



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Económico

FUNDAMENTO JURÍDICO Y ECONÓMICO DE LAS MEDIDAS DE MITIGACIÓN
IMPUESTAS POR EL TRIBUNAL DE LA LIBRE COMPETENCIA EN PROCESOS
CONSULTIVOS: ANÁLISIS Y SISTEMATIZACIÓN

Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

AUTOR: RODOLFO ARECHETA BALETA
PROFESOR GUÍA: DOMINGO VALDÉS PRIETO

Santiago, Chile
2015

TABLA DE CONTENIDO

SECCIÓN I:

ÍNDICE DE TABLAS E ILUSTRACIONES.....	7
RESUMEN.....	8
INTRODUCCIÓN	9
CAPITULO 1: LA POTESTAD CONSULTIVA-PREVENTIVA DEL TRIBUNAL DE LA LIBRE COMPETENCIA:.....	11
1.1 Sobre la importancia de las operaciones de concentración y su control:	11
1.2 Marco regulatorio de la potestad consultiva del TDLC:	17
1.3 Características de la potestad consultiva en relación a las operaciones de concentración:.....	19
1.3.1 Naturaleza Jurídica de la consulta:	20
1.3.2 Carácter voluntario de la consulta:	23
1.3.3 Carácter no contencioso:	27
1.3.4 Legitimación para consultar:.....	28
1.4 Finalidad de la potestad consultiva:.....	31
1.4.1 Evitar un atentado anticompetitivo:	31
1.4.2 Certeza Jurídica y cosa juzgada formal:	33
1.4.3 Reducción de costos:.....	36
1.5 Alternativas del TDLC frente a una consulta:	38
1.5.1 Aprobación pura y simple:	40
1.5.2 Aprobación de la operación estableciendo medidas mitigación:	40
1.5.3 Rechazo de la operación consultada:	41
1.6 Principio de licitud de las operaciones de concentración:	46
CAPITULO 2: FUNDAMENTOS ECONÓMICOS DE LAS DECISIONES DEL TDLC EN OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN:	50

2.1 Consideraciones preliminares:	50
2.2 Elementos considerados por el TDLC:	55
2.2.1 Mercado relevante:	55
2.2.2 Participaciones de mercado y concentración:	60
2.2.3 Potenciales efectos anticompetitivos:	64
2.2.3.1 Riesgos unilaterales:.....	65
2.2.3.2 Riesgos de conductas coordinadas:	67
2.2.3.3 Importancia de la conducta anterior al momento de evaluar los riesgos anticompetitivos:.....	69
2.2.4 Condiciones de entrada al mercado:.....	71
2.2.5 Eficiencias y contrapesos a los efectos anticompetitivos:.....	75
CAPITULO 3: MEDIDAS DE MITIGACIÓN	81
3.1 Aprobación de una operación de concentración sujeta a medidas de mitigación:	81
3.2 Medidas de mitigación: concepto y naturaleza jurídica:.....	82
3.2.1 Concepto	82
3.2.2 Naturaleza jurídica:	85
3.3 Fundamento jurídico de las medidas de mitigación:	87
3.4 Exigencias a la imposición de medidas de mitigación	95
3.4.1 Existencia de un riesgo anticompetitivo:	97
3.4.2 Proporcionalidad de las medidas:	98
3.4.3 Deber de fundamentación:	100
3.4.4 Otros requisitos:	101
3.4.5 Exigencias establecidas en el derecho comparado:.....	101
3.5 Finalidad de las medidas de mitigación:.....	106
3.6 Clasificación de las medidas de mitigación	108

3.6.1 Decreto Ley 211: Medidas de mitigaciones preventivas, correctivas o prohibitivas:.....	108
3.6.2 Medidas que establecen condiciones y medidas que establecen obligaciones:.....	112
3.6.3 Medidas estructurales y medidas de comportamiento:	113
3.6.4 Otras clasificaciones	125
3.7 La pregunta acerca del diseño de las medidas de mitigación:	126
3.7.1 Características de la economía y diseño de medidas de mitigación	131
3.8 El rol de la Corte Suprema en relación a las medidas de mitigación:	132
3.9 Incumplimiento de una medida de mitigación:	136
3.10 Prescripción de las medidas de mitigación:	138

SECCIÓN II

1. RESOLUCIÓN N°1/2004: FUSION DE METROPOLIS INTERCOM S.A. y VTR S.A:	144
1.1. Descripción de la operación:	144
1.2 Sistematización de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC:	147
1.3 Análisis de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC:	148
2. RESOLUCIÓN N°2/2005: FUSION ENTRE TELEFÓNICA MÓVILES S.A Y BELLSOUTH S.A:	155
2.1 Descripción de la operación:.....	155
2.2. Sistematización de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC:..	158
2.3 Análisis de las medidas impuestas por el TDLC:.....	159
3. RESOLUCIÓN N°20/2007: FUSION ENTRE GLR LIMITADA E IBEROAMERICAN RADIO CHILE S.A:	166
3.1 Descripción de la operación:.....	166
3.2 Sistematización de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC:..	169

3.3 Análisis de las medidas impuestas por el TDLC:.....	170
4. RESOLUCIÓN N°22/2007: CONSULTA SOBRE ALIANZA PARA REALIZACIÓN DE PROYECTO HIDROELÉCTRICO AYSÉN:	174
4.1 Descripción de la operación:.....	174
4.2 Sistematización de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC:..	179
4.3 Análisis de las medidas impuestas por el TDLC:.....	180
5. RESOLUCIÓN N° 23/2008: FUSION ENTRE ING AFP SANTA MARÍA S.A. Y BANSANDER AFP S.A.:	184
5.1 Descripción de la operación:.....	184
5.2 Sistematización de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC:..	187
5.3 Análisis de las medidas impuestas por el TDLC:.....	187
6. RESOLUCIÓN N° 31/2009: FUSION ENTRE ANAGRA S.A. Y SOQUIMICH COMERCIAL S.A:	189
6.1 Descripción de la operación:.....	189
6.2 Sistematización de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC:..	193
6.3 Análisis de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC:.....	193
7. RESOLUCIÓN N°34/2011: FUSIÓN ENTRE COPEC S.A., CONSULTA SOBRE PARTICIPACIÓN EN LA PROPIEDAD DE TERPEL COLOMBIA: ...	198
7.1 Descripción de la operación:.....	198
7.2 Sistematización de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC:..	202
7.3 Análisis de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC:.....	204
8. RESOLUCIÓN N°39/2012: CONSULTA DE ORGANIZACIÓN TERPEL CHILE RELATIVA A LA ADQUISICIÓN POR PARTE DE QUIÑENCO S.A. DE LOS ACTIVOS DE LAS SOCIEDADES PETROLEOS TRASANDINOS S.A. Y OPERACIONES Y SERVICIOS TERPEL LIMITADA:	209
8.1 Descripción de la operación:.....	209
8.2 Análisis del rechazo a la fusión impuesto por el TDLC:	212

8.3 CORTE SUPREMA SENTENCIA ROL N°3993-2012, QUE RESUELVE LOS RECURSOS DE RECLAMACIÓN PRESENTADOS CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 39/2012:	216
8.4 Sistematización de las medidas de mitigación impuestas por la Corte Suprema	219
8.5 Análisis de las medidas de mitigación impuestas por la Corte Suprema:	220
9. RESOLUCIÓN N°37/2011: CONSULTA DE CONADECUS SOBRE OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN ENTRE LAN AIRLINES S.A. y TAM LINHAS AEREAS S.A:	222
9.1 Descripción de la operación:	222
9.2 Sistematización de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC:	230
9.3 Análisis de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC:	232
10. RESOLUCIÓN N°41/2012: CONSULTA DE FNE RELATIVA A LA ADQUISICIÓN POR PARTE DE RADIODIFUSIÓN SPA DE CONCESIONES DE RADIODIFUSIÓN DE COMUNICACIONES HORIZONTE LTDA.:	249
10.1 Descripción de la operación:	249
10.2 Sistematización de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC:	252
10.3 Análisis de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC:	253
11. RESOLUCIÓN N°43/2012: CONSULTA DE SMU S.A. SOBRE LOS EFECTOS EN LA COMPETENCIA DE LA FUSIÓN DE SMU SA. Y SUPERMERCADOS DEL SUR S.A.:	255
11.1 Descripción de la operación:	255
11.2 Sistematización de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC:	261
11.3 Análisis de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC:	262
CONCLUSIONES	269
BIBLIOGRAFÍA	271

ÍNDICE DE TABLAS E ILUSTRACIONES

Ilustración 1. Eficiencias alegadas por los consultantes en Resolución N°37/2011.....	229
tabla 1. Sistematización medidas de mitigación Resolución N°1/2004.....	147
tabla 2. Sistematización medidas de mitigación Resolución N°2/2005.....	158
tabla 3. Sistematización medidas de mitigación Resolución N°20/2007.....	169
tabla 4. Sistematización medidas de mitigación Resolución N°22/2007.....	179
tabla 5. Sistematización medidas de mitigación Resolución N°23/2008.....	187
tabla 6. Sistematización medidas de mitigación Resolución N°31/2009.....	193
tabla 7. Sistematización medidas de mitigación Resolución N°34/2011.....	202
tabla 8. Sistematización medidas de mitigación Corte Suprema Rol N° 3993-2012	220
tabla 9. Sistematización medidas de mitigación Resolución N°37/2011.....	230
tabla 10. Sistematización medidas de mitigación Resolución N°41/2012.....	252
tabla 11. Sistematización medidas de mitigación Resolución N°43/2012.....	261

