentración que generaría la operación en consulta, producirían una propensión a actuar de manera coordinada, sea explícita o tácitamente, Resolución N° 39-2012, pronunciada por el TDLC el 26 de abril de 2012.

<sup>347</sup> Sentencia de la ECS de fecha 30 de septiembre de 2013, pronunciada en Ingreso N° 346-2013, voto disidente, considerando octavo.

entre la teoría económica y jurídica. Este desarrollo analítico, como indica el mencionado autor, permitirá un mejor análisis de operaciones de concentración, a fin de centrarse en lo que relevante, detectar si existen incentivos efectivos para aumentar el precio, disminuir la cantidad, reducir la variedad o aminorar la innovación. Dicho proceso implica centrarse en el efecto que la concentración produce, aun en desmedro de las conclusiones que por el estado y los cambios en la estructura del mercado que se ve afectado, como se ha ido observando con el dinamismo, la tecnología, el contrapeso de los consumidores, entre otros

En dicho sentido, tanto la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración de 2006 como de 2012 incluyen un tipo de análisis que recoge la experiencia internacional en SLC, al determinar factores tanto de naturaleza estructurales<sup>348</sup>, como desde el punto de vista del efecto; así ocurre con la consideración del contrapeso de los consumidores, y las consideraciones en relación a la elasticidad de la demanda y de la oferta.

Pues bien, la FNE ha sometido a segunda fase 3 casos a la fecha, correspondientes a las operaciones entre ESSILOR y LUXOTTICA, que finalmente se aprobó; NUTRABIEN e IDEAL, que fue prohibida el 10 de mayo de 2018, y SANTANDER y SERVIPAG, aún pendiente de decisión.

---

<sup>348</sup> número de partícipes, participación en base a volumen de ventas, ingresos y/o almacenamiento, HHI, por ejemplo

Sobre el primer caso, **ESSILOR** es un grupo internacional reconocido como líder mundial en la provisión de soluciones oftalmológicas, tanto de lentes como de maquinaria especializada, así como en laboratorios de prescripción y montaje. En Chile, participa a través de Megalux Chile y Ópticas OPV, dueño de la marca “Ópticas Place Vandome”. Por su parte, LUXOTTICA es otro grupo internacional, que participa en el mercado oftalmológico a través de las sociedades Ópticas GMO Chile, que incluye las marcas “GMO”, “Econópticas” y “Sunglass Hut”, y Luxottica Chile<sup>349</sup>. Conforme a los mercados afectados, esta operación tendría efectos a nivel horizontal como vertical y de conglomerado, pues participan en toda la cadena comercial de productos oftalmológicos.

Como indica la notificación que ordenó iniciar la segunda fase, respecto al retail óptico, en una dimensión horizontal, se trata de un mercado altamente concentrado, y que presenta diferenciación de productos, en el cual se concentran el actor más importante (GMO) con uno de relevancia (Place Vandome).

Desde el punto de vista vertical, el problema radica en el potencial bloqueo que la nueva entidad pudiese realizar respecto de los demás incumbentes, a pesar de que considera que existiría una buena elasticidad de la demanda, que haría

---

<sup>349</sup> [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/11/art54c\\_F85\\_2017.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/11/art54c_F85_2017.pdf)

difícil el ejercicio de poder de mercado. Sin embargo, sí podría producir un bloqueo respecto de sus competidores aguas abajo.

Adicionalmente, a nivel de conglomerado, estima la FNE que podría la nueva entidad transferir su poder de mercado de un mercado a otro, a través de ventas atadas.

Ahora bien, mediante resolución de fecha 31 de enero de 2018, la operación fue aprobada. Desde un punto de vista horizontal, se estimó que las ópticas independientes ejercen disciplina competitiva, tanto por los diferentes productos que ofrecen, como la posibilidad de entrada y de expansión. Respecto a la dimensión vertical, la FNE concluyó que ninguna de las empresas contaba con la capacidad suficiente para materializar los riesgos. Finalmente, en cuanto a la operación de conglomerado, debido a la fácil sustituibilidad, se estimó que no era factible realizar ventas atadas u otros actos con similar efecto<sup>350</sup>.

