



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE POSTGRADOS
MAGÍSTER EN DERECHO

SISTEMAS DE CONTROL PREVENTIVO DE FUSIONES EN DERECHO
COMPARADO

CRISTÓBAL CAVIEDES PAÚL
DIRECTOR: SANTIAGO MONTT OYARZÚN

Santiago, Chile
2012

	Página
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	
LAS FUSIONES U OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ANTE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA	5
1.1. Fusiones según el Derecho Comercial y Fusiones según el Derecho de Libre Competencia	5
1.2. Clasificación de las Operaciones de Concentración e Importancia para el Derecho de la Libre Competencia	6
1.3. Razones de su Análisis Preventivo y Rol de las Medidas de Mitigación, Condiciones o Remedios	12
1.4. Tipos de Sistemas de Control de Concentraciones	14
1.5. Sistema Chileno Actual de Control de Operaciones de Concentración y Principales Críticas	17
CAPÍTULO II	
EL CONTROL DE FUSIONES EN ESTADOS UNIDOS	21
2.1. Aspectos Generales	21
2.1.1. Diseño Institucional	21
2.1.2. Normativa Aplicable y Descripción General del Procedimiento	23
2.2. Procedimiento ante los Órganos Administrativos	25
2.2.1 Umbrales de Notificación	25
2.2.2. Formalidades de Notificación	27
2.2.3. Primera Etapa	29
2.2.4. Segunda Etapa	31
2.2.5. Medidas de Mitigación	34
2.3. Revisión de las Resoluciones de los Órganos Administrativos	35
2.4. Intervención de Terceros Interesados	39
2.5. Sanciones	40

CAPÍTULO III

EL CONTROL DE FUSIONES EN GRAN BRETAÑA

42

3.1. Aspectos Generales	42
3.1.1. Diseño Institucional	42
3.1.2. Normativa Aplicable y Descripción General del Procedimiento	45
3.2. Procedimiento ante los Órganos Administrativos	45
3.2.1. Primera Etapa: Revisión de la <i>Office of Fair Trading</i>	45
3.2.2. Notificación Formal (<i>Statutory Merger Notice</i>)	48
3.2.3. Notificación Informal (<i>Informal Submissions</i>)	49
3.2.4. Desarrollo de la Primera Etapa	49
3.2.5. Medidas de Mitigación	54
3.2.6. Participación Eventual del <i>Secretary of State</i>	56
3.2.7. Segunda Etapa: Revisión de la <i>Competition Commission</i>	57
3.3. Revisión de las Resoluciones de los Órganos Administrativos	60
3.4. Intervención de Terceros Interesados	64
3.5. Sanciones	65
3.6. Modificaciones Anunciadas por el Department for <i>Business, Innovation and Skills</i>	66

CAPÍTULO IV

EL CONTROL DE FUSIONES EN AUSTRALIA

68

4.1. Aspectos Generales	68
4.1.1. Diseño Institucional	68
4.1.2. Normativa Aplicable y Descripción General del Procedimiento	69
4.2. Procedimiento ante los Órganos Administrativos	71
4.2.1. Revisión Informal ante la ACCC	71
4.2.1.1. Revisión Informal de Operaciones Confidenciales	72
4.2.1.2. Revisión Informal de Operaciones	

Publicadas	73
4.2.2. Revisión Formal ante la ACCC	76
4.2.3. Medidas de Mitigación	80
4.3. Revisión de las Resoluciones por los Órganos Administrativos	81
4.4. Revisión Directa de Operaciones de Concentración por el <i>Australian Competition Tribunal</i>	86
4.5. Intervención de Terceros Interesados	90
4.6. Sanciones	91
CAPÍTULO V	
EL CONTROL DE FUSIONES EN LA UNIÓN EUROPEA	94
5.1. Aspectos Generales	94
5.1.1. Diseño Institucional	94
5.1.2. Normativa Aplicable y Descripción General del Procedimiento	95
5.2. Procedimiento ante los Órganos Administrativos	98
5.2.1. Umbrales de Notificación	98
5.2.2. Formalidades de Notificación	99
5.2.3. Primera Etapa	102
5.2.4. Segunda Etapa	105
5.2.5. Medidas de Mitigación	109
5.3. Revisión Judicial	110
5.4. Intervención de Terceros Interesados	113
5.5. Sanciones	114
CAPÍTULO VI	
CONVERGENCIAS OBSERVADAS EN DERECHO COMPARADO	116
6.1. Diseño Institucional y Densidad Normativa	116
6.2. Umbrales de Determinación del Riesgo De las Operaciones	119
6.3. Regulación de la Aprobación de la Operación, del Silencio Administrativo y de la Preclusión de Acciones	120
6.4. Posibilidad de Negociar Plazos y Medidas de Mitigación por parte de los Organismos Competentes	123

6.5. Facultad de Iniciar Contactos Previos con las Partes	124
6.6. Participación de Terceros en el Procedimiento	124
6.7. Cobro de Tasas a las Partes	125
6.8. Sanción a la Entrega de Información Falsa o Engañosa a las Autoridades	126
6.9. Importancia de la Estructura “Dual” o “Bifásica” del Control de Fusiones	127
6.10. Flexibilidad Procedimental	128
CONCLUSIONES	131
1. Establecer Procedimientos “Bifásicos” o “Duales” de Control Preventivo de Fusiones y Reforma de la Revisión Judicial	133
2. Necesidad de Flexibilidad Procesal	139
3. Mantención de la Preclusión de Acciones y Necesidad de Regular Específicamente el Silencio Administrativo	141
4. Limitar las Posibilidades de Participación de Terceros en el Procedimientos	145
5. Establecimiento de Umbrales de Notificación	147
6. Permitir a la Fiscalía Nacional Económica Negociar Medidas de Mitigación con las Partes	149
7. Regulación de Contactos Previos entre las Partes y la Fiscalía Nacional Económica	151
8. Establecer el Cobro de Tasas a las Partes	152
9. Evaluación de las Sanciones	153
10. Comentarios sobre la Nueva Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración de la FNE	155
BIBLIOGRAFÍA	159

RESUMEN

Por medio del presente trabajo, se busca comprender cuáles son los principales aspectos convergentes de la normativa que regula los procedimientos de control preventivo de concentraciones en Estados Unidos, Australia, Reino Unido y la Unión Europea, de manera de formular, en base a tales observaciones, una serie de propuestas *de lege ferenda* que permitan mejorar el desempeño del actual sistema chileno de control de fusiones.

Las principales fuentes de este trabajo fueron documentales, ocupando un lugar preponderante las guías e instructivos de los propios organismos reguladores de los Estados y organismos internacionales cuya institucionalidad se analizó; las investigaciones, estudios y documentos de trabajo de organismos internacionales con reconocida competencia en estas materias, tales como la OCDE y la *International Competition Network*; y por último, los libros y artículos académicos publicados por especialistas en derecho de la competencia.

Luego de revisar y describir en detalle cada una de las regulaciones comparadas, llegamos a la conclusión de que existen varios aspectos convergentes entre ellas que justificarían la eficiencia de su desempeño a la hora de controlar preventivamente una fusión u operación de concentración y que no se encontrarían presentes en Chile. Entre estos elementos, dos muy importantes serían la existencia de procedimientos administrativos estructurados en dos fases o etapas para revisar la operación, y la flexibilidad procedimental que se le reconoce a los órganos administrativos antimonopólicos, lo que les permitiría adaptar su análisis a las particularidades de cada concentración.

Con fundamento en estas conclusiones, realizamos una serie de propuestas normativas destinadas a mejorar la eficiencia del régimen chileno de control de fusiones, pronunciándonos también acerca de la recientemente publicada nueva “Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración” de la Fiscalía Nacional Económica.

INTRODUCCIÓN

Desde la reforma que se realizó a nuestro régimen jurídico de protección de la libre competencia en el año 2003, reforma que implicó el surgimiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”), tanto la comunidad jurídica como la ciudadanía se han vuelto crecientemente más conscientes de la importancia que reviste el derecho de la competencia para custodiar la eficiencia de los mercados y, por ende, promover el bienestar económico de la sociedad en su conjunto.

Dentro de las ramificaciones que implica el derecho de la competencia, uno de los aspectos más importantes es el mecanismo para controlar preventivamente operaciones de concentración que pueden ser anticompetitivas. La relevancia de esta materia radica en el hecho que determinados tipos de operaciones de concentración son capaces de generar efectos que transforman importantes cuotas de bienestar social en excedentes del productor y en *social waste*.

El control de operaciones de concentración no es para nada sencillo porque, como se encuentra empíricamente demostrado, los efectos anticompetitivos de una operación de concentración son prácticamente imposibles de deshacer una vez producida la misma, todo lo cual obliga a los órganos administrativos encargados de la supervigilancia del mercado, o a los tribunales, en su caso, a analizar *ex ante*, con toda la cuota de incertidumbre que ello conlleva, este tipo de operaciones.

Por otro lado, si bien existen operaciones de concentración altamente anticompetitivas, la gran mayoría no lo son. Más aún, este tipo de operaciones pueden ser altamente beneficiosas para los mercados ya que, debido a las economías de ámbito y de escala, junto con otras sinergias y ganancias de eficiencia, que generan en los procesos productivos de las empresas, pueden desarrollar incrementos de eficiencia transferibles a los consumidores.

La consideración de ambas perspectivas se deriva finalmente en que un adecuado régimen o sistema de control de operaciones de concentración debe ser capaz de detectar – y en lo posible impedir – las operaciones anticompetitivas, al mismo tiempo de permitir las operaciones pro-competitivas sin imponer costos administrativos excesivos.

Lamentablemente, la autoridad siempre tiene la desventaja de asimetría de información respecto de los participantes, por lo que el modo a través del cual se corrige dicha desventaja, en la medida de lo posible, es fundamental. Es aquí donde los distintos procedimientos de control de operaciones de concentración pasan a ser cruciales.

Si se toma en cuenta que la implementación de normativas e instituciones protectoras de la libre competencia que cumplen con estándares mundiales es relativamente reciente en Chile - y considerando también el interés que ha despertado la evaluación de las operaciones de concentración desde el caso D&S/Falabella hasta la fusión LAN/TAM – creemos que existen muchas aristas del derecho de la competencia que aún no han sido tratadas por la dogmática jurídica nacional.

En este sentido, creemos que un análisis comparado de los sistemas de control preventivo de operaciones de concentración en tres países anglosajones (Estados Unidos, Australia y Gran Bretaña) junto con la Unión Europea, permitirán, al compararlos con la situación chilena, determinar cuáles elementos presentes en dichos mecanismos podrían ser estudiados para mejorar el desempeño del sistema chileno.

Antes de introducir hipótesis, es necesario aclarar que, para los efectos de esta investigación, los criterios que se manejaron a la hora de elegir los países cuya institucionalidad sería objeto de análisis fueron dos: en primer lugar, que se tratase de países miembros de la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico) y, en segundo lugar, que apareciesen en los primeros lugares del *ranking rating enforcement* de la revista especializada *Global Competition Review*.

La elección de ambos criterios se basa en el hecho que tanto la pertenencia a la OCDE como la incorporación en el *ranking* de *Global Competition Review* son el resultado de procesos evaluados por expertos en materias de regulación y competencia, lo que les otorga altas dosis de credibilidad al interior de la comunidad jurídica.

Como hipótesis, sostenemos que la ventaja comparativa de los sistemas de control preventivo de operaciones de concentración en Estados Unidos, Gran Bretaña, Australia y la Unión Europea consiste principalmente en que son sistemas flexibles, con pluralidad de etapas de discusión y retroalimentación regulador/regulado, en que los órganos administrativos y jurisdiccionales pueden modular tanto la cantidad de información a ser proporcionada por los particulares intervinientes, como las eventuales medidas para mitigar potenciales efectos anticompetitivos. Todo ello permitiría hacer una depuración o *screening* entre las fusiones pro-competitivas versus las anticompetitivas, lo que a su vez permitiría una focalización más eficiente de los recursos públicos y un mayor énfasis en los casos graves.

Para estos efectos, nuestro trabajo se divide en seis capítulos: en el primero nos referiremos al marco teórico general que guiará toda la investigación, esto es, el concepto de operación de concentración, su importancia para el derecho de la competencia, sus principales clasificaciones, las razones de su análisis preventivo, el rol que cumplen las medidas de mitigación, los tipos de sistemas de control de fusiones, la estructura del sistema chileno actual de análisis de fusiones y las principales críticas al que actualmente se encuentra sujeto.

En los capítulos II, III, IV y V analizaremos, respectivamente, los mecanismos de revisión preventiva de concentraciones en los Estados Unidos de Norteamérica, Reino Unido, Australia y la Unión Europea, utilizando para ello un esquema estándar que, *grosso modo*, empieza tratando acerca del diseño institucional y da una explicación general, pasa luego a describir pormenorizadamente los procedimientos ante los órganos administrativos, sigue con la eventual revisión judicial de las

decisiones de dichos órganos, y finaliza con las sanciones aplicables a las concentraciones antijurídicas.

Por último, en el capítulo VI presentaremos nuestras conclusiones normativas, las que consisten en determinadas propuestas que a nuestro juicio, desde la perspectiva de *lege ferenda*, podrían aplicarse al procedimiento chileno con el objeto de mejorar su desempeño.

CAPÍTULO I

LAS FUSIONES U OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ANTE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

1.1. Fusiones Según el Derecho Comercial y Fusiones Según el Derecho de Libre Competencia

En derecho, la palabra “fusión” tiene distintas acepciones dependiendo de si se la utiliza en el ámbito del derecho comercial – más específicamente en el derecho de sociedades - o en el derecho de la libre competencia. Esto ocurre ya que, en el primer sentido, la definición se concentra sobre todo en la estructura jurídica del acto, mientras que en el segundo, a sus consecuencias económicas. Por lo tanto, el concepto de fusión en derecho de libre competencia es más amplio que el del derecho comercial y engloba al mismo, razón por el cual se le denomina también “operación de concentración” o, simplemente, “concentración”¹.

Como sabemos, para el derecho comercial, la definición de fusión se encuentra en el artículo 99 inciso 1º de la ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas, que dispone:

“La fusión consiste en la 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 de los accionistas de los entes fusionados.”

A diferencia de lo anterior, para el derecho antimonopólico, las fusiones, concentraciones u operaciones de concentración, citando a VALDÉS PRIETO, corresponden a²:

¹ VALDÉS PRIETO, Domingo. Libre Competencia y Monopolio. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006. pp. 530-532.

² Ibid.

“... una noción jurídica altamente flexible, que tiene la peculiaridad de capturar una gran amplitud de prácticas mercantiles, las que se caracterizan por estar constituidas por un conjunto de hechos, actos o convenciones cuyo objeto consiste en alcanzar eficiencia en una actividad empresarial mediante la adquisición de participaciones sociales (accionariales y no accionariales) o activos en general, cuya propiedad se hallaba en poder de competidores.”

Aunque parezca obvio, es preciso mencionar que, ya que el presente trabajo se refiere al derecho de la libre competencia y no al derecho mercantil, el concepto de fusiones que utilizaremos es el correspondiente a aquél y no a éste. La razón por la cual utilizaremos el concepto fusión indistintamente con los conceptos de operación de concentración o concentración, en lugar de limitarnos a ocupar estos últimos términos, es para efectos de mayor fluidez en la redacción del presente análisis.

1.2. Clasificación de las Operaciones de Concentración e Importancia para el Derecho de la Libre Competencia

Las operaciones de concentración se clasifican en tres tipos: **(i)** fusiones horizontales; **(ii)** fusiones verticales; y **(iii)** fusiones conglomerales o conglomerados. La importancia de esta clasificación radica en que determinadas concentraciones tienen mayores riesgos de producir efectos anticompetitivos que otras, siendo las fusiones horizontales las más peligrosas de todas.

Las fusiones horizontales consisten en la adquisición, por parte de un oferente, de las acciones, derechos sociales o activos de un competidor que participa en el mismo mercado y que produce un producto o servicio idéntico o sustituto al suyo³. O sea, ambas partes se encuentran exactamente en el mismo nivel de la cadena de producción. Ej. La fusión de dos empresas de calzado, dos firmas de electrodomésticos, etc.⁴

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

⁴ OCDE. 1998. A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy [en línea] <www.oecd.org> [consulta: 16 de noviembre de 2011] pp. 41-42.

La importancia de las operaciones de concentración horizontales para el derecho de la libre competencia radica en sus efectos, ya que toda fusión horizontal, independientemente de su estructura jurídica, disminuye el número de competidores en un mercado relevante determinado, incrementando por lo tanto los niveles de concentración existentes en el mismo.

Para la medición de los niveles de concentración, el indicador estándar suele ser el llamado “Índice Herfindahl Hirschmann” (“HHI”, por sus siglas en inglés), que consiste en una elevación al cuadrado y posterior suma de todas las participaciones de mercado de los oferentes. La escala de este índice, de menor concentración a mayor concentración, va desde cero hasta diez mil puntos⁵. En las recientemente reformadas *Horizontal Merger Guidelines* (“Guías de Concentraciones Horizontales”) de la *Federal Trade Commission* y del Departamento de Justicia de Estados Unidos, los mercados se clasifican en: **(i)** desconcentrados, que son aquellos cuyo HHI es inferior a 1.500 puntos; **(ii)** moderadamente concentrados, que son los que tienen un HHI que fluctúa entre los 1.500 y los 2.500 puntos; y **(iii)** altamente concentrados, que tienen un HHI superior a 2.500 puntos⁶.

En principio, el sólo hecho de que exista un aumento de concentración en un mercado relevante no es razón suficiente para prohibir una fusión. Más aún, las concentraciones pueden ser altamente beneficiosas para los mercados, ya que son capaces de generar una serie de sinergias y ganancias de eficiencia, tales como economías de ámbito y de escala, cuyos beneficios son transferibles a los consumidores, ya sea por un incremento de la calidad o la disminución del precio de los productos y servicios de dicho mercado relevante.

Es por estas razones que, en palabras de las ya citadas *Horizontal Merger Guidelines*:

⁵ VALDÉS PRIETO, Domingo. 2006. Libre Competencia y Monopolio. Op. Cit. pp. 534-535.

⁶ US DEPARTMENT OF JUSTICE y FEDERAL TRADE COMMISSION. 2010. Horizontal Merger Guidelines [en línea] <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html>> [consulta: 2 de julio de 2012]

“... el análisis de concentraciones no consiste en la aplicación uniforme de una sola metodología. Más bien, es un proceso casuístico a través del cual las Agencias, guiadas por su experiencia acumulada, aplican una serie de herramientas analíticas a la evidencia que, razonablemente, se encuentre disponible y sea confiable para evaluar los riesgos a la competencia en un período determinado de tiempo.”⁷

Una fusión pro-competitiva generalmente es capaz de producir dos tipos de eficiencias: por una parte, las llamadas eficiencias estáticas, que son las que ocurren por una sola vez (Ej. En el caso de la posible fusión entre DISH Network y DIRECTV, el surgimiento de un nuevo actor en el mercado capaz de enfrentar, por su posición negociadora, los aumentos de precio de programación que exigen los canales proveedores de contenido⁸), y por otra, las eficiencias dinámicas, que básicamente son aquellas sinergias entre los participantes que les permiten continuamente mejorar su desempeño, ya que incrementan los incentivos para innovar. Algunos ejemplos de eficiencias dinámicas son las economías de escala, 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 acumulada⁹.

En la actualidad, existe un amplio consenso en la literatura económica acerca de que la gran mayoría de las operaciones de concentración, o bien son pro-competitivas, vale decir, capaces de generar las ganancias de eficiencia ya mencionadas, o bien son neutras, en cuanto mantienen el mismo nivel de competencia

⁷ Traducción libre de: *“merger analysis does not consist of uniform application of a single methodology. Rather, it is a fact-specific process through which the Agencies, guided by their extensive experience, apply a range of analytical tools to the reasonably available and reliable evidence to evaluate competitive concerns in a limited period of time.”* US DEPARTMENT OF JUSTICE y FEDERAL TRADE COMMISSION. 2010. Horizontal Merger Guidelines. Op. Cit.

⁸ MSN MONEY. 2012. Could Dish Network and DirecTV Merge? [en línea] <http://money.msn.com/top-stocks/post.aspx?post=bfe03406-3fb9-4d8a-a656-f09003ecd7a0&_blg=9> [consulta: 08 de diciembre de 2012]

⁹ OCDE. 2008. Policy Brief Mergers and Dinamic Efficiencies [en línea] <www.oecd.org> [consulta: 16 de noviembre de 2011] pp. 1-2.

existente antes de la fusión, aun cuando se produzca la disminución de competidores¹⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, existen ciertas operaciones de concentración que tienen un alto riesgo de producir efectos anticompetitivos. De acuerdo a AREEDA y HOVEKAMP, los riesgos anticompetitivos de una operación de concentración 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 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”¹¹. En consecuencia, es precisamente la ejecución de operaciones de concentración de estas características lo que constituye el ilícito de fusión anticompetitiva.

Por sus características, es en las fusiones horizontales donde existe la mayor probabilidad de que ocurran efectos anticompetitivos, ya sean de carácter unilateral o coordinado. Según AREEDA y HOVEKAMP, los efectos unilaterales de una fusión horizontal consistirían en: **(i)** la creación de una empresa monopólica o que actúa 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 rehusar¹².

¹⁰ Ver VALDÉS PRIETO, Domingo. 2006. Libre Competencia y Monopolio. Op. Cit. pp. 530-532 y WILLIAMSON, Oliver. 1968. Economies as an Antitrust Defense [en línea] The American Economic Review, Vol. 58, N° 1 <<http://links.jstor.org>> [consulta: 29 de febrero de 2012]

¹¹ AREEDA, Phillip y HOVEKAMP, Herbert. Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application. Op. Cit. pp. 8-9.

¹² Ibid. p. 57.

Por otra parte, en opinión de los mismos autores, una concentración horizontal facilita el surgimiento y mantención de coordinaciones expresas o tácitas de precios, ya sea porque: **(i)** se elimina el número de competidores; **(ii)** se elimina a una empresa “díscola”, que no se encuentra dispuesta a cooperar en la coordinación de precios; o **(iii)** se minimizan los efectos de la diferenciación de productos.

En lo que a concentraciones verticales se refiere, puede calificarse una fusión vertical como la adquisición por un oferente de las acciones, derechos sociales o activos de una compañía que se encuentra en un nivel distinto de la cadena de producción y con el que puede tener relaciones comerciales, ya sea porque efectivamente le compra o vende un producto o servicio, o porque se encuentra en posición que le permite tener tal relación. La razón por la que esta concentración se denomina vertical es porque genera el fenómeno de organización industrial conocido como “integración vertical”, en el que una misma empresa se encarga de todas las etapas de la cadena de producción. Algunos ejemplos de concentraciones verticales son la fusión entre empresas de generación, distribución y transmisión eléctrica, y la fusión entre los productores y distribuidores de bebidas alcohólicas¹³.

Los principales riesgos para la libre competencia de una operación vertical se derivarían de una hipotética afectación por parte de la empresa integrada de la estructura de costos de sus competidores no integrados, ya sea por conductas tales como un incremento de barreras de entrada o un aumento de precios en un determinado eslabón de la cadena de producción. En este sentido, un ejemplo típico de conducta anticompetitiva por parte de un oferente verticalmente fusionado sería el dificultar o impedir el acceso a competidores a las instalaciones o materias primas que sean esenciales para la producción de un bien o servicio que el mismo oferente produce en otra parte de la cadena de producción¹⁴.

¹³ Ibid.

¹⁴ AREEDA, Phillip y HOVEKAMP, Herbert. Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application. Op. Cit. pp. 137-142; OCDE. 1998. A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy. Op. Cit. p. 44-45; y GONZÁLEZ, Aldo y BENÍTEZ, Daniel. 2008. Pre-Merger Notification Mechanisms: Incentives and Efficiency of Mandatory and

Finalmente, el último tipo de fusión son las concentraciones conglomerales y/o conglomerados, cuya definición es de carácter residual y por exclusión. Con esto nos referimos a que son conglomerados todas aquellas operaciones de concentración que no pueden encuadrarse ni como fusiones horizontales ni tampoco como fusiones verticales. En palabras de AREEDA y HOVEKAMP:

“Esta categoría fluctúa desde el conglomerado puro, en que no hay ninguna relación económica discernible entre los negocios de la firma adquirente y la firma adquirida, hasta una variante de lo que podría llamarse conglomerados mixtos, que involucran relaciones económicas “cuasi” horizontales o verticales. Tales conglomerados mixtos incluyen la adquisición de una firma que produce el mismo producto que el adquirente en un mercado geográfico diferente, y la adquisición de una compañía que produce un producto diferente, pero que requiere de una manufactura similar, de similares esfuerzos de investigación y desarrollo, o de los mismos canales de distribución.”¹⁵

Respecto de los conglomerados, ellos suelen no producir efectos contrarios a la competencia, más allá de la aprehensión que pueda generar su tamaño, ya que cada una de las sociedades que componen el conglomerado suelen operar en mercados diferentes. Empero, en el caso de países con mercados de capital poco profundos o escasamente desarrollados, los conglomerados pueden terminar generando los mismos riesgos de generar barreras que las concentraciones verticales, al tener una ventaja comparativa de acceso a financiamiento por sobre sus competidores¹⁶.

Voluntary Mechanisms [en línea] <<http://www.sociedadpoliticaspublicas.cl/archivos>> [consulta: 29 de febrero de 2012] p. 2.

¹⁵ Traducción libre de: *“This category ranges from the pure conglomerate, in which there are no discernible economic relationships between the businesses of the acquiring and acquired firms, to a variety of what might be called mixed conglomerates, involving “quasi” horizontal or vertical economic relationships. Such mixed conglomerates include the acquisition of a firm producing the same product as the acquirer in a different geographic market and the acquisition of a company producing a different product, but one that involves similar manufacturing, distribution channels, or research and development efforts.”* AREEDA, Phillip y HOVEKAMP, Herbert. *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*. Op. Cit. pp. 3-5.

¹⁶ *Ibid*, pp. 44-45.

1.3. Razones de su Análisis Preventivo y Rol de las Medidas de Mitigación, Condiciones o Remedios

A diferencia de lo que ocurre con otro tipo de conductas contrarias a la libre competencia, las operaciones de concentración deben ser reguladas antes de su ocurrencia por los organismos antimonopólicos, ya que es prácticamente imposible deshacer los efectos de una fusión una vez ocurrida. Como bien señalan GONZÁLEZ y BENÍTEZ¹⁷:

“Durante la fusión, las empresas combinan activos y tecnologías, junto con rediseñar su organización y administración, haciendo que este proceso sea muy poco factible de deshacer una vez consolidado.”

Es por estos motivos que los organismos de libre competencia, con la información que tengan disponible en su minuto, deben realizar análisis econométricos que intenten extrapolar los eventuales efectos anticompetitivos de una fusión, tarea que se ve dificultada por una natural asimetría de información entre el regulador y el regulado. En este último aspecto, el diseño del procedimiento de control de fusiones es crucial, ya que un buen sistema de control preventivo puede acortar significativamente las brechas producidas por tal asimetría de información, haciendo que los análisis prospectivos sean lo más cercanos a la realidad posibles.

A lo dicho hay que sumarle el hecho que, tal como lo indicamos más arriba, la mayoría de las operaciones de concentración son pro-competitivas o neutras. Por lo tanto, en caso que sea posible aplicar medidas que disminuyan al mínimo el riesgo anticompetitivo de la operación, dichas condiciones deberían ser aplicadas por las autoridades antimonopólicas. Es aquí donde intervienen las llamadas “medidas de mitigación”, también denominadas “remedios” o “condiciones”.

¹⁷ Traducción libre de: “During the merger, firms combine assets, technologies and redesign their organization and management making unfeasible to undo the process once consolidated.” GONZÁLEZ, Aldo y BENÍTEZ, Daniel. 2008. Pre-Merger Notification Mechanisms: Incentives and Efficiency of Mandatory and Voluntary Mechanisms Op. Cit. p. 2

Tal como su nombre lo indica, pueden considerarse a las medidas de mitigación como un conjunto de condiciones que se le imponen a una operación de concentración para hacerla compatible con la libre competencia. De acuerdo a la doctrina, el objetivo de estas medidas es subsanar el daño que puede causar la fusión, restaurando los niveles de competencia a los que existían antes de su ocurrencia. En este sentido, se hace fuerte hincapié en que las autoridades no pueden pretender, por medio de una medida de mitigación, incrementar los niveles de competencia existentes sino únicamente restablecerlos, siendo por ende el criterio rector de aplicación de estas condiciones la proporcionalidad, entendida como la elección de la medida que sea menos gravosa para cumplir con dicho objetivo¹⁸.

Las medidas de mitigación pueden dividirse en dos tipos: medidas estructurales y medidas conductuales. Según AGÜERO¹⁹, ambos tipos de medidas se diferencian en lo siguiente:

“Los remedios estructurales implican algún tipo de redistribución de derechos de propiedad, que pueden incluir algún tipo de desinversión total o parcial de negocios llevados a cabo por las empresas. Los remedios de conducta restringen los derechos de propiedad de las empresas fusionadas, considerando compromisos por las partes que se fusionan en no abusar de sus activos o contraer ciertas obligaciones contractuales.”

De esta manera, las medidas estructurales se enfocan en los activos de las partes de una fusión, siendo el remedio paradigmático la enajenación de activos o *divestiture*, mientras que las medidas conductuales enfatizan el comportamiento de dichas partes respecto de sus competidores. Ej. La prohibición que participar en empresas que puedan competir con la empresa fusionada, dispuesta en la resolución N° 1/2004 del TDLC²⁰.

¹⁸ AGÜERO, Francisco. Capítulo XII: 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. Santiago, Legal Publishing Chile, 2010. pp. 313-323.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

En general, los organismos de libre competencia suelen privilegiar la aplicación de medidas estructurales por sobre las conductuales. Esto se debe al hecho que las condiciones del primer tipo son más fáciles de diseñar y de implementar, ya que no requieren ser monitoreadas en forma permanente. Por contrapartida, los remedios estructurales son más intrusivos que los conductuales debido a su carácter irreversible, teniendo estos últimos la ventaja de poder ser modificados para adaptarse a las condiciones de competencia en el mercado²¹.

En conjunto, todo lo anterior se traduce en que un buen sistema de control de concentraciones debe ser capaz de: **(i)** disminuir al máximo posible la asimetría de información entre los organismos reguladores y las partes de la fusión; **(ii)** diferenciar claramente las operaciones pro-competitivas o neutras de las anticompetitivas, aprobando las primeras y mitigando o prohibiendo las segundas; **(iii)** preferir la utilización de medidas de mitigación, en cuanto estas sean capaces de restablecer la competencia en el mercado, en lugar de aplicar la prohibición de la operación; y **(iv)** generar certeza jurídica a los agentes económicos con respecto a las reglas aplicables, lo que favorece el cumplimiento de las propias normas de libre competencia.

1.4. Tipos de Sistemas de Control de Concentraciones

En términos amplios, existen dos grandes sistemas de control preventivo de fusiones: el sistema de control obligatorio y el sistema de control voluntario. La gran mayoría de los países - entre los que se encuentra Estados Unidos – y la Unión Europea, tienen sistemas de control obligatorio. De hecho, de un total de cuarenta y ocho países, cuarenta y uno aplican el sistema obligatorio mientras que tan sólo siete – entre los que se encuentran Australia, el Reino Unido y Chile – aplican el sistema voluntario.

El sistema obligatorio consiste en que, como su nombre lo indica, todas las operaciones de concentración que superen ciertos umbrales fijados por la ley – los que usualmente se calculan en base a las utilidades de las empresas participantes – deben

²¹ Ibid.

ser notificadas al órgano regulador de la competencia, el que luego evaluará el carácter pro-competitivo o anti-competitivo de la fusión proyectada, aprobando rápidamente las primeras y rechazando o mitigando las segundas. Como se asume que la gran mayoría de las fusiones tendrán efectos pro-competitivos, los sistemas obligatorios tienen por lo general diversas etapas de depuración, descarte o *screening* que le permiten al regulador aprobar rápidamente este tipo de fusiones para concentrarse en las potencialmente anticompetitivas²².

A contrario sensu, en el sistema voluntario no existe obligación jurídica alguna de notificar a la autoridad regulatoria la operación de concentración proyectada. La idea de este mecanismo es que sólo se notifiquen operaciones de concentración que realmente tengan el potencial de producir efectos perniciosos para la competencia, de manera de facilitarle a la autoridad la labor de depuración. Todo lo cual permitiría focalizar y, por ende, utilizar de mejor forma los recursos fiscales. Por supuesto, la eficacia del sistema voluntario opera sobre la base de que los incentivos normativos para las compañías se encuentren correctamente localizados, vale decir, que tanto los premios como las sanciones efectivamente las induzcan a notificar fusiones altamente riesgosas desde el punto de vista de la competencia²³.

Uno de los temas más investigados en los últimos años es el de las ventajas de cada uno de estos sistemas frente al otro. Hasta ahora, los resultados estarían demostrando que, por una parte, el sistema obligatorio tiene el mérito de otorgar mayores niveles de certeza jurídica, puesto que los agentes económicos conocerían *ex ante* exactamente cuándo notificar y cuándo no, siendo su inconveniente los riesgos de sub notificación o sobre-notificación de fusiones; mientras que por otra el sistema voluntario tendría el atributo de focalizar de mejor manera los recursos públicos, siendo su problema la imposibilidad de deshacer los efectos de las fusiones anticompetitivas que no se sujeten a aprobación por la autoridad.

²² GONZÁLEZ, Aldo y BENÍTEZ, Daniel. 2008. Pre-Merger Notification Mechanisms: Incentives and Efficiency of Mandatory and Voluntary Mechanisms Op. Cit. pp. 5-11.

²³ Ibid.

Junto con los regímenes anteriormente descritos, en la actualidad se perfila el surgimiento de un tercer sistema de control de concentraciones, denominado sistema mixto, que consiste básicamente en un sistema obligatorio, pero con la diferencia de que le otorga a los agentes económicos la posibilidad de consultar operaciones cuyo resultado sea inferior a los umbrales de notificación, con el objeto de obtener seguridad jurídica. La idea central detrás del régimen mixto consiste es que este mecanismo se aplique en casos tales como, por ejemplo, el de una operación polémica y sometida a un fuerte escrutinio de los medios de comunicación social, pero que en principio no sería revisable por no “caer” dentro de los umbrales de notificación del sistema obligatorio²⁴.

Hay otra distinción que es relevante hacer a la hora de analizar los sistemas de control de concentraciones, la que depende básicamente de la distribución de competencias entre los órganos administrativos y jurisdiccionales. En este sentido, podemos distinguir entre los sistemas de agencia integrada, que son aquellos en que uno o más órganos administrativos reúnen las funciones investigativas y adjudicativas, siendo posteriormente revisables las resoluciones de dicho órgano por un tribunal, que puede ser especializado o generalista u ordinario; y los sistemas bifurcados judiciales, en que solamente la función investigativa recae en la Administración, correspondiendo la adjudicación a la Judicatura ordinaria u especial.

Atendiendo a estos criterios, nuestro sistema actual de control de fusiones puede calificarse como voluntario, puesto que no existen umbrales sobre los que necesariamente los agentes económicos deban notificar, y bifurcado judicial, ya que la investigación de conductas anticompetitivas corresponde a la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”), mientras que la calificación jurídica de la operación y la eventual aplicación de una medida a la misma corresponden al TDLC.

²⁴ NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín. 2012. Diseños Institucionales de Control de Concentraciones: Análisis y Propuestas. Estudios Públicos (125): 94-97, 2012.

1.5. Sistema Chileno Actual de Control de Operaciones de Concentración y Principales Críticas

Nuestro sistema actual de control de concentraciones puede evaluarse desde dos perspectivas jurídicas: en primer lugar, desde la perspectiva del derecho sustantivo, que se enfoca en cuáles son los hechos contrarios a la libre competencia, cómo éstos se tipifican en la legislación antimonopólica, cuáles son sus características distintivas y qué sanciones serían eventualmente aplicables; y en segundo lugar, desde la perspectiva del derecho adjetivo o procesal, que trata acerca de los mecanismos a través de los cuales se ejerce el control de las operaciones de concentración por parte de los órganos administrativos y jurisdiccionales de libre competencia. Por el énfasis de nuestro trabajo, privilegiaremos el enfoque procedimental al sustantivo.

Nuestra actual institucionalidad en materias de libre competencia es relativamente reciente. El máximo órgano encargado de revisar las fusiones, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, fue creado recién a través de la ley N° 19.911 de 2003, aplicándose hasta la fecha el procedimiento de control preventivo a pocos casos de alta relevancia pública²⁵.

Como ya fue mencionado anteriormente, el procedimiento de control chileno, establecido en los artículos 18 N° 2 y 31 del Decreto Ley N° 211, es un procedimiento de control voluntario que, por un lado, otorga una cierta “inmunidad jurídica” (artículo 32) a las operaciones notificadas, controladas y aprobadas, mientras que por otro prohíbe o condiciona las concentraciones potencialmente anticompetitivas no notificadas.

En Chile, a diferencia de otros países, no existe un tipo específico para sancionar las operaciones de concentración anticompetitivas, sino que se les aplica el tipo general establecido en el artículo 3 del Decreto Ley 211 (“DL 211”)²⁶. En términos similares, tampoco existe en nuestra legislación antimonopólica un mecanismo

²⁵ Ibid. pp. 100-109.

²⁶ VALDÉS PRIETO, Domingo. 2006. Libre Competencia y Monopolio. Op. Cit. pp. 535-541.

pensado únicamente para controlar las fusiones, sino que lo que hay es, en términos de NEHME y MORDOJ²⁷:

“...una tradición jurisprudencial que, basada en la interpretación que el TDLC (y antes la Comisión Resolutiva) ha hecho de las normas que contemplan la consulta voluntaria sobre la consistencia con el DL 211 de hechos, actos o contratos por celebrarse – artículos 18 N°2, N° 31 y N° 32 -, ha revisado *ex ante*, por vía no contenciosa, operaciones de concentración para determinar, en base a su aptitud real para afectar la libre competencia, su aprobación, rechazo o aceptación sujeta a condiciones. La aplicación de esas normas se ha acompañado de un desarrollo normativo, dado a través de Autos Acordados dictados por el TDLC”.

En consecuencia, el mecanismo general en Chile para controlar *a priori* una concentración es a través del procedimiento no contencioso establecido en el artículo 31 del DL 211, procedimiento que se encuentra estructurado para para conocer además otro tipo de hechos, actos o convenciones que no correspondan a fusiones propiamente tales. Entre otras cosas, este procedimiento se caracteriza, sobre todo, por: **(i)** la posibilidad, desde el año 2009, de que tanto la FNE como cualquier “legítimo interesado” – concepto vago que incorpora a las partes y a terceros interesados, tales como los competidores o las asociaciones de consumidores – pueda iniciar la consulta; **(ii)** la imposibilidad de ejecutar la operación mientras dure el procedimiento; y **(iii)** la preclusión de las acciones para impugnar la operación, en caso que ella se celebre conforme a las directrices del TDLC, a menos que surjan “nuevos antecedentes”²⁸.

Sobre la estructura del procedimiento, este se compone de las siguientes fases o etapas: **(i)** envío de la consulta; **(ii)** notificación del inicio del procedimiento por publicaciones y comunicaciones a determinados organismos y agentes económicos; **(iii)** aporte de antecedentes por la FNE, las partes y terceros; **(iv)** realización de una audiencia pública; **(v)** dictación de la resolución; y **(vi)** eventual revisión judicial de la

²⁷ NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín. 2012. Diseños Institucionales de Control de Concentraciones: Análisis y Propuestas. Op. Cit. pp. 100-109.

²⁸ Ibid.

resolución por la Corte Suprema, a través del denominado recurso – que más propiamente es una acción - de reclamación²⁹.

En la actualidad, nuestro sistema de control de fusiones ha sido sometido a una serie de críticas relativas a su diseño y funcionamiento, de las que se derivaría que este no ha funcionado todo lo bien que se esperaba al momento de diseñarse. En palabras de NEHME y MORDOJ, las críticas más importantes serían:

“Primero, aunque las consultas se denominen voluntarias, no lo son en realidad. Después de una reforma al DL 211 de 2009, tanto la FNE como cualquier tercero con interés legítimo puede consultar en lugar de las partes (...) En el caso de la FNE, la guiará el interés público, pero en el caso de terceros, el incentivo puede ser perverso en tanto las consultas suspenden las operaciones mientras ellas no se decidan por el TDLC. Quien quiera cerrar una operación de concentración se enfrentará entonces al dilema de si consultar o asumir el riesgo de que un tercero lo haga en su lugar (...)

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

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

Tomados en conjunto, estos aspectos constituyen importantes deficiencias que, en definitiva, conspiran contra el objetivo de todo buen sistema de control de concentraciones que, como lo indicamos anteriormente, debe ser capaz de distinguir eficientemente las operaciones pro-competitivas de las anticompetitivas y generar criterios claros que les permitan a los operadores económicos actuar con razonables

²⁹ Artículo 31 del DL 211 y NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín. 2012. Diseños Institucionales de Control de Concentraciones: Análisis y Propuestas. Op. Cit. pp. 100-109.

grados de seguridad acerca de qué reglas jurídicas se le aplicarán a la hora de efectuar una fusión con fines legítimos.

CAPÍTULO II

EL CONTROL DE FUSIONES EN ESTADOS UNIDOS

2.1. Aspectos Generales

2.1.1. Diseño Institucional

En Estados Unidos, los principales órganos administrativos de regulación y supervigilancia de la libre competencia son: el *Department of Justice* (“Departamento de Justicia” o “DOJ”) y la *Federal Trade Commission* (“Comisión Federal de Comercio”, “FTC”), quienes tienen competencia concurrente para conocer preventivamente operaciones de concentración. A nivel judicial, los órganos que intervienen en esta materia son las *U.S. District Courts* (“Cortes de Distrito Federal”), las *U.S. Courts of Appeals* (“Cortes de Apelaciones Federales”) y la Corte Suprema de los Estados Unidos, que son tribunales ordinarios o generalistas.

Para clasificar la estructura institucional del control de concentraciones en Estados Unidos, es pertinente tomar en forma separada al DOJ y a la FTC, ya que ambos organismos difieren bastante tanto en sus niveles de autonomía respecto del Poder Ejecutivo como en cuanto a sus potestades investigativas, resolutivas y sancionatorias. Por lo tanto, no es posible aplicar el mismo parámetro de clasificación a ambos servicios públicos.