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objetivo principal efectuar una revisión de los fundamentos jurídicos y económicos de las medidas de mitigación impuestas por el Tribunal de la Libre Competencia en procesos consultivos, enfocadas en aquellas establecidas con ocasión de las operaciones de concentración horizontal sometidas a su conocimiento. Lo anterior, con la finalidad de consolidar los criterios tradicionalmente utilizados por los operadores del sistema de control de concentraciones en nuestro país. Para dichos efectos, este trabajo se divide en dos Secciones: La primera de ellas, servirá de marco teórico a este estudio, por lo cual se exponen los alcances de la potestad consultiva del Tribunal de la Libre Competencia como encargado del sistema de control de operaciones de concentración, así como sus características, finalidad y posibilidades frente a una consulta (aprobación pura y simple, aprobación sometida a medidas de mitigación o rechazo); posteriormente, se analizan los fundamentos económicos en los que tradicionalmente se ha basado el Tribunal de la Libre Competencia para inclinarse por una u otra hipótesis; y, finalmente, se elabora una conceptualización de las medidas de mitigación, así como los principios doctrinarios y jurisprudenciales que orientan su aplicación. En la segunda Sección, se emplearán los conceptos estudiados en la primera parte para realizar una sistematización de las medidas de mitigación impuestas por el Tribunal de la Libre Competencia en procedimientos consultivos, así como una revisión crítica de las mismas, esfuerzo sin precedentes dentro de la literatura jurídica nacional.

INTRODUCCIÓN

La importancia de las operaciones de concentración horizontal viene dada por el significativo impacto que estas pueden tener para un país, efectos los cuales desbordan con creces los aspectos económicos y/o jurídicos involucrados en la misma, ya que dependiendo de las decisiones que se tomen en la materia, éstas pueden traducirse en un aumento de bienestar social o una pérdida de éste. Lo anterior, será aún más relevante cuando se trate de operaciones de gran magnitud, las cuales se han presentado cada vez con más frecuencia en nuestro país.

El control de operaciones de concentración en Chile ha sido últimamente ejercido por el Tribunal de la Libre Competencia, el cual, a falta de una institucionalidad minuciosa, ha generado un sistema cuyo contenido ha sido provisto principalmente por la actividad de dicho tribunal, en conjunto con los demás operadores del sistema.

Para efectos de evaluar las consecuencias positivas o negativas de una operación de concentración, el TDLC analiza los alcances tanto jurídicos como económicos de ésta, los cuales determinarán si debe ser aprobada de manera pura y simple, rechazada o aprobada sometida a medidas de mitigación. Sin embargo, y en relación a esta última hipótesis, a juicio del autor, a causa de la falta de claridad y consolidación de los criterios jurídicos que deben ser empleados por el TDLC para efectos de aplicar las medidas de mitigación (en caso de requerirse), se puede avizorar que han existido una serie de inconsistencias no sólo en relación a la armonía de éstas con ciertas garantías fundamentales de rango constitucional (tradicionalmente vinculadas a la libre iniciativa en materia económica) sino que también en cuanto a la aplicación de principios y exigencias asentados en la misma jurisprudencia del TDLC. Por lo mismo, una revisión de esta materia es absolutamente necesaria y tiene un valor que trasciende a la mera descripción del tipo de sistema de control de operaciones de concentraciones (ya

sea obligatorio, voluntario o mixto) vigente en nuestro país, descripción que incide en el número de operaciones conocidas por el TDLC, mas no en los argumentos empleados para calificar jurídicamente una operación de concentración sometida a su conocimiento.

En ese sentido, será tarea de este trabajo delinear el funcionamiento del sistema en virtud de los fundamentos jurídicos y económicos que ha tenido a la vista el TDLC para decidir el futuro de las operaciones de concentración en nuestro país. Asimismo, dichos criterios serán utilizados para abordar de manera crítica las medidas de mitigación impuestas por el TDLC en los procesos consultivos, las cuales además serán sistematizadas en el presente trabajo.

SECCIÓN I

CAPITULO 1: LA POTESTAD CONSULTIVA-PREVENTIVA DEL TRIBUNAL DE LA LIBRE COMPETENCIA:

1.1 Sobre la importancia de las operaciones de concentración y su control:

“Las condiciones de oferta y demanda en un mercado pueden ser tales, que una sola firma pueda proveer, a un menor costo promedio que dos o más firmas, toda la producción demandada. O que una firma pueda tener una mejor administración, en cuyas manos los activos de todas las demás firmas tendrían más valor que estando separadas. Ambas situaciones podrían llevar a un monopolio a través de una fusión que pueda implicar una reducción de costos mayores que el costo social que pudiese resultar de los precios monopólicos. Desafortunadamente, es excesivamente complicado distinguir estos dos tipos de fusiones de aquellas que envuelven pocos o ninguna reducción de costos.”¹

El presente capítulo tiene por objetivo servir como introducción al sistema de control de operaciones de concentración en Chile, cuyo funcionamiento descansa en el procedimiento voluntario de consulta. El estudio del sistema, resultará esencial para la comprensión de las medidas de mitigación impuestas por el Tribunal de Libre Competencia (“TDLC” o “Tribunal”) en los procesos consultivos. Este capítulo se dividirá en: (i) Importancia de las operaciones de concentración y su control; (ii) características de la potestad consultiva del TDLC en función de las operaciones de concentración; (iii) finalidad de la potestad

¹ Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law 8e*, 8 edition (New York: Aspen Publishers, 2010), 387. Traducción del autor: (“The conditions of supply and demand in a market may be such that one firm can supply, at lower average cost than two or more firms, the entire output demanded. Or one firm may have a superior management in whose hands the assets of all the other firms would be worth more than they are now. Either situation could lead to a monopoly through merger that might generate cost savings greater than the social costs of the monopoly pricing that would result. Unfortunately it is exceedingly difficult to distinguish mergers of either kind from a merger to create a monopoly that involves few or no cost savings”).

consultiva del TDLC; (iv) alternativas del TDLC frente a una operación de concentración.

El fenómeno de las operaciones de concentración tiene larga data en la historia económica contemporánea. Sin embargo, el control de éstas así como la génesis de instituciones que permitan evaluar la aptitud que tienen de beneficiar o reducir la competencia han transitado un camino sinuoso, sin que aún exista una sola respuesta en torno a cómo afrontar el fenómeno en todas sus dimensiones.

Así, en Estados Unidos, la *Clayton Act* de 1914 incorporó por primera vez, en su sección séptima el control de operaciones de concentración en la ley de dicho país. En ese entonces, el propósito de la sección séptima fue explicado por el informe del comité mayoritario, el cual, buscando hacerse cargo de los *holdings*, señaló acerca de estos, que: “son el más común y preferido método para promover el monopolio (...) definiendo los *holdings* como (...) una compañía cuyo principal propósito es acumular participación en otras compañías(...) sentenciando que (...) entendiendo de esa manera una “compañía *holding*”, es una abominación y en nuestra jurisdicción es una mera forma de incorporación del antiguo *trust*”².

Sin embargo, en un estado incipiente, dicha legislación fue establecida en términos muy generales, alcanzando a aquellas compañías que tenían la aptitud de “disminuir sustancialmente la competencia”³. Por lo mismo, fue labor de las Cortes Federales continuar construyendo el sistema. En ese sentido, los casos judicializados en la década de los 60’ y 70’ estuvieron constituidos principalmente

² David Dale Martin, *Mergers and The Clayton Act* (University of California Press, n.d.), 31. Traducción del autor: (“Section 8 deals with what is commonly known as the “holding company,” which is a common and favorite methods of promoting monopoly. “Holding company” is a term, generally understood to mean a company that holds the stock of another company or companies, but as we understand the term a “holding company” is a company whose primary purpose is to hold stocks of other companies. It has usually issued its own shares in exchange for these stocks, and is a means of holding under one control the competing companies whose stocks it has thus acquired. As thus defined a “holding company” is an abomination and in our judgment is a mere incorporated form of the oldfashioned trust ...”)

³ Thomas Kauper, “Merger Control in the United States and the European Union: Some Observations,” *St. John’s Law Review* 74, no. 2 (March 15, 2012): 310, <http://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview/vol74/iss2/2>.

por operaciones de concentración ya materializadas, por lo que en gran parte de ellos las soluciones implicaron la necesidad de deshacer la operación o desinvertir activos que ya habían sido traspasados⁴. Los altos costos generados por esta legislación a la larga decantaron en el establecimiento de la *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* de 1976, la cual permitía a la autoridad evaluar la operación de concentración antes que esta se concretara, con el objeto de evitar soluciones ineficientes como las ya mencionadas.

En la actualidad, es sabido que las operaciones de concentración tienen un efecto más amplio que aquel identificado en un origen por la legislación *antitrust* norteamericana. En efecto, la principal consecuencia involucrada en este tipo de operaciones viene dada por la desaparición de uno de los competidores, lo que implicará consecuentemente un aumento en la concentración de la industria. Lo anterior, puede generar dos clases de riesgos para la libre competencia: aquellos unilaterales producto de un incremento en el poder de mercado de la fusionada (que a la postre puede derivar en ilícitos anticompetitivos, como aumentos de precios, limitación en la producción, baja en la calidad del producto o servicio, entre otros), y por otro lado, el aumento del riesgo de conductas coordinadas de la fusionada en relación a otros competidores, generalmente vinculadas a ilícitos colusorios.