Resulta interesante el caso, por cuanto incluye riesgos a distintos niveles, tanto horizontal, como vertical y de conglomerado. Sin embargo, lo que parece más relevante, es la capacidad de verificación de incentivos que realiza la FNE, centrándose en dicho aspecto más que en la participación de las partes objeto de la operación. En ese sentido, un análisis más estructural, inclusive sin que sea

---

<sup>350</sup> [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/02/apro\\_F85\\_2017.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/02/apro_F85_2017.pdf)

cercano al TD, podría haber derivado en la imposición de condiciones o en la prohibición, producto de tratarse de la concentración de dos importantes partícipes.

En relación al caso entre **NUTRABIEN e IDEAL**, la primera operación bloqueada desde la entrada en vigencia de la Ley 10.945, corresponde a una fusión por absorción del primero en el segundo. IDEAL es una empresa chilena que se dedica a la manufactura y comercialización de productos alimenticios, perteneciente a BIMBO. Por su parte, NUTRABIEN es parte del Grupo CCU, dedicándose a la producción y comercialización de productos horneados<sup>351</sup>.

La resolución que prohíbe la operación, de fecha 10 de mayo de 2018, indica que esta produce una superposición de la oferta de varios productos de la industria alimenticia, de consumo masivo, afectando principalmente a los bizcochos individuales, para cuyo análisis la FNE se centró en su capacidad de sustitución, la cual sería alta si se consideran otros tipos de productos.

El problema se centra en la distribución, donde la FNE detecta la existencia de diferenciaciones dependiendo del tipo de canal de distribución de que se trate. En este sentido, a nivel de supermercados, la nueva entidad adquiriría entre el

---

<sup>351</sup> [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/05/proh\\_F90\\_2017.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/05/proh_F90_2017.pdf)

50-55% del mercado, mientras que en los de menor tamaño, la nueva entidad seguiría generando un HHI de alta concentración.

Es interesante observar, la utilización del índice de presión al alza en el precio, conforme al cual, producto de la cercanía entre las partes de la operación, se excedía el límite tolerable para la FNE en una serie de productos. Es tal la cercanía, por ejemplo, se indica que NUTRABIEN es el principal competidor de IDEAL en brownies.

A continuación, la FNE evalúa la posibilidad de nuevos entrantes, descartándola, pues la importación y el desarrollo de marcas propias por los supermercados no se presentan en los productos ofertados por las partes como posibilidad en el corto o mediano plazo, de manera que no hay posibilidad de disciplinar al nuevo ente mediante este tipo de presión competitiva, pues resulta inexistente.

En definitiva, concluye la FNE, la operación genera un cambio estructural que ni siquiera las fuertes medidas de mitigación conductuales ofrecidas por las partes pueden salvar. Adicionalmente, considera la calidad de competidor directo, de manera que la operación eliminaría toda posibilidad de crecimiento orgánico, pues los esfuerzos por competir se transformarían en cooperación, que podría derivar en una afectación al precio, la cantidad, la calidad y la variedad de los productos.

Nuevamente, podemos observar una forma de análisis que comienza con lo estructural, pero que en el presente caso se complica por la diferenciación, y se rechaza la idea de configurar un mercado relevante claro. Luego, se analiza el real incentivo, destacando argumentos de naturaleza económica, como la determinación del índice de presión al alza de precios y la especial consideración de la inelasticidad de la oferta, de manera que también se toman en cuenta aspectos conductuales.