El *Department of Justice* es una de las agencias administrativa en las que se divide la Rama Ejecutiva del Estado norteamericano, cuyo propósito principal es básicamente perseguir los delitos civiles y penales ante los tribunales de justicia a nivel federal, representando los intereses generales de la sociedad. En definitiva, esto significa que el DOJ no es un órgano administrativo autónomo, sino que depende

jerárquicamente del Presidente de los Estados Unidos y forma parte del Gobierno Federal³⁰.

En concreto, las funciones de libre competencia del DOJ las ejerce una de sus divisiones, llamada *Antitrust Division* (“División de Libre Competencia”). La máxima autoridad de esta división es el *Assistant Attorney General* (“Fiscal General Asistente”), el que, al igual que la mayoría de los jefes superiores de los servicios públicos federales en Estados Unidos, es designado por el Presidente con acuerdo del Senado.

Atendidas las características antedichas, la persecución de los delitos por parte del DOJ se encuadra dentro del modelo “bifurcado judicial”, esto quiere decir que el órgano administrativo solamente se encuentra facultado para investigar y acusar, correspondiendo a los tribunales de justicia federales, que en el caso de Estados Unidos son tribunales generalistas, no especializados en libre competencia.

A contrario sensu, la *Federal Trade Commission* es una agencia administrativa autónoma, cuyo órgano directivo lo conforman cinco *Commissioners* (“Comisarios” o “Comisionados”) designados por el Presidente con acuerdo del Senado por períodos de siete años, y cuya remoción solamente puede basarse en causales específicas contempladas en la ley³¹. Además, a diferencia del DOJ, la FTC es fundamentalmente una “agencia integrada”, ya que concentra funciones de investigación, acusación y resolución del conflicto, con posibilidad de revisión judicial *a posteriori*³².

³⁰ 28 U.S.C. §§ 503,506 [en línea] Washington D.C., Estados Unidos de Norteamérica <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text>> [consulta: 10 de junio de 2012]

³¹ Para reforzar la independencia política, se establece que no más de tres comisarios pueden pertenecer al mismo partido político. 15 U.S.C. § 41 [en línea] Washington D.C., Estados Unidos de Norteamérica <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text>> [consulta: 10 de junio de 2012]

³² A finales de 2011, la FTC empleaba un *staff* de 1.130 personas (583 abogados, 76 economistas, 45 directivos y 426 administrativos) con activos ascendentes a USD\$ 223,383,000 (CLP\$ 111.691.500.000 aprox.). FEDERAL TRADE COMMISSION. 2011. Performance & Accountability Report: Fiscal Year 2011 [en línea] <<http://www.ftc.gov/opp/gpra/2011parreport.pdf>> [consulta: 13 de mayo de 2012] pp. 4-6 y 29-30.

No obstante lo dicho, hay un aspecto del sistema sancionatorio de la FTC que se asemeja bastante al modelo bifurcado judicial, a saber: lo que dice relación con medidas cautelares³³.

Sucede que, de acuerdo con la sección 13(b) de la *Federal Trade Commission Act* (“Ley de la Comisión Federal de Comercio”), la FTC tiene legitimación activa para solicitar ante una *district court* una *preliminary injunction* (“medida cautelar”) con el objeto de paralizar actos que constituyan infracciones a la legislación norteamericana de libre competencia. La importancia de esta facultad radica en que, según veremos, ella se utiliza principalmente para paralizar *ex ante* la ejecución de operaciones de concentración potencialmente anticompetitivas antes de iniciarse el procedimiento administrativo³⁴.

2.1.2. Normativa Aplicable y Descripción General del Procedimiento

El procedimiento actual de control de fusiones fue establecido por la *Hart, Scott Rodino Act* (“Ley Hart Scott Rodino” o “HRS Act”) en septiembre de 1976, a través de una modificación de la *Clayton Act* (“Ley Clayton”) de 1914³⁵. Junto con la *Hart, Scott, Rodino Act*, otro cuerpo legal relevante es la *Federal Trade Commission Act*, que establece las atribuciones de la FTC y regula los procedimientos administrativos que aplica³⁶.

Uno de los aspectos en que destaca la “HRS Act” es que la remisión que hace a la potestad reglamentaria es bastante amplia³⁷. En efecto, la sección 18a (d) delega

³³ ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Review of Reportable Transactions under the HRS Act. En su: Mergers and Acquisitions: Understanding the Antitrust Issues. 3ª ed. Estados Unidos de Norteamérica, ABA Publishing, 2008. pp. 30-35.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ 15 U.S.C. § 18a [en línea] Washington D.C., Estados Unidos de Norteamérica <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text>> [consulta: 15 de noviembre de 2011]

³⁶ ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Review of Reportable Transactions under the HRS Act. En su: Mergers and Acquisitions: Understanding the Antitrust Issues. 2008. Op. Cit. pp.1-12.

³⁷ Desde el punto de vista de la dogmática jurídica, el concepto correcto a utilizar para referirse a toda norma jurídica no emanada del Poder Legislativo en el mundo anglosajón es el de “legislación delegada” (*delegated legislation*). Esto es así ya que el criterio general en dichos países es que el legislador tenga el monopolio de la función normativa, a diferencia del derecho

tanto a la FTC como a la DOJ la facultad de complementar las normas legales actuando de consuno, pudiendo inclusive establecer excepciones a la aplicación misma de la ley³⁸. Estas disposiciones reglamentarias se encuentran actualmente en las llamadas “Reglas de Notificación Previa” o *Premerger Notification Rules*³⁹.

En términos generales, el procedimiento exige que las operaciones de concentración que superen ciertos umbrales determinados por la ley deban ser notificadas conjuntamente a la FTC y al DOJ, quienes harán una evaluación preliminar de la operación en un plazo de hasta treinta días corridos. En caso que los organismos no encuentren problemas, la operación puede consumarse. Sin embargo, si cualquiera de ellos considera necesario solicitar mayor información, pueden realizar un “segundo requerimiento” (*second request*), con lo que se inicia una segunda etapa de investigación cuya extensión es hasta por treinta días corridos más. Mientras la operación es revisada, sea durante la primera o la segunda etapa, ella no se puede ejecutar.

continental donde, a nivel constitucional, se definen ámbitos de competencia normativa entre la ley y el reglamento, pudiendo además el legislador delegar en el Poder Ejecutivo la regulación de materias de ley.

No obstante lo anterior, para efectos descriptivos, consideramos que lo mejor es utilizar en esta tesis el concepto de reglamento como sinónimo al de legislación delegada al referirnos a las normas de carácter general dictadas por los órganos administrativos y jurisdiccionales de libre competencia de los países anglosajones, ya que ello facilita la comprensión del lector. Para más información sobre las semejanzas y diferencias de la legislación delegada con respecto tanto al reglamento como a la delegación de facultades legislativas en derecho continental, ver MORAGA, Claudio. Capítulo Tercero: La Potestad Reglamentaria. En su: Tratado de Derecho Administrativo: La Actividad Formal de la Administración del Estado. Santiago, Legal Publishing Chile, 2010. pp. 41-70 y ESTEPA MONTERO, Manuel. 2004. Régimen Jurídico y Control Jurisdiccional de los Reales Decretos Reglamentarios [en línea] <<http://eprints.ucm.es/tesis/der/ucm-t27501.pdf>> [consulta: 2 de junio de 2012] pp. 170-177.

³⁸ La § 18^a (d) establece claramente:

“The Federal Trade Commission, with the concurrence of the Assistant Attorney General and by rule in accordance with section 553 of title 5, consistent with the purpose of this section ... (2) may ----- (A) define the terms used in this section; (B) exempt for the requirements of this section, classes of persons, acquisitions, transfers, or transaction which are not likely to violate antitrust laws; and (C) prescribe such other rules as may be necessary and appropriate to carry put the purposes of this section.” 15 U.S.C. §18a. Op. Cit.

³⁹ FEDERAL TRADE COMMISSION y DEPARTMENT OF JUSTICE. 2012. The Premerger Notification Rules [en línea] <<http://www.ftc.gov/bc/hsr/hsrbook.shtm>> [consulta: 15 de noviembre de 2011]

Si luego de vencida la segunda etapa, el órgano administrativo competente considera que existe un serio riesgo de que la operación propuesta sea contraria a las normas de libre competencia, puede solicitar una medida cautelar ante una *district court*⁴⁰ para paralizar temporalmente la operación, caso en el cual el conflicto deberá resolverse en sede administrativa o judicial, dependiendo de si es conocido por la DOJ o por la FTC.

Antes de empezar con la descripción específica, hay que indicar un aspecto muy importante. El hecho que los órganos de competencia aprueben una fusión no genera como consecuencia la preclusión de las acciones judiciales o administrativas procedentes para impugnar dicha operación *ex post* por ser contraria a la legislación de libre competencia, ni tampoco limita las facultades investigativas de la FTC y del DOJ⁴¹.

2.2. Procedimiento ante los Órganos Administrativos

2.2.1. Umbrales de Notificación

Como señalamos, el procedimiento de notificación de operaciones de concentración en Estados Unidos es obligatorio, lo que significa que las operaciones que superen determinados umbrales establecidos por la ley deben necesariamente notificarse, quedando su ejecución suspendida mientras se revisan.

De acuerdo a la HRS Act⁴², las operaciones de concentración deben ser notificadas a la autoridad si, como resultado de la fusión, la sociedad resultante

⁴⁰ FEDERAL TRADE COMMISSION. 2009. What is the Premerger Notification Program? [en línea] <<http://www.ftc.gov/bc/hsr/introguides/introguides.shtm>> [consulta: 15 de noviembre de 2011] p.

1.
⁴¹ 15 U.S.C. § 18a (i) [en línea] Washington D.C., Estados Unidos de Norteamérica <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text>> [consulta: 15 de noviembre de 2011]

⁴² 15 U.S.C. § 18a (a) [en línea] Washington D.C., Estados Unidos de Norteamérica <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text>> [consulta: 15 de noviembre de 2011]

adquiere activos o acciones con derecho a voto⁴³: **(a)** cuyo valor reajustado sea superior a USD\$ 200 millones (CLP\$ 100.000 millones aprox.); o, **(b)** cuyo valor reajustado sea igual o inferior a USD\$ 200 millones, pero superior a USD\$ 50 millones (CLP\$ 25.000 millones aprox.), siempre que uno de los participantes tenga utilidades o activos cuyo valor ascienda al menos a USD\$ 100 millones (CLP\$ 50.000 millones aprox.) mientras que el otro tenga utilidades o activos ascendentes a USD\$ 10 millones (CLP\$ 5.000 millones).

Junto con estos umbrales legales, existen otros cuatro de carácter reglamentario, consagrados en las *Premerger Notification Rules*, los que sólo se aplican para la adquisición de acciones con derecho a voto de una compañía por otra. De acuerdo a estos umbrales, debe notificarse: **(a)** toda adquisición de acciones con derecho a voto de una compañía, cuyo valor reajustado sea igual o superior a USD\$ 100 millones, pero inferior a USD\$ 500 millones (CLP\$ 250.000 aprox.); **(b)** toda adquisición de acciones con derecho a voto de una compañía, cuyo valor reajustado sea de USD\$ 500 millones o superior; **(c)** toda adquisición de un 25% hasta menos de un 50% de acciones con derecho a voto de una compañía, siempre que se su valor reajustado sea mayor a USD\$ 1000 millones (CLP\$ 500.000 millones aprox.); y **(d)** toda adquisición de un 50% de acciones con derecho a voto de una compañía, cuyo valor reajustado sea superior a USD\$ 50 millones.

Aparte de lo anterior, hay una serie de operaciones exentas enumeradas en la HRS Act, tales como: la adquisición de activos o inmuebles durante el desarrollo ordinario del giro social, las transferencias recibidas o realizadas hacia un órgano estatal o la adquisición de valores mobiliarios⁴⁴.

⁴³ Es necesario aclarar que la ley no utiliza la palabra *stock* o *shares* para referirse a lo que llamamos “acciones”, sino más bien *voting securities*, vale decir, utiliza un término genérico para hablar de los títulos valores que le otorgan a su propietario el derecho de participar en la elección de los órganos de administración de la compañía. Sin embargo, considerando que en nuestro derecho a todo tipo de *voting security* se le denomina acción, preferimos utilizar esa expresión para efectos de claridad en el lenguaje.

⁴⁴ 15 U.S.C. § 18a (c) [en línea] Washington D.C., Estados Unidos de Norteamérica <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text>> [consulta: 10 de junio de 2012]

Existe una regla especial, establecida en la sección 802.21 de las *Premerger Notification Rules*, que trata específicamente el caso de las operaciones de concentración que no se ejecutan en un solo acto sino que en forma gradual durante un cierto período de tiempo. El objetivo de esta disposición es evitar que las partes deban realizar varias notificaciones si, en cada una de las etapas de ejecución de la operación de concentración, se superan los umbrales mínimos obligatorios (Ej. Se notifica una compra de acciones que la compañía A hace a la compañía B por más de USD\$ 100 millones. Posteriormente, dentro de la misma operación, A decide comprar más acciones de B por un precio mayor a USD\$ 100 millones. Sin la regla de la sección 802.21, que pasaremos a describir, A tendría que notificar también esta segunda compra, lo que es claramente ineficiente).

De acuerdo a la disposición en comento, si las partes ya notificaron una adquisición de acciones y venció el período de espera, ellas podrán continuar adquiriendo acciones hasta por cinco años más, sin necesidad de realizar notificación alguna, siempre que el valor de dichas adquisiciones no alcance un umbral mayor que el alcanzado en la adquisición previa (Ej. en exactamente la misma situación anterior, la compañía A podría seguir comprando acciones de la compañía B una vez vencido el período de espera hasta por cinco años, sin necesidad de notificar, mientras no alcance el umbral siguiente al que había alcanzado en la primera notificación, vale decir, mientras no adquiera acciones valuadas en USD\$ 500 millones o más, o mientras no alcance a comprar el 50% de las acciones)⁴⁵.

2.2.2. Formalidades de la Notificación

La notificación a la FTC y al DOJ se efectúa a través de un formulario descargable en la página web de la FTC o a través de la misma plataforma de internet⁴⁶. Junto con esto, las partes o sus representantes legales deben acompañar declaraciones juradas (*affidavits*) para dejar constancia tanto de la veracidad de sus declaraciones como de su buena fe en la realización de la operación, y pagar una tasa

⁴⁵ FEDERAL TRADE COMMISSION. 2009. What is the Premerger Notification Program? Op. Cit. p. 5.

⁴⁶ www.ftc.gov

a la FTC cuyo valor oscila entre los USD\$ 45,000 y los USD\$ 280,000 (entre CLP\$ 22.500.000 y CLP\$ 140.000.000 aprox.) dependiendo del monto de la misma⁴⁷. Se faculta también a las partes para acompañar documentos extra que ilustren a la FTC y al DOJ acerca de la fusión.

Cada una de las partes involucradas en la operación debe hacer la notificación en forma independiente, salvo que la operación consista en una adquisición de acciones con derecho a voto a accionistas no controladores, caso en el cual la única parte que notifica es el adquirente⁴⁸.

Un asunto muy importante es el carácter reservado que tiene tanto la notificación misma como todos los documentos adjuntos a ella, reserva cuya única excepción es respecto de otros órganos administrativos, los tribunales o el Congreso. En efecto, la ley en 15 U.S.C. § 18a (h) prescribe claramente que:

“Cualquier información o documento enviado al Fiscal General Asistente o a la Comisión Federal de Comercio de conformidad con lo dispuesto en esta sección estará exenta de la obligación de publicidad bajo la sección 552 del título 5, por lo que no podrá divulgarse salvo en cuanto sea relevante para la resolución de un proceso judicial o administrativo. Ninguna parte de esta sección podrá interpretarse en el sentido de impedir la divulgación de esta información a alguna de las cámaras, comisiones o subcomisiones del Congreso.”⁴⁹

Sin embargo, a pesar de lo anterior, si cualquier tercero interesado se entera de la revisión preventiva de la operación de concentración que ya haya sido dada a conocer públicamente por alguna de las partes, el DOJ o la FTC pueden señalarle cuál

⁴⁷ Reglas 803.5 y 803.6 de las *Premerger Notification Rules*.

⁴⁸ FEDERAL TRADE COMMISSION. 2009. What is the Premerger Notification Program? Op. Cit. p. 7.

⁴⁹ Traducción libre de: “Any information or documentary material filed with the Assistant Attorney General or the Federal Trade Commission pursuant to this section shall be exempt from disclosure under section 552 of title 5, and no such information or documentary material may be made public, except as may be relevant to any administrative body or judicial action or proceeding. Nothing in this section is intended to prevent disclosure to either body of Congress or to any duly authorized committee or subcommittee of the Congress.”

de ellas está a cargo de dicha revisión particular, con el objeto que puedan realizar las observaciones que estimen pertinentes⁵⁰.

Al momento de recibir las notificaciones, la FTC – y sólo la FTC, no el DOJ - debe evaluar la admisibilidad de la misma realizando un examen meramente formal. En caso que se observe alguna deficiencia, la FTC lo notificará al mandatario respectivo. El período de espera no comienza a correr hasta que la notificación no se haya realizado correctamente, por ende, una vez que la FTC declara admisible la notificación, lo informa por correo a las partes señalando tanto la fecha de inicio como de término del período de espera, junto con un número correlativo de expediente.⁵¹

2.2.3. Primera Etapa

Una vez hecha correctamente la notificación tanto al DOJ como a la FTC, empieza a correr un plazo de espera en que ambos organismos deben analizar preliminarmente el potencial efecto anticompetitivo de la operación proyectada. Para realizar este análisis, el personal de los organismos de libre competencia está autorizado para recurrir no solamente a los datos acompañados en la notificación, sino también a toda información públicamente disponible relativa a la operación de concentración.

Durante el transcurso del período de espera, las partes tienen prohibido consumir la operación. El plazo es de treinta días corridos, salvo que la operación sea una oferta pública de adquisición de acciones o de ciertas adquisiciones de acciones o activos sujetas a la legislación federal de quiebras, caso en el cual el plazo se reduce a tan sólo diez días corridos⁵².

⁵⁰ FEDERAL TRADE COMMISSION. 2009. What is the Premerger Notification Program? Op. Cit. p. 8.

⁵¹ Ibid, pp. 10-11.

⁵² Regla 803.10(b) de las *Premerger Notification Rules*. Ver también 11 U.S.C. § 363 [en línea] Washington D.C., Estados Unidos de Norteamérica <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text>> [consulta:15 de marzo de 2011]

En esta etapa puede operar un mecanismo de depuración llamado *early termination* (“terminación anticipada”), cuyo objeto es evitar que los órganos de competencia dediquen tiempo y recursos a fusiones que muy probablemente son pro-competitivas. Básicamente, como su nombre lo indica, la terminación anticipada consiste una aprobación de la operación de concentración por parte de la FTC y el DOJ antes de que venza el plazo de espera. La terminación anticipada se fundamenta jurídicamente en la facultad que le otorga la regla 803.11(c) de las *Premerger Notification Rules* a los órganos de competencia para declarar unilateralmente el vencimiento anticipado de los períodos de espera, ya sea de oficio o a petición de parte, con lo que se entiende aprobada la operación. Esta facultad también es relevante para la segunda etapa, según veremos⁵³.

Para que opere la terminación anticipada, es necesario que las partes la soliciten expresamente en el formulario de notificación y que los órganos de competencia, luego de evaluar preliminarmente la operación, determinen no iniciar acciones judiciales. En general, la FTC y el DOJ se demoran aproximadamente dos semanas en determinar si la terminación anticipada es aplicable. Todas las terminaciones anticipadas son publicadas tanto en el *Federal Register*, que es el Diario Oficial del Gobierno Federal norteamericano, como en la página web de la FTC⁵⁴.

Importante es destacar que la gran mayoría de las operaciones conocidas por los organismos norteamericanos de libre competencia son aprobadas a través de la terminación anticipada. De acuerdo a GONZÁLEZ y BENÍTEZ⁵⁵, las estadísticas muestran que, durante el período comprendido entre 1996 y 2006, un 67% de las operaciones revisadas fueron aprobadas con terminación anticipada, quedando el resto sujetas al procedimiento general.

⁵³ Regla 803.11(c) de las *Premerger Notification Rules*.

⁵⁴ FEDERAL TRADE COMMISSION. 2009. What is the Premerger Notification Program? Op. Cit. p. 10.

⁵⁵ GONZÁLEZ, Aldo y BENÍTEZ, Daniel. 2008. Pre-Merger Notification Mechanisms: Incentives and Efficiency of Mandatory and Voluntary Mechanisms. Op. Cit. pp. 13-16.

Luego de hecha la evaluación preliminar - y a falta de terminación anticipada -, los organismos respectivos proceden a decidir cuál de ellos investigará más a fondo la operación, o sea, se distribuyen la competencia (*clearance*), radicándose definitivamente el conocimiento del asunto ya sea en el FTC o en el DOJ. Esta distribución de competencias tiene por objeto minimizar la duplicación de esfuerzos y la confusión resultante de la misma⁵⁶.

Posteriormente, el órgano competente, después de revisar más detalladamente el proyecto de fusión, puede tomar cuatro resoluciones: **(a)** no formular ninguna observación y dejar que venza el período de espera, luego del cual las partes pueden consumir la operación, sin perjuicio que el órgano pueda impugnarla *ex post*; **(b)** aprobar pura y simplemente la operación de concentración, lo que genera los mismos efectos; **(c)** aprobar la operación, sujetándola a medidas de mitigación negociadas con las partes; y **(b)** solicitar mayor información a las partes a través del envío de un *second request* (“segundo requerimiento”), caso en el cual se inicia la segunda etapa de la investigación⁵⁷. Esta última opción ocurre con aproximadamente el 3% del total de las operaciones conocidas, lo que confirma que, incluso dentro de las fusiones que cumplen con los estándares de notificación obligatoria, la gran mayoría de ellas son pro-competitivas o neutras⁵⁸.

2.2.4. Segunda Etapa

Formalmente, la segunda etapa del proceso de revisión se inicia cuando la FTC o el DOJ – dependiendo de la repartición de competencias explicada precedentemente – envía el *second request* a las partes solicitándoles información adicional acerca de la operación. La segunda etapa implica una renovación del período de espera, desde el

⁵⁶ FEDERAL TRADE COMMISSION. 2009. What is the Premerger Notification Program? Op. Cit. p. 11-13.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Dato inferido de GONZÁLEZ y BENÍTEZ, quienes sostienen que, entre 1997-2006, del total de operaciones de concentración notificadas, un 67% fue aprobada a través de terminación anticipada y sólo un 2,7% pasó por el “segundo requerimiento”. GONZÁLEZ, Aldo y BENÍTEZ, Daniel. 2008. Pre-Merger Notification Mechanisms: Incentives and Efficiency of Mandatory and Voluntary Mechanisms. Op. Cit. pp. 13-16.

minuto en que los interesados contestan el *second request* acompañando la información adicional solicitada, hasta por otros treinta o diez días corridos dependiendo del caso. Es fundamental señalar que aquí el regulador tiene la facultad de modular la renovación del período de espera, pudiendo decidir en forma discrecional que dicha renovación sea inferior a los plazos indicados⁵⁹.

A diferencia de la primera notificación, que es más bien de carácter general, el segundo requerimiento tiene por fin “achicar” o especificar el campo de análisis de la operación, para que de ese modo el órgano competente pueda concentrarse única y exclusivamente en aquellos aspectos que considere competitivamente más cuestionables. Por lo tanto, el *second request* generalmente se enfoca en los datos relativos a la estructura interna de las compañías o a las líneas de productos y servicios de la misma⁶⁰.

De acuerdo al 15 U.S.C. §18a (e), las partes, antes de enviar la información, tienen la facultad de apelar administrativamente contra el *second request* si consideran que la información solicitada es excesiva, caso en el cual, si se acoge el recurso, dicho requerimiento se rectificará disminuyendo la cantidad de datos solicitados. Para ello, los organismos de competencia están obligados a designar a un órgano de nivel superior – que no tenga conocimiento directo del asunto – ante el cual proceda la interposición del recurso. Estos órganos son: en el caso de la FTC, su Consejero

⁵⁹ Regla 803.20(c) de las *Premerger Notification Rules* y 15 U.S.C. § 18a (e).

⁶⁰ FEDERAL TRADE COMMISSION. 2009. What is the Premerger Notification Program? Op. Cit. p. 11. En la página web de la FTC puede encontrarse un ejemplo de segundo requerimiento. Entre otras cosas, dicho requerimiento pide, con altos niveles de detalle, información tal como: una descripción general de los productos fabricados, las filiales o coligadas que los producen, las ventas totales desagregadas por clientes y por área, los datos de contacto de los principales clientes, etc. FEDERAL TRADE COMMISSION. 2010. Model Request for Additional Information and Documentary Material (Second Request). [en línea] <<http://www.ftc.gov/bc/hsr/introguides/introguides.shtm>> [consulta: 15 de noviembre de 2011] pp. 4-6.

General o *General Counsel*, que es el asesor jurídico de la FTC⁶¹, y en el caso del DOJ, un Fiscal General Asistente Adjunto o *Deputy Assistant Attorney General*⁶².

Por delegación expresa de la ley, cada órgano administrativo tiene que establecer sus propios procedimientos de apelación al segundo requerimiento, teniendo como única limitación que dichos procedimientos tengan plazos máximos razonables de manera de no demorar innecesariamente la revisión⁶³.

Con el propósito de evitar la apelación, los órganos de competencia y los afectados pueden acordar la entrega de tan sólo parte de la información señalada en el *second request*, siempre y cuando sea considerada suficiente para analizar los puntos más críticos de la operación proyectada⁶⁴. En este caso, si la información entregada satisface a la autoridad y esta no observa potenciales efectos anticompetitivos en la operación, puede terminar de oficio el segundo plazo de revisión en conformidad a la ya mencionada regla 803.11(c) de las *Premerger Notification Rules*, con lo cual la operación puede llevarse a cabo. A este mecanismo se le llama “procedimiento de mirada rápida” o *quick look procedure*⁶⁵.

Si por el contrario no fue posible aplicar el *quick look procedure*, entonces, como ya señalamos, la renovación del período comenzará a correr luego de recibida la información, por lo que los organismos reguladores deberán abocarse a analizar en detalle los elementos más problemáticos de la misma dentro de dicho plazo.

⁶¹ FEDERAL TRADE COMMISSION. 2012. About the Office of the General Counsel [en línea] <<http://www.ftc.gov/ogc/about.shtm>> [consulta: 18 de marzo de 2012]

⁶² FEDERAL TRADE COMMISSION. 2010. Model Request for Additional Information and Documentary Material (Second Request). Op. Cit. p. 3.

⁶³ Ibid. Tanto en el DOJ como en la FTC, las apelaciones duran entre diez y quince días. Ante el DOJ el procedimiento es completamente escrito mientras que el de la FTC contempla una audiencia. FEDERAL TRADE COMMISSION. 2010. Model Request for Additional Information and Documentary Material (Second Request). Op. Cit. pp 2-3.

⁶⁴ En el caso de la FTC, el organismo cita a una reunión con los afectados en que se discuten tanto los problemas de competencia que inquietan al regulador como el contenido del segundo requerimiento. A falta de acuerdo, procede la apelación.

⁶⁵ FEDERAL TRADE COMMISSION. 2009. What is the Premerger Notification Program? Op. Cit. pp. 12-13.

Después de analizada la información, se abren cuatro posibilidades: **(a)** que el órgano no se pronuncie dentro de la renovación del plazo, por lo que, una vez vencido este, las partes pueden consumir la operación, sin perjuicio que el órgano pueda impugnarla *ex post*; **(b)** que el órgano decida cerrar la investigación, lo que genera los mismos efectos; **(c)** que el órgano acuerde medidas de mitigación con las partes antes de que la fusión se realice; y, finalmente, **(d)** que el órgano solicite a los tribunales decretar una medida cautelar ante una *district court* con el objeto de impedir temporalmente la consumación de la operación, caso en el cual el asunto torna en litigioso, debiendo el organismo competente (administrativo o jurisdiccional, según veremos) resolver en definitiva si la operación se aprueba – pura y simplemente o con medidas de mitigación -, o se prohíbe⁶⁶.

2.2.5. Medidas de Mitigación

Si del análisis hecho por la autoridad competente se deriva que la operación tiene efectos potencialmente anticompetitivos, la FTC y el DOJ están facultados para acordar con las partes, como forma de salida alternativa al conflicto, la aplicación de medidas de mitigación a cambio de aprobar la operación. Para producir efectos, los acuerdos deben sujetarse a ciertas solemnidades, las que difieren marginalmente dependiendo si el órgano competente fue la FTC o el DOJ.

Si el órgano a cargo de la investigación fue la FTC, entonces, de acuerdo a lo dispuesto en la regla 2.34 de las *Federal Trade Commission Rules* (“Reglas de la Comisión Federal de Comercio”)⁶⁷, el acuerdo debe ser aprobado por la comisión, que es la máxima autoridad del organismo, y publicado, junto con una explicación y toda otra información considerada relevante, en un registro público por treinta días, de manera que terceros interesados puedan hacer los comentarios que estimen pertinentes. La explicación también se publica en el *Federal Register*. Si luego de

⁶⁶ FEDERAL TRADE COMMISSION. 2009. What is the Premerger Notification Program? Op. Cit. p. 13.

⁶⁷ FEDERAL TRADE COMMISSION. 2012 Federal Trade Commission Rules [en línea] <<http://ecfr.gpoaccess.gov>> [consulta: 18 de marzo de 2012]

recibido los comentarios, la FTC decide mantener el acuerdo, este se aprueba definitivamente⁶⁸.

Por otra parte, si quien estuvo a cargo de la investigación fue el DOJ, el proyecto de acuerdo, luego de ser aprobado por el Fiscal General Asistente y puesto en un registro público para recepción de comentarios de terceros, debe ser formalizado por medio de una transacción judicial, por lo que es presentado ante una *district court* siguiendo las normas de la *Antitrust Procedures and Penalties Act* (“Ley de Procedimientos y Penas de Libre Competencia”, 15 U.S.C. § 16⁶⁹).

2.3. Revisión de las Resoluciones de los Órganos Administrativos

Como señalamos, si el órgano a cargo del asunto considera que, después de revisados los antecedentes, la fusión tiene altas probabilidades de producir efectos anticompetitivos, entonces deberá solicitar se declare una medida cautelar ante una *district court* para paralizarla, con lo que el asunto se transforma en litigioso, debiendo el tribunal o el órgano administrativo – de acuerdo a lo que veremos a continuación – determinar en definitiva si la operación debe aprobarse (con o sin medidas mitigatorias) o prohibirse. Hay algunas diferencias en cuanto al contencioso administrativo dependiendo de si el organismo a cargo de la investigación fue la FTC o el DOJ. Sin embargo, en ambos casos los tribunales competentes son generalistas y no especializados⁷⁰

En el caso de la FTC, la facultad de solicitar medidas cautelares se deriva de lo dispuesto en la sección 13(b) de la *Federal Trade Commission Act*⁷¹. De acuerdo a esta norma, una vez que la *district court* decreta la medida cautelar, la FTC tiene un

⁶⁸ Regla 2.34 de las *Federal Trade Commission Rules*.

⁶⁹ Ver FEDERAL TRADE COMMISSION. 2009. What is the Premerger Notification Program? Op. Cit. p.14. y 15 U.S.C. § 16 [en línea] Washington D.C., Estados Unidos de Norteamérica <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text>> [consulta: 18 de marzo de 2011]

⁷⁰ ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Review of Reportable Transactions under the HRS Act. *En su*: Mergers and Acquisitions: Understanding the Antitrust Issues. 2008. Op. Cit. pp. 30-35.

⁷¹ 15 U.S.C. § 53(b) [en línea] Washington D.C., Estados Unidos de Norteamérica <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text>> [consulta: 19 de marzo de 2011]

plazo de hasta veinte días para iniciar un procedimiento administrativo por el cual se determina la legalidad de la operación, presentando una “demanda administrativa” (*administrative complaint*) ante los llamados “Jueces de Derecho Administrativo” o *Administrative Law Judges*. Todo ello bajo apercibimiento de quedar sin efecto la medida cautelar una vez vencido dicho plazo. Luego de presentada la demanda administrativa, la medida cautelar seguirá produciendo sus efectos hasta la terminación del procedimiento administrativo⁷².

Es importante señalar algunos aspectos relevantes tanto respecto de los *Administrative Law Judges* como de la regulación del procedimiento administrativo de adjudicación. En cuanto a los *Administrative Law Judges* (ALJ), ellos en realidad son, a pesar de su nombre, funcionarios de la propia FTC encargados de la resolución del conflicto en sede administrativa, pero que ejercen una función similar a la de un juez en un contencioso sujeto al principio dispositivo, ya que no actúan de oficio, sino que deben resolver basándose en los argumentos esgrimidos por los intervinientes, que en este caso sería el “órgano acusador” de la propia FTC y las partes de la fusión afectadas por la queja, respectivamente⁷³.

Junto con lo anterior, otra característica relevante de los ALJ es que su pertenencia a la FTC no implica una dependencia jerárquica de las autoridades de dicho servicio. En efecto, el sistema de designación y de permanencia en el cargo de los ALJ, establecida en la *Administrative Procedure Act* (“Ley de Procedimiento Administrativo”), de 1946, garantiza a estos funcionarios un alto nivel de independencia respecto de sus correligionarios, con el objeto de asegurar su imparcialidad en el conocimiento de los procedimientos administrativos tramitados ante ellos⁷⁴.

⁷² Ver 15 U.S.C. § 16. Op. Cit. y FEDERAL TRADE COMMISSION. 2012. A Brief Overview of the Federal Trade Commission’s Investigative and Law Enforcement Authority [en línea] <<http://www.ftc.gov/ogc/brfovrw.shtm>> [consulta: 19 de marzo de 2012]

⁷³ FEDERAL TRADE COMMISSION. 2012. About the Office of Administrative Law Judges [en línea] <<http://www.ftc.gov/ftc/alj.shtm>> [consulta: 19 de marzo de 2012]

⁷⁴ Los ALJ son nombrados por paneles especiales integrados por un representante de la *Office of Personnel Management* (“Oficina de Administración de Personal”) de la FTC, un representante de la *American Bar Association* (“Asociación Norteamericana de la Barra”) y un ALJ, pudiendo ser destituidos únicamente por causa justificada en un procedimiento especial seguido ante otro órgano administrativo denominado *Merit System Protection Board* (“Consejo

Por otra parte, el procedimiento administrativo – regulado en las *Federal Trade Commission Rules*⁷⁵ – se encuentra estructurado en forma muy similar a un juicio civil, con la diferencia que se tramita en sede administrativa. En consecuencia, se contemplan las siguientes etapas: primero, presentación de la demanda administrativa, segundo, contestación del afectado; tercero, audiencia oral ante el ALJ; cuarta, resolución del asunto por el ALJ mediante una *initial decision* (“resolución inicial”), quinta: apelación de la *initial decision* ante la Comisión misma⁷⁶; sexta, audiencia oral ante la Comisión; y séptima, resolución del asunto a través de una *final decision* (“resolución final”), en la que la fusión podrá ser: **(a)** aprobada pura y simplemente; **(b)** aprobada con la imposición de medidas de mitigación; y **(c)** prohibida⁷⁷.

Las decisiones finales de la Comisión pueden ser sujetas a revisión judicial ante una *Court of Appeals*, a solicitud de las partes afectadas, de acuerdo a lo dispuesto en la sección 5(c) de la *Federal Trade Commission Act*, teniendo estos tribunales la facultad de: **(a)** confirmar la resolución de la FTC; **(b)** anularla; o **(c)** enmendarla⁷⁸. Este procedimiento general se encuentra regulado en las *Federal Rules of Appellate Procedure* (“Reglas Federales del Procedimiento de Apelaciones”).

A su vez, las sentencias dictada por la *Court of Appeals* pueden ser revisadas extraordinariamente por la Corte Suprema mediante la interposición de un *writ of certiorari* (“recurso de *certiorari*”), ya sea por la FTC o por las partes agraviadas. El

de Protección del Sistema de Mérito”). 5 U.S.C. § 1305, 3.105 y 7.521 [en línea] Washington D.C., Estados Unidos de Norteamérica <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text>> [consulta: 19 de agosto de 2012]. Para una explicación más acabada de los ALJ y su relación con la Judicatura norteamericana, ver BORDALÍ, Andrés. Organización Judicial en el Derecho Chileno: Un Poder Fragmentado. En su: La Independencia Judicial en el Derecho Chileno. 1° ed. Santiago, Legal Publishing Chile, 2010. pp. 35-65.

⁷⁵ Específicamente, desde la regla 3.11 hasta la regla 3.56 de las *Federal Trade Commission Rules*.

⁷⁶ Esta apelación es automática en los procedimientos de control de operaciones de concentración y facultativa en los demás. Regla 3.52 de las *Federal Trade Commission Rules*.

⁷⁷ FEDERAL TRADE COMMISSION. 2012. A Brief Overview of the Federal Trade Commission's Investigative and Law Enforcement Authority. Op. Cit.

⁷⁸ 15 U.S.C. § 45(c) [en línea] Washington D.C., Estados Unidos de Norteamérica <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text>> [consulta: 19 de marzo de 2011]

procedimiento general ante el máximo tribunal norteamericano se sujeta a las *Rules of the Supreme Court* (“Reglas de la Corte Suprema”)⁷⁹.

A diferencia de lo anterior, si el órgano encargado de la investigación sobre los efectos anticompetitivos de la operación fue el DOJ, una vez solicitada la medida cautelar ante la *district court*⁸⁰, el procedimiento aplicable es el civil de carácter general ante el mismo tribunal, establecido en las *Federal Rules of Civil Procedure* (“Reglas Federales de Procedimiento Civil”). En este procedimiento, las sentencias dictadas por el tribunal de primera instancia pueden ser apeladas ante la *Court of Appeal* correspondiente, y por su parte, las sentencias dictadas por la *Court of Appeal* pueden ser impugnadas por el agraviado ante la Corte Suprema, todo ello de conformidad con lo ya visto⁸¹.

Llegados a este punto, no está demás indicar que una de las principales características de la Corte Suprema de Estados Unidos es que tiene competencia

⁷⁹ Ver 15 U.S.C. § 43 [en línea] Washington D.C., Estados Unidos de Norteamérica <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text>> [consulta: 19 de marzo de 2012]; y SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. 2005. Federal Rules of Appellate Procedure <http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode28a/usc_sup_05_28_10_sq3.html> [consulta: 12 de mayo de 2012] y SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. 2010. Rules of the Supreme Court of the United States [en línea] <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/2010RulesoftheCourt.pdf>> [consulta: 07 de abril de 2012]

⁸⁰ los requisitos para que la *district court* acoja una medida cautelar son menores cuando los solicita la FTC en comparación con el DOJ. De acuerdo a la sección 13(b) de la *HRS Act*, el tribunal puede conceder la medida si la FTC acredita la existencia de altas probabilidades de que se infrinja la normativa de libre competencia, vale decir, exige solamente que se pruebe el *fumus boni iuris*. Por el contrario, el DOJ debe acreditar tanto la existencia del *fumus boni iuris* como del *periculum in mora* para que el tribunal acoja la *injunction*.

⁸¹ Las *Federal Rules of Civil Procedure*, las *Federal Rules of Appellate Procedure* y las *Rules of the Supreme Court* son normas jurídicas procesales que dictó la propia Corte Suprema, luego que el Congreso norteamericano le delegara esta facultad en la *Rules Enabling Act* (“Ley Delegatoria de Reglas Procesales”), de 1934 (28 U.S.C. §§ 2071-2077). La práctica de delegar en la potestad reglamentaria de los tribunales la regulación de procedimientos judiciales es común en países anglosajones. Ver DEPARTMENT OF JUSTICE. 2009. Antitrust Division Manual [en línea] <<http://www.justice.gov/atr/public/divisionmanual/index.html>> [consulta: 20 de marzo de 2012]; FEDERAL TRADE COMMISSION. 2009. What is the Premerger Notification Program? Op. Cit. p.14; SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. 2005. Federal Rules of Appellate Procedure. Op. Cit.; SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. 2010. Rules of the Supreme Court of the United States. Op. Cit.

selectiva (*certiorari*) para determinar cuáles causas conoce y cuáles no, característica que se aplica a los casos de libre competencia⁸².

Finalmente, el estándar de revisión judicial difiere dependiendo de si la operación fue investigada por el DOJ o por la FTC. En el primer caso, como el Departamento de Justicia solamente se limita a investigar y acusar, correspondiendo a los tribunales la imposición de sanciones, estos pueden revisar tanto la legalidad como el mérito de las conclusiones a las que arribó el DOJ. En contraste, al ser la FTC una agencia integrada especializada, los tribunales suelen ser deferentes con sus conclusiones, enfocándose principalmente en aspectos de legalidad.

2.4. Intervención de Terceros Interesados

Durante la revisión que realizan la FTC o el DOJ, ya sea en primera o en segunda etapa, las posibilidades de intervención de terceros interesados son bastante restringidas. En efecto, hay que recordar que tanto la notificación como todos sus documentos adjuntos son de carácter reservado, sin perjuicio de que los terceros tienen derecho a ser informados acerca de cuál es el organismo competente a cargo de la investigación, una vez que la operación es dada a conocer por alguna de las partes, con el objeto de acompañar los antecedentes que estimen pertinentes.

Además, como vimos precedentemente, en caso que la FTC o el DOJ acuerden con las partes la aplicación de medidas de mitigación como condición para aprobar la operación, el proyecto de acuerdo debe ser publicado en un registro con el propósito de que terceros interesados efectúen las observaciones que estimen pertinentes.

No obstante su limitada participación en el procedimiento administrativo ante la FTC o el DOJ, de acuerdo a la sección 16 de la *Clayton Act* (15 U.S.C. § 26.) los terceros interesados pueden, *motu proprio*, solicitar a una *district court* competente la imposición de medidas cautelares para paralizar la ejecución de una operación de concentración anticompetitiva. En este caso, el procedimiento judicial aplicable es el

⁸² Regla 10 de las *Rules of the Supreme Court*.

ordinario civil regulado en las *Federal Rules of Civil Procedure*, que ya fue tratado precedentemente⁸³.