Sin embargo, y desde otra perspectiva, la operación podría traer aparejados beneficios que redunden en un mayor bienestar social, como la reducción del precio del producto o servicio, innovación y otros. Estos beneficios muchas veces podrán ser conseguidos, a través de la reducción de los costos de las compañías como consecuencia de la fusión, los cuales podrán deberse a factores relacionados con una mejor administración, la presencia de sinergias consecuencia de economías de escala, ámbito o densidad e incluso por las necesidades que presentan ciertos mercados de contar con pocos competidores

⁴ Ibid.,

para ser eficiente (como ocurre con aquellas que requieren una escala mínima eficiente).

En consecuencia, la tarea de los organismos encargados de velar por la libre competencia consistirá en evaluar qué operaciones de concentración son aptas para producir bienestar social y cuales traerán aparejados tal cantidad riesgos anticompetitivos que ameritan que estas sean modificadas e incluso prohibidas. De lo señalado, se deduce que al momento de evaluar una operación de concentración existirá una inevitable tensión entre los beneficios aparejados a ella y sus riesgos.

Existen a su vez ciertas características de cada economía que harán que los mercados se desenvuelvan de manera distinta y determinen su número de competidores, así como la frecuencia y naturaleza de las operaciones de concentración. En ese sentido, economías pequeñas como pareciera ser el caso de Chile, se verán constantemente enfrentadas a altos niveles de concentración, grandes barreras de entrada y niveles sub óptimos de producción, todas características que serán consecuencia de la necesidad de contar con escalas mínimas eficientes de producción vinculadas principalmente con la demanda⁵. En ese sentido, la profesora Michal Gal, especialista en derecho de la competencia de economías pequeñas, ha señalado que en este tipo de economías “existirá un conflicto entre eficiencia productiva y condiciones de competencia. Si un cierto número de firmas puede operar eficientemente en una industria, la eficiencia productiva requerirá que esa industria contenga sólo ese número de firmas – todas operando en niveles de producción eficientes.”⁶ En virtud de lo anterior, el sistema

⁵ Michal Gal, “Size Does Matter: General Policy Prescriptions for Optimal Competition Rules in Small Economies,” *University of Southern California Law Review* 74 (2001): 1444. (“Research has shown that there are three main economic characteristics of small economies: high industrial concentration levels, high entry barriers, and suboptimal levels of production. These characteristics result from the basic handicap of small economies—the large size of minimum efficient scales of production relative to demand. These traits have led some economists to argue that small economies belong to a different class of market economies than large ones.”)

⁶ *Ibid.*, 1449. Traducción del autor: (“These unique economic characteristics of small economies create a basic conflict between productive efficiency and competitive conditions. If a given number of firms can

de control de operaciones de concentración y sus estándares serán posiblemente más relevantes en aquellas economías más pequeñas, donde las operaciones de concentración parecieran tener mayor impacto que en aquellos en países con economías más robustas caracterizadas por mercados altamente atomizados, en donde la competencia muchas veces será suficiente para morigerar los efectos de las operaciones de concentración.

Es en el contexto descrito anteriormente que las autoridades nacionales se han visto en frente a la necesidad de brindar soluciones que hagan eco de la importancia de contar con un sistema de operaciones de concentración. Lamentablemente, la legislación en Chile no ha resultado todo lo sólida que debiera en atención a la importancia de la materia. En ese sentido, el Decreto Ley 211 nunca se refiere directamente a este tema, lo que no ha obstado a que exista un control de operaciones de concentración a partir de su normativa. En otras palabras, el Decreto Ley 211 propone un esqueleto cuyo cuerpo ha tenido que ser completado principalmente a través de la jurisprudencia de los tribunales de justicia. Esta carencia de una orgánica robusta ha llevado a un autor a afirmar que el sistema está construido “más bien por defecto que por diseño”⁷. En ese sentido, el Ministro de Economía, Felipe Céspedes, refiriéndose a la eventual reforma del sistema, ha señalado recientemente que la falta de una institucionalidad para el análisis de las operaciones de concentración lleva a producir “riesgos anticompetitivos que conllevan a afectar la competencia en los mercados, con todas las implicancias que ello tiene: económicas, políticas y sociales”⁸.

El sistema de control operaciones de concentración vigente en Chile toma forma en un inicio gracias a la potestad consultiva de las antiguas Comisiones

operate efficiently in an industry, productive efficiency requires that the industry contain only this number of firms—all operating at efficient, productive levels.”)

⁷ Santiago Montt O., “Condiciones Impuestas por el tribunal de defensa de la libre competencia en el marco de una Operación de Concentración en el Derecho Chileno,” en *Anuario de Derecho Público 2012 Universidad Diego Portales* (Santiago, Chile: Eds. Universidad Diego Portales, 2012), 1.

⁸ “Ministro Céspedes destacó Los Beneficios de Fortalecer La Normativa Antimonopolio,” *Emol*, consultado en noviembre 25, 2014, <http://www.emol.com/noticias/economia/2014/07/21/670984/ministro-cespedes-destaco-los-beneficios-de-fortalecer-la-normativa-antimonopolio.html>.

Preventivas Central (CPC) y Regionales, las cuales conocieron una suma no despreciable de operaciones de concentración durante su existencia. En un comienzo, la potestad consultiva fue encomendada por el Decreto Ley 211 a dichas Comisiones a través de los artículos 8 y 11, los cuales les conferían a estas la facultad de: “b) Pronunciarse respecto de las consultas que se formulen sobre actos o contratos que se propongan ejecutar o celebrar en cuanto puedan alterar la libre competencia”. Sin embargo, a través de la Ley 19.911 del año 2003, dicha institución fue traspasada al TDLC, el cual en virtud del artículo 18 N°2 tomó el relevo en relación a la potestad para conocer de las consultas. En consecuencia, parece legítimo afirmar que la potestad consultiva, a falta de otra institución, ha permitido generar cierto mecanismo de control a las operaciones de concentración, el cual sigue operando hasta el día de hoy de manera similar en su esencia, pese a las reformas legales.

La carencia de un sistema de control de operaciones de concentración en Decreto Ley 211 ha sido correctamente esbozada por la profesora Nicole Nehme y Benjamín Mordoj, los que refiriéndose a la falta de una orgánica en relación a dicha materia dentro de nuestra legislación, han señalado que: “Lo que hace el DL 211 es sancionar conductas ilícitas, como el abuso de posición dominante o la colusión y dar la opción de consultar preventivamente al TDLC su parecer sobre si ciertos actos o contratos podrían dar lugar a esos ilícitos.”⁹

En consecuencia, la realidad del sistema de control de operaciones de concentración descansa en el hecho de haber sido desarrollado mayoritariamente por la jurisprudencia generada por el TDLC y posteriormente por la Corte Suprema. En este funcionamiento, el primero ha tenido como función absolver las consultas en virtud de la potestad consultiva encomendada por la ley, pronunciándose acerca de la licitud de la operación, pudiendo: aprobarla de forma pura y simple, rechazarla o aprobarla estableciendo medidas de mitigación que

⁹ Nicole Nehme Z. y Benjamín Mordoj H., “Diseños Institucionales de Control de Concentraciones: Análisis y Propuestas,” *Estudios Públicos* 125, Verano 2012, 89.

permitan armonizar la operación con el Decreto Ley 211, en caso de ser esto necesario. Por su parte, la Corte Suprema, a partir de la reforma del año 2009, pasó a constituir una segunda instancia donde se conocerán los recursos de reclamación presentados por los intervinientes frente a la una Resolución del TDLC, para efectos de revisar la legalidad de esta.

En síntesis, el mecanismo de control de operaciones en nuestro país es una construcción principalmente jurisprudencial, la cual se materializa en una consulta que los interesados pueden hacer antes de realizar la operación, de ahí que se trate de un sistema voluntario, el cual es conocido en principio por el TDLC, en el ámbito de su potestad consultiva, la cual tiene un carácter administrativo no sancionatorio.

1.2 Marco regulatorio de la potestad consultiva del TDLC:

La potestad consultiva del TDLC, se encuentra contenida dentro de las denominadas “facultades extrajudiciales”¹⁰ de dicho tribunal, la que junto a la potestad reglamentaria e informativa, se encuentran consagradas respectivamente en los numerales 2°, 3° y 4° del artículo 18 del Decreto Ley 211, reservando al número primero la potestad jurisdiccional.

El artículo 18 N°2, que delega la potestad consultiva en el TDLC, fue introducido mediante la modificación realizada al Decreto Ley 211 por la Ley 19.911 de 2003, en reemplazo de la facultad que tenía la antigua Comisión Preventiva¹¹ de pronunciarse acerca de las consultas que se formularen sobre actos o contratos que pudiesen ser atentatorios contra la libre competencia. El sistema que se estableció a partir de dicha modificación, tuvo por objetivo dotar al

¹⁰ Acerca de este tema, ver: Domingo Valdés Prieto, *Libre Competencia y Monopolio* (Editorial Jurídica de Chile, 2006) y María de la Luz Domper y Jorge Tarzizán, “Operaciones de Concentración Horizontal,” en *La Libre Competencia En El Chile Del Bicentenario* (Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2011).