Finalmente, el caso de **SANTANDER y SERVIPAG**, trata de una adquisición de participación de un 30% por parte del primero sobre el segundo, cuyo capital quedará así en manos de Banco de Chile, BCI y SANTANDER, en partes iguales, identificando en la notificación 4 mercados afectados, correspondientes a la recaudación presencial, recaudación digital, pago en efectivo de remuneraciones y servicios a bancos e instituciones financieras. La FNE agregó el servicio que denominó “Botón de Pago” y el de la operación de los softwares mediante los cuales se realiza la recaudación digital. Los mencionados grupos económicos presentaron una operación que incluía una gestión conjunta permanente de sus negocios<sup>352</sup>.

---

<sup>352</sup> [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/02/res54c\\_101\\_2018.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/02/res54c_101_2018.pdf)

El problema en este caso, al no tener aún decisión, es el nivel de barreras de entrada que presentan los mercados afectados, debido al posicionamiento de las partes, la gran cantidad de sucursales y la necesidad de contratos con las empresas que requieren del servicio de recaudación.

La FNE detecta dos factores de especial relevancia, y que demuestran el enfoque en el incentivo que tiene al analizar estos casos: la importante cercanía competitiva entre las partes, y que SERVIPAG hoy en día podría tener poder de mercado, del cual estaría abusando a través de diferenciaciones de precio entre quienes contratan sus servicios de recaudación.

Cabe agregar, que se considera un mercado con alta concentración, en especial sobre el BDP, toda vez que los partícipes serían únicamente los bancos, Transbank y SERVIPAG, y los bancos tendrían cercanía al participar en el capital de éstos últimos. Esta alta cercanía, principalmente entre BCI, Banco de Chile y SANTANDER, sería riesgosa para la Libre Competencia en otros mercados más, como el de la oferta de soluciones para gestión de cuentas, e incluso generar integraciones verticales que limiten insumos a otras instituciones bancarias, todo lo cual derivaría en baja elasticidad tanto de la oferta como de la demanda.

Como se indicó, se puede observar que la FNE toma en consideración la afectación del mercado en sí, más que el poder que pudiese alcanzar la nueva

entidad, observando los incentivos de conductas coordinadas o unilaterales, tanto de SANTANDER como de SERVIPAG, así como en los demás bancos que participan en ésta última.

## **V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.**

No cabe duda que el análisis de operaciones de concentración en Chile ha sido objeto de un importante desarrollo, desde la entrada en vigencia del DL 211, mediante el análisis que efectuaba la CR, hasta el detallado escrutinio que realiza hoy en día la FNE.

Esta evolución tuvo su inicio en el actuar de los órganos encargados de proteger y promover la Libre Competencia, esto es, la FNE y el TDLC, con apoyo de la ECS, quienes justificaron el ejercicio de facultades preventivas en base a normativas de carácter general e, incluso, inidóneas para el fin que se tenía, que era establecer un control sobre aquellas operaciones que tienen la capacidad de afectar la Libre Competencia.

A nivel legal, han sido importantes las modificaciones al DL 211, siendo de especial relevancia para el presente tema la contenida en la Ley 20.945, que instauró un nuevo régimen explícito de control de operaciones de concentración, que encarga a la FNE su desarrollo, pudiendo ser revisado por el TDLC y, finalmente, por la ECS. Este nuevo procedimiento, recoge varias consideraciones que fueron publicadas por la OCDE, a través de un informe que evaluaba la institucionalidad de control de operaciones de concentración.

Ahora bien, en un ordenamiento jurídico donde prima la autonomía de la voluntad, en que el libre desarrollo de los negocios es una garantía constitucional, es necesario establecer una justificación o criterio para limitar la autodeterminación de las personas.

De esta forma, a nivel internacional, podemos encontrarnos con dos principales criterios, el SLC, propio de EE.UU., y el TD, asociado a la UE y a varios países que la componen. Cada criterio presenta importantes diferencias que, conceptualmente y a nivel de análisis, las determinan, como el nivel de control que se ejerce a través de ellas. Sin embargo, una vez revisados casos decididos por unas u otras jurisdicciones que típicamente los representan, el desarrollo jurisprudencial tiende a converger. Lo anterior ha derivado en que, hoy en día, exista una tendencia hacia la aplicación del SLC, criterio que considera más factores para determinar el verdadero efecto sobre el mercado de una operación de concentración. Dicha tendencia se ha materializado de diversas formas, tanto a través de reformas normativas para cambiar a dicho criterio, como en Australia, o mediante la inclusión de dichos factores (todos o algunos) al análisis de TD.

