



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE POSTGRADO

EL DISEÑO INSTITUCIONAL

DE CONTROL DE FUSIONES

**MAGISTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN CONTRATACIÓN
COMPARADA E INTERNACIONAL**

Pedro Molleda Quintana

Profesor guía: Nicolás Rojas

nrojas@derecho.uchile.cl

Santiago, Chile

01 de diciembre de 2017

INDICE

| | |
|--|----|
| CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN..... | 3 |
| 1.1. INTRODUCCIÓN | 3 |
| 1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN | 4 |
| 1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN | 5 |
| 1.3.1. OBJETIVO GENERAL | 5 |
| 1.3.2. OBJETIVO ESPECIFICO..... | 5 |
| CAPÍTULO II: NOCIONES PRELIMINARES | 5 |
| 2.1. LA NECESIDAD DEL CONTROL OBLIGATORIO DE FUSIONES | 5 |
| 2.2. MARCO NORMATIVO E INSTITUCIONAL DE FUSIONES..... | 7 |
| 2.2.1. D.L. N° 211..... | 7 |
| 2.2.2. LEY N° 20.945 | 7 |
| 2.2.3. FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA | 8 |
| 2.2.4. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA..... | 9 |
| 2.3. INTRODUCCIÓN A LA EMPRESA | 5 |
| 2.4. EL AGENTE ECONÓMICO | 10 |
| 2.4.1. DEFINICIÓN DE AGENTE ECONÓMICO..... | 10 |
| 2.4.2. DIFERENCIAS ENTRE UNA FUSIÓN HORIZONTAL, VERTICAL O DE CONGLOMERADO..... | 10 |
| 2.5. EL SIGNIFICADO DE FUSIÓN Y OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN | 11 |
| 2.6. CARACTERÍSTICAS Y ELEMENTOS FUNDAMENTALES DE LAS FUSIONES | 13 |
| 2.7. EFECTOS DE LAS FUSIONES | 15 |
| CAPÍTULO III: EL CONTROL DE FUSIONES | 17 |
| 3.1. ANÁLISIS Y MEDIDAS | 17 |
| 3.1.1. FNE..... | 17 |

| | | |
|---|---|----|
| 3.1.2. | TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA..... | 19 |
| 3.1.3. | DERECHO COMPARADO..... | 30 |
| 3.2. | PRESCRIPCIÓN | 36 |
| 3.2.1. | CLASES DE PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO DE LIBRE COMPETENCIA | 36 |
| 3.2.2. | IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LAS CONDICIONES IMPUESTAS EN PROCESO NO CONTENCIOSO | 36 |
| 3.3.3. | LA PRESCRIPCIÓN DE CONDICIONES IMPUESTAS EN PROCESO CONTENCIOSO..... | 37 |
| CAPITULO IV: EL ESTÁNDAR DE ANÁLISIS DE FUSIONES..... | | 39 |
| 4.1. | EL ESTÁNDAR DE CHILE | 39 |
| 4.2. | CHILE Y EL ESTÁNDAR INTERNACIONAL..... | 41 |
| 4.3. | DERECHO COMPARADO | 41 |
| 4.4. | CONCLUSIONES | 46 |
| CAPÍTULO V: JURISPRUDENCIA..... | | 47 |
| 1. | CRITERIOS JURISPRUDENCIALES | 47 |
| 2. | MEDIDAS DE MITIGACIÓN Y REMEDIOS JURISPRUDENCIALES | 52 |
| 3. | EL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL | 55 |
| CAPITULO VI: SITUACIÓN ACTUAL | | 59 |
| 6.1. | CHILE UNA ECONOMÍA DE MENOR TAMAÑO | 59 |
| 6.2. | SITUACIÓN ACTUAL..... | 60 |
| CAPÍTULO VII: CONCLUSIONES | | 61 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | | 64 |

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

1.1. INTRODUCCIÓN

La presente tesis investiga la naturaleza y proceso de las fusiones en Chile en el marco normativo de la Ley N° 20.945, recién entrada en vigor en agosto de 2016, y que modificó el Decreto Ley N° 211, reformando el sistema de libre competencia chileno.

Antes de la entrada en vigor de la citada ley, existía un proceso de consultas con la Fiscalía Nacional Económica de carácter voluntario. Este proceso provocaba grandes falencias como la falta de certidumbre y tiempos de revisión de las operaciones, lo que obligó a contar con un sistema preventivo obligatorio de notificación y control de fusiones.

En el informe sobre el control de fusiones en Chile, redactado por la OCDE¹, reconocía la falta de regulación del D.L. N° 211 al respecto, e indicaba que el control de estas se basaba, *“principalmente, en las disposiciones sustantivas de los artículos 1, 3 y 26 de Ley de Competencia, y en la práctica desarrollada a lo largo del tiempo por las dos autoridades”*².

Este informe destacó que el control de fusiones en Chile había sido predominantemente una construcción de las autoridades antimonopolio de Chile. Además, la OCDE dejaba ver implícitamente la invitación al legislador chileno para regular la materia. En referencia al apartado 2 del artículo 18 del D.L. N° 211, la OCDE invita al legislador a pronunciarse al respecto, entendiendo que *“aunque su objetivo no es específicamente el control de concentraciones, esta disposición ha abierto formalmente la puerta a la promoción de asuntos no contenciosos ante el TDLC, ya sean anteriores o posteriores a la materialización de operaciones de concentración”*³.

Hoy en día, la entrada en vigor de la Ley N° 20.945, ha provocado un cambio radical en el marco de la defensa de la libre competencia. Esta reforma cumple con una necesidad fundamental que empezó a trabajarse desde la llegada del gobierno de la Nueva Mayoría en 2014. Sin embargo, no fue hasta agosto de 2016, cuando se aprobó la citada Ley entrando en vigor el pasado mes de junio de 2017. De este modo, se consuma uno de los

¹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

² Ver OCDE, Informe del Secretariado, “Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile”, 2014, p. 16.

³ Ver OCDE, Informe del Secretariado, “Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile”, 2014, p. 17.

estándares fundamentales que vienen rigiendo a nivel mundial, en particular entre los países miembros de la OCDE⁴.

1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Hasta hace no mucho tiempo, la falta de mención de la fusión a nivel de texto legal suponía la principal razón y objeto de debate en Chile en materia de defensa de la libre competencia. Todo esto proviene de la normativa vigente por entonces en donde no era considerado que las fusiones y operaciones de concentración fueran susceptibles de ser contrarias a la libre competencia, por ende, exentas de supervisión por parte de la autoridad competente⁵.

Ahora bien, esta ausencia a nivel legal no suponía que la legislación chilena no hubiese identificado a la fusión y otras operaciones de concentración como aptas de ser contrarias a la libre competencia. Lo anterior viene dado por el legislador quien, de acuerdo con el Decreto Ley N° 211, de 1973, concluyó que cualquiera que ejecutase o celebrase, individual o colectivamente, cualquier *“hecho, acto o convención que tienda a impedir la libre competencia”* sería penado con presidio⁶.

Hoy día, el Título IV del Decreto Ley N° 211 de 1973, incorporado por la Ley N° 20.945, que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia, de 30 de agosto de 2016, establece que las fusiones y operaciones de concentración están definidas como *“...todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por objeto que dos o más agentes económicos que no forman parte de un mismo grupo empresarial y que sean previamente independientes entre sí, cesen en su independencia en cualquier ámbito de sus actividades...”*. En consecuencia, se ha logrado un avance fundamental y necesario que perfecciona y mejora la defensa de la libre competencia en Chile.

El fundamento principal para la realización de esta investigación no es otro que llevar a cabo un análisis de la reciente entrada en vigor de la Ley N° 20.945. Como ya se ha mencionado, esta ley implementó el control obligatorio de fusiones sustituyendo así el

⁴ Ver OCDE, Informe del Secretariado, “Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile”, 2014, p. 57.

⁵ La normativa de defensa de la libre competencia en Chile se encontraba contenida en el Decreto Ley N° 211, de 1973 (D.L.211), norma que tenía como antecesor legal al Título V de la Ley N° 13.305, de 1959, que fue la primera expresión legislativa sobre libre competencia en Chile. Sin embargo, en ninguna parte del D.L.211 era posible encontrar referencia alguna expresa respecto de los términos “fusión” u “operación de concentración”. No así en directrices y jurisprudencia.

⁶ Ver Artículo 3°, inciso 1°, D.L. N° 211.

antiguo procedimiento de control voluntario. Las razones: un escenario evidenciado de creciente incertidumbre jurídica.

Además, se abordarán los estándares de los fallos más relevantes en la historia de Chile, su evolución en el tiempo, el control preventivo *ex ante* y las medidas de mitigación de fusiones.

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. OBJETIVO GENERAL

El objetivo principal de este trabajo es hacer valer la necesidad de un control obligatorio de fusiones en Chile, cuya entrada en vigor tuvo lugar el pasado 1 de junio de 2017, mediante la promulgación de la Ley N° 20.945. Esta ley regula el procedimiento de unión de sociedades, garantizando seguridad al mercado y por tanto al consumidor. El control obligatorio de fusiones es una excelente herramienta que mejora y dota de eficiencia al mercado chileno.

1.3.2. OBJETIVO ESPECIFICO

1. Justificar la vigente normativa.
2. Establecer los conceptos y criterios que actualmente se usan para establecer la existencia de una Fusión.
3. Determinar los criterios, lineamientos, medidas y condiciones que se utilizan para el control fusiones, tanto de la FNE como del TDLC.
4. La imprescriptibilidad de dichas medidas.
5. Fundar un estándar de análisis de fusiones.
6. Comparar los casos más relevantes de fusiones en la historia de Chile.
7. Resumir la situación actual de la libre competencia en Chile.

CAPÍTULO II: NOCIONES PRELIMINARES

2.1.INTRODUCCIÓN A LA EMPRESA

En primer lugar, para entender el proceso de una fusión, es necesario identificar y definir la empresa como concepto y como un ente importante para el desarrollo y crecimiento de un país. La empresa se encuentra estructurada desde un empresario individual hasta los

conglomerados de empresas, también denominados “ *Holding* ”, con estructuras jurídicas y económicas distintas. Éstas suelen estar reguladas por el Estado con el fin de resguardar el interés fiscal, además de estabilizar la economía, gravar con impuestos los ingresos, el consumo e incremento de patrimonio⁷.

2.2.LA NECESIDAD DEL CONTROL OBLIGATORIO DE FUSIONES⁸

Cuando se produce una fusión horizontal, dos empresas que compiten en un mismo mercado pasan a formar una sola entidad o agente económico. A diferencia de otros acuerdos horizontales, el control de las fusiones debe hacerse en forma preventiva por las siguientes razones:

Primero, los problemas competitivos derivados de una fusión son difíciles de mitigar *ex post* . Cabe hacer mención, que una posible alza de precios, debido al menor número de oferentes en el mercado, no es considerada como una acción anticompetitiva. No es posible forzar a las empresas a comportarse como si estuvieran en un ambiente de mayor competencia al que muestra su entorno. Tal imposibilidad descansa tanto en el estándar legal aplicado como en la dificultad práctica de controlar los precios con posterioridad a una fusión. La regulación de precios no es una medida generalmente empleada en libre competencia, debido a los costos de fiscalización inherentes⁹.

La segunda razón radica en la irreversibilidad de las fusiones. Las empresas al fusionarse combinan activos y tecnologías, comparten estrategias y secretos comerciales y también rediseñan sus organizaciones despidiendo personal directivo. Por esta razón, si se comprueba que la fusión *ex post* produce efectos adversos a la competencia, ya no es factible dictaminar que se dé vuelta a la situación previa con las dos firmas separadas¹⁰.

Los casos de separación estructural de empresas, ordenados por las autoridades de libre competencia son muy escasos en el mundo. Generalmente se han aplicado cuando el problema competitivo tenía una naturaleza más vertical que horizontal. A la fecha, en Chile, no ha habido casos de separación de fusiones horizontales ni verticales¹¹.

⁷ Ver SÁNCHEZ, Jon Manuel, “Derecho Comercial – Reorganización de sociedad – transformación y fusión”, p. 3.

⁸ Ver GONZALEZ, Aldo y HUNEEUS, Federico, “Un Sistema de Control Preventivo de Fusiones para Chile”, Cámara de Diputados, marzo 2015, pp. 1-3.

⁹ *Ibíd.* p. 2.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ La decisión de Endesa (2000) de vender el negocio de transmisión (Transelec) fue voluntaria, no obstante, inducida por decisiones de la Comisión Resolutiva respecto a la integración vertical en el mercado eléctrico.

Para Aldo González y Federico Huneeus, *“en el sistema obligatorio, todas las fusiones que involucren a empresas cuya magnitud se encuentre por sobre un valor límite, deben ser notificadas previamente a ser consumadas. Las que caen bajo el umbral se pueden llevar a cabo, quedando exentas del control preventivo”*¹². Por tanto, el control de fusiones en Chile está basado en el principio de que es preferible evitar una estructura de mercado que exacerbe los problemas de competencia antes de permitirla y aplicar un control *ex post*. Las ventajas de aplicar este principio son aún mayores cuando la agencia respectiva encargada del control cuenta con pocos recursos para fiscalizar las conductas o bien las sanciones que impone son débiles. Tomar medidas de control a los agentes económicos dominantes, no siempre puede reemplazar los beneficios de contar con mercados menos concentrados, dadas las limitaciones naturales de información y recursos existentes. En este sentido, la competencia actúa como mecanismo que induce a las empresas a comportarse en un sentido que favorezca la eficiencia económica del país.

Así, con el propósito de fundar una competencia sana en el mercado, se crea un marco normativo de control de fusiones, cuyo objetivo final apunta a identificar los efectos negativos y positivos de una fusión y dar un juicio respecto a su conveniencia para el bienestar general.

2.3.MARCO NORMATIVO E INSTITUCIONAL DE FUSIONES

2.3.1. D.L. N° 211

La normativa de defensa de la libre competencia en Chile se encuentra contenida en el Decreto Ley N° 211, de 1973 (D.L. N° 211), norma que tiene como antecesor legal al Título V de la Ley N° 13.305, de 1959, que fue la primera expresión legislativa sobre libre competencia en Chile. Las disposiciones del Título IV del D.L. N° 211 se aplican de forma no discriminatoria a todos los agentes económicos sin consideración a su estatus, organización legal, nacionalidad, propiedad, si son privados o públicos, entre otros.

2.3.2. LEY N° 20.945

Hoy en día, la última modificación realizada fue la reciente Ley N° 20.945, por medio de la cual se perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia en Chile, entrando en

¹² Ver GONZÁLEZ, Aldo y HUNEEUS, Federico, “Hacia un sistema de Control Preventivo de Fusiones para Chile”, Trabajos de Investigación en Políticas Públicas, 13, abril, 2011, p. 6.

vigor una serie de importantes modificaciones al D.L. N° 211. A través de esta modificación se logró adecuar la normativa que venía rigiendo hasta entonces, con el propósito de establecer medidas precautorias y sancionatorias a las prácticas anticompetitivas.

De este modo, una de las principales modificaciones introducidas por la Ley N° 20.945 dice relación a la instauración de un nuevo sistema de control preventivo de operaciones de concentración¹³. Esta modificación versa acerca de las operaciones de concentración que puedan concretarse mediante fusión; adquisición de derechos que permitan en forma individual o conjunta influir decisivamente en la administración de otro; asociación bajo cualquier modalidad; o adquisición del control sobre los activos de otro a cualquier título¹⁴. Lo que se persigue con el control preventivo es ver el impacto cualitativo que haya de tener una determinada fusión en la estructura del mercado y en las dinámicas de competencia. El control preventivo evita que se originen restricciones en la competencia, promueve la actividad económica y crea una mayor sensación de bienestar en los consumidores¹⁵.

Con todo, se puede afirmar que, con la entrada en vigor de la Ley N° 20.945, se está ante un sistema de libre competencia maduro, capaz de escribir su propia historia mediante la asunción de todos aquellos elementos positivos que se han ido dando en el desarrollo de su propia existencia.

2.3.3. FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA

La Fiscalía Nacional Económica (FNE) es la responsable de representar el interés público ante una fusión u operación de concentración. Una agencia nacional encargada de velar por la libre competencia. Como tal, debe defender y promover la competencia en todos los mercados o sectores productivos de la economía chilena¹⁶.

Con el nuevo sistema legal establecido tras la promulgación de la Ley N° 20.945, el Fiscal Económico podrá realizar estudios sobre la evolución competitiva de los mercados; efectuar recomendaciones a órganos del Estado y agentes económicos; proponer fundadamente al Presidente de la República la modificación o derogación de las normas

¹³ Ver FNE, “Congreso aprueba reformas al D.L. N° 211”, publicación, 8 de julio de 2016.

¹⁴ Ver Artículo 47 del D.L. N° 211.

¹⁵ Ver FNE, “Guía de Competencia”, junio 2017, p.32

¹⁶ Ver GONZÁLEZ, Aldo y HUNEEUS, Federico, “Hacia un Sistema de Control Preventivo de Fusiones para Chile”, Departamento de Economía U. de Chile, abril 2015, p. 2.

legales que estime contrarias a la libre competencia; proponer igualmente nueva legislación que fomente y regule el ejercicio de determinadas actividades económicas, entre otras¹⁷.

En consecuencia, La FNE actúa como servicio especializado en la instrucción de investigaciones de atentados a la libre competencia.

2.3.4. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

La Ley N° 19.911, del año 2003, creó el TDLC. El Tribunal es el órgano jurisdiccional encargado de resolver las contiendas que se susciten y opera como el encargado de decidir sobre la prohibición o autorización, con o sin condiciones, de las Fusiones. Las atribuciones y procedimientos del TDLC están contemplados en el Título II del Decreto Ley N° 211, y en leyes especiales aplicables a determinadas industrias o actividades¹⁸.

El Decreto Ley N° 211 reglamenta dos procedimientos con los cuales el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ejerce sus principales atribuciones. El primer procedimiento, también conocido como procedimiento infraccional o contencioso, está regulado por los artículos 19 a 29 del Decreto Ley N° 211 y supletoriamente por los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil. Este procedimiento infraccional es aplicable al ejercicio de las atribuciones contempladas en el N° 1 del artículo 18, esto es, al conocimiento y resolución de casos en los que se imputa una determinada infracción a las normas de defensa de la libre competencia. Este procedimiento puede ser iniciado por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o demanda particular y concluye naturalmente con una sentencia. El otro procedimiento, también denominado de consulta pública o no contencioso, está regulado por el artículo 31 del Decreto Ley N° 211. Este procedimiento es aplicable al ejercicio de las atribuciones a que se refieren los números 2), 3) y 4) del artículo 18. También es aplicable a la emisión de los informes que le sean

¹⁷ Ver Artículo 39 del D.L. N° 211.

¹⁸ Ley N° 18.118, legisla sobre el ejercicio de la actividad de martillero público.

Ley N° 18.168, ley general de telecomunicaciones.

Ley N° 18.840, ley orgánica constitucional del banco central de Chile.

Ley N° 19.039, ley de propiedad industrial.

DS. N° 177, de 1981, de economía, fomento y reconstrucción, reglamento de la ley N° 19.039, ley de propiedad industrial.

Ley N° 19.542 establece normas sobre modernización del sector portuario estatal.

Ley N° 19.545, crea un sistema de certificación oficial de conformidad de exportaciones.

Ley N° 19.733, ley de libertad de opinión e información.

Ley N° 20.169, regula la competencia desleal.

DFL N° 4/20.018 ley general de servicios eléctricos.

DFL N° 323, de 1931, de interior, ley de servicios de gas.

DFL N° 382, de 1988, de obras públicas, ley general de servicios sanitarios.

D.L. N° 2.757 de 1979, del ministerio del trabajo, normas sobre asociaciones gremiales.

DS. N° 104/1998, de transportes. Reglamento de procesos de licitación pública de las empresas portuarias.

encomendados al Tribunal en virtud de disposiciones legales especiales. Este procedimiento da origen a tres tipos de decisiones: 1) Resoluciones, que son aquellas que absuelven consultas y fijan, en su caso, las condiciones para que determinados hechos, actos o convenciones sean conformes con las normas de defensa de la libre competencia mediante el ejercicio de las atribuciones contempladas en el artículo 18 número 2¹⁹; 2) Instrucciones de Carácter General que deben cumplir los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren mediante el ejercicio de las atribuciones contempladas en el artículo 18 número 3; y 3) Informes, encomendados por leyes especiales mediante el ejercicio de atribuciones contempladas en el artículo 18 número 7. Las decisiones del TDLC sobre fusiones pueden ser apeladas ante la Corte Suprema.

El Decreto Ley N° 211 entrega al TDLC la atribución y el deber de conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de dicha 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.

2.4.EL AGENTE ECONÓMICO

2.4.1. DEFINICIÓN DE AGENTE ECONÓMICO

Para comenzar, el artículo 47° del D.L. N° 211 establece la definición de lo que ha de entenderse por agente económico: *“toda entidad, o parte de ella, cualquiera que sea su forma de organización jurídica o aun cuando carezca de ella, que ofrezca o demande bienes o servicios. Se considerará asimismo como un agente económico el conjunto de activos tangibles o intangibles, o ambos, que permitan ofrecer o demandar bienes o servicios”*. Es decir, disponer de capacidad para desarrollar una actividad económica²⁰.

2.4.2. DIFERENCIAS ENTRE UNA FUSIÓN HORIZONTAL, VERTICAL O DE CONGLOMERADO

Una fusión horizontal es aquella en que las empresas involucradas son competidoras actuales o potenciales en un mercado relevante dado. Una fusión vertical es aquella en

¹⁹ En efecto, el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211 indica que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia puede *“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”*.

²⁰ Ver FNE, “Guía de Competencia”, junio 2017, p. 10.

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; y por fusión de conglomerado, aquella que no tiene el carácter de horizontal ni de vertical²¹.

2.5.EL SIGNIFICADO DE FUSIÓN Y OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN

Desde la perspectiva de la libre competencia, el Decreto Ley N° 211²², cuerpo legal que provee el marco normativo que regula la defensa de la libre competencia y las instituciones que cumplen con ese *rol* en Chile, menciona en su artículo 47 qué se entiende por fusión u operación de concentración:

“Todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos que no formen parte de un mismo grupo empresarial y que sean previamente independientes entre sí, cesen en su independencia en cualquier ámbito de sus actividades mediante alguna de las siguientes vías:

- a) Fusionándose, cualquiera que sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionen 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 al cualquier título”.*

Por esta razón, resulta muy importante definir y separar de esta definición el concepto de *fusión* de cualquier otra operación de concentración con el objeto de poder entender sus elementos indispensables y diferenciadores. La fusión de sociedades es el sistema mediante el cual implica la unión voluntaria de varias sociedades en otra nueva. Este proceso da como resultado una disolución de una o varias sociedades jurídicamente independientes con la subsistencia de una o el nacimiento de otra completamente nueva

²¹ Ver FNE, “Guía para el análisis de operaciones de concentración”, octubre 2012, p.6; Ver PERA CZOLLAK, Paula Francisca, “Operaciones de concentración de Conglomerado en Chile – Riesgo de la concentración económica inter. mercados”, Tesis, Repositorio Universidad de Chile, Santiago, julio 2016, pp. 16-22.

²² Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211, de 1973, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 7 de marzo de 2005.

que absorbe todos los derechos y obligaciones de las fusionadas con personalidad jurídica distinta, implicando una unión de propiedad y una dirección común²³. En resumen, una fusión es aquella operación de concentración entre agentes económicos, independientemente de la naturaleza jurídica de los mismos. Con todo ello no cabe duda de que las fusiones a lo largo del tiempo han adquirido una gran notoriedad y reconocimiento en la manera de hacer negocios, porque, hoy por hoy, es el medio más usado para resolver controversias de ese tipo²⁴.

Por otro lado, la Fiscalía Nacional Económica entiende que constituyen una fusión, todas las operaciones en las que, de la reunión de dos o más agentes económicos, surja un nuevo agente económico, o subsista uno solo de ellos, con un único patrimonio, reuniendo en él la totalidad del activo y pasivo de los agentes económicos que han concurrido a la fusión²⁵.