¹¹ El antiguo artículo 8° del Decreto Ley 211, señalaba: “Las Comisiones Preventivas Regionales tendrán las siguientes atribuciones y funciones: b) Pronunciarse respecto de las consultas que se formulen sobre actos o contratos que se propongan ejecutar o celebrar en cuanto puedan alterar la libre competencia”.

TDLC de facultades que permitieran, dentro de otras cosas, establecer un control de tipo administrativo para de las operaciones de concentración, el cual otorgara certeza jurídica a los actores respecto a la legalidad de sus actuaciones dentro del mercado.

La decisión de delegar esta potestad a un Tribunal de justicia como el TDLC no fue pacífica¹², pero el argumento respecto de su pertinencia se basó en la necesidad de contar con un organismo independiente, cuya calificación técnica sea acorde con los desafíos que presentan las materias que guardan relación con la protección de la libre competencia en los mercados. Lo anterior, sin perjuicio de que dicha solución distara de la otorgada tradicionalmente por el derecho comparado, en donde se ha optado mayoritariamente por crear organismos también independientes pero de naturaleza sólo administrativa, dejando las facultades jurisdiccionales radicadas en tribunales ordinarios”¹³.

En consecuencia, y en virtud de la Ley 19.911 de 2003, la potestad consultiva se encuentra radicada en el artículo 18 N°2 del Decreto Ley 211, el cual señala que “El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: 2) Conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos”.

¹² A este respecto, la Corte Suprema se manifestó mediante un oficio solicitado por el Senado, señalando que: “Esta Corte no comparte absolutamente este fundamento del mensaje y del articulado pertinente del Proyecto. La reforma propuesta supone que el Tribunal deberá conocer fuera de juicio materias técnicas, que los particulares le presenten en consulta en razón de actos o contratos que proyecten y que pudieran afectar materias de libre competencia, con los efectos que señala el artículo 20, vale decir, precisamente las que conocen hoy las Comisiones Preventivas. En el hecho estas cuestiones han resultado ser numerosas, y requieren de una particular especialización técnica más allá de las ciencias del derecho y objetivamente no tienen un sentido realmente jurisdiccional, propio de un tribunal de justicia.” Historia de la Ley N° 19.911 que crea el Tribunal de la Libre Competencia, Biblioteca del Congreso de la República, Oficio de la Corte Suprema a la Cámara de Origen, 33.

¹³ María de la Luz Domper y Jorge Tarziján, “Operaciones de Concentración Horizontal,” 23.

Del tenor del artículo 18 N°2 del DL 211, se puede inferir que el legislador optó por no especificar y hacer explícita la potestad que tiene el TDLC para conocer y analizar las operaciones de concentración sometidas a consulta. “Ese concepto, de hecho, no se menciona en el DL 211. Tampoco la ley define los casos en que se estimaría lícita o no una determinada operación de concentración, o las mitigaciones que se podrían imponer para aprobarla”¹⁴. Por lo anterior, podemos concluir que, en principio, la potestad consultiva que emana del artículo 18 N°2 tiene un carácter amplio y que está concebida para la generalidad de actores que tengan dudas acerca de la licitud de hechos, actos o contratos en actividades de índole económico que tengan la aptitud de lesionar el bien jurídico libre competencia, encontrándose las operaciones de concentración dentro de este amplio abanico. Lo anterior, se ve refrendado por la gran variedad de materias que han sido consultas, las cuales versan desde la legitimidad de dejar de vender productos a cierta empresa distribuidora¹⁵, hasta la legalidad de importar y comercializar productos bajo el nombre de determinada marca¹⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, se podría decir que es en el ámbito del control de operaciones de concentración donde el TDLC ha desplegado de forma más intensa y significativa su potestad consultiva, lo cual -como ya se señaló- no se encuentra explicitado de manera alguna en el Decreto Ley 211. En consecuencia, y como bien han señalado algunos autores, resulta claro que “en la práctica y formación de los operadores jurídicos se ha identificado como tal a esta atribución contenida actualmente en el artículo 18 N°2 de dicho cuerpo legal”¹⁷.

1.3 Características de la potestad consultiva en relación a las operaciones de concentración:

¹⁴ Nehme Z. y Mordoj H., “Diseños Institucionales de Control de Concentraciones,” 101.

¹⁵TDLC. Resolución N° 19/2006.

¹⁶TDLC. Resolución N° 38/2011.

¹⁷Javier Velozo y Daniela González, “Reflexiones en torno a algunas de las facultades Extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de La Libre Competencia,” en *La Libre Competencia En El Chile Del Bicentenario* (Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2011), 27.

1.3.1 Naturaleza Jurídica de la consulta:

En lo que dice relación con la naturaleza de la potestad consultiva, se ha entendido que esta posee un carácter administrativo no sancionatorio, lo cual ha sido refrendado de forma unánime tanto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁸ como la de la Corte Suprema¹⁹. En ese sentido, dicha naturaleza se diferencia de aquella propiamente jurisdiccional del TDLC, la cual tiene un claro carácter sancionatorio.

El profesor Domingo Valdés, ha señalado que aquello que sería determinante al momento de diferenciar la potestad consultiva del Tribunal de la jurisdiccional, es la ausencia de *litis* o conflicto jurídico, la cual sería característica de la primera y no así de la segunda. Siendo la *litis* de la esencia de la jurisdicción, y teniendo en cuenta que la consulta es un análisis de la juridicidad de un acto o contrato que no implica una controversia jurídica, no habría conflicto alguno entre partes que deba ser resuelto por un Tribunal a través de una sentencia. En ese sentido, el mismo profesor señala que: “no hay un conflicto o *litis* trabada entre partes que reclaman ante un tribunal la formulación de un justo arreglo en una sentencia que ponga fin a la controversia por vía de decir el derecho de cada una de ellas”²⁰. Asimismo, y relacionado con el hecho de que la potestad consultiva, de carácter administrativo, se encuentre radicada en un tribunal, el mismo autor ha señalado que resulta evidente que: “no todo acto de autoridad pública referido a

¹⁸ Tribunal Constitucional de la República de Chile. Causa Rol N° 1448-2009, considerando N°16: “Que de la lectura de lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto Ley N° 211 es posible concluir que –en principio– sólo el número uno dice relación con una atribución en que el órgano actúa propiamente como tribunal, ejerciendo jurisdicción, esto es, resolviendo conflictos externos de relevancia jurídica. **Los demás numerales no establecen potestades propiamente jurisdiccionales**, toda vez que en el ejercicio de ellas el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia **no conoce de pretensiones procesales originadas en un conflicto de carácter jurídico**, sino que por solicitud y no demanda de los interesados, se pronuncia sobre ciertas declaraciones y diligencias que, como es propio en los procedimientos no contenciosos, los particulares no pueden realizar por sí, requiriendo de la intervención de un tribunal al que expresamente se le han encomendado las atribuciones administrativas pertinentes.” (énfasis agregado).

¹⁹ Excma. Corte Suprema de Chile. 27.01/2009. Rol N° 4797-2008, considerando N°12°: “La atribución de fijar condiciones a hechos, actos o convenciones asociada a la potestad consultiva trae aparejados necesariamente límites para el Tribunal de la Libre Competencia en el ejercicio de **dicha potestad administrativa**”(énfasis agregado).

²⁰ Valdés Prieto, *Libre Competencia y Monopolio*, 608.

una calificación jurídica concreta es constitutivo de jurisdicción en su sentido estricto y propio”²¹.

La importancia de la distinción se torna aún más relevante si se tiene en consideración el rol del TDLC en el ejercicio de una y de otra potestad. En efecto, el Decreto Ley 211 establece de forma ambigua la posibilidad de establecer “medidas” ya sea en su faz consultiva-preventiva como en la sancionatoria²², sin ser claro en relación a unas y otras. En ese sentido, el profesor Domingo Valdés²³ recomienda diferenciar entre aquellas medidas que puede imponer el TDLC en el ejercicio de su potestad consultiva, las que dicho autor denomina *medidas propiamente tales* (también conocidas en la doctrina como medidas de mitigación o condiciones) de aquellas *sanciones* que puede aplicar el TDLC en el ejercicio de su potestad jurisdiccional-sancionatoria, las cuales se encuentran taxativamente enumeradas en el Artículo 26 del Decreto Ley 211²⁴.

En relación a lo anterior, se puede señalar que el rol de la potestad consultiva guarda relación con una función preventiva, la cual, al tratarse de operaciones de concentración, tiene por objetivo principal precaver y evitar los atentados contra la libre competencia que se puedan derivar de éstas. En la otra vereda, la potestad sancionatoria, tiene un carácter punitivo, cuya función es la de reprimir el o los atentados anticompetitivos una vez que estos se hayan perpetrado. En ese sentido también ha sido entendido por la Corte Suprema, la cual ha señalado que la potestad consultiva—preventiva “**no tiene por finalidad**

²¹ *Ibíd.*,

²² Decreto Ley 211. Artículo 3°: “El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, **será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.** (énfasis agregado)”.

²³ Ver, Valdés Prieto, *Libre Competencia y Monopolio*, 367–376.