Cabe señalar, que parte de la crítica al ejercicio del control de operaciones de concentración, consiste en si el análisis es conductual o estructural, indicando que debiese existir mayor preocupación por el primero, en específico, al incentivo a elevar los precios y/o disminuir la cantidad, calidad o variedad del bien o

servicio. Para estos efectos, se propone centrarse en la colaboración de argumentos de tipo económico con los análisis jurídicos que se hagan caso a caso.

En nuestro país, ha existido una importante evolución, en dos sentidos. Primero, sobre la complejidad del análisis que se realiza de cada caso, donde podemos observar, resoluciones de la CR que bordeaban las 20 páginas, a resoluciones del TDLC con alto análisis por sobre las 50 páginas, en las que priman los análisis estructurales y conductuales necesarios para comprender los efectos sobre las restricciones competitivas del mercado de que se trata.

En segundo lugar, es posible analizar cómo de un criterio más cercano al TD, se fue derivando en un control cada vez más relevante, y que no se preocupaba solamente por la situación de las partes, sino cómo quedaba el mercado luego de la operación consultada. Así, se prohibió una operación que no derivaba en el aumento, mantención o creación de poder de mercado, sino que eliminaba los incentivos competitivos, limitando la entrada de nuevos competidores, lo cual es propio de un SLC (aun cuando la ECS luego revocó dicho fallo y aprobó la operación).

Esta evolución, ha seguido su desarrollo, al punto que la misma ECS ha declarado cual sería el marco de desarrollo del control, en ausencia, a dicha fecha, de una norma legal que la hubiese establecido.

Hoy en día, con la entrada en vigencia de la Ley 20.945, se produjo un avance notable en cuanto a certeza jurídica, indicando, además, que el criterio legal para condicionar o prohibir una operación es el SLC.

El SLC permite un rango de control más amplio que el TD, especialmente por tratarse de un criterio eminentemente económico. Sin embargo, esto ha implicado críticas por la falta de certeza jurídica que un concepto de esta naturaleza generaría para las partes<sup>353</sup>. Sin embargo, ha existido un desarrollo jurisprudencial, a nivel administrativo y jurisdiccional, de gran importante, inclusive por parte de la ECS<sup>354</sup>, que ha permitido construir una institucionalidad sólida, que aun así permite la integración de diferentes herramientas de análisis económico que serán empleadas de acuerdo al nivel de control que el órgano correspondiente pudiese considerar adecuado, y, por supuesto, según el caso de que se trate.

---

<sup>353</sup> En este sentido, se puede observar Clarke, Julie, “*The Dawson Report and merger regulation*”, *Deakin Law Review*, Volumen 8, N° 2, 2003, pp. 45 a 48, y García Pérez, Mercedes, “*Test de Dominancia vs. Test de disminución sustancial de la competencia: Debate del criterio para prohibir una concentración*”, Instituto de Estudios Europeos, Centro de Política de la Competencia, II Seminario de Expertos, p. 22.

<sup>354</sup> El énfasis en la ECS viene determinado por cuanto, a pesar de no tratarse de un tribunal especializado, y no contar en su composición con economistas, ha confirmado y complementado el marco normativo que sustentó, hasta antes de la Ley 20.945, el control de operaciones de concentración.

Por ese motivo, será de especial relevancia el desarrollo analítico de la FNE, con la esperanza de que, en la inclusión de nuevas herramientas jurídicas o económicas, no pierda el objetivo indicado por Giorgio Monti, cual es detectar si existen incentivos para que se genere un alza de precios, una disminución de la oferta, menos variedad, una menor calidad o aminorar la innovación.