A pesar de que la disposición legal en comento tiene una redacción amplia al tratar acerca de la legitimación activa de los terceros, de acuerdo a la jurisprudencia asentada de la Corte Suprema (casos *Brunswick Corporation v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.* y *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*), los particulares solamente pueden requerir la imposición de una medida cautelar contra una operación de concentración si son capaces de demostrar que ésta le produce (o que es capaz de producirle) un perjuicio derivado de sus efectos anticompetitivos⁸⁴.

2.5. Sanciones

Conforme a la sección 7A(g) de la *Clayton Act* (15 U.S.C. § 18a(g)), cualquier incumplimiento de las disposiciones de la ley implicará la aplicación al infractor de una multa de USD\$ 16,000 (CLP\$ 7.728.000 aprox.) por cada día que se encuentre en incumplimiento. Por lo tanto, esta sanción se aplica tanto en el caso de que no se haya efectuado una notificación cuando correspondía hacerlo como en el caso en que se haya ejecutado una fusión anticompetitiva, independientemente de si se notificó o no en su minuto.

Todo esto es sin perjuicio que además, en caso de que la operación de concentración consumada produzca efectos anticompetitivos, se pueda imponer al infractor todo tipo de medidas necesarias para restablecer los niveles de competencia en el mercado anteriores a la concentración, incluida una *divestiture* o enajenación forzosa de activos⁸⁵.

⁸³ ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. *Judicial Relief and Remedies. En su: Mergers and Acquisitions: Understanding the Antitrust Issues.* 2008. Op. Cit. pp. 548-554.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ FEDERAL TRADE COMMISSION. 2009. *What is the Premerger Notification Program?* Op. Cit. p.14. y 15 U.S.C. § 18a.

Además, se sanciona específicamente el hecho que las partes realicen declaraciones falsas en la notificación. De acuerdo a la legislación norteamericana, tal conducta tiene la aptitud para constituir delito de perjurio, el que no solamente puede ser sancionado con multa sino que también con pena privativa de libertad de hasta por cinco años⁸⁶.

En cuanto a los organismos encargados de imponer la sanción, nuevamente hay que distinguir si el órgano administrativo a cargo del caso es la FTC o el DOJ, ya que, como lo hemos visto latamente, el primero tiene potestades resolutivas y sancionatorias mientras que el segundo no. En esta materia, se aplican las mismas reglas de la revisión judicial que acabamos de ver⁸⁷.

⁸⁶ 18 U.S.C. § 1621 [en línea] Washington D.C., Estados Unidos de Norteamérica <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text>> [consulta: 12 de mayo de 2012]

⁸⁷ Ver FEDERAL TRADE COMMISSION. 2012. A Brief Overview of the Federal Trade Commission's Investigative and Law Enforcement Authority. Op. Cit.; y DEPARTMENT OF JUSTICE. 2009. Antitrust Division Manual. Op. Cit.

CAPÍTULO III

EL CONTROL DE FUSIONES EN GRAN BRETAÑA

3.1. Aspectos Generales

3.1.1. Diseño Institucional

En el Reino Unido, los principales órganos administrativos que intervienen en materias de libre competencia son: el *Department for Business, Innovation and Skills* (“Departamento de Negocios e Innovación” o “DBIS”), la *Office of Fair Trading* (“Oficina de Comercio Justo”, u “OFT”)⁸⁸ la *Competition Commission* (“Comisión de Competencia” o “CC”)⁸⁹ y el *Competition Appeals Tribunal* (“Tribunal de Apelaciones de Libre Competencia” o “CAT”) que es, aunque su nombre pueda conducir a equívocos, un órgano administrativo autónomo encargado de revisar la legalidad de las resoluciones de la DBIS, la OFT y/o la CC. Por su parte, a nivel jurisdiccional, los tribunales competentes son: en única instancia, las *Court of Appeals* - o, en el caso de Escocia, la *Court of Session*-; y finalmente, en forma extraordinaria, la recientemente creada Corte Suprema del Reino Unido. Estos tribunales son ordinarios o generalistas.

Jurídicamente hablando, la OFT, la CC y el CAT son lo que la doctrina británica denomina *non departmental public bodies* (“organismos públicos no departamentales”), vale decir, órganos administrativos legalmente autónomos que no

⁸⁸ Al año 2011, el *staff* completo de la OFT era de 683 personas, entre abogados, economistas y administrativos, con un presupuesto de hasta £ 64,300,000 (CLP\$ 51.440.000.000 aprox.). OFFICE OF FAIR TRADING. 2010. Annual Report and Resources Account 2010-2011 [en línea] <<http://www.offt.gov.uk/about-the-offt/annual-plan-and-report/annual-report/>> [consulta: 13 de mayo de 2012] pp. 9-10, 41-42 y 68-69.

⁸⁹ Al año 2011, la CC se componía de un *staff* de 125 personas, entre abogados, economistas y administrativos, con un presupuesto ascendente a £ 18,802,000 (CLP\$ 15.041.600.000). COMPETITION COMMISSION. 2011. Annual Report and Accounts 2010/2011 [en línea] <http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep_pub/annual_rev_archive/pdf/hc_1098.pdf> [consulta: 13 de mayo de 2012] pp. 40-43.

tienen relación jerárquica alguna con el Gabinete, sino que rinden cuenta directamente ante el Parlamento, y cuya dirección recae en instituciones colegiadas⁹⁰.

A la hora de clasificar el sistema de *enforcement* británico, podría decirse que este es un régimen de “agencia integrada dual”. Con esto nos referimos a que, si bien es cierto la Administración es competente tanto para investigar como para adjudicar (con posibilidad de revisión judicial, lógicamente), la preponderancia en el ejercicio de estas funciones se distribuye en distintos órganos especializados. De esta manera, en materia de fusiones (no en otros asuntos de libre competencia) la OFT actúa como un órgano de investigación, el ejercicio de las potestades resolutoria y sancionatoria corresponde a la CC y, finalmente, el CAT actúa como revisor de legalidad de las resoluciones de los anteriores⁹¹. Esta distribución de competencias explica el hecho que la OFT puede actuar de oficio para investigar una operación de concentración, mientras que la CC sólo revisa dicha operación cuando es derivada por la OFT⁹².

Respecto del *Department for Business, Innovation and Skills*, este organismo es uno de los “departamentos ministeriales” en los que se divide el Gabinete o Gobierno del Reino Unido, del que depende jerárquicamente. En materias de libre competencia, la participación del DBIS es marginal, ya que se limita principalmente a dictar las normas reglamentarias que complementan la legislación sobre el ramo⁹³. Con todo, existen algunos casos, según se explica más adelante, en los cuales la autoridad máxima de esta institución, el *Secretary of State for Business, Innovation and Skills* (“Secretario de Estado para lo Negocios e Innovación”, en adelante, *Secretary of State*) puede participar.

⁹⁰ En el caso de la OFT, su *Board* o “Directorio” y en el caso de la CC, la Comisión propiamente tal. Ver OFFICE OF FAIR TRADING. 2012. Accountability [en línea] <<http://www.oft.gov.uk/about-the-oft/of-structure/accountability/>> [consulta: 10 de junio de 2012] y COMPETITION COMMISSION. 2012. About Us [en línea] <<http://www.competition-commission.org.uk/about-us>> [consulta: 10 de junio de 2012]

⁹¹ OFFICE OF FAIR TRADING. Legal Powers [en línea] <<http://www.oft.gov.uk/about-the-oft/legal-powers/>> [consulta: 24 de marzo de 2012]

⁹² COMPETITION COMMISSION. 2012. About Us. Op. Cit.

⁹³ DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION AND SKILLS. 2012. Competition Authorities [en línea] <<http://www.bis.gov.uk/policies/business-law/competition-matters/competition-authorities>> [consulta: 24 de marzo de 2012]

Al igual que en el caso de Estados Unidos, la aprobación de una operación de concentración por parte de la OFT o de la CC no implica la preclusión de acciones judiciales o administrativas para impugnar posteriormente dicha operación, ni tampoco limita las facultades investigativas de la OFT.

No obstante lo anterior, es preciso señalar también que la legislación británica establece un plazo de hasta cuatro meses para que la OFT derive a la CC la revisión de una operación de concentración consumada, debiendo distinguirse el momento desde el cual se cuenta este plazo.

Cuando la operación es notificada a la OFT antes de llevarse a cabo, el plazo de cuatro meses se cuenta desde la ejecución de la operación. Por el contrario, si la operación se consuma sin notificar previamente a la OFT, el cómputo del plazo sólo se inicia cuando la OFT toma conocimiento de tal consumación.

En consecuencia, por la aplicación de estas reglas de cómputo de plazo, si las partes notifican una operación de concentración antes de ejecutarla, las facultades investigativas de la OFT prescribirán en menor tiempo que si deciden llevarla a cabo sin someterla a revisión preventiva⁹⁴. Todo esto redundará en un incentivo para las partes a someter a revisión preventiva la operación de concentración.

Muy recientemente (marzo del presente año), el DBIS informó que el sistema británico de control de operaciones de concentración se sujetará a una serie de importantes modificaciones, siendo la más representativa de ellas la fusión de la OFT y la CC en un único órgano administrativo de protección y promoción de la libre competencia, cuyo nombre será *Competition and Markets Authority* (“Autoridad de Mercados y Libre Competencia” o “CMA”).

⁹⁴ OFFICE OF FAIR TRADING. 2009. Mergers Jurisdictional and Procedural Guidance [en línea] <<http://www.of.gov.uk/OFTwork/mergers/publications/>> [consulta: 17 de noviembre de 2011] pp. 34-36.

3.1.2. Normativa Aplicable y Descripción General del Procedimiento

El procedimiento de control de operaciones de concentración se encuentra establecido en el capítulo 40 de la *Enterprise Act 2002* (“Ley de la Empresa 2002”), ley que es complementada por los reglamentos dictados por el *Secretary of State* y por las guías internas explicativas de los procedimientos dadas por la propia Administración⁹⁵. A diferencia del procedimiento norteamericano de control de fusiones, en que hay una baja densidad legal y una alta delegación a la potestad reglamentaria, en el procedimiento británico se observa un alto nivel de detalle a nivel legal⁹⁶. Otra diferencia sustancial con el procedimiento norteamericano es que en Gran Bretaña la notificación preventiva de fusiones es voluntaria, no obligatoria⁹⁷.

En términos generales, la revisión de operaciones de concentración en el Reino Unido se divide en dos grandes etapas o fases: la primera es una revisión por la OFT. Si este organismo considera que la fusión tiene altas probabilidades de ser anticompetitiva, entonces procede la segunda etapa, que es una segunda revisión por la *Competition Commission*. De las fusiones que llegan hasta la Comisión (que son la minoría), aproximadamente la mitad son aprobadas cada año. La CC solamente revisa una operación de concentración a petición de la OFT⁹⁸.

3.2. Procedimiento ante los Órganos Administrativos

3.2.1. Primera Etapa: Revisión de la *Office of Fair Trading*

De acuerdo a lo indicado, en el Reino Unido no es obligatorio notificar en forma previa a la autoridad de la intención de realizar una operación de concentración. Sin

⁹⁵ Ver www.offt.gov.uk y www.competition-commission.org.uk

⁹⁶ ENTERPRISE ACT 2002 [en línea] Londres, Gran Bretaña <www.legislation.gov.uk> [consulta: 17 de noviembre de 2011]

⁹⁷ OFFICE OF FAIR TRADING. 2009. Mergers Jurisdictional and Procedural Guidance. Op. Cit. p. 31.

⁹⁸ OFFICE OF FAIR TRADING. 2011. A Quick Guide to UK Merger Assessment [en línea] <<http://www.offt.gov.uk/OFTwork/mergers/publications/>> [consulta: 17 de noviembre de 2011] p. 5.

embargo, la *Enterprise Act 2002*, establece una serie de estándares bastante precisos que los órganos de libre competencia deben considerar al momento de evaluar una operación.

Existen dos vías para que la OFT revise la operación de concentración: la notificación formal y la notificación informal. La diferencia entre ambas radica en que la primera se encuentra regulada específicamente en la ley – de ahí su nombre –, mientras que la segunda fue establecida por iniciativa de la propia OFT, por lo que se rige por reglas administrativas. Otras diferencias relevantes que cabe destacar son las siguientes: en primer lugar, en la notificación informal los plazos son flexibles, mientras que en la formal son más rígidos, lo que se deriva de su carácter legal; en segundo lugar, en la notificación informal el organismo debe pronunciarse para que finalice el procedimiento, lo que no ocurre en la notificación formal; y en tercer lugar, la información solicitada para la notificación informal es mayor que para la formal. Esto último se explica por el hecho que, contrario a lo que en principio podría suponerse, es la notificación informal la que está pensada para revisar a fondo operaciones potencialmente anticompetitivas. Más allá de estas diferencias, ambas notificaciones se sujetan a las mismas etapas, por lo que sólo las diferenciaremos en cuanto sea pertinente.

De acuerdo a la sección 22(1) de la *Enterprise Act 2002*, una vez notificada la operación de concentración a la OFT, ella debe determinar, en forma preliminar, dos cosas: primero, que la operación sea relevante; y segundo, que efectivamente genere serios riesgos para la competencia. Solamente si la OFT llega al convencimiento de que se cumplen ambas condiciones se debe notificar a la CC procediendo la segunda etapa de revisión⁹⁹. En caso contrario, la operación es aprobada.

El estándar para determinar la relevancia de la operación se encuentra especificado en la ley. De acuerdo a la sección 23(1) a (4) de la ley, sólo podrán considerarse como relevantes las fusiones que cumplan copulativamente con los

⁹⁹ OFFICE OF FAIR TRADING. 2009. Mergers Jurisdictional and Procedural Guidance. Op. Cit. pp. 1-19.

siguientes requisitos: **(a)** Que las empresas participantes pasen a constituir una sola unidad económica; **(b)** Que las utilidades de la empresa adquirida sean iguales o superiores a £ 70 millones (CLP\$ 56.000 millones aprox.), o que la nueva empresa surgida de la operación de concentración tenga una concentración de mercado equivalente al menos al 25%.

A pesar de todo lo anterior, incluso en caso que se cumplan las condiciones para derivar la operación a la CC, la sección 22(2) y 22(3)(b) faculta expresamente a la OFT para no hacerlo si considera que: **(a)** el mercado implicado no tiene la importancia suficiente como para justificar una remisión a la CC (excepción *de minimis*); **(b)** Los beneficios que la fusión genera para los consumidores exceden sus efectos adversos para la libre competencia (excepción de beneficio para los consumidores); o **(c)** La OFT acepta la aplicación de medidas mitigatorias ofrecidas por las partes¹⁰⁰.

Antes de la notificación propiamente tal, y con el objeto de asegurar el cumplimiento de la ley, el sistema británico permite a la OFT dar asesoramiento informal a las partes de una fusión para discernir la conveniencia o inconveniencia de notificarla. Es más, en caso que se decida notificar una operación de concentración, la OFT está autorizada para contactarse con las partes por todos los medios (reuniones, llamadas telefónicas, correo electrónico, etc.), antes que dicha notificación se haga, a efectos de discutir el contenido del borrador preliminar de notificación (*pre notification discussions*)¹⁰¹.

¹⁰⁰ Ver *Enterprise Act 2002* y OFFICE OF FAIR TRADING. 2009. Mergers Jurisdictional and Procedural Guidance. Op. Cit. pp. 1-19.

¹⁰¹ La *Mergers Jurisdictional and Procedural Guidance* establece los supuestos en que procede el asesoramiento informal y la forma de pedirlo. Entre otras cosas, se pide que las negociaciones estén avanzadas, pero todavía sujetas a confidencialidad, que las partes señalen los riesgos que observen para la libre competencia y que se solicite una reunión con los funcionarios de la OFT mediante el envío de un resumen ejecutivo de 5 páginas máximo. La OFT deberá pronunciarse en 5 días hábiles sobre la solicitud y, en caso que la acoja, deberá agendar una reunión con las partes en 10 días hábiles salvo en casos urgentes, en que se pueden acortar los tiempos. Por su parte, para las *pre notification discussions*, se exige que la operación esté acordada, independientemente de si ha sido comunicada al público o no. Estas discusiones son básicamente un “pinponeo” entre la OFT y las partes acerca del contenido de la notificación formal, el que se hace principalmente por teléfono, mail, solicitudes escritas y, eventualmente, a través de reuniones. OFFICE OF FAIR TRADING. 2009. Mergers Jurisdictional and Procedural Guidance. Op. Cit. pp. 36-44

Si las partes deciden notificar, el formulario de notificación completo, junto con los documentos respectivos, se envía a la OFT por mano, carta, fax o correo electrónico. Las partes también deben pagar una tasa cuyo monto oscila entre las £ 30,000 y £ 90,000 (entre CLP\$ 23.400.000 y CLP\$ 70.200.000 aprox.) dependiendo de sus utilidades¹⁰². Al igual que con el procedimiento norteamericano, se hace hincapié en la completitud del formulario y de los antecedentes que se acompañen al mismo¹⁰³, ya que los plazos sólo comienzan a correr cuando la OFT recibe toda la información que considere relevante, no antes¹⁰⁴.

3.2.2. Notificación Formal (*Statutory Merger Notice*)

La notificación formal se encuentra establecida en la sección 96(1) y (2) de la *Enterprise Act 2002*. Con este mecanismo, la OFT tiene un período de veinte días hábiles, ampliables por diez días hábiles más a su discreción (sección 97 de la *Enterprise Act 2002*), para revisar la operación de concentración. Si el plazo vence sin que la OFT derive la operación a la CC, ésta se entiende tácitamente aprobada, por lo que puede llevarse a cabo, sin perjuicio de las facultades de la OFT para revisarla *ex post*. Como sus plazos son más cortos, el conocimiento de las notificaciones formales tiene prioridad sobre el de las informales¹⁰⁵.

De acuerdo a la propia OFT, este mecanismo formal está pensado para revisar rápidamente operaciones de concentración que tengan claros indicios de ser pro-

¹⁰² La tasa varía dependiendo de las utilidades de las empresas participantes, pero se devuelven si la operación debe realmente ser notificada a los órganos de la Unión Europea o si la OFT considera que el caso no amerita mayor investigación. Ver OFFICE OF FAIR TRADING. 2011. Mergers Fee information [en línea] <http://www.of.gov.uk/shared_of/business_leaflets/general/mergersfees.pdf> [consulta: 24 de marzo de 2012] y OFFICE OF FAIR TRADING. 2009. Mergers Jurisdictional and Procedural Guidance. Op. Cit. pp. 79-80.

¹⁰³ OFFICE OF FAIR TRADING. 2009. Mergers Jurisdictional and Procedural Guidance. Op. Cit. p. 64.

¹⁰⁴ Ver sección 99(2) de la *Enterprise Act 2002* y OFFICE OF FAIR TRADING. 2009. Mergers Jurisdictional and Procedural Guidance. Op. Cit. pp. 50-51.

¹⁰⁵ OFFICE OF FAIR TRADING. 2009. Mergers Jurisdictional and Procedural Guidance. Op. Cit. p. 47.

competitivas¹⁰⁶. Por lo tanto la probabilidad de remisión del caso a la CC aumenta sustancialmente si las partes, haciendo caso omiso de las indicaciones de la OFT, utilizan el procedimiento formal para notificar operaciones potencialmente anticompetitivas.

3.2.3. Notificación Informal (*Informal Submissions*)

Como indicamos previamente, a diferencia de la notificación formal, la notificación informal no se encuentra prescrita por ley sino que se regula por la propia OFT, lo que explica que sus plazos sean flexibles, pudiendo llegar hasta los cuarenta días hábiles. También procede recordar que, a diferencia de la notificación formal, la notificación informal requiere necesariamente un pronunciamiento de la OFT sobre la operación, no bastando el sólo transcurso del plazo para que esta se entienda aprobada¹⁰⁷.

3.2.4. Desarrollo de la Primera Etapa

Tanto antes como después de hecha la notificación, independientemente de si fue formal o informal, la OFT recomienda a las partes comunicarse constantemente con los funcionarios encargados de la investigación a través de reuniones presenciales o por conferencia telefónica. Dentro de estas reuniones, las más importantes que se pueden realizar son, en orden cronológico, la *state of play discussion* (reunión

¹⁰⁶ El propio organismo señala:

“Although the benefits of the statutory merger notice procedure are available in all anticipated merger cases that have been made public, it is most suitable for transactions that do not raise material anti-competitive concerns (...). The statutory merger notice is therefore most obviously suited for transactions where:

- *there are no horizontal overlaps between the parties’ activities and they are not active on upstream, downstream or neighbouring markets, or*
- *the parties’ activities overlap horizontally but their combined share is below 15 per cent on any conceivable relevant market.*
- *The parties are only active upstream or downstream or in a neighbouring market from each other and their share on each of those markets is below 25 per cent.”*

OFFICE OF FAIR TRADING. 2009. Mergers Jurisdictional and Procedural Guidance. Op. Cit. p. 45.

¹⁰⁷ OFFICE OF FAIR TRADING. 2009. Mergers Jurisdictional and Procedural Guidance. Op. Cit. pp. 44-45, pp.53-60 y pp. 76-77.

preliminar), la *issues meeting* (reunión temática), la *case review meeting* (reunión de revisión del caso) y la *decision meeting* (reunión de decisión)¹⁰⁸.

Dos aspectos relevantes en el desarrollo del proceso son, en primer lugar, que las partes pueden ofrecer medidas de mitigación desde las reuniones con la OFT previas a la notificación, en que se discute el contenido de la misma, hasta antes de la *case review meeting*; y, en segundo lugar, que la OFT invita a terceros interesados a comentar sobre el caso a través de un comunicado que se publica en su sitio web y en el *Regulatory News Service*¹⁰⁹.

La *state of play discussion* se celebra aproximadamente en la mitad del período de la notificación formal o informal, respectivamente. Esta reunión generalmente se lleva a cabo por conferencia telefónica y su objeto es comunicar a las partes los principales puntos en los que la OFT observa problemas de Competencia, en caso que los haya. En esta reunión preliminar, la OFT también le comunica a las partes si considera que los riesgos anticompetitivos de la operación son lo suficientemente relevantes como para enviarles una *issues letter* (carta de objeciones).

La *issues letter* es un documento en que la OFT, por una parte, comunica a las partes los principales argumentos que justificarían una derivación del caso a la CC, y por otra las invita a una *issues meeting* (reunión temática) para discutir estos asuntos específicos. La *issues meeting* generalmente se celebra luego de dos días hábiles de recibida la *issues letter*, pudiendo las partes responder a dicha carta en forma escrita (antes de la reunión), oral (durante la reunión) o ambas. La OFT recomienda que la

¹⁰⁸ OFFICE OF FAIR TRADING. 2009. Mergers Jurisdictional and Procedural Guidance. Op. Cit. pp. 61-64, pp.71-77 y p. 83.

¹⁰⁹ El *Regulatory News Service* es un sistema electrónico de transmisión de datos, perteneciente a la Bolsa de Comercio de Londres, encargado de transmitir noticias regulatorias. Ver LONDON STOCK EXCHANGE. 2012. Regulatory News Service (RNS) [en línea] <<http://www.londonstockexchange.com/products-and-services/rns/about/rns-remove.htm>> [consulta: 31 de marzo de 2012] y OFFICE OF FAIR TRADING. 2009. Mergers Jurisdictional and Procedural Guidance. Op. Cit. pp. 61-64.

carta sea respondida tanto en forma escrita como oral. No se comunica a terceros el hecho de haberse enviado una *issues letter* ni el contenido de la misma¹¹⁰.

A diferencia de la *state of play discussion*, la *issues meeting* es siempre presencial. Esta reunión generalmente la preside el Director o Director Suplente del grupo de la OFT que investiga el caso y se celebra con la presencia tanto de los miembros de dicho grupo como de los representantes de las partes. Un aspecto interesante es que también concurren a las *issues meetings* tres funcionarios de la OFT que no son parte del grupo de investigación, de manera que puedan aportar una mirada crítica sobre la misma, ellos son: un *legal officer* (funcionario jurídico), un *senior economist* (economista *senior*) y un tercer funcionario al que la propia OFT denomina para estos efectos “abogado del diablo” y que también defiende los intereses de las partes¹¹¹.

Luego de realizada la *issues meeting*, o en caso que no se haya celebrado ninguna reunión previa por considerarse que la operación no presentaba problemas serios para la libre competencia, el grupo de investigación prepara un borrador de resolución aceptando la fusión o derivándola a la CC. Este borrador, junto con el análisis económico realizado por el grupo, la *issues letter* y las respuestas escritas a la misma (en caso que se hayan emitido estos documentos) circulan entre los miembros de un grupo de revisión, formado por funcionarios de alto rango dentro de la OFT¹¹², quienes deben pronunciarse sobre si concuerdan o no con las conclusiones del grupo de investigación.

¹¹⁰ OFFICE OF FAIR TRADING. 2009. Mergers Jurisdictional and Procedural Guidance. Op. Cit. pp. 71-77.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Entre estos funcionarios de alto rango son: el *Chairman* (Presidente), el *Chief Executive* (Jefe Ejecutivo), el *Executive Director for Markets and Projects* (Director Ejecutivo de Mercados y Proyectos), el *Head of the Policy Unit* (Jefe de la Unidad de Políticas), el *General Counsel* (Jefe del departamento, sección o división jurídica de la OFT), el Director *Senior* del grupo de investigación, el Director del grupo de investigación, representantes del grupo de investigación y, en caso que se considere apropiado, representantes del *OFT Markets Unit Grouping* (Unidad de Análisis y Clasificación de Mercados) especializados en el mercado relevante en cuestión. Ibid.

Si la decisión preliminar del grupo de investigación es aprobar la fusión y el grupo de revisión concuerda con ello, la resolución queda firme, por lo que procede publicarla. Si por el contrario el grupo de revisión considera que el caso requiere una mayor discusión, solicitará la celebración de una *case review meeting* (reunión de revisión del caso). Lo mismo ocurre si la decisión preliminar del grupo de investigación fue derivar la operación a la CC¹¹³. Como lo señalamos más arriba, el derecho de las partes a ofrecer medidas mitigatorias precluye con el inicio de la *case review meeting*.

A diferencia de la *state of play discussion* y de la *issues meeting*, en la *case review meeting* solamente participan funcionarios de la OFT por cuanto se trata de una discusión al interior del propio organismo sobre si apoyar o no las conclusiones del grupo de investigación. Empero, con el propósito que el debate incorpore todos los puntos de vista, siempre forma parte de la reunión el “abogado del diablo” que participó en la *issues meeting*. En la *case review meeting* no participa el funcionario de alto rango de la OFT que dicta la resolución final (“funcionario resolutor”)¹¹⁴

Después de finalizada la *case review meeting*, la OFT celebra internamente una última reunión, denominada *decision meeting* (reunión de decisión), para determinar el contenido de la resolución final que aprueba la fusión o la deriva a la CC. Esta reunión es presidida por el funcionario resolutor, quien, repetimos, no participó de la *case review meeting*, y que generalmente es el *Chief Executive* (“Jefe Ejecutivo”) o el *Senior Director of Mergers* (“Director Senior de Fusiones”), con la intervención de los mismos funcionarios que participaron en la *case review meeting*. El funcionario resolutor puede suspender la *decision meeting* con el objeto de analizar en detalle los antecedentes. Sin embargo, de acuerdo a la propia OFT, ello ocurre en la minoría de los casos¹¹⁵.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ También participan en la *case review meeting*: el *Director of Mergers* (Director de Fusiones), quien la preside, todos los funcionarios que participaron de la *issues meeting*, un representante de la *OFT Chief Economist's Office* (Oficina del Economista Jefe de la OFT) y, en caso que se considere necesario, miembros del grupo de análisis del mercado relevante en cuestión. Ibid.

¹¹⁵ Ibid.

Para dictar la resolución final, el funcionario resolutor debe cumplir con tres sub-etapas que buscan agotar las posibilidades para evitar la derivación del caso a la CC. En la primera etapa, el funcionario resolutor debe indicar si se cumplen o no los criterios para referir el caso a la CC, vale decir, si la operación es relevante y si implica serios riesgos para la competencia. Si la respuesta es negativa, se dicta la resolución aprobando la fusión, pero si la respuesta es positiva, se pasa a la segunda sub-etapa.

En la segunda sub-etapa se analiza si son aplicables la excepción *de minimis* o la excepción de beneficio de los consumidores – mencionadas *supra* – para evitar la derivación a la CC. En caso que alguna excepción sea aplicable, se dicta la resolución aprobando la operación. Sin embargo, si no es posible aplicar excepciones, el funcionario resolutor decide preliminarmente derivar el caso a la CC, con lo que se pasa a la tercera sub-etapa.

En la tercera sub-etapa se le informa al funcionario resolutor de las medidas de mitigación eventualmente propuestas por las partes. Si las partes no ofrecieron medidas mitigatorias, se dicta la resolución que deriva el caso a la CC. Empero, si se ofrecieron medidas de mitigación, el funcionario resolutor deberá decidir si considera que dichas medidas son o no suficientes para justificar una suspensión de la derivación a la CC y el inicio del procedimiento de evaluación de medidas de mitigación. En este último caso, sólo si el funcionario resolutor considera que las medidas son insuficientes se dictará la resolución ordenando la derivación a la CC. *A contrario sensu*, si se considera que las medidas son suficientes, se suspende la dictación de la resolución y se inicia el procedimiento de evaluación de medidas de mitigación, el que revisaremos en detalle más adelante¹¹⁶.

Una vez que se dicta la resolución que aprueba la fusión (con o sin medidas de mitigación acordadas con las partes) o que la deriva a la CC, lo que toma entre una y dos semanas, el texto de dicha resolución se comunica a las partes y se publica tanto en el sitio web de la OFT como en el *Regulatory News Service*. La OFT normalmente envía también un comunicado de prensa a los medios de comunicación. Al principio, se

¹¹⁶ Ibid.

publica únicamente la parte resolutive del texto de la resolución. Solamente después que las partes conocen el texto completo de la resolución, este se publica en los mismos medios de comunicación y en el *OFT Weekly Gazette* (periódico semanal de la OFT). Este desfase de publicaciones tiene por objeto que las partes soliciten a la OFT, si lo estiman conveniente, retirar del texto información confidencial, petición que el organismo podrá acoger total o parcialmente.

3.2.5. Medidas de Mitigación

Tal como lo señalamos en el punto anterior, las partes tienen la posibilidad de ofrecer medidas de mitigación a su operación de concentración desde las reuniones previas a la notificación hasta antes de la *case review meeting*, caso en el cual dichas medidas se comunican posteriormente al funcionario resolutor para que éste evalúe si ellas justifican suspender la dictación de la resolución e iniciar el procedimiento de evaluación de medidas mitigatorias.

Antes que todo, es menester indicar que, de acuerdo a la legislación británica, la OFT no tiene, salvo excepciones, facultad alguna para imponer de oficio la aplicación de medidas de mitigación, aunque puede sugerirlas. Esto es lo que explica que la carga de proponer medidas de mitigación suficientes recaiga fundamentalmente en las partes. Otro aspecto relevante es que, si bien es cierto las partes tienen un período relativamente amplio para proponer las medidas mitigatorias, la OFT recomienda que esto se haga lo antes posible para maximizar sus posibilidades de aceptación por el organismo. El ofrecimiento de medidas de mitigación debe hacerse por escrito a la OFT.¹¹⁷

Por otra parte, la razón por la cual solamente se informa de las medidas de mitigación al funcionario resolutor después que este decide que la operación es susceptible de ser revisada por la CC, es para mantener un cierto orden lógico en la determinación de la referencia. En otras palabras, como la ley no establece la

¹¹⁷ OFFICE OF FAIR TRADING. 2009. Mergers Jurisdictional and Procedural Guidance. Op. Cit. pp. 82-89.

existencia de medidas de mitigación como uno de los presupuestos para derivar el caso a la CC, ellas solamente pueden ser tomadas en cuenta después que se haya tomado dicha decisión. Esto lo establece la sección 73 de la *Enterprise Act 2002*¹¹⁸.

Por último, a pesar de que la regla general es que con la *case review meeting* precluye el derecho de las partes a presentar medidas de mitigación, la OFT tiene la facultad para solicitarles en forma excepcional, una vez terminada dicha reunión, complementar su oferta inicial de medidas mitigatorias si la considera insuficientes. Esta decisión usualmente se le comunica por teléfono a las partes, quienes tienen un plazo brevísimo (generalmente de un día hábil) para hacer las correcciones necesarias. Todo esto demuestra hasta que punto es posible aplicar mecanismos para evitar la derivación a la CC¹¹⁹.

Expuesto lo anterior, para describir el procedimiento de evaluación de medidas de mitigación, hay que distinguir si la OFT considera o no necesario que las partes se desprendan de activos o de unidades de negocios.

Si la OFT no considera necesario que se enajenen activos o unidades de negocios, entonces emite un comunicado de prensa señalando que, si bien es cierto se cumplen las condiciones para hacer la derivación del caso a la CC, se suspende la dictación de la resolución final por cuanto se está considerando la aceptación de las medidas de mitigación propuestas por las partes. Para considerar la aplicación de las medidas de mitigación, la sección 97(7) de la *Enterprise Act 2002* faculta a la OFT para extender el plazo de revisión preliminar del caso, por el tiempo que considere necesario, de manera de permitirle a las partes negociar con el organismo el alcance de las medidas de mitigación.

Tan pronto se acuerdan las medidas de mitigación a aplicar a la operación, la OFT publica un borrador preliminar de acuerdo con el objeto de que terceros interesados, dentro de al menos 15 días, puedan realizar las observaciones que

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Ibid.

estimen pertinentes. Si debido a la aceptación de estas observaciones se produce una alteración sustancial de las medidas de mitigación, es necesario repetir el proceso, por lo que la OFT deberá extender nuevamente el plazo de revisión preliminar del caso y publicar un nuevo borrador preliminar de acuerdo. En este último caso, y para no extender innecesariamente la aceptación de medidas de mitigación, el plazo de los terceros interesados para observarlas se reduce a siete días.

Finalmente, las partes y la OFT formalizan el acuerdo, el que se da a conocer a través de un comunicado de prensa y mediante su publicación en el sitio web de la OFT¹²⁰.

El mecanismo se altera ligeramente si la OFT considera que es necesaria la enajenación de activos o unidades de negocios para aceptar las medidas mitigatorias. En esta circunstancia, tal exigencia se comunica a las partes al momento en que la OFT da a conocer su decisión de suspender la dictación de la resolución, por lo que la extensión del plazo de revisión del caso se otorga fundamentalmente para que las partes encuentren un comprador aceptable por la OFT. Sólo cuando las partes encuentran dicho comprador y le presentan a la OFT una promesa de compra sujeta a la condición suspensiva de aceptación de las medidas mitigatorias, el organismo acoge dichas medidas, no antes. En lo demás, se sigue exactamente el mismo procedimiento anterior, con la diferencia que los terceros podrán comentar también sobre la idoneidad del comprador propuesto por las partes¹²¹.

3.2.6. Participación Eventual del *Secretary of State*

Existen circunstancias en las cuales se permite la participación directa del Ministro o *Secretary of State* del *Department for Business, Innovation and Skills* en el procedimiento de evaluación preliminar de operaciones de concentración por la OFT. En esta situación, la fusión no solamente es evaluada desde el punto de vista del

¹²⁰ OFFICE OF FAIR TRADING. 2009. Mergers Jurisdictional and Procedural Guidance. Op. Cit. pp. 89-94.

¹²¹ Ibid.

derecho de la competencia, sino que también pasan a considerarse otros bienes públicos.

De conformidad con la sección 42 de la ley, el *Secretary of State* tiene la facultad de enviar a la OFT una notificación, denominada *Public Interest Intervention Notice* (“Notificación de Intervención por Razones de Interés Público” o “PIIN” por sus siglas en inglés), en caso que la operación cumpla con las condiciones legales para ser derivada a la CC y el Ministro considere que ella puede afectar la seguridad nacional, el pluralismo en los medios de comunicación o la estabilidad del sistema financiero del Reino Unido. El *Secretary of State* también puede intervenir por otras razones, pero siempre y cuando sea autorizado por ambas cámaras del Parlamento¹²².

El principal efecto de la PIIN es que la OFT deja de ser competente para determinar si la operación de concentración debe ser derivada o no al CC, recayendo dicha decisión en el *Secretary of State*. La discrecionalidad del *Secretary of State* se encuentra limitada, empero, por el hecho que está obligada a aceptar las recomendaciones de la OFT en materias de libre competencia (sección 46(2) de la *Enterprise Act 2002*). En todo lo demás, el procedimiento es el mismo que describimos en los párrafos anteriores¹²³.

3.2.7. Segunda Etapa: Revisión de la *Competition Commission*

Llegados a este punto de la exposición sobre el procedimiento británico, no está demás recordar que la *Competition Commission* conoce solamente en una segunda revisión los casos que le sean derivados por la *Office of Fair Trading* o por el *Secretary of State*, en su caso. También hay que tomar en cuenta, para efectos de no perder la perspectiva, que la CC aprueba aproximadamente la mitad de las fusiones sometidas a su conocimiento.

¹²² OFFICE OF FAIR TRADING. 2009. Mergers Jurisdictional and Procedural Guidance. Op. Cit. pp. 95-101.

¹²³ Ibid.

Los lineamientos generales del procedimiento ante la CC se encuentran en la *Enterprise Act 2002*, ley que, para estos efectos, fue complementada el año 2006 a través de un reglamento denominado *Competition Commission Rules of Procedure* (Reglas de Procedimiento de la Competition Commission, en adelante *Rules of Procedure*)¹²⁴.

De conformidad a estas reglas, una vez que la CC recibe los antecedentes del caso, el *Chairman* (Presidente) del organismo debe elegir de entre sus funcionarios un grupo de revisión de al menos tres personas para analizarlo en detalle. Uno de los miembros de este grupo será su presidente, quien tendrá voto dirimente ante cualquier empate que se produzca durante las deliberaciones. El *Chairman* de la CC puede, a su sola discreción, participar en las audiencias del grupo, siendo sus observaciones obligatorias para éste. Sin embargo, el *Chairman* no puede votar ni disentir de las conclusiones del grupo al revisar el caso¹²⁵.

La CC tiene amplia discrecionalidad para disponer de su estructura, etapas y plazos. Por tanto, las *Rules of Procedure* actúan más bien como pautas limitativas y orientadoras de la discrecionalidad administrativa que como normas rígidas procesales.

Conforme a las reglas 6.1 a 6.3 de las *Rules of Procedure*, lo primero que debe hacer el grupo de revisión de la CC una vez constituido es generar un cronograma que puede incluir, dependiendo de la complejidad del caso, una o más de las siguientes etapas: recopilación y análisis de información, envío de cuestionarios a los involucrados, realización de declaraciones de testigos, emisión de una declaración de objeciones, evaluación de la respuesta a la declaración de objeciones, notificación de conclusiones provisionales, notificación y evaluación de posibles medidas de mitigación, otorgamiento del carácter de confidencial a determinada información, y publicación de informes.

¹²⁴ COMPETITION COMMISSION. 2006. Competition Commission Rules of Procedure [en línea] <www.competition-commission.org.uk> [consulta: 17 de noviembre de 2011]

¹²⁵ Reglas 4.1 a 4.5 de las *Competition Commission Rules of Procedure*.

Luego de redactado el cronograma, éste se notifica tanto a las partes como al público en general a través de cualquier medio que el grupo considere idóneo, pudiendo también publicarse en la página web de la CC. Para investigar el caso y dictar la resolución final, el grupo se sujeta a un plazo de veinticuatro semanas. Sin embargo, si por cualquier circunstancia imprevista no es posible cumplir con el cronograma inicial, el grupo puede enmendarlo y extender hasta por ocho semanas más el plazo de revisión, pudiendo incluso extender aún más estos plazos en caso que la demora se deba a la entrega incompleta de información por las partes¹²⁶.

En lo que se refiere a la realización de audiencias, el grupo de revisión de la CC también tiene amplia discrecionalidad para decidir si ellas se llevan a cabo y, en caso que ello ocurra, su duración, su carácter público o reservado y el nivel de participación de los interesados en las mismas. Es más, incluso en el caso que el grupo decida realizar audiencias públicas, puede posteriormente transformarlas en reservadas. No obstante, la discrecionalidad del organismo no es total. La regla 7.2. de las *Rules of Procedure* prescribe una serie de aspectos que el grupo de revisión debe tomar en cuenta al momento de resolver sobre las audiencias, debiendo además publicar sus consideraciones respecto de los mismos.¹²⁷

Una vez que el grupo analiza en detalle el caso, debe notificar a las partes y publicar en la página web de la CC sus conclusiones provisionales a través de un informe. Este informe debe contener tanto los fundamentos de las conclusiones provisionales como una decisión provisional sobre la fusión.

¹²⁶ Sección 39 de la *Enterprise Act 2002* en relación con las reglas 6.5. a 6.7. de las *Competition Commission Rules of Procedure*.

¹²⁷ Estos elementos son: la opinión de las partes y de los terceros interesados, la posibilidad de que la publicidad dañe significativamente los intereses de alguna persona, la posibilidad de que la publicidad inhiba a alguna persona a aportar antecedentes, la eficiencia de la revisión, el cronograma, los costos administrativos de la audiencia, y las implicancias de conectividad para los involucrados. Reglas 7.1 a 7.1 y regla 8.1 de las *Competition Commission Rules of Procedure*.

Después de hecha la notificación, las partes tienen un plazo de al menos veintidós días para responder por escrito a las conclusiones provisionales, pudiendo el grupo determinar que además se efectúe una audiencia oral al efecto¹²⁸.

Posteriormente, luego de recibidas las respuestas a las conclusiones provisionales (o, en caso que no las haya, luego de finalizado el plazo para responder), el grupo deberá dictar y publicar, en la página web de la CC, un informe que contiene la resolución final del caso. La resolución final puede: **(a)** aprobar la fusión pura y simplemente; **(b)** aprobar la fusión con medidas de mitigación; y **(c)** prohibir la fusión.

A diferencia de la OFT, que solamente puede negociar la aplicación de medidas mitigatorias (a menos que se incumpla un acuerdo, como ya vimos), la *Enterprise Act 2002* le otorga a la CC amplias facultades tanto para negociar como para imponer, en caso que sea necesario, todo tipo de medidas de mitigación, sean conductuales o estructurales¹²⁹.