Constituirá también una fusión cuando los agentes económicos fusionados, aun manteniendo su existencia jurídica independiente, unifican sus actividades económicas, negocios o patrimonios, siendo relevante a estos efectos la pérdida de la independencia económica ya sea directa o indirectamente, por parte de los agentes económicos absorbidos, más que la forma jurídica adoptada para cumplir dicha finalidad²⁶.

Por tanto, se entenderá que constituye una fusión cuando²⁷:

- Los agentes económicos fusionados se disuelven y aportan su patrimonio a una nueva sociedad que se constituye para tal efecto²⁸;
- Uno o más de los agentes económicos fusionados se disuelve y es absorbido por un agente económico ya existente, el que adquiere todos sus activos y pasivos²⁹;

²³ Ver AGUILAR LÁMBARRY, Hanni Angélica, “Contabilidad de sociedades”, Ed. Distrito Federal: Grupo Editorial Patria, 2016, p. 279.

²⁴ Solo en 2016 se realizaron 104 operaciones en Chile valuados en US\$ 17.9bn. Ver en: PwC Chile - Estudio sobre Fusiones y Adquisiciones 2017 – p.6.

²⁵ Si bien el concepto de fusión se encuentra reconocido en el artículo 99 de la ley N° 18.046 sobre sociedades anónimas (“*reunión de dos o más sociedades en una sola que las sucede en todos sus derechos y obligaciones, y a la cual se incorporan la totalidad del patrimonio y accionistas de los entes fusionados*”), para efectos del análisis de competencia de la fiscalía nacional económica, será considerado en un sentido más amplio.

²⁶ Lo anterior puede suceder por una combinación de las actividades de los agentes económicos que, *de facto*, resulta en la creación de una sola unidad económica. Esta situación podría ocurrir cuando dos o más agentes económicos, si bien reteniendo su personalidad jurídica, contractualmente establecen una sola administración o gestión común con carácter de duradera.

²⁷ En virtud del artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas, se distinguen dos tipos de fusión consagradas legalmente; la fusión por creación y fusión por incorporación.

²⁸ Al tenor de la ley, “*cuando el activo y pasivo de dos o más sociedades que se disuelven, se aporta a una nueva sociedad que se constituye*”.

²⁹ Esta se produce según el artículo 99 inciso 3° de la ley, “*Cuando una o más sociedades que se disuelven, son absorbidas por una sociedad ya existente, la que adquiere todos sus activos y pasivos*”.

- En ausencia de una fusión legalmente perfeccionada, la combinación de actividades económicas de agentes económicos previamente independientes, de lo que resulte la creación de una unidad económica.

Por último, cabe hacer presente que, sin perjuicio de verificarse la disolución de uno o más agentes económicos partícipes de la fusión, ésta presupone la existencia de un continuador legal de los derechos, obligaciones y actividades económicas de los agentes económicos fusionados. Sin embargo, no es un elemento excluyente ni necesario el que se proceda a la liquidación del agente económico que cesa en su existencia, para entender que se ha verificado una fusión.

2.6. CARACTERÍSTICAS Y ELEMENTOS FUNDAMENTALES DE LAS FUSIONES

El artículo 47° del Decreto Ley N° 211 define la fusión y operación de concentración como *“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”*. Basándose en lo anterior, se aprecian los elementos fundamentales para determinar cuándo se trata de una fusión u operación de concentración:

- Los agentes económicos: Los sujetos relevantes que pueden perder su independencia y tomar parte en una fusión u operación de concentración.
- Hechos, actos o convenciones: Los instrumentos en que conste la fusión u operación de concentración no resultan relevantes.
- La pérdida de la independencia a través de una fusión, adquisición de derechos o activos, o asociación: El efecto de relevancia³⁰.

Ahora bien, para que exista una fusión, además de los elementos descritos con anterioridad, debe contar con las siguientes características:

- Puesta en común por dos o más sociedades de todos sus activos con la toma del pasivo, ya sea produciendo la creación de una sociedad nueva, bien realizando aportes consentidos a una sociedad preexistente (absorbente) o aumentando su capital en el caso de que el activo neto exceda su capital suscrito;

³⁰ Ver FNE, “Guía de Competencia”, junio 2017, pp. 9-10.

- La desaparición de la sociedad aportante o absorbida;
- Pérdida de autonomía³¹;
- La atribución de nuevos derechos sociales a los asociados de las sociedades desaparecidas;
- La transferencia de todo el patrimonio activo y pasivo de las sociedades absorbidas a la sociedad absorbente o de las sociedades a fusionarse a la nueva sociedad;
- Durabilidad en el tiempo³²;
- La disolución sin liquidación de las sociedades absorbidas a fusionarse;
- La atribución inmediata a los accionistas o de las sociedades absorbidas o de las sociedades fusionantes de acciones de la sociedad absorbente o de la sociedad nueva y eventualmente de una indemnización o compensación en especie que no sobrepase el 10% del valor nominal de las acciones atribuidas o, en defecto de valor nominal, por su parte contable³³.

³¹ Estos elementos se encuentran bastante en línea con la regulación y jurisprudencia internacionales, Einer Elhauge y Damien Geradin abren el capítulo sobre fusiones de su libro “Global Competition Law and Economics” diciendo que las “Fusiones (o ‘concentraciones’) son la combinación de empresas anteriormente independientes en una sola empresa. Desde un punto de vista de competencia, no importa si la combinación refleja una fusión formal de las dos empresas en una sola corporación o bien se da por la adquisición de activos o acciones de otra empresa. Tampoco importa si, después de la fusión, la empresa adquirida se convierte en una subsidiaria que sigue siendo una entidad legal separada. Lo único que importa es que lo que solía ser negocios independientes que perseguían un ánimo de lucro de forma independiente ahora se han combinado en una estructura de propiedad común que da a la empresa un afán de lucro conjunta”. (Traducción libre del siguiente extracto de ELHAUGE, Einer y GERADIN Damien, “Global Competition Law and Economics, Second Edition”, Hart Publishing, 2011, p. 913 “Mergers (or ‘concentrations’) are the combination of previously independent firms into one firm. For antitrust purposes, it does not matter whether the combination reflects a formal merger of two corporations into a single corporation or instead the acquisition of another firm’s assets or stock. Nor does it matter whether, after the merger, the acquired business becomes a subsidiary that continues to be a separate legal entity. All that matters is that what used to be separate business pursuing independent profit motives have now been combined into one common ownership structure that gives the business a joint profit motive”). Asimismo, Douglas Broder reflexiona a este respecto, diciendo que “la Sección 7, al igual que las secciones 1 y 2 del Sherman Act, tiene un análogo en el Reglamento del Consejo 139/04 de la Comunidad Europea (CE), conocido como el Reglamento comunitario de concentraciones. Al igual que la Sección 7, el Reglamento comunitario de concentraciones regula las concentraciones, es decir, fusiones, adquisiciones, y joint ventures, que amenacen con perjudicar a la libre competencia. A diferencia de la Sección 7, también se aplica de forma explícita a los cambios en el control, que pueden ocurrir cada vez que hay un posible cambio en quién puede ‘ejercer una influencia decisiva sobre una empresa’. Pero, como explico más adelante, esta diferencia no es sustantiva, ya que se ha interpretado que la Sección 7 cubre los cambios en el control tal como está previsto por el Reglamento comunitario de concentraciones”. (BRODER, Douglas, “U.S. antitrust Law and Enforcement: A practice introduction”, Oxford University Press, 2nd Edition, 2012, p. 116 Traducción libre del siguiente extracto “Section 7, like Sections 1 and 2 of the Sherman Act, has an analogue in the European Community (EC) Council Regulation 139/04, known as the EC Merger Regulation. Like Section 7, the EC Merger Regulation applies to regulate concentrations, i.e., mergers, acquisitions, and full function joint ventures, that threaten to harm competition. Unlike Section 7, it also explicitly applies to changes in control, which can occur whenever there is a possible change in who may ‘exercis[e] decisive influence on an undertaking’. But, as I explained below, this difference is probably not material, since Section 7 has been read to cover changes in control like those envisioned by the EC Merger Regulation”). Un ejemplo del uso de estos elementos en una decisión jurisprudencial puede encontrarse en el caso COMP/M6286 - Südzucker/ ED&F Man (2012), presentado ante la Comisión Europea. En este caso la operación consistió en la compra del 24,99% de las acciones de EDFM por parte de Südzucker, que además adquirió una serie de derechos corporativos que para la Comisión representaron un cambio de control de jure en favor del nuevo adquirente minoritario, considerándola así una operación de concentración que cae bajo el estándar exigido en el Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones horizontales.

³² Ver Diario Oficial, “Reglamento sobre la notificación de una operación de Concentración”, 1 de junio de 2017.

³³ Ver LEVY-DABBAH, Simón, “Globalización Económica”, Ediciones Fiscales ISEF, 1ª Edición, junio 2003, p. 86.

2.7.EFECTOS DE LAS FUSIONES

Existe una aprobación a nivel mundial en el tratamiento que se da a las fusiones que también establece la FNE. Particularmente, la Fiscalía entiende que una fusión no tiene por qué ser intrínsecamente nociva, sino todo lo contrario, pudiendo ser en muchas ocasiones beneficiosa para los mercados y los consumidores³⁴. Una fusión puede dar a una empresa la posibilidad de incrementar su eficiencia a través del aprovechamiento de sinergias y ahorro en costos. Sin perjuicio de lo anterior, esto redundaría en beneficios para los consumidores cuando dichas eficiencias son efectivamente traspasadas. No obstante, se dan situaciones en las que una fusión puede afectar la competencia en los mercados, justificando así una regulación institucional y un marco jurídico estatal que marque las pautas obligatorias dentro del control de fusiones³⁵.

En general, las fusiones dan lugar a una mayor eficiencia en la asignación de recursos, elemento fundamental para el desarrollo de cualquier actividad económica. Una fusión entre dos empresas puede generar economías de escala³⁶ y de ámbito³⁷, puede reducir o eliminar duplicaciones en costos, y en el caso de las fusiones verticales, puede eliminar derechamente la doble marginalización. Es muy importante resaltar que la fusión es un medio para la disminución considerable de los gastos de operación y/o producción, al reducirse el personal; cesación de la rivalidad y la competencia leal o desleal que les impide un mayor poder económico y la realización de mayores beneficios; mayor

³⁴ La Guía de la FNE explica que “[l]as operaciones de concentración resultan mayoritariamente positivas, e incluso cruciales para el desarrollo de una sana y vigorosa economía de mercado”, pero a su vez indica que existen casos en que estas afectan la competencia en los mercados, y que por lo tanto ya es pacífica en las diversas legislaciones comparadas la necesidad de establecer sistemas de control que “pretenden, por una parte, evitar el daño a la libre competencia que pudiera derivarse de ellas y, por el otro, asegurar el normal desenvolvimiento de los negocios”. Esta es también la visión del TDLC, que en su resolución N°24 de 2008, sobre la fusión D&S-Falabella ha dicho que “En nuestro ordenamiento jurídico, tal como sucede en el derecho comparado de la competencia, no existe una valoración negativa a priori de la concentración de empresas. Es por eso por lo que, en los procedimientos de control de concentración empresarial, este Tribunal, junto con realizar un estudio –necesariamente prospectivo– para concluir si una operación determinada tiene o no la aptitud de provocar, con una significativa probabilidad, efectos anticompetitivos, considerará también aquellos elementos y factores que puedan contrapesar el poder económico que dicha operación de concentración pueda generar o incrementar. Ello, con el objeto de formarse un juicio acerca de si tales contrapesos pueden eliminar – o a lo menos minimizar– el riesgo de creación de efectos perniciosos para la competencia” (p. 81). Por otra parte, ELHAUGE, Einer y GERADIN Damien, “Global Competition Law and Economics, Second Edition”, Hart Publishing, 2011, indican que en la legislación norteamericana las operaciones de concentración no se consideran *per se* ilegales, porque mientras comprendan alguna integración económica, generalmente tendrán al menos alguna justificación en términos de eficiencia que sea plausible (p. 913). También señalan que, en el caso de la Unión Europea, el control de una fusión u operación de concentración sólo recaerá sobre este si crea o fortalece una posición de dominio en el mercado de forma tal que se reduzca significativamente la competencia (p. 918).

³⁵ Ver FNE, “Guía para el análisis de operaciones de concentración”, octubre 2012, p.4.

³⁶ Una economía de escala es la “propiedad según la cual el coste total medio a largo plazo disminuye conforme se incrementa la cantidad de producción” (MANKIW, N. Gregory, “Principios de Economía” 2ª edición, Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España, 2002, p. 178), o, en otras palabras, aquel fenómeno económico en que, a mayor escala de producción, se observan menores costos medios unitarios.

³⁷ Una economía de ámbito o alcance puede definirse como el ahorro o reducción de costos de producción que se verifica al producir dos o más bienes o servicios en forma conjunta, debido al uso compartido y optimizado de los mismos elementos productivos, como la fuerza laboral, maquinaria y/o instalaciones. Para Alfred DuPont, pueden definirse también como “aquellas economías resultantes del uso de procesos dentro de una misma unidad operativa para producir o distribuir más de un producto” CHANDLER JR, Alfred D., “Scale and Scope, the Dynamics of Industrial Capitalism”, Harvard University Press, 1994, P. 17, traducción libre del siguiente extracto “Economies of joint production or distribution are those resulting from the use of processes within a single operating unit to produce or distribute more than one product”.

rentabilidad, porque los instrumentos de producción son más convenientemente utilizados cuando son manejados bajo una gestión única o se encuentran concentrados en un mismo espacio, reduciéndose consecuentemente los costos; la compañía absorbente se convierte en una sociedad más sólida, con disfrute de mayor crédito comercial; garantiza una administración más metódica y una fiscalización más centralizada³⁸. Además, puede reducir costos y hacer los procesos productivos más eficientes complementando tecnologías desarrolladas de forma independiente después de la compra. De hecho, para María de la Luz Domper y Jorge Tarjizán, *“un aspecto fundamental cuando se analiza una fusión es el referido a las potenciales ganancias que se podrían obtener en el tiempo en aspectos tales como innovación y cambio tecnológico y a través de ello en la competitividad futura de un mercado, y en último término de un país. Un ejemplo en este sentido es el de la inversión en gastos de investigación y desarrollo (R&D), donde la unión de dos empresas puede traer como consecuencia una mayor y más productiva actividad de R&D debido, por ejemplo, a la complementariedad de sus activos si las fortalezas relativas de cada empresa en cada actividad de investigación son algo distintas. Es muy posible que, en este caso, la fusión potencie la competitividad de un mercado en el mediano y largo plazo a pesar de su mayor concentración”*³⁹.

Sin embargo, la otra cara de la moneda es que algunas fusiones pueden suponer ciertos riesgos e inconvenientes, sobre todo cuando se fusionan empresas parálíticas y empresas activas, ya que podrían aumentar las dificultades o distorsiones anteriores en lugar de reducirlas⁴⁰. Por ejemplo, el caso más extremo sería que mediante fusiones y operaciones de concentración se erradicaran todos los competidores de un mercado, dando lugar así a un monopolio. Esto daría como resultado una mala repartición de los recursos. En el derecho comparado, concretamente en la legislación norteamericana, se prohíben las fusiones que den lugar a una disminución sustantiva de la competencia u originen un monopolio como fruto de la operación⁴¹. Otro de los riesgos para tener en cuenta, es la

³⁸ Ver TRONCOSO GARCÍA, Gloria, “Fenómenos Societarios”, Corporación Unificada Nacional de Educación Superior Santa Marta D.T.C.H., septiembre 2010, p.1.

³⁹ Ver DOMPER, María de la Luz y TARJIZÁN, Jorge, “Operaciones de Concentración Horizontal” en “La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario”, Thomson Reuters, 2011, Pp. 271 y 272.

⁴⁰ Ver GUYON, Yves, “Les sociétés, Aménagements statutaires et conventions entre associés”, Traité des contrats – 4e ed, L.G.D.J., Paris, 1999

⁴¹ En virtud de lo expuesto, podemos decir que *“Ninguna persona involucrada en el comercio ni en ninguna actividad que afecte el comercio adquirirá, directa o indirectamente, la totalidad o parte de las acciones u otro capital social y ninguna persona sujeta a la jurisdicción de la Comisión Federal de Comercio adquirirá la totalidad o una parte de los activos de otra persona dedicada al comercio o en cualquier actividad que afecte el comercio, donde en cualquier línea comercial o en cualquier actividad que afecte el comercio en cualquier parte del país, el efecto de tal adquisición puede ser disminuir la competencia o tender a crear un monopolio”*. Traducción libre del siguiente extracto del “Clayton Act, 15 U.S.C.” de Estados Unidos, publicado el 15 de octubre de 1914, §7 §18 *“No person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or*

facilidad con que estas prácticas puedan ser coordinadas o directamente colusorias, siempre y cuando exista una cantidad mínima de operadores en el mercado post operación que reduzca sustancialmente la competencia⁴².

Otro de los problemas fundamentales que puede dar como resultado una fusión es la ineficiencia dinámica. La ineficiencia dinámica surge cuando dos entidades, que antes tenían incentivos competitivos para mejorar sus procesos productivos e innovar en su producción, pierden estos incentivos. Tal y como puso de manifiesto Aldo González y Federico Huneeus: *“al suprimirse una empresa independiente, es posible que se debilite la competencia, lo que podría reflejarse en alzas de precios o en una reducción en la variedad de productos y servicios que ofrecen las firmas. Las fusiones también pueden afectar negativamente los incentivos a innovar de las empresas”*⁴³.

Por tanto, el perfeccionamiento de una fusión puede dar como resultado a una parálisis inherente al gigantismo, aumentando las dificultades si la fusión es mal llevada; aumento del desempleo; y generación de monopolios y oligopolios. Una fusión debe ser bien informada a los terceros para evitar pánicos o confusiones. Las fusiones improvisadas, mal concebidas o ejecutadas, pueden favorecer el alza de los precios del producto y hasta la calidad de los bienes producidos⁴⁴.

CAPÍTULO III: EL CONTROL DE FUSIONES

3.1. ANÁLISIS Y MEDIDAS

3.1.1. FNE

El contenido se encuentra recogido en las Guías de las principales jurisdicciones comparadas. Además, se tiene en cuenta la experiencia adquirida durante la negociación y posterior fiscalización del cumplimiento de acuerdos extrajudiciales celebrados entre la

any part of the assets of another person engaged also in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly”.

⁴² Einer Elhauge y Damien Geradin dedican varias páginas de su libro a este punto, y explican que *“Una fusión puede disminuir la competencia al permitir o fomentar la interacción coordinada posterior a la fusión entre empresas en el mercado relevante que daña a los consumidores”*. Traducción libre del siguiente extracto de ELHAUGE, Einer y GERADIN Damien, “Global Competition Law and Economics, Second Edition”, Hart Publishing, 2011, P. 949: *“A merger may diminish competition by enabling or encouraging post-merger coordinated interaction among firms in the relevant market that harms customers”*.

⁴³ Ver GONZÁLEZ, Aldo y HUNEEUS, Federico, “Hacia un sistema de Control Preventivo de Fusiones para Chile”, Trabajos de Investigación en Políticas Públicas, 13, abril, 2011, p. 2.

⁴⁴ Ver Gaceta judicial, noviembre de 1999, Santo Domingo, República Dominicana, p. 16.

FNE y las partes de una fusión, así como en la fiscalización del cumplimiento de las condiciones establecidas dentro del marco de las resoluciones pronunciadas por el TDLC.

De conformidad con la letra c) del nuevo artículo 57 del Decreto Ley N° 211, la FNE debe prohibir una fusión notificada cuando concluya que ésta cuenta con aptitud para reducir sustancialmente la competencia. En este caso, la carga de probar la aptitud de la fusión para reducir sustancialmente la competencia recaerá en la Fiscalía. Para ello, las partes deberán exhibir las medidas de mitigación ofrecidas. En primer lugar, las medidas de mitigación deberán ser efectivas para impedir que la fusión modificada a través de ellas resulte apta para reducir sustancialmente la competencia⁴⁵. En segundo lugar, la FNE deberá establecer si las medidas propuestas, además de efectivas, resultan factibles de implementar, ejecutar y monitorear. Este procedimiento de análisis de medidas de mitigación ofrecidas descansa en el deber de las partes de actuar de buena fe, con especial celeridad, de manera coordinada entre sí y colaborativa con la FNE.

Los remedios o medidas de mitigación usualmente utilizados en fusiones resultan susceptibles de ser clasificados según impliquen o no la realización de desinversiones por parte de los agentes económicos involucrados. Las medidas de desinversión pueden ser de dos tipos: i) Aquellas que implican la venta de activos a un comprador adecuado, y ii) aquellas que tienen por objeto remover vínculos entre competidores⁴⁶.

Por otro lado, el procedimiento de análisis de operaciones de concentración contempla un plazo inicial de 10 días para que la FNE se pronuncie respecto a si la notificación cumple con todas las formalidades. De ser así, comienza la etapa de investigación, denominada “Fase 1”, que puede extenderse por 30 días. Culminada esta etapa, en la “Fase 2” si la FNE estima que la operación puede reducir sustancialmente la competencia, podrá extender la investigación hasta un máximo de 90 días adicionales. Al término de este período, el Fiscal Nacional Económico debe optar entre tres caminos: el primero, consiste en aprobar la operación notificada en forma pura y simple, si es que llegase a la convicción que ésta no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia.

⁴⁵ En un sentido similar: Comunicación de la Comisión Europea relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) N° 802/2004 de la Comisión, (2008), párr. N°9; Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies, U. S. Department of Justice, Antitrust Division (2011), p. 3; Bundeskartellamt, Guidance on Remedies in Merger Control. Version Public Consultation (2016), párrafo. N° 17; UK Competition Commission, Merger Remedies: Competition Commission Guidelines (2008), párrafo. N° 1.8.

⁴⁶ Ver FNE, “Guía de Remedios”, junio 2017, p. 9.

Su segunda alternativa es aprobar la operación notificada, exigiendo que se cumplan las medidas que debe haber ofrecido el notificante durante el proceso de investigación, sólo si es que el Fiscal estimara que de este modo la operación no resultaría apta para reducir sustancialmente la competencia.

El tercer escenario consiste en rechazar la operación, en caso de que la FNE estimase que ésta cuenta con aptitud para reducir sustancialmente la libre competencia. Esta decisión es susceptible de ser reclamada ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, mediante un recurso de revisión especial.

3.1.2. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

La legislación vigente establece en su artículo 26 las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas aplicables por parte del TDLC, pudiendo adoptar mediante sentencia definitiva las siguientes medidas: a) Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que fueren contrarios a la Ley; b) Ordenar la modificación o disolución de cualquier persona jurídica de derecho privado que hubiere intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos contrarios a la Libre Competencia; c) Aplicar multas a beneficio fiscal; d) Prohibir contratar a cualquier título con organismos públicos.

Las condiciones, en tanto limitaciones de derechos y libertades impuestos a empresas en procedimientos no contenciosos de carácter administrativo, se encuentran expresamente contempladas en el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211⁴⁷. Aquí la ley establece la denominada potestad consultiva del TDLC, y dispone expresamente que el Tribunal puede *fijar condiciones* a los hechos, actos o contratos consultados:

“El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: 2) Conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o

⁴⁷ De las atribuciones y procedimientos:

Artículo 18°.- el tribunal de defensa de la libre competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes:

1) conocer, a solicitud de parte o del fiscal nacional económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley;

2) conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del fiscal nacional económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos;

3) dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella;

4) proponer al presidente de la república, a través del ministro de estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas; y

5) las demás que le señalen las leyes.

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”.

Como punto previo, es importante destacar que la naturaleza administrativa y no jurisdiccional de las resoluciones dictadas por el TDLC en procedimientos de consulta, tramitados conforme a los artículos 18 N° 2 y 31 del D.L. N° 211, ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional:

“Que de la lectura de lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto Ley N° 211 es posible concluir que –en principio– sólo el número uno dice relación con una atribución en que el órgano actúa propiamente como tribunal, ejerciendo jurisdicción, esto es, resolviendo conflictos externos de relevancia jurídica. Los demás numerales no establecen potestades propiamente jurisdiccionales, toda vez que en el ejercicio de ellas el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no conoce de pretensiones procesales originadas en un conflicto de carácter jurídico, sino que por solicitud y no demanda de los interesados, se pronuncia sobre ciertas declaraciones y diligencias que, como es propio en los procedimientos no contenciosos, los particulares no pueden realizar por sí, requiriendo de la intervención de un tribunal al que expresamente se le han encomendado las atribuciones administrativas pertinentes”⁴⁸.