## **BIBLIOGRAFÍA.-**

### **I. Libros, artículos de revistas y otros.-**

AGOSTINI, Claudio. *Institucionalidad e Incentivos para la Libre Competencia. Expansiva*, En Foco, N° 99, 7 de mayo, 2007.

AGOSTINI, Claudio. *Hacia una política de evaluación de fusiones horizontales*, Revista de Estudios Públicos, N° 107, 2007.

AGÜERO, Francisco, y TORO, Luis. *Límites a la Potestad Inspectoral de la Administración: El caso de la Fiscalía Nacional Económica*. Revista de Derecho Económico, (75):15-59. Santiago, 2010.

AGÜERO, Francisco. *Informe en Derecho incumplimiento y modificación de medidas de mitigación establecidas por el TDLC*. Solicitado por la FNE para su presentación ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

ARAYA, Fernando. *Derecho Mercantil y de la Libre Competencia*, Revista Chilena de Derecho Privado, N° 20.

AROS, Rodrigo. *El Principio de Publicidad ante la Jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*. Revista de Derecho Público, 1 (69): 186-198. Santiago, 2007.

ASQUITH, P., BRUNER, R., MULLINS, D. *The Gains to Bidding Firms From Merger*. Journal of Financial Economics, 1983, pp. 121-140.

BAYE, Michael R. *Is Antitrust Too Complicated for Generalist Judges? The Impact of Economic Complexity & Judicial Training on Appeals*. [en línea] Journal of Law and Economics, Forthcoming George Mason Law & Economics Research Paper No. 09-07  
[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1319888##](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1319888##)

BUNDESKARTELLAMT. *Prohibition criteria in merger control – Dominant Position versus Substantial Lessening of Competition*. Trabajo de discusión para el encuentro del Working Group on Competition Law, a celebrarse en octubre de 2001.

Bustamante, José y Rencoret, Gonzalo. *La resolución del tribunal de defensa de la libre competencia respecto al proyecto de fusión de Falabella y D&S*. Sentencias Destacas, 2008, Libertad y Desarrollo. [en línea] <http://lyd.org/wp-content/uploads/2016/12/pp-309-325-La-resolucion-del-Tribunal-de-Defensa-de-la-Libre-Competencia-respecto-del-proyecto-de-fusion-de-Falabella-y-DS-JMBustamante-GRencoret.pdf>

CANE, P. *Judicial review and merits review: Comparing Administrative Adjudication by Courts and Tribunals*. 2010.

CAVIEDES, Cristóbal. *Sistemas de Control preventivo de Fusiones en Derecho Comparado*. Tesis para optar al grado de Magister en Derecho, Universidad de Chile, Escuela de Postgrado, Santiago, 2012.

CAVIEDES, Cristóbal. *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*. Revista Ius et Praxis, N° 2, 2014.

CLARKE, Julie. *The Dawson Report and merger regulation*. Deakin Law Review, Volumen 8, N° 2, 2003.

COLOMA, Germán, *Defensa de la Competencia*, editorial Ciudad Argentina, 2003.

COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. *Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia*. Julio, 2012.

COMPETITION AND MARKET AUTHORITY. *A quick guide to UK merger assessment*. Marzo 2017.

CRUZ, María Elina, y ZÁRATE, Sebastián. *Building Trust in Antitrust: the Chilean Case*. Competition Law and Policy in Latin America, Eleanor M. Fox and Daniel Sokol, eds., 2009. [en línea] <http://www.direitogv.com.br/subportais/eventos/Sebastian%20Zarate%20e%20Elina%20Cruz.pdf>

DOMPER, María de la Luz, y ARANCIBIA, Jaime. *Fusión en el mercado de radiodifusión sonora (GLR Chile Limitada solicita su pronunciamiento al TDLC respecto de la compra de Iberoamerican Radio Chile S.A.)*. Sentencias Destacadas, 2007, Libertad y Desarrollo. [en línea] <http://lyd.org/wp-content/uploads/2016/12/pp-345-380-Fusion-en-el-mercado-de-radiodifusion-sonora-GLR-Chile-Limitada-solicita-su-pronunciamiento-al-TDLC-MLDomper-JArancibia.pdf>

FAULL, Jonathan y NIKPAY, Ali. *The EU Law of Competition*. 3° edición, 2014, Oxford University Press.