3.3. Revisión de las Resoluciones de los Órganos Administrativos

Tal como lo mencionamos al inicio de este capítulo, las resoluciones dictadas por la OFT, la CC o el *Secretary of State* al momento de analizar la operación de concentración son revisables ante el CAT y ante los tribunales de justicia. Esta revisión se enfoca en la legalidad de la resolución del órgano administrativo competente, por lo que no analiza el mérito o la conveniencia de la resolución desde el punto de vista de la libre competencia¹³⁰. La causa es revisada, en primer lugar, por un órgano administrativo especializado, compuesto tanto de juristas como de profesionales ligados a la economía, llamado Competition Appeals Tribunal¹³¹ y en segundo lugar, por la *Court of Appeals* o la *Court of Session*, que son tribunales ordinarios de justicia.

¹²⁸ Reglas 10.1 a 10.8 de las *Competition Commission Rules of Procedure*.

¹²⁹ Sección 41 en relación con las secciones 82 a 84, 159 y 161 de la *Enterprise Act 2002*, y reglas 16.1 a 16.13 de las *Competition Commission Rules of Procedure*.

¹³⁰ GLOBAL LEGAL GROUP. 2011. The International Legal Guide To: Merger Control 2011 [en línea] <<http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/4088.pdf>> [consulta: 07 de abril de 2012]

¹³¹ Los integrantes del CAT son su Presidente, que debe ser un abogado experto en materias de libre competencia, los miembros del *Panel of Chairmen* (panel de presidentes), que deben

En lo que respecta al CAT, aun cuando este órgano se denomine “tribunal”, no es un órgano jurisdiccional sino administrativo, Lo que ocurre es que tanto en la doctrina como en la legislación anglo-norteamericana suele distinguirse entre las *courts*, que son los tribunales propiamente tales, y los *tribunals*, que son órganos administrativos autónomos (*non departmental public bodies* en el caso británico) encargados de resolver conflictos entre la Administración y los particulares¹³² y que se caracterizan principalmente por: **(a)** estar integrados tanto por juristas como por especialistas de otras disciplinas; **(b)** sujetarse a procedimientos con características similares a uno jurisdiccional, pero con tendencia a ser menos formalizados y más inquisitivos que los de un tribunal propiamente tal; y **(c)** el hecho que sus miembros gozan de una serie de resguardos institucionales tendientes a proteger su independencia e imparcialidad, siendo el más importante de ellos el dispuesto en la sección 1 de la *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007* (“Ley de Cortes,

reunir las mismas características y los *ordinary members* (miembros ordinarios), que son profesionales de áreas ligadas a la economía. El Presidente y los miembros del *Panel of Chairmen* son designados por el *Lord Chancellor*, que es el Ministro de Justicia del Reino Unido, mientras que los *ordinary members* son elegidos por el *Secretary of State for Business, Innovation and Skills*. Los miembros del CAT duran ocho años en sus cargos. El tribunal conoce de las causas en salas de tres miembros presididas por el *Presidente* del CAT o por un *Chairman* y compuestas tanto por miembros del *Panel of Chairman* como de *ordinary members*. Actualmente, el CAT tiene un total de treinta y nueve miembros que son: el Presidente, diecinueve *Chairmen* y diecinueve *ordinary members*. COMPETITION APPEAL TRIBUNAL. 2005. Guide to Proceedings [en línea] <<http://www.catribunal.org.uk/240/Rules-and-Guidance.html>> [consulta: 17 de noviembre de 2011] pp. 1-5.

¹³² Si bien es cierto tanto en Australia y en Reino Unido existe la distinción entre *tribunals* y *courts*, los criterios dogmáticos y jurisprudenciales acerca de la amplitud del ámbito de revisión de los *tribunals*, es decir, la determinación acerca de si sólo pueden revisar aspectos de juridicidad o también de mérito de la resolución administrativa, varía dependiendo de cada país. En Australia se distingue claramente entre la revisión del mérito del acto administrativo, que corresponde a los *tribunals*, de la revisión de juridicidad, que correspondería a las *courts*. *A contrario sensu*, en el Reino Unido históricamente se ha entendido que los *tribunals*, a pesar de que orgánicamente pertenecen a la Administración, ejercen una función esencialmente similar a las *courts*, vale decir, la función jurisdiccional enfocada fundamentalmente a aspectos de legalidad y no de mérito. Al parecer, esta disparidad de criterios se debe a que el derecho constitucional australiano establece una nítida separación de poderes de la que carece su símil británico. Para profundizar más en estas diferencias, ver CANE, Peter. 2009. Judicial Review and Merits Review: Comparing Administrative Adjudication by Courts and Tribunals [en línea] <http://www.law.yale.edu/images/CompAdminLaw/Peter_Cane-Comp_Ad_Law_Paper.pdf> [consulta: 14 de octubre de 2012]

Tribunales y Ejecución 2007” o “TCE Act”) y que consiste en considerar a los miembros letrados de los *tribunals* como integrantes de la judicatura británica¹³³.

Las reglas del procedimiento administrativo del CAT se encuentran en las *Competition Appeal Tribunal Rules 2003* (“Reglas del Tribunal de Apelaciones de la Competencia 2003”, en adelante, *CAT Rules 2003*)¹³⁴. Las CAT Rules 2003 se basan sobre todo en la normativa reguladora del procedimiento jurisdiccional civil general británico, contenidas en las *Civil Procedure Rules* (Reglas de Procedimiento Civil), junto con las disposiciones del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Ergo*, el procedimiento es muy similar al aplicable a los juicios civiles británicos, con una fase escrita y otra oral, dividida en una audiencia preliminar y otra propiamente de revisión de la cusa, donde se aplican los principios de oralidad, intermediación y concentración¹³⁵.

Conforme a la normativa británica, cualquier persona agraviada por una resolución de la OFT, la CC o el *Secretary of State* relacionada con una fusión, puede requerir al CAT que la revise. El concepto de agravio es amplio, incluyendo a terceros interesados¹³⁶.

¹³³ Otro aspecto interesante es que la TCE Act, con el objeto de uniformar la administración de estos órganos, creó el *Administrative Justice and Tribunals Council* (“Consejo de Justicia Administrativa y de Tribunales”) que el servicio público encargado de supervisar el uso de los recursos de todos los *tribunals* del Reino Unido, y además creó el cargo de *Senior President of Tribunals* (“Presidente Senior de los Tribunales”), que es un funcionario dedicado a supervisar que los *tribunals* sean accesibles, que sus procedimientos sean equitativos y eficientes y que sus miembros sean expertos en materias de su competencia. Únicamente un juez de una *court*, o una persona que cumpla con los requisitos para ser juez de una *court* puede ser designada *Senior President of Tribunals*. TRIBUNALS, COURTS AND ENFORCEMENT ACT 2007 [en línea] Londres, Gran Bretaña <www.legislation.gov.uk> [consulta: 07 de Octubre de 2012]

¹³⁴ Estas normas, que son fruto del ejercicio de la potestad reglamentaria del propio CAT, formalmente se contienen en un *Statutory Instrument*. COMPETITION APPEAL TRIBUNAL. 2003. The Competition Appeal Tribunal Rules 2003 [en línea] <<http://www.catribunal.org.uk/240/Rules-and-Guidance.htm>> [consulta: 07 de abril de 2012]

¹³⁵ COMPETITION APPEAL TRIBUNAL. 2005. Guide to Proceedings, Op. Cit. pp. 12-13.

¹³⁶ GLOBAL LEGAL GROUP. 2011. The International Legal Guide to: Merger Control 2011. Op. Cit.

Para iniciar la revisión, el agraviado tiene un plazo de hasta cuatro semanas desde que se le notifica de la resolución¹³⁷. Según la sección 120(2) (b) de la *Enterprise Act 2002*, la palabra “resolución” incluye el silencio administrativo, vale decir, el hecho que la Administración no resuelva cuando legalmente corresponde hacerlo¹³⁸.

Después de presentado el escrito, éste se notifica al organismo afectado para que presente su contestación y se procede a la realización de dos audiencias orales: primero la audiencia preliminar (*case management conference*), y después la audiencia de revisión del caso (*hearing*), luego de la cual el CAT dicta su resolución final¹³⁹.

En su sentencia resolución final, el CAT puede rechazar o acoger en forma total o parcial el requerimiento (*application*). Si se acoge el requerimiento, el CAT no tiene facultades para enmendar la resolución revisada, sino que solamente la anula en todo o en parte, devolviéndola al organismo competente para que la reemplace por una nueva acorde con lo dispuesto por el CAT(secciones 120(4) y 179(4) de la *Enterprise Act 2002*¹⁴⁰.

La resolución final del CAT puede ser revisada, a través de una acción denominada “apelación” ante la *Court of Appeals* de Inglaterra y Gales, la *Court of Appeals* de Irlanda del Norte o la *Court of Session* de Escocia, dependiendo del

¹³⁷ A pesar de la amplia legitimación activa que parece derivarse de la frase “cualquier agraviado”, el CAT tiene facultades para calificar el agravio, vale decir, el CAT puede rechazar un requerimiento en caso que considere que el actor no es “parte agraviada” (regla 10 de las *CAT Rules 2003*). COMPETITION APPEAL TRIBUNAL. 2005. Guide to Proceedings, Op. Cit. p.25.

¹³⁸ COMPETITION APPEAL TRIBUNAL. 2005. Guide to Proceedings, Op. Cit. p.10.

¹³⁹ Existen algunas peculiaridades del procedimiento, por ejemplo, las audiencias preliminares generalmente se celebran sin que el organismo cuestionado haya presentado aún su contestación, ya que se considera que los argumentos principales de la defensa se encuentran en la propia resolución cuestionada. Un segundo aspecto singular es que, dependiendo de la urgencia del caso, el CAT puede, discrecionalmente, resolver prescindir de la audiencia preliminar y pasar directamente a la audiencia de revisión del caso. En tercer lugar, respecto de las audiencias de revisión, es usual que el CAT le pida a las partes presentar un punteo de los principales argumentos de sus alegatos (*skeleton arguments*). Finalmente, en lo que respecta a la resolución final, el CAT tiene facultades para no publicar información de carácter confidencial de las partes. COMPETITION APPEAL TRIBUNAL. 2005. Guide to Proceedings, Op. Cit. pp. 29-37 y pp. 52-57.

¹⁴⁰ COMPETITION APPEAL TRIBUNAL. 2005. Guide to Proceedings, Op. Cit. p. 10.

caso¹⁴¹. Dichas apelaciones se registrarán por las reglas de procedimiento de cada tribunal en específico¹⁴², pudiendo estos tribunales: **(a)** confirmar la sentencia de primera instancia, **(b)** anularla; o **(c)** enmendarla¹⁴³.

Por su parte, las sentencias definitivas dictadas por estos tribunales pueden ser revisadas por la Corte Suprema del Reino Unido, mediante la interposición por el agraviado de un recurso extraordinario, también denominado “apelación”. En relación a estas sentencias, el tribunal podrá: **(a)** confirmarlas, **(b)** anularlas; o **(c)** enmendarlas. El procedimiento judicial ante el máximo tribunal británico se sujeta a las *Rules of the Supreme Court 2009* (“Reglas de la Corte Suprema 2009”). La Corte Suprema del Reino Unido, al igual que su similar norteamericano, tiene competencia selectiva para decidir discrecionalmente cuáles causas conoce¹⁴⁴.

3.4. Intervención de Terceros Interesados

Durante la primera etapa de la revisión que realiza la OFT, los terceros interesados pueden realizar las observaciones y aportar los antecedentes que estimen convenientes acerca de la operación, una vez que el organismo emite un comunicado a través de su sitio web y el *Regulatory News Service*.

Por otra parte, los terceros también tienen la posibilidad de intervenir en el procedimiento de negociación de medidas de mitigación, ya que se les informa de los borradores preliminares de acuerdo entre la OFT y las partes, de manera que puedan

¹⁴¹ La parte interesada deberá solicitarle al CAT un “permiso para apelar” ya sea en forma oral o por escrito. Reglas 58 y 59 de las CAT Rules 2003 y COMPETITION APPEAL TRIBUNAL. 2005. Guide to Proceedings, Op. Cit. pp. 60-61.

¹⁴² Estas reglas son: para la *Court of Appeals* de Inglaterra y Gales, la parte 52 de las *Civil Procedure Rules* (“Reglas del Procedimiento Civil”), para la *Court of Session* de Escocia, las *Rules of the Court of Session* (“Reglas de la Court of Session”). Ver MINISTRY OF JUSTICE. 2012. Part 52 – Appeals [en línea] <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part52>> [consulta: 07 de abril de 2012]; y COURT OF SESSION. 2012. Rules of the Court of Session [en línea] <<http://www.scotcourts.gov.uk/session/rules/print/index.asp>> [consulta: 07 de abril de 2012]

¹⁴³ Regla 52.10 de las *Civil Procedure Rules* para la *Court of Appeals* de Inglaterra y Gales.

¹⁴⁴ Regla 29 de las *Rules of the Supreme Court*. SUPREME COURT OF THE UNITED KINGDOM. 2009. Rules of the Supreme Court 2009 [en línea] <http://www.supremecourt.gov.uk/docs/uksc_rules_2009.pdf> [consulta: 12 de mayo de 2012]

comentarlos. De hecho, en los casos en que la OFT considera que es necesario que las partes se desprendan de activos o de unidades de negocios, los terceros pueden opinar acerca de la idoneidad del comprador propuesto por las partes.

Finalmente, los terceros interesados, al igual que las partes, se encuentran legitimados activamente para impugnar ante el CAT las resoluciones de la OFT, la CC o el *Secretary of State* que recaigan sobre una operación de concentración. Para estos efectos, los terceros interesados deben demostrar un perjuicio derivado de la resolución administrativa¹⁴⁵.

3.5. Sanciones

Como señalamos al principio de este capítulo, el procedimiento de notificación de operaciones de concentración en el Reino Unido es voluntario. Por ende, no existe sanción alguna por la falta de notificación de una fusión. Es más, es perfectamente posible para las partes llevar a cabo la operación de concentración mientras el caso se encuentra bajo revisión o notificar la fusión a las autoridades *ex post*.

No obstante, hay que recordar que si la operación de concentración se ejecuta sin notificar a la OFT, éste organismo tiene un plazo de hasta cuatro meses desde que toma conocimiento de la fusión para investigarla y derivarla eventualmente a la CC, quien resolverá en definitiva sobre el carácter anticompetitivo de la operación y, en consecuencia, sobre la aplicación de sanciones. En este sentido, la legislación británica establece un incentivo a las partes para notificar, ya que, cuando se notifica voluntariamente, el plazo de cuatro meses se cuenta desde la notificación misma y no en un momento posterior.

Además de lo anterior, si las partes consuman una fusión sin notificarla o durante el proceso de revisión por la OFT o la CC después de la notificación, ambos organismos tienen la potestad tanto para requerir a las partes que se obliguen unilateralmente a no ejecutar más actos que puedan perjudicar la investigación o, en

¹⁴⁵ GLOBAL LEGAL GROUP. 2011. The International Legal Guide to: Merger Control 2011. Op. Cit.

caso que sea necesario, imponer órdenes de no innovar en el mismo sentido (las llamadas *hold separate* o *initial undertakings* u *orders*, dependiendo de si fueron negociadas o impuestas)¹⁴⁶.

Por otro lado, en lo que respecta al ilícito consistente en la ejecución de una operación de concentración con efectos anticompetitivos, la *Competition Commission* tiene facultades para ordenar que se apliquen todas las medidas que considere necesarias para el restablecimiento de los niveles de competencia existentes en el mercado previo a la fusión, incluyendo eventualmente la enajenación forzosa de activos. En esto se siguen exactamente las mismas reglas revisadas *supra*¹⁴⁷.

Por último, la sección 117 de la *Enterprise Act 2002* tipifica como ilícito penal el que las partes o terceros entreguen información falsa o engañosa a la OFT o a la CC. La pena por la comisión de este delito es una multa que puede ser acompañada o no, dependiendo de su gravedad, de privación de libertad hasta por dos años¹⁴⁸.

3.6. Modificaciones Anunciadas por el *Department for Business, Innovation and Skills*

Sin perjuicio de que el sistema británico de control de operaciones de concentración es considerado como uno de los mejores en el mundo, el DBIS, luego de hacer una serie de consultas durante el 2011, motivado por la necesidad de realizar reducciones en el gasto público, decidió en marzo del presente año que la OFT y la CC se unificarán para formar un nuevo organismo de defensa de la libre competencia, llamado *Competition and Markets Authority*. De acuerdo al DBIS, este cambio permitirá eliminar ineficiencias y duplicación de tareas entre los actuales órganos administrativos, junto con reducir plazos de decisión e incrementar la seguridad

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Ver sección 41 en relación con las secciones 82 a 84, 159 y 161 de la *Enterprise Act 2002*, reglas 16.1 a 16.13 de las *Competition Commission Rules of Procedure* y GLOBAL LEGAL GROUP. 2011. *The International Legal Guide to: Merger Control 2011*. Op. Cit.

¹⁴⁸ OFFICE OF FAIR TRADING. 2009. *Mergers Jurisdictional and Procedural Guidance*. Op. Cit. p. 64.

jurídica. La idea es que estos cambios se implementen totalmente para abril de 2014¹⁴⁹.

Las modificaciones propuestas no solamente se limitan a la parte orgánica de las instituciones administrativas de libre competencia, sino que también incluyen la revisión preventiva de fusiones. Si bien es cierto el mecanismo seguirá siendo voluntario (aunque dentro de las opciones analizadas estuvo la incorporación de la notificación obligatoria¹⁵⁰), se introducirán, *grosso modo*, los siguientes cambios: **(a)** se incrementarán las tasas de notificación, desde el rango actual entre £ 30,000 y £ 90,000 (entre CLP\$ 23.400.000 y CLP\$ 70.200.000 aprox.) a un rango entre £ 40,000 y £ 160,000 (entre CLP\$ 32.000.000 y CLP\$ 128.000.000 aprox.); **(b)** el CMA tendrá la potestad de impedir provisionalmente la ejecución de la operación mientras es revisada; **(c)** Los plazos de la notificación informal ante la OFT van a ser incluidos en la ley; y **(d)** se establecerán sanciones contra la Administración, ante la falta de respuesta a las solicitudes de información de las partes o de terceros interesados.

¹⁴⁹ Ver DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION AND SKILLS. 2012. A Competition Regime for Growth: A Consultation on Options for Reform [en línea] <<http://www.bis.gov.uk/Consultations/competition-regime-for-growth>> [consulta: 3 de junio de 2012] y CABINET OFFICE REGIONAL NEWS NETWORK. 2012. Competition Reforms to Strengthen UK's World Class Regime [en línea] <<http://nds.coi.gov.uk/content/Detail.aspx?ReleaseID=423713&NewsAreaID=2>> [consulta: 3 de junio de 2012]

¹⁵⁰ DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION AND SKILLS. 2011. A Competition Regime for Growth: A Consultation on Options for Reform. Op. Cit. p. 13.

CAPÍTULO IV

EL CONTROL DE FUSIONES EN AUSTRALIA

4.1. Aspectos Generales

4.1.1. Diseño Institucional

En Australia, el órgano administrativo encargado de velar por la aplicación de la legislación de libre competencia es la *Australian Competition and Consumer Commission* (“Comisión Australiana de la Competencia y del Consumidor o “ACCC”)¹⁵¹. Esta institución es un órgano administrativo independiente del Gobierno Australiano, cuya máxima autoridad es colegiada y cuyas competencias obedecen al modelo bifurcado judicial, es decir, este organismo solamente se encuentra facultado para investigar y acusar ante los tribunales de justicia federales la infracción de las normas de libre competencia, correspondiendo principalmente a estos últimos la función de adjudicar¹⁵².

Por su parte, los otros órganos que participan en el control de las operaciones de concentración en Australia son: en sede administrativa, el *Australian Competition Tribunal* (Tribunal Australiano de la Competencia o “ACT”), que es un órgano administrativo autónomo especializado, que revisa tanto la juridicidad como el mérito de las resoluciones de la ACCC; y en sede judicial, la *Federal Court* (“Corte Federal”) en única instancia y la *High Court* (“Alta Corte”) en forma extraordinaria. Estos últimos tribunales son de carácter ordinario o generalista.

¹⁵¹ Al año 2011, la ACCC contaba con un *staff* de 778 personas (abogados, economistas y personal administrativos), con un presupuesto de AUD\$ 9,340,000 (CLP\$ 4.670.000.000 aprox.). AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. 2011. Annual Report 2010-2011 [en línea] <<http://www.accc.gov.au/content/item.phtml?itemId=1012352&nodeId=3648638631e30e3f1a5c89e3f33ff327&fn=ACCC%20Annual%20Report%202010-11.pdf>> [consulta: 13 de mayo de 2012] pp. 134-154.

¹⁵² AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. 2012. What we do [en línea] <<http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/54137>> [consulta: 21 de abril de 2012]

En relación a la distinción entre *tribunals* y *courts*, vale para Australia todo lo señalado respecto del Reino Unido.

4.1.2. Normativa Aplicable y Descripción General del Procedimiento

El principal estatuto jurídico de protección a la libre competencia en Australia es la *Competition and Consumer Protection Act 2010* (“Ley de Protección de la Competencia y del Consumidor 2010” o “CCP Act 2010”). Esta ley, al igual que en el sistema británico, es bastante exhaustiva¹⁵³. En específico, su sección 50 prescribe que:

“(1) Una sociedad no podrá directa o indirectamente:

- (a) adquirir acciones de otra sociedad; o*
- (b) adquirir activos de una persona*
si la adquisición genera el efecto, o muy probablemente genera el efecto, de disminuir sustancialmente la competencia en un mercado.

“(2) Una persona no podrá directa o indirectamente:

- (a) adquirir acciones de una sociedad; o*
- (b) adquirir activos de una sociedad*
si la adquisición genera el efecto, o muy probablemente genera el efecto, de disminuir sustancialmente la competencia en un mercado.”¹⁵⁴

¹⁵³ Hasta el año 2011, esta ley se llamaba *Trade Practices Act 1974* (Ley de Prácticas Comerciales 1974). COMPETITION AND CONSUMER ACT 2010 [en línea] Camberra, Australia <http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/caca2010265/s50.html> [consulta: 21 de abril de 2012]

¹⁵⁴ Traducción libre de:

- “(1) A corporation must not directly or indirectly:*
 - (a) acquire shares in the capital of a body corporate; or*
 - (b) acquire assets of a person*
if the acquisition would have the effect, or be likely to have the effect, of substantially lessening competition in a market.
- “(2) A person must not directly or indirectly:*
 - (a) acquire shares in the capital of a corporation; or*
 - (b) acquire assets of a corporation*
if the acquisition would have the effect, or be likely to have the effect, of substantially lessening the competition in a market.”

Actualmente existen tres sistemas alternativos para controlar preventivamente una operación de concentración, todos los cuales son voluntarios. Estos procedimientos son: la revisión informal, la revisión formal y la autorización directa ante el *Australian Competition Tribunal*.

De estos mecanismos: dos de ellos son conocidos por la comisión mientras que el tercero se tramita directamente ante el ACT. Los procedimientos conocidos por la ACCC son, respectivamente, la revisión informal y la revisión formal. La diferencia entre ambas radica en que la revisión informal no se encuentra regulada por la CCP Act 2010, de allí viene su nombre, mientras que la segunda sí lo está, de lo que se derivan una serie de consecuencias que detallaremos más adelante, siendo la más importante la relativa a la preclusión de acciones. Por su parte, el procedimiento de autorización directa de una fusión ante el ACT es de carácter excepcional, ya que lo que busca es que una operación de concentración sea aprobada a pesar de su alta probabilidad de generar efectos anticompetitivos fundamentándose en otras razones de interés público.

Aparte de conocer especialmente el procedimiento de autorización directa, el ACT tiene la facultad de confirmar, anular o enmendar, a petición de parte, la resolución emanada de la ACCC como resultado de una revisión formal¹⁵⁵.

Hasta el año 2007, el único procedimiento de control de operaciones de concentración que existía en Australia era el informal. En general, este sistema era apoyado fuertemente por los operadores jurídicos y económicos australianos por su rapidez y eficiencia, pero a su vez se lo consideraba deficitario en transparencia, rendición de cuentas y seguridad jurídica, ya que las resoluciones de la comisión no se

¹⁵⁵ AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. 2006. Merger Review Process Guidelines [en línea] <<http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/776536>> [consulta: 21 de abril de 2012] y AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. 2008. Formal Merger Review Process Guidelines [en línea] <<http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/776536>> [consulta: 21 de abril de 2012]

fundamentaban ni podían ser revisadas judicialmente, todo lo cual impedía el surgimiento de precedentes administrativos y judiciales¹⁵⁶.

Es debido a lo anterior que el Parlamento Australiano, basándose en el informe de una comisión de expertos (el llamado “informe Dawson”¹⁵⁷), promulgó en 2007 una ley modificatoria, llamada *Trade Practices Legislation Amendment Act (Nº1) 2006* (“Ley Modificatoria de la Legislación de Prácticas Comerciales (Nº1) 2006”) introduciendo en la legislación australiana de libre competencia la revisión formal ante la ACCC y el procedimiento de autorización directa ante el ACT¹⁵⁸.

4.2. Procedimiento ante los Órganos Administrativos

4.2.1. Revisión Informal ante la ACCC

Como señalamos, este mecanismo de control preventivo de operaciones de concentración no se encuentra prescrito en la ley, sino que se estableció por iniciativa de la propia ACCC.

Al no encontrarse instituida por la ley, la revisión informal no produce efectos jurídicos. No hay preclusión de acciones por la aprobación, en esta sede, de una operación de concentración. Esta falta de efectos jurídicos es lo que explica que las resoluciones de la comisión en un proceso informal no estén sujetas a revisión judicial por la ACT, ya que ni siquiera entrega fundamentos para que terceros interesados impugnen el acto en sede jurisdiccional.

¹⁵⁶ Ver AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. 2008. Formal Merger Review Process Guidelines. Op. Cit. pp. 2-4 y TRADE PRACTICES ACT REVIEW. 2003. Report [en línea] <<http://tpareview.treasury.gov.au/content/report.asp>> [consulta: 21 de abril de 2012]

¹⁵⁷ Este informe fue encargado por el Gobierno Australiano en 2001 e implicó una revisión completa de todas las disposiciones de libre competencia de la entonces *Trade Practices Act 1974*. El informe fue publicado en 2003 y su contenido se encuentra disponible en internet. TRADE PRACTICES ACT REVIEW. 2003. Home [en línea] <<http://tpareview.treasury.gov.au/content/home.asp>> [consulta: 21 de abril de 2012]

¹⁵⁸ AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. 2008. Formal Merger Review Process Guidelines. Op. Cit. pp. 2-4

La lógica del procedimiento informal es entregar una especie de “garantía no vinculante” a las partes de que la ACCC no interpondrá acciones judiciales para impedir la realización de la operación de concentración, siempre que considere que dicha operación no genera serios riesgos anticompetitivos.

A pesar de que a primera vista podría considerarse que este mecanismo es poco eficaz, la generalidad de las operaciones de concentración en Australia son revisadas en revisión informal. Ello al parecer se debe a dos cosas: en primer lugar, a una fuerte cultura de cumplimiento de la ley por parte de los operadores jurídicos y económicos; y en segundo lugar, al hecho que, hasta hace muy poco, el único sistema de control preventivo de fusiones era éste¹⁵⁹.

La intención expresa del regulador es que el proyecto de operación de concentración sea sujeto a su revisión lo antes posible. Es por ello que la comisión permite que la revisión informal pueda iniciarse tanto en el caso en que la operación de concentración sea confidencial como cuando es publicada, vale decir, dada a conocer al mercado a través de los medios de comunicación social. En ambos casos, el procedimiento se inicia con la notificación del adquirente, quien tiene la carga de acompañar todos los antecedentes necesarios, bajo apercibimiento de que los plazos de revisión no comiencen a transcurrir mientras dicha información no se reciba¹⁶⁰.

4.2.1.1. Revisión Informal de Operaciones Confidenciales

En caso que le sea notificada una operación confidencial, la ACCC deberá analizarla, dictar una resolución provisional y comunicársela a las partes, todo ello bajo reserva, dentro de un plazo que oscila entre dos y cuatro semanas desde la notificación.

¹⁵⁹ OCDE. 2009. Policy Roundtables: Standard for Merger Review [en línea] <www.oecd.org/competition> [consulta: 16 de noviembre de 2011] pp. 47-48.

¹⁶⁰ AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. 2006. Merger Review Process Guidelines. Op. Cit. pp. 7-11.

La comisión puede resolver lo siguiente: **(a)** que basada en la información disponible, no se opone a la fusión, pero se reserva el derecho a investigarla después que sea comunicada al mercado; **(b)** que no fue posible evaluar adecuadamente el riesgo anticompetitivo de la operación, por lo que es necesario que ésta se divulgue y que sea sometida a una investigación, indicándose en la resolución los aspectos en los que esta se focalizará; o, **(c)** que se opone a la operación por sus serios riesgos anticompetitivos, lo que implica la interposición de acciones judiciales ante la *Federal Court* para paralizarla¹⁶¹.

En las situaciones primera y segunda, una vez que se comunique al público la operación, se aplicará el procedimiento de revisión informal de operaciones publicadas.

4.2.1.2. Revisión Informal de Operaciones Publicadas

La revisión informal de las operaciones publicadas puede comenzar de dos maneras: la primera es por requerimiento de parte y la segunda es de oficio por la ACCC¹⁶², situación en la que el organismo deberá invitar al adquirente a presentar todos los antecedentes que estime pertinentes. En circunstancias normales, transcurren entre dos y ocho semanas desde que la operación se da a conocer hasta que la comisión toma la decisión de aprobarla o emitir una declaración de objeciones. No obstante, si se emite una declaración de objeciones, corre un segundo período en que la ACCC deberá resolver definitivamente si aprueba la operación, se opone a ella o la aprueba sujeta a medidas de mitigación, caso en el cual el proceso puede durar hasta doce semanas desde su inicio¹⁶³.

¹⁶¹ Ibid. La *Federal Court* es un tribunal ordinario de primera instancia que, en su mayoría, conoce causas civiles y contencioso administrativas. FEDERAL COURT OF AUSTRALIA. 2011. Jurisdiction <http://www.fedcourt.gov.au/aboutct/aboutct_jurisdiction.html> [consulta: 06 de mayo de 2012]

¹⁶² Por lo general, la ACCC se entera de la operación por la denuncia realizada por terceros interesados o por otros órganos administrativos. También es común que el organismo se entere por reportajes de prensa. AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. 2006. Merger Review Process Guidelines. Op. Cit. p.11.

¹⁶³ Ibid. pp. 7-11.

Durante todo el proceso las partes tienen la oportunidad de ofrecer medidas de mitigación, de conformidad a la sección 87B de la *Competition and Consumer Protection Act 2010*. Empero, se recomienda que la proposición de estas medidas se haga lo antes posible¹⁶⁴.

Luego de recibir la notificación, la ACCC debe resolver, dentro de una semana, si considera necesario realizar una investigación de mercado (*market inquiries*). Si la respuesta es negativa, se inicia la revisión de antecedentes propiamente tal, pero si la respuesta es afirmativa, el organismo enviará a las partes y a terceros interesados *inquiry letters* (“citaciones escritas”) solicitando información específica, y solamente cuando dicha información sea recibida se iniciará la revisión de antecedentes. En ambos casos, desde la dictación de la resolución, comenzarán a correr los plazos establecidos en un calendario administrativo definido por la Comisión. Usualmente, los plazos de este calendario serán de dos a tres semanas en caso que no se necesite hacer una investigación de mercado, y de cuatro a cinco semanas si procede realizarla, ya que se les da a las partes y a terceros interesados dos semanas para entregar la información requerida en las *inquiry letters*¹⁶⁵.

Un aspecto muy importante a considerar de los calendarios administrativos es que sus plazos no son vinculantes para la Administración, sino que únicamente consisten en una aproximación acerca de los tiempos de la revisión. Por lo tanto, la ACCC tiene la facultad discrecional de modificar estos plazos en caso que lo estime indispensable para la correcta resolución del asunto¹⁶⁶

Junto con resolver acerca de realizar o no una investigación de mercado, el organismo publica en su página web una serie de datos relativos a la fusión. Estos datos son: nombre de las partes, mercado relevante involucrado, datos de contacto de los funcionarios a cargo de la revisión, fecha de inicio de la revisión de antecedentes, calendario aproximado de la revisión de antecedentes y, en caso que proceda, detalles

¹⁶⁴ Ibid. pp. 19-20.

¹⁶⁵ Ibid. pp. 12-16.

¹⁶⁶ Ibid.

sobre la investigación de mercado a realizar, indicando los principales asuntos sobre los que se invita a las partes y a terceros interesados a aportar información¹⁶⁷.

Una vez vencidos los plazos indicados en el calendario administrativo, la comisión puede tomar las siguientes resoluciones: por un lado, puede aprobar la operación, otorgándole a las partes una garantía no vinculante de que no interpondrá acciones judiciales para paralizarla. Por otro lado, puede identificar aspectos problemáticos de la operación, lo que significa que deberá emitir una declaración de objeciones (*statement of issues*) y extender, a través de un segundo calendario administrativo, la investigación de mercado y el período de revisión. Tanto la declaración de objeciones como el segundo calendario administrativo se notifican a las partes y se publican en la página web de la ACCC¹⁶⁸.

Desde que reciben la declaración de objeciones, las partes tienen generalmente una semana para responder y acompañar todos los antecedentes que consideren pertinentes. La respuesta a la declaración de objeciones puede publicarse en la página web de la comisión si ésta lo estima conveniente. En caso que sean nombrados en la declaración de objeciones, los terceros interesados también podrán comentar tanto acerca de la declaración de objeciones como sobre la respuesta dada a la misma por las partes en la fusión¹⁶⁹.

Transcurridos los plazos establecidos en el segundo calendario administrativo, la ACCC resuelve definitivamente si aprueba la fusión, otorgando la garantía no vinculante ya mencionada más arriba; si se opone a ella, por lo que interpondrá

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ La declaración de objeciones identifica tres tipos de aspectos de la operación: primero, aspectos que no generan problemas de libre competencia (aspectos de “luz verde”); segundo, aspectos que pueden generar problemas de competencia, por lo que requieren de un mayor análisis (aspectos de “luz amarilla”); y tercero, aspectos que, de acuerdo a la información disponible, representan serios riesgos para la libre competencia (aspectos de “luz roja”). Ibid. pp.16-22.

¹⁶⁹ Para decidir si publica o no la respuesta a la declaración, la ACCC tomará en cuenta, entre otras cosas: si contiene información comercial sensible, si contiene información o afirmaciones de carácter difamatorio y si contiene un lenguaje inofensivo o inapropiado. Ibid.

acciones ante la *Federal Court* para paralizarla; o si la aprueba bajo sujeción a medidas de mitigación. Posteriormente, esta resolución se notifica a las partes¹⁷⁰.

Finalmente, dentro de un plazo de dos semanas desde que se dictó la resolución final, la ACCC puede publicar en su página web el informe realizado sobre los riesgos anticompetitivos de la operación. La publicación solamente procede si: **(a)** se rechaza la fusión; **(b)** se aprueba la fusión bajo medidas de mitigación; **(c)** se aprueba la fusión sin medidas de mitigación, pero la ACCC considera que trata aspectos relevantes que deberían darse a conocer; o **(d)** si el adquirente lo solicita expresamente¹⁷¹.

4.2.2. Revisión Formal ante la ACCC

La aprobación de una fusión bajo una revisión formal genera, a diferencia de la informal, efectos jurídicos. En particular, si después de hecha una revisión formal se aprueba una operación de concentración, precluyen las acciones judiciales de la ACCC o de cualquier otro particular para paralizar la operación¹⁷². Si la operación fue aprobada con medidas de mitigación, el efecto preclusivo queda sujeto a la condición resolutoria de que las partes cumplan con dichas medidas.

Como el resultado de la revisión formal genera efectos jurídicos, la resolución que se dicte en este procedimiento administrativo, junto con otras resoluciones, puede ser revisada judicialmente por el *Australian Competition Tribunal*¹⁷³. Desde su incorporación en 2007 hasta la fecha, ninguna operación de concentración se ha sometido a la revisión formal, lo que evidencia la preferencia de los operadores jurídicos australianos por la revisión informal¹⁷⁴.

¹⁷⁰ Ibid.

¹⁷¹ Ibid.

¹⁷² AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. 2008. Formal Merger Review Process Guidelines. Op. Cit. p. 9.

¹⁷³ Ibid. pp. 47-50.

¹⁷⁴ AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. 2012. Formal Merger Clearance Register [en línea] <<http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/774351>> [consulta: 10 de junio de 2012]

Antes que todo, vale la pena indicar que en Australia, al igual que en Gran Bretaña, es posible realizar consultas informales con la ACCC antes de notificar la operación. Para que la notificación sea válida, el adquirente debe cumplir con todos los requisitos establecidos en un reglamento, pagar una tasa que actualmente asciende a AUD\$ 25,000 (CLP\$ 12.500.000 aprox.) y hacer una declaración unilateral (*undertaking*) obligándose a no consumir la operación mientras esta se encuentre en revisión. Naturalmente, sólo cuando la notificación es válida comienzan a correr los plazos, no antes¹⁷⁵.

La razón por la cual se exige la declaración unilateral es porque la ACCC tiene, de acuerdo a la sección 87B de la ley, la facultad de solicitar ante la *Federal Court* el cumplimiento forzoso de la obligación de no consumir la operación, en caso de incumplimiento por parte del adquirente.

Al igual que en la revisión informal, y de acuerdo a la sección 87B de la ley, las partes tienen la oportunidad de ofrecer medidas de mitigación en cualquier etapa del procedimiento. De la misma manera, se recomienda que el ofrecimiento de estas medidas se haga lo más pronto posible, siendo lo ideal que se realice con la notificación misma. La comisión usualmente prefiere las medidas de mitigación estructurales a las conductuales¹⁷⁶.

Todas las actuaciones del procedimiento administrativo son registradas en un registro público llamado *Mergers Clearance Register* ("Registro de Autorización de Fusiones"), del cual puede excluirse, a petición del interesado, información de

¹⁷⁵ En caso que el adquirente, o los terceros interesados en una fusión, entreguen información falsa o engañosa a la ACCC, la *Federal Court*, a solicitud del organismo, puede aplicar una multa de hasta AUD\$ 10,000,000 (CLP\$ 5.000.000.000 aprox.), junto con imponer otras sanciones, tales como medidas precautorias y cesiones de activos. Sección 95AZN de la ley y AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. 2008. Formal Merger Review Process Guidelines. Op. Cit. pp. 10-18.

¹⁷⁶ AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. 2008. Formal Merger Review Process Guidelines. Op. Cit. pp. 29-31.

naturaleza confidencial. La mayoría de los documentos incorporados en el registro también se publican en la página web del organismo¹⁷⁷.

El plazo que tiene la ACCC para revisar la operación de concentración, una vez notificada válidamente, es de 40 días hábiles. Si la comisión considera que este plazo es insuficiente, puede extenderlo mediante un acuerdo con el adquirente, el que debe constar por escrito. Los cuarenta días hábiles más las extensiones que eventualmente se acuerden con el adquirente constituyen un primer plazo de revisión¹⁷⁸.

Durante este primer período de revisión la ACCC hace básicamente dos cosas: recabar información tanto de las partes como de terceros interesados y analizar en detalle la operación. La recopilación de información se efectúa mediante citaciones escritas y publicaciones en la página web del organismo entre los días seis y quince. El resto del plazo se dedica exclusivamente al análisis pormenorizado de la operación¹⁷⁹.

Si las circunstancias lo ameritan, durante el primer plazo de revisión la ACCC puede celebrar reuniones con las partes. Junto con lo anterior, aproximadamente el día veinte, el organismo puede citar a las partes y a los terceros interesados a una audiencia pública oral. Empero, el organismo generalmente prefiere que los argumentos a favor o en contra de la operación se presenten en forma escrita. Esto se demuestra en el hecho que, cuando son las partes o los terceros interesados quienes solicitan la realización de la audiencia, se les pide indicar por qué consideran que sus argumentos se presentan mejor en forma oral que escrita¹⁸⁰.

Casi al final del primer plazo, aproximadamente el día treinta y cinco, si la comisión estima que hay aspectos problemáticos en la fusión, ella puede publicar en el registro y en su página web una declaración de objeciones (*statement of concerns*),

¹⁷⁷ Ibid. pp. 20-21.

¹⁷⁸ Para las consultas, se le pide al adquirente dar una muestra representativa de sus principales clientes, proveedores y competidores, también puede recabarse información de otros grupos de interés a discreción de la comisión. Ibid. pp. 19-31.

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ Ibid.

identificando específicamente cuáles son estos elementos. La razón por la que la declaración se publica antes de que el organismo dicte una resolución, es para otorgarle a las partes la oportunidad de acordar una ampliación del primer plazo para resolver estos problemas sin que se rechace la operación. Por ejemplo, es en esta oportunidad donde generalmente se estudian y se consultan a terceros interesados las medidas de mitigación ofrecidas por el adquirente, o se le da la posibilidad de ofrecerlas si no lo hizo con anterioridad¹⁸¹.

Transcurrido el primer plazo de revisión, puede ocurrir lo siguiente: **(a)** que no se dicte ninguna resolución, caso en el cual se entiende que se rechaza tácitamente la fusión (silencio administrativo negativo); **(b)** que se apruebe la operación pura y simplemente, con lo que puede llevarse a cabo; **(c)** que se apruebe la fusión sujeta a medidas de mitigación, con lo que esta podrá realizarse respetando dichas medidas; **(d)** que se rechace la fusión, lo que implicará que el organismo interpondrá acciones judiciales ante la *Federal Court* para paralizarla; y, finalmente, **(e)** que la comisión estime que, por la complejidad de la operación o por otras circunstancias especiales, no es posible determinar su riesgo anticompetitivo¹⁸².

En esta última situación, el organismo extenderá unilateralmente el plazo de revisión hasta por veinte días hábiles (segundo plazo de revisión), para recopilar toda la información que estime pertinente antes de dictar la resolución definitiva, la que, por supuesto, se encuadrará dentro de las demás opciones que acabamos de señalar. Estas resoluciones definitivas se notifican al requirente, se incorporan al *mergers clearance register* y se publican en la página web de la comisión¹⁸³.