Enseguida, en el ámbito de la competencia, el TDLC se ha pronunciado sobre la naturaleza y finalidad de la potestad consultiva y las condiciones que se impongan en ejercicio de la misma. En la Sentencia N° 86/2009, relativa al incumplimiento de una medida, el Tribunal señaló que⁴⁹:

“Segundo: Que la mencionada potestad tiene una función preventiva ordenada a evitar o minimizar la posibilidad de que, hechos, actos o convenciones determinados, proyectados, ejecutados o celebrados, puedan llegar a lesionar o poner en riesgo la libre competencia o continuar causando daño o poniendo en peligro dicho bien jurídico;

⁴⁸ Tribunal Constitucional, Rol N° 1448–2009, 9 de septiembre de 2010, considerando 16°.

⁴⁹ Ver TORRES, Pablo, “La potestad Consultiva en el Derecho de la Competencia”, Informe en Derecho, Regcom, Universidad de Chile, 15 de octubre de 2014, p. 81.

Tercero: Que, para ese fin, un medio fundamental con el que cuenta este Tribunal está constituido por la facultad que le asiste para ordenar, cuando lo estime apropiado, que dichos hechos, actos o convenciones –de llevarse a cabo–, se ajusten a determinadas condiciones destinadas a tutelar la libre competencia”⁵⁰.

En consonancia con la doctrina comparada, el TDLC ha reconocido que la finalidad de las condiciones es eliminar o mitigar potenciales riesgos anticompetitivos que pueden derivarse de los hechos, actos o convenciones que se le consultan (incluido el caso de una fusión u operación de concentración). En la consulta de fusión de D&S/Falabella, el Tribunal explicó su misión institucional en los siguientes términos:

“[...] este Tribunal deberá también estudiar si el riesgo de que se produzca un impacto negativo considerable sobre la competencia en los mercados que se analizan a lo largo de la presente resolución, puede ser conjurado mediante la imposición de una o varias medidas o condiciones paliativas, o si, por el contrario, la adopción de tales medidas o condiciones sería ineficaz para enervar los efectos negativos que se determinen después de analizada la operación consultada”⁵¹.

El TDLC se ha pronunciado sobre la finalidad de las condiciones en reiteradas oportunidades. De acuerdo con el Tribunal, las condiciones son necesarias para mitigar los riesgos o “*probables efectos anticompetitivos*”⁵² o la “*disminución sustancial y permanente de las condiciones de competencia*”⁵³. Se ha expresado indistintamente que su finalidad va desde “*mantener las condiciones de competencia necesarias para garantizar la pluralidad de medios y contenidos que señala la ley N° 19.733, de Libertad*

⁵⁰ TDLC, Sentencia N° 86/2009, Demanda de ganaderas Río Baker Ltda. y Río Neff Ltda. contra Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A., 30 de julio de 2009, considerandos 2° y 3°.

⁵¹ TDLC, Resolución N° 24/2008, Consulta sobre fusión de D&S y Falabella, 31 de enero de 2008, considerando 15.

⁵² TDLC, Resolución N° 22/2007, Consulta de Endesa y Colbún sobre proyecto Aysén, 19 de octubre de 2007, punto 11 (“[e]ste tribunal debe analizar si, a pesar de tales riesgos, es posible aprobar la operación consultada, pero sometida a condiciones que mitiguen los probables efectos anticompetitivos antes referidos”).

⁵³ TDLC, Resolución N° 1/2004, NC 02–04, Consulta de Liberty Comunicaciones de Chile Uno Ltda., y Cristal Chile Comunicaciones S.A., sobre eventual fusión de metrópolis Intercom y VTR S.A., 25 de octubre de 2004, encabezado de la parte resolutive (“[e]ste tribunal aprueba la operación consultada, en los términos que aquí se indican, por cuanto no se han acreditado elementos suficientes que permitan dar por establecido que *la misma pueda producir una disminución sustancial y permanente de las condiciones de competencia en los tres mercados relevantes bajo análisis*”). Ver también, TDLC, Resolución N° 24/2008, Consulta sobre fusión de D&S y Falabella, 31 de enero de 2008, considerando 264 (“*de aprobarse la operación consultada, se produciría una disminución sustancial y duradera en las condiciones de competencia en un mercado que involucra parte muy relevante de las decisiones de consumo de todos los Chilenos, en los términos ya analizados, con efectos perjudiciales esperados –en términos de bienestar– en los precios, la cantidad y la calidad de los productos transados*”).

de Opinión e Información”⁵⁴, hasta incluso incrementar efectivamente la disputabilidad de un segmento del mercado⁵⁵ o enervar potenciales amenazas a la libre competencia⁵⁶.

A *contrario sensu*, las condiciones no deben imponerse como una compensación o gravamen desvinculado a los riesgos anticompetitivos⁵⁷. Como todo acto de gravamen, las condiciones deben ser, como lo ha declarado la Corte Suprema, *suficientes y adecuadas*⁵⁸ para cautelar la libre competencia, así como también *prudentes y lógicas*⁵⁹.

En términos doctrinales, es posible resumir lo anterior afirmando que las condiciones deben cumplir con los tres elementos del principio de proporcionalidad⁶⁰: en palabras del Tribunal Constitucional, “*se requiere que aquélla [la medida regulatoria] persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto*”⁶¹.

Esto es sin perjuicio de que, si ninguna condición o medida puede contrarrestar los riesgos anticompetitivos, el hecho, acto o convención no debe aprobarse, quedando con ello prohibido para todos los efectos legales. Como indicó el TDLC en la resolución que rechazó la fusión D&S/Falabella:

*“Por último, este Tribunal estima que no existen condiciones o medidas de mitigación que sean suficientes y eficaces para compensar o minimizar los riesgos para la competencia que entraña la operación consultada. En consecuencia, este Tribunal ha resuelto no aprobar la operación consultada, por no ser ésta compatible con la libre competencia”*⁶².

⁵⁴ TDLC, Resolución N° 20/2007, Consulta de GLR Chile Ltda. sobre compra de la totalidad de las acciones de Iberoamerican Radio Chile S.A., 27 de julio de 2007, considerando 87 (“que, por las razones expresadas precedentemente, y a fin de mantener las condiciones de competencia necesarias para garantizar la pluralidad de medios y contenidos que señala la ley, este tribunal ordenará a la consultante desprenderse, en las localidades referidas, de una o más frecuencias en la banda FM, como condición a la que deberá someterse la operación consultada”).

⁵⁵ TDLC, Resolución N° 22/2007, Consulta de Endesa y Colbún sobre proyecto Aysén, 19 de octubre de 2007, punto 11.2 (“para que efectivamente se incremente la disputabilidad del segmento de generación hidráulica de base [...]).”).

⁵⁶ TDLC, Resolución N° 23/2008, Consulta de ING S.A. sobre fusión de ING AFP Santa María S.A. y Bansander AFP S.A., 4 de enero de 2008, punto 13 (“[e]ste tribunal concluye que, de aprobarse la operación consultada en términos puros y simples, podrían producirse efectos anticompetitivos, por lo que se hace necesario condicionar la aprobación de dicha operación a una serie de medidas destinadas a enervar tales amenazas, en los términos que a continuación se indican”).

⁵⁷ TDLC, Resolución N° 22/2007, Consulta de Endesa y Colbún sobre proyecto Aysén, 19 de octubre de 2007, punto 11.1.

⁵⁸ Corte suprema, Rol N° 4578–2007, Consulta de GLR Chile Ltda. sobre compra de la totalidad de las acciones de Iberoamerican radio Chile S.A., resuelve reclamación contra resolución N° 22/2007, 22 de noviembre de 2007, considerando 6° (“que del análisis de los antecedentes de la causa aparece que las medidas dispuestas por la sentencia que se revisa por esta vía aparecen como suficientes y adecuadas para cautelar la libre competencia, garantizando así la pluralidad de medios y con ello la libertad de expresión y la diversidad de información”).

⁵⁹ Ibid., considerando 17°: “no es prudente que se concentre la totalidad de las concesiones de espectro en el ancho de banda con propagación más eficiente en una sola empresa”.

⁶⁰ Así se reconoce expresamente en la legislación europea de fusiones y operaciones de concentración. Ver el considerando 30 de las “*Ec Merger Regulation*” (Council Regulation (c) N° 139/2004 de 20 de enero de 2004).

⁶¹ Tribunal Constitucional, Rol N° 1710–2010, 6 de agosto de 2010, considerando 100°.

⁶² TDLC, Resolución N° 24/2008, Consulta sobre fusión de D&S y Falabella, 31 de enero de 2008, considerandos 266-267.

En la práctica, el TDLC ha impuesto un amplio espectro de condiciones o medidas de conducta, las que han sido establecidas como exigibles también a filiales, coligadas o relacionadas de la consultante, incluyendo:

- (i) La prohibición de participar en la propiedad de empresas que puedan competir con la empresa fusionada (Resolución N° 1/2004).
- (ii) La obligación de consultar al TDLC, en los términos del procedimiento no contencioso del artículo 31 del D.L. N° 211, como condición previa a:
 - a. tener participaciones conjuntas con empresas dominantes (Resolución N° 1/2004);
 - b. adquirir futuras concesiones adicionales (Resolución N° 20/2007);
 - c. renovar concesiones radiales (Resolución N° 20/2007); y
 - d. solicitar y adquirir nuevos derechos de aprovechamiento de aguas (Resolución N° 22/2007).
- (iii) La imposición de precios máximos por plazos de dos a tres años (Resolución N° 23/2008, Resolución N° 1/2004).

Por otro lado, es necesario distinguir las condiciones o medidas impuestas en procesos no contenciosos y en procesos contenciosos. Como se ha visto, el procedimiento no contencioso está creado como un instrumento administrativo-regulatorio, con el fin de revisar hechos, actos o convenciones celebrados o por celebrar⁶³ y obtener una declaración del Tribunal que otorgue seguridad jurídica a consultantes. Este efecto se logra gracias al beneficio de inmunidad del artículo 32° del D.L. N° 211, conforme al cual no hay responsabilidad anticompetitiva alguna en la medida que los actos o contratos se ejecuten o celebren de acuerdo con las decisiones del TDLC:

⁶³ Sin perjuicio de que, tratándose de actos celebrados, algún tercero interesado pueda oponerse en el proceso de consulta y transformarlo en un proceso contencioso del artículo 18 N° 1 del D.L. N° 211. Ver auto acordado N° 5 del 22 de julio de 2004: 2°.- en aquellos casos en los que ingrese a este tribunal una consulta de conformidad con el artículo 18 del D.L. N° 211, en relación a hechos, actos o contratos existentes, ejecutados, o concluidos a la fecha de ingreso de dicha consulta, la oposición por legítimo contradictor o la presentación de una demanda o requerimiento, referida a los mismos hechos, hará contencioso el negocio, sujetándose éste en consecuencia al procedimiento contencioso establecido en el artículo 17 d del D.L. N° 211.

Artículo 17°.- la ley de presupuestos del sector público deberá consultar anualmente, en forma global, los recursos necesarios para el funcionamiento del tribunal de defensa de la libre competencia. Para estos efectos, el presidente de este tribunal comunicará al ministro de hacienda sus necesidades presupuestarias dentro de los plazos y de acuerdo con las modalidades establecidas para el sector público. El tribunal mantendrá una cuenta corriente bancaria a su nombre contra la cual girarán conjuntamente el presidente y el secretario. En la primera quincena del mes de enero de cada año, el presidente y el secretario abogado del tribunal de defensa de la libre competencia presentarán rendición de cuenta de gastos ante el tribunal. En materia de información financiera, presupuestaria y contable, el tribunal se regirá por las disposiciones de la ley de administración financiera del estado. El aporte fiscal correspondiente al tribunal será sancionado mediante resolución de la dirección de presupuestos.

La oposición deberá efectuarse cumpliendo con todos los requisitos de una demanda o requerimiento, no produciéndose los efectos indicados en este número por la sola presentación en el procedimiento no contencioso de una opinión contraria al hecho, acto o convención consultado.

“Artículo 32º.- Los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, o de acuerdo con las resoluciones de la Fiscalía Nacional Económica para el caso de las operaciones de concentración, no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia, sino en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo Tribunal, y ello desde que se notifique o publique, en su caso, la resolución que haga tal calificación.

En todo caso, ni los ministros que concurrieren a la decisión, ni el Fiscal Nacional Económico, según correspondiere, se entenderán inhabilitados para los nuevos pronunciamientos que eventualmente tuvieran lugar”.

La situación es algo distinta tratándose de procedimientos contenciosos (artículo 18 N° 1). En este caso, el TDLC también puede imponer, aparte de la sanción de multas, condiciones o medidas adicionales a fin de resguardar la eficiencia de los mercados y los intereses de los consumidores. Así lo establecen expresamente dos normas del D.L. N° 211:

“Artículo 3º inciso 1º: El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso”.

“Artículo 26 inciso 2º: En la sentencia definitiva, el Tribunal podrá adoptar las siguientes medidas: a) Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley; b) Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior; c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente al treinta por ciento de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el período por el

cual ésta se haya extendido o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción. En el evento de que no sea posible determinar las ventas ni el beneficio económico obtenido por el infractor, el Tribunal podrá aplicar multas hasta por una suma equivalente a sesenta mil unidades tributarias anuales. Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo. Las multas aplicadas a personas naturales no podrán pagarse por la persona jurídica en la que ejercieron funciones ni por los accionistas o socios de la misma. Asimismo, tampoco podrán ser pagadas por cualquiera otra entidad perteneciente al mismo grupo empresarial en los términos señalados por el artículo 96 de la ley N°18.045, de Mercado de Valores, ni por los accionistas o socios de éstas. En el caso de las multas aplicadas a personas jurídicas, responderán solidariamente del pago de las mismas sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieren participado en la realización del mismo. Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en caso que lo hubiese; la gravedad de la conducta, el efecto disuasivo, la calidad de reincidente por haber sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez años, la capacidad económica del infractor y la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación; d) En el caso de las conductas previstas en la letra a) del artículo 3°, podrá imponer, además, la prohibición de contratar a cualquier título con órganos de la administración centralizada o descentralizada del Estado, con organismos autónomos o con instituciones, organismos, empresas o servicios en los que el Estado efectúe aportes, con el Congreso Nacional y el Poder Judicial, así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado, hasta por el plazo de cinco años contado desde que la sentencia definitiva quede ejecutoriada; e) En el caso de la conducta prevista en la letra a) del artículo 3° bis, podrá aplicar una multa a beneficio fiscal de hasta veinte unidades tributarias anuales por cada día de retardo contado desde el perfeccionamiento de la operación de concentración. La aplicación de las sanciones previstas en este artículo será compatible con aquellas de carácter penal establecidas en la

presente ley y con la determinación de la indemnización de perjuicios que prevé el artículo 30”.

Como puede apreciarse, especialmente a tenor del artículo 3° inciso 1°, la facultad del TDLC para imponer condiciones o medidas en procesos contenciosos es amplia. Esta potestad del TDLC en el ámbito de lo contencioso no debe ser utilizada con fines sancionatorios. Si bien las condiciones o medidas son usualmente impuestas en forma simultánea a una sanción pecuniaria o multa, ellas deben siempre ser usadas como un mecanismo regulatorio destinado a restablecer la competitividad de los mercados y no para imponer un “mal” *per se* a la empresa o entidad que incurrió en un hecho, acto o convención anticompetitiva. Por excepción, sólo la disolución debiera usarse, y en forma excepcional, como sanción.

Las condiciones o medidas impuestas por el TDLC en procedimientos no contenciosos constituyen obligaciones de carácter administrativo-regulatorio, de modo que su incumplimiento califica, por definición, como un “hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos” (artículo 3° inciso 1° del D.L. N° 211). Por ello, cualquiera que incumpla una condición deberá ser castigado de conformidad al artículo 26 del D.L. N° 211, previa tramitación de un requerimiento o demanda de acuerdo con el artículo 18 N° 1 del D.L. N° 211.

Así lo ha declarado expresamente el TDLC. En el caso Hidro Aysén I, el Tribunal reprochó el incumplimiento de una medida de mitigación, afirmando sin vaguedades que:

“Las resoluciones dictadas por este Tribunal, en ejercicio de la potestad consultiva en comento, son vinculantes para quienes pusieron en movimiento dicha atribución mediante la formulación de una consulta, por lo que la consecuencia jurídica derivada del incumplimiento de las medidas, condiciones o términos fijados en tales resoluciones para la ejecución o celebración del hecho, acto o contrato respectivo, es la responsabilidad por infracción a las normas de protección de la libre competencia de los consultantes, que con su actividad o inactividad, según sea el caso, puedan poner en peligro la competencia en el mercado respectivo o lesionarla derechamente”⁶⁴.

⁶⁴ TDLC, Sentencia N° 86/2009, Demanda de Ganaderas Río Baker Ltda. y Río Neff Ltda. contra Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A., 30 de julio de 2009, considerando 4°. Ver también, considerando 5°.

Enseguida, el TDLC podría también, si lo considera oportuno y necesario, dejar sin efecto la resolución que decidió aprobar el hecho, acto o contrato, incluyendo la fusión u operación de concentración, ordenando se proceda a realizar la desinversión respectiva (*divestiture*, también denominada informalmente como “*desrrevolviendo los huevos*” o “*unscrambling the eggs*”)⁶⁵.

Adicionalmente, desde una perspectiva de Derecho Civil, el hecho, acto o convención realizada en infracción a la condición es o puede ser nulo de nulidad absoluta. De acuerdo con el artículo 1.462 del Código Civil, “*hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público chileno*”, y el objeto ilícito recibe como sanción la nulidad absoluta (artículo 1.682 del Código Civil)⁶⁶. El D.L. N° 211 es, indudablemente, una normativa de Derecho Público, por lo que su contravención acarrea la nulidad absoluta. Por lo demás, así lo ha declarado el TDLC:

*“El incumplimiento de alguna de las condiciones establecidas en esta Resolución acarreará la nulidad de los actos y contratos consultados [...]”*⁶⁷.

Es importante destacar que, tratándose de actos administrativos limitadores de derechos, las resoluciones que imponen condiciones pueden ser modificadas por el TDLC en caso de acreditarse un cambio de circunstancias. Los mercados son dinámicos, tanto por el lado de la oferta como de la demanda, por lo que es perfectamente posible que el conjunto de circunstancias que originalmente justificó la imposición de la condición haya dejado de existir (por ejemplo, nuevos actores, nuevas tecnologías, cambios en la estructura de costos, variaciones en las condiciones de entrada, cambios en las preferencias de los consumidores, etc.).

Lo importante en tales casos es que las firmas e individuos afectados deben siempre solicitar formalmente al TDLC la modificación de las condiciones o medidas, previa tramitación de un proceso de consulta de conformidad al artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211. Por el contrario, si las firmas o individuos afectados deciden incumplir una condición sin

⁶⁵ En Europa, así lo dispone expresamente la “*Ec Merger Regulation*”, op. Cit., en sus artículos 6(3) y 8(6).

⁶⁶ Artículo 1682.- *La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.*

Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

⁶⁷ TDLC, Resolución N° 20/2007, Consulta de GLR Chile Ltda. sobre compra de la totalidad de las acciones de Iberoamerican Radio Chile S.A., 27 de julio de 2007, resuelvo primero N° 5. TDLC, Sentencia N° 86/2009, Demanda de Ganaderas Río Baker Ltda. y Río Neff Ltda. contra Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A, 30 de julio de 2009, c. 5° (“[s]u incumplimiento [de las medidas]... podría afectar su validez”).

obtener la modificación previa por parte del TDLC, entonces no podrán alegar como defensa el cambio de circunstancias en caso de ser acusados por infringir el artículo 3° del D.L. N° 211⁶⁸.

Así pues, la defensa de cambio de circunstancias constituye una forma de argumentar que la realización de los hechos, actos o convenciones prohibidas por la condición no tiene efectos anticompetitivos. Y, en este punto, el TDLC, en el caso Hidro Aysén II, rechazó la defensa de falta de efectos anticompetitivos tratándose de un incumplimiento a una condición establecida en la Resolución N° 22:

“Que los desistimientos de las solicitudes de recursos hídricos en las cuencas contempladas en la condición en comento no son suficientes para eximir a la demandada de responsabilidad, sin perjuicio de que se considerarán al momento de determinar la sanción aplicable con motivo del incumplimiento. Lo anterior, debido a que el solo hecho de haber solicitado derechos de aprovechamiento sin la autorización previa de este Tribunal, puso en riesgo la competencia en los mercados respectivos, riesgo que consiste en que el acaparamiento o la amenaza de acaparamiento de derechos de aguas en las cuencas de los Ríos Palena y Aysén y la subcuenca del Río Ibáñez, puede afectar las estrategias empresariales de potenciales competidores, evitando su entrada al mercado. De ahí la importancia del control preventivo de juridicidad impuesto en la condición incumplida; [...]

Que, por todo lo expuesto, este Tribunal aplicará una sanción a la demandada, por infracción al artículo tercero, inciso primero, del Decreto Ley N° 211, [...] pues, como se ha venido argumentando, la infracción de las condiciones impuestas por esta magistratura para que la realización de un acto o convención no sea contraria al derecho de defensa de la competencia, importa una conducta ilícita que pone en riesgo la libre competencia o que, en otras palabras, tiende a impedir, restringirla o entorpecerla”⁶⁹.

⁶⁸ Pruebas manifiestas son los procedimientos seguidos ante el TDLC por la empresa eléctrica Edelnor S.A. Para la modificación del Dictamen N° 1173, de agosto de 2001, de la H. Comisión Preventiva, por el cual solicitó a dicho tribunal, en abril de 2004, es decir, casi tres años después de su dictación, que se modificara el dictamen por un cambio en la regulación sectorial; y por la solicitud efectuada el año 2005 al TDLC (Resolución N° 8/2005); y por la Comisión Nacional de Energía para que se modificara, en dicho caso, una *recomendación* contenida en el Dictamen N° 992, también la H. Comisión Preventiva (1996), por un cambio en la regulación sectorial (Resolución 18/2006).

⁶⁹ TDLC, Sentencia N° 86/2009, Demanda de ganaderas Río Baker Ltda. y Río Neff Ltda. contra Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A, 30 de julio de 2009, considerandos 13° y 19°.

Lo anterior no implica necesariamente aceptar una teoría de responsabilidad objetiva o infracciones *per se*. Simplemente se trata de otorgar a las decisiones del TDLC la estabilidad, imperatividad y ejecutoriedad que el ordenamiento incluso reconoce a los actos administrativos afinados⁷⁰.

Otro punto es la consideración de la eventual falta de efectos anticompetitivos o irrelevancia de la conducta al momento de fijar la sanción. En este sentido, Cases y Menor opinan que debe ponerse atención al grado de incumplimiento y de “*afectación del interés público*”:

*“En cada expediente deberá valorarse con extrema atención el grado de cumplimiento, la actuación de la empresa y la incidencia del no preciso cumplimiento de la condición en el interés público articulado por la resolución administrativa. El principio de proporcionalidad supone que no caben respuestas automáticas, de modo que todo incumplimiento deba generar la misma consecuencia jurídica. Deberá estarse al grado de incumplimiento, a la labor de la empresa responsable y a la afectación del interés público”*⁷¹.