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. *Historia de la Libre Competencia en Chile 1959-2010*. Santiago 2013. [en línea] [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/11/Historia\\_libre\\_competencia.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/11/Historia_libre_competencia.pdf)

FOX, Eleanor. *Antitrust and Institutions: Design and Change*. Loyola University Chicago Law Journal Vol. 41, Number 3, Spring 2010. [en línea] [http://www.luc.edu/law/activities/publications/ljdocs/vol41\\_no3/pdfs/fox\\_design.pdf](http://www.luc.edu/law/activities/publications/ljdocs/vol41_no3/pdfs/fox_design.pdf)

GAL, Michal S. *Merger Policy for Small and Micro Jurisdictions*. 2013. [en línea] <http://ssrn.com/abstract=2202718>

GARCÍA, Mercedes. *Dominancia vs. Disminución sustancial de la competencia ¿Cuál es el criterio más apropiado?: Aspectos jurídicos*". Instituto de Estudios Europeos, Centro de Política de la Competencia, marzo de 2002

GONZÁLEZ, Aldo y BENÍTEZ, Daniel. *Optimal Pre-Merger Notification Mechanisms: Incentives and Efficiency of Mandatory and Voluntary Schemes*. The World Bank, Sustainable Development Network, Finance Economics & Urban Department (2009).

HALE, R., y HALE, G. More on Mergers. *Journal of Law and Economics*, 1962, pp. 119-130.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*. West Academic Publishing, 4<sup>th</sup> Ed.

HYLTON, Keith N. *Antitrust Law. Economic Theory & Common Law Evolution*. Cambridge University Press, 2003.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies*. Presentado en la 6ª Conferencia Anual de la International Competition Network por The Unilateral Conduct Working Group, Abril 2012. [en línea]

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Unilateral Conduct Workbook Chapter 1: The Objectives and Principles of Unilateral Conduct Laws*. Presentado en la 11ª Conferencia Anual de la International Competition Network por The Unilateral Conduct Working Group, Abril 2012.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Unilateral Conduct Workbook Chapter 4: The Objectives and Principles of Unilateral Conduct Laws*. Presentado en la 11ª Conferencia Anual de la International Competition Network por The Unilateral Conduct Working Group, Abril 2012.

JIMÉNEZ, Susana. *Cuando la defensa de la competencia inhibe la libertad de emprender. Consulta Terpel – Quiñenco*. Sentencias Destacas, 2013, Libertad y Desarrollo. [en línea]

<http://lyd.org/wp-content/uploads/2016/12/pp-299-322-Cuando-la-defensa-de-la-competencia-inhibe-la-libertad-de-emprender-Consulta-Terpel-Qui%C3%B1enco.pdf>

JUNGMAN, Ricardo. *Informe en Derecho acerca de la facultad para iniciar un procedimiento de consulta respecto a hechos, actos o contratos por*

celebrarse. Presentado en causa Rol N° NC 388-2011 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

KOVACIC, William. *Institutional Foundations for Economic Legal Reform in Transition Economies: The Case of Competition Policy and Antitrust Enforcement*. 77 Chi.-Kent L. Rev. 265 [en línea]

<http://www.ftc.gov/speeches/kovacic/2002institution.pdf>

LANDES, William, and POSNER, Richard. *Market power in antitrust cases*, Harvard Law Review, vol. 94, N° 5, 1981.

MÉNDEZ NAYA, José. *Fusiones horizontales de empresas y estrategias de diferenciación de producto*, Estudios de Economía, Vol. 44 - N° 2, 2017.