Como señalamos al principio, la autorización de una fusión en la revisión formal genera como efecto la preclusión de las acciones que la ACCC y los particulares pueden presentar ante la *Federal Court* para paralizar la operación. No obstante, ello sólo ocurre si la operación se realiza dentro del plazo y con las condiciones que se

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² Ibid.

¹⁸³ Ibid.

señalen específicamente en la autorización, ya que en caso contrario esta puede ser revocada. Por regla general, las autorizaciones le otorgan a las partes un plazo de hasta seis meses para completar la fusión, salvo en casos excepcionales en que puede ser mayor¹⁸⁴.

Por último, hay que señalar que la comisión puede, de oficio o a petición de parte, revocar o enmendar la autorización. La revocación o enmienda sólo procede si: **(a)** la autorización se entregó basada en información falsa o engañosa; **(b)** no se cumplió con alguna medida de mitigación acordada; o **(c)** hubo un cambio material de las circunstancias de la operación desde el otorgamiento de la autorización. El procedimiento de revocación o enmienda de la autorización es el mismo de la revisión formal, con todos sus plazos y etapas.

4.2.3. Medidas de Mitigación

Tanto en la revisión formal como en la revisión informal las partes se encuentran facultadas para ofrecer medidas de mitigación en cualquier etapa del procedimiento¹⁸⁵.

Sin perjuicio de esto, la ACCC recomienda siempre que el ofrecimiento se haga lo antes posible, ya que la presentación inoportuna de medidas mitigatorias puede alterar los plazos de revisión. No hay que olvidar que, en la revisión informal, la Administración tiene discrecionalidad para definir plazos, por lo que una presentación extemporánea puede inducirla a alargar el proceso. Por otra parte, en el caso de la revisión formal, si las medidas se presentan en forma tardía, lo usual es que la ACCC intente acordar con las partes una renovación de los plazos de revisión, bajo

¹⁸⁴ Ibid. pp. 32-46.

¹⁸⁵ Ver AUSTRALIAN COMPETITION TRIBUNAL. 2012. About The Tribunal [en línea] <<http://www.competitiontribunal.gov.au/about>> [consulta: 21 de abril de 2012] y AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. 2008. Formal Merger Review Process Guidelines. Op. Cit. pp. 47-48.

apercibimiento de no tomarlas en consideración. En general, esta renovación de plazo de la revisión formal dura veinte días hábiles¹⁸⁶.

Más allá de lo anterior, conviene destacar que la comisión hace hincapié en su preferencia por las medidas de mitigación estructurales, en desmedro de las conductuales¹⁸⁷.

4.3. Revisión de las Resoluciones de los Órganos Administrativos

Tal como lo indicamos más arriba, la resolución definitiva dictada por la ACCC en que se aprueba la fusión, sea pura simplemente, sea con medidas de mitigación, o en que la operación se rechaza, puede ser impugnada ante el ACT¹⁸⁸ mediante la presentación de un requerimiento (*application*). También pueden impugnarse la falta de resolución (ya que esta equivale, como vimos, a un rechazo de la fusión) y la resolución que revoca o enmienda la autorización original. El único legitimado activo para interponer el requerimiento es el adquirente. La regulación general de este procedimiento se encuentra en las secciones 111 a 119 de la CCP Act 2010¹⁸⁹

Antes de describir con más detalle la tramitación del requerimiento, es menester indicar un aspecto en el cual la revisión administrativa de los *tribunals* australianos, tales como el del ACT, se diferencia fuertemente de la que realizan las *courts*, a saber, la posibilidad de revisar no solamente la juridicidad de los actos administrativos sometidos a su conocimientos sino también su mérito.

¹⁸⁶ AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. 2008. Formal Merger Review Process Guidelines. Op. Cit. pp. 47-48.

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ El tribunal forma parte de la estructura administrativa de la *Federal Court*. Se compone de un presidente y de tres presidentes adjuntos, todos los cuales son jueces de la Federal Court, junto con nueve expertos. Los miembros del tribunal duran siete años en sus cargos y conocen las causas en salas compuestas por un presidente o presidente adjunto y dos expertos. AUSTRALIAN COMPETITION TRIBUNAL. 2012. About the Tribunal Op. Cit. y AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. 2008. Formal Merger Review Process Guidelines. Op. Cit. pp. 47-48.

¹⁸⁹ AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. 2008. Formal Merger Review Process Guidelines. Op. Cit. pp. 46-51.

Para la mayoría de la doctrina constitucional australiana, la carta fundamental de dicho país establece una fuerte separación de poderes entre la Administración y los tribunales de justicia. Por ello, si bien es cierto se le reconoce tanto a los órganos administrativos como a la judicatura la posibilidad de resolver conflictos entre la Administración Pública y los particulares, se entiende que sólo los *tribunals* se encuentran facultados para revisar el mérito de la resolución administrativa cuestionada (lo que incluye, por cierto, su juridicidad), mientras que las *courts* deben enfocarse en aspectos de legalidad (salvo en caso de extrema desproporcionalidad del acto administrativo)¹⁹⁰.

Por todo lo anterior, el *Australian Competition Tribunal* no realiza un análisis centrado únicamente en la juridicidad de la resolución administrativa, sino que puede también resolver acerca de su mérito. En consecuencia, el ACT no solamente puede anular la resolución del órgano administrativo, sino que está facultado además para dictar una resolución de reemplazo basándose sólo en el hecho que la resolución revisada no era la más adecuada para cumplir con los objetivos de la Administración¹⁹¹.

Para la presentación del requerimiento, el adquirente tiene catorce días hábiles desde la dictación de la resolución o desde que termina el plazo de revisión formal en caso que esta no se haya dictado. Un aspecto peculiar es que la acción no se presenta

¹⁹⁰ De acuerdo a CANE, los principales aspectos que diferencian la revisión de mérito de los *tribunals* a la revisión de juridicidad de las *courts* serían los siguientes: (a) en la revisión de mérito el *tribunal* puede enmendar la resolución de la autoridad administrativa, mientras que en la revisión de juridicidad la *court* debe anular la resolución y remitirla al órgano correspondiente; (b) en la revisión de mérito, el enfoque del *tribunal* recae en los antecedentes de hecho que fundamentan el acto administrativo revisado, mientras que la revisión de juridicidad se fija en sus aspectos constitucionales y legales; y (c) la función de los *tribunals* es positiva, en el sentido de que deben velar porque la Administración adopte la resolución más idónea desde el punto de vista de las políticas públicas, mientras que, por el contrario, la función de las *courts* sería negativa ya que su énfasis está puesto en la anulación de los aspectos contrarios a derecho de los actos administrativos revisados. CANE, Peter. 2009. Judicial Review and Merits Review: Comparing Administrative Adjudication by Courts and Tribunals. Op. Cit. pp. 7-16 y 35-38.

¹⁹¹ AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. 2008. Formal Merger Review Process Guidelines. Op. Cit. pp. 46-51.

a través de un escrito convencional sino mediante un formulario especial llamado “formulario W”¹⁹²,

Al igual que en la notificación de revisión informal, para que el requerimiento sea válido, el adquirente debe dar a la ACCC una declaración unilateral obligándose a no llevar a cabo la fusión mientras el proceso judicial esté pendiente. Esta declaración es susceptible de cumplimiento forzoso por parte de la *Federal Court*, a solicitud de la comisión (sección 87B de la ley)¹⁹³.

En cuanto a las etapas del procedimiento, su regulación específica se encuentra en una serie de reglamentos denominados *Practice Directions* (“Instrucciones de Práctica”). Actualmente, las *practice directions* son siete, cada una de las cuales trata una gestión procesal distinta¹⁹⁴.

Presentado el requerimiento ante el ACT, este notifica dicha circunstancia a la ACCC. Una vez recibida la notificación, la comisión debe, dentro de dos días hábiles, entregar al ACT todos los antecedentes del caso a su disposición¹⁹⁵.

Es interesante analizar las facultades del organismo para intervenir en la producción de medios de prueba, lo que se deriva de su enfoque centrado en la revisión de mérito de las resoluciones de la ACCC. En este aspecto, el sistema procesal del ACT es fuertemente inquisitivo, puesto que busca no solamente que la

¹⁹² Ibid.

¹⁹³ Esto se explica por una delegación que la sección 103 de la ley hace a favor del propio tribunal para el establecimiento de reglas procesales, sujeto, sin embargo, a las limitaciones establecidas en dicha disposición y en las secciones 104 a 110. Actualmente, las *practice directions* son siete, cada una de las cuales trata una gestión procesal distinta. AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. 2008. Formal Merger Review Process Guidelines. Op. Cit. pp. 46-51.

¹⁹⁴ Las *practice directions* son descargables desde la página web del tribunal. AUSTRALIAN COMPETITION TRIBUNAL. 2012. Practice Directions <<http://www.competitiontribunal.gov.au/practice>> [consulta: 06 de mayo de 2012]

¹⁹⁵ Sección 113 de la ley. AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. 2008. Formal Merger Review Process Guidelines. Op. Cit. pp. 46-51.

Administración emita una resolución conforme a derecho, sino que además dicha resolución sea la más adecuada en cuanto política pública¹⁹⁶..

Ocurre que si el ACT considera que los antecedentes de que dispone son insuficientes para la adecuada resolución del conflicto, puede de oficio ordenarle a la ACCC que produzca las pruebas específicas que considere pertinentes (Ej. si el ACT lo ordena, la ACCC deberá presentar documentos o citar testigos a declarar). De hecho, la sección 115 de la ley y la propia jurisprudencia administrativa del ACT señalan que, para estos efectos, la función de la ACCC es la de asesorar al ACT¹⁹⁷. Todo lo cual da indicios de que quien tendría fundamentalmente la carga de hacer avanzar el proceso es el propio ACT y no las partes.

Más allá de lo anterior, el procedimiento administrativo del ACT se asemeja bastante a un procedimiento judicial civil oral, reuniendo características de publicidad, intermediación, y concentración, lo que se manifiesta en el hecho que se desarrolla principalmente en las dos etapas clásicas de este tipo de procedimientos, a la sazón: una audiencia preparatoria (*case management conference*), que se cita para dentro de cinco días hábiles desde que el ACT recibe el requerimiento; y una audiencia de revisión del caso (*hearing*), que se cita para dentro de 15 días hábiles contados desde la misma recepción por el organismo¹⁹⁸.

¹⁹⁶ CANE, Peter. 2009. *Judicial Review and Merits Review: Comparing Administrative Adjudication by Courts and Tribunals*. Op. Cit. pp. 11-16.

¹⁹⁷ En el caso *Herald & Weekly Times Ltd. & Ors.*, de 1978, el organismo— *que en ese tiempo se llamaba Trade Practices Tribunal* — señaló que: “... [T]he Commission’s function is to assist the Tribunal to reach, in the public interest, the correct decision.” Esta jurisprudencia es constante en otros casos como *Re Queensland Co-operative Milling Association Ltd. Defiance Holdings Ltd.*, de 1976. Ibid.

¹⁹⁸ En forma similar a lo que ocurre con la revisión ante el CAT del sistema británico, puede ocurrir que la ACCC no presente su contestación al requerimiento sino hasta después de realizada la audiencia preliminar, ya que el organismo tiene hasta 10 días hábiles para presentar esta contestación desde recibido el requerimiento, vale decir, tiene el doble de tiempo que el prescrito para la realización de la audiencia preliminar. Probablemente, esta norma se debe a que los principales argumentos del órgano administrativo se encuentran en la propia resolución impugnada. La descripción pormenorizada del procedimiento se encuentra en la Practice Direction N° 2. AUSTRALIAN COMPETITION TRIBUNAL. 2012. Practice Directions. Op. Cit.

El plazo para que el ACT dicte su resolución final confirmando la resolución de la ACCC, anulándola o enmendándola es de treinta días hábiles desde la presentación del requerimiento. Si la materia es de una complejidad mayor, el ACT puede extender de oficio este plazo hasta por sesenta días hábiles más. Transcurridos los plazos, a falta de sentencia definitiva, se entiende que el ACT tácitamente confirma la resolución de la ACCC, es decir, opera el silencio administrativo positivo.

La resolución final dictada por el ACT puede impugnarse ante la *Federal Court* mediante la interposición, por la parte agraviada, de un “requerimiento de revisión judicial” (*application for judicial review*)¹⁹⁹. La tramitación de esta acción procesal se encuentra regulada en la *Administrative Decisions (Judicial Review) Act 1977* (“Ley de Revisión Judicial de Decisiones Administrativas 1977” o “ADJR Act 1977”).

Como señalamos anteriormente, a diferencia de la revisión que realiza el ACT, que tiene la facultad de conocer tanto el mérito como la conformidad a derecho de las resoluciones de la ACCC, la revisión de la *Federal Court* es más limitada, ya que sólo es posible fundamentarla en las causales taxativas indicadas en la sección 5(1) de la ADJR Act 1977 que, básicamente, se resumen en la errónea aplicación del derecho o la infracción de garantías procesales durante la tramitación ante el ACT.

Con todo, en los casos en que el requerimiento se fundamente en una desviación de poder, es posible que la revisión de jurisdicción que realiza la corte se acerque bastante a la revisión de mérito, por cuanto dicha causal incluye la arbitrariedad manifiesta de la resolución impugnada²⁰⁰. Las sentencias definitivas de la *Federal Court* pueden: **(a)** confirmar la resolución administrativa del ACT, **(b)** anularla; o **(c)** enmendarla (en sus aspectos jurídicos, lógicamente) dictando una sentencia de reemplazo²⁰¹.

¹⁹⁹ ADMINISTRATIVE DECISIONS (JUDICIAL REVIEW) ACT 1977 [en línea] Canberra, Australia <<http://www.comlaw.gov.au/Details/C2004A01697/Download>> [consulta: 10 de junio de 2012]

²⁰⁰ Sección 5(2) (g) de la ADJR Act 1977.

²⁰¹ Sección 16 de la ADJR Act 1977.

Finalmente, las sentencias definitivas de la *Federal Court* pueden impugnarse extraordinariamente por la parte agraviada ante la *High Court*, sujetándose el procedimiento a las *Rules of the High Court 2004* (“Reglas de la Alta Corte 2004”), dictadas por el propio tribunal en ejercicio de su potestad reglamentaria²⁰². Al igual que la Cortes Supremas de Estados Unidos y del Reino Unido, la *High Court* tiene competencia selectiva para escoger las causas que conoce²⁰³, pudiendo sus sentencias: **(a)** confirmar las de la *Federal Court*, **(b)** anularlas; o **(c)** enmendarlas²⁰⁴.

4.4. Revisión Directa de Operaciones de Concentración por el *Australian Competition Tribunal*

Este procedimiento de autorización directa por el ACT es de carácter excepcional, ya que su objetivo es permitir que fusiones con altas probabilidades de causar efectos anticompetitivos puedan de todas formas efectuarse, ya que se considera que sus beneficios al público superan la merma en los niveles de competencia. Basado en la delegación competencial que realiza la sección 103 de la ley, y sujeta a sus mismas limitaciones, la regulación específica del procedimiento la realiza el propio ACT a través de las mismas *practice directions* que tratan el procedimiento de revisión de resoluciones de la ACCC²⁰⁵.

Al igual que en la revisión formal ante la ACCC, la aprobación de una fusión por la ACT implica la preclusión de las acciones que la comisión u cualquier otra parte pueda interponer en contra de la operación²⁰⁶. Desde el año 2007 – año en que, como

²⁰² La sección 86 de la *Judiciary Act 1903* (“Ley de la Judicatura 1903”) le otorgó a la *High Court* la facultad de regular administrativamente procedimientos judiciales. Ver HIGH COURT OF AUSTRALIA. 2004. Rules of the High Court 2004 [en línea] <http://corrigan.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_reg/hcr2004170/> [consulta: 10 de junio de 2012] y JUDICIARY ACT 1903 [en línea] Canberra, Australia <http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/ja1903112/s86.html> [consulta: 10 de junio de 2012]

²⁰³ HIGH COURT OF AUSTRALIA. 2010. Operation of the High Court [en línea] <<http://www.hcourt.gov.au/about/operation>> [consulta: 10 de junio de 2012]

²⁰⁴ Sección 37 de la *Judiciary Act 1903*.

²⁰⁵ AUSTRALIAN COMPETITION TRIBUNAL. 2012. Practice Directions. Op. Cit.

²⁰⁶ AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. 2008. Formal Merger Review Process Guidelines. Op. Cit. pp. 51-58.

vimos, se estableció este mecanismo – hasta la fecha, ninguna operación ha sido sometida a esta revisión²⁰⁷.

La *Competition and Consumer Protection Act 2010* establece como ejemplos de beneficios al público los siguientes: un incremento sustancial del valor real de las exportaciones australianas y una sustitución significativa de productos domésticos por productos importados (Subsecciones 95AT y 95AZH de la ley)²⁰⁸. Corresponde al adquirente la carga de demostrar al ACT la existencia de beneficios al público²⁰⁹.

Vale la pena profundizar un poco más acerca de cual es la concepción que el ACT tiene sobre el concepto de “beneficio público”. En general, a pesar de que se reconoce la amplitud del concepto como “cualquier contribución a los fines de la sociedad”, la mirada del órgano tiende a centrarse en el incremento de la eficiencia económica²¹⁰.

Volviendo al procedimiento, este comienza con la presentación de un requerimiento (*application*), lo que se realiza a través de un formulario, llamado

²⁰⁷ AUSTRALIAN COMPETITION TRIBUNAL. 2011. Authorisations [en línea] <<http://www.competitiontribunal.gov.au/authorisations>> [consulta: 13 de mayo de 2012]

²⁰⁸ La subsección 95AZH prescribe:

“(1) The Tribunal must not grant an authorization in relation to a proposed acquisition of shares or assets unless it is satisfied in all the circumstances that the proposed acquisition would result, or would be likely to result, in such a benefit to the public that the acquisition should be allowed to occur.

(2) In determining what amounts to a benefit to the public for the purposes of subsection (1):

(a) The Tribunal must regard the following as benefits to the public (in addition to any other benefit that might exist apart from this paragraph):

(i) a significant increase in the real value of exports;

(ii) a significant substitution of domestic products for imported goods;

and

(b) without limiting the matters that may be taken into account, the Tribunal must take into account all other relevant matters that relate to the international competitiveness of any Australian industry.

(3) To avoid any doubt, an authorization cannot be granted for an acquisition that has occurred.”

²⁰⁹ AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. 2008. Formal Merger Review Process Guidelines. Op. Cit. pp. 51-58.

²¹⁰ BHOJANI, Sitesh. 1997. “Public Benefits” under the Trade Practices Act [en línea] <<http://www.accc.gov.au/content/item.phtml?itemId=95976&nodeId=2aaafddb27b9341f9375b931ebfe1723&fn=Public%20Benefits.pdf>> [consulta: 13 de mayo de 2012]

“formulario S”²¹¹. Los demás requisitos para que el requerimiento sea válido son idénticos a los aplicables en la revisión formal ante la ACCC, ya que, nuevamente, el adquirente debe obligarse unilateralmente a no llevar a cabo la fusión mientras ésta es revisada por el ACT y pagar una tasa de AUD\$ 25,000 (CLP\$ 12.500.000 aprox.)²¹².

Todos los documentos relativos al requerimiento se incorporan a un registro público llamado *Merger Authorisation Register* (“Registro de Autorización de Fusiones”), del cual pueden excluirse únicamente, a petición del interesado, los que sean de naturaleza confidencial (*practice direction* N° 1)²¹³.

Una vez que el requerimiento se presenta válidamente, el ACT tiene un plazo de hasta tres meses para revisar la operación, renovables hasta por tres meses más en caso que la fusión sea de mayor complejidad u ocurran otras circunstancias extraordinarias. Si el organismo no dicta una resolución dentro de este plazo, se entiende tácitamente rechazada la operación²¹⁴.

Las actuaciones fundamentales del procedimiento son tres: una primera audiencia preparatoria (*first case management conference*), una segunda audiencia preparatoria (*second case management conference*) y una audiencia de revisión del caso (*hearing*)²¹⁵. Ergo, el procedimiento reúne características de oralidad, inmediación y concentración. Durante el transcurso del plazo de revisión, la ACCC y los terceros

²¹¹ <http://www.competitiontribunal.gov.au/legislation/forms>

²¹² En caso que el adquirente, o los terceros interesados en una fusión, entreguen información falsa o engañosa a la ACT, la *Federal Court* puede aplicar una multa de hasta AUD\$ 10,000,000 (CLP\$ 5.000.000.000 aprox.), junto con imponer otras sanciones, tales como medidas precautorias y cesiones de activos. Sección 95AZN de la ley y AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. 2008. Formal Merger Review Process Guidelines. Op. Cit. pp. 51-58.

²¹³ Ver AUSTRALIAN COMPETITION TRIBUNAL. 2012. Practice Directions. Op. Cit. y AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. 2008. Formal Merger Review Process Guidelines. Op. Cit. pp. 51-58.

²¹⁴ AUSTRALIAN COMPETITION TRIBUNAL. 2012. Practice Directions. Op. Cit. y sección 95AZG de la ley.

²¹⁵ Puntos 11, 14 y 16 de la *Practice Direction* N° 1. La segunda audiencia preparatoria se celebra dentro de veintiséis días de recibido el requerimiento, mientras que la audiencia de revisión se celebra dentro de cincuenta y cinco días desde esa fecha. AUSTRALIAN COMPETITION TRIBUNAL. 2012. Practice Directions. Op. Cit.

interesados pueden presentar los antecedentes que estimen pertinentes²¹⁶, estando también facultado el ACT para solicitar de estos, o del adquirente, información adicional²¹⁷.

En lo que se refiere a la ACCC, este órgano cumple un rol similar al ya visto al analizar la revisión de sus resoluciones ante el ACT, vale decir, su labor es la de asesorar al ACT, quien tiene fundamentalmente la carga de hacer avanzar el proceso. Esto se manifiesta en tres funciones que la ACCC debe cumplir a solicitud del ACT: en primer lugar, debe emitir un informe sobre los asuntos que el ACT estime pertinentes dentro de cuarenta y cinco días desde la recepción del requerimiento²¹⁸; en segundo lugar, debe contactar a los principales participantes en el mercado, incluyendo clientes, competidores y distribuidores, invitándolos a presentar antecedentes sobre la fusión; y en tercer lugar, debe producir las pruebas que el ACT considere indispensables para resolver, tales como, por ejemplo, citar a testigos a declarar²¹⁹.

Después de concluidas todas las etapas del procedimiento, y luego de analizados todos los antecedentes, el ACT tiene los siguientes cursos de acción: **(a)** en primer lugar, puede no resolver, caso en el cual se entiende tácitamente rechazada la operación una vez que termine el plazo de revisión (silencio administrativo negativo); **(b)** en segundo lugar, puede prohibir la operación; **(c)** en tercer lugar, puede aprobar la operación pura y simplemente; y **(d)** finalmente, puede aprobar la operación con medidas de mitigación. Lógicamente, en esta última circunstancia, el efecto preclusivo de la aprobación sólo producirá efectos en cuanto se respeten dichas medidas²²⁰.

²¹⁶ Los terceros interesados sólo pueden presentar antecedentes dentro de ocho días desde la realización de la primera audiencia preparatoria Puntos 12, 13 y 15 de la *Practice Direction* N° 1. *Idem*.

²¹⁷ AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. 2008. Formal Merger Review Process Guidelines. Op. Cit. pp. 51-58

²¹⁸ Sección 95AZEA de la ley y punto 15 de la *Practice Direction* N° 1. Ver AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. 2008. Formal Merger Review Process Guidelines. Op. Cit. pp. 51-58; y AUSTRALIAN COMPETITION TRIBUNAL. 2012. Practice Directions. Op. Cit.

²¹⁹ La ACCC no solo los contacta directamente, sino que además publica una copia del requerimiento, de sus documentos adjuntos y de un aviso invitando a terceros interesados a acompañar antecedentes en su sitio web. AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. 2008. Formal Merger Review Process Guidelines. Op. Cit. pp. 51-58.

²²⁰ *Ibid*.

Las resoluciones se publican en tanto en el sitio web del ACT como en el de la ACCC²²¹. Estas resoluciones pueden ser revisadas por la *Federal Court* y por la *High Court*, respectivamente, conforme a las reglas de revisión judicial ya vistas²²².

Finalmente, en lo que al sistema australiano se refiere, sólo queda señalar que este mismo procedimiento se aplica para revocar o enmendar las autorizaciones dadas por el ACT. Las causales para revocar o enmendar la autorización son las mismas que para la revisión formal de operaciones por la ACCC²²³.

4.5. Intervención de Terceros Interesados

Los terceros interesados pueden intervenir en cualquiera de los tres procedimientos alternativos existentes en Australia para la revisión de operaciones de concentración.

En primer lugar, en el procedimiento informal, los terceros pueden realizar observaciones y entregar información a la ACCC en dos oportunidades: luego de recibir una *inquiry letter* en que se les requiere información específica y después de que el organismo emita una declaración de objeciones, en caso que sean nombrados en ella.

En segundo lugar, en el procedimiento formal, los terceros, por regla general, sólo pueden participar si son citados por el ACCC, pudiendo el organismo también requerir su intervención en una audiencia pública oral. En forma excepcional, los terceros también pueden solicitar la realización de esta audiencia. Sin embargo, como la ACCC prefiere que las presentaciones se hagan por escrito, los terceros deben dar razones acerca de por qué es preferible que sus argumentos se expongan en forma oral.

²²¹ Ibid.

²²² AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. 2008. Formal Merger Review Process Guidelines. Op. Cit. pp. 59-68.

²²³ Ibid.

En tercer lugar, en el procedimiento de aprobación directa ante el ACT, los terceros interesados se encuentran facultados para presentar los antecedentes que estimen pertinentes durante toda la duración del plazo de revisión.

Finalmente, los terceros interesados, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento norteamericano y en el británico, no se encuentran legitimados activamente para impugnar las resoluciones de la ACCC ante el ACT. El único que tiene esta facultad es el adquirente.

4.6. Sanciones

El sistema de revisión de operaciones de concentración en Australia es, al igual que en el Reino Unido, voluntario. Por ende, no existe sanción alguna por la falta de notificación.

Por otro lado, la Parte VI de la *Competition and Consumer Act 2010* es la que establece las sanciones por la realización de operaciones de concentración anticompetitivas, junto con indicar el procedimiento para su aplicación. La autoridad encargada de imponer las sanciones y ordenar su cumplimiento forzoso es la *Federal Court*, a petición de la ACCC.

De acuerdo a la legislación australiana, la infracción de lo dispuesto en la sección 50 de la ley implicará que se imponga al infractor una multa, cuyo monto final dependerá del mayor valor que se obtenga de la aplicación de los siguientes criterios: **(a)** AUD\$ 10 millones (CLP\$ 5.000 millones aprox.) por cada acción u omisión ilegal; **(b)** tres veces el valor de los beneficios obtenidos con la operación, si la *Federal Court* puede determinarlos, por cada acción u omisión ilegal; o **(c)** si la *Federal Court* no puede determinar el valor de los beneficios de la fusión, el 10% de las utilidades anuales netas obtenidas por el infractor dentro de los doce meses anteriores a la

realización de la operación, por cada acto u omisión ilegal (para el cálculo de los doce meses se incluye el mes en que sucedió el hecho)²²⁴.

Hay que distinguir entre los infractores persona natural o persona jurídica en los casos de reiteración del mismo delito. Para los infractores persona jurídica, procede la acumulación de multas. Sin embargo, si el infractor es persona natural, solamente se le impondrá la mayor multa que resulte de la aplicación de los criterios ya señalados, vale decir, la ley respeta el principio *non bis in ídem* al momento de determinar las sanciones a personas naturales²²⁵.

El respeto a este principio del derecho penal también se refleja en el hecho que, de acuerdo a la sección 76B de la ley, si la conducta antijurídica también constituye un ilícito penal y el infractor es condenado conforme a la legislación criminal australiana, no se aplicará la multa.

Aparte de las multas, la *Federal Court* también es competente para decretar, en el mismo proceso, a solicitud de parte: **(a)** el pago de indemnizaciones por responsabilidad civil extracontractual²²⁶; y **(b)** la enajenación forzosa de activos, o la nulidad de la adquisición de acciones realizada por el adquirente, con el efecto retroactivo resultante de la misma (esto último sólo en el caso que se determine que tanto el vendedor o cedente como el comprador o cesionario tenían conocimiento de la ilicitud de la operación)²²⁷.

Finalmente, vale la pena hacer una breve mención a la regla del artículo 155 de la CCP Act 2012. De acuerdo a esta disposición, si la ACCC considera que un particular puede entregar o producir antecedentes sobre actos contrarios a la ley, el organismo puede requerirle a dicho particular la entrega o producción de los antecedentes respectivos, bajo apercibimiento de incurrir en un ilícito penal

²²⁴ Sección 76 de la CCP Act 2010.

²²⁵ Ibid.

²²⁶ La sección 79B de la CCP Act señala que si el infractor no tiene fondos suficientes, el tribunal deberá preferir el pago de la indemnización a las víctimas.

²²⁷ Secciones 81 y 81A de la CCP Act.

sancionable con una multa de hasta veinte *penalty units* (unidades penales, multa equivalente a CLP\$ 1.100.000 aprox.), o con pena privativa de libertad hasta por doce meses si no lo hace o si entrega información falsa o engañosa²²⁸.

²²⁸ AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. 2008. Formal Merger Review Process Guidelines. Op. Cit. pp. 2-4.

CAPÍTULO V

EL CONTROL DE FUSIONES EN LA UNIÓN EUROPEA

5.1. Aspectos Generales

5.1.1. Diseño Institucional

En la Unión Europea, las instituciones encargadas de aplicar la normativa comunitaria de libre competencia son, en sede administrativa, la Comisión Europea (“CE”), a través de su Dirección General de Competencia²²⁹; y en sede jurisdiccional, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”), cuyas características son las de un tribunal generalista, y cuyo conocimiento de las causas se divide en dos órganos jurisdiccionales: el Tribunal General (en primera instancia) y el Tribunal de Justicia propiamente tal (en segunda instancia)²³⁰.

El modelo que sigue la Dirección de Competencia de la UE es el de Agencia Integrada. Como ya lo hemos señalado antes, esto quiere decir que el órgano administrativo concentra las facultades de investigación y de adjudicación, pudiendo sus resoluciones ser revisadas *ex post* por el TJUE.

²²⁹ Al año 2011, los activos de la DG de Competencia de la Comisión Europea ascendían a € 11.686.352.772,50. Ver COMISIÓN EUROPEA. 2012. La Política de Competencia de la Unión Europea [en línea] <http://ec.europa.eu/dgs/competition/index_es.htm> [consulta: 17 de noviembre de 2011] y COMISIÓN EUROPEA. 2011. Annex 3 - Financial Reports – DG Comp – Financial Year 2010 [en línea] <http://ec.europa.eu/atwork/synthesis/aar/doc/comp_aar_annex3.pdf> [consulta: 3 de junio de 2012]

²³⁰ El TJUE era conocido, hasta 2009, con el nombre de Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Aparte de los órganos mencionados, el TJUE también tiene, desde 2004, un Tribunal de la Función Pública. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. 2012. Presentación General [en línea] <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/> [consulta: 2 de junio de 2012]

A diferencia de los órganos administrativos que hemos revisado anteriormente en este trabajo, la Dirección General de Competencia de la Unión Europea no es una institución autónoma, sino que depende administrativa y políticamente de la Comisión Europea - que es el órgano ejecutivo de la UE -, siendo su máxima autoridad el Comisario de Competencia. Esta dependencia jerárquica se manifiesta en el hecho que las resoluciones administrativas en materia de fusiones son tomadas por el conjunto de los comisarios miembros de la CE.

5.1.2. Normativa Aplicable y Descripción General del Procedimiento

La regulación de libre competencia de la UE se encuentra establecida principalmente en tres cuerpos normativos: **(a)** en primer lugar, en el “Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea” (“el tratado” o “TFUE”)²³¹, que es la convención internacional que regula los aspectos básicos de funcionamiento del mercado común; **(b)** en segundo lugar, en el Reglamento Comunitario de Concentraciones N° 139/2004 dictado por el Consejo de Europa (“el reglamento” o “el reglamento de concentraciones”)²³²; y **(c)** en tercer lugar, en el Reglamento N° 802/2004 de la Comisión Europea, por el que se aplica el Reglamento Comunitario de Concentraciones (“el reglamento de aplicación”)²³³.

Debido al carácter supranacional de la UE, el tratado solamente establece preceptos básicos de funcionamiento del mercado común. Esto se traduce en que el TFUE se limita a describir conductas contrarias a la libre competencia, en sus artículos 3, 14, 101 a 106, 119 y 349, delegando en los organismos comunitarios (Consejo de la

²³¹ TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA [en línea] Bruselas, Bélgica <<http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/index.htm>> [consulta: 20 de mayo de 2012]

²³² CONSEJO DE EUROPA. 2004. Reglamento del Consejo N° 139/2004 [en línea] <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML>> [consulta: 20 de mayo de 2012]

²³³ COMISIÓN EUROPEA. 2004. Reglamento de la Comisión N° 802/2004 [en línea] <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0802:ES:NOT>> [consulta: 22 de mayo de 2012]

Unión Europea, Parlamento Europeo y Comisión Europea) la tarea de ejecutar y complementar sus preceptos²³⁴.

En materia de operaciones de concentración, las disposiciones básicas del tratado son los artículos 101 y 102. El primero de estos estatutos jurídicos prescribe que:

“Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;

b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;

c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;

d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos (...)”

Por su parte, el artículo 102 del tratado señala:

“Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte

²³⁴ El Consejo de la Unión Europea es el órgano de representación de los gobiernos de los estados de la unión a través de sus ministros. Este órgano tiene competencias normativas, que comparte con la Comisión Europea y el Parlamento Europeo, de definición de políticas generales y de coordinación. No hay que confundirlo con el Consejo Europeo, que es el órgano de representación de los jefes de Estado y de Gobierno de cada uno de los estados miembros. Ver CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. 2012. Consejo de la Unión Europea [en línea] <http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/council-eu/index_es.htm> [consulta: 20 de mayo de 2012] y CONSEJO EUROPEO. 2012. Consejo Europeo [en línea] <http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/european-council/index_es.htm> [consulta: 20 de mayo de 2012]

de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;*
- b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;*
- c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.”*

La potestad normativa de ejecución de los órganos de la unión se fundamenta en la delegación expresa que realiza el artículo 103 del tratado. De acuerdo a esta disposición, corresponde al Consejo de la Unión Europea, a proposición de la Comisión Europea y previa consulta al Parlamento Europeo, la dictación los reglamentos y directivas necesarios para la aplicación de las disposiciones del tratado²³⁵.

Al igual que en Estados Unidos, y a diferencia de Gran Bretaña y Australia, el sistema europeo de control de operaciones de concentración es obligatorio. Por lo tanto, toda fusión de alcance comunitario que supere los umbrales establecidos por el

²³⁵ Junto con los tratados, las fuentes formales de derecho de la Unión Europea – derivadas de los mismos tratados – son los reglamentos, las directivas y las decisiones. Los reglamentos y directivas son normas de carácter general y abstracto, mientras que por el contrario las decisiones siempre tienen destinatarios específicos. Tanto los reglamentos como las decisiones tienen aplicación directa sobre los Estados miembros, con primacía sobre su derecho interno, a diferencia de las directivas, cuya ejecución depende de la legislación que dicte en su oportunidad cada Estado miembro. EUROPA: SÍNTESIS DE LA LEGISLACIÓN DE LA UE. 2010. Los Actos Unilaterales [en línea] <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/114528_es.htm> [consulta: 20 de mayo de 2012]

reglamento deben necesariamente notificarse a la Comisión Europea, sin que sea posible consumir la operación mientras ella se encuentre en revisión²³⁶.

Por razones de eficiencia, si la operación de concentración tiene alcance comunitario, la única autoridad competente para revisarla es la CE (principio de “ventanilla única”), excluyéndose la competencia de los órganos de libre competencia de los Estados miembros. No obstante, existe la posibilidad de que estos órganos soliciten que se les derive total o parcialmente el conocimiento de la fusión en ciertas circunstancias determinadas, ya que se estima que en esos casos dichas autoridades se encuentran en mejor posición para evaluar el carácter anticompetitivo de la operación (“principio de subsidiariedad”)²³⁷.

En términos generales, la revisión de la comisión se divide en dos fases o etapas: una primera etapa de evaluación preliminar, cuya duración es entre veinticinco y treinta y cinco días hábiles; y una segunda etapa de revisión detallada, que dura entre 90 y ciento cinco días hábiles. Solamente pasan a la segunda etapa las operaciones que son objetadas por la comisión por sus potenciales efectos anticompetitivos.

5.2. Procedimiento ante los Órganos Administrativos

5.2.1. Umbrales de Notificación

Los umbrales se encuentran establecidos en el artículo 1(2) y (3) del reglamento comunitario de concentraciones. De acuerdo a esta normativa, una operación de concentración tiene alcance comunitario, debiendo por lo tanto notificarse a la CE, si cumple con las siguientes condiciones copulativas: **(a)** que el volumen total

²³⁶ Hay, eso sí, disposiciones especiales aplicables a las ofertas públicas de adquisición de acciones. Artículo 7 del reglamento de concentraciones.

²³⁷ COMISIÓN EUROPEA. 2008. Control de Concentraciones entre Empresas [en línea] <<file:///E:/Tesis%20Magister/Direcci%C3%B3n%20General%20Competencia%20Comisi%C3%B3n%20Europea/Control%20de%20concentraciones%20entre%20empresas.htm>> [consulta: 27 de mayo de 2012]

de negocios a escala mundial del conjunto de empresas afectadas supere los € 5.000 millones (CLP\$ 3.220.000 millones aprox.); y **(b)** que el volumen total de negocios, a escala comunitaria, de cada una de al menos dos de las empresas afectadas, supere € 250 millones (CLP\$ 161.000 millones aprox.)²³⁸.

También deben notificarse obligatoriamente las fusiones que se encuentren por debajo de estos umbrales, si cumplen copulativamente con los siguientes requisitos: **(a)** que el volumen total de negocios a escala mundial del conjunto de empresas afectadas supere los € 2.500 millones (CLP\$ 1.610.000 millones aprox.); **(b)** que, en al menos tres Estados miembros, el volumen total de negocios en cada Estado del conjunto de empresas afectadas supere los € 100 millones (CLP\$ 64.400 millones aprox.); **(c)** que, en los mismos tres Estados miembros, el volumen total de negocios de cada una de al menos dos de las empresas afectadas, supere en cada Estado los € 25 millones (CLP\$ 16.100 millones aprox.); y que el volumen total de negocios, a escala comunitaria, de cada una de al menos dos de las empresas afectadas, supere los € 100 millones (CLP\$ 64.400 millones aprox.)²³⁹.

No obstante todo lo anterior, si más de dos tercios del volumen total de negocios a escala comunitaria de cada una de las empresas afectadas proviene de un mismo Estado miembro, la operación no tiene dimensión comunitaria, por lo no será conocida por la CE²⁴⁰. Los volúmenes totales se calculan en base a las ventas totales de las empresas durante el último ejercicio, previa deducción de impuestos²⁴¹.

5.2.2. Formalidades de Notificación

En la Unión Europea, al igual que en el Reino Unido y Australia, se faculta a la CE para contactarse con las partes y discutir con ellas aspectos jurisdiccionales y normativos de la notificación. Estos contactos también sirven para determinar la

²³⁸ Artículo 1(2) del reglamento de concentraciones.

²³⁹ Artículo 1(3) del reglamento de concentraciones.

²⁴⁰ Artículo 1(2) y 3 del reglamento de concentraciones.

²⁴¹ Hay criterios especiales cuando se trata de bancos o instituciones financieras. Artículo 5 del reglamento de concentraciones.

información a ser entregada a las autoridades y para identificar lo antes posible potenciales riesgos a la libre competencia²⁴².

Señalado lo anterior, las formalidades de la notificación son levemente distintas dependiendo de la estructura jurídica de la operación. Si se trata de una fusión, en el sentido jurídico del término, o de una adquisición de control por parte de dos o más personas naturales o jurídicas, la notificación deberán realizarla conjuntamente las partes de la fusión o los adquirentes. En los demás casos, la notificación la realiza únicamente la persona natural o jurídica que adquiera el control de todo o parte de una o varias empresas²⁴³.

Las notificaciones conjuntas deben ser presentadas por un mandatario común, quien deberá estar autorizado para presentar y recibir documentos en representación de las partes. Esta representación debe constar por escrito, sin que se exijan formalidades tales como la autorización notarial o la apostilla de documentos²⁴⁴. Tampoco se cobran tasas para la notificación.

Al igual que en todos los otros procedimientos estudiados, la normativa comunitaria exige completitud en la presentación de todos los antecedentes de la notificación, so pena de no iniciarse el transcurso de los plazos hasta que la notificación se realice válidamente²⁴⁵.

Un aspecto que cabe resaltar de las formalidades de notificación es lo que dice relación con los idiomas en que pueden presentarse los documentos. Como sabemos, la Unión Europea es multilingüe, es por ello que el artículo 3(4) del reglamento de aplicación establece que las partes son libres de escoger cualquiera de los idiomas oficiales de la UE para realizar la notificación, el que pasará a ser el idioma estándar en

²⁴² COMISIÓN EUROPEA. 2004. DG Competition Best Practices on the Conduct of EC Merger Control Proceedings [en línea] <<http://europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>> [consulta: 27 de mayo de 2012] pp. 2-4.

²⁴³ Artículo 4(2), en relación con el artículo 3(1) letra b) del reglamento de concentraciones.

²⁴⁴ Artículo 2(2) y (3) del reglamento de aplicación.

²⁴⁵ Artículo 5(2) del reglamento de aplicación.

el procedimiento. Sólo en caso que se presenten documentos en un idioma no oficial deberá acompañarse una traducción.