²⁴ Decreto Ley 211. Artículo 26: “**En la sentencia definitiva, el Tribunal podrá adoptar las siguientes medidas:** a) Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley; b) Ordenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior;” (énfasis agregado).

sancionar un injusto monopolio específico a través de los momentos jurisdiccionales, sino que se trata de medidas correctivas o prohibitivas dispuestas según las particularidades de cada caso, las que se adoptan con miras a restablecer o permitirá la sana competencia” (énfasis agregado).²⁵

Lo señalado, además de evidenciar la naturaleza jurídica de la consulta permite delinear los límites entre la potestad consultiva y la jurisdiccional, en el sentido de que el TDLC se encontrará privado de la facultad de establecer sanciones en procesos consultivos. Lo anterior será particularmente importante en las operaciones de concentración, en las cuales el análisis prospectivo de los riesgos proyectados como consecuencia de esta podrá derivar en el establecimiento de medidas de mitigación pero nunca de sanciones antimonopólicas. Así, en consecuencia: “las penas o sanciones contempladas en el artículo 26 están reservadas para las infracciones del artículo 3 del DL 211, en el marco de un proceso jurisdiccional que culmina con una sentencia, como manifestación del ius puniendi del Estado, debiendo al efecto observarse en todo momento las garantías del debido proceso penal”²⁶. En cambio, en la consulta, “no hay juzgamiento de la responsabilidad monopolica del hecho, acto o convención consultada, sino una resolución administrativa mediante la cual el Tribunal Antimonopolico aprecia ‘in concretum’ la contrariedad de la mencionada conducta con el bien jurídico tutelada por el Decreto Ley 211.”²⁷

Esta distinción es de tal obviedad, que el mismo TDLC utiliza dos formas diversas de pronunciarse en el ejercicio de una y otra potestad. Así, mientras que el pronunciamiento del Tribunal en el ejercicio de su potestad consultiva recaerá en una *resolución* (acto eminentemente administrativo), la potestad jurisdiccional se materializará a través de una *sentencia* (acto eminentemente jurisdiccional).

²⁵ Excma. Corte Suprema de Chile. 30.11.2009. Rol N° 346-2013, considerando N°8.

²⁶ Santiago Bravo, “Las Operaciones de Concentración, Su Análisis, Control Y Desafíos: Problemas Y Soluciones Del Derecho Nacional” (Memoria de licenciatura, Universidad de Chile, 2012), 13, 14.

²⁷ Valdés Prieto, *Libre Competencia y Monopolio*, 609.

Sin perjuicio de lo anterior, y salvando las diferencias en cuanto a su naturaleza, estas dos atribuciones parecen tener una función complementaria de carácter sistémico. En ese sentido, el profesor Domingo Valdés ha señalado que el artículo 18 N°2 del Decreto Ley 211, contempla una “atribución de naturaleza administrativa radicada en el Tribunal de la Libre Competencia, cuya ubicación en ese organismo jurisdiccional resulta fundamental para conservar la unidad de criterio entre lo señalado mediante ‘sentencias antimonopólicas’ y lo respondido administrativamente mediante ‘resoluciones antimonopólicas’”²⁸.

1.3.2 Carácter voluntario de la consulta:

En nuestro país, después de la reforma introducida por la ley 19.911 y sin mucha discusión, se optó por mantener el antiguo sistema predominante en el Decreto Ley 211 de 1973, el cual, según lo consignado, fue deviniendo en un sistema de carácter voluntario materializado a través de la consulta, cuyo conocimiento después de la mencionada reforma quedaría radicado en el TDLC.

Tal como se ha señalado, la voluntariedad del sistema de control de operaciones de concentración, a falta de norma expresa en el Decreto Ley 211, se fue generando en virtud de las consultas y el trabajo de los operadores del sistema tales como el TDLC, la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”), Corte Suprema, entre otros). Así, las firmas, estimuladas por la necesidad de obtener certeza jurídica que otorga el artículo 32²⁹ para aquellas operaciones consultadas, se ven motivadas a consultar *ex ante* (de forma voluntaria) acerca de la licitud de la operación, a cambio de la garantía de que estas no serían revisadas de manera *ex post*, lo cual las expondría a las medidas o sanciones del artículo 26, consecuencia que puede ser más costosa que aquellas medidas impuestas por el

²⁸ Ibid., 606.

²⁹ Decreto Ley 211. Artículo 32°: “Los actos o contratos **ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia**, sino en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo Tribunal, y ello desde que se notifique o publique, en su caso, la resolución.” (énfasis agregado).

TDLC en el marco del artículo 18 N°2, puesto que estas últimas usualmente implicarán la corrección de la operación, pero no su prohibición.

Dicho mecanismo, difiere de la solución otorgada por muchos de los países desarrollados, tales como Estados Unidos, la Unión Europea y Canadá, en donde todas las fusiones cuya magnitud supere un umbral predefinido deben ser notificadas a las agencias antimonopólicas antes de su consumación³⁰. A pesar de esta tendencia, existen otros países como Australia y el Reino Unido con sistemas de control voluntarios, los cuales, sin embargo, poseen una regulación rigurosa y detallada para dichos efectos³¹.

Sin perjuicio de lo anterior y a pesar de que, en lo que respecta al diseño institucional, no hay mayores dudas de que se trata de un sistema voluntario (en contraposición a uno obligatorio o mixto), autores como la profesora Nicole Nehme y Benjamín Mordoj han llegado a la conclusión de que, en la práctica, la voluntariedad del sistema es irreal. Lo anterior, fundamentado en la posibilidad que tiene la FNE y cualquier tercero con *interés legítimo* para consultar, por lo que, a juicio de aquellos autores: “Así, basta con que una operación de concentración se haga pública, para que terceros tengan incentivos para consultar. En el caso de la FNE, la guiará el interés público”³².

Se ha discutido en torno a las virtudes de los distintos sistemas. Según los defensores de un sistema voluntario, éste tendría dentro de sus ventajas la aptitud –en general- de ser más eficiente, ya que permitiría ahorrar costos tanto a las agencias antimonopólicas como a las firmas. Lo anterior, se verificaría en la medida de que en caso de una fusión anticompetitiva de gran tamaño, son las mismas firmas tienden a obtener un mayor beneficio reportando la acción que no

³⁰ Aldo González y Daniel Benitez, *Optimal Pre-Merger Notification Mechanisms - Incentives And Efficiency Of Mandatory And Voluntary Schemes* (World Bank, 2009), 2. (“all mergers whose magnitude is above a predefined threshold must be notified to the antitrust agency before consummation”).

³¹ Nehme Z. y Mordoj H., “Diseños Institucionales de Control de Concentraciones,” 104.

³² *Ibid.*, 90.

reportándola³³, siempre y cuando los instrumentos como eventuales sanciones y multas sean suficientes para inducir a las firmas a consultar³⁴, evitando de este modo incurrir en los denominados “errores tipo I” (falsos positivos) en donde fusiones competitivas son sometidas innecesariamente a control³⁵, con el tiempo y costo que ello conlleva.

Asimismo, también se ha argumentado presentaría ventajas desde el punto de vista de la información, puesto que serían las mismas firmas las que cuentan con información precisa y detallada acerca de los efectos anticompetitivos de sus eventuales actos³⁶, los cuales deben ser revelados a la autoridad, evitando que sea éste quien lleve una investigación costosa y de resultados inciertos.

Sin perjuicio de lo anterior, el sistema también ha sido objeto de diversas críticas. Al dudoso carácter voluntario de la consulta, habría que agregar la eventualidad de ocurrencia de errores tipo II, los cuales pueden producirse como consecuencia de una operación de concentración materializada sin consulta previa que sea lesiva para la libre competencia, la que deberá ser reprimida en virtud de lo señalado por el artículo 3° inc. 1° o inc. 2° literal a)³⁷, en relación a las sanciones del artículo 26 del mismo cuerpo legal, pudiendo derivar en soluciones tan costosas e ineficientes como lo sería deshacer la operación de concentración, lo cual se conoce coloquialmente en el derecho comparado como *unscrambling the eggs*.

³³ Gonzalez y Benitez, *Optimal Pre-Merger Notification Mechanisms - Incentives And Efficiency Of Mandatory And Voluntary Schemes*, 11. (“When a merger is anti-competitive, firms need to obtain a higher benefit reporting the action than not reporting it”).

³⁴ Ibid., 24. (“The superiority of the voluntary mechanism strongly relies on the ability of the antitrust system to promptly respond to anticompetitive mergers that omit notification. If the instruments, like fines, are not enough to induce notification, then the advantages of the voluntary regime disappear and some large anticompetitive mergers will be consummated”).

³⁵ Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, *presentación como Amicus Curiae agregada a Fojas 140 de Los Autos Caratulados “Acuerdo Extrajudicial entre La Fiscalía Nacional Económica y Lan Airlines S.A.”*, Rol AE N°3-11, Seguidos Ante El TDLC, n.d., 5.

³⁶ Gonzalez y Benitez, *Optimal Pre-Merger Notification Mechanisms - Incentives And Efficiency Of Mandatory And Voluntary Schemes*, 2.

³⁷ Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, *Presentación Como Amicus Curiae Agregada a Fojas 140 de Los Autos Caratulados “Acuerdo Extrajudicial entre la Fiscalía Nacional Económica y Lan Airlines S.A.”*, Rol AE N°3-11, Seguidos Ante El TDLC, 6.