A este respecto, es importante destacar el primer incumplimiento “histórico” de una medida de mitigación de una fusión: la infracción de LAN Chile al plan de autorregulación impuesto en su momento por la Comisión Resolutiva. Este caso dio lugar a un pronunciamiento de la misma Comisión que estableció el principio del estricto cumplimiento de las condiciones. La Comisión Resolutiva resolvió que la relevancia e

⁷⁰ Ver artículo 51 de la ley 19.880: “*ejecutoriedad. Los actos de la administración pública sujetos al derecho administrativo causan inmediata ejecutoriedad, salvo en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior. Los decretos y las resoluciones producirán efectos jurídicos desde su notificación o publicación, según sean de contenido individual o general*”. En principio, en esta ocasión no se considera necesario el uso de conceptos y categorías del derecho procesal para entender e interpretar los efectos de los actos administrativos del TDLC. En todo caso, cabe citar aquí un caso donde el TDLC reconoció que las resoluciones gozan del efecto de cosa juzgada, al menos en un sentido formal-provisional. Ver TDLC, Resolución N° 8/2005, Consulta de la Empresa Eléctrica del Norte Grande (EDELNOR) sobre revisión del Dictamen N° 1173 de la Comisión Preventiva Central, 30 de junio de 2005, considerando 3°: que, en efecto, el artículo mencionado en el considerando anterior prescribe que “*los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo a las decisiones del tribunal de defensa de la libre competencia, no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia, si no en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo tribunal...*”. En consecuencia, puede desprenderse de la norma citada que las decisiones de este tribunal y la de los organismos de los que es sucesor legal producen el efecto de cosa juzgada, el que es eficaz tan sólo en lo que dice relación con el proceso concreto en el que se ha producido o con relación al estado de cosas (persona, objeto, causa) tenido en consideración al decidir. No obstante, ello, sobre la base de nuevos antecedentes la cuestión puede renovarse mediante un nuevo proceso de carácter contencioso o no contencioso ante este tribunal. Esto es lo que se conoce en doctrina como cosa juzgada formal que tiene como característica la de la inimpugnabilidad, pero carece de inmutabilidad (ver Eduardo J. Couture, *fundamentos del derecho procesal civil, tercera edición, ediciones desalma, buenos aires, 1958*, pp. 416 y siguientes). Por lo demás, así lo sostuvo en su oportunidad la H. Comisión Resolutiva en la Resolución 667/02, instrucción sobre contratación a empresas distribuidoras de electricidad, de octubre de 2002. Por consiguiente, de esta forma es como debe interpretarse lo enunciado en el considerando quinto de la sentencia N° 3 de 29 de junio de 2004, citada por la FNE en su informe. Ver también, TDLC, resolución N° 18/2006, Solicitud de la CNE sobre modificación del Dictamen N° 992 de la Comisión Preventiva Central, 17 de noviembre de 2006, considerando 3°.

⁷¹ Ver CASES, Luis y MENOR, Javier, “Reacción ante los incumplimientos de compromisos y soluciones. La valoración a posteriori de la efectividad de los remedios”, Fundación Rafael del Pino y Marcial Pons, 2008, p. 332.

intencionalidad no eran defensas de exculpación disponibles para la empresa, sin perjuicio de su consideración al momento de establecer la multa:

“Que, del análisis de los hechos fluye que los incumplimientos observados al Plan de Autorregulación por parte de LAN Chile S.A. y LAN Express son excepcionales y de menor cuantía, por lo que no cabe imputar a la gestión de estas empresas la intencionalidad positiva de vulnerar las condiciones del referido plan, cuestión que será debidamente ponderada para determinar la sanción que se aplicará, pero que no alcanza a excusar del todo el estricto cumplimiento exigible en la especie”⁷².

3.1.3. DERECHO COMPARADO

El Derecho Comparado ha desarrollado ampliamente el tópico de las condiciones o medidas de mitigación, también conocidas como “*compromisos*”, “*soluciones*” o “*remedios*”. Tales medidas son aplicadas por los órganos de la competencia en respuesta a las fusiones y operaciones de concentración que presentan riesgos a la libre competencia, pero que en definitiva se estima deben ser autorizadas. En principio, las fusiones y operaciones de concentración sometidas a control (sea voluntario u obligatorio, según la jurisdicción) que producen riesgos a la competencia y que, al mismo tiempo, generan eficiencias que compensan estos riesgos, deben ser aprobadas por los órganos de la competencia⁷³. Esto siempre que tales eficiencias cumplan los requisitos de ser *específicas* a la fusiones y operaciones de concentración, *verificables*, *no-anticompetitivas* y *traspasables a los consumidores*⁷⁴.

A nivel comparado, frente a una fusión u operación de concentración que presenta riesgos a la competencia, las respuestas institucionales de los órganos de defensa de la competencia no se reducen a la alternativa binaria de aprobación pura y simple o prohibición de la operación. Como afirma Agüero, en general el Derecho de la Competencia reconoce:

⁷² Comisión Resolutiva, Resolución N° 723, FNE en contra de Lan Chile S.A. y Lan Express, 30 de enero de 2004, considerando 7°.

⁷³ Ver CAÑIZARES, Enrique y DOMÍNGUEZ, Daniel, “Remedios estructurales en control de concentraciones: un análisis coste-beneficio”, en MARTÍNEZ LAGE, Santiago y PETITBÓ, Amadeo (dir.), “Remedios y sanciones en el derecho de la competencia”, Fundación Rafael del Pino y Marcial Pons, 2008, p. 181.

⁷⁴ Aquí “*las firmas en proceso de fusión que buscan defender dichas fusiones en base a eficiencias deben probar que tales eficiencias serán traspasadas, al menos en parte, a los consumidores*”. Traducción libre de “Aba Section of Antitrust Law, Mergers and Acquisitions” de Estados Unidos, 3a ed., (aba) 2008, p.259: *[m]erging firms that seek to defend their mergers based on efficiencies must provide evidence that efficiencies, at least in part, will be passed on to consumers.*

“[...] una amplia gama de remedios, o condiciones, que pueden establecerse para aplacar los riesgos que surjan de la operación. Dichos remedios condicionan la operación consultada, modificándola para hacerla compatible con la libre competencia”⁷⁵.

En términos generales, el propósito de las condiciones o medidas es proteger la eficiencia e intereses de los consumidores post-fusión u operación de concentración, preservando los niveles de competencia pre-fusión u operación de concentración. En Europa, se afirma que las medidas de mitigación tienen por objetivo fundamental *“garantizar estructuras de mercado competitivas”*, mientras que el Departamento de Justicia de Estados Unidos, en sus directrices sobre la materia, precisa que *“el propósito de un remedio no es aumentar la competencia pre-fusión u operación de concentración sino restablecerla”*.

Los remedios o medidas de mitigación se dividen en dos grandes categorías:

1. Medidas estructurales.
2. Medidas de conducta o comportamiento.

Mientras las medidas estructurales implican una redistribución de derechos de propiedad, que pueden incluir alguna desinversión o cesión de negocios, las medidas de conducta restringen los derechos de propiedad y la libertad económica de las empresas fusionadas, estableciendo obligaciones exigibles a las partes que se fusionan⁷⁶. De este modo, mientras las medidas estructurales implican una redistribución de bienes, los remedios de conducta implican una limitación y restricción al actuar de las empresas.

Las medidas de conducta, o restricción, como señalan Cañizares y Domínguez, limitan el comportamiento *“de la empresa fusionada, sin alterar la estructura de propiedad de los activos de la industria [...] adoptan[do] la forma de obligaciones impuestas a la empresa fusionada”⁷⁷*. Ahora bien, dada la complejidad en el diseño, costos de monitoreo, administración y cumplimiento y facilidades de elusión de las medidas de conducta, el

⁷⁵ Ver AGÜERO VARGAS, Francisco, “Rol de las medidas de mitigación o condiciones impuestas para aprobar operaciones de concentración: Un análisis aplicado al sector retail”, en Montt, Paulo y Nehme, Nicole (eds.), *libre competencia y retail. Un análisis crítico*, Editorial Abeledo Perrot 2010, p. 314.

⁷⁶ Ver AGÜERO VARGAS, Francisco, “Rol de las medidas de mitigación o condiciones impuestas para aprobar operaciones de concentración: Un análisis aplicado al sector retail” Editorial Abeledo Perrot, 2010, p. 314.

⁷⁷ Ver CAÑIZARES, Enrique y DOMÍNGUEZ, Daniel, “Remedios estructurales en control de concentraciones: un análisis coste-beneficio”, p. 182.

Derecho de la Competencia prefiere siempre, dentro de lo posible, las medidas estructurales⁷⁸. Como explica Agüero:

“Este tipo de medidas de conducta, son adecuadas cuando la prohibición total de la fusión sacrificaría eficiencias importantes y una medida estructural, eliminaría tales eficiencias, o bien, cuando ella no es factible”⁷⁹.

Como consecuencia de la complejidad antes indicada, los órganos de defensa de la competencia deben siempre tener presente las tres dimensiones de diseño, monitoreo y cumplimiento de las condiciones en tanto instrumentos regulatorios. Como bien afirman Cases y Menor:

“[...]es consustancial a la potestad pública de imposición de una condición a una concentración empresarial que se disponga de mecanismos jurídicos suficientes y eficientes para asegurar su cumplimiento. El control administrativo de una operación de concentración no concluye en estos casos con la autorización misma, sino que se alarga necesariamente al período necesario para la ejecución de los compromisos”⁸⁰.

Por su parte, mientras las condiciones estructurales o de redistribución consisten habitualmente en la venta o cesión de activos, las posibles condiciones de conductas pueden ser amplias y variadas, siendo casi siempre *“hechas a la medida”* de los riesgos de la operación que se aprueba⁸¹. Igualmente, así como las medidas estructurales o de redistribución son generalmente de cumplimiento inmediato o casi inmediato, las medidas de conducta o de restricción, suelen establecerse por plazos de 3 a 5 años, sin

⁷⁸ Aquí cabe decir que *“Los remedios estructurales son preferibles porque constituyen una solución inmediata a un riesgo anticompetitivo: dichos remedios remueven la amenaza de dominancia que se sigue a la creación de un nuevo competidor o de reforzar una firma existente. No se requiere monitoreo de largo aliento de parte de la comisión”*, traducción libre de MONTI, Georgi, “Ec Competition Law”, Cambridge University Press, 2007, p. 283: *“Structural remedies are preferred because they are an immediate solution to the anticompetitive risk: They remove any threat posed by dominance by creating a new competitor or strengthening an existing firm. No long-term monitoring by the commission is required”*.

⁷⁹ Ver AGÜERO VARGAS, Francisco, “Rol de las medidas de mitigación o condiciones impuestas para aprobar operaciones de concentración: Un análisis aplicado al sector retail” Editorial Abeledo Perrot, 2010, p. 323, citando al U. S. Department of Justice, Antitrust Division, “Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies”, 2011, pp. 17-18 y la competition commission, merger remedies: competition commission guidelines, cc 8, 2008, § 2.6, p. 13 y § 2.16, p. 15.

⁸⁰ Ver CASES, Luis y MENOR, Javier, “Reacción ante los incumplimientos de compromisos y soluciones. La valoración a posteriori de la efectividad de los remedios”, en MARTÍNEZ LAGE, Santiago y PETITBÒ, Amadeo (dir.), “Remedios y sanciones en el derecho de la competencia”, Fundación Rafael del Pino y Marcial Pons, 2008, p. 327.

⁸¹ Así, AGÜERO lista diversas medidas de conducta, tales como obligación de la empresa que se fusiona de cooperar con sus competidores, obligar a la empresa fusionada a entregar licencias de su tecnología a un rival, dar acceso abierto a una instalación esencial de la empresa fusionada, exigirse el término total o parcial de contratos de largo plazo respecto de activos esenciales, prohibiciones de revelar información sensible de los competidores entre distintas empresas del grupo de la empresa fusionada, murallas chinas que buscan impedir la divulgación de información dentro de la empresa, deberes de trato equitativo y no discriminatorio, deberes de transparencia, cláusulas de no competir, contratos de suministro de largo plazo, restricciones en la contratación de personal escaso y controles en relación con los resultados del proceso empresarial (calidad de producto o servicio, precios máximos, etc.). Ver AGÜERO VARGAS, Francisco, “Rol de las medidas de mitigación o condiciones impuestas para aprobar operaciones de concentración: Un análisis aplicado al sector retail”, Editorial Abeledo Perrot, 2010, pp. 321-322.

perjuicio de que la duración pueda también ser indefinida⁸² (al menos hasta que el Tribunal no decida dejarla sin efecto dado un cambio de circunstancias)⁸³.

Es importante destacar que las medidas de conducta o de restricción, pueden establecer obligaciones exigibles tanto a las partes del acuerdo, como a terceros miembros del mismo grupo empresarial o relacionados con las partes, o incluso a terceros futuros ajenos a la transacción. La naturaleza regulatoria y no sancionatoria de las condiciones permite que los órganos de la competencia puedan imponer obligaciones en forma flexible y amplia mediante actos (materialmente) administrativos de gravamen o limitación de derechos.

Las medidas de conducta importan una forma de regulación de naturaleza administrativa y no jurisdiccional de la actividad económica desarrollada por las empresas partes en una fusión u operación de concentración. En Europa, Monti indica que las medidas de mitigación son, en definitiva, una *forma de regulación de mercados*:

“Cuando se analizan los remedios de una fusión, el trabajo de la Comisión es de naturaleza diferente a cuando aplica el Derecho Europeo de la Competencia en escenarios más tradicionales, como la lucha contra los carteles. El poder de imponer condiciones permite a la Comisión regular el mercado de una manera minuciosa, proceso que se obtiene a través de la negociación con las partes de la fusión. Las partes aceptan que la fusión pueda proceder sujeto a las condiciones exigidas por la Comisión o simplemente echan pie atrás con la fusión ”⁸⁴.

⁸² Los siguientes ejemplos europeos demuestran duraciones de largo tiempo establecidas por la propia comisión: (1) Vodafone Airtouch/Mannesmann, caso N° comp/m. 1795, 12 de abril de 2000, 3 años; (2) Vivendi/Canal+/Seagram, caso N° comp/m. 2050, 13 de octubre de 2000, 5 años; (3) Astra/Zeneca, caso N° comp/m. 1403, 26 de febrero de 1999, 10 años. Ver por todos, Massimo Motta, “merger remedies in the European Union: an overview”, en antitrust bulletin, 52, 2007, p. 603.

⁸³ Así ocurre, por ejemplo, en el Reino Unido. De acuerdo con la Competition Commission, “Merger Remedies: competition Commission Guidelines”, 2008, pp. 26-27, 4.7: “dado que los remedios conductuales están diseñados para tener efectos sostenidos sobre la conducta de negocios durante todo el período en el que estén en efecto, la duración de dichas medidas es una consideración material. La comisión de competencia puede especificar una duración limitada si las medidas están diseñadas para tener un efecto provisional. En el caso de medidas que deban durar tanto como la situación subyacente que reduce sustancialmente la competencia, y dado que la determinación de este período rara vez se puede predecir durante el curso de la revisión de la fusión, la comisión de la competencia generalmente preferirá su mantención hasta que las partes fusionadas soliciten su cambio o cancelación sobre la base de un cambio significativo de circunstancias, o posiblemente recomendará que el office of fair trading revise la necesidad de mantener las medidas luego de un cierto período de tiempo. Sin embargo, la comisión de la competencia puede, además, especificar una fecha determinada en una cláusula tipo “sunset”, a partir de la cual la medida quedará sin efecto. El período por establecer dependerá de las circunstancias del caso”. Traducción libre de: “as behavioural remedies are designed to have ongoing effects on business conduct throughout the period they are in force, the duration of these measures is a material consideration. The cc [competition commission] may specify a limited duration if measures are designed to have a transitional effect. Where measures need to apply if an slc [substantial lessening of competition] persists and as this period can rarely be predicted during an inquiry, the cc will generally rely on the merged parties applying for variation or cancellation of the measures based on a significant change of circumstances or possibly recommend that the oft [office of fair trading] reviews the need for the measures after a given period. However, the cc may, in addition, specify a long-stop date in a ‘sunset clause’ beyond which the measures will not apply. The period used for the long-stop date will depend on the circumstances of the case”.

⁸⁴ Ver MONTI, Georgi, “Ec Competition Law”, Cambridge University Press, 2007, p. 290.

La naturaleza administrativo-regulatoria de las condiciones o medidas debe entenderse en el contexto de economía-política de la regulación. En el Estado regulador, la existencia, contenido y límites del derecho de propiedad dependen del ejercicio de los poderes públicos del congreso y de las agencias administrativas⁸⁵. El valor de los bienes depende, entre otras, de las normas legales presentes y futuras. Con ello, como explica Kaplow, el proceso de reforma regulatoria siempre afecta los intereses de los actuales propietarios:

“[...]una porción sustancial de todas las leyes, regulaciones y decisiones de los tribunales –incluso aquellas que son nominalmente prospectivas– alteran el valor de inversiones anteriores, simplemente porque el valor futuro de dichas inversiones depende de la normativa vigente y futura.

[...]casi cualquier cambio en las regulaciones o en las condiciones de mercado que no son anticipadas totalmente afectarán el valor de las firmas, bienes, u otras inversiones que son el objeto directo de la regulación, como asimismo el de muchos otros –como aquellos que compiten con las inversiones objeto de las normas–”⁸⁶.

Para ser más precisos, el proceso de reforma regulatoria siempre genera uno o más perdedores, incluso tratándose de reformas de naturaleza eficiente. Como explica Dahl, *“podemos considerar como algo axiomático que virtualmente todas las decisiones tomadas por cualquier gobierno, incluyendo los democráticos, son desventajosas para algunas personas. Si producen ganancias, también producen costos”⁸⁷*. Igualmente, desde una perspectiva económica, Joskow y Noll señalan que *“con cualquier cambio relevante en la regulación gubernamental con impactos importantes en el precio, estructura de mercado, costo y calidad de productos, algunos grupos ganarán mientras otros perderán”⁸⁸*. Lo importante a destacar es que las *“pérdidas son ubicuas: cualquier*

⁸⁵ Ver GALLIGAN, D.J., “Discretionary Powers: A Legal Study Of Official Discretion”, 1986, p. 183 y ss.

⁸⁶ Ver KAPLOW Louis, “An Economic Analysis of Legal Transitions”, en MONTT OYARZÚN, Santiago, “Condiciones Impuestas por El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el Marco de una Operación de Concentración en el Derecho Chileno”, Anuario de Derecho Público UDP, 2011, p. 8.

⁸⁷ Ver DAHL, R. A., “Can International Organizations Be Democratic? A Skeptic’s View”, En Shapiro, Ian Y Hacker-Cordón, Casiano (Eds.), *Democracy’s Edges*, (Cup) 1999, pp. 19-25.

⁸⁸ Ver JOSKOW, Paul L. Y Noll, Roger C., “Regulation In Theory And Practice: An Overview”, En Fromm, Gary (Ed.), *Studies In Public Regulation*, (Mit Press) 1981, pp. 1-8. Como lo señala MASHAW, J. L., *Greed, Chaos, And Governance. Using Public Choice To Improve Public Law*, (Yale University Press) 1997, p. 34: “[S]tatutes Always Shift Rights Or Expectations” Traducción Libre: “Las leyes siempre alteran los derechos o las expectativas”.

cambio legal restringe el conjunto de oportunidades de alguien, es decir, engendra pérdidas”⁸⁹.

Las condiciones o medidas de mitigación impuestas en procesos de revisión de fusiones, dada su naturaleza de actos administrativos regulatorios, deben analizarse y clasificarse desde una perspectiva de Derecho Administrativo. Por consiguiente, el Derecho distingue tradicionalmente entre actos favorables y actos de gravamen de la administración. Como explican García de Enterría y Fernández:

“Los actos administrativos pueden también, en vez de ampliar o beneficiar la esfera jurídica de sus destinatarios privados, restringirla, afectar a la misma en sentido negativo, producir sobre ellos obligaciones, deberes, cargas, antes inexistentes, o bien restricciones, limitaciones o extinciones de titularidades activas previas”⁹⁰.

El aspecto crucial que debe destacarse a partir de esta clasificación es que no todos los actos de gravamen son actos sancionatorios. Hay entre ambas categorías una relación de género *actos de gravamen* y especie *actos sancionatorios*. Existe así un sinnúmero de actos de gravamen que no son sancionatorios, o sea, que no imponen *“un mal [...] a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal”⁹¹*. Sin pretensión de ser exhaustivos, García de Enterría y Fernández enumeran los siguientes casos:

“[...]sacrificios de situaciones de mero interés, limitaciones de derechos, delimitaciones administrativas del contenido normal de los derechos, potestades ablatorias (reales, y entre ellas notablemente las expropiaciones), prestaciones forzosas (personales y reales, y entre estas señaladamente las tributarias), [y] la imposición de deberes”⁹².

Cabe concluir entonces que los actos que imponen condiciones en procesos de revisión de fusión u operación de concentración son actos que limitan los derechos y libertades de las empresas sin tener naturaleza sancionatoria. Cuando una agencia o tribunal revisa un proyecto de fusión u operación de concentración no hay aún ningún hecho, acto o

⁸⁹ Ver MEDEMA, S. G., “Making Choices And Making Law: An Institutional Perspective On The Taking Issue”, en MERCURO, Nicholas (Ed.), *Taking Property And Just Compensation: Law And Economics Perspectives Of The Takings Issue*, (Kluwer Academic) 1992, pp. 45-46.

⁹⁰ Ver GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “Curso De Derecho Administrativo”, 10a Ed., Thomson Civitas, 2006, p. 104.

⁹¹ *Ibid.*, p. 165.

⁹² *Ibid.*, p. 106.

convención ilegal consumado que pueda merecer sanción. Por el contrario, este proceso busca precisamente determinar las exigencias que garanticen que la fusión y/u operación de concentración no sea anticompetitiva ni ilegal ante el Derecho de la Competencia.

3.2.PRESCRIPCIÓN

3.2.1. CLASES DE PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO DE LIBRE COMPETENCIA

La prescripción extintiva que contempla el inciso 5° del artículo 20 del D.L. N° 211, al igual que la que establece el inciso 4° de la misma disposición, sólo concierne a acciones, ya que las medidas, en rigor, no prescriben. En efecto, lo que puede prescribir al tenor de lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 20 del D.L. N° 211 son las acciones destinadas a exigir el cumplimiento de las medidas que este Tribunal hubiese impuesto en una sentencia definitiva para prevenir, corregir o sancionar un atentado a la libre competencia. Estas acciones prescribirán si transcurren más de dos años sin haberse ejercido, contados a partir desde que esta medida se hizo exigible, tratándose de obligaciones de hacer. Para el caso de las prohibiciones u obligaciones de no hacer, empezarán a contar una vez cometida la infracción o desde la comisión de aquello que éstas prohíben. Las medidas pueden tener la duración que defina la sentencia que las impone, o bien, pueden ser incluso indefinidas. Como, por ejemplo, la resolución N° 1/2004⁹³ dictada en virtud de los artículos 18 N° 2 y 31 del D.L. N° 211, cuyos efectos y condiciones, fueron de duración indefinida.

3.2.2. IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LAS CONDICIONES IMPUESTAS EN PROCESO NO CONTENCIOSO

Ya se ha señalado en varias oportunidades que las resoluciones dictadas en procesos no contenciosos de consulta de fusiones y operaciones de concentración son materialmente actos administrativos de carácter regulatorio. Se trata así de normas jurídicas no sancionatorias, limitadoras de derecho, que obligan a los sujetos pasivos respectivos (sin perjuicio de la potestad del Tribunal para dejarlas sin efecto previa tramitación de una nueva consulta). De lo anterior se deduce que las condiciones, así como ocurre con las obligaciones regulatorias impuestas en leyes, reglamentos y actos administrativos no

⁹³ Resolución N°1/2004: Fusión De Metropolis Intercom S.A. y VTR S.A.

sancionatorios, no prescriben. Solo prescribe la responsabilidad emanada de faltas y delitos, no las obligaciones regulatorias, ya sea que estén contenidas en instrucciones de carácter general⁹⁴ o en condiciones impuestas en procesos de consulta no contenciosos (en este último caso, la prescripción extintiva es de tres años, conforme al artículo 20 inciso 3° del D.L. N° 211). Esto obviamente a menos que el TDLC disponga lo contrario por la vía de fijar un plazo de vigencia preestablecido a las condiciones al momento de su constitución⁹⁵.