MONTI, Giorgio. *The new substantive test in the EC Merger regulation – Bridging the gap between Economics and Law*. LSE, Society and Economy Working Papers, 10/2008, London School of Economics and Political Science.

MOTTA, Massimo. *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge University Press, Enero, 2003.

MUFDI GUERRA, Nader. *Institucionalidad de la Libre Competencia en Chile: Una Evaluación Práctica*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2012.

NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín. *Diseños Institucionales de Control de Concentraciones: Análisis y Propuestas*. Estudios Públicos (125), 2012.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. *Definition of transaction for the purpose of merger control review*. 2013.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. *Informe del Secretariado de la OCDE: Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile*. Julio 2014. [en línea] <http://www.oecd.org/daf/competition/chile-merger-control-2014-es.pdf>

PFEFFER, Francisco. ¿Tiene el TDLC facultades para no autorizar una fusión? *Revista Actualidad Jurídica*, N° 18, 2008.

PITOFISKY, Robert. *E.U. and U.S. approaches as to International Mergers – View from the U.S. Federal Trade Commission*. Ponencia pronunciada en la Conferencia EC Merger Control 10<sup>th</sup> Anniversary, Bruselas, 14 de septiembre de 2000.

SALOP, Steven. *Invigorating vertical merger enforcement*, *The Yale Law Journal*, vol. 127:1, 2018.

SALOP, Steven y CULLEY, Daniel. *Revising the US Vertical Merger Guidelines*, *Journal of Antitrust Enforcement*, 1° edición, volumen 4, (2016). [en línea] <https://www.clearygottlieb.com/~media/organize-archive/cgsh/files/other-pdfs/revising-the-us-vertical-merger-guidelines.pdf>

SAPELLI, Claudio. *Concentración y grupos económicos en Chile*, *Revista de Estudios Públicos*, N° 88, 2002.

SOKOL, D. Daniel. *Designing Antitrust Agencies for More Effective Outcomes: What Antitrust Can Learn from Restaurant Guides*. Loyola University Chicago Law Journal Vol. 41, Spring 2010 issue. [en línea] <https://ssrn.com/abstract=1597115>

SOKOL, D. Daniel. *The Future of International Antitrust and Improving Antitrust Agency Capacity*. Northwestern University Law Review, Vol. 103, 2009 University of Florida Levin College of Law Research Paper No. 2009-23. [en línea] [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1329349](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1329349)

TREBILCOCK, Michael y IACOBUCCI, Edward. *Designing Competition Law Institutions*. World Competition 25(3), 2002. [en línea] [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2064918](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2064918)

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

## II. Normativa.-

Australian Competition & Consumer Commission. *Merger Guidelines*. Noviembre 2008 (actualizado a noviembre de 2017). [en línea] <https://www.accc.gov.au/system/files/Merger%20guidelines.pdf>

Clayton Act (EE.UU.).

Commerce Act (Nueva Zelanda).

Competition and Consumer Act (Australia).

Competition Bureau. *Merger enforcement guidelines*. Marzo 2009.

Competition Commission y Office of Fair Trading. *Merger Assessment Guidelines*. Septiembre 2010. [en línea]

[https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/284449/OFT1254.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284449/OFT1254.pdf)

Consejo de la Comunidad Europea. *Reglamento (CE) N° 139/04, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas*. [en línea]

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32004R0139>

Constitución Política de la República.

Decreto con Fuerza de Ley del Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción N° 1, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley 211, de 22 de diciembre de 1973.

Decreto Ley N° 2.760, de 05 de julio de 1979.

Enterprise Act de 2002 (Reino Unido).

Federal Trade Commission y el U.S. Department of Justice. *Horizontal merger guidelines*. Agosto de 2010.

Fiscalía Nacional Económica. *Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentraciones Horizontales*. Octubre 2006. [en línea]

<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/Guia-operaciones-de-concentraci%C3%B3n-FNE2006.pdf>

Fiscalía Nacional Económica. *Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentraciones Horizontales*. Octubre 2012. [en línea]  
<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>

Fiscalía Nacional Económica. *Resolución Exenta N° 667, de 24 de noviembre de 2016*.