Además de lo señalado, habrían otras falencias de orden institucional y procesales³⁸, todo lo cual – en opinión de Nehme y Mordoj – hacen necesaria una revisión y quizás modificación del actual sistema, de modo de poder otorgar mayor certeza a los actores participantes del mismo. En relación a lo anterior, parece sensato que cualquier sistema debiese ser establecido a través de un análisis costo-beneficio particular de cada país “si el sistema obligatorio ex ante genera más beneficios que costos y más beneficios netos que un sistema de control voluntario, debe preferirse. De lo contrario, debe mantenerse un sistema de sanción ex post –conforme a la regla general del Derecho de la Competencia-combinándolo con un sistema de consulta voluntaria” el cual tenga como objetivo “obtener un pronunciamiento que otorgue seguridad jurídica”³⁹. Análisis el cual excede el ámbito de estudio de este trabajo.

Finalmente, nuestro derecho prevé excepciones formales a este principio de voluntariedad del sistema, las cuales están determinadas por la ley. Un ejemplo ello, son aquellos casos donde el legislador establece la necesidad de consultar, como la Ley de Libertad de Opinión e Información⁴⁰. Así mismo sucede en materia de distribución eléctrica⁴¹ y servicios de agua potable y alcantarillado⁴². Sin perjuicio de lo anterior, el TDLC ha señalado respecto a la excepcionalidad de las disposiciones en comento, que estas son una “exigencia extraordinaria en nuestro sistema de control de concentraciones, en el que la regla general, respecto de

³⁸ Entre ellas, los autores destacan: (i) Falta de voluntariedad del sistema, como consecuencia de los sujetos legitimados para consultar; (ii) La demora del procedimiento y los eventuales perjuicios al consultante, o efecto de enfriamiento (*chilling effect*); (iii) Los consultantes sólo obtienen certeza después de la decisión del TDLC (además de la eventual ratificación de la Corte Suprema), sin la posibilidad de negociar las medidas. A mayor abundamiento, ver Nehme Z. y Mordoj H., “Diseños Institucionales de Control de Concentraciones.”

³⁹ Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, *Presentación Como Amicus Curiae Agregada a Fojas 140 de los Autos Caratulados “Acuerdo Extrajudicial entre la Fiscalía Nacional Económica y Lan Airlines S.A.”, Rol AE N°3-11, Seguidos Ante El TDLC*, 6.

⁴⁰ Decreto Ley 211. Artículo 38: “Cualquier hecho o acto relevante relativo a la modificación o cambio en la propiedad o control de un medio de comunicación social deberá ser informado a la respectiva Comisión Preventiva Regional o a la Comisión Preventiva Central, según corresponda, dentro de treinta días de ejecutado.

⁴¹ Artículo 46, Ley General de Servicios Eléctricos.

⁴² Artículo 64, Ley General de Servicios Sanitarios.

actos o contratos que se pretenden celebrar, es la voluntariedad de las consultas, como dispone el artículo 18 N° 2 del D.L. N° 211⁴³.

Finalmente, el TDLC en el marco de su potestad consultiva, puede imponer como medida de mitigación la necesidad de consultar acerca de operaciones realizadas dentro de algún mercado determinado o bajo alguna circunstancia determinada, lo cual ha sido ampliamente recogido por la jurisprudencia del TDLC, pero que sin embargo no ha estado exento de cuestionamientos jurídicos.

1.3.3 Carácter no contencioso:

En la actualidad, se puede señalar que el carácter no contencioso del sistema indubitado, ya que el mismo Decreto Ley 211 señala a dicho efecto que Tribunal puede “Conocer (...) los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley⁴⁴.”

En relación al sentido del carácter no contencioso, parece evidente que este va de la mano con la naturaleza jurídico-administrativa de la potestad consultiva. En ese sentido, el profesor Domingo Valdés explica que: “sabido es que los asuntos no contenciosos corresponden a una actividad administrativa que, por vía accidental, ha sido confiada a ciertos tribunales de justicia en atención a las garantías de solvencia moral y conocimientos jurídicos que éstos brindan y que eventualmente podría haber sido encomendada a otras autoridades públicas⁴⁵.”

Esto, además, ha sido ampliamente reconocido por el TDLC, el cual incluso emplea las siglas NC para individualizar dichas resoluciones como “no contenciosas⁴⁶.”

⁴³ TDLC. Resolución N° 20/2007, considerando N°2.

⁴⁴ Decreto Ley 211. Artículo 18 N°2.

⁴⁵ Valdés Prieto, *Libre Competencia y Monopolio*, 613.

⁴⁶ *Ibid.*, 614.

Finalmente, la Corte Suprema también ha señalado al respecto que “es claro que la naturaleza del procedimiento involucrado es no contencioso principalmente porque no cuenta con las características y principios que informa el previsto en los artículos 18 N° 1 y 19 a 29 del D.L. N° 211.”⁴⁷

1.3.4 Legitimación para consultar:

La pregunta acerca de quién es el sujeto legitimado para realizar la consulta resulta de suma relevancia al momento de esclarecer el diseño institucional elegido por el legislador para la regulación de las operaciones de concentración en nuestro país. Lamentablemente, ciertas ambigüedades en la redacción del artículo 18 N°2 del Decreto Ley 211 han generado problemas de interpretación, cuya solución permite cuestionar el carácter voluntario del procedimiento establecido por el legislador, el cual en la práctica estaría estableciendo una especie de por lo menos semi-voluntario.

A este respecto, el artículo 18 N°2 del Decreto Ley 211 establece que los sujetos legitimados para consultar son: 1) **todo aquel que tenga interés legítimo;** y 2) **el Fiscal Nacional Económico.**⁴⁸

Dicha redacción proviene de la reforma la Ley 20.361, la cual habilitó expresamente al Fiscal Económico como sujeto legitimado para llevar a cabo consultas respecto a operaciones futuras⁴⁹. Sin embargo, resulta evidente que la

⁴⁷ Excma. Corte Suprema de Chile. 05.04.2012. Rol N° 9843-2011, considerando N°4.

⁴⁸ Decreto Ley 211. Artículo 18: “ El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes:

2) Conocer, a solicitud de quien tenga **interés legítimo**, o del **Fiscal Nacional Económico**, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos.” (énfasis agregado).

⁴⁹ Respecto a la atribución de la FNE para consultar acerca operaciones futuras, el Fiscal Nacional Económico señaló: “Cabe recordar que la facultad de éste último para consultar operaciones futuras, **se consagra expresamente sólo a partir de la última modificación normativa contemplada en la Ley N° 20.361**. Así, es dable concluir que el propósito del último cambio que experimentó el artículo 18 N° 2, fue únicamente aclarar **y permitir que, respecto de operaciones futuras, la FNE también fuese considerada como interesado legítimo -además de las partes involucradas-** para someter al H. Tribunal el conocimiento de la

modificación “no ha sido todo lo precisa que debió ser”⁵⁰, provocando una serie de discusiones en torno a la posibilidad que tendrían terceros para consultar acerca de la legitimidad de operaciones de concentración, amparados en un supuesto “**interés legítimo**”, o si deben actuar sólo como aportantes de antecedentes una vez iniciado el procedimiento, así como también el rol de la FNE como representante del interés público.

La controversia se desató fuertemente durante el 2011, cuando el TDLC decidió someter a tramitación la consulta antimonopólica realizada por una asociación de consumidores, la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios (CONADECUS), en relación a la operación de concentración que pretendían llevar a cabo Lan Airlines S.A con Tam Linhas Aéreas S.A. Al respecto, el TDLC abrió la puerta a una interpretación amplia del concepto de **interés legítimo** consagrado en el artículo 18 N°2., abrazando la posibilidad de que cualquier tercero, colectiva o particularmente, que acreditara un interés legítimo, pudiese consultar acerca de una operación de concentración⁵¹.

La Resolución intermedia del TDLC dictada con ocasión de la fusión LAN con TAM, causó gran revuelo dentro de la doctrina nacional, puesto que según parte de ella, esta no interpretaría correctamente el espíritu de la reforma al Decreto Ley 211. Algunas de las críticas, fueron realizadas por el Profesor Domingo Valdés, quien argumentó lo siguiente:⁵²: (i) La Resolución plantea un desconocimiento de la potestad pública conferida a la FNE por el artículo 39, letra b) del DL 211, a la cual le correspondería la exclusividad en la representación del

respectiva consulta (énfasis agregado). En: Fiscalía Nacional Económica, *Informe Evacuado a Fojas 777 Y Siguietes*, de abril de 2011, 4. En Resolución TDLC N° 37/2011.

⁵⁰ Domingo Valdés Prieto, *Informe En Derecho Titulado “Transgresiones al Decreto Ley 211 en la dictación de resoluciones que aceptaron a trámite una consulta y denegaron conocer un acuerdo extrajudicial celebrado entre FNE y Lan” Agregado a Fojas 109 de Los Autos Caratulados “Acuerdo Extrajudicial entre la Fiscalía Nacional Económica Y Lan Airlines S.A”, Rol AE N°3-11, Seguidos ante el TDLC, n.d., 4.*

⁵¹ TDLC. Resolución Intermedia de 17 de marzo de 2011. Causa Rol NC N°388-11.