3.3.3. LA PRESCRIPCIÓN DE CONDICIONES IMPUESTAS EN PROCESO CONTENCIOSO

El hecho que las condiciones o medidas impuestas en una sentencia dictada en un proceso contencioso sí prescriban en nada altera las conclusiones anteriores. La prescripción, en este caso, está expresamente contemplada en el marco de procesos contenciosos del artículo 18 N° 1 y de sentencias dictadas de conformidad al artículo 26 del D.L. N° 211⁹⁶. Así se aprecia literalmente en el artículo 20 inciso 5° del D.L. N° 211:

“Asimismo, las medidas que se determinen para prevenir, corregir o sancionar un atentado a la libre competencia, prescriben en dos años, contados desde que se encuentre firme la sentencia definitiva que las imponga. Esta prescripción se interrumpe por actos cautelares o compulsivos del Tribunal, del Fiscal Nacional Económico o del demandante particular”.

La razón que explica el diferente tratamiento de la prescripción en el D.L. N° 211 tiene un fundamento jurídico notorio⁹⁷: las condiciones contenidas en sentencias que

⁹⁴ Ver, por ejemplo, TDLC, Sentencia N° 41/2006, Fundación Chile Ciudadano y otro contra Car S.A., 27 de junio de 2006, en la que el TDLC sancionó a Car por incumplir la Resolución N° 666/2002, de 23 de octubre de 2002 de la Comisión Resolutiva que estableció una instrucción de carácter general, y a la vez decidió dejarla sin efecto. Ver también, TDLC, Resolución N° 12, Solicitud de Asilfa A.G. sobre modificación de Resolución N° 634 de la Comisión Resolutiva, 13 de junio de 2006, en la que el Tribunal declaró la vigencia de la citada resolución y sus modificaciones. Si bien no refiere a un caso de fusión u operación de concentración, evalúese el caso de la resolución N° 12/2006, en el que se intentó dejar sin efecto la resolución N° 634 de la Comisión Resolutiva, a lo que el tribunal no dio lugar, estimando que sigue vigente.

⁹⁵ Por lo demás, la imprescriptibilidad o permanencia de las condiciones fue reconocido expresamente por *Liberty Global, Inc.* En su presentación realizada al TDLC en el año 2007. En las páginas 1 y 10, la solicitante explica los términos y alcances de la condición 1ª en los siguientes términos: “como se ve, la condición primera consistió de una exigencia con efectos permanentes (la referida a que el controlador de VTR no pudiera participar ni directa ni indirectamente, por sí o por medio de personas relacionadas, en la propiedad de otras compañías de televisión satelital o vía microondas en Chile). [s]e trató, entonces, de una obligación con efectos permanentes, aplicable a quienes sean los controladores de la empresa fusionada [...] por su parte, la obligación de carácter permanente emanada de la condición primera, en virtud de la cual quedó vedado a los controladores de VTR participar en la propiedad de compañías operadoras de televisión satelital o vía microondas en Chile, continúa estando vigente, y sobre la interpretación que este h. Tribunal pueda tener sobre su cumplimiento o incumplimiento como consecuencia del acuerdo de “intercambio de acciones entre Liberty Media Y News Corp”. Es que recae la presente consulta”.

⁹⁶ Ha de recordarse que, además de sentencias, el TDLC dicta resoluciones (como consecuencia del ejercicio de la potestad del artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211), instrucciones de carácter general (artículo 18 N° 3 del D.L. N° 211) e informes, como ocurre en los casos que leyes especiales convocan la actuación del TDLC (artículo 18 N° 5 del D.L. N° 211).

⁹⁷ Esto no significa que dicho fundamento sea conveniente desde una perspectiva *lege ferenda* o de políticas públicas. En virtud de lo anterior, el TDLC debería tener la facultad de imponer condiciones en procesos contenciosos de una duración superior a dos años.

acompañan a una conducta ilegal y a una sanción producen cosa juzgada material, y no pueden por ello ser dejadas sin efecto ante un cambio de circunstancias. Su mayor estabilidad y su vinculación a un ilícito y una sanción se “*compensan*” así con una prescripción de dos años (sin perjuicio de que esta solución sea discutible desde una perspectiva *lege ferenda* o de política pública).

En la práctica del TDLC, a través de la Resolución N° 1/2004, estableció una medida cuya duración fue fijada en un plazo mayor a dos años. Se trata de la Condición 7°:

“Se establece como condición de la operación la oferta de los consultantes contenida a fs.188, en orden a que la empresa resultante no realizará alzas de los precios ni disminuciones en la calidad programática en las zonas actualmente abastecidas durante los próximos tres años posteriores a la fecha de la materialización de la fusión, fuera de la variación de sus costos”.

Otros casos que establecen condiciones con una duración de más de dos años son los siguientes:

- Resolución N° 9/2005, que modifica el plan de autorregulación de LAN (que no tiene plazo de vigencia). La denominada “*política de autorregulación*” de LAN Chile – establecida en la Resolución N° 445 de la Comisión Resolutiva y aprobada por la Resolución N° 496 de 1997 de la misma Comisión a propósito de la fusión de las aerolíneas LAN y LADECO– es de duración indefinida⁹⁸.
- Resolución N° 22/2007, condición segunda, 2.3, cuya vigencia se extiende “*hasta la fecha de entrada en servicio de la última central del proyecto consultado*” (de acuerdo con información de Endesa, consignada en la Resolución N° 22/2007, las últimas centrales entrarían en operación el año 2018)⁹⁹.

⁹⁸ El plan de Autorregulación fue enmendado en el 2004 por la resolución N° 723 de la comisión resolutiva, ordenándose su aprobación por la Comisión Preventiva Central, cuyo continuador legal es el TDLC.

⁹⁹ Adicionalmente, en la Resolución del TDLC, N° 23/2008, Consulta de ING S.A. Sobre fusión de ING AFP Santa María S.A. y Bansander AFP S.A., el TDLC estableció dos condiciones para la aprobación de la consulta en que, si bien tienen plazos de dos años, este se cuenta desde la materialización de la operación: “*condición N° 1: a partir del momento que se materialice la operación de autos, y por un plazo de dos años, la empresa fusionada deberá establecer una comisión total uniforme para todos sus afiliados, neta de la prima del seguro de invalidez y sobrevivencia, que no perjudique a ninguno de los afiliados pertenecientes a las carteras de ING AFP Santa María S.A. Y de Bansander AFP S.A. En relación con lo que pagaban por este concepto a la fecha de presentación de la consulta de autos; condición N° 2: la participación del Banco Santander Central Hispano S.A. y/o sus filiales, coligadas o relacionadas, directa o indirectamente, en el negocio de administración de fondos de pensiones en Chile, no podrá ser prohibida, restringida o condicionada por un plazo superior a dos años, contados desde el perfeccionamiento de la operación de autos, debiendo, en consecuencia, procederse a la eliminación o modificación de las cláusulas o convenciones correspondientes”.*

Lo anterior sin perjuicio de la prescripción de la responsabilidad infraccional emanada del incumplimiento de una condición fijada por el TDLC en una resolución. Por lo tanto, tratándose de un acto, hecho o contravención contraria al artículo 3° del D.L. N° 211, se le aplicarán las normas generales de prescripción contenidas en el artículo 20 inciso 3° del D.L. N° 211 (prescripción de 3 años, contados desde la ejecución de la conducta atentatoria; tratándose de hechos o actos continuos, la prescripción debe contarse desde que cesan)¹⁰⁰.

CAPITULO IV: EL ESTÁNDAR DE ANÁLISIS DE FUSIONES

4.1.EL ESTÁNDAR DE CHILE¹⁰¹

Antiguamente el D.L. N° 211 no entregaba un estándar claro acerca de qué fusiones fuesen susceptibles de lesionar la libre competencia. La Corte Suprema, el TDLC y la FNE, si bien habían dado algunas luces al respecto, tampoco llegaban a esclarecer del todo el tema. Esto se puso de relieve, de cargo de las partes, en los hechos, al evaluar si la FNE eventualmente podría requerir la intervención del TDLC una vez que una operación fuese anunciada o se materializara, o bien previese el estándar sustantivo que utilizaría el TDLC en la evaluación de una fusión concreta.

Ahora la realidad es muy diferente, y fruto de la incertidumbre del sistema anterior, dio como resultado a la modificación del D.L. N° 211 a través de la recién promulgada Ley N° 20.945. A través de esta modificación, se suplieron todas estas carencias que venían evaluándose desde hacía tiempo, mejorando así el estándar de las autoridades antimonopolio que venía rigiendo en Chile. No obstante, serán las próximas actuaciones del TDLC y de la FNE las que digan si el actual sistema funciona y no sufre carencias.

La vigente ley, tiene por objeto continuar perfeccionando el sistema de competencia en Chile. Lo anterior vino dado por las recomendaciones de la OCDE en esta materia, como es el caso del procedimiento de control previo de fusiones. Por otro lado, la incorporación de la nueva ley fue el resultado del malestar social y la opinión pública, en donde

¹⁰⁰ Ver fallo del TDLC, Sentencia N° 109/2011, demanda de Conservación Patagónica Chile S.A. y otros contra Endesa S.A. y otros, 27 de enero de 2011, considerando 6°: “*que relacionado con lo anterior, resulta de la mayor importancia destacar que, en materia de prescripción, existe jurisprudencia reiterada de este tribunal, en cuanto a que su plazo debe contarse desde que concluyen o cesan los actos materiales que constituyen la conducta reprochada, debiendo a continuación establecerse si antes de vencido dicho término se interrumpió o no la prescripción mediante la notificación del requerimiento y/o la demanda correspondiente, pues es en esta última fecha en la que se debe entender como trabada la litis. Así ha sido decidido, por ejemplo, en las sentencias números 57/2007, de fecha 12 de julio de 2007; 59/2007 de fecha 9 de octubre de 2007; 75/2008 de fecha 30 de septiembre de 2008 y 106/2010 de fecha 2 de diciembre de 2010*”.

¹⁰¹ Ver IRARRÁZABAL PHILIPPI, Felipe, “El Sistema Chileno de Defensa de la Libre Competencia”, FNE, junio 2010.

prevalecía la sensación de que no se cumplían con los estándares de justicia deseables en el sistema chileno frente a los casos más graves. Además, en muchas ocasiones se daba el hecho de que los responsables no eran sancionados lo suficiente en relación con el ilícito cometido, echando así en falta medidas tales como la pena privativa de libertad. Con todo, se han dado situaciones en que las multas aplicadas a las empresas involucradas con las ganancias obtenidas a causa de los ilícitos cometidos contra la libre competencia no han alcanzado ni el 10% de las utilidades obtenidas, en cuyo caso, cabe hacer mención, que la mayoría de las ocasiones, ya tenían contempladas¹⁰².

Con el propósito de desmenuzar el estándar por el cual se rige el actual sistema chileno, primero hay que entender el criterio por el cual se va a regir la Fiscalía Nacional Económica. Este criterio se encuentra contemplado en el artículo 57 del D.L. N° 211, donde se establece la “*aptitud para reducir sustancialmente la competencia*” en las fusiones y operaciones de concentración. Para su determinación, es relevante que la Fiscalía tome en consideración la *Guía de Análisis sustantivo de operaciones de concentración* desarrollada para tal efecto, con el propósito de establecer si la operación es susceptible de reducir sustancialmente la competencia.

Ahora bien, de acuerdo con lo anterior expuesto, existe un *estándar técnico*. Bajo esta premisa, se refleja que no sólo hay una separación de funciones entre el TDLC y la FNE, sino que también existe un tribunal especializado. Este tribunal no solo cuenta con un alto grado de profesionalismo, sino que además cuenta con un elevado número de atribuciones para cumplir con su labor de promoción y defensa. Por consiguiente, el sistema de libre competencia chileno está formado por una institucionalidad fuerte y sólida, bien construida y con adecuados puntos de equilibrio. Además de ello se espera que con la recién entrada en vigor de la Ley N° 20.945, el actual sistema sea eficiente, y particularmente rápido en la solución de conflictos.

Por último, cabe hacer mención del estándar jurídico que impone la Corte Suprema. En este caso, la Corte opera como un órgano supervisor, cuyo propósito no es otro que el de complementar y dar equilibrio al sistema vigente, mediante el aporte y fortalecimiento de criterios técnicos a los fallos, ratificando así las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Luego, se trata de un régimen garantista, dado que, bajo este sistema,

¹⁰² Ver MOORE, Karin, “Informe Legislativo – Libre Competencia”, Centro UC, 20 de abril de 2016, p. 2.

las decisiones no son tomadas por una superintendencia, sino que además interviene el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema respectivamente.

4.2. CHILE Y EL ESTÁNDAR INTERNACIONAL

Bajo esta premisa, para lograr dar lugar al actual sistema de competencia en Chile, ha sido de suma importancia ajustarse a los estándares internacionales¹⁰³. Sin embargo, es importante establecer un estándar de fusiones, donde no solamente sea determinar la pérdida de independencia del agente económico, sino además se determine la cantidad de pérdida de independencia, para que ésta sea objeto de un proceso de control de operaciones de concentración¹⁰⁴. Entre otras cosas, en Chile se han adoptado los más rigurosos estándares de la Comunidad Económica Europea y de Estados Unidos, donde el criterio principal a seguir radica en la *adquisición de control*. A todo lo anterior hay que agregarle la enorme cantidad de jurisprudencia con la que Chile cuenta, dando como resultado a un valioso estándar propio y adaptado a la realidad económica del país¹⁰⁵.

Atendida la gran discrecionalidad con que se analizaban las fusiones y el estándar exigido a la prueba de los riesgos y sinergias derivadas de la operación, se estimó recomendable una modificación expresa al D.L. N° 211 que entregase seguridad jurídica a las partes involucradas y a terceros interesados. El estándar vigente permite predecir decisiones futuras, ofrecer medidas de mitigación que resulten aceptables para la autoridad y exigir en una instancia superior la adecuación de la decisión de todos los casos de control de fusiones¹⁰⁶.

4.3. DERECHO COMPARADO¹⁰⁷

La *International Competition Network*¹⁰⁸ y la OCDE han reconocido que el actual sistema de libre competencia chileno funciona correctamente, fundamentalmente luego de las reformas realizadas hasta la fecha.

Las legislaciones en las cuales se basa el actual modelo de libre competencia son las de Estados Unidos y la Comunidad Europea, que han regulado específicamente las

¹⁰³ Ver OCDE, Informe del Secretariado, “Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile”, 2014, p. 4.

¹⁰⁴ Ver FNE, “Guía de Competencia”, junio 2017, p. 13.

¹⁰⁵ Ver D’AMORE, Marcelo R., “Estándares de Intervención en los Regímenes de Control de Fusiones”, Universidad de San Andrés-ISEG, 1999, Cap. 2, pp. 12 y ss.

¹⁰⁶ Ver OCDE, Informe del Secretariado, “Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile”, 2014, pp. 53 y ss.

¹⁰⁷ Ver SABOGAL BERNAL, Luis Fernando, “Evolución y desarrollo del Criterio Sustancial de Evaluación de Las Concentraciones Empresariales en el Derecho Comunitario Europeo”, *Revist@ - Mercatoria*, Vol. 7, N° 1, 2008.

¹⁰⁸ *International Competition Network* es una red virtual, informal, de colaboración entre las autoridades legales a nivel global.

operaciones de concentración de conglomerado, pero bajo prismas totalmente diferentes. Para Bordoli y Van der Voorde, “[l]as diversas conclusiones de las autoridades norteamericanas y europeas se explican por los diversos énfasis que tienen las políticas de competencia en Estados Unidos y la Unión Europea. En efecto, en Estados Unidos se ha desarrollado un análisis que se centra en la eficiencia económica más que en la protección de la competencia; así, las autoridades antimonopolios norteamericanas ven la competencia como un medio y no como un fin en sí mismo. En ese contexto, bajo la mirada norteamericana las fusiones de conglomerado pueden producir, entre otras ventajas, sinergias pro-competitivas muy importantes, por ejemplo, como resultado de la integración de actividades complementarias de una sola empresa. Con todo, con la mirada de la Comisión Europea, tales ventajas también pueden afectar a los competidores y a la estructura competitiva del mercado, toda vez que la disminución de los precios como resultado de las economías de alcance, si bien beneficia a los consumidores, también podría constituir un comportamiento predatorio de naturaleza exclusoria”¹⁰⁹.

En el mismo sentido, Chile cuenta con una institucionalidad que se funda en dos organismos técnicos que se contrapesan adecuadamente: La Fiscalía Nacional Económica, órgano persecutor, y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, tribunal colegiado, independiente, compuesto por magistrados, que da lugar a importante jurisprudencia. El TDLC además de regular, interpreta, lo que obedece a estándares internacionales relativamente abiertos, cuyo modelo solo se replica en Canadá y Sudáfrica.

En alusión a lo anterior, los criterios internacionales usados por el TDLC:

i) El criterio de dominación en el derecho europeo. Este criterio se encuentra contemplado en el artículo 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea¹¹⁰, bajo el concepto de “*abuso de la posición dominante*”, elaborado por el Tribunal de Justicia mediante

¹⁰⁹ Ver BORDOLI, Carla y VAN DER VOORDE, Sander, “Las Fusiones de Conglomerado en el sector retail: Lo grande no es malo”, en “Libre Competencia y Retail, un Análisis Crítico”, Santiago de Chile: Abeledo Perrot, 2010. p. 294.

¹¹⁰ Ver GARCÍA Pérez Mercedes. “Dominancia vs. Disminución Sustancial de la Competencia, ¿Cuál es el criterio más apropiado?: aspectos jurídicos”, en “Documentos de Trabajo Instituto de Estudios Europeos”, Centro de Política de la Competencia, N. 3, Madrid, 2002, p. 6, en donde la diferencia que en sus efectos tiene la posición de dominio, como criterio de control de concentraciones, y el artículo 82 CE: “(...) estriba en que en un caso se trata de un control estructural, en el que la mera aparición de una posición de dominio conduce a una prohibición, mientras que en el caso del artículo 82 TCE sólo una conducta abusiva puede motivar la actuación de la Comisión Europea y la existencia de una posición de dominio no es per se censurable”.

sentencia, el 14 de febrero de 1978, caso United Brands Company vs United Brands Continental B.V., cuando definió la posición dominante en los siguientes términos:

“situación de potencia económica gracias a la cual la empresa que la ostenta está en grado de obstaculizar la subsistencia de una competencia efectiva sobre el mercado en referencia, y tiene la posibilidad de tener comportamientos además independientes frente a sus competidores, a sus clientes y a los consumidores”¹¹¹.

El ejercicio de una posición de dominio puede adquirir diferentes manifestaciones dependiendo del número de sujetos que intervienen. En tal sentido, tradicionalmente se ha apelado a la siguiente clasificación: a) La posición dominante individual, como su nombre lo indica, se presenta cuando la posición dominante es ejercida a través de un solo individuo, esto es, cuando una sola empresa se encuentra en la capacidad de crear una situación de monopolio. Para el tiempo en que fue diseñado el Reglamento N° 4064/89, la posición dominante individual fue precisamente la hipótesis que se previó como posiblemente contraria a la libre competencia, y en efecto aún hoy es la hipótesis donde se configura la principal amenaza al equilibrio competitivo, pues cuando un sólo vendedor o proveedor de servicios se encuentra en posición de determinar arbitrariamente los precios en un mercado de referencia¹¹², éste podría elevarlos con grave perjuicio para los consumidores, de allí que sea necesaria la intervención pública aprobando, rechazando o aprobando con condiciones los proyectos integrativos que tengan como efecto la creación o consolidación de un monopolio. b) La posición dominante colectiva, fue finalmente definida en el año 2002 con el caso Airtours/Comisión¹¹³, cuando se fijó con precisión las condiciones necesarias para la individualización de una dominación colectiva en los siguientes términos:

“Como alega la demandante y la Comisión ha admitido en sus escritos procesales, para que pueda crearse una situación de posición dominante colectiva así definida es necesario que se cumplan tres requisitos:

¹¹¹ Ver Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1998, United Brands /Comisión, Caso 27/76.

¹¹² Ver HEIMLER, Alberto. “Per le fusioni non servono nuovi test. Basta la posizione dominante”. En: Mercato concorrenza regole, Il mulino, Bologna (Italia), Anno V, n.3, diciembre 2003, p. 566. Para estos efectos se debe entender como mercado de referencia aquel mínimo conjunto de productos y/o de lugares en los cuales un hipotético monopolista podría aumentar los precios, en manera reducida pero significativa, por encima del nivel existente.

¹¹³ Ver Sentencia del Tribunal de justicia de primera instancia de 6 de junio de 2002, Airtours/Comisión, caso T- 342/99; Sentencia del Tribunal de justicia de primea instancia de 22 de octubre de 2002, Schneider/Comisión, asunto T-310/01; Sentencia del Tribunal de justicia de primera instancia de 25 de octubre de 2002, Tetra Laval/Comisión, asunto T-05/02.

- En primer lugar, hace falta que todos los miembros del oligopolio dominante puedan conocer el comportamiento de los demás miembros para comprobar si están adoptando o no la misma línea de acción. Como admite expresamente la Comisión, no basta con que cada uno de los miembros del oligopolio dominante sea consciente de que todos pueden beneficiarse de un comportamiento interdependiente en el mercado, sino que deben tener un modo de saber si los demás operadores adoptan la misma estrategia y si la mantienen. Por tanto, la transparencia del mercado debe ser suficiente para permitir a todos los miembros del oligopolio dominante conocer de manera suficientemente precisa e inmediata la evolución del comportamiento de cada uno de los demás miembros en el mercado.

- En segundo lugar, es necesario que la situación de coordinación tácita pueda mantenerse en el tiempo, es decir, que debe existir un incentivo a no apartarse de la línea de conducta común en el mercado. Como señala la Comisión, únicamente si todos los miembros del oligopolio dominante mantienen un comportamiento paralelo pueden beneficiarse de él. Este requisito incluye que existan represalias en el supuesto de que una conducta se desvíe de la línea de acción común. A este respecto, las partes están de acuerdo en que, para que una situación de posición dominante colectiva sea viable, tienen que existir suficientes factores de disuasión para incitar de forma duradera a los operadores a no apartarse de la línea de conducta común, lo que significa que hace falta que cada uno de los miembros del oligopolio dominante sepa que una actuación altamente competitiva por su parte dirigida a aumentar su cuota de mercado provocaría una actuación idéntica por parte de los demás, de manera que no obtendría ningún beneficio de su iniciativa (véase, en este sentido, la sentencia Gencor/Comisión, antes citada, apartado 276).

- En tercer lugar, para demostrar de modo suficiente con arreglo a Derecho la existencia de una posición dominante colectiva, la Comisión debe asimismo acreditar que la reacción previsible de los competidores actuales y potenciales y de los consumidores no cuestionaría los resultados esperados de la línea de acción común”.

ii) Por otro lado, está el criterio del estándar sustancial, en cuyo caso, puede ser abordado mediante la aplicación de distintos test:

a) En primer lugar, se encuentra el test de *Substantial Lessening of Competition* (de forma abreviada SLC), empleado por Estados Unidos, Canadá, Australia, Irlanda e Inglaterra.

Este sistema implica que una concentración debe ser prohibida o limitada en la medida en que ésta produzca una reducción sustancial en la competencia.

Este test se construye a partir del análisis del equilibrio que puede resultar dentro del mercado antes y después de realizada la fusión. El resultado de este análisis da origen a dos equilibrios, de los cuales se va a desprender una eventual reducción del bienestar de los consumidores. Es por ello por lo que el objeto de este test no es otro que analizar cuidadosamente los aumentos de precios y la reducción de la cantidad de la oferta en el mercado. Este es un sistema muy elástico y sus decisiones son muy discrecionales, de allí que se haya visto la necesidad de limitar su aplicación a través de las líneas guía que se hayan emitido en este sentido por los diferentes países que lo utilizan. Igualmente se ha visto la necesidad de hacer que la decisión final sea tomada por un juez imparcial. A modo de comparación con el precedente test europeo de “dominación”, se debe matizar que: *“el criterio de la posición dominante en lugar de analizar una reducción sustancial de la competencia, lo que hace es individualizar cuando una empresa o un conjunto de empresas, como consecuencia de una concentración, podrían encontrarse en condiciones de dominar el mercado¹¹⁴; y que, la decisión final no la toma un juez imparcial, salvo que el caso sea recurrido ante el Tribunal Europeo, puesto que la competencia originaria tanto para la instrucción como la resolución son adoptadas por la entidad garante de la Competencia, esto es la Comisión Europea”¹¹⁵.*

Este análisis económico permite afrontar de forma más apropiada el estudio de las concentraciones y en particular la gran deficiencia que tiene el test de la dominación frente a las hipótesis de oligopolios con efectos no coordinados.