Otro asunto sobre el que procede referirse dice relación con la publicidad o confidencialidad de la notificación misma y de sus documentos accesorios. De acuerdo a los artículos 4(3) del reglamento de concentraciones y 18(3) del reglamento de aplicación, la Comisión debe respetar el carácter confidencial de la información presentada por las partes. Para cumplir este objetivo, las partes deben indicar expresamente cuáles documentos o partes de los mismos están sujetos a reserva. Sin perjuicio de lo anterior, una vez notificada válidamente una operación de concentración, la CE debe necesariamente publicar, en el Diario Oficial de la Unión Europea y la página web de la Dirección General de Competencia, el hecho de haberse efectuado la notificación, indicando: **(a)** los nombres completos de las partes; **(b)** la naturaleza (estructura jurídica) de la concentración; y **(c)** los sectores económicos involucrados. Es en esta comunicación donde se invita a terceros interesados a presentar los antecedentes que estimen pertinentes, dentro del plazo de diez días hábiles²⁴⁶.

Todos los documentos adjuntos a la notificación se incorporan a un expediente al que las partes tienen acceso previa solicitud a la comisión. El acceso al expediente es un derecho de las partes cuando la CE emite – de conformidad a lo que veremos más adelante – un pliego de cargos, ya que es indispensable para el ejercicio de su derecho a la defensa²⁴⁷.

Por otro lado, en cuanto al acceso a la información por parte de terceros interesados, hay que distinguir entre los órganos de libre competencia de los Estados miembros de la Unión Europea a quienes afecte la operación, y otros particulares. Respecto de los primeros, la CE debe enviarles copia de la notificación dentro de los tres días hábiles siguientes a su recepción, junto con enviarles copia de los más importantes antecedentes que se reciban, cuando sea pertinente (Ej. proposición de

²⁴⁶ <http://ec.europa.eu/competition/elojade/mergers/>

²⁴⁷ Artículo 17(1) del reglamento de aplicación.

medidas de mitigación); respecto de los segundos, la regla general es que no tengan acceso al expediente, salvo cuando la CE lo estime estrictamente necesario para que puedan preparar sus comentarios. En todo caso, el derecho de acceso a los documentos no incluye en caso alguno la información confidencial, ni tampoco los documentos internos de la comisión o de los órganos de libre competencia de los Estados miembros²⁴⁸.

5.2.3. Primera Etapa

El plazo para que la CE haga una primera revisión de la operación es de hasta veinticinco días hábiles. Sin embargo, existen dos circunstancias por las cuales este plazo puede ampliarse por diez días hábiles más, pudiendo llegar hasta un total de treinta y cinco días hábiles²⁴⁹.

El primer supuesto de ampliación de plazo consiste en que las partes ofrezcan aplicar medidas de mitigación a la concentración, caso en el cual la ampliación tiene por objeto darle suficiente tiempo a la comisión de estudiar y negociar adecuadamente dichas medidas²⁵⁰.

Por otra parte, el segundo supuesto de ampliación del plazo consiste en que los organismos de libre competencia de los Estados miembros involucrados requieran a la CE que se les remita el caso²⁵¹.

Sucede que, como lo esbozamos al inicio de este capítulo, de acuerdo al artículo 9(2) del reglamento de concentraciones, las autoridades competentes de los Estados miembros de la UE se encuentran facultadas para solicitar a la CE, dentro de quince días hábiles desde que reciben los antecedentes de la fusión, que se les derive el caso. La solicitud puede fundamentarse en que: **(a)** la concentración puede afectar significativamente la competencia de un mercado relevante del Estado miembro en

²⁴⁸ Artículo 17(2) y (3); y artículo 19(1) del reglamento de aplicación.

²⁴⁹ Artículo 10(1) del reglamento de concentraciones.

²⁵⁰ Artículo 6(2) y 10(1) del reglamento de concentraciones.

²⁵¹ Artículo 10(1) y 9(2) del reglamento de concentraciones.

cuestión; o **(b)** la concentración afecta la competencia en un mercado relevante del Estado miembro respectivo, siendo que dicho mercado relevante no constituye una parte sustancial del mercado común. Naturalmente, la ampliación del plazo en esta circunstancia se fundamenta en la necesidad de evaluar resolver adecuadamente la solicitud.

Aparte de lo anterior, la comisión también tiene la facultad de suspender el transcurso de los plazos si, por circunstancias imputables a una de las partes de la operación, el organismo debe ordenar la entrega de información adicional o la realización de inspecciones²⁵².

En la notificación misma o durante los veinte días hábiles siguientes, las partes tienen el derecho de ofrecer medidas de mitigación²⁵³.

Llegados a este punto, corresponde indicar que la CE, con el objeto de concentrarse únicamente en aquellas operaciones que realmente presentan riesgos anticompetitivos, estableció desde el año 2000, dentro de la primera etapa, un procedimiento simplificado para aprobar determinadas fusiones²⁵⁴.

Básicamente, en el procedimiento simplificado: **(a)** las partes pueden contactar a la CE antes de notificar, para averiguar cuál es la información que el organismo realmente considera relevante y comunicarla a través de un formulario simplificado; **(b)** la revisión se limita a los 25 días hábiles, sin que proceda ningún tipo de renovación; y **(c)** revisados los antecedentes, la comisión dicta una decisión abreviada que aprueba

²⁵² Artículo 10(4) del reglamento de concentraciones.

²⁵³ Artículo 19(1) del reglamento de aplicación.

²⁵⁴ El procedimiento simplificado se encuentra establecido en la “Comunicación de la Comisión sobre el Procedimiento Simplificado para Tramitar Determinadas Concentraciones en Virtud del Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo”, en cuyo punto cinco señala cuáles operaciones pueden sujetarse a este mecanismo. Ver GONZÁLEZ, Aldo y BENÍTEZ, Daniel. 2008. Pre-Merger Notification Mechanisms: Incentives and Efficiency of Mandatory and Voluntary Mechanisms. Op. Cit. pp. 14-15 y COMISIÓN EUROPEA. 2005. Comunicación de la Comisión sobre el Procedimiento Simplificado para Tramitar Determinadas Concentraciones en Virtud del Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo [en línea] <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:056:0032:0035:ES:PDF>> [consulta: 3 de junio de 2012]

en forma pura y simple la operación, salvo que de dichos antecedentes se derive la conveniencia de sujetar la fusión a una primera etapa normal o de dictar una decisión propia de la primera etapa normal²⁵⁵.

En la actualidad, un alto porcentaje de las operaciones de concentración conocidas por la comisión se aprueban a través del procedimiento simplificado. De acuerdo a GONZÁLEZ y BENÍTEZ, de los 2.471 casos notificados en el período 2000-2007, un 46,3% se resolvieron mediante este procedimiento, mientras que, por otro lado, conforme al “Informe de Política sobre Política de Competencia 2010” de la CE, ese porcentaje aumentó a un 55% en dicho año²⁵⁶.

Si no procede aplicar el procedimiento simplificado – o si, como dijimos, los antecedentes del caso notificados en el procedimiento simplificado lo ameritan -, se aplica el procedimiento normal de la primera etapa.

En el procedimiento normal, después de que la CE evalúa los antecedentes, el organismo puede tomar las siguientes decisiones: **(a)** dejar transcurrir el plazo de la primera etapa, sin resolver, situación en la que se entenderá tácitamente aprobada la operación de concentración (silencio administrativo positivo)²⁵⁷; **(b)** estimar que la operación no tiene un alcance comunitario, caso en el cual su conocimiento corresponderá a los órganos de libre competencia de los Estados miembros involucrados²⁵⁸; **(c)** aprobar pura y simplemente la fusión; **(d)** aprobar la fusión, sujeta a medidas de mitigación acordadas entre la CE y las partes²⁵⁹; y **(e)** considerar que la operación genera serios riesgos para la libre competencia en el mercado común²⁶⁰.

²⁵⁵ Puntos 15 y 17. COMISIÓN EUROPEA. 2005. Comunicación de la Comisión sobre el Procedimiento Simplificado para Tramitar Determinadas Concentraciones en Virtud del Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo. Op. Cit.

²⁵⁶ Ver GONZÁLEZ, Aldo y BENÍTEZ, Daniel. 2008. Pre-Merger Notification Mechanisms: Incentives and Efficiency of Mandatory and Voluntary Mechanisms. Op. Cit. pp. 14-15 y COMISIÓN EUROPEA. 2011. Informe de la Comisión: Informe sobre la Política de Competencia 2010 [en línea] <http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2010/part1_es.pdf> [consulta: 3 de junio de 2012] p. 20.

²⁵⁷ Artículo 10(6) del reglamento de concentraciones

²⁵⁸ Artículo 6(1) letra a) del reglamento de concentraciones.

²⁵⁹ Artículo 6(1) letra b) y 8(1) y (2) del reglamento de concentraciones.

²⁶⁰ Artículo 6(1) letra c) del reglamento de concentraciones.

En este último caso, al igual que en todos los procedimientos analizados, la CE deberá emitir un pliego de cargos, indicando específicamente cuáles son los aspectos de la operación que considera potencialmente anticompetitivos, con lo que se inicia la segunda etapa de revisión.

Para no perder la perspectiva, corresponde indicar que sólo un porcentaje muy reducido de las fusiones conocidas por la comisión pasan a la segunda etapa. En efecto, conforme a los mismos datos señalados por GONZÁLEZ y BENÍTEZ más arriba, la segunda etapa se aplicó únicamente un 4,1% de los 2.471 casos conocidos por la comisión en el período comprendido entre los años 2000 a 2007²⁶¹.

Tan solo el veredicto de la decisión tomada por la comisión en primera etapa se publica en el Diario Oficial de la UE. La resolución completa se publica en el sitio web de la CE.

5.2.4. Segunda Etapa

En la segunda etapa, la CE tiene un plazo de noventa días hábiles desde la emisión del pliego de cargos para revisar pormenorizadamente los aspectos de la fusión que le parecen cuestionables. Este plazo puede sujetarse a las siguientes extensiones en forma alternativa o copulativa: primero, una renovación de quince días hábiles, con lo que el plazo total de la segunda etapa se extiende hasta por ciento cinco días hábiles, si las partes ofrecen medidas de mitigación transcurridos cincuenta y cinco días hábiles o más desde el inicio de la segunda etapa; y segundo, una extensión de hasta veinte días hábiles por solicitud de las partes o por acuerdo entre ellas y la comisión. Cuando se aplican ambas renovaciones, el plazo máximo de duración de la segunda etapa es de hasta ciento veinticinco días hábiles.

²⁶¹ GONZÁLEZ, Aldo y BENÍTEZ, Daniel. 2008. Pre-Merger Notification Mechanisms: Incentives and Efficiency of Mandatory and Voluntary Mechanisms. Op. Cit. pp. 14-15

Todo lo anterior es sin perjuicio que la CE se encuentra facultada, al igual que en la primera etapa, para suspender el transcurso de los plazos si, por circunstancias imputables a alguna de las partes, el organismo ordena la entrega de información adicional o la realización de inspecciones²⁶².

Desde la emisión del pliego de cargos, las partes tienen un segundo plazo para ofrecer medidas de mitigación de sesenta y cinco días hábiles. Si el plazo de la segunda etapa se amplía conforme a las reglas anteriores, el plazo de presentación de medidas de mitigación también se renueva por el mismo número de días. Excepcionalmente, la comisión puede admitir la presentación de medidas de mitigación más allá de estos plazos²⁶³.

Formalmente, la segunda etapa se inicia cuando la CE emite el pliego de cargos, que es un documento en que el organismo singulariza los aspectos específicos de la operación que considera potencialmente anticompetitivos. Este pliego de cargos es notificado tanto a las partes como a los terceros interesados, con indicación de un plazo, determinado por la comisión, para que estos entreguen por escrito sus descargos y observaciones²⁶⁴.

Tal como lo mencionamos al hablar de las formalidades de notificación, las partes tienen garantizado el acceso al expediente para preparar sus descargos. En cuanto a los terceros, dicho acceso es a discreción de la comisión.

En los descargos, las partes y los terceros pueden realizar todas las alegaciones y defensas que consideren pertinentes, junto con acompañar los documentos que estimen necesarios para demostrar la veracidad de los hechos invocados. También pueden ofrecer declaraciones de testigos y solicitar la realización

²⁶² Artículo 10(4) del reglamento de concentraciones.

²⁶³ Artículo 19 del Reglamento de Aplicación.

²⁶⁴ El derecho de las partes y de terceros a ser oídas previa adopción de la decisión se establece en el artículo 18(1) del reglamento de concentración. Por su parte, la forma del ejercicio de este derecho se encuentra contenida en el reglamento de aplicación, particularmente en sus artículos. 13 a 17.

– o la participación, en el caso de los terceros - de una audiencia oral. Si las partes solicitan que se cite una audiencia oral, la CE está obligada a convocarla. Por el contrario, si los terceros interesados solicitan participar en una audiencia oral, la comisión tiene discrecionalidad para decidir acerca de su asistencia²⁶⁵.

Aparte del plazo contado desde la notificación del pliego de cargos, si los terceros interesados invocan su derecho a ser oídos, la comisión deberá informarles acerca de la naturaleza y el objeto del procedimiento, junto con concederles un plazo para presentar por escrito las observaciones que estimen pertinentes. En estas observaciones, los terceros también pueden solicitar que se admita su participación en una audiencia oral²⁶⁶.

En los casos en que se convoca a una audiencia oral, cabe señalar que, con el fin de garantizar que su desarrollo cumpla con las garantías del debido proceso, el reglamento de aplicación ordena que su conducción recaiga sobre un funcionario llamado “Consejero Auditor”. La peculiaridad de este funcionario es que posee cierta autonomía respecto de la Dirección General de Competencia, ya que no depende de dicho organismo sino directamente del Comisario de Competencia de la Unión Europea. El Consejero Auditor también es el encargado de asegurar el acceso de las partes al expediente y la protección de su información confidencial²⁶⁷.

La audiencia oral se desarrolla con la presencia de representantes de la CE, de las partes, de los terceros interesados y de los organismos de libre competencia de los estados miembros involucrados. Contrario a lo que podría suponerse, la audiencia no

²⁶⁵ Artículos. 13(3) y 14(1) del reglamento de aplicación.

²⁶⁶ Artículo 16 del reglamento de aplicación.

²⁶⁷ Actualmente, los Consejeros Auditores son dos. Estos funcionarios cuentan con un *staff* de siete personas (una secretaria y seis asesores). Artículo 13(1) del reglamento de aplicación y COMISIÓN EUROPEA. 2012. Competition: Hearing Officers [en línea] <http://ec.europa.eu/competition/hearing_officers/index_en.html> [consulta: 28 de mayo de 2012]

es pública, ya que se toma en cuenta el legítimo interés de las partes de proteger su información confidencial²⁶⁸.

Después de efectuada la audiencia oral y revisados todos los antecedentes, la CE debe, antes de dictar la decisión final, someter a consulta de un órgano llamado Comité Consultivo de Concentraciones, un borrador de dicha decisión. La consulta se efectúa a través de una reunión conjunta en cuya convocatoria se adjunta un resumen del caso con sus documentos más importantes. El Comité Consultivo de Concentraciones se compone de representantes de los organismos de libre competencia de los Estados miembros. El parecer del Comité Consultivo de Concentraciones sobre el borrador de decisión final se contiene en un dictamen, el que se publica junto con la decisión final²⁶⁹.

La comisión puede adoptar las siguientes actitudes a la hora de resolver definitivamente el caso en sede administrativa: **(a)** en primer lugar, puede dejar que transcurra el plano de la segunda etapa, con lo cual se entiende tácitamente aprobada la operación por aplicación del silencio administrativo positivo establecido en el artículo 10(6) del reglamento de concentraciones; **(b)** en segundo lugar, puede aprobar pura y simplemente la operación; **(c)** en tercer lugar; puede aprobar la operación con medidas de mitigación impuestas a las partes; y **(d)** en cuarto lugar, puede rechazar la operación, caso en el cual puede además imponer sanciones si la operación de concentración se consumó durante la revisión²⁷⁰.

La decisión final, junto con el dictamen del Comité Consultivo de Concentraciones, se publica en el Diario Oficial de la Unión Europea y en la página

²⁶⁸ El reglamento de aplicación no establece detalladamente el desarrollo de las audiencias orales, sino que prescribe ciertas reglas generales que la comisión debe respetar, tales como el derecho de las partes a contar con asistencia letrada y a ser oídas, ya sea en forma conjunta o separada respecto del resto de los intervinientes. Artículo 15(2), (3) y (6) del reglamento de aplicación

²⁶⁹ Artículo 19 del reglamento de concentraciones.

²⁷⁰ Artículo 8 del reglamento de concentraciones.

web de la CE. La comisión debe tomar en consideración la información confidencial de las partes al momento de publicar²⁷¹.

Finalmente, la decisión final que aprueba una concentración en primera o en segunda etapa, así como también la aprobación tácita de la operación por aplicación del silencio administrativo positivo del artículo 10(6) del reglamento de concentraciones, priva de responsabilidad ulterior a las partes por ella. Sin embargo, la CE tiene la facultad de revocar la autorización si: **(a)** esta se basa en información incorrecta de la que sea responsable alguna de las partes afectadas o que haya sido obtenida de forma fraudulenta; o **(b)** las partes incumplen una medida de mitigación²⁷².

5.2.5. Medidas de Mitigación

Al igual como lo indicamos al tratar cada una de las etapas de la revisión ante la CE, las partes tienen en general dos oportunidades para ofrecer medidas de mitigación. La primera es en la notificación misma o dentro de veinte días hábiles contados desde su presentación, la segunda es dentro de sesenta y cinco días hábiles contados desde la emisión del pliego de cargos. Sin embargo, si el período de revisión de la segunda etapa se amplía conforme a las reglas ya estudiadas, el plazo para ofrecer medidas mitigatorias también se amplía por el mismo número de días²⁷³.

Sólo excepcionalmente la comisión puede autorizar el ofrecimiento de medidas de mitigación fuera de estos plazos, con la limitación de que, en todo caso, la decisión final debe ser consultada con el Comité Consultivo de Concentraciones antes de adoptarse²⁷⁴.

²⁷¹ Artículo 9 del reglamento de concentraciones.

²⁷² Artículos. 6(3) y 8(6) del reglamento de concentraciones.

²⁷³ Artículo 19(1) y (2) del reglamento de aplicación.

²⁷⁴ Artículo 19(2) del reglamento de aplicación.

5.3. Revisión Judicial

La legalidad, no el mérito, de las decisiones de la CE pueden ser revisadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en dos instancias: la primera, ante el Tribunal General (“TG”) y la segunda ante el Tribunal de Justicia propiamente tal (“TJ”)²⁷⁵. La revisión jurisdiccional se fundamenta en los arts. 263 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, además del artículo 16 del reglamento de concentraciones, que lo reconoce específicamente en los casos de imposición de multas por la comisión. En términos generales, el procedimiento es un contencioso administrativo de nulidad, salvo respecto de las multas, en las que el tribunal tiene la facultad de disminuir o incrementar (*reformatio in peius*) su monto²⁷⁶.

De acuerdo al artículo 264 inciso 4° del TFUE, la legitimación activa para intentar la acción de nulidad (denominada “recurso de anulación” en el tratado) corresponde a la persona natural o jurídica agraviada por la decisión de la CE, lo que incluye a terceros interesados tales como, por ejemplo, los competidores. El plazo para la interposición de la acción es de dos meses a partir de la publicación del acto, de su notificación al actor o desde el día en que tuvo conocimiento del mismo, según los casos. La regulación del procedimiento se encuentra en tres cuerpos normativos: el Estatuto del Tribunal de Justicia, contenido en el protocolo N° 3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en su título III y en sus arts. 53 y 56 a 61 (“el

²⁷⁵ En la actualidad, el TG se compone de veintisiete jueces y un secretario, mientras que el TJ cuenta con veintisiete jueces, ocho abogados generales y un secretario. Los jueces conocen de los asuntos en salas formadas por entre tres y cinco jueces, junto con una Gran Sala formada por 13 jueces. Ver TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. 2012. El Tribunal de Justicia en Cifras [en línea] <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_80908/> [consulta: 2 de junio de 2012].

²⁷⁶ Artículos. 264 del TFUE y 16 del reglamento comunitario de concentraciones

Estatuto”²⁷⁷; el “Reglamento de Procedimiento del Tribunal General” (“RPTG”)²⁷⁸; y el “Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia” (“RPTJ”)²⁷⁹.

De la revisión de lo dispuesto en los protocolos y en el Estatuto, puede inferirse que el procedimiento comparte muchas de las características de los sistemas procesales civiles contemporáneos. Por lo tanto, es un procedimiento que se estructura en dos fases, una escrita y otra oral, que reúne características de oralidad, publicidad, intermediación y concentración²⁸⁰. Al igual que ante la comisión, los reglamentos disponen que los procedimientos podrán llevarse a cabo en cualquiera de las lenguas oficiales de la UE, correspondiendo al demandante la elección del idioma específico²⁸¹.

²⁷⁷ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. 2010. Protocolo (Nº3) Sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [en línea] <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2008-09/statut_2008-09-25_11-18-25_841.pdf> [consulta: 3 de junio de 2012]

²⁷⁸ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. 1991. Reglamento de Procedimiento del Tribunal General [en línea] <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2008-09/txt7_2008-09-25_10-00-8_829.pdf> [consulta: 2 de junio de 2012]

²⁷⁹ Estos últimos reglamentos son dictados por el propio TJUE. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. 1991. Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia [en línea] <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-07/rp_cjue_es.pdf> [consulta: 2 de junio de 2012]

²⁸⁰ Algunos aspectos singulares del procedimiento son los siguientes: (a) la posibilidad de la sala de decidir contar con la asesoría de un “Abogado General” (que es otro juez del tribunal) si considera particularmente complejo el caso (artículos 17 y 19 del RPTG); (b) la facultad de las partes de presentar escritos de réplica y dúplica, salvo que el tribunal, oído el Abogado General, lo considere innecesario (artículos 47 del RPTG); (c) la potestad del tribunal para decretar, a petición de parte, el carácter reservado de determinadas piezas del expediente (artículo 50 del RPTG); (d) el hecho que la fase oral se desarrolla en una sola audiencia, en lugar de mantenerse la distinción audiencia preliminar versus audiencia de juicio, aunque el tribunal tiene facultades para depurar la prueba y para determinar hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos (artículos 55 a 64); (e) el hecho que los medios de prueba se encuentran tasados, admitiéndose únicamente la declaración de partes y de testigos, la solicitud de información y la presentación de documentos, el informe de peritos y la inspección personal de los jueces (Artículo 64 del RPTG); y (f) la posibilidad del tribunal de decretar, a petición de parte en la demanda, que se sustituya el procedimiento por uno “acelerado”, con lo que disminuye el plazo de contestación de la CE desde dos meses a un mes y el tribunal puede limitar la extensión y duración del proceso (artículo 76 bis). TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. Reglamento de Procedimiento del Tribunal General. Op. Cit. p. 11, pp. 22-30 y 35-36.

²⁸¹ Artículos 35 a 37 del RPTG y 29 a 31 del RPTJ. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. 1991. Reglamento de Procedimiento del Tribunal General. Op. Cit. pp. 17-18 y TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. 1991. Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. Op. Cit. pp. 17-19.

Como la revisión del TJUE se limita únicamente a revisar la legalidad del acto administrativo, el TG, en su sentencia definitiva, únicamente puede: **(a)** confirmar la decisión de la CE; **(b)** anular total o parcialmente la decisión de la CE. En este último caso, la comisión deberá revisar nuevamente la operación, retrotrayéndose el procedimiento administrativo a una nueva primera etapa²⁸².

La situación cambia un poco cuando la decisión impugnada ante el tribunal fue la imposición de una multa. En este caso, por habilitación expresa del artículo 16 del reglamento de concentraciones, el TG no solamente puede anular o confirmar la decisión de la CE, sino que también puede reducir o incrementar (*reformatio in peius*) el monto de la multa, dictando una sentencia de reemplazo.

Contra la sentencia dictada por el Tribunal General, procede la interposición de un Recurso de Casación ante el Tribunal de Justicia. Al igual que en la casación “típica” o “estándar”, por medio de este recurso solamente puede impugnarse la aplicación del derecho por parte del TG en la dictación de la sentencia, o la inobservancia de reglas procesales que causen agravio al recurrente. El plazo para la interposición del recurso de casación es de dos meses desde la notificación de la sentencia definitiva del TG²⁸³.

A diferencia de lo que ocurre con el TG al momento de conocer las decisiones de la comisión – en que, como vimos, el tribunal no se encuentra facultado para enmendarla salvo en los casos de multas -, el TJ si se encuentra facultado para modificar la sentencia definitiva dictada por el TG. Por lo tanto, una vez conocido el recurso de casación, el TJ puede: **(a)** confirmar la sentencia definitiva del TG; **(b)** anular la sentencia del TG, con lo que devolverá la causa a dicho tribunal para que resuelva, salvo que se dicte sentencia de reemplazo; y **(c)** enmendar la sentencia definitiva del TG, dictando sentencia de reemplazo²⁸⁴.

²⁸² Artículo 10(5) del reglamento de concentraciones.

²⁸³ Artículos 55 a 58 del Estatuto y título IV del RPTJ.

²⁸⁴ Artículo 61 del Estatuto y título IV del RPTJ.

5.4. Intervención de Terceros Interesados

Hay que recordar que, producto del carácter internacional de la Unión Europea, no solamente se considera como terceros interesados a los particulares sino que también a los organismos de libre competencia de los Estados miembros a quienes afecte la operación, quienes tienen mayores posibilidades de intervención en los procedimientos que otros particulares. Sin embargo, debido al enfoque comparativo de este trabajo, en esta subcapítulo solamente trataremos de los terceros particulares.

Durante la primera etapa de revisión ante la CE, los terceros interesados pueden presentar los antecedentes que consideren necesarios dentro del plazo de diez días hábiles contados desde que la Comisión publica, en el Diario Oficial de la Unión Europea y en la Dirección General de Competencia, el hecho de haber recibido una notificación. Por regla general, estos terceros no tienen acceso al expediente salvo que la CE lo considere indispensable para que puedan preparar sus observaciones, excluyéndose siempre la información confidencial y los documentos internos de la Comisión o de los organismos de libre competencia de los Estados miembros.

Por otra parte, durante la segunda etapa de revisión, los terceros interesados pueden presentar sus observaciones y antecedentes luego de que se los notifique del pliego de cargos, aplicándose las mismas reglas sobre acceso al expediente. Los terceros también pueden ofrecer declaraciones de testigos y solicitar la participación en una audiencia oral, caso en el cual la CE resolverá discrecionalmente.

Por último, en lo que respecta a la revisión judicial de las resoluciones de la CE, los terceros interesados se encuentran legitimados activamente para interponer un recurso de anulación ante el TJUE, en cuanto acrediten que la resolución impugnada les produce agravio.

5.5. Sanciones

Las sanciones que la comisión puede aplicar se encuentran establecidas en los arts. 8(4) y (5), 14 y 15 del reglamento de concentraciones. En general, estas sanciones consisten en la imposición de multas y de medidas de mitigación, incluida la enajenación forzosa de activos.

Según el artículo 14(2) del reglamento de concentraciones, la comisión está facultada para imponer multas ascendentes hasta el 10% del volumen total de negocios de las partes, en caso que: **(a)** ejecuten una operación sin notificarla; **(b)** ejecuten la operación durante la revisión; **(c)** ejecuten la operación infringiendo una decisión que la prohibía; o **(d)** ejecuten la operación infringiendo las medidas mitigatorias que se impusieron como condición para aprobarla.

Además de lo anterior, si se realiza una operación prohibida o se incumplen las medidas de mitigación impuestas a las partes para aprobar la fusión, el artículo 8(4) del reglamento de concentraciones faculta a la CE para imponer las medidas que estime pertinentes para restablecer la competencia en el mercado, incluida la enajenación forzosa de activos.

Con el objeto de asegurar el cumplimiento oportuno de sus decisiones, la CE también se encuentra facultada para imponer, de acuerdo al artículo 15 del reglamento de concentraciones, multas coercitivas ascendentes hasta un 5% del volumen total de negocios medio diario de las partes, por cada día hábil de demora.

En cuanto a las facultades investigativas de la CE, el artículo 11 del reglamento de concentraciones prescribe que la comisión puede ordenar a las partes, a las empresas y a las asociaciones de empresas la entrega de determinada información que consideren necesaria. De la misma manera, conforme al artículo 13 del mismo reglamento, la comisión está facultada para efectuar inspecciones en las instalaciones de las empresas u asociaciones empresariales. La falta de entrega de información, la entrega de información falsa o engañosa y la negativa a someterse a una inspección

son sancionables con multas ascendentes a un 1% o a un 5% del volumen total de negocios del afectado (artículos 14 y 15 del reglamento de concentraciones).

Por último, huelga decir que el artículo 14(3) del reglamento consagra el principio de proporcionalidad en la determinación de la aplicación de multas. En efecto, dicha disposición establece que deberá tomarse en cuenta, para establecer el importe de la sanción, la naturaleza, gravedad y duración de la infracción.

CAPÍTULO VI

CONVERGENCIAS OBSERVADAS EN DERECHO COMPARADO

Ya analizados los sistemas de control preventivo de operaciones de concentración en Estados Unidos de Norteamérica, Gran Bretaña, Australia y la Unión Europea, procederemos a indicar cuáles son, a nuestro juicio, los principales aspectos convergentes o divergentes que observamos en los distintos regímenes de control preventivo de fusiones estudiados, y como ellos influyen, en mayor o menor medida, en el adecuado funcionamiento de dichos sistemas.

6.1. Diseño Institucional y Densidad Normativa

En todos los regímenes estudiados, la regla general es que el órgano que primeramente está encargado de revisar la operación de concentración es un servicio público especializado en libre competencia y no un tribunal de justicia. Podría argumentarse que un caso excepcional es el de Australia en las revisiones directas ante ACT. Sin embargo, este argumento debe descartarse por cuanto, como lo hemos señalado reiteradamente en este trabajo, la legislación australiana considera a este órgano como un *tribunal* perteneciente a la Administración Pública y no como una *court* o tribunal de justicia propiamente tal.

Al parecer, la razón por la cual se produce este fenómeno se debe a ciertas ventajas comparativas que tiene la Administración frente a los tribunales a la hora de evaluar una fusión y que tienen que ver con el mayor grado de flexibilidad y especialización que aquella tiene sobre éstos. En efecto, ya que la evaluación de una concentración involucra claramente aspectos de mérito o conveniencia, en cuanto su ejecución puede influir sustancialmente en los niveles de competencia del mercado involucrado, el órgano administrativo, por su propio objeto institucional de preservar y promover la libre competencia, por el mayor grado de pericia técnica de su personal y por el mayor ámbito de revisión que implica la ejecución de sus funciones, que se traduce a su vez en una mayor flexibilidad procedimental y de análisis sustantivo, se

encuentra en mejor pie para revisar *ex ante* una fusión que un tribunal, cuyo fin primordial se limita a la correcta aplicación del derecho y cuyo enfoque, por ende, suele ser más formalista y neutral respecto de las consecuencias de una concentración.

Más allá de lo anterior, no descubrimos prácticamente ninguna característica común de diseño institucional, ni tampoco de distribución de contenido normativo ley versus reglamento entre los regímenes analizados, que pudiese explicar la buena evaluación de su *performance*.

En efecto, durante nuestro trabajo nos encontramos tanto con sistemas de agencia integrada – sea de agencia única (Unión Europea, FTC en Estados Unidos) o dual (Reino Unido) –, como con sistemas bifurcados judiciales (Australia, DOJ en Estados Unidos) sin que, al parecer, la distribución de competencias entre órganos administrativos y jurisdiccionales influyese en que el sistema fuese más o menos eficiente a la hora de controlar preventivamente operaciones de concentración. En principio, tampoco se observaron diferencias significativas de desempeño atendiendo a si el sistema era de control preventivo u obligatorio si se toma en consideración que, de los cuatro sistemas estudiados, la mitad seguía el modelo de notificación obligatoria (Unión Europea, Estados Unidos), mientras que la otra mitad (Gran Bretaña y Australia) obedecía al modelo de notificación voluntaria).

A similares conclusiones llegamos a la hora de analizar el grado de especialización de los órganos encargados de la revisión de los actos administrativos relativos al control de fusiones, sea que éstos perteneciesen a la judicatura o a la propia administración, y la profundidad o amplitud de dicho control, es decir, al hecho de que ese control se enfocase únicamente en cuestiones de juridicidad, o si también comprendía, en un primer nivel o grado de revisión al menos, aspectos de mérito u oportunidad, vale decir, de evaluación de la idoneidad del acto en cuanto política pública para la protección del bien jurídico libre competencia.

En cuanto a lo primero, como puede fácilmente desprenderse de la lectura del presente trabajo, nos encontramos con una pluralidad de formas de ejercicio del control

de la actividad administrativa, yendo desde las más ortodoxas (revisión limitada de legalidad realizada por tribunales generalistas, como en Estados Unidos y en la Unión Europea) hasta las más innovadoras (revisión de legalidad y de mérito realizado, en un primer grado de revisión, por órganos administrativos especializados, como en Australia), pasando por soluciones intermedias (revisión limitada a la legalidad, pero realizada por un órgano administrativo especializado, caso del Reino Unido).

En particular, lo que observamos fue que, en los países anglosajones estudiados (Estados Unidos, Australia y Reino Unido), la revisión de las resoluciones administrativas suele realizarse, en una primera instancia, por órganos especializados en libre competencia, formados tanto por juristas como por especialistas en economía que, si bien es cierto orgánicamente forman parte de la Administración, su función es claramente adjudicativa, por lo que gozan de una serie de garantías tanto procesales como de diseño institucional que se traducen, en la práctica, en que actúen de forma muy similar a un tribunal de justicia. Tal es el caso de los *Administrative Law Judges* y de la Comisión de la FTC en Estados Unidos (cuando la operación es investigada por ese organismo), y de los *tribunals* de Gran Bretaña y del Reino Unido (ACT y CAT, respectivamente).

Por otro lado, en la Unión Europea y en Estados Unidos (cuando la fusión es investigada por el DOJ), se descubrió que la revisión de los actos administrativos de los organismos competentes recae, en el primer grado, en tribunales de carácter generalista (TJUE y *district court*, respectivamente), siendo la nota común a todos los regímenes estudiados el que la revisión en los niveles superiores se efectúe por la judicatura a través de procedimientos y tribunales ordinarios, ya sean de carácter civil (Estados Unidos, Gran Bretaña) o contencioso-administrativo (Unión Europea, Australia).

En cuanto a lo segundo, es decir, a si la revisión de estos actos administrativos se enfoca únicamente en la juridicidad o comprende también el mérito, en el primer grado de revisión no encontramos elementos compartidos, ya que observamos tanto revisiones enfocadas únicamente a la juridicidad, independientemente de ésta si es

realizada por un órgano administrativo especialista o un tribunal (CAT de Gran Bretaña y TJUE de la Unión Europea), como revisiones que incluían evaluaciones de mérito (ACT de Australia).

Tampoco pareciesen observarse diferencias sustanciales entre mecanismos de control de fusiones atendiendo al grado de densidad normativa de la ley en comparación con los reglamentos. Tal cual lo indicamos en su minuto, dentro del universo analizado existen sistemas donde la ley es particularmente escueta y básica, delegando una porción sustancial de la regulación – incluida la procesal – en la potestad reglamentaria de los órganos administrativos de libre competencia (Ej. Estados Unidos), junto con regímenes en los que la ley es pormenorizada y detallista, regulando el reglamento aspectos de carácter secundario o adjetivo (Ej. Gran Bretaña, Australia)²⁸⁵.

6.2. Umbrales de Determinación del Riesgo de las Operaciones

A diferencia del punto anterior, un patrón común observado en todos los regímenes estudiados, con la excepción de Australia, consiste en que, independientemente del carácter obligatorio o voluntario de la notificación, la ley – o la fuente formal del derecho equivalente a la ley, que es el “reglamento” en la Unión Europea – es la que establece los criterios para determinar qué operaciones, *prima facie*, deberían ser notificadas al regulador antimonopolios competente.

En la mayoría de las jurisdicciones analizadas, son disposiciones legales las que instituyen los umbrales sobre los cuales se considera a una operación de concentración como susceptible de ser notificada y revisada preventivamente. Por el contrario, únicamente en Australia se observó la inexistencia de umbrales de

²⁸⁵ Todo esto es sin mencionar el carácter particular de las fuentes del derecho de la Unión Europea, que por ser un organismo internacional no se le puede aplicar a rajatabla la distinción, al interior de las fuentes formales del derecho, entre normas de carácter general emanadas del Poder Legislativo o ley, versus normas generales emanadas del Poder Ejecutivo o reglamento, que es más propia de los Estados.

notificación, sin perjuicio de que dicha legislación exige que la disminución potencial de la competencia en el mercado sea sustancial.

Más allá de lo anterior, dentro de las legislaciones que sí establecen umbrales de notificación, Estados Unidos fue el único caso en que dichos umbrales fueron complementados por la vía reglamentaria²⁸⁶. Otro aspecto destacable, dentro de estos regímenes, es que el parámetro común para determinar estos umbrales es el de “ventas netas totales” o el de “utilidades netas totales” en lugar del nivel de concentración en el mercado de la empresa fusionada, todo lo cual se condice con las recomendaciones hechas por la literatura económica especializada más autorizada en materia de operaciones de concentración.

Este rango común no parece ser mera coincidencia, sino que obedecería al propósito de entregar seguridad jurídica a los agentes económicos que evalúen celebrar concentraciones a la hora de determinar si dichas fusiones serán consideradas o no como riesgosas. Al ser esta una característica observable tanto en países con sistemas de control voluntario como obligatorio, estimamos, en principio, que la determinación de umbrales precisos para las operaciones de concentración es un elemento más relevante para el funcionamiento del sistema que la obligatoriedad o la voluntariedad individualmente consideradas, siempre y cuando exista, por supuesto, un sistema de notificación preventiva de fusiones²⁸⁷.

6.3. Regulación de la Aprobación de la Operación, del Silencio Administrativo y de la Preclusión de Acciones

En cada uno de los sistemas investigados, la regulación de los efectos jurídicos (en caso que los hubiese) de la aprobación de la operación por parte del órgano

²⁸⁶ Ver pp. 25-27 *supra*.

²⁸⁷ Más aún, estimamos como altamente probable – aunque esto es tan sólo una conjetura que requiere de mucho mayor análisis – que una de las razones por las cuales se desechó la instauración de un régimen de control preventivo obligatorio de concentraciones en la reforma británica se debe a que el actual sistema, con los umbrales establecidos en las secciones 23(1) a (4) de la Enterprise Act 2002 entregaba suficiente información al mercado para distinguir entre qué operaciones notificar o no.

administrativo competente, de su falta de pronunciamiento y de la vigencia o preclusión de las acciones para impugnar la fusión, difiere considerablemente, lo que hace difícil determinar si dicha normativa constituye o no un incentivo para que las partes decidan finalmente notificar o no una operación de concentración.

Efectivamente, en la legislación británica y australiana (procedimiento informal), tanto la aprobación de la fusión por la autoridad competente como la falta de pronunciamiento de la misma no produce efecto jurídico alguno, ya que, si bien es cierto estos actos facultan a las partes para ejecutar la operación, ello no implica preclusión alguna de las acciones judiciales o administrativas que dichos organismos puedan interponer para impugnarla *ex post*. En consecuencia, pareciera ser que la decisión de las partes de notificar la operación o no hacerlo no puede ser influenciada por esta regulación específica.

A contrario sensu, en los otros dos procedimientos australianos (revisión formal y aprobación directa ante el ACT), se distingue claramente entre los efectos de la aprobación y de la falta de pronunciamiento, existiendo también una vinculación precisa entre los actos que emita la Administración con la eventual preclusión de acciones en contra de la fusión. Por lo tanto, aquí si observamos que la regulación de estos temas constituye un incentivo para que las partes notifiquen, si lo vinculamos con la voluntariedad que caracteriza al sistema australiano.

En efecto, en estos procedimientos australianos observamos que la autorización de la operación implica necesariamente otorgar inmunidad a la misma frente a las acciones de la ACCC y de terceros, mientras que, por el contrario, la falta de pronunciamiento de la Administración se traduce en un rechazo de la operación, es decir, opera el silencio administrativo negativo. Sobre el efecto preclusivo de la aprobación de la concentración, huelga aclarar que éste nunca es absoluto ya que, en términos generales, queda siempre sujeto a dos condiciones básicas: **(a)** que las partes cumplan con las medidas de mitigación acordadas o impuestas; y/o **(b)** que la resolución del organismo respectivo no se haya basado en información falsa o engañosa entregada por las partes.

No obstante las diferencias en estas materias, la regulación británica se encontraría en un punto intermedio entre la normativa de los distintos procedimientos australianos. Sostenemos esto ya que, como vimos, el inicio del plazo de cuatro meses que tiene la OFT para analizar la operación y derivarla a la CC (*ergo*, el plazo que tiene para impugnar la fusión) difiere dependiendo de si se efectuó la notificación o no pues, en el primer caso, dicho plazo se contará desde la notificación misma, mientras que, en el segundo, el cómputo comenzará desde que la OFT se entera de la fusión. En consecuencia, estas reglas de cómputo de plazo constituyen un incentivo para que las partes notifiquen puesto que, de hacerlo, las acciones que la OFT pueda intentar para objetar la operación prescribirán en un tiempo menor al que transcurriría de no efectuarse la notificación.

Finalmente, en el caso de la Unión Europea y Estados Unidos, no es posible argumentar que las normas sobre silencio administrativo o preclusión constituyan un incentivo para notificar ya que, como sabemos, en ambos sistemas la notificación es obligatoria. Con todo, no podemos tampoco dejar de notar que, mientras en Estados Unidos la aprobación de la concentración o el silencio administrativo no produce efecto jurídico alguno, pudiendo la operación ser revisada *a posteriori*, en la Unión Europea, cuando la CE aprueba la operación o simplemente no se pronuncia sobre ella, las partes quedan autorizadas para consumarla, extinguiéndose las acciones que el organismo pueda presentar para objetar la fusión, sin que precluyan las acciones de terceros.

Por todo lo anterior, estimamos que, en los sistemas voluntarios estudiados, a través de la regulación de la aprobación de la operación, del silencio administrativo y de la preclusión de las acciones, se establecen incentivos dirigidos a que las partes notifiquen la fusión ante las autoridades pertinentes. Por otro lado, en el caso de la Unión Europea, creemos que esta misma regulación tiene por objeto otorgar mayor seguridad jurídica a las partes para ejecutar la operación, aun cuando la notificación debe realizarse obligatoriamente.