Fiscalía Nacional Económica. *Guía de Competencia*. Junio 2017. [en línea]  
<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-competencia.pdf>

Ley contra las Restricciones a la Competencia (Alemania).

Ley de Modernización de la Economía N° 2008-776, de 04 de agosto de 2008 (Francia).

Ley N° 15/2007, de 03 de julio de 2007, de Defensa de la Competencia (España).

Ley N° 287 de 1990 (Italia).

Ley N° 19.610, de 19 de mayo de 1999.

Ley N° 19.911, publicada con fecha 14 de noviembre de 2003.

Ley N° 20.361, publicada el 13 de julio de 2009.

Ley N° 20.945, publicada el 30 de agosto de 2016, y su Mensaje N° 009–636, de fecha 16 de marzo de 2015, de S.E. la Presidenta de la República, 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.

Ministerio De Economía, Fomento y Turismo. Reglamento N° 33, de 01 de marzo de 2017, sobre la notificación de una operación de concentración

Sherman Act (EE.UU.).

Trade Practices Legislation Amendment (Australia).

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. *Auto Acordado N° 12/2009, de fecha 20 de marzo de 2009, sobre información relevante para el control preventivo de operaciones de concentración.* [en línea]

[http://www.tdlc.cl/tdlc/DocumentosMultiples/Autoacordado\\_N\\_12\\_2009.pdf](http://www.tdlc.cl/tdlc/DocumentosMultiples/Autoacordado_N_12_2009.pdf)

### **III. Casos y Jurisprudencia.-**

Resolución N° 131 de la Comisión Resolutiva, de 30 de septiembre de 1982.

Resolución N° 445 de la Comisión Resolutiva, de 10 de agosto de 1995.

Resolución N° 1-2004 del TDLC, de 25 de octubre de 2004.

Resolución N° 2-2005 del TDLC, de 04 de enero de 2005.

Resolución N° 20-2007 del TDLC, de 27 de julio de 2007.

Resolución N° 22-2007 del TDLC, de 19 de octubre de 2007.

Resolución N° 23-2008 del TDLC, de 04 de enero de 2008.

Resolución N° 24-2008 del TDLC, de 31 de enero de 2008.

Resolución N° 31-2009 del TDLC, de 09 de diciembre de 2009.

Resolución N° 34-2011 del TDLC, de 26 de mayo de 2011.

Resolución N° 37-2011 del TDLC, de 21 de septiembre de 2011.

Resolución N° 39-2012 del TDLC, de 26 de abril de 2012.

Resolución N° 43-2012 del TDLC, de 12 de diciembre de 2012.

Resolución N° 48-2016 del TDLC, de 20 de enero de 2016.

Sentencia N° 160-2017 del TDLC, de 28 de diciembre de 2017.

Sentencia Ingreso N° 5298-2004 de la ECS, de 10 de marzo de 2005.

Sentencia Ingreso N° 396-2004 de la ECS, de 15 de julio de 2005.

Sentencia Ingreso N° 4578-2007 de la ECS, de 22 de noviembre de 2007.

Sentencia Ingreso N° 68-2010 de la ECS, de 10 de agosto de 2010.

Sentencia Ingreso N° 9843-2011 de la ECS, de 05 de abril de 2012.

Sentencia Ingreso N° 3993-2012 de la ECS, de 02 de enero de 2013.

Sentencia Ingreso N° 346-2013 de la ECS, de 30 de septiembre de 2013.

Corte Europea de Justicia, sentencia de fecha 14 de febrero de 1978, en causa N° 27/1976, United Brands / Commission.

Caso "*United States v. WorldCom, Inc. and Sprint Corp.*".

Caso "*United States v. WorldCom, Inc. and Sprint Corp.*".

Caso "*Airtours/First Choice*"

Caso "*Airtours v. Commission*".

Caso "*Nestlé / Perrier*".