Por lo general, en el derecho comparado se exigen estándares muy estrictos para que la autoridad de competencia prohíba operaciones, en lugar de sujetarlas a condiciones o

¹¹⁴ Ver GRILLO, Michele y MAGNANI, Lara, “Valutazione antitrust delle concentrazioni in mercati oligopolistici”, en Mercato concorrenza regole, Il mulino, Bologna, Italia, Anno VI, n.1, abril 2004, p. 230-231.

¹¹⁵ Ver SABOGAL BERNAL, Luis Fernando, “Evolución y desarrollo del Criterio Sustancial de Evaluación de Las Concentraciones Empresariales en el Derecho Comunitario Europeo”, *Revist@ - Mercatoria*, Vol. 7, N° 1, 2008, p. 15.

medidas para su materialización. De lo anterior se desprende la hipótesis de que se estima que normalmente existirán medidas de mitigación suficientes para limitar los potenciales riesgos de una concentración. Del mismo modo, esto ha llevado a que sea raro encontrarse con prohibiciones de concentraciones.

b) En segundo lugar, está el test SIEC (*A concentration which would significantly impede effective competition*), utilizado por la OCDE y Comunidad Europea.

Este test se emplea al momento de analizar cuándo una fusión debe ser rechazada, rigiéndose mediante un estándar más sustantivo que cuantitativo, donde el análisis se centra en el perjuicio que causará la entidad fusionada al bien jurídico protegido. En el caso de Chile “*la libre competencia*”. Es decir, lo importante es determinar si la fusión genera o no una disminución sustantiva de la competencia¹¹⁶. Por esta razón, de acuerdo con el test SIEC, lo relevante no es determinar si se crea o refuerza una posición dominante, sino si la fusión es susceptible de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva.

Por lo tanto, el SIEC constituye actualmente un estándar en los hechos muy similar al que hoy se aplica en Estados Unidos, cuyo enfoque es más dinámico que el antiguo test de dominio, que se centraba más en la estructura del mercado resultante que en los comportamientos previstos. Este test permite analizar prospectivamente cuál será el comportamiento futuro de la entidad resultante de la concentración, y de todos los agentes del mercado relevante en general.

4.4.CONCLUSIONES

Es importante tener en consideración que el cambio de test de posición dominante al test sustancial de disminución significativa de competencia ha sido señalado por la OCDE como un gran avance en el control de fusiones, indicándose como un mecanismo eficaz, principalmente en aquellos países caracterizados por presentar mercados oligopólicos.

En el caso de Chile, con la entrada en vigor de la Ley N° 20.945 que modifica el D.L. N° 211, se ha tornado un modelo que es consistente con los objetivos buscados por el legislador, los cuales buscan en éste, un procedimiento rápido, declarativo, obligatorio y

¹¹⁶ Ver FELIÚ, Olga, Ilustre Colegio de Abogados A.G., Comisión de Libre Competencia, “Informe Comisión de Libre Competencia del I. Colegio de Abogados”, mayo 2012, pp. 22-23.

que otorgue certeza jurídica. De igual forma, se introdujo el estándar sustancial de evaluación de concentraciones, siguiendo el modelo de jurisdicciones comparadas.

CAPÍTULO V: JURISPRUDENCIA

1. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

La jurisprudencia chilena, a lo largo del tiempo, ha sido la encargada de precisar el abstracto contenido contemplado en el Artículo 1º del D.L. N° 211. Es por ello por lo que ha sido dotada de un importante grado de discrecionalidad y otorgado amplias facultades para obrar en conciencia. Uno sus mayores logros, es la independencia de sus propias decisiones anteriores. De este modo, se fomenta el dinamismo y la creación de nueva jurisprudencia sujeta a los estándares que rigen al momento del fallo, incorporando de manera desordenada los criterios empleados para el análisis de fusiones y operaciones de concentración¹¹⁷.

Sin embargo, existen una serie de principios que se repiten consistentemente en las resoluciones y dictámenes pronunciados por las autoridades antimonopolios en Chile. Estos principios han permitido crear ciertos criterios generales a la hora de establecer una concentración de mercado¹¹⁸.

En definitiva, para evaluar una fusión y así establecer los efectos que puedan repercutir sobre un mercado relevante, se deben tener en cuenta los siguientes factores¹¹⁹:

- (a) Mercado relevante. Concentración y segmentación.** El elemento principal a la hora de analizar una fusión es establecer el mercado relevante involucrado y determinar el grado de concentración presente del mismo. De este modo las autoridades antimonopolios logran predecir el comportamiento que podría tener un determinado hecho, acto o convención. Como ejemplo, las autoridades antimonopolios chilenas han establecido que dentro de aquellos mercados que tienen el carácter de “*regulados*”, existe necesariamente un menor riesgo de abuso de posición dominante¹²⁰. A este respecto, el TDLC, ha establecido que el “*mercado relevante*” vendría siendo “*más relevante que la participación y poder*”

¹¹⁷ Ver LIZANA, Claudio y PAVIC, Loreana, “Control Preventivo de Fusiones y Adquisiciones frente a la Legislación Antimonopolios”, Revista Chilena de Derecho, vol. 29 N°3, 2002, p. 21.

¹¹⁸ *Ibíd.*

¹¹⁹ *Ibíd.*

¹²⁰ Comisión Resolutiva, Resolución N° 86/1980, Consulta de Sociedad Hucke Industrias Alimenticias S.A.C. y Fábrica de Confites y Galletas Mc Kay S.A., Hucke y Mc Kay, 22 de octubre de 1980, p. 4.

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...”. Así, el Tribunal definió al mercado relevante como “aquel en que se cubre una parte sustancial de las necesidades de consumo habitual de los consumidores en grandes superficies, y su correspondiente financiamiento”¹²¹. Por lo tanto, son las autoridades antimonopolios las que determinan cuándo un mercado relevante es apropiado para efectuar el análisis respectivo¹²².

(b) Sustituibilidad del producto¹²³. Una vez establecido el mercado relevante es necesario determinar su “grado de concentración”, es decir, determinar cuándo un producto puede ser sustituido fácilmente por otro. El grado de sustitución se da cuando un producto cumple con las mínimas características y funciones que el producto en cuestión, ampliando considerablemente el concepto de “mercado relevante”¹²⁴. Este criterio es llevado a cabo mediante el estudio del comportamiento de consumidores¹²⁵ y la existencia del poder de compra por parte de estos¹²⁶, dentro del mercado objeto de análisis. Por otra parte, la FNE entiende que, “cuanto mayor sea el grado de sustituibilidad entre los productos de las empresas que se van a fusionar, más probable es que éstas vayan a subir los precios de una manera significativa”¹²⁷.

(c) Características de la demanda. Elasticidad de la Demanda. Es fundamental analizar el comportamiento de la demanda en el mercado relevante. Esto es debido a la sensibilidad que tiene a los distintos cambios en la oferta. Para Richard Posner, “[p]odría parecer innegable que la existencia de competidores potenciales aumenta la elasticidad de la demanda frente a los vendedores existentes en el mercado, proporcionando un proveedor al que los consumidores

¹²¹ Ver TDLC, Resolución N° 24/2008, Consulta sobre fusión de D&S y Falabella, 31 de enero de 2008, p. 89.

¹²² Ver LIZANA, Claudio y PAVIC, Loreana, “Control Preventivo de Fusiones y Adquisiciones frente a la Legislación Antimonopolios”, Revista Chilena de Derecho, vol. 29 N°3, 2002, p. 21.

¹²³ TDLC, Auto Acordado N° 12/2009, Sobre información relevante para el control preventivo de operaciones de concentración, 20 de marzo de 2009, p. 3.

¹²⁴ TDLC, Resolución N° 43/2012, Sociedades SMU S.A. y Supermercados Del Sur S.A., 12 diciembre 2012, párrafo 11.4.

¹²⁵ En tal sentido Landes y Posner señalan que: “Puede parecer paradójico que el monopolista maximizador de utilidad afronte una demanda elástica sin importar la magnitud de su monopolio. Después de todo, mientras más elástica es la demanda, menor es el poder de mercado de una empresa, ¿por qué entonces dicho poder no maximiza utilidades cuando una demanda es inelástica? Es verdad que si una empresa afronta una demanda inelástica elevará el precio, y mientras más inelástica es la demanda que enfrenta, más elevará su precio. Ésta continuará elevando su precio hasta que alcance una región de la curva de demanda donde la demanda es elástica. Tarde o temprano cualquier curva de demanda en el mundo real debe tener una región elástica —de lo contrario, el precio maximizador de utilidad podría crecer hasta el infinito”. Ver LANDES, William y POSNER, Richard. “Market power in antitrust cases”, en HLR N°5, volumen 94, marzo 1981, p. 942.

¹²⁶ Ver CERDA, F, “El “mercado relevante” como Marco de Referencia para un Análisis En: Libre Competencia y Retail. Un Análisis Crítico”, Legal Publishing, p. 19.

¹²⁷ TDLC, Resolución N° 43/2012, Sociedades SMU S.A. y Supermercados Del Sur S.A., 12 diciembre 2012, párrafo 11.3.

podrán acudir si los precios suben por encima del nivel competitivo”¹²⁸. De esta forma, la elasticidad depende de las características estructurales del sector y del comportamiento de las empresas que ahí operan, subjetivando el análisis y sometiéndolo en definitiva a la arbitrariedad del punto de la curva de demanda que se escoja¹²⁹. No obstante, de acuerdo con el criterio establecido por las autoridades antimonopolio chilenas, cuanto más elástica sea la demanda para un determinado producto, más se reduce el riesgo de abuso de posición dominante en un mercado relevante¹³⁰.

(d) Barreras de entrada¹³¹. Establecer la existencia de barreras de entrada es un elemento fundamental para determinar el alcance de una posible fusión. En el caso de ausencia de barreras de entrada para futuros competidores, ya sean éstas legales o naturales dentro de un mercado relevante, ha sido considerado por la jurisprudencia como un criterio justificado para no sancionar casos de integraciones horizontales propuestos o llevados a cabo¹³². De este modo se entiende que no hay riesgo de abuso de posición dominante¹³³. Por tanto, es esencial el estudio de esta materia en el caso LAN-LADECO. En el que la jurisprudencia determinó que el mercado de la aviación comercial interna en Chile era un mercado con importantes grados de concentración, regulación y con altos requerimientos de inversión. La Comisión Resolutiva, entendió que la compra de acciones de LADECO daría como resultado una restricción de la competencia en el mercado aéreo nacional de pasajeros, aumentando así aún más las barreras de entrada ya existentes para nuevos operadores¹³⁴. Sin embargo, a pesar de todo, finalmente otros operadores de líneas aéreas han logrado establecerse como nuevos competidores.

(e) Expectativas de crecimiento del mercado. Estrechamente relacionado con las barreras de entrada de un mercado relevante. La jurisprudencia ha determinado

¹²⁸ Ver POSNER, Richard, “Antitrust Law”, Chicago University Press, 2nd Edition, 2001, p. 138.

¹²⁹ Ver LANDES, William y POSNER, Richard. “Market power in antitrust cases”, en HLR N°5, volumen 94, marzo 1981, p. 956.

¹³⁰ Ejemplos: TDLC - SENTENCIA N° 61/2007 – Transportes Delfos Ltda. (en adelante “Delfos”) contra de SCL Terminal Aéreo Santiago S.A., de Empresa de Transportes Rurales Ltda. y de Transportes Centropuerto Ltda. - 27/12/2007 / TDLC - Resolución N°16/2006 - Consulta de Exxonmobil sobre acuerdo de Distribución – 31/01/2006 / TDLC - SENTENCIA N° 103/2010 - Comercial Arauco Ltda. contra de D&S S.A. – 08/09/2010

¹³¹ Ver AREEDA, Phillip y HOVEKAMP, Herbert, “Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application”, 3ª ed. Aspen Publishers Vol. IV, 2009, pp. 137-142; OCDE, “A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy”, 1998, p. 44-45; y GONZÁLEZ, Aldo y BENÍTEZ, Daniel, “Pre-Merger Notification Mechanisms: Incentives and Efficiency of Mandatory and Voluntary Mechanisms”, septiembre 2008, p. 2.

¹³² TDLC, Sentencia N° 29/2005, Don Carlos Chaguán y Cía Limitada contra Transbank S.A., 12 septiembre 2005, considerando 31.

¹³³ Comisión Preventiva, Dictamen N° 1089, Denuncia de las empresas Dynamic S.A., e Importadora Austral S.A. en contra de la Sociedad Brother International de Chile Ltda., 26 de noviembre de 1999, p. 9.

¹³⁴ Comisión Resolutiva, Resolución N° 445/1995, LAN S.A y LADECO S.A., 10 agosto 1995, p. 5.

que un mercado en crecimiento y con una futura expansión permite justificar más fácilmente una determinada integración horizontal. Lo anterior viene dado por las circunstancias en las que existe una alta probabilidad de ingreso de nuevos competidores¹³⁵.

(f) Aprovechamiento de economías de escala o economías de ámbito. Esto es, la eliminación de gastos redundantes en inversión y desarrollo y, particularmente, el “aprender haciendo”, vale decir, el hecho que las empresas mejoran constantemente al producir un mismo bien o servicio con la experiencia acumulada¹³⁶. La jurisprudencia ha entendido como tal la justificación comercial para que ésta se lleve a cabo¹³⁷. En muchas ocasiones las integraciones horizontales vienen dadas por razones económicas o políticas. Estos criterios son el fundamento o guía para realizar tal fusión, los cuales vienen condicionados por las expectativas de éxito. Para lo que se aplican criterios tales como las razones económicas y comerciales legítimas del momento, así como el aprovechamiento de economías a escala, de ámbito, o la necesidad de enfrentar mercados altamente competitivos. Estos criterios han sido ratificados por la vigente jurisprudencia entendiendo como tales, razón suficiente como para autorizar una fusión¹³⁸.

(g) Comportamiento predecible después de la fusión. En el informe de la OCDE se sugirió la implementación de reformas que permitiesen que las operaciones de concentración se analizasen de forma puntual eficaz y predecible, para el beneficio de los consumidores y la economía chilena¹³⁹. Ahora bien, la jurisprudencia entendía que, la concentración de mercados no era atentatoria a la libre competencia. No obstante, la definición de concentración es crucial para establecer un sistema de control de concentraciones transparente, predecible y eficaz¹⁴⁰. De lo que surge la necesidad de evaluar los efectos anticompetitivos de la misma. De acuerdo con AREEDA y HOVEKAMP, los riesgos anticompetitivos de una fusión son básicamente dos: **(i)** en primer lugar, el riesgo de que el nuevo agente económico surgido de la concentración tenga un poder de mercado tal que

¹³⁵ TDLC, Resolución N° 24/2008, Consulta sobre fusión de D&S y Falabella, 31 de enero de 2008, p. 5, p. 35; y TDLC, Resolución N° 43/2012, Sociedades SMU S.A y Supermercados Del Sur S.A., 12 diciembre 2012, p. 49.

¹³⁶ OCDE, “Policy Brief Mergers and Dinamic Efficiencies”, 2008, pp. 1-2.

¹³⁷ TDLC, Resolución N° 37/2011, Lan Airlines S.A y Tam Linhas Aéreas S.A, 21 septiembre 2011, párrafo 273.

¹³⁸ TDLC, Resolución N° 39/2012, Consulta de Organización Terpel Chile, relativa a la adquisición por parte de Quiñenco S.A. de los activos de las sociedades Petróleos Trasandinos S.A. y Operaciones y Servicios Terpel Limitada, 26 de abril de 2012, p. 86; Ver Comisión Resolutiva, Resolución N° 86/1980, Consulta de Sociedad Hucke Industrias Alimenticias S.A.C. y Fábrica de Confites y Galletas Mc Kay S.A., Hucke y Mc Kay, 22 de octubre de 1980, p. 1.

¹³⁹ Ver OCDE, Informe del Secretariado “Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile”, 2014, p. 11.

¹⁴⁰ Ver OCDE, Informe del Secretariado “Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile”, 2014, p. 63.

le permita influir en el precio de los productos y servicios en el mercado relevante, pudiendo elevarlos por sobre el costo marginal, lo que disminuye el excedente del consumidor. Estos efectos se denominan “efectos unilaterales”; y **(ii)** en segundo lugar, los riesgos de que se genere una coordinación, ya sea en forma expresa o tácita, entre los oferentes del mercado para elevar los precios por sobre el costo marginal, generando como consecuencia los mismos efectos de pérdida de excedente del consumidor. Estos efectos se llaman “efectos coordinados”¹⁴¹. Por esta razón, si las autoridades encargadas del control de fusiones tuvieran el real y verdadero convencimiento de que, a raíz de la fusión resultante, no se vieran comprometidos el alza de los precios o cualquier otro abuso de posición, entonces en ese caso la fusión no sería objetada. Para ello, es fundamental tener la capacidad de demostrar que, a raíz de la operación, ésta no dará como resultado una posición de dominio que otorgue la capacidad de aumentar los precios del mercado unilateralmente. Según AREEDA y HOVEKAMP, los efectos unilaterales de una fusión horizontal consistirían en: **(i)** la creación de una empresa monopólica o que actúe con abuso de posición dominante; **(ii)** la mantención de un monopolio o posición dominante por la eliminación de un rival reciente; **(iii)** el aseguramiento por parte de las entidades fusionadas de su nicho de mercado; y **(iv)** un incremento del poder de mercado tal que coloca a la empresa fusionada en posición de imponer contratos anticompetitivos que los consumidores no podrían rehusar¹⁴².

En otras palabras, los criterios empleados por la jurisprudencia para efectos de aprobar o rechazar una fusión versan acerca del interés de determinar un posible abuso de posición dominante. Como consecuencia de este abuso, se corre el riesgo de un aumento en los precios o bien la instauración de otro tipo de arbitrios abusivos que atenten contra la libre competencia, en cuyo caso, las autoridades antimonopolios rechazarán fundadamente la fusión horizontal¹⁴³.

¹⁴¹ AREEDA, Phillip y HOVEKAMP, Herbert, “Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application”, 3ª ed. Aspen Publishers Vol. IV, 2009, pp. 8-9.

¹⁴² *Ibíd.* p. 57.

¹⁴³ TDLC, Resolución N° 24/2008, Consulta sobre fusión de D&S y Falabella, 31 de enero de 2008, p. 88.

2. MEDIDAS DE MITIGACIÓN Y REMEDIOS JURISPRUDENCIALES

Para entender la evolución del estándar de fusiones chileno hay que remontarse a los orígenes de los primeros casos en donde se aprecia claramente una evolución y tendencia en los criterios y medidas adoptadas por el TDLC. Por otro lado, los fallos más recientes, de carácter horizontal y específicamente, sobre medidas de mitigación, son relativamente nuevos en nuestro sistema de libre competencia. Para ello el TDLC se ha valido del derecho comparado, especialmente Estados Unidos y la Unión Europea, para la resolución de estos casos, a pesar de la lentitud en la incorporación de estas corrientes, su integración ha sido paulatina al desarrollo doctrinal acerca de la materia.

Con todo, se puede apreciar que, durante los últimos años, la gran mayoría de fallos de fusiones del TDLC han sido autorizados por éste, aunque, sin embargo, se han impuesto condiciones o medidas de mitigación más severas¹⁴⁴. Estas condiciones o medidas de mitigación son medidas que el TDLC puede adoptar al momento de autorizar una fusión de empresa, a partir del artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211¹⁴⁵. Ciertamente, son actos administrativos de gravamen o limitación de derechos dados por el TDLC¹⁴⁶.

La naturaleza de estas medidas posee un espíritu administrativo-regulatorio más que sancionador. Esto es debido a la actividad económica que ejerce el Estado por medio del Tribunal y que debe verse dentro del contexto de la política, lo que se denomina también *“económica de la regulación”*¹⁴⁷.

En primer lugar, el TDLC tiene la potestad exclusiva de aceptar las medidas de mitigación propuestas por la FNE. No obstante, esto no supone un impedimento a la hora de imponer

¹⁴⁴ TDLC, Resolución N° 43/2012, Sociedades SMU S.A y Supermercados Del Sur S.A., 12 diciembre 2012; TDLC, Resolución N° 37/2011, Lan Airlines S.A y Tam Linhas Aéreas S.A, 21 septiembre 2011; TDLC, Resolución N° 1/2004, NC 02-04, Consulta de Liberty Comunicaciones de Chile Uno Ltda., y Cristal Chile Comunicaciones S.A., sobre eventual fusión de metrópolis Intercom y VTR S.A., 25 de octubre de 2004; TDLC, Resolución N° 2/2005, fusión Entre Telefónica Móviles S.A Y Bellsouth S.A., 04 de enero de 2005; TDLC, Resolución N° 20/2007, Consulta de GLR Chile Ltda. sobre compra de la totalidad de las acciones de Iberoamerican Radio Chile S.A., 27 de julio de 2007; TDLC, Resolución N° 22/2007, Consulta de Endesa y Colbún sobre proyecto Aysén, 19 de octubre de 2007; TDLC, Resolución N° 23/2008, Consulta de ING S.A. sobre fusión de ING AFP Santa María S.A. y Bansander AFP S.A., 4 de enero de 2008; TDLC, Resolución N° 31/2009, fusión Entre Anagra S.A. Y Soquimich Comercial S.A, 9 de diciembre de 2009; TDLC, Resolución N° 34/2011, fusión Entre Copec S.A., Consulta Sobre Participación en la Propiedad de Terpel Colombia, 26 de mayo de 2011; o TDLC, Resolución N° 41/2012, Consulta de FNE relativa a la adquisición por parte de Radiodifusión SpA de concesiones de Radiodifusión de Comunicaciones Horizonte Ltda, 27 de septiembre de 2012.

¹⁴⁵ Artículo 18.2: *“Conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos”*.

¹⁴⁶ Ver MONTT OYARZUN, Santiago, Informe en Derecho: *“Incumplimiento de una condición impuesta por el TDLC en una resolución que aprueba una operación de concentración”*, Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, marzo 28, 2011, p. 11.

¹⁴⁷ *Ibíd.*

sus propias medidas de mitigación, otros remedios o condiciones, según las atribuciones que le otorga el D.L. N° 211 mediante resolución de oficio¹⁴⁸.

Frente a una fusión horizontal, el TDLC puede optar por tres posibles vías:

- Aprobarla de manera pura y simple.
- Rechazarla si estima que los efectos de dicha fusión son contrarios a las disposiciones del D.L. N° 211.
- Autorizar la operación, pero adoptando medidas de mitigación.

Ello permite latentemente solventar el dilema existente entre aprobar y rechazar una fusión que genera paralelamente poder de mercado y ganancias de eficiencias¹⁴⁹.

Por todo lo cual, el estudio que realiza el TDLC sobre fusiones distingue los efectos que implica cada operación. Por un lado, si una operación provoca prácticas exclusorias, riesgos de fijación de precios abusivos, riesgos de discriminación de precios, riesgos de establecimiento de ventas atadas, riesgos asociados a la integración horizontal o vertical, etc., tendrá efectos negativos para la libre competencia y deberá rechazarse la operación o bien aplicar medidas mitigadoras¹⁵⁰.

Sin embargo, esto no obsta para que el TDLC adopte medidas o autorice la operación si es que entiende que éstas puedan generar eficiencias, tales como reducción de costos, especialización de plantas, lograr economías de escala o de alcance y permitir que el consumidor se beneficie con reducciones de precios, aumentos en calidad y mayor innovación¹⁵¹.

Una vez efectuado este análisis, el TDLC puede resolver y adoptar medidas de mitigación. Para ello, se deberá justificar un fundamento económico claro que lleve a concluir que una fusión producirá el efecto de reducir sustancialmente la libre competencia y que el daño causado es suficiente como para justificar medidas específicas que lo impidan. Asimismo, una medida de mitigación efectiva debe pretender amparar las ganancias de

¹⁴⁸ Ver NEHME ZALAQUETT, Nicole y MORDOJ, Benjamín, “Diseños Institucionales de Control de Concentraciones: Análisis y Propuestas”, Estudios Públicos, 2012, pp. 107.