6.4. Posibilidad de Negociar Medidas de Mitigación por parte de los Organismos Competentes

Tanto de los casos estudiados como de la bibliografía consultada se desprende, como criterio general, que las entidades públicas a cargo de aplicar la legislación de libre competencia se encuentran facultadas para negociar directamente con las partes los remedios, condiciones o medidas de mitigación que se estimen convenientes para limitar los efectos anticompetitivos de una concentración.

A nuestro juicio, la facultad de negociar remedios, condiciones o medidas de mitigación constituye un beneficio tanto para las partes como para la Administración, lo que se demuestra en el hecho que, en todos los sistemas estudiados, son los propios órganos de libre competencia quienes recomiendan a las partes el llegar a acuerdo, recalcándoles además la conveniencia de que las medidas se propongan al inicio del proceso y no en etapas intermedias o al final.

Por un lado, la negociación de medidas de mitigación favorece a las partes, ya que les permite aprobar la operación en forma más rápida que a través de una eventual finalización del procedimiento administrativo, con grados de certeza jurídica iguales o superiores a los que se obtendrían de no existir la posibilidad de negociar; y con condiciones que estén particularmente estructuradas para la operación, de manera que se subsanen sus efectos anticompetitivos en la forma menos gravosa posible.

Por otro lado, la Administración también se beneficia de la negociación básicamente por razones de eficiencia en la utilización de sus recursos y personal. Sostenemos esto por dos razones: En primer lugar, como a través de la negociación termina más rápidamente el procedimiento de revisión, ello faculta al órgano competente para concentrarse en aquellos casos en que el riesgo anticompetitivo de una fusión es alto. En segundo lugar, como de la negociación resultan condiciones aceptadas por las partes y especialmente adaptadas a las características de la concentración respectiva, es de suponer que los afectados estarán más llanos a ejecutar dichas medidas por cuanto éstas gozan de mayor legitimidad en comparación

con los remedios impuestos, todo lo cual redundaría en que la Administración puede focalizar sus recursos en monitorear el cumplimiento de condiciones en los casos más graves.

6.5. Facultad de Iniciar Contactos Previos con las Partes

Un aspecto común muy relacionado con el anterior en los procedimientos de control preventivo de fusiones del Reino Unido, Australia y la Unión Europea, consiste en que los organismos de libre competencia se encuentran facultados para contactarse informalmente con las partes, a petición de éstas, aún antes de la notificación y bajo condiciones de confidencialidad.

De los antecedentes que dispusimos para esta investigación, inferimos que, al parecer, lo que se busca con estos contactos previos son tres cosas: primero, determinar lo antes posible los aspectos riesgosos de una operación, de manera de enfocar desde el inicio su análisis; segundo, como consecuencia de lo anterior, que las partes y la Administración empiecen desde el principio a negociar, en caso que sea procedente, la aplicación de remedios, condiciones o medidas de mitigación a la fusión; y tercero, depurar tempranamente la información relevante de la secundaria sobre la operación.

En este sentido, consideramos que la posibilidad de que la Administración y las partes se contacten antes de la notificación genera a ambos las mismas ventajas que la facultad de negociar la aplicación de condiciones.

6.6. Participación de Terceros en el Procedimiento

Para analizar la participación de los terceros en los sistemas de control preventivo de fusiones, es necesario distinguir, en términos generales, entre dos momentos o etapas: El primero es la investigación que realizan los órganos administrativos competentes para, en definitiva, aprobar o rechazar la fusión, mientras que el segundo es la revisión de las resoluciones que dichos órganos administrativos

dictan y que se refieren a la aprobación (con o sin condiciones) o al rechazo de dicha operación.

En la primera etapa, en todos los sistemas investigados, la intervención de terceros se limita a la posibilidad (más amplia o menos amplia) de, *motu proprio*, realizar las observaciones y presentar los antecedentes que estimen pertinentes, sin perjuicio de que además ellos puedan ser contactados por los organismos respectivos para estos mismos efectos. Una variante de esta intervención se observa en los sistemas británico y australiano, en que los terceros también pueden solicitar la realización de una audiencia oral, o la participación en la misma, sujetos, empero, a la decisión que discrecionalmente adopte el órgano competente.

En la segunda etapa, la mayoría de los regímenes estudiados (salvo el australiano) le otorga a los terceros interesados legitimación activa para impugnar la resolución del órgano administrativo que se pronunció acerca de la operación, siempre y cuando éstos terceros acrediten que tal resolución les provoca un perjuicio producto de la infracción al derecho de la competencia.

En contraposición a todo lo anterior, en ninguno de los sistemas comparados revisados se les da a los terceros la facultad de notificar la operación en forma previa a su ejecución, siendo ello únicamente atribución de las partes.

6.7. Cobro de Tasas a las Partes

Con excepción del sistema europeo, en todos los regímenes investigados se le cobra una tasa a las partes que notifiquen una operación de concentración, pudiendo esta tasa ser fija, como en Australia, o variable, como en Estados Unidos y el Reino Unido, en que el monto depende de la cuantía de la operación.

Aunque el efecto de las tasas sobre la eficiencia general del sistema es un asunto que debería ser estudiado con mucho mayor detalle del que permite un trabajo de estas características, si se toma en cuenta, por una parte, que la financiación de un

sistema de control de concentraciones no es barato, y por otra el carácter inocuo para el derecho de la competencia de la mayoría de las fusiones, consideramos que las tasas podrían generar dos beneficios: **(a)** la internalización por parte de los interesados de los costos de la revisión; y **(b)** muy relacionado con lo anterior, desincentivar la notificación de concentraciones cuyo riesgo anticompetitivo sea bajo.

Los procesos de control preventivo de fusiones implican la inversión de ingentes recursos, tanto materiales como humanos, para su desarrollo. Si a este factor se le suma el hecho que los principales interesados en ejecutar la fusión son las partes, que son precisamente ellas las que, por lo menos en el corto plazo, obtienen los principales beneficios derivados de la reorganización industrial que significa dicha operación y que, además, la aprobación de una concentración reafirma la seguridad jurídica de la misma, pareciera lógico que se les pida que internalicen, a lo menos parcialmente, los costos de mantención de la institucionalidad encargada de resguardar la legalidad de este tipo de concentraciones.

Por otra parte, también es necesario tomar en cuenta que las instituciones a cargo de la defensa de la libre competencia producen bienes públicos para el mercado y la sociedad en su conjunto ya que, a través de sus actuaciones, generan el mínimo de certeza jurídica indispensable para la toma de cualquier decisión de inversión que implique una reorganización industrial. En este sentido, ya que el control preventivo de fusiones constituye un bien público desde el punto de vista económico, es razonable suponer que el cobro de tasas, al internalizar en sus potenciales beneficiarios los costos de dicho bien, desincentiva conductas oportunistas, parasitarias o de *free riding* en el uso del sistema.

6.8. Sanción de la Entrega de Información Falsa o Engañosa a las Autoridades

A pesar de que este pareciera ser un punto básico, no pudimos dejar de notar que, en todos los regímenes estudiados, se sanciona fuertemente la entrega de información falsa o engañosa a los organismos reguladores de la libre competencia.

En efecto, tanto en Estados Unidos como en Gran Bretaña y Australia, la comisión de un ilícito de estas características constituye un delito penal que puede implicar la aplicación al infractor tanto de penas pecuniarias como privativas de libertad. En lo que se refiere a este último tipo de penas, la legislación más estricta es la norteamericana, ya que admite la posibilidad de privación de libertad hasta por cinco años.

Por contraste, en la Unión Europea las sanciones aplicables a la entrega de información falsa o engañosa a los organismos competentes son administrativas y únicamente de carácter pecuniario, pudiendo la multa alcanzar hasta un 5% del volumen total de negocios del afectado, dependiendo de la gravedad de la infracción.

Uno de los problemas de todo control preventivo de fusiones es la asimetría de información que se produce entre los controladores y los controlados. En efecto, la principal fuente de información de la que dispone el regulador para controlar la operación es, indefectiblemente, el regulado, sin que sea posible para aquel complementar totalmente dicha información con los antecedentes que pueda obtener de terceros.

Siendo esta la situación, inferimos que la tipificación como delito de la entrega de información falsa o engañosa a los organismos encargados de la defensa de la libre competencia, sea en la legislación penal general o en la legislación específica antimonopolios, es un requisito básico para el adecuado funcionamiento del sistema, puesto que permite castigar cualquier aprovechamiento que las partes intenten obtener de la asimetría informativa.

6.9. Importancia de la Estructura “Dual” o “Bifásica” del Control de Fusiones

En todos los sistemas de control de concentraciones revisados, el procedimiento de revisión se divide en dos fases o etapas, siendo el hito que marca el paso desde la primera hacia la segunda la emisión, por parte de la autoridad competente, de un documento (generalmente denominado “declaración de objeciones”

o “pliego de cargos”) en el que ésta objeta, en forma clara y precisa, determinados elementos de la fusión, los que son el único objeto de análisis de la segunda etapa. Es nuestro parecer que esta división es uno de los aspectos más importantes para el adecuado desempeño del sistema.

De nuestra investigación inferimos que esta estructura procesal, que llamaremos “dual” o “bifásica”, obedece a la intención de que el regulador analice siempre la operación bajo un esquema deductivo, desde sus elementos más generales hacia los más particulares. De esta manera, la idea sería que los organismos competentes obtuviesen primero una especie de idea general o “panorámica” de la concentración (primera etapa), luego de la cual se enfocarían única y exclusivamente en aquellos detalles que, a su juicio, mayores probabilidades tienen de generar efectos contrarios a la libre competencia (segunda etapa).

Si se toma en cuenta que, como lo prueba la literatura económica existente a la fecha y como lo hemos sostenido reiteradamente, la mayoría de las fusiones son pro-competitivas o neutras, es necesario que sus procedimientos de control contemplen mecanismos de depuración o *screening* que permitan distinguir éstas de las operaciones anticompetitivas.

En nuestro concepto, la estructura dual del procedimiento genera eficientemente este descreme, ya que, por una parte, permite en primera fase que los organismos competentes descarten rápidamente operaciones inofensivas o de bajo riesgo anticompetitivo; mientras que por otra ayuda a afinar el enfoque tan sólo a aquellos aspectos cuestionables de las operaciones que pasan a la segunda etapa.

6.10. Flexibilidad Procedimental

Finalmente, otro elemento paradigmático observado en todos los procedimientos estudiados, independientemente del carácter obligatorio o voluntario del sistema, o de si las instituciones a cargo se estructuraban como agencias integradas o seguían más bien el sistema bifurcado judicial, es el alto grado de

flexibilidad y desformalización del procedimiento, tanto en primera como en segunda etapa.

Si se revisa atentamente la normativa legal y reglamentaria de cada uno de los países estudiados, se deriva claramente que, en todos ellos, se le reconoce a la Administración relativamente altas dosis de discrecionalidad para disponer del procedimiento, al contrario de lo que sucede con la legislación procesal general. Para estos efectos, la leyes y reglamentos respectivos, en lugar de estar estructurados como “manuales de instrucciones”, que es la aproximación clásica, operan más bien como pautas limitativas y orientadoras de la discrecionalidad.

Esta potestad de los órganos administrativos y jurisdiccionales para modular el proceso tiene diversas manifestaciones, siendo las más típicas las siguientes: **(a)** facultad para determinar del contenido de los formularios de notificación, pudiendo establecer diferentes tipos de formulario dependiendo de la complejidad de la operación; **(b)** en los casos de Australia y Reino Unido, autorización para establecer por vía administrativa procedimientos alternativos, denominados “informales”, a los que pueden sujetarse las partes; **(c)** posibilidad de disponer de los plazos de revisión, ya sea *motu proprio* o con acuerdo de las partes; **(d)** atribución para determinar la necesidad de reunirse con las partes, así como también el número y las materias a tratar en dichas reuniones; **(e)** facultad de declarar la confidencialidad o reserva de documentos o piezas del expediente; **(f)** posibilidad de requerir de las partes o de terceros, en cualquier momento, la presentación de antecedentes, so pena de que se les aplique una sanción penal o administrativa, junto con la atribución para ordenar la realización de diligencias probatorias tales como declaraciones de partes y de testigos; y **(g)** facultad de determinar la celebración de audiencias, pudiendo decidir acerca de su nivel de publicidad y sobre la participación de terceros.

Nuestra conclusión es que esta ductilidad del sistema es clave para su funcionamiento eficiente, ya que le permite al órgano adaptar fácilmente su análisis a las particularidades de cada operación. En definitiva, consideramos que esta adaptación funciona, al igual que la estructura dual del procedimiento, como un

mecanismo depurador o descompresor del sistema, permitiéndole al regulador descartar rápidamente las concentraciones pro-competitivas o neutras y focalizarse en aquellas con mayor riesgo anticompetitivo.

CONCLUSIONES

En esta última parte del trabajo, basándonos en las convergencias y divergencias observadas en derecho comparado, propondremos una serie de cambios normativos a la legislación chilena de libre competencia, desde la perspectiva de *lege ferenda*, con el objeto de mejorar su desempeño. Junto con lo anterior, nos referiremos también a la nueva “Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración”, recientemente publicada por la FNE.

Sin embargo, antes de empezar, debemos indicar que, si bien es cierto los aspectos orgánicos del nuestro sistema de control preventivo de fusiones son importantes, consideramos que ellos no deberían constituir el núcleo principal de las propuestas de reforma ya que, a nuestro parecer, existen otros elementos más relevantes que la estructura organizacional de las agencias involucradas, la distribución de competencias entre estos servicios y los tribunales de justicia, o el nivel de densidad normativa entre los preceptos legales versus los reglamentarios, a la hora de evaluar la idoneidad de una regulación de control de fusiones determinada para cumplir con sus objetivos.

Derivamos esta conclusión porque, más allá del hecho que la primera revisión de la concentración la realiza siempre la Administración, no pudimos encontrar otras coincidencias de diseño institucional entre las regulaciones de los países estudiados. En efecto, encontramos tanto sistemas de control de fusiones que obedecen al modelo de agencia integrada (sea única o dual) como sistemas que se sujetan al modelo bifurcado judicial. De la misma manera, vimos también que, en algunos de estos regímenes, la densidad de la ley era alta, mientras que en otros se reducía al mínimo indispensable.

Actualmente, el sistema chileno de protección a la libre competencia es bifurcado judicial. En este sistema, la función investigativa y acusatoria corresponde a la FNE, mientras que la función adjudicativa corresponde, en primera instancia, al

TDLC – tribunal regulador especializado, formado tanto por juristas como por economistas – y, en segunda instancia, a la Corte Suprema, que es un tribunal formalista y generalista. Nuestro sistema también se caracteriza por tener una regulación pormenorizada de los procedimientos administrativos y jurisdiccionales a nivel legal, sin que exista una mención específica a las fusiones, las que actualmente son conocidas a través del procedimiento no contencioso del artículo 31 del DL 211²⁸⁸.

Nuestra conclusión es importante básicamente porque nos permite afirmar que no es necesario transformar completamente nuestro sistema bifurcado judicial en uno de agencia integrada, sea única o dual, para incrementar la eficiencia de la revisión preventiva de fusiones. En consecuencia, pensamos que la mirada debería concentrarse más bien en el análisis de los aspectos procesales del control de concentraciones, ya que son precisamente éstos elementos los que finalmente determinan que dicho sistema sea o no exitoso.

Con todo, es necesario aclarar que no estamos sosteniendo que no sea necesario incrementar las potestades, recursos y personal de la FNE para cumplir exitosamente con sus funciones bajo un nuevo esquema. También somos conscientes de que los cambios que propondremos implican a lo menos matizar el carácter bifurcado judicial de nuestro sistema, por cuanto la FNE deja de ser un mero investigador y fiscalizador, pasando también a regular. Lo que más bien argumentamos es que no estimamos imprescindible cambiar de paradigma regulatorio, rediseñando completamente la Fiscalía, para transformarla en una agencia integrada que a la vez acuse, fiscalice y adjudique al estilo de la FTC norteamericana o de la Dirección General de Competencia de la CE.

²⁸⁸ Otro tema muy distinto es que el tipo contenido en el artículo 3 del DL 211 es muy vago o abstracto para configurar cada una de las conductas contrarias a la libre competencia.

1. Establecer Procedimientos “Bifásicos” o “Duales” de Control Preventivo de Fusiones y Reforma de la Revisión Judicial

Tal como lo indicamos precedentemente, uno de los elementos más relevantes para el éxito de un sistema de control de concentraciones consiste en que el procedimiento se estructure en dos etapas o fases, de manera que la primera funcione como un control preliminar de la operación en general, y la segunda como un control focalizado a los aspectos problemáticos de la misma.

En consecuencia, estimamos que un tema central a la reforma del sistema de control de concentraciones chileno debiese ser la incorporación de esta estructura “dual” o “bifásica” al procedimiento de control preventivo de fusiones, ya sea mediante la reforma del artículo 31 del DL 211 o, en caso que se decida mantener la consulta para asuntos distintos al control de concentraciones, a través de la creación de nuevas reglas procesales específicas.

Si tomamos en cuenta todos los modelos estudiados, podríamos perfectamente, observando sus características comunes, inferir una especie de procedimiento “estándar” o “tipo” de control de fusiones, que no varía demasiado por el hecho que algunos de estos sistemas se estructuren bajo el modelo “agencia integrada” u otros bajo la categoría de “bifurcado judicial”. En nuestro concepto, un procedimiento de estas características se estructuraría, a lo menos, por las siguientes etapas en orden cronológico: **(a)** notificación; **(b)** análisis de la concentración en primera etapa; **(c)** resolución aprobando (con o sin condiciones) la operación, o transcurso del plazo de primera etapa sin que haya pronunciamiento; **(d)** declaración de objeciones a la operación; **(e)** revisión de los aspectos objetados en segunda etapa; **(f)** nueva resolución de la Administración aprobando la operación (con o sin condiciones), rechazándola, o dejando que venza el plazo de la segunda etapa sin pronunciarse; **(g)** revisión de la resolución dictada por la autoridad competente en primera o en segunda fase, ya sea por otro órgano administrativo o por los tribunales.

Basándonos en esta estructura, proponemos que el organismo encargado de conocer la fusión en la primera etapa sea la FNE. El motivo por el cual nos decantamos a favor de este servicio en desmedro del TDLC es que, siendo la Fiscalía a quien corresponde fundamentalmente las labores de monitoreo e investigación de las infracciones a la libre competencia, consideramos que ella se encuentra mejor posicionada que el tribunal para hacer revisiones preliminares. Además, entregarle en primera instancia el conocimiento de la fusión al TDLC podría implicar para éste una sobrecarga de trabajo que distraiga su atención hacia operaciones poco riesgosas, lo que sería claramente ineficiente. Todo lo anterior queda reafirmado, además, si se recuerda que en todos los regímenes estudiados el conocimiento de la primera etapa corresponde siempre a un órgano administrativo, lo que se explica por las ventajas de flexibilidad y especialización que estos tienen frente a la judicatura.

En nuestro modelo, el procedimiento debería iniciarse con la notificación de las partes, quienes serían las únicas que tendrían legitimación activa para efectuar esta comunicación. Recibida la notificación, la FNE debería comunicarla de inmediato al público general de manera similar a la publicación del inicio de una consulta (artículo 31 N° 1), vale decir, mediante su publicación en el Diario Oficial y en el sitio web de la FNE, pudiendo el organismo además notificar especialmente a los demás servicios públicos y agentes económicos que considere particularmente interesados en la operación.

Hecho esto, la FNE debería tener un plazo de aproximadamente treinta o cuarenta días hábiles para revisar en primera fase la fusión proyectada. Dentro de este plazo, la Fiscalía, con los antecedentes que recopile de las partes y de terceros, debería determinar si la operación: **(a)** se aprueba pura y simplemente; **(b)** se aprueba, sujeta a las condiciones o medidas de mitigación que se negocien con las partes; o **(c)** se objeta en determinados aspectos, los que deberían singularizarse en forma taxativa, clara y precisa, en una resolución administrativa llamada “declaración de objeciones” o “pliego de cargos”. Sólo en caso que la concentración sea objetada se iniciaría la segunda etapa, en los demás operaría la inmunidad jurisdiccional de la operación respecto de las acciones judiciales de la Fiscalía (no de terceros), siempre que se

cumplan las condiciones acordadas y los antecedentes aportados por las partes no sean falsos o engañosos. La notificación de las resoluciones al público general se realizaría de la misma manera que la comunicación del inicio del proceso.

Durante el transcurso de la primera etapa, la Fiscalía se encontraría facultada para solicitar de cualquier particular, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 39 letra h) del DL 211, los antecedentes que estime convenientes para el análisis de la concentración. Empero, en caso que los requeridos impugnen esta solicitud de información ante el TDLC por estimar que irroga perjuicio a sus intereses o a los de terceros (de acuerdo a los incisos 2º a 4º del precepto legal en comento), el transcurso del plazo de la primera etapa debería suspenderse hasta que el tribunal dicte sentencia definitiva sobre este asunto.

En lo que concierne a los terceros interesados, éstos deberían estar facultados para aportar al proceso los antecedentes que estimen convenientes dentro de un plazo de entre aproximadamente quince o veinte días hábiles contados desde la publicación de la notificación.

Pero ¿qué pasaría si vence el plazo de la primera etapa y la Fiscalía no resuelve? En este caso, a menos que el plazo de revisión se amplíe producto de una negociación con las partes, debería operar el silencio administrativo positivo. Es decir, a falta de pronunciamiento de la Administración, la concentración debería entenderse aprobada por el sólo ministerio de la ley con todas sus consecuencias, incluida, por cierto, la preclusión de acciones de la FNE, aunque excluyendo la preclusión de acciones de terceros agraviados. Más adelante explicaremos nuestra predilección por regular el silencio administrativo y la preclusión de acciones. A petición de parte, la FNE debería declarar la aplicación del silencio administrativo positivo sin más trámite, estando obligada además notificar al público general esta declaración de la misma manera que sus resoluciones.

En la segunda etapa, que solamente se enfocaría a los aspectos objetados de la fusión, tenemos dos alternativas para estructurar el procedimiento: la primera es que

la fase sea conocida por la Fiscalía y la segunda es que este rol lo asuma el TDLC. Más allá de esto, en ambos casos el organismo tendría otros treinta o cuarenta días hábiles para analizar los elementos problemáticos de la operación, luego de lo cual debería resolver, en definitiva, si: **(a)** aprueba pura y simplemente la operación; **(b)** aprueba la operación, pero sujetándola a medidas de mitigación negociadas con las partes; o **(c)** prohíbe la operación. En lo demás, se aplicarían las mismas normas de la primera etapa relativas a la participación de terceros, los requerimientos de información a particulares por parte de la FNE, la negociación de plazos y el silencio administrativo positivo.

Recapitulando, la segunda etapa podría ser conocida tanto por la FNE como por el TDLC. Sin embargo, hay dos grandes diferencias que se producirían de entregarle la competencia respectiva a un organismo en lugar del otro. La primera dice relación con el grado de flexibilidad procedimental de la revisión, mientras que la segunda se refiere más bien a la amplitud de las posibilidades de impugnar judicialmente la actuación administrativa.

En cuanto a lo primero, por sus propias características institucionales en cuanto servicio público, una segunda etapa conocida por la FNE tiene mayores posibilidades de regularse por un procedimiento flexible, adaptable a las particularidades de cada operación y desformalizado que una conocida por el TDLC ya que, en nuestro derecho, este último órgano es un tribunal de justicia, lo que necesariamente se traduce en que sus procedimientos deban cumplir con mayores estándares de independencia e imparcialidad que implican un mayor formalismo en el análisis del caso y en la aplicación del derecho.

En cuanto a lo segundo, si la segunda etapa fuese conocida por la FNE, la revisión judicial de la actuación de este servicio público correspondería, en principio, al TDLC en primera instancia vía acción judicial de revisión, y a la Corte Suprema en segunda instancia vía recurso de apelación. Por el contrario, si fuese al tribunal al que le correspondiese conocer la segunda etapa, la revisión judicial de sus actos recaería únicamente en la Corte Suprema, lo que haría que el procedimiento fuese más

semejante, en este aspecto, a la consulta que actualmente existe. *Ergo*, de entregársele el conocimiento de la segunda etapa al TDLC, las posibilidades de revisión judicial son menores que si se le confiere esta potestad a la FNE.

Por lo tanto, a la hora de escoger si la segunda etapa debe ser conocida por la FNE o por el TDLC hay que ponderar, por un lado, la ventaja que implica la flexibilidad procesal de la FNE versus la menor revisión judicial – con la consiguiente mayor rapidez – que supone optar por el TDLC como revisor no contencioso.

A nuestro juicio, la segunda etapa debería ser conocida por la FNE aún a riesgo de incrementar las posibilidades de revisión judicial de los actos administrativos respectivos. La razón por la cual nos decantamos por esta alternativa radica en que, como sostuvimos precedentemente y retomaremos más adelante, la ductilidad procesal es crucial a la hora de evaluar la *performance* del control preventivo de concentraciones, ya que permite adaptar el análisis a la casuística de cada fusión.

Por otro lado, el incremento de las oportunidades de revisión judicial depende no solamente del número de tribunales que puedan revisar el acto administrativo sino también del mayor o menor alcance que tengan los recursos para impugnar la sentencia que recaiga sobre el mismo. Para decirlo de otra manera, las posibilidades de revisión judicial cambian sustancialmente si se reconoce la posibilidad de apelar, de manera que el TDLC sea el tribunal de primera instancia y la Corte Suprema el de alzada, en contraposición a que se establezca al TDLC como tribunal de única instancia, con la posibilidad de recurrir extraordinariamente a la Corte Suprema.

Con el objeto de evitar que un incremento de las posibilidades de revisión judicial se traduzca en dilaciones excesivas, optamos porque se establezca al TDLC como tribunal de única instancia, pero con la posibilidad de impugnar la sentencia a través de un recurso extraordinario de “nulidad” o “casación ampliada” para ante la Corte Suprema, limitado exclusivamente a la revisión del derecho. Optamos por esta alternativa por cuanto existen poderosos argumentos jurídicos y de política pública (que por no ser objeto de este trabajo no podemos tratar *in extenso*) a favor de la

limitación o de la eliminación del recurso de apelación, dentro de los cuales se destacan la inexistencia del “derecho fundamental a apelar” y la falta de coherencia del recurso de apelación con los principios de oralidad, intermediación y concentración²⁸⁹.

A mayor abundamiento, el establecimiento de un sistema de revisión judicial como el que proponemos no solamente redundaría en una mayor eficiencia en la revisión preventiva de concentraciones, sino que además genera otro efecto altamente conveniente, a saber: un contencioso administrativo de libre competencia más coherente con el resto de las reformas procesales aplicadas en Chile y actualmente en curso. En efecto, es posible observar que, en las principales reformas judiciales ejecutadas a la fecha, existe la intención de fortalecer el rol de la Corte Suprema como un tribunal de casación encargado de uniformar la jurisprudencia judicial, descargándola en consecuencia de otro tipo de tareas. Nuestra opción se alinea claramente con esta tendencia que, por las razones ya esbozadas, estimamos correcta, y que es la misma que adopta el régimen europeo de control de fusiones.

Hay otro asunto importante que indicar en lo que respecta al conjunto de acciones y recursos procesales para impugnar la resolución que dicte la FNE en primera o segunda etapa. Es nuestra opinión que el contencioso administrativo ante el TDLC debe ser de plena jurisdicción, lo que implica que el tribunal debe encontrarse facultado para revisar tanto la juridicidad del acto administrativo como también su mérito, pudiendo en definitiva: **(a)** declararlo conforme a derecho; **(b)** anularlo y/o **(c)** enmendarlo, estando incluso autorizado para imponer, en caso que lo estime conveniente, mayores condiciones, remedios o medidas de mitigación a la fusión. El

²⁸⁹ Para revisar en profundidad estos argumentos, ver VARGAS, Juan Enrique y FUENTES, Claudio. Régimen Recursivo para la Reforma a la Justicia Civil. En: LETURIA, Francisco Javier (Ed.). Justicia Civil y Comercial: Una Reforma ¿Cercana? Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, Universidad Diego Portales e Instituto Libertad y Desarrollo, 2011. pp. 341-366; LUCO, Nicolás e IBARRA, Manuel ¿Es Compatible una Doble Instancia con los Principios de Oralidad, Intermediación y Concentración? En: LETURIA, Francisco Javier (Ed.). Justicia Civil y Comercial: Una Reforma ¿Cercana? Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, Universidad Diego Portales e Instituto Libertad y Desarrollo, 2011. pp. 419-434; y LETURIA, Francisco Javier y CAVIEDES, Cristóbal. La Restricción de la Doble Instancia en el Procedimiento Civil: Sistematización y Síntesis de sus Argumentos. En: LETURIA, Francisco Javier (Ed.). Justicia Civil y Comercial: Una Reforma ¿Cercana? Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, Universidad Diego Portales e Instituto Libertad y Desarrollo, 2011. pp. 401-418.

fundamento de esta opción radica en que un contencioso administrativo amplio permite aprovechar de mejor manera el actual modelo de diseño institucional del TDLC, que es el de un tribunal regulador especializado en contraposición a un tribunal generalista, junto con su capacidad instalada y experiencia adquirida a la hora de analizar concentraciones mediante la consulta.

Por el contrario - y justamente porque sigue el modelo tradicional de un tribunal de casación formalista y generalista - consideramos que el recurso de nulidad que se interponga ante la Corte Suprema debe sujetarse a estándares restrictivos, enfocándose solamente en aspectos de legalidad de la sentencia definitiva dictada por el TDLC. En consecuencia, la Corte Suprema podría únicamente confirmar o anular esta sentencia, pero sin tener la posibilidad de enmendarla.

Finalmente, la legitimación activa para iniciar el contencioso administrativo debería corresponder a las partes, en caso que la operación se rechace, o a los terceros interesados que acrediten agravio en caso que la fusión se apruebe, opere el silencio administrativo positivo o se sujete a condiciones que éstos estimen insuficientes. El plazo para la interposición de la acción de revisión ante el TDLC debería ser de aproximadamente treinta días hábiles desde que la FNE notifique su resolución, o la declaración de que operó el silencio administrativo positivo, al público general. Por su parte, el plazo para la presentación del recurso de nulidad o casación ampliada para ante la Corte Suprema debería ser de aproximadamente quince días hábiles contados desde la notificación de la sentencia definitiva por el TDLC.

2. Necesidad de Flexibilidad Procesal

Junto con el carácter dual o bifásico del procedimiento, concluimos que una de las claves del éxito de los sistemas comparados analizados consiste en su alto grado de flexibilidad y desformalización procedimental, lo que permite, entre otras cosas, que los órganos competentes tengan la potestad de establecer “vías rápidas” alternativas para aprobar operaciones con riesgos anticompetitivos claramente bajos y que además

puedan, con acuerdo de las partes, alargar o acortar los plazos de revisión de la concentración.

Por lo anterior, abogamos porque se le otorgue a la FNE similares potestades para disponer de ciertos elementos del procedimiento. En concreto, esto quiere decir que la Fiscalía debería tener la posibilidad de decidir discrecionalmente a lo menos sobre tres aspectos.

El primer aspecto consiste en que la FNE esté facultada para definir el contenido de los formularios de notificación, pudiendo establecer varios tipos dependiendo de la complejidad de la operación. La idea es que los formularios más detallados se apliquen a las operaciones que, *a priori*, tengan un mayor riesgo anticompetitivo, mientras que los otros, que serían “simplificados” o “abreviados”, serían utilizados para las concentraciones con mínimas posibilidades de afectación a la libre competencia

El segundo aspecto es que, durante la primera o la segunda etapa, las partes puedan negociar con la FNE eventuales ampliaciones a los plazos de revisión. El motivo por el cual nos parece adecuado reconocer esta facultad consiste en que, siendo las partes las principales beneficiadas con estos plazos, parece razonable que ellas puedan disponer de él si consideran que ello conviene a sus intereses.

Por último, la FNE debería tener la facultad de convocar discrecionalmente a las partes y a los terceros a una o más audiencias, de manera que ellos puedan exponer oralmente sus posiciones respectivas. Empero, aquí hay que distinguir entre la situación de las partes y la de los terceros.

En el caso de las partes, sostenemos que ellas deberían tener el derecho de solicitar a la Fiscalía la realización de una audiencia oral durante la segunda etapa, caso en el cual ésta se encontraría obligada a convocarla. Es decir, las partes tendrían siempre el derecho a “su día en la Fiscalía”, sin perjuicio de que además se celebren otras audiencias por iniciativa del organismo.

A contrario sensu, por los argumentos que esgrimiremos detalladamente *infra*, estimamos que la participación de terceros en audiencias orales no debe ser un derecho subjetivo sino que tiene que estar supeditada a la discrecionalidad de la FNE.

3. Mantención de la Preclusión de Acciones y Conveniencia de Regular Especialmente el Silencio Administrativo

Actualmente, el principal incentivo que se otorga a las partes en Chile para notificar preventivamente una concentración es el efecto preclusivo, de inmunidad o de extinción de responsabilidad establecido en el artículo 32 inciso 1º del DL 211. De acuerdo a esta disposición, los actos jurídicos celebrados de conformidad a las resoluciones firmes o ejecutoriadas del TDLC no generarán responsabilidad antimonopólica. Esto quiere decir que, de aprobarse por el tribunal una operación de concentración, se extinguen las acciones que la FNE y los particulares pueden interponer para impugnar dicho acto, salvo que posteriormente surjan nuevos antecedentes que justifiquen declararlo como contrario a la libre competencia.

Según autores como NEHME y MORDOJ, la causal de excepción a la inmunidad jurisdiccional, es decir, el surgimiento de nuevos antecedentes que justifiquen declarar la operación como anticompetitiva, tiene una redacción excesivamente amplia. A su juicio, esto debilitaría el efecto preclusivo del artículo 32 inciso 1º del DL 211 en comparación a otros sistemas voluntarios, lo que redundaría en un incentivo menor a notificar. Basados en esa premisa, dichos autores proponen establecer como única excepción a la inmunidad jurisdiccional que las partes entreguen antecedentes falsos a los organismos competentes²⁹⁰.

Al analizar este aspecto particular de los sistemas estudiados, nos percatamos que el efecto preclusivo o de inmunidad no es una característica general de la revisión preventiva de fusiones. De hecho, en Estados Unidos y el Reino Unido se descarta

²⁹⁰ NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín. 2012. Diseños Institucionales de Control de Concentraciones: Análisis y Propuestas. Op. Cit. pp. 109-110 y 132.

expresamente. Los únicos regímenes en los que descubrimos claramente la existencia de la inmunidad fue en el de la Unión Europea (sistema obligatorio) y en dos de los tres procedimientos voluntarios australianos (revisión formal y revisión directa ante el ACT), estableciéndose como excepciones que: **(a)** las partes incumplan una o más medidas de mitigación acordadas o impuestas a las partes; y/o **(b)** la resolución del organismo respectivo se haya basado en información falsa o engañosa entregada por las partes.

De todos lo anterior concluimos que, independientemente de si nuestro sistema de control de concentraciones se transforma en obligatorio o si mantiene su carácter voluntario, es altamente conveniente la mantención del efecto de inmunidad, pero precisando mejor sus causales de excepción, que debieran ser únicamente las ya indicadas. Esto, al igual que el establecimiento de umbrales, reforzaría la certeza jurídica del sistema, incrementando el incentivo de las partes para notificar en caso que se opte por mantener la voluntariedad.

Además de lo anterior, huelga referirnos a la regulación del silencio administrativo puesto que, en los casos en que la legislación reconoce el efecto positivo de este silencio, vale decir, que se entienda aprobada la concentración a falta de pronunciamiento de los servicios públicos pertinentes, este elemento se encuentra inextricablemente unido a la inmunidad jurisdiccional en cuanto ella también sea un efecto de la aprobación.

De conformidad a lo que indicamos *supra*, el silencio administrativo, al igual que la autorización de una fusión, no siempre produce efectos jurídicos en las legislaciones comparadas revisadas. Al respecto, valga recordar que, en Estados Unidos, el Reino Unido y Australia (revisión informal), en caso que la Administración no se pronuncie las partes pueden celebrar la operación, sin perjuicio de que posteriormente ésta pueda ser revisada. Por ende, se aplica el mismo criterio que con la autorización.

Del mismo modo, solamente en Australia (revisión formal y directa ante el ACT) y la Unión Europea encontramos una regulación expresa del silencio administrativo, divergiendo ambas legislaciones sobre los efectos que se le reconocen a esta

institución. Esto quiere decir que, mientras en Australia la regulación de libre competencia equipara la falta de resolución administrativa a un rechazo de la fusión, y por ende a una prohibición de ejecutarla (silencio administrativo negativo), en la Unión Europea el silencio de la Comisión tiene efectos positivos, implicando la autorización de la concentración y generando, en consecuencia, el efecto de inmunidad jurisdiccional.

En nuestro país, la regulación general del silencio administrativo se encuentra en la Ley N° 19.880 “Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado”. En particular, el silencio administrativo positivo se reconoce en el artículo 64 de dicho cuerpo legal, que prescribe:

“Transcurrido el plazo legal para resolver acerca de una solicitud que haya originado un pronunciamiento, sin que la Administración se pronuncie sobre ella, el interesado podrá denunciar el incumplimiento de dicho plazo ante la autoridad que debía resolver el asunto, requiriéndole una decisión acerca de una solicitud. Dicha autoridad deberá otorgar recibo de la denuncia, con expresión de fecha, y elevar copia de ella a su superior jerárquico dentro de 24 horas.

Si la autoridad que debía resolver el asunto no se pronuncia en el plazo de cinco días contados desde la recepción de la denuncia, la solicitud del interesado se entenderá aceptada.”

Como puede observarse, la regulación chilena del silencio administrativo positivo es bastante completa, lo que lleva en principio a pensar que no sería necesario tratar específicamente este tema en una eventual reforma al DL 211. Sin embargo, esta aproximación adolece, a nuestro parecer, de una dificultad normativa y práctica.

La disposición transcrita es clara en el sentido que, una vez transcurrido el plazo para dictar la resolución y denunciado el incumplimiento ante la autoridad respectiva, esta debe elevar copia de la denuncia al superior jerárquico. El problema es que, en nuestro modelo de control preventivo, la disposición sería inaplicable por cuanto no existiría tal superior jerárquico. No hay que olvidar que la FNE es un servicio

público descentralizado, sujeto solamente a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía.

Naturalmente, este inconveniente podría solucionarse si se le otorga la facultad dictar la resolución sobre la fusión a un funcionario de rango inferior al Fiscal Nacional Económico, de manera que este último siempre quede como superior jerárquico. No obstante, a menos que se modifique el sistema de gobierno de la FNE colocándose otro órgano por encima del Fiscal Nacional Económico - opción que, en concordancia con lo ya dicho en la introducción a las conclusiones, no consideramos esencial para incrementar la eficiencia del sistema -, tal solución podría generar problemas de *accountability* y de percepción pública sobre la importancia que el propio organismo le asigna al control de fusiones.

En vista a estas consideraciones, nos inclinamos porque se regulen específicamente los efectos del silencio administrativo en el procedimiento de control preventivo de fusiones a través de una reforma al DL 211. La razón por la que indicamos que la reforma debe hacerse a través de una modificación legal es que la regulación de las bases de los procedimientos administrativos es materia de ley de acuerdo al artículo 63 N° 18 de nuestra carta fundamental.

Sobre los efectos que este silencio administrativo debería generar, optamos porque se reconozca el silencio administrativo positivo, es decir, a falta de pronunciamiento de la FNE en primera o en segunda etapa y a menos que se haya acordado con las partes una ampliación del plazo, el DL 211 debería equiparar de pleno derecho tal silencio a una aprobación, lo que revestiría a la fusión de inmunidad jurisdiccional frente a las pretensiones de la FNE, aunque no de terceros interesados, en impugnarla.

Tal como lo mencionamos más arriba, una vez transcurrido el plazo de la primera o la segunda etapa sin que la FNE se pronuncie, el organismo estaría obligado a declarar, a petición de parte y sin más trámite, que operó el silencio administrativo positivo. Esta declaración debería ser notificada al público general de la misma manera

que las resoluciones de la FNE en primera o segunda etapa, es decir, mediante su publicación en el Diario Oficial y en el sitio web de la Fiscalía, pudiendo el organismo además notificar especialmente a los demás servicios públicos y agentes económicos que considere particularmente interesados en la operación.

Nuestra opción por el silencio administrativo positivo se fundamenta en el hecho – mencionado reiteradamente en este trabajo – que la mayoría de las operaciones de concentración son pro-competitivas o neutras en sus efectos. Siendo este el caso, nos parece razonable que la regulación opte por presumir la licitud de la concentración cuando el servicio público respectivo no resuelve.

4. Limitar las Posibilidades de Participación de Terceros en el Procedimiento

Nuestro legislador, con el propósito de ampliar las facultades no contenciosas del TDLC, estableció, a través de la ley N° 20.361, la posibilidad de que cualquier legítimo interesado – dentro de los cuales se ha incluido por vía jurisprudencial a entidades tales como las Asociaciones de Consumidores – puedan iniciar el procedimiento de consulta del artículo 31 del DL 211. Es de destacar que la reciente fusión LAN/TAM fue justamente conocida por una consulta realizada por una asociación de este tipo, llamada CONADECUS²⁹¹.

Junto con lo anterior, en el procedimiento de consulta chileno, los terceros también se encuentran facultados para entregar antecedentes, dentro de quince días hábiles, participar en la audiencia pública que el TDLC debe convocar para revisar la operación y recurrir, en caso que lo estimen conveniente, contra la resolución del tribunal que resuelva la consulta.

A contrario sensu, en ninguno de los sistemas estudiados se permite que terceros interesados tengan legitimación activa para iniciar la revisión. Más aún, la regla general es que la intervención de dichos terceros se limite únicamente a los

²⁹¹ NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín. 2012. Diseños Institucionales de Control de Concentraciones: Análisis y Propuestas. Op. Cit. pp. 104-105 y 111-113.

segundos aspectos indicados en el párrafo anterior, es decir, a: **(a)** el aporte de antecedentes y descargos acerca de la operación; **(b)** la intervención en las audiencias respectivas, sujetos a la aquiescencia del regulador; y **(c)** la impugnación de la resolución del órgano administrativo que revisó la operación, sólo en cuanto acrediten un agravio.