⁵² Para mayor profundidad, ver Valdés Prieto, *Informe en Derecho Titulado “Transgresiones al Decreto Ley 211 en la dictación de resoluciones que aceptaron a trámite una consulta y denegaron conocer un acuerdo extrajudicial celebrado entre FNE y Lan” Agregado a Fojas 109 de Los Autos Caratulados “Acuerdo Extrajudicial entre La Fiscalía Nacional Económica y Lan Airlines S.A”, Rol AE N°3-11, seguidos ante El TDLC.*

interés general de la colectividad en materias antimonopólicas, así como la imposibilidad de que dichas atribuciones sean ejercidas por una asociación de consumidores como CONADECUS; (ii) incumplimiento de los requisitos procesales: como lo son la falta de calidad de CONADECUS emanada de la misma Ley de Protección al consumidor; y, por carecer de interés legítimo requerido para la consulta⁵³. (iii) la contravención al sistema voluntario de consultas establecido por el legislador, el cual es claro en la historia de la ley, y las inconveniencias y la ineficiencia que provoca el hecho de que terceros puedan consultar, pudiendo prestarse para el desarrollo de conductas estratégicas u oportunistas que perjudiquen el bien jurídico libre competencia y la libre iniciativa económica⁵⁴.

En virtud de lo anterior, parece correcto señalar que la decisión del TDLC señalada anteriormente a lo menos plantea una cuota de incertidumbre acerca del verdadero carácter voluntario del sistema. En ese sentido, el mayor grado de incertidumbre se produciría a nivel institucional, ya que a la luz de la posibilidad de consultar que el TDLC da a los terceros ajenos a la operación, obsta a pensar que en la actualidad no se pueda hablar de un sistema de consulta voluntario propiamente tal, como había sido la práctica habitual en nuestro derecho hasta dicha Resolución. En virtud de lo señalado, a juicio de este trabajo, aparece como prudente la introducción de criterios claros acerca de lo que se entiende por

⁵³ El profesor Domingo Valdés, señala que no habría interés legítimo, debido a que CONADECUS es titular de: 1) Un **interés irreal**, basado en la confusión de CONADECUS, el cual “por haberle solicitado el TDLC la aportación de antecedentes en ciertos procesos consultivos anteriores, dicho tribunal especializado le ha reconocido legitimidad para consultar” 2) Un **interés espurio**, debido a que CONADECUS posee un “interés inútil y redundante puesto que se funda en que el TDLC debe conocer aquello que necesariamente examinará como consecuencia de la labor realizada hasta la fecha por la FNE”. El Acuerdo necesariamente debía ser evaluado por el TDLC bajo el procedimiento del artículo 39, letra ñ), reglado por el DL 211”. 3) Un **interés hipotético**, de tres maneras: “primero, no sabe si la Operación conculca o no la libre competencia; en segundo lugar, porque en el evento de que ello fuese afirmativo, no sabe si la operación sería aceptada con condiciones mitigadoras o no y en tercer lugar, en el evento que la Operación fuere aceptada con condiciones mitigatorias, no sabe cómo ni cuáles ni cuantas medidas mitigatorias podrían afectar adversamente a CONADECUS.”. En *Ibid.*, 15, 16.

⁵⁴ Valdés Prieto, *Informe En Derecho Titulado “Transgresiones al Decreto Ley 211 en la dictación de resoluciones que aceptaron a trámite una consulta y denegaron conocer un acuerdo extrajudicial celebrado entre FNE y LAN” agregado a fojas 109 de los autos caratulados “Acuerdo Extrajudicial Entre La Fiscalía Nacional Económica Y Lan Airlines S.A”, Rol AE N°3-11, Seguidos Ante El TDLC.*

interés legítimo, o bien, y como han planteado ciertos autores⁵⁵, tal vez sea necesaria alguna solución de mayor entidad como lo sería una reforma legislativa que permita resguardar tanto la eficiencia del sistema como la certeza jurídica buscada por el mismo, ambos pilares fundamentales para un funcionamiento adecuado del control de operaciones de concentración.

Sin perjuicio de lo anterior, esto ha sido recientemente remediado por el TDLC, el cual respecto a una consulta realizada por la misma asociación consumidores ha señalado que: “Que este Tribunal estima que, tratándose de hechos, actos o contratos por ejecutarse o celebrarse, la expresión “quien tenga interés legítimo” contenida en el artículo 18° N° 2 del D.L. N° 211 comprende exclusivamente a quienes proyectan la ejecución o celebración de dichos hechos, actos o contratos, de modo que sólo ellos y la Fiscalía Nacional Económica –por expresa disposición legal– pueden iniciar un proceso no contencioso a su respecto.”⁵⁶

1.4 Finalidad de la potestad consultiva:

1.4.1 Evitar un atentado anticompetitivo:

Desde un punto de vista general, esta finalidad se desprende de la función propia del Decreto Ley 211, cual es la protección de la libre competencia. En ese sentido, se entiende que las operaciones de concentración poseen una importante incidencia tanto en los mercados como los agentes que actúan en ellos (incluyendo a los consumidores), por lo mismo, deben ser ponderadas y evaluadas para evitar los efectos nocivos que puedan tener en la competencia y asegurar, por sobre todo, el libre desenvolvimiento de los mercados.

⁵⁵Por ejemplo, Nehme Z. y Mordoj H., “Diseños Institucionales de Control de Concentraciones.”

⁵⁶ TDLC. Resolución Rol 427-2014, considerando N°5.

Dicho rol preventivo, ha sido encomendado explícitamente al TDLC por el legislador, al señalar expresamente en el Decreto Ley 211, que: “El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente (...) cuya función será **prevenir**, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia (énfasis agregado).⁵⁷”

Desde una óptica más concreta, la Corte Suprema, ha explicado que la finalidad de la potestad consultiva consiste en: “prevenir o evitar la comisión de un injusto monopólico por la vía de pronunciarse sobre un hecho, acto o convención que no se ha ejecutado o celebrado, o advertir sobre las consecuencias nocivas para la libre competencia de la persistencia en un hecho, acto o contrato ya ejecutado o celebrado, solicitándose que aquél cese o éstos sean terminados o bien, de perseverarse en los mismos, éstos sean ajustados a ciertas condiciones que establecerá el propio Tribunal Antimonopólico”⁵⁸. En ese mismo sentido se ha manifestado también el TDLC⁵⁹.

Así, el TDLC buscará realizar un examen de legalidad de la operación antes de que estas se materialicen, analizando los riesgos y las eventuales medidas de mitigación aplicables para el caso de que la operación pueda ser armonizada con el Decreto Ley 211.

Sin perjuicio de lo anterior, aparece como posible que los agentes puedan consultar con posterioridad a la consumación de la operación de concentración⁶⁰. Tal fue el caso de SMU y SDS (Resolución N°43/2012), operación de

⁵⁷ Decreto Ley 211. Artículo 5.

⁵⁸ Valdés Prieto, *Libre competencia y Monopolio* en: Excm. Corte Suprema de Chile. 30.11.2013. Rol N° 346-2013, considerando N°8.

⁵⁹TDLC. Sentencia N° 86/2009, considerando N°2: “Que la mencionada potestad tiene una función preventiva ordenada a evitar o minimizar la posibilidad de que hechos, actos o convenciones determinados, proyectados, ejecutados o celebrados, puedan llegar a lesionar o poner en riesgo la libre competencia o continuar causando daño o poniendo en peligro dicho bien jurídico”.

⁶⁰ A juicio del profesor Domingo Valdés, sólo se podría llevar a cabo una consulta acerca de conductas ya celebradas o ejecutadas si es que estas siguen produciendo efectos jurídicos, puesto que “Sólo tiene sentido poner en movimiento la potestad consultiva allí donde el consultante puede modificar todavía una conducta en contradicción con la libre competencia” en Valdés Prieto, *Libre Competencia y Monopolio*, 616.

concentración respecto a la cual el TDLC señaló en relación a la falta de oportunidad de la consulta, que: “considera relevante hacer notar la inconveniencia de que SMU haya consultado con posterioridad a su concreción una operación que, como es el caso de la que se examinará, es esperable que tenga un impacto significativo en la competencia, dada su envergadura y características de los mercados en los que tiene incidencia. Ello en circunstancias de que dicha compañía pudo consultar a este Tribunal previamente a la materialización de la fusión por incorporación de SDS”⁶¹.

En virtud de lo expuesto, pareciera no ser del todo conveniente llevar a cabo la consulta con posterioridad a la consumación de la operación, puesto que nada obsta a que el TDLC pueda ordenar deshacer la operación, determinar desinversiones y otras medidas que acarrearán costos posiblemente mayores que las medidas eventualmente impuestas en la consulta. Por otro lado, podría darse el caso de que el proceso no contencioso, siguiendo lo señalado por el acuerdo N°2 de auto acordado N°5 del 2004, se torne en contencioso y se impongan las sanciones o multas establecidas en el artículo 26, en infracción al artículo 5 del Decreto Ley 211, todo lo cual fue mencionado por el TDLC en la consulta analizada precedente⁶². En consecuencia, el no consultar podría acarrear no sólo un eventual costo para la empresa, sino que eventualmente un gran costo social.

1.4.2 Certeza Jurídica y cosa juzgada formal:

⁶¹ TDLC. Resolución N°43/2012, parte considerativa N° 7.7.