¹⁴⁹ TDLC, Resolución N° 24/2008, Consulta sobre fusión de D&S y Falabella, 31 de enero de 2008, p 70.

¹⁵⁰ Ver DE LA LUZ DOMPER, María, TARZIJAN, Jorge, “Operaciones de concentración horizontal”, Thompson Reuters Puntotex, Santiago, 2011, p. 287.

¹⁵¹ Ver AGÜERO VARGAS Francisco, “Rol de las medidas de mitigación o condiciones impuestas para aprobar operaciones de concentración: Un análisis aplicado al sector retail” en MONTT RETTING, Paulo, NEHME ZALAQUETT, Nicole, “Libre competencia y retail, un análisis crítico”, Editorial Abeledo Perrot, Santiago, 2010, p. 313.

eficiencia de la fusión sin sacrificar el beneficio que implica mantener los mercados competitivos¹⁵².

Por ello, y tal como el mismo Tribunal reconoce en el fallo acerca de la fusión horizontal de LAN–TAM: *“la tarea de analizar si la imposición de medidas y condiciones a la realización de la operación, unida a las sinergias o eficiencias de la misma, permiten compensar adecuadamente dichos riesgos o si, por el contrario, tal imposición resulta insuficientemente inapropiada para obtener ese objetivo, caso este último en el cual solo cabría prohibir la operación. Optar por una u otra decisión dependerá, entonces, de la calidad, extensión, eficacia, eficiencia, transparencia y verificabilidad de tales medidas y condiciones”*¹⁵³.

El propósito de esta clase de medidas es restituir o mantener la competencia al grado existente previo a la fusión. Esto es fundamental a la hora de comprender que el objetivo principal no es aumentar el grado de competencia existente en el mercado antes de la fusión. Por ello basta con una medida de mitigación que mantenga la intensidad de la competencia justo antes de que se concretara la fusión¹⁵⁴. Las medidas de mitigación tienen por objeto la competencia y no los competidores. Esto es porque las medidas de mitigación no buscan establecer quién es el ganador y perdedor en el mercado tras una fusión¹⁵⁵.

En palabras del Tribunal, *“...deben estar orientadas además a generar las condiciones e incentivos necesarios y razonables para permitir el surgimiento o consolidación de competencia efectiva que, en el mediano y largo plazo, disciplinen el comportamiento...”*¹⁵⁶.

Es decir, que, a pesar de las medidas de mitigación impuestas, éstas cumplen con un fin superior: salvaguardar la libre competencia. Lo cual no significa que las medidas o condiciones que impone el TDLC deban aplicarse siempre en esta clase de operaciones, o bien que sean buenas para la libre competencia. Sino que, además, debe existir una relación importante entre la operación que se propone, la naturaleza del daño anticompetitivo y las medidas de mitigación que se proponen por las partes. Por lo tanto,

¹⁵² TDLC, Resolución N° 24/2008, Consulta sobre fusión de D&S y Falabella, 31 de enero de 2008, 70.

¹⁵³ TDLC, Resolución N° 37/2011, Lan Airlines S.A y Tam Linhas Aéreas S.A, 21 septiembre 2011, p. 115.

¹⁵⁴ TDLC, Resolución N° 24/2008, Consulta sobre fusión de D&S y Falabella, 31 de enero de 2008, p 70.

¹⁵⁵ *Ibíd.*

¹⁵⁶ TDLC, Resolución N° 37/2011, Lan Airlines S.A y Tam Linhas Aéreas S.A, 21 septiembre 2011, p. 116.

ante dos remedios de igual eficacia, se deberá optar por aquel que suponga menos gasto y sea menos intrusivo, en la medida en que aborden el tema de competencia detectado¹⁵⁷. Por esta razón, el Tribunal debe ponderar que estas medidas de mitigación no afecten a la libre competencia. Esto es debido a que podría darse el caso, de que, como resultado de la adopción de estas medidas, las eficiencias derivadas de la fusión pudieran verse compelidas de su realización. Resulta que, además, puede darse el caso, de que las eficiencias resultantes de la operación, no se lleven a cabo por temor a la fijación de remedios excesivos¹⁵⁸.

Así pues, con motivo del fallo LAN-TAM, el TDLC adoptó una serie de criterios para definir las medidas de mitigación que deben ser aplicadas¹⁵⁹:

- a) Proporcionalidad, esto es, indicar de manera ecuánime y razonable los riesgos que se pretenden anular.
- b) Aplicabilidad material.
- c) Eficacia en la aplicabilidad, debiendo implicar un contrapeso y contención suficientes respecto de los riesgos detectados.
- d) Supervisión efectiva, que fiscalice y exija el cumplimiento de las medidas de mitigación impuestas que proteja la libre competencia¹⁶⁰.

3. EL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En un principio, la Comisión Resolutiva Antimonopolio y las Comisiones Preventivas eran las encargadas del control de fusiones en Chile. Durante este periodo, el criterio empleado era de carácter estructuralista. Esto quiere decir que, muchas de las operaciones de concentración llevadas a control fueron rechazadas¹⁶¹. A pesar de que las participaciones en el mercado fuesen bajas, existía un temor generalizado a la posibilidad de que fruto de esta operación se diesen situaciones de colusión entre las entidades

¹⁵⁷ Ver AGÜERO VARGAS, Francisco, "Rol de las medidas de mitigación o condiciones impuestas para aprobar operaciones de concentración: Un análisis aplicado al sector retail" Editorial Abeledo Perrot, 2010, pp. 316 y ss.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, p. 317.

¹⁵⁹ TDLC, Resolución N° 37/2011, Lan Airlines S.A y Tam Linhas Aéreas S.A, 21 septiembre 2011, p. 116.

¹⁶⁰ TDLC, Resolución N° 24/2008, Consulta sobre fusión de D&S y Falabella, 31 de enero de 2008, p 70.

¹⁶¹ A propósito de los porcentajes y estadísticas de dicha afirmación, puede verse PAREDES, R., "Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolios en Chile", Centro de Estudios Públicos, 1995, p. 237. Así por ejemplo ciertas resoluciones no transcritas de la Comisión Resolutiva, tales como la Resolución N°73 de año 1980, que rechazó el proyecto de fusión entre Cementos Bío-Bío y Cemento Cerro Blanco de Polpaico o bien la Resolución N°76 a propósito de la Consulta de Sociedad Aceite y Alcoholes Patria S.A., donde se ordenó terminar con el mandato de administración entre las empresas por vulnerar la libre competencia.

resultantes de la fusión. No obstante, este criterio fue evolucionando en el tiempo dando como resultado el uso de técnicas y criterios que permitieron un análisis más certero de las fusiones dentro del mercado relevante. Fruto de esta evolución, se puede apreciar una tendencia orientada a una mayor aprobación de fusiones, analizando caso por caso las eficiencias resultantes de cada operación y teniendo en cuenta las eficiencias resultantes de ésta que pudiesen incidir sobre el mercado relevante más que los riesgos que pudiesen emanar de ella¹⁶².

Por otra parte, el concepto de mercado relevante ha experimentado una clara evolución en los criterios empleados por la FNE y el TDLC, en donde hoy, se establecen y determinan los conceptos y límites, incluyéndose el producto y el área geográfica¹⁶³. Cabe destacar que, en principio, la metodología empleada carecía de términos económicos y de libre competencia precisos para justificar el análisis de sus resoluciones. Es por ello, que la jurisprudencia se hizo valer en el tiempo de los distintos estándares y corrientes del derecho comparado para lograr alcanzar uno actual, siempre atendiendo a las circunstancias y a la realidad del momento.

A juicio de esta parte, es preciso poner de relieve, que, en los inicios de la Comisión Resolutiva, su composición dejaba mucho que desear respecto del desarrollo de sus resoluciones. Al tratarse de una institución de reciente creación, se pudo apreciar dentro de su composición la falta de *expertise* económica específica.

No fue hasta el año 2004, cuando entró en funciones el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en el fallo de VTR y Metrópolis. El fallo aquí descrito, pone de manifiesto una clara evolución en la definición sobre qué se entiende por mercado relevante. De este modo, se logra apreciar que, con el paso del tiempo, los fallos del TDLC se van especializando a la hora de aplicar los criterios necesarios para su resolución, reconociendo claramente una evolución favorable en el uso de terminología económica específica y otros criterios de libre competencia.

De este modo, se puede decir que el análisis empleado por el TDLC es de tipo cualitativo. Ya que analiza exhaustivamente los productos y servicios, logrando así desmenuzar la oferta y la demanda necesarios para establecer el mercado relevante de cada caso. Sin

¹⁶² Ver DOMPER, M. y TARZIÁN, J., “Operaciones de Concentración Horizontal”, en Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y Centro de Libre Competencia UC, “La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario”, Thomson Reuters. Santiago, Chile, 2011, p. 269.

¹⁶³ Ver OCDE, Informe del Secretariado “Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile”, 2014, p. 43.

embargo, esto no quiere decir que el mercado relevante sea el pilar primordial del TDLC a la hora de fundar sus fallos. Otro de los criterios fundamentales usados por el Tribunal es la justificación razonada de los efectos resultantes de la fusión en virtud de un mercado relevante en concreto. Es decir, un alto poder de mercado no se traduce necesariamente como un abuso de poder dominante, y que por ende deba ser rechazada o mitigada la operación¹⁶⁴.

Por esta razón, la tendencia en el tiempo del TDLC no ha sido otra que el análisis global de las operaciones de concentración. Extrayendo la determinación de éste en el mercado de referencia, así como en el análisis de las cuotas de mercado, con el propósito de lograr medir la concentración y el poder del mismo. Además, se centra en el análisis de barreras a la entrada, como también en la competencia potencial, lo cual habilita al Tribunal para sacar las conclusiones necesarias para lograr de este modo determinar las características fundamentales del mercado y su desafiabilidad.

En el derecho comparado, se logra apreciar una clara predisposición del TDLC en el uso y aplicación de las conclusiones de libre competencia establecidas por la Corte Suprema en Estados Unidos. Dichas conclusiones hacen referencia al establecimiento del poder de mercado a partir del examen de las cuotas que en él concurren, en cuyo caso, no es suficiente, toda vez que sea necesario comprobar su durabilidad en el tiempo¹⁶⁵.

Por esta razón, se puede concluir que, el análisis del poder de mercado en una fusión, no sólo se realiza en base a las cuotas de participación del mercado por parte de las empresas involucradas, sino que además éste siempre es completado por el análisis de barreras de entrada y/o existencia de competencia potencial. Este análisis faculta a las autoridades antimonopolio establecer si el poder de mercado, objeto de análisis, se ve aumentado o bien simplemente puede ser desafiado por otros sujetos del mercado implicado. No obstante, una vez realizado en profundidad el análisis mediante un exhaustivo estudio acerca del mercado relevante, en muchas ocasiones, el producto no es el objeto fundamental de la operación, sino las características del mercado. Hecho que ha sido ratificado por los numerosos fallos del TDLC, en donde se aprecia la imperiosa necesidad

¹⁶⁴ Haciendo referencia a los casos D&S/Falabella y Terpel/Shell. Para los que el Tribunal rechazó de facto la operación atendiendo al análisis practicado en donde se constaba el amplio poder de mercado alcanzado por las partes en la operación, en cuyo caso, no hubiese sido posible el ingreso de nuevos competidores que lo regulasen.

¹⁶⁵ Así, por ejemplo “*Una empresa no puede tener poder de mercado monopolístico a menos que el mercado esté protegido por barreras a la entrada de significancia*”, de United States v. Microsoft Corp. 2001, traducción libre de “*a firm cannot possess monopoly power in market unless that market is also protected by significant barriers to entry*”.

por definir el mercado relevante y sus características a la hora de analizar una fusión. Sin embargo, en años recientes, la FNE y el TDLC han cambiado de un enfoque estático a una evaluación más dinámica y perspectiva de los mercados relevantes¹⁶⁶, favoreciendo el uso de evidencia económica¹⁶⁷.

A continuación, puede darse el caso en que el Tribunal carezca de la información y antecedentes requeridos para definir un mercado relevante en específico, señalando éste como imposible de analizar. Este problema viene dado por la complejidad de establecer un análisis económico cuantitativo de la fusión, dado que las autoridades, no solo se enfrentan a la falta de estadísticas públicas suficientes para desarrollar sus análisis, sino que, además, deben confiar, en gran medida, en los antecedentes aportados. Con referencia a esto, las autoridades no cuentan con facultades para obligar a los particulares o interesados, o a compañías de investigación de mercados, a suministrar información requerida, dado que no existen sanciones específicas para el suministro de información inexacta o falsa¹⁶⁸.

Ante esta situación, resulta sorprendente que el Tribunal haga uso de una definición intuitiva para determinarlo como relevante. Aun así, el TDLC, respaldó su postura, mediante documentación de las características, precios, usos y preferencias de los consumidores. Esta parte entiende que, ante esta clase de situaciones, es la razón por la cual el Tribunal opta por llevar a cabo un análisis más cualitativo que cuantitativo del mercado relevante. Sin embargo, la ausencia de un análisis cualitativo desemboca en una posición más restrictiva por parte del Tribunal, con la finalidad de poner a prueba la operación¹⁶⁹.

A lo largo de la historia de la libre competencia de Chile, las autoridades antimonopolio no han sabido ahondar en los criterios necesarios para definir los límites del mercado relevante, en cuyo caso, podrían definirse como la ausencia de pocas o inexistentes barreras de entrada dentro de los mismos o la existencia de potenciales competidores. Ante esta ausencia de límites, se hace necesaria la aplicación de medidas de mitigación que protejan la libre competencia.

¹⁶⁶ La contribución de Chile a Comité de Competencia de la Mesa Redonda, OCDE, “Definición de Mercado”, 11 de octubre de 2012, p. 19. La Guía de la FNE sobre Concentraciones de la FNE también indica que la FNE considera la dimensión temporal del mercado relevante.

¹⁶⁷ Ver OCDE, Informe del Secretariado “Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile”, 2014, p. 44.

¹⁶⁸ Ver OCDE, Informe del Secretariado “Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile”, 2014, p. 44.

¹⁶⁹ Por ejemplo, el caso Anagra/Soquimich, en el que el TDLC se refirió exclusivamente al mercado de fertilizantes.

No obstante, los criterios empleados a lo largo del tiempo por las autoridades antimonopolio han sido fundamentales y de vital importancia a la hora de establecer un estándar que permita definir lo que hoy se entiende por mercado relevante en una fusión. Cabe hacer mención que, de seguir un criterio más estructuralista, la definición del mercado relevante cobraría mucha más importancia dentro del análisis. Sin embargo, hoy día, las autoridades antimonopolio establecen que, en caso de determinar un alto poder de mercado entre las empresas objeto de fusión, y que esta concentración no sea susceptible de contrarrestarla con medidas de mitigación u otros remedios, la fusión será rechazada *de facto*.

En caso de establecer un enfoque más equidistante de las eficiencias de la fusión, el poder de mercado alcanzado tras la fusión estaría revestido de una menor importancia según si la operación fuese aprobada o rechazada¹⁷⁰.

CAPITULO VI: SITUACIÓN ACTUAL

6.1. CHILE UNA ECONOMÍA DE MENOR TAMAÑO

Chile es una economía pequeña donde no se requiere de un control muy estricto de fusiones y operaciones de concentración. Esto es debido a que sus mercados tienden naturalmente a ser más concentrados que aquellos de mayor tamaño, a diferencia de lo que sucede con Estados Unidos o los países más grandes de la Unión Europea. En alusión a esto, existe una diferencia natural en la concentración entre economías de distinto tamaño. Esta diferencia radica en la escala mínima eficiente de producción, lo que significa que, en una economía, cuanto mayor sea esta, más empresas podrán ingresar al mercado y por tanto habrá una menor concentración¹⁷¹.

Con referencia a lo anterior, cabe hacer especial mención a la relación inversa entre tamaño de mercado y concentración, como elemento esencial para justificar una política de control de fusiones más suave. A la hora de analizar una fusión, es preciso tener en consideración, además del grado de concentración, el efecto que ésta va a suponer en el mercado. Por ejemplo, cuando se analiza una fusión de largo plazo, también debe considerarse los efectos que ésta puede ocasionar en el corto plazo. Como consecuencia,

¹⁷⁰ Dicho esto, la importancia a la hora de determinar el mercado relevante disminuye.

¹⁷¹ Ver GONZÁLEZ, Aldo y HUNEEUS, Federico, "Hacia un sistema de Control Preventivo de Fusiones para Chile", Trabajos de Investigación en Políticas Públicas TIPS No. 19, abril, 2011, p. 2.

esto puede dar origen a graves resultados en los mercados más pequeños, si es que inicialmente existe un mayor grado de concentración. Por otro lado, hay que analizar la relación inversa entre tamaño de mercado y concentración¹⁷². En este caso, el resultado son las barreras endógenas de entrada. Este fenómeno no es válido para todos los mercados y requiere de un determinado umbral de tamaño, mientras que el grado de concentración se mantiene independiente sin importar el tamaño del mercado¹⁷³. Tal y como sucede con ciertos sectores del mercado, en donde a medida que la demanda crece, la oferta no se ajusta por el ingreso de nuevas empresas, sino por el aumento en los gastos de publicidad, de esfuerzo de ventas o de investigación y desarrollo de las empresas existentes¹⁷⁴.

A pesar de todo, no existe un argumento válido a la hora de establecer un estándar de análisis específico para economías de menor tamaño, como es el caso de Chile. Esto quiere decir, que a pesar de que cada país cuente con sus particularidades especiales, tales como el tamaño, sus consumidores o las barreras de entrada, etc., la metodología empleada para el análisis de fusiones no tiene por qué ser universal y por tanto no viene circunscrita por el tamaño de la economía del país.

6.2.SITUACIÓN ACTUAL

Según datos trimestrales recopilados por la firma Transactional Track Record, la actividad de fusiones y adquisiciones (M&A, por sus siglas en inglés), sólo durante el tercer trimestre de 2017, se registraron un total de 60 operaciones, de las cuales 27 tienen un importe no confidencial que suman aproximadamente USD 2.556m. Estas cifras suponen un aumento del 17,65% en el número de operaciones y un decremento del 58,58% en el importe de las mismas, en comparación al mismo periodo de 2016¹⁷⁵.

Por otro lado, solo durante el año 2016, se registraron un total de 225 operaciones, de las cuales 131 sumaban un importe no confidencial de USD 22,867m. Estos datos se diferencian a los de 2015, en los que se contabilizaron 189 operaciones con un importe

¹⁷² Ver DICK, A., 'Market Size, Service Quality and Competition in Banking', Journal of Money, Credit and Banking, 2007, pp. 49-81; y ELLICKSON, P. "Supermarkets as a Natural Oligopoly" Economic Inquiry, Vol 51 N°2, 2013, pp. 1142-1154.

¹⁷³ Sutton, J., "Sunk Cost and Market Structure: Price Competition, Advertising, and the evolution of Concentration". Cambridge, MIT Press, 1991.

¹⁷⁴ Ver GONZALEZ, Aldo y HUNEEUS, Federico, "Un Sistema de Control Preventivo de Fusiones para Chile", Cámara de Diputados, marzo 2015, p.5.

¹⁷⁵ TTR, Informe Tercer Trimestre Chile.

no confidencial de USD 8,674m (de 89 operaciones), lo cual supuso un aumento del 163,63% en el capital movilizado respecto al año 2015.

La mayoría de la actividad registrada el año pasado correspondió a la categoría de “*mercado bajo*”, es decir, que su valor fue inferior a US\$100 millones, con un total de 94 operaciones.

En “*mercado medio*” (entre US\$100 millones y US\$500 millones) se observaron 22 transacciones y en el segmento “*mercado alto*” se dio 15 acuerdos de esta naturaleza.

Entre los trimestres destacó el comprendido entre octubre y diciembre, periodo en que se registró un total de 72 fusiones y adquisiciones, de las cuales 43 operaciones suman un monto no confidencial de US\$6.101 millones¹⁷⁶.

Ahora bien, se pueden establecer diferentes puntos de vista a la hora de interpretar la información proporcionada. En primer lugar, ello puede significar que el aumento de las fusiones durante el último año, a pesar del bajo importe de las mismas, sea consecuencia de la necesidad de las empresas por perfeccionar una fusión, a sabiendas de la Ley N° 20.945, y de este modo evitar las severas medidas a las cuales se arriesgan y a un control preventivo tras su recién entrada en vigor el pasado mes de junio. No obstante, si bien es cierto, puede darse la situación optimista, en la cual no haya relación alguna entre dicho aumento en las fusiones durante el último año y la entrada en vigor de la Ley N° 20.945, entendiendo como tal que, las empresas no necesariamente tuviesen la necesidad de adelantar y apresurar una eventual fusión futura, por lo que solo sería un hecho coincidente en el transcurso natural de las circunstancias económicas.

CAPÍTULO VII: CONCLUSIONES

Esta investigación tiene por finalidad, servir como herramienta para la comparación en profundidad del sistema de control voluntario de fusiones y su posterior derogación tras la reforma del D.L. N° 211 con motivo de la entrada en vigor de la Ley N° 20.945 por la cual se implementó el vigente control obligatorio de fusiones, así como establecer una guía para entender la tendencia del estándar y criterios empleados por las autoridades antimonopolio tanto a nivel local como comparado. Este trabajo analiza de forma general el sistema de control de fusiones existente en Chile, sus alternativas probadas a nivel

¹⁷⁶ TTR, Informe Anual 2016 Chile.

internacional, y la entrada en vigor del nuevo sistema de control; se han revisado los diferentes estándares empleados atendiendo a las circunstancias del momento e identificando de este modo los riesgos y eficiencias para el mercado resultantes de una fusión.

A partir de este trabajo, se puede comprobar que la reforma legal del D.L. N° 211 se crea con el objeto de limitar el poder fáctico de los grandes actores en Chile, el cual ha sido objeto de discusión política durante los últimos años. Esta reforma, ha sido el resultado de un objetivo político bastante difícil de alcanzar, no solo por tratarse de un área técnica complicada, sino que además está orientada a inquietudes propias y específicas como lo es el ámbito de la libre competencia.

Así, se logra establecer que los mercados de Chile son poco profundos y extremadamente concentrados, con muy pocos actores donde en muchas ocasiones pertenecen a pocos grupos económicos. Es por ello por lo que se hizo necesario llevar a la ley las preocupaciones de la gente sobre la incertidumbre que provocaba el control voluntario de fusiones, provocando situaciones contrarias a la libre competencia y pocas situaciones mitigadoras que se ajustasen a la realidad del país tras la fusión. Por ejemplo, las vulneraciones a la libre competencia hicieron urgente la necesidad de idear sanciones penales más severas para su protección, con el objeto de evitar que causas como estas fuesen resueltas por medidas ineficaces como las multas de valor fijo. A todo lo anterior había que sumarle la consideración que tenían las empresas a la hora de hacer frente a estas sanciones, las cuales ya contaban con un presupuesto establecido para el pago de las mismas, dando lugar a la ineffectividad e inutilidad con la cual se creó la ley.

Por tanto, la Ley N° 20.945 es el producto de una sucesión de hechos que ocasionaron la indignación generalizada tras la difusión pública de casos de colusión en el mercado chileno, así como el estudio llevado a cabo por la OCDE en 2014 sobre el régimen de control de concentraciones, lo que motivó finalmente al legislador a modificar el Decreto Ley N° 211/1973. Se puede concluir que, a la luz de un análisis crítico, la reforma reporta la utilidad necesaria para entenderse nominalmente como “*un perfeccionamiento*” en la materia, revistiendo al actual sistema de control de fusiones de claridad y certeza. Con todo, se logra justificar la necesidad de la entrada en vigor de la vigente normativa para establecer que no ha de llevarse una política orientada única y exclusivamente a los derechos y libertades de las empresas. Es aquí donde a veces se olvida que existen dos

valores fundamentales en la Libre Competencia, la eficiencia económica y la protección de los consumidores, quienes estos últimos hasta no hace mucho reclamaban una actuación regulatoria *a priori*, de naturaleza administrativa, de parte de los órganos del estado encargados de velar por la libre competencia. Por consiguiente, se puede afirmar que se hace patente la necesidad de la reciente entrada en vigor de la Ley N° 20.945, una nueva legislación moderna y ajustada a la realidad actual, que no sólo contempla una regulación y un programa de control eficiente de las operaciones de concentración en general, sino que además también atiende específicamente a las particularidades de cada tipo de fusión.