De acuerdo a NEHME y MORDOJ, el que los terceros puedan iniciar el procedimiento de consulta es contraproducente con los objetivos de la notificación voluntaria, ya que ello permite que tales terceros adopten comportamientos oportunistas o de *free riders*, notificando incluso operaciones que no presentan serios riesgos anticompetitivos con el sólo objeto de obstaculizarlas, sin que se les aplique ninguna sanción. En opinión de los autores, todo esto incrementa la inseguridad jurídica del sistema, ya que obliga a las partes y a la FNE a internalizar los costos de una potencial consulta de terceros, sobre todo en aquellos casos en que tienen la intención de llegar a acuerdo, como sucedió en la fusión LAN/TAM²⁹². Nosotros compartimos esta apreciación.

Por todas estas razones, desde un punto de vista de *lege ferenda*, cualquier modificación que se realice al régimen de control de concentraciones chileno debería excluir completamente a los terceros de la posibilidad de iniciar el procedimiento, reservándolo únicamente a las partes y, en el caso que se decida mantener la voluntariedad de la notificación, a la Fiscalía, tal como sucede en los sistemas australiano (notificación informal) y británico.

En lo que respecta a las demás formas de intervención de los terceros en el procedimiento, debemos distinguir entre cada una de las formas que reviste tal participación para determinar si es conveniente ampliarla, mantenerla tal como existe actualmente o limitarla.

En primer lugar, sobre la posibilidad de presentar antecedentes, el criterio general debiera ser, al igual que en las legislaciones estudiadas, mantenerla tanto en la

²⁹² Ibid.

primera como en la segunda etapa. En cuanto al tiempo para acompañar antecedentes, estimamos que es un buen criterio el que establece actualmente nuestra legislación, vale decir, 15 días hábiles desde el inicio del plazo de cada etapa.

En segundo lugar, respecto de la participación en audiencias orales, creemos que dicha posibilidad de intervención no debería ser un derecho de los terceros, sino que más bien debería depender de la discreción de la Fiscalía. Sostenemos esto porque, existiendo la posibilidad de que los terceros presenten previamente sus documentos al organismo competente, no es indispensable su intervención en una audiencia, más aún si se aprecia que, por la complejidad técnica que implica la revisión de una fusión, la gran mayoría de tales antecedentes constan por escrito. Tanto es así que los mismos servicios públicos de los países estudiados recomiendan las presentaciones escritas por sobre las orales.

En estas circunstancias, reconocerles indiscriminadamente a los terceros interesados la posibilidad de intervenir en audiencias orales en el proceso administrativo daría, a nuestro juicio, pábulo para que simplemente se obstaculice la operación, sin que ello necesariamente signifique un aporte de información relevante para la FNE.

En tercer lugar, en cuanto a la legitimación activa de los terceros interesados para impugnar judicialmente la resolución administrativa recaída sobre la fusión, nuestra posición es que ella debe mantenerse, pero encuadrándose únicamente en la hipótesis de que la concentración se apruebe, ya sea con o sin medidas de mitigación, o de que opere el silencio administrativo, ya que, en nuestro modelo, sus efectos se equiparan a la aprobación.

5. Establecimiento de Umbrales de Notificación

Tal como lo mencionamos en el primer capítulo de este trabajo, la generalidad de los países que tienen regímenes de control de concentraciones aplica el sistema obligatorio (cuarenta y uno de cuarenta y ocho), mientras que tan sólo siete se rigen

por el sistema voluntario. Chile es uno de los países que se encuentran dentro de esta última categoría.

Sin perjuicio de lo anterior, sabemos también que, dentro de los países con sistema voluntario, se encuentran dos cuya regulación es usualmente considerada dentro de las más eficientes a nivel mundial, como son el Reino Unido y Australia, razón por la cual fueron considerados en este estudio.

Otro aspecto importante a reconocer es que, incluso en el Reino Unido, si bien es cierto la notificación es voluntaria, la legislación establece en forma clara y precisa una serie de umbrales que tanto la Administración como las partes deben tener en cuenta a la hora de determinar cuándo una operación tiene riesgo anticompetitivo. *Ergo*, en este último aspecto, es decir, el establecimiento de umbrales que funcionan como criterios orientadores de la actividad administrativa destinados a otorgar certeza jurídica, la legislación británica es muy similar a la de los países con sistema obligatorio.

Por lo anterior, si ponderamos, por una parte, el relativamente escaso desarrollo en Chile del control de concentraciones, y por otro que uno de sus principales problemas es, en opinión de la mayoría de los expertos, que los organismos competentes no han sido capaces de establecer criterios relativamente uniformes que entreguen seguridad jurídica, concluimos que una reforma al régimen chileno de control de fusiones debiese contemplar la incorporación de umbrales, idealmente mediante una reforma al DL 211, independientemente de si a ello se le agrega o no la obligatoriedad o voluntariedad de notificar. En caso que no sea posible reformar el DL 211, el establecimiento de estos umbrales debería hacerse por la FNE a través de la dictación de una guía interna, o por el TDLC mediante una instrucción de carácter general, en ejercicio de su potestad reglamentaria establecida en el artículo 18 N° 3) del DL 211.

Complementando un poco más lo anterior, creemos que lo más conveniente es que los umbrales se consagren expresamente en el DL 211, ya que, a nuestro parecer,

el mayor nivel de estabilidad y permanencia en el tiempo que caracteriza a las disposiciones legales por sobre las reglamentarias ayudaría de mejor manera a que los criterios que eventualmente se incorporen generen efectivamente, entre los agentes económicos y los operadores jurídicos, mayores niveles de certeza jurídica. Por lo demás, esta es la opción adoptada por todos los sistemas estudiados en este trabajo que expresamente incorporaron umbrales, con la pequeña variante de Estados Unidos, que sólo los complementa reglamentariamente. Reconocemos, eso sí, que la incorporación de umbrales por vía legal genera mayores grados de inflexibilidad e inadaptabilidad que la opción reglamentaria.

En cuanto al criterio en virtud del cual deberían establecerse estos umbrales, nuestra opinión es que este debería ser el de “ventas netas totales” o de “utilidades netas totales” en lugar del grado de concentración que tendría el agente económico resultante de la operación, básicamente porque es el mismo criterio utilizado en todos los sistemas analizados que establecen umbrales y porque es el más recomendado por la literatura económica especializada. Para efectos de incorporar la reajustabilidad, pensamos además que los umbrales deberían establecerse en unidades de fomento u otra unidad que establezca el Banco Central de Chile para reemplazarla.

6. Permitir a Fiscalía Nacional Económica Negociar Medidas de Mitigación con las Partes

Nuestro actual procedimiento de consulta ante el TDLC no contempla la posibilidad de que la FNE negocie condiciones con las partes, sino que simplemente establece, por un lado, que éstas podrán presentar medidas unilaterales de mitigación al tribunal, mientras que por otra les reconoce a las partes el derecho a aceptar los remedios propuestos por a la FNE en la fase de aporte de antecedentes (artículo 31 N° 2 DL 211).

Como en definitiva no se sabe sino hasta el final del proceso si el tribunal aceptará, rechazará o modificará las medidas de mitigación propuestas, se genera, de acuerdo a NEHME y MORDOJ, una excesiva falta de flexibilidad del procedimiento e

inseguridad jurídica acerca de sus resultados que incentiva la ejecución de conductas oportunistas, parasitarias o de *free riding* por parte de terceros intervinientes, las que se reflejan en solicitudes de medidas de mitigación desproporcionadas²⁹³.

Por el contrario, en todos los casos estudiados se observó no solamente que es un hecho perfectamente aceptado la negociación de medidas de mitigación entre la Administración y los particulares, sino que además los propios órganos de libre competencia incentivan esta actitud al recalcar insistentemente la conveniencia de que las medidas se propongan al inicio del proceso y no en etapas intermedias o al final. Todo ello con el objeto de incrementar la rapidez en la resolución final.

Nuevamente, en función de los resultados generales de las fusiones y de los beneficios que la negociación de condiciones genera tanto para las partes como para la Administración Pública, beneficios que indicamos anteriormente, nos parece altamente conveniente, incluso necesario para la eficiencia sistémica, que se faculte expresamente a la FNE para negociar, durante todo el proceso, medidas de mitigación con las partes, lo que podría hacerse ampliando el campo de aplicación de la facultad de la FNE de llegar a acuerdos extrajudiciales establecida en el artículo 39 letra ñ) del DL 211.

En relación con lo anterior, no nos convence el argumento dado por VALDÉS PRIETO consistente en que:

“Las pretensiones procesales en materia de libre competencia que deberán ser satisfechas por el Tribunal Antimonopólico mediante una sentencia, arrancan de conflictos intersubjetivos que siempre son de orden público; de allí que resultan indisponibles las mencionadas pretensiones, no resultando eficaces las transacciones, avenimientos o desistimientos referidos a tales pretensiones.”²⁹⁴

²⁹³ NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín. 2012. Diseños Institucionales de Control de Concentraciones: Análisis y Propuestas. Op. Cit. pp. 116-118.

²⁹⁴ VALDÉS PRIETO, Domingo. 2006. Libre Competencia y Monopolio. Op. Cit. pp. 591-593.

A nuestro juicio, del hecho que el bien jurídico “libre competencia” sea de carácter público, como acertadamente lo VALDÉS PRIETO²⁹⁵, no se sigue lógicamente que ello implique impedirle a los organismos competentes negociar condiciones que permitan, justamente, remover la antijuridicidad de actos potencialmente contrarios a ella sin que sea necesario aplicar sanciones. De seguirse el criterio de VALDÉS PRIETO hasta sus últimas consecuencias, debería también privarse al Ministerio Público, bajo el argumento de la relevancia pública de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal, de valiosísimas herramientas que tienden a la eficiencia de su función persecutoria, tales como, por ejemplo, sus facultades para solicitar suspensiones condicionales del procedimiento, negociar acuerdos reparatorios o acordar con los imputados la sujeción de la contienda al procedimiento simplificado.

7. Regulación de Contactos Previos entre las Partes y la Fiscalía Nacional Económica

Muy relacionado con el punto anterior, creemos conveniente que cualquier reforma a nuestro sistema de control preventivo de concentraciones debiera admitir la posibilidad de que las partes y la FNE puedan contactarse para tratar acerca del proyecto de fusión antes de que este sea notificado, bajo condiciones de confidencialidad, siempre y cuando dichos contactos se sometan a estándares estrictos que impidan que su objetivo se desvirtúe.

Como señalamos anteriormente, la existencia de una instancia de negociación previa a la notificación misma no solamente beneficia a las partes, quienes tienen la posibilidad de aprobar más rápidamente su operación, sino también a la Administración, ya que le permite a esta última: **(a)** revisar tempranamente una fusión de manera general; **(b)** como consecuencia de lo anterior, depurar anticipadamente los aspectos principales de los secundarios de la concentración; y **(c)** negociar desde el inicio, en caso que proceda, la aplicación de remedios, condiciones o medidas de mitigación. Debemos recordar también que todos los sistemas revisados en este

²⁹⁵ Ibid, pp. 188-191.

trabajo admiten la posibilidad de que se generen estos contactos previos, con la notable excepción de Estados Unidos.

A pesar de lo anterior, si bien es cierto esta facultad de generar contactos previos puede ser muy útil, sobre todo cuando se trata de operaciones que claramente tienen una muy baja probabilidad de afectación de la libre competencia, el otorgamiento de esta potestad puede generar riesgos de connivencia entre la Administración y los particulares interesados en aprobar una fusión. A nuestro juicio, este riesgo se incrementa en caso que el ejercicio de esta facultad no se encuentre reglamentada, razón por la cual, en los casos estudiados, los organismos de libre competencia dictan guías internas disponibles al público general con el objeto de precaver la arbitrariedad y generar certeza jurídica en las partes y terceros.

En consideración a lo anterior, pensamos que debería otorgársele a la FNE la facultad de contactarse con las partes antes de la notificación, pero solamente con el objeto que éstas entreguen tempranamente al regulador la información relevante acerca de la operación, de manera de identificar oportunamente sus elementos potencialmente riesgosos. *A contrario sensu*, la negociación de condiciones o medidas de mitigación solamente debería proceder luego de notificada la fusión, ya que, como en nuestro esquema la notificación se comunicaría de inmediato al público general después de notificada, los eventuales riesgos de aquiescencia de la Administración con conductas anticompetitivas se verían anulados.

8. Establecer el Cobro de Tasas a las Partes

Junto con incorporar recursos al patrimonio de la FNE o del TDLC, la introducción de una medida de este tipo haría que los usuarios internalicen, a lo menos en parte, los costos de mantención del sistema de revisión, desincentivando por lo tanto conductas inoficiosas u oportunistas.

Para estos efectos, nos inclinamos porque se establezca una relación directamente proporcional entre el valor de las tasas que se cobren y la magnitud de la

operación, tal como ocurre en Gran Bretaña y Estados Unidos. En su defecto, la tasa debería ser plana como en Australia.

Es importante recordar que, por ser las tasas un tributo - y por tanto estar sujetas a altos estándares de reserva legal -, éstas sólo pueden incorporarse a nuestra legislación mediante una reforma del DL 211, todo ello de conformidad al artículo 19 N° 20 de nuestra Carta Fundamental.

9. Evaluación de las Sanciones

Luego de la reforma de la ley N° 19.911, se incrementaron significativamente las multas para sancionar los hechos, actos o convenciones contrarios a la libre competencia. En la actualidad, dichas multas pueden ascender hasta las veinte mil (y, en algunos casos, hasta las treinta mil) unidades tributarias anuales²⁹⁶. Junto con lo anterior, el TDLC puede imponer, en sus procedimientos contenciosos, las sanciones establecidas en los números a) y b) del artículo 26, consistentes en: **(a)** modificar o terminar a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos anticompetitivos; y **(b)** ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hayan intervenido en tales actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos.

En forma similar, en los casos estudiados, también los organismos de libre competencia tienen un amplio campo de acción para decretar la imposición de medidas, remedios o condiciones a la concentración, ya sea *a priori*, para remover sus riesgos anticompetitivos, ya sea *a posteriori*, como sanción, para restituir los niveles de competencia en el mercado a los existentes antes de la fusión.

Otro aspecto particular que destacamos, a pesar de que pueda parecer obvio, es que, debido a las inevitables asimetrías de información existentes entre el regulador y el regulado, todas las legislaciones analizadas tratan la entrega de antecedentes falsos a las autoridades como un ilícito que genera responsabilidad civil, administrativa

²⁹⁶ VALDÉS PRIETO, Domingo. 2006. Libre Competencia y Monopolio. Op. Cit. pp. 386-392.

y, en el caso de los países anglosajones estudiados, penal, pudiendo incluso implicar la imposición de penas privativas de libertad.

Si comparamos esta normativa con la chilena, se desprende que una importante carencia de nuestro régimen de control de concentraciones es que no se encuentra tipificado como ilícito, para estos efectos, la entrega dolosa o imprudente de antecedentes falsos o conducentes a engaño. En efecto, tal conducta no se encuentra tratada en el DL 211 ni tampoco puede subsumirse en los tipos del título IV, libro II de nuestro Código Penal, que justamente trata acerca de los delitos contra la fe pública, falsificaciones, falso testimonio y perjurio²⁹⁷.

A nuestro juicio, esta omisión es grave, ya que justamente una de las piezas clave para el buen funcionamiento del control preventivo de fusiones consiste en que el sistema sea capaz de subsanar las asimetrías de información regulador-regulado, objetivo que se dificulta considerablemente si no se sancionan las conductas tendientes a desorientar a los organismos competentes.

Por lo tanto, estimamos que debe contemplarse expresamente la introducción del ilícito de entrega de antecedentes falsos en el DL 211. Para tipificar este delito, no es necesario “inventar la rueda”, ya que tenemos como modelos los tipos penales establecidos en el artículo 59 letra a) de la ley N° 18.045 de Mercado de Valores y en el artículo 157 de la Ley General de Bancos

En lo que respecta a la imposición de multas por la realización de fusiones anticompetitivas, todas las normativas estudiadas, con excepción de la británica, contemplan su aplicación, siendo una característica común a las regulaciones australiana y europea que el cálculo del monto de la multa se fije como un porcentaje de los ingresos netos totales de la operación. Debería estudiarse seriamente la

²⁹⁷ De acuerdo a ZEGERS, el tipo del artículo 210 del Código Penal, que es el que más fácilmente podría prestarse para sancionar la entrega de antecedentes falsos a los órganos administrativos, requiere necesariamente que la declaración jurada sea una solemnidad propia del acto, lo que no se da en la especie. ZEGERS, Rodrigo. 2004. Alcances Jurídicos de la Mentira [en línea] <<http://www.colegioabogados.cl/>> [consulta: 24 de junio de 2012]

posibilidad de implementar un criterio similar en Chile, ya que las multas porcentuales, justamente por el hecho de ser tales, tienen menos probabilidades que las de tasa fija de perder sus efectos disuasivos de operaciones de concentración anticompetitivas cuando los retornos de dichas concentraciones son altos.

10. Comentarios sobre la Nueva Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración de la FNE

Con fecha reciente, la FNE publicó su nueva “Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración”. En ella, junto con establecerse los criterios sustantivos a los que el organismo se sujetará a la hora de analizar las operaciones respectivas, se consagra un procedimiento especial, distinto a la consulta del artículo 31 del DL 211, para que las partes sujeten su operación a revisión. En varios aspectos, este procedimiento se parece bastante a los que hemos analizado durante este trabajo, particularmente en lo que se refiere a plazos, posibilidad de iniciar contactos previos con las partes bajo confidencialidad, posibilidad de negociar medidas de mitigación y resoluciones que puede adoptar el servicio.²⁹⁸

En efecto, la guía en comento establece un procedimiento especial de carácter informal, que tiene una duración de hasta sesenta días hábiles desde que se inicia la investigación, y que puede finalizar con: **(a)** una resolución de archivo de los antecedentes que, en la práctica, equivale a una garantía no vinculante de que el organismo no objetará la operación; **(b)** la celebración de un acuerdo extrajudicial entre las partes y la FNE; o **(c)** la iniciación de una consulta al TDLC. Además, procede recalcar que las partes pueden comunicarse con la FNE antes de que se haga público el hecho de la notificación, y que pueden extender el plazo de investigación de común acuerdo con el organismo²⁹⁹.

²⁹⁸ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2012. Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración [en línea] < <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf> > [consulta: 25 de octubre de 2012] pp. 26-32.

²⁹⁹ Ibid.

A falta de una reforma al DL 211, consideramos que este documento constituye un importante avance para mejorar nuestro régimen de control preventivo de concentraciones. Sin embargo, y a pesar de que quizás es demasiado pronto para hacer algún tipo de evaluación, echamos de menos la mención a tres elementos que consideramos importantes para el buen desempeño del sistema, sin perjuicio de que, además, existen otros aspectos problemáticos que sólo podrían ser resueltos mediante una modificación legal y cuya responsabilidad, por tanto, recae exclusivamente en el legislador.

En primer lugar, el nuevo procedimiento no establece (o al menos no directamente) la existencia de algún tipo de “declaración de objeciones” o de “pliego de cargos” que la FNE deba emitir dentro del período de investigación, para enumerar las partes riesgosas de una concentración y distinguirlas así de las inocuas. Si bien es cierto un inconveniente como este puede ser superado por la práctica administrativa, habríamos preferido un reconocimiento expreso de una institución de estas características por la importancia que, a nuestro juicio, supone para marcar el paso desde la primera a la segunda etapa de revisión y para depurar los aspectos controvertidos de los no controvertidos de una fusión. En este sentido, la incorporación expresa del “pliego de cargos” o “declaración de objeciones” habría servido para orientar más claramente la actividad de los funcionarios de la FNE a la hora de considerar la negociación de medidas de mitigación o una eventual consulta al TDLC, del mismo modo que también habría sido útil para las partes, ya que les habría permitido evaluar tempranamente sus opciones frente al regulador.

En segundo lugar, nos percatamos de que tampoco se establecieron umbrales de notificación basados en el criterio de “ventas netas totales” o “utilidades netas totales” para determinar cuáles concentraciones deben comunicarse a la FNE. Al respecto, lo único que observamos fue la afirmación de que, una vez hecha la notificación, el organismo caracterizaría la operación, determinaría el mercado relevante y aplicaría el Índice de Herfindahl Hirschmann para determinar el grado de

concentración del mismo³⁰⁰, pero más allá de eso no encontramos mención alguna a la etapa previa a la realización de todas estas operaciones, que es la determinación de si la fusión es susceptible de ser notificada o no.

En nuestro concepto, el establecimiento de umbrales basados en el criterio de ventas netas, aun cuando sólo hubiesen sido incorporados por vía reglamentaria y no legal, habría permitido generar mayor certeza jurídica que la actualmente existente a las partes de una operación, junto con focalizar de mejor manera los recursos materiales y humanos de la FNE en aquellas operaciones que tienen mayor riesgo anticompetitivo.

En tercer lugar, también nos habría gustado que la guía regulase, aunque sólo fuese para efectos internos de la Fiscalía, el silencio administrativo, vale decir, el que transcurra el plazo de sesenta días hábiles de la investigación sin que el organismo resuelva. Por supuesto, al igual que con el caso del “pliego de cargos”, la falta de mención expresa a esta materia puede ser suplida por la práctica administrativa. Empero, por exactamente las mismas razones esgrimidas en esa oportunidad y también por el hecho que, al ser la mayoría de las fusiones pro-competitivas o neutras, la regla general debiese ser la licitud de la operación, consideramos preferible que la guía hubiese prescrito claramente que, a falta de pronunciamiento de la FNE, procedía el archivo de los antecedentes.

Finalmente, existen ciertos problemas que sólo pueden ser resueltos mediante una reforma al DL 211. En concreto, estos problemas son: **(a)** la subsistencia de la consulta para el tratamiento de las fusiones, con todos los inconvenientes que hemos esbozado hasta ahora, o, lo que es lo mismo, la inexistencia de un procedimiento formal pensado específicamente para revisar operaciones de concentración; y **(b)** muy vinculado a lo anterior, la subsistencia de la legitimación activa de los terceros interesados para iniciar la consulta.

³⁰⁰ Ibid. pp. 9-12.

Siendo éstas las circunstancias, concluimos que, si bien es cierto la dictación de la nueva Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración constituye un gran paso en la dirección correcta como política pública, creemos también que es insuficiente. Por consiguiente, sostenemos que es necesaria una intervención legislativa mayor con el fin de dotar a nuestro país de un sistema de control preventivo de concentraciones más eficaz, eficiente y generador de certeza jurídica del que tenemos hasta ahora.

BIBLIOGRAFÍA

- ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Review of Reportable Transactions under the HRS Act. En su: Mergers and Acquisitions: Understanding the Antitrust Issues. 3ª ed. Estados Unidos de Norteamérica, ABA Publishing, 2008. 1219 p.
- ADMINISTRATIVE DECISIONS (JUDICIAL REVIEW) ACT 1977 [en línea] Camberra, Australia <<http://www.comlaw.gov.au/Details/C2004A01697/Download>> [consulta: 10 de junio de 2012]
- AGÜERO, Francisco. Capítulo XII: 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. Santiago, Legal Publishing Chile, 2010. pp. 313-343.
- AREEDA, Phillip y HOVEKAMP, Herbert. Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application. 3ª ed. Aspen Publishers, 2009, vol. IV.
- AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. 2006. Merger Review Process Guidelines [en línea] <<http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/776536>> [consulta: 21 de abril de 2012]
- AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. 2008. Formal Merger Review Process Guidelines [en línea] <<http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/776536>> [consulta: 21 de abril de 2012]
- AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. 2011. Annual Report 2010-2011 [en línea] <<http://www.accc.gov.au/content/item.phtml?itemId=1012352&nodeId=3648638631e30e3f1a5c89e3f33ff327&fn=ACCC%20Annual%20Report%202010-11.pdf>> [consulta: 13 de mayo de 2012]
- AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. 2012. Formal Merger Clearance Register [en línea]

- <<http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/774351>> [consulta: 10 de junio de 2012]
- AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION. 2012. What we do [en línea] <<http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/54137>> [consulta: 21 de abril de 2012]
 - AUSTRALIAN COMPETITION TRIBUNAL. 2011. Authorisations [en línea] <<http://www.competitiontribunal.gov.au/authorisations>> [consulta: 13 de mayo de 2012]
 - AUSTRALIAN COMPETITION TRIBUNAL. 2012. About The Tribunal [en línea] <<http://www.competitiontribunal.gov.au/about>> [consulta: 21 de abril de 2012]
 - AUSTRALIAN COMPETITION TRIBUNAL. 2012. Practice Directions <<http://www.competitiontribunal.gov.au/practice>> [consulta: 06 de mayo de 2012]
 - BHOJANI, Sitiesh. 1997. "Public Benefits" under the Trade Practices Act [en línea] <<http://www.accc.gov.au/content/item.phtml?itemId=95976&nodeId=2aaafddb27b9341f9375b931ebfe1723&fn=Public%20Benefits.pdf>> [consulta: 13 de mayo de 2012]
 - BORDALÍ, Andrés. Organización Judicial en el Derecho Chileno: Un Poder Fragmentado. En su: La Independencia Judicial en el Derecho Chileno. 1º ed. Santiago, Legal Publishing Chile, 2010. pp. 35-65.
 - CABINET OFFICE REGIONAL NEWS NETWORK. 2012. Competition Reforms to Strengthen UK's World Class Regime [en línea] <<http://nds.coi.gov.uk/content/Detail.aspx?ReleaseID=423713&NewsAreaID=2>> [consulta: 3 de junio de 2012]
 - CANE, Peter. 2009. Judicial Review and Merits Review: Comparing Administrative Adjudication by Courts and Tribunals [en línea] <http://www.law.yale.edu/images/CompAdminLaw/Peter_Cane_Comp_Ad_Law_Paper.pdf> [consulta: 14 de octubre de 2012]
 - COMISIÓN EUROPEA. 2004. DG Competition Best Practices on the Conduct of EC Merger Control Proceedings [en línea] <<http://europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>> [consulta: 27 de mayo de 2012]

- COMISIÓN EUROPEA. 2004. Reglamento de la Comisión N° 802/2004 [en línea] <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0802:ES:NOT>> [consulta: 22 de mayo de 2012]
- COMISIÓN EUROPEA. 2005. Comunicación de la Comisión sobre el Procedimiento Simplificado para Tramitar Determinadas Concentraciones en Virtud del Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo [en línea] <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:056:0032:0035:ES:PDF>> [consulta: 3 de junio de 2012]
- COMISIÓN EUROPEA. 2008. Control de Concentraciones entre Empresas [en línea] <<file:///E:/Tesis%20Magister/Direcci%C3%B3n%20General%20Competencia%20Comisi%C3%B3n%20Europea/Control%20de%20concentraciones%20entre%20empresas.htm>> [consulta: 27 de mayo de 2012]
- COMISIÓN EUROPEA. 2011. Annex 3 - Financial Reports – DG Comp – Financial Year 2010 [en línea] <http://ec.europa.eu/atwork/synthesis/aar/doc/comp_aar_annex3.pdf> [consulta: 3 de junio de 2012]
- COMISIÓN EUROPEA. 2011. Informe de la Comisión: Informe sobre la Política de Competencia 2010 [en línea] <http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2010/part1_es.pdf> [consulta: 3 de junio de 2012]
- COMISIÓN EUROPEA. 2012. Competition: Hearing Officers [en línea] <http://ec.europa.eu/competition/hearing_officers/index_en.html> [consulta: 28 de mayo de 2012]
- COMISIÓN EUROPEA. 2012. La Política de Competencia de la Unión Europea [en línea] <http://ec.europa.eu/dgs/competition/index_es.htm> [consulta: 17 de noviembre de 2011]
- COMPETITION AND CONSUMER ACT 2010 [en línea] Canberra, Australia <http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/caca2010265/s50.html> [consulta: 21 de abril de 2012]

- COMPETITION APPEAL TRIBUNAL. 2003. The Competition Appeal Tribunal Rules 2003 [en línea] <<http://www.catribunal.org.uk/240/Rules-and-Guidance.htm>> [consulta: 07 de abril de 2012]
- COMPETITION APPEAL TRIBUNAL. 2005. Guide to Proceedings [en línea] <<http://www.catribunal.org.uk/240/Rules-and-Guidance.html>> [consulta: 17 de noviembre de 2011]
- COMPETITION COMMISSION. 2006. Competition Commission Rules of Procedure [en línea] <www.competition-commission.org.uk> [consulta: 17 de noviembre de 2011]
- COMPETITION COMMISSION. 2011. Annual Report and Accounts 2010/2011 [en línea] <http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep_pub/annual_rev_archive/pdf/hc_1098.pdf> [consulta: 13 de mayo de 2012]
- COMPETITION COMMISSION. 2012. About Us [en línea] <<http://www.competition-commission.org.uk/about-us>> [consulta: 10 de junio de 2012]
- CONSEJO DE EUROPA. 2004. Reglamento del Consejo N. 139/2004 [en línea] <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:ES:HTML>> [consulta: 20 de mayo de 2012]
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. 2012. Consejo de la Unión Europea [en línea] <http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/council-eu/index_es.htm> [consulta: 20 de mayo de 2012]
- CONSEJO EUROPEO. 2012. Consejo Europeo [en línea] <http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/european-council/index_es.htm> [consulta: 20 de mayo de 2012]
- COURT OF SESSION. 2012. Rules of the Court of Session [en línea] <<http://www.scotcourts.gov.uk/session/rules/print/index.asp>> [consulta: 07 de abril de 2012]
- DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION AND SKILLS. 2012. A Competition Regime for Growth: A Consultation on Options for Reform [en línea]

- <<http://www.bis.gov.uk/Consultations/competition-regime-for-growth>> [consulta: 3 de junio de 2012]
- DEPARTMENT FOR BUSINESS, INNOVATION AND SKILLS. 2012. Competition Authorities [en línea] <<http://www.bis.gov.uk/policies/business-law/competition-matters/competition-authorities>> [consulta: 24 de marzo de 2012]
 - DEPARTMENT OF JUSTICE. 2009. Antitrust Division Manual [en línea] <<http://www.justice.gov/atr/public/divisionmanual/index.htm>> [consulta: 20 de marzo de 2012]
 - ENTERPRISE ACT 2002 [en línea] Londres, Gran Bretaña <www.legislation.gov.uk> [consulta: 17 de noviembre de 2011]
 - ESTEPA MONTERO, Manuel. 2004. Régimen Jurídico y Control Jurisdiccional de los Reales Decretos Reglamentarios [en línea] <<http://eprints.ucm.es/tesis/der/ucm-t27501.pdf>> [consulta: 2 de junio de 2012]
 - EUROPA: SÍNTESIS DE LA LEGISLACIÓN DE LA UE. 2010. Los Actos Unilaterales [en línea] <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/l14528_es.htm> [consulta: 20 de mayo de 2012]
 - FEDERAL COURT OF AUSTRALIA. 2011. Jurisdiction <http://www.fedcourt.gov.au/aboutct/aboutct_jurisdiction.html> [consulta: 06 de mayo de 2012]
 - FEDERAL TRADE COMMISSION. 2009. What is the Premerger Notification Program? [en línea] <<http://www.ftc.gov/bc/hsr/introguides/introguides.shtm>> [consulta: 15 de noviembre de 2011]
 - FEDERAL TRADE COMMISSION. 2010. Model Request for Additional Information and Documentary Material (Second Request). [en línea] <<http://www.ftc.gov/bc/hsr/introguides/introguides.shtm>> [consulta: 15 de noviembre de 2011] pp. 4-6.
 - FEDERAL TRADE COMMISSION. 2011. Performance & Accountability Report: Fiscal Year 2011 [en línea] <<http://www.ftc.gov/opp/gpra/2011parreport.pdf>> [consulta: 13 de mayo de 2012]

- FEDERAL TRADE COMMISSION. 2012. A Brief Overview of the Federal Trade Commission's Investigative and Law Enforcement Authority [en línea] <<http://www.ftc.gov/ogc/brfovrw.shtm>> [consulta: 19 de marzo de 2012]
- FEDERAL TRADE COMMISSION. 2012. About the Office of Administrative Law Judges [en línea] <<http://www.ftc.gov/ftc/alj.shtm>> [consulta: 19 de marzo de 2012]
- FEDERAL TRADE COMMISSION. 2012. About the Office of the General Counsel [en línea] <<http://www.ftc.gov/ogc/about.shtm>> [consulta: 18 de marzo de 2012]
- FEDERAL TRADE COMMISSION. 2012 Federal Trade Commission Rules [en línea] <<http://ecfr.gpoaccess.gov>> [consulta: 18 de marzo de 2012]
- FEDERAL TRADE COMMISSION y DEPARTMENT OF JUSTICE. 2012. The Premerger Notification Rules [en línea] <<http://www.ftc.gov/bc/hsr/hsrbook.shtm>> [consulta: 15 de noviembre de 2011]
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. 2012. Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración [en línea] < <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>> [consulta: 25 de octubre de 2012]
- GONZÁLEZ, Aldo y BENÍTEZ, Daniel. 2008. Pre-Merger Notification Mechanisms: Incentives and Efficiency of Mandatory and Voluntary Mechanisms [en línea] <<http://www.sociedadpoliticaspUBLICAS.cl/archivos>> [consulta: 29 de febrero de 2012]
- GLOBAL LEGAL GROUP. 2011. The International Legal Guide To: Merger Control 2011 [en línea] <<http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/4088.pdf>> [consulta: 07 de abril de 2012]
- HIGH COURT OF AUSTRALIA. 2004. Rules of the High Court 2004 [en línea] <http://corrigan.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_reg/hcr2004170/> [consulta: 10 de junio de 2012]
- HIGH COURT OF AUSTRALIA. 2010. Operation of the High Court [en línea] <<http://www.hcourt.gov.au/about/operation>> [consulta: 10 de junio de 2012]
- JUDICIARY ACT 1903 [en línea] Canberra, Australia <http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/ja1903112/s86.html> [consulta: 10 de junio de 2012]

- LETURIA, Francisco Javier y CAVIEDES, Cristóbal. La Restricción de la Doble Instancia en el Procedimiento Civil: Sistematización y Síntesis de sus Argumentos. En: LETURIA, Francisco Javier (Ed.). Justicia Civil y Comercial: Una Reforma ¿Cercana? Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, Universidad Diego Portales e Instituto Libertad y Desarrollo, 2011. pp. 401-418.
- LONDON STOCK EXCHANGE. 2012. Regulatory News Service (RNS) [en línea] <<http://www.londonstockexchange.com/products-and-services/rns/about/rns-remove.htm>> [consulta: 31 de marzo de 2012]
- LUCO, Nicolás e IBARRA, Manuel ¿Es Compatible una Doble Instancia con los Principios de Oralidad, Inmediación y Concentración? En: LETURIA, Francisco Javier (Ed.). Justicia Civil y Comercial: Una Reforma ¿Cercana? Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, Universidad Diego Portales e Instituto Libertad y Desarrollo, 2011. pp. 419-434.
- MINISTRY OF JUSTICE. 2012. Part 52 – Appeals [en línea] <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part52>> [consulta: 07 de abril de 2012]
- MORAGA, Claudio. Capítulo Tercero: La Potestad Reglamentaria. En su: Tratado de Derecho Administrativo: La Actividad Formal de la Administración del Estado. Santiago, Legal Publishing Chile, 2010. pp. 41-70.
- MSN MONEY. 2012. Could Dish Network and DirecTV Merge? [en línea] <<http://money.msn.com/top-stocks/post.aspx?post=bfe03406-3fb9-4d8a-a656-f09003ecd7a0& blq=9>> [consulta: 08 de diciembre de 2012]
- NEHME, Nicole y MORDOJ, Benjamín. 2012. Diseños Institucionales de Control de Concentraciones: Análisis y Propuestas. **Estudios Públicos** (125): 87-137, 2012.
- OCDE. 1998. A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy [en línea] <www.oecd.org> [consulta: 16 de noviembre de 2011]
- OCDE. 2008. Policy Brief Mergers and Dinamic Efficiencies [en línea] <www.oecd.org> [consulta: 16 de noviembre de 2011]
- OCDE. 2009. Policy Roundtables: Standard for Merger Review [en línea] <www.oecd.org/competition> [consulta: 16 de noviembre de 2011]

- OFFICE OF FAIR TRADING. 2010. Annual Report and Resources Account 2010-2011 [en línea] <<http://www.offt.gov.uk/about-the-offt/annual-plan-and-report/annual-report/>> [consulta: 13 de mayo de 2012]
- OFFICE OF FAIR TRADING. 2011. A Quick Guide to UK Merger Assessment [en línea] <<http://www.offt.gov.uk/OFTwork/mergers/publications/>> [consulta: 17 de noviembre de 2011]
- OFFICE OF FAIR TRADING. 2011. Mergers Fee information [en línea] <http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/general/mergersfees.pdf> [consulta: 24 de marzo de 2012]
- OFFICE OF FAIR TRADING. 2012. Accountability [en línea] <<http://www.offt.gov.uk/about-the-offt/offt-structure/accountability/>> [consulta: 10 de junio de 2012]
- OFFICE OF FAIR TRADING. Legal Powers [en línea] <<http://www.offt.gov.uk/about-the-offt/legal-powers/>> [consulta: 24 de marzo de 2012].
- OFFICE OF FAIR TRADING. 2009. Mergers Jurisdictional and Procedural Guidance [en línea] <<http://www.offt.gov.uk/OFTwork/mergers/publications/>> [consulta: 17 de noviembre de 2011] pp. 34-36.
- SUPREME COURT OF THE UNITED KINGDOM. 2009. Rules of the Supreme Court 2009 [en línea] <http://www.supremecourt.gov.uk/docs/uksc_rules_2009.pdf> [consulta: 12 de mayo de 2012]
- SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. 2005. Federal Rules of Appellate Procedure <http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode28a/usc_sup_05_28_10_sq3.html> [consulta: 12 de mayo de 2012]
- SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. 2010. Rules of the Supreme Court of the United States [en línea] <<http://www.supremecourt.gov/ctrules/2010RulesoftheCourt.pdf>> [consulta: 07 de abril de 2012]
- TRADE PRACTICES ACT REVIEW. 2003. Home [en línea] <<http://tpareview.treasury.gov.au/content/home.asp>> [consulta: 21 de abril de 2012]

- TRADE PRACTICES ACT REVIEW. 2003. Report [en línea] <<http://tpareview.treasury.gov.au/content/report.asp>> [consulta: 21 de abril de 2012]
- TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA [en línea] Bruselas, Bélgica <<http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/index.htm>> [consulta: 20 de mayo de 2012]
-
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. 1991. Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia [en línea] <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-07/rp_cjue_es.pdf> [consulta: 2 de junio de 2012]
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. 1991. Reglamento de Procedimiento del Tribunal General [en línea] <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2008-09/txt7_2008-09-25_10-00-8_829.pdf> [consulta: 2 de junio de 2012]
- TRIBUNALS, COURTS AND ENFORCEMENT ACT 2007 [en línea] Londres, Gran Bretaña <www.legislation.gov.uk> [consulta: 07 de Octubre de 2012]
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. 2010. Protocolo (Nº3) Sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [en línea] <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2008-09/statut_2008-09-25_11-18-25_841.pdf> [consulta: 3 de junio de 2012]
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. 2012. El Tribunal de Justicia en Cifras [en línea] <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_80908/> [consulta: 2 de junio de 2012].
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. 2012. Presentación General [en línea] <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/> [consulta: 2 de junio de 2012]
- 5 U.S.C. § 1305, 3.105 y 7.521 [en línea] Washington D.C., Estados Unidos de Norteamérica <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text>> [consulta: 19 de agosto de 2012]
- 11 U.S.C. § 363 [en línea] Washington D.C., Estados Unidos de Norteamérica <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text>> [consulta: 15 de marzo de 2011]

- 15 U.S.C. § 16 [en línea] Washington D.C., Estados Unidos de Norteamérica <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text>> [consulta: 18 de marzo de 2011]
- 15 U.S.C. § 18a [en línea] Washington D.C., Estados Unidos de Norteamérica <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text>> [consulta: 15 de noviembre de 2011]
- 15 U.S.C. § 18a (a) [en línea] Washington D.C., Estados Unidos de Norteamérica <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text>> [consulta: 15 de noviembre de 2011]
- 15 U.S.C. § 18a (c) [en línea] Washington D.C., Estados Unidos de Norteamérica <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text>> [consulta: 10 de junio de 2012]
- 15 U.S.C. § 18a (i) [en línea] Washington D.C., Estados Unidos de Norteamérica <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text>> [consulta: 15 de noviembre de 2011]
- 15 U.S.C. § 41 [en línea] Washington D.C., Estados Unidos de Norteamérica <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text>> [consulta: 10 de junio de 2012]
- 15 U.S.C. § 43 [en línea] Washington D.C., Estados Unidos de Norteamérica <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text>> [consulta: 19 de marzo de 2012]
- 15 U.S.C. § 45(c) [en línea] Washington D.C., Estados Unidos de Norteamérica <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text>> [consulta: 19 de marzo de 2011]
- 15 U.S.C. § 53(b) [en línea] Washington D.C., Estados Unidos de Norteamérica <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text>> [consulta: 19 de marzo de 2011]
- 18 U.S.C. § 1621 [en línea] Washington D.C., Estados Unidos de Norteamérica <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text>> [consulta: 12 de mayo de 2012]
- 28 U.S.C. §§ 503,506 [en línea] Washington D.C., Estados Unidos de Norteamérica <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text>> [consulta: 10 de junio de 2012]
- US DEPARTMENT OF JUSTICE y FEDERAL TRADE COMMISSION. 2010. Horizontal Merger Guidelines [en línea] <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.html>> [consulta: 2 de julio de 2012]
- VALDÉS PRIETO, Domingo. Libre Competencia y Monopolio. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006. 752 p.

- VARGAS, Juan Enrique y FUENTES, Claudio. Régimen Recursivo para la Reforma a la Justicia Civil. En: LETURIA, Francisco Javier (Ed.). Justicia Civil y Comercial: Una Reforma ¿Cercana? Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, Universidad Diego Portales e Instituto Libertad y Desarrollo, 2011. pp. 341-366.
- WILLIAMSON, Oliver. 1968. Economies as an Antitrust Defense [en línea] The American Economic Review, Vol. 58, N° 1 <<http://links.jstor.org>> [consulta: 29 de febrero de 2012]
- ZEGERS, Rodrigo. 2004. Alcances Jurídicos de la Mentira [en línea] <<http://www.colegioabogados.cl/>> [consulta: 24 de junio de 2012]