⁶² Respecto a la consulta realizada por SMU, el TDLC sostuvo que: “en el caso de que una operación de concentración ya materializada represente riesgos importantes para la competencia en uno o más mercados, este Tribunal puede verse en la **necesidad de imponer como condición la realización de desinversiones o derechamente declararla contraria a la libre competencia**, lo que obligaría a deshacerla parcial o totalmente, todo lo cual puede resultar muy costoso, tanto para las empresas involucradas en la operación en cuestión como desde un punto de vista social. Por otra parte, **en caso de que se interponga una demanda o requerimiento o que se presenten una o más oposiciones en los términos del numeral 2° del Auto Acordado N° 5/2005 -y se tuviese por configurada una infracción al artículo 3° del D.L. N° 211 en el proceso respectivo-**, este Tribunal incluso podría llegar a imponer cualquiera de las sanciones del artículo 26 del dicho cuerpo legal, todo lo cual podría resultar en consecuencias aún más gravosas desde el punto de vista privado y social. (énfasis agregado)” Ibid., parte considerativa N°7.9; En ese sentido también, Valdés Prieto, *Libre Competencia y Monopolio*, 618.

Desde la perspectiva de los agentes económicos, parece razonable que exista algún mecanismo mediante el cual se pueda prever si es que la concreción de una determinada operación significará un riesgo para la libre competencia, sobretodo atendiendo la magnitud de algunas de ellas, las cuales, por su tamaño, tenderán a preferir una calificación *ex ante* de la operación, que una sanción *ex post*.

Asimismo, lo anterior se ve motivado por ciertos aspectos de nuestra legislación que por su vaguedad hacen necesario un pronunciamiento de la autoridad, lo que a su vez constituye el fundamento de la potestad consultiva radicada en el TDLC. Así, siguiendo al profesor Domingo Valdés, se identifican como problemas, los siguientes⁶³:

i) El Decreto Ley 211, en su artículo 5, no establece claramente cuáles son las situaciones ilícitas sancionadas por el derecho de la libre competencia, puesto que establece “un tipo universal extremadamente vago”⁶⁴, limitándose sólo a dar algunos ejemplos de hipótesis en las cuales se vulneraría el derecho de la competencia.

ii) Las decisiones del TDLC no son vinculantes, por lo que no hay certeza de que una misma operación de concentración sea tratada de igual forma que otra. Además, dadas las particularidades de cada caso, que consideran elementos tales como mercado relevante, concentración del mercado, entre otros, hacen difícil que la solución de un caso sea aplicable a otro.

iii) La potestad reglamentaria externa del TDLC no ha contribuido mayormente en esta materia, ya que cada vez que lo ha hecho, ha sido para referirse a mercados particulares y no a cuestiones generales.

⁶³ Ibid., 633, 634.

⁶⁴ Ibid., 633.

iv) Las decisiones del TDLC son esencialmente dinámicas y dependen tanto del desarrollo jurisprudencial, como de las nuevas tendencias en materia de libre competencia.

Dicha necesidad de otorgar certeza jurídica a los distintos actores del mercado (dentro de ellos también se incluyen a las autoridades que así lo soliciten), se ve satisfecha en nuestra legislación a través del artículo 32 del Decreto Ley 211, el que para dichos efectos señala que: **“Los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia, sino en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo”** (énfasis agregado)⁶⁵.

En consecuencia, el consultante, tras someterse a la consulta, y siendo esta favorable, puede llevar a cabo la operación de manera lícita siempre que cumpla con lo dispuesto por el Tribunal. A su vez, y en virtud del artículo 32, la Resolución del TDLC podrá producir el efecto de cosa juzgada formal. Al respecto, el Tribunal ha señalado que: “sobre la base de nuevos antecedentes la cuestión puede renovarse mediante un nuevo proceso de carácter contencioso o no contencioso ante este Tribunal. Esto es lo que se conoce en doctrina como cosa juzgada formal que tiene como característica la de la inimpugnabilidad, pero carece de inmutabilidad (ver Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, tercera edición, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1958, pp. 416 y siguientes)”⁶⁶. En relación a lo anterior, cabe precisar que a consecuencia de la introducción del recurso de reclamación por parte de la ley 20.361 de 2009 cabrá hablar de cosa juzgada formal toda vez que el recurso de reclamación haya precluido o haya sido rechazado, puesto que sólo de esa manera estaríamos frente a una sentencia inimpugnable.

⁶⁵ Decreto Ley 211. Artículo 32.

⁶⁶ TDLC. Resolución N°8/2005, considerando N°3.

Esta función de seguridad jurídica ha sido ampliamente reconocida por diversas autoridades, así, el TDLC en su auto acordado N° 5 de 2004 señaló respecto a la finalidad del proceso no contencioso, que este: “(...) tiene precisamente por objeto obtener de este Tribunal un pronunciamiento orientado a **otorgar o a denegar a la parte consultante la certeza jurídica** que establece el artículo 19 del DL 211. (Énfasis agregado)”⁶⁷. Asimismo, dicha finalidad ha sido recogida tanto por el TDLC a través de sus Resoluciones, como por pronunciamientos de la Excma. Corte Suprema⁶⁸.

1.4.3 Reducción de costos:

Si bien el control de operaciones de concentración tiene una dimensión principalmente jurídica, no hay que desconocer que desde un punto de vista externo, cualquier diseño institucional debe considerar tanto los costos para la autoridad como para los usuarios del sistema.

Así, al momento de describir la voluntariedad de la potestad consultiva como característica de la misma, se señaló que la elección de este sistema implicaba un no despreciable ahorro de recursos tanto humanos como técnicos para la autoridad, circunstancia a la que habría que sumar los eventuales costos

⁶⁷ TDLC. Auto Acordado N° 5/2004.

⁶⁸ Por ejemplo, en la Resolución N° 24 /2008, parte considerativa, N°8, el TDLC señaló para dichos efectos, que: “Tal labor preventiva, tiene por objeto **entregar certeza jurídica ex-ante, con los beneficios establecidos en el artículo 32 del Decreto Ley N° 211 y con carácter vinculante para los agentes económicos que voluntariamente lo consulten**, respecto de la compatibilidad entre los efectos, actuales o potenciales, de dicho hecho, acto o convención, y la libre competencia en uno o más mercados en particular y, por lo tanto, respecto de su juridicidad.” (énfasis agregado); En ese mismo sentido, la Excma. Corte Suprema (20.11.2009), en su Sentencia Rol N° 346-2013, considerando N°6, señaló que: “Ello ocurre entonces en ejercicio de la **denominada potestad consultiva preventiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para absolver consultas conducentes a otorgar certeza mínima a los actores del mercado al calificar o determinar la eventual contradicción entre un hecho, acto o convención singular y la libre competencia apreciada en un mercado relevante concreto**. No tiene por finalidad sancionar un injusto monopolístico específico a través de los momentos jurisdiccionales, sino que se trata de medidas correctivas o prohibitivas dispuestas según las particularidades de cada caso, las que se adoptan con miras a restablecer o permitir la sana competencia (énfasis agregado)”.

privados y sociales que se evitarían en caso de no poder consultar respecto a una operación determinada.

En relación a los costos institucionales, el profesor Aldo González y Daniel Benítez⁶⁹, han señalado que uno de los principales defectos de los sistemas obligatorios es que en estos las agencias encargadas del control de las operaciones de concentración deben analizar el total de las operaciones, las que la mayor parte de las veces no serán contrarias a la libre competencia⁷⁰. Lo anterior, no sucede en los sistemas voluntarios como el de Chile donde, mediante un sistema de incentivos *ex ante*, y la posibilidad de una sanción *ex post*, existiría una suerte de autoselección de aquellos casos de mayor magnitud, los cuales presenten una mayor posibilidad de lesionar la libre competencia, lo que implica un gran ahorro tanto desde un punto de vista de recursos públicos como coste de oportunidad de desplegar el capital humano de las agencias a otros asuntos.

En relación a lo anterior, a la larga parece menos costoso obtener la aprobación del TDLC mediante la consulta. En ese sentido, el TDLC ha señalado, que: “En Chile, el legislador optó por no establecer un sistema de control preventivo obligatorio de operaciones de concentración económica, como existe en muchos países del mundo. Ello, si bien implica el riesgo de que eventualmente se lleve a cabo sin previa consulta una operación de concentración que afecte gravemente la libre competencia, con los costos privados y sociales que implicaría su revisión y sanción a posteriori, evita por otra parte los costos y demoras en la ejecución de negocios que implican las consultas previas en una gran mayoría de casos en que dichas operaciones no son en modo alguno contrarias a la libre

⁶⁹ Gonzalez y Benitez, *Optimal Pre-Merger Notification Mechanisms - Incentives And Efficiency Of Mandatory And Voluntary Schemes*.

⁷⁰ De acuerdo con las estadísticas, en EEUU cerca del 95% de las transacciones reportadas bajo la HSR (Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act), no resultaron nocivas para la competencia. Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice, “Commentary on the Horizontal Merger Guidelines,” March 2006, 6, <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/215247.htm>.

competencia”⁷¹. Algo similar ha sido señalado Federal Trade Commission (FTC) de EEUU⁷².

Sin embargo, todo el andamiaje del control voluntario dependerá de que los incentivos funcionen de manera adecuada y que las medidas aplicadas por el TDLC en el ejercicio de la potestades sancionatorias contenidas en el artículo 26 hagan más conveniente consultar que no hacerlo. En ese sentido, los profesores González y Benítez señalan, que: “La superioridad del mecanismo voluntario recae fuertemente en la capacidad de la legislación antimonopólica de responder a las fusiones anticompetitivas que omitan la notificación. Si es que los instrumentos, como multas, no son suficientes para inducir la notificación, entonces las ventajas de