La creación de este nuevo sistema de control de fusiones es el resultado de las consecuencias nocivas estudiadas y originadas por la ausencia de éste, con el propósito de proteger la libre competencia y evitar el abuso de poder en el mercado. No obstante, como ya se ha estudiado, cabe destacar que, tanto la legislación norteamericana como la europea llevan varios años perfeccionándose y ajustándose a las fluctuaciones de la economía y a las tendencias de los negocios a lo largo de las épocas, y por ello han sido un gran ejemplo que seguir para el desarrollo de esta nueva ley, brindándole al sistema chileno de transparencia, seguridad jurídica y predictibilidad, elementos clave para un eficaz sistema de control y el desarrollo de la libre competencia.

A diferencia de otros estudios realizados en este ámbito, el presente trabajo puso verdadero énfasis en consolidar el estándar y criterios en virtud de los cuales las autoridades antimonopolio se rigen a la hora de analizar una fusión, así como la evolución de la misma mediante el análisis y puesta en común de las resoluciones y sentencias más relevantes. Trabajo que a juicio de esta parte poco se ha escrito, dando como resultado un estudio comparativo de la tendencia de las decisiones de los últimos años desde la creación de los primeros organismos de defensa de la libre competencia hasta las recientes sentencias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

El análisis anterior permitió concluir que las decisiones establecidas por las autoridades antimonopolio son en muchas ocasiones, bien distintas entre sí, empleando cada uno un análisis específico para cada caso, dando lugar a fallos muy desiguales entre ambas. Lo más importante es que, aun existiendo lineamientos generales a seguir, las particularidades de cada caso deben ser evaluadas punto por punto, dando lugar a resultados diferentes dependiendo de cada caso.

Por ejemplo, si bien se ha criticado en muchas ocasiones el método de análisis utilizado por el TDLC en distintos fallos, se puede afirmar que, para el estudio de un mercado relevante objeto de fusión no hay respuestas cien por ciento correctas. Obviamente existen lineamientos generales, ya estudiados, y han de seguirse, pero más allá de algunas consideraciones mínimas, las particularidades de cada caso dictan en gran medida la visión que se debe adoptar para un buen estudio de cada caso en concreto.

El vigente sistema de control de fusiones reviste de mayor seguridad la libre competencia, pero, aun así, continúa siendo preciso y necesario preocuparse por sobre las consecuencias nocivas que una fusión pueda dar como resultado. Esto es porque la acumulación excesiva de poder económico en un solo agente puede dar como resultado situaciones catastróficas para un mercado o incluso una economía entera, si es que se da un abuso de ésta como resultado de la operación. No obstante, hasta el momento, la reforma del Decreto Ley N° 211/1973, ha permitido a las fusiones, ser seleccionadas, notificadas y analizadas de manera oportuna, eficaz y predecible, para beneficio de los consumidores y la eficiencia económica. Pero no hay que olvidarse, que el objetivo del control de fusiones no es otro que evaluar el impacto de éstas en la competencia.

Aun así, uno de los problemas fundamentales de la economía chilena es la acumulación de poder existente hoy en las manos de muy pocos, pero poderosos grupos económicos. Esto ha ido dando como resultado la acumulación en el tiempo de un mayor poder económico, restringiendo el acceso a nuevos competidores, dadas las barreras de entrada que se están formando, atentando y limitando la libre competencia. A juicio de esta parte, se debe de alguna forma, limitar este poder económico, que lamentablemente viene ligado con las fuerzas políticas del país.

Para concluir, la entrada en vigor de esta nueva ley constituye un gran paso para el desarrollo de la libre competencia en Chile. Esto ha provocado un control más exhaustivo de aquellos poderosos agentes económicos en Chile por parte de la FNE, limitándoles la adquisición de un mayor poder económico, y asegurando de este modo el sano desarrollo de la libre competencia en Chile.

BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN:

- Decreto Ley N° 211, de 1973 (D.L.211).
- Ley N° 18.118, Legisla sobre el ejercicio de la actividad de martillero público.
- Ley N° 18.168, Ley general de telecomunicaciones.
- Ley N° 18.840, Ley orgánica constitucional del banco central de Chile.
- Ley N° 19.039, Ley de propiedad industrial.
- DS. N° 177, de 1981, de economía, fomento y reconstrucción, reglamento de la ley N° 19.039, ley de propiedad industrial.
- Ley N° 19.542, establece normas sobre modernización del sector portuario estatal.
- Ley N° 19.545, crea un sistema de certificación oficial de conformidad de exportaciones.
- Ley N° 19.733, Ley de libertad de opinión e información.
- Ley N° 20.169, Regula la competencia desleal.
- DFL N° 4/20.018, Ley general de servicios eléctricos.
- DFL N° 323, de 1931, de interior, ley de servicios de gas.
- DFL N° 382, de 1988, de obras públicas, ley general de servicios sanitarios.
- D.L.N° 2.757 de 1979, del ministerio del trabajo, normas sobre asociaciones gremiales.
- DS N° 104/1998, de transportes. Reglamento de procesos de licitación pública de las empresas portuarias.
- DFL N°1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211, de 1973, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 7 de marzo de 2005.
- Reglamento sobre la notificación de una operación de Concentración, 1 de junio de 2017.
- Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo.
- Reglamento (CE) N° 802/2004 de la Comisión.
- U. S. Department of Justice, Antitrust Division, “Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies”, 2011.

REFERENCIAS:

- AGUILAR LÁMBARRY, Hanni Angélica, “Contabilidad de sociedades”, Ed. Distrito Federal, Grupo Editorial Patria, 2016.

- AGÜERO VARGAS, Francisco, “Rol de las medidas de mitigación o condiciones impuestas para aprobar operaciones de concentración: Un análisis aplicado al sector retail”, Editorial Abeledo Perrot, 2010.
- ARECHETA BALETA, Rodolfo, “Fundamento Jurídico y Económico de las Medidas de Mitigación Impuestas por el Tribunal De La Libre Competencia en Procesos Consultivos: Análisis Y Sistematización”, Tesis, Repositorio Universidad de Chile, Santiago, 2015, [link disponible](#) (Última visita, 30 de noviembre de 2017).
- ARAVENA GAMBOA, Camilo, “Análisis Jurisprudencial acerca de las Medidas de Mitigación para Aprobar Operaciones de Concentración o Fusión de Empresas por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia entre los años 2010-2013”, Tesis, Repositorio Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2013, [link disponible](#) (Última visita, 30 de noviembre de 2017).
- BERNEDO, Patricio, “Historia de la Libre Competencia en Chile 1959-2010”, FNE, junio 2010, [link disponible](#) (Última visita, 30 de noviembre de 2017).
- BELMAR BARRIENTOS, Francisco, “Remedios en la Libre Competencia”, Tesis, Repositorio Universidad de Chile, Santiago, 2016, [link disponible](#) (Última visita, 30 de noviembre de 2017).
- BORDOLI, Carla y VAN DER VOORDE, Sander, “Las Fusiones de Conglomerado en el sector retail: Lo grande no es malo”, Abeledo Perrot, 2010.
- CAÑIZARES, Enrique y DOMÍNGUEZ, Daniel, “Remedios estructurales en control de concentraciones: un análisis coste–beneficio”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, España, 2008.
- CASES, Luis y MENOR, Javier, “Reacción ante los incumplimientos de compromisos y soluciones. La valoración a posteriori de la efectividad de los remedios”, Fundación Rafael del Pino y Marcial Pons, 2008.
- CAVIEDES PAÚL, Cristóbal, “Sistema de Control Preventivo de Fusiones en Derecho Comparado”, Tesis, Repositorio Universidad de Chile, Santiago, 2012, [link disponible](#) (Última visita, 30 de noviembre de 2017).
- DE LA LUZ DOMPER, María, TARZIJAN, Jorge, “Operaciones de concentración horizontal”, Thompson Reuters Puntolex, Santiago, 2011, [link disponible](#) (Última visita, 30 de noviembre de 2017).

- DICK, Astrid A., “Market Size, Service Quality and Competition in Banking”, *Journal of Money, Credit and Banking*, 2007, [link disponible](#) (Última visita, 30 de noviembre de 2017).
- FARIÑAS, José Carlos, “SUTTON, J., Sunk Cost and Market Structure: Price Competition, Advertising, and the evolution of Concentration”, Cambridge: MIT Press, 1991, [link disponible](#) (Última visita 30 de noviembre de 2017).
- Ilustre Colegio de Abogados A.G., Comisión de Libre Competencia, “Informe Comisión de Libre Competencia del I. Colegio de Abogados”, mayo 2012, [link disponible](#) (Última visita, 30 de noviembre de 2017).
- Ilustre Colegio de Abogados A.G., Comisión de Libre Competencia, “Comentarios al Proyecto de Ley que modifica la Legislación sobre Defensa de la Libre Competencia”, mayo 2015, [link disponible](#) (Última visita, 30 de noviembre de 2017).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, “Curso De Derecho Administrativo”, 10a Ed., Thomson Civitas, 2006.
- GARCÍA Pérez Mercedes. “Dominancia vs. Disminución Sustancial de la Competencia, ¿Cuál es el criterio más apropiado?: aspectos jurídicos”, Centro de Política de la Competencia, N. 3, Madrid, 2002.
- GALETOVIC, Alexander y SANHUEZA, Ricardo, “Un análisis económico de la fusión entre D&S y Falabella”, Informe en Derecho, noviembre 2007.
- GONZÁLEZ, Aldo, “Análisis de los Riesgos Competitivos de la Fusión Anagra SQM-C”, Informe en Derecho, Universidad de Chile, 2009.
- GONZÁLEZ, Aldo y HUNEEUS, Federico, “Un Sistema de Control Preventivo de Fusiones para Chile”, Cámara de Diputados, marzo 2015.
- GONZÁLEZ, Aldo y HUNEEUS, Federico, “Un análisis económico de la fusión entre D&S y Falabella”, Trabajos de Investigación en Políticas Públicas, 13, abril, 2011.
- GONZÁLEZ, Aldo y HUNEEUS, Federico, “Hacia un Sistema de Control Preventivo de Fusiones para Chile”, Departamento de Economía U. de Chile, abril 2015.
- GONZÁLEZ, Aldo y BENÍTEZ, Daniel, “Pre-Merger Notification Mechanisms: Incentives and Efficiency of Mandatory and Voluntary Mechanisms”, 2008, , [link disponible](#) (última visita, 29 de noviembre de 2017).

- IRARRÁZABAL PHILIPPI, Felipe, “El Sistema Chileno de Defensa de la Libre Competencia”, FNE, junio 2010, [link disponible](#) (Última visita 30 de noviembre de 2017).
- JOSKOW, Paul L. Y Noll, Roger C., “Regulation In Theory And Practice: An Overview”, Yale University Press, 1997, [link disponible](#) (Última visita, 30 de noviembre de 2017).
- LANDES, William y POSNER, Richard. “Market power in antitrust cases”, en HLR N°5, volumen 94, marzo 1981, [link disponible](#) (Última visita, 30 de noviembre de 2017).
- LEVY-DABBAH, Simón, “Globalización Económica”, Ediciones Fiscales ISEF, 1ª Edición, junio 2003.
- LIZANA, Claudio y PAVIC, Loreana, “Control Preventivo de Fusiones y Adquisiciones frente a la Legislación Antimonopolios”, Revista Chilena de Derecho, vol. 29 N°3, 2002, [link disponible](#) (Última visita, 30 de noviembre de 2017).
- MANKIW, N. Gregory, “Principios de Economía” 2ª edición, McGraw-Hill Interamericana de España, 2002.
- MARTÍNEZ LAGE, Santiago y PETITBÒ, Amadeo (dir.), “Remedios y sanciones en el derecho de la competencia”, Fundación Rafael del Pino y Marcial Pons, 2008, [link disponible](#) (Última visita, 30 de noviembre de 2017).
- MASHAW, J. L., Greed, “Chaos, And Governance. Using Public Choice To Improve Public Law”, Yale University Press 1997, [link disponible](#) (Última visita, 30 de noviembre de 2017).
- MONTT, Paulo y NEHME, Nicole, “Libre competencia y retail. Un análisis crítico”, Legal Publishing Chile, 2010.
- MONTT OYARZÚN, Santiago, Informe en Derecho: “Incumplimiento de una condición impuesta por el TDLC en una resolución que aprueba una operación de concentración”, Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2011.
- MONTT OYARZÚN, Santiago, “Condiciones Impuestas por El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el Marco de una Operación de Concentración en el Derecho Chileno”, Anuario de Derecho Público UDP, 2011, [link disponible](#) (Última visita, 30 de Noviembre de 2017).

- NEHME ZALAUQUETT, Nicole, “Sesión ante la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados”, abril de 2012.
- NEHME ZALAUQUETT, Nicole y MORDOJ, Benjamín, “Diseños Institucionales de Control de Concentraciones: Análisis y Propuestas”, Estudios Públicos, 2012.
- OCDE, “A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy”, 1980.
- OCDE, “Policy Brief Mergers and Dinamic Efficiencies”, 2008, [link disponible](#) (Última visita, 30 de noviembre de 2017).
- OCDE, Informe del Secretariado, “Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile”, 2014, [link disponible](#) (Última visita, 30 de noviembre de 2017).
- PAREDES, R., “Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolios en Chile”, Centro de Estudios Públicos, 1995, [link disponible](#) (Última visita, 30 de noviembre de 2017).
- PELLEGRINI, Julio y Cía., Ilustre Colegio de Abogados A.G., Comisión de Libre Competencia, “Comentarios al proyecto de ley que modifica la legislación sobre defensa de la libre competencia que actualmente se tramita ante el senado”, 15 de enero de 2016, [link disponible](#) (Última visita, 30 de noviembre de 2017).
- PERA CZOLLAK, Paula Francisca, “Operaciones de concentración de Conglomerado en Chile – Riesgos de la concentración económica intermercados”, Tesis, Repositorio Universidad de Chile, Santiago, julio 2016, [link disponible](#) (Última visita, 30 de noviembre de 2017).
- PINARES ALVARADO, María Elena, “La Utilización de la definición del Mercado Relevante en las Operaciones de Concentración”, Tesis, Repositorio Universidad de Chile, Santiago, 2015, [link disponible](#) (Última visita, 30 de noviembre de 2017).
- PwC Chile, “Estudio sobre Fusiones y Adquisiciones”, 2017, [link disponible](#) (Última visita, 30 de noviembre de 2017).
- SABOGAL BERNAL, Luis Fernando, “Evolución y desarrollo del Criterio Sustancial de Evaluación de Las Concentraciones Empresariales en el Derecho Comunitario Europeo”, Revist@ - Mercatoria, Vol. 7, Nº 1, 2008, [link disponible](#) (Última visita, 30 de noviembre de 2017).

- SÁNCHEZ, Jon Manuel, “Derecho Comercial – Reorganización de sociedad – transformación y fusión” , [link disponible](#) (Última consulta, 29 noviembre 2017).
- TORRES, Pablo, “La potestad Consultiva en el Derecho de la Competencia”, Informe en Derecho, Regcom, Universidad de Chile, 15 de octubre de 2014.
- TRONCOSO GARCÍA, Gloria, “Fenómenos Societarios”, Corporación Unificada Nacional de Educación Superior Santa Marta D.T.C.H., septiembre 2010.
- Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y Centro de Libre Competencia UC, “La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario”, Thomson Reuters, 2011, [link disponible](#) (Última visita, 30 de noviembre de 2017).
- TTR, “Informe Anual 2016 Chile”, [link disponible](#) (Última visita, 30 de noviembre de 2017).
- TTR, “Informe Tercer Trimestre Chile”, en línea, [link disponible](#) (Última visita, 30 de noviembre de 2017).
- UGARTE SOTO, Alfredo, “Facilidades Esenciales y Abuso de Posición Dominante”, Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, 2013, pp. 233-268, disponible [link disponible](#) (Última visita, 30 de noviembre de 2017).
- VALDÉS PRIETO, Domingo, “Transgresiones al Decreto Ley 211 en la Dictación de Resoluciones que aceptaron a un trámite una consulta y denegaron conocer un Acuerdo Extrajudicial Celebrado entre FNE y LAN”, Informe en Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2011.
- VALDÉS PRIETO, Domingo, “Independencia de la Fiscalía Nacional Económica: Una proposición para garantizarla”, En Foco, Expansiva, 2007, [link disponible](#) (Última visita, 30 de noviembre de 2017).

GUÍAS:

- FNE, “Guía de Competencia”, junio 2017, [link disponible](#) (Última visita, 30 de noviembre de 2017).
- FNE, “Congreso aprueba reformas al D.L.Nº 211”, publicación, 8 de julio de 2016, [link disponible](#) (Última visita, 30 de noviembre de 2017).
- FNE, “Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración”, octubre 2012, [link disponible](#) (Última visita, 30 de noviembre de 2017).

- BUNDESKARTELLAMT, “Guidance on Remedies in Merger Control”, English Version Public Consultation, mayo 2017, [link disponible](#) (Última visita, 30 de noviembre de 2017).
- ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, “Clayton Act, 15 U.S.C.”, 15 de octubre de 1914, [link disponible](#) (Última visita, 30 de noviembre de 2017).
- Reino Unido, Competition Commission, “Merger Remedies: Competition Commission Guidelines”, 2008, [link disponible](#) (Última visita, 30 de noviembre de 2017)

JURISPRUDENCIA:

COMISIÓN PREVENTIVA

- Comisión Preventiva, Dictamen N° 1173, Presentación del Diputado Sr. Waldo Mora Longa sobre enajenación de acciones de Edelnor S.A., 30 agosto de 2001.
- Comisión Preventiva, Dictamen N° 992, Consulta del Sr. Ministro Presidente de la Comisión Nacional de Energía 25 de noviembre de 1996.
- Comisión Preventiva, Dictamen N° 1089, Denuncia de las empresas Dynamic S.A., e Importadora Austral S.A. en contra de la Sociedad Brother International de Chile Ltda., 26 de noviembre de 1999.

COMISIÓN RESOLUTIVA

- Comisión Resolutiva, Resolución N° 73/1980, Fusión entre Cementos Bío–Bío y Cemento Cerro Blanco de Polpaico, 16 de abril de 1980.
- Comisión Resolutiva, Resolución N° 76/1980, Consulta de Sociedad Aceite y Alcoholes Patria S.A., 28 de mayo de 1980.
- Comisión Resolutiva, Resolución N° 86/1980, Consulta de Sociedad Hucke Industrias Alimenticias S.A.C. y Fábrica de Confites y Galletas Mc Kay S.A., Hucke y Mc Kay, 22 de octubre de 1980.
- Comisión Resolutiva, Resolución N° 445/1995, LAN S.A y LADECO S.A., 10 agosto 1995.
- Comisión Resolutiva, Resolución 667/02, instrucción sobre contratación a empresas distribuidoras de electricidad, 30 de octubre de 2002.
- Comisión Resolutiva, Resolución N° 723, FNE en contra de Lan Chile S.A. y Lan Express, 30 de enero de 2004.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- TDLC, Resolución N° 1/2004, NC 02–04, Consulta de Liberty Comunicaciones de Chile Uno Ltda., y Cristal Chile Comunicaciones S.A., sobre eventual fusión de metrópolis Intercom y VTR S.A., 25 de octubre de 2004.
- TDLC, Sentencia N° 29/2005, Don Carlos Chaguán y Cía Limitada contra Transbank S.A., 12 septiembre 2005.
- TDLC, Resolución N° 2/2005, Fusión Entre Telefónica Móviles S.A Y Bellsouth S.A., 04 de enero de 2005.
- TDLC, Resolución N° 8/2005, Consulta de la Empresa Eléctrica del Norte Grande (EDELNOR) sobre revisión del Dictamen N° 1173 de la Comisión Preventiva Central, 30 de junio de 2005.
- TDLC, Resolución N° 16/2006, Consulta de Exxonmobil sobre acuerdo de Distribución, 31 de enero de 2006.
- TDLC, Resolución N° 12/2006, Solicitud de Asilfa A.G. sobre modificación de Resolución N° 634 de la Comisión Resolutiva, 13 de junio de 2006.
- TDLC, Sentencia N° 41/2006, Fundación Chile Ciudadano y otro contra Car S.A., 27 de junio de 2006.
- TDLC, Resolución N° 20/2007, Consulta de GLR Chile Ltda. sobre compra de la totalidad de las acciones de Iberoamerican Radio Chile S.A., 27 de julio de 2007.
- TDLC, Resolución N° 22/2007, Consulta de Endesa y Colbún sobre proyecto Aysén, 19 de octubre de 2007.
- TDLC, Sentencia N° 57/2007, Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Isapre ING S.A. y otros, 12 de julio de 2007.
- TDLC, Sentencia N° 59/2007, Demanda de Knop Ltda. contra Maver Ltda., 9 de octubre de 2007.
- TDLC, Sentencia N° 61/2007, Transportes Delfos Ltda. contra de SCL Terminal Aéreo Santiago S.A., de Empresa de Transportes Rurales Ltda. y de Transportes Centropuerto Ltda., 27 de diciembre de 2007.
- TDLC, Resolución N° 24/2008, Consulta sobre fusión de D&S y Falabella, 31 de enero de 2008.
- TDLC, Resolución N° 23/2008, Consulta de ING S.A. sobre fusión de ING AFP Santa María S.A. y Bansander AFP S.A., 4 de enero de 2008.

- TDLC, Sentencia N° 75/2008, Demanda de Knop Ltda. contra Maver Ltda., 30 de septiembre de 2008.
- TDLC, Sentencia N° 86/2009, Demanda de ganaderas Río Baker Ltda. y Río Neff Ltda. contra Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A, 30 de julio de 2009.
- TDLC, Auto Acordado N° 12/2009, Sobre información relevante para el control preventivo de operaciones de concentración, 20 de marzo de 2009.
- TDLC, Resolución N° 31/2009, Fusión Entre Anagra S.A. Y Soquimich Comercial S.A, 9 de diciembre de 2009.
- TDLC, Sentencia N° 103/2010, Comercial Arauco Ltda. contra de D&S S.A., 08 de septiembre de 2010.
- TDLC, Sentencia N° 106/2010, 2 de diciembre de 2010.
- TDLC, Resolución N° 37/2011, Lan Airlines S.A y Tam Linhas Aéreas S.A, 21 septiembre 2011.
- TDLC, Resolución N° 34/2011, Fusión Entre Copec S.A., Consulta Sobre Participación en la Propiedad de Terpel Colombia, 26 de mayo de 2011.
- TDLC, Sentencia N° 109/2011, Rol C N° 193–09, Demanda de conservación patagónica Chile S.A. y otros contra Endesa S.A. y otros, 27 de enero de 2011.
- TDLC, Resolución N° 39/2012, Consulta de Organización Terpel Chile, relativa a la adquisición por parte de Quiñenco S.A. de los activos de las sociedades Petróleos Trasandinos S.A. y Operaciones y Servicios Terpel Limitada, 26 de abril de 2012.
- TDLC, Resolución N° 41/2012, Consulta de FNE relativa a la adquisición por parte de Radiodifusión SpA de concesiones de Radiodifusión de Comunicaciones Horizonte Ltda, 27 de septiembre de 2012.
- TDLC, Resolución N° 43/2012, Sociedades SMU S.A y Supermercados Del Sur S.A., 12 diciembre 2012.

CORTE SUPREMA

- Corte suprema, Rol N° 4578–2007, Consulta de GLR Chile Ltda. sobre compra de la totalidad de las acciones de Iberoamerican radio Chile S.A., resuelve reclamación contra resolución N° 22/2007, 22 de noviembre de 2007.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Tribunal Constitucional, Rol N° 1710–2010, 6 de agosto de 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol N° 1448–2009, 9 de septiembre de 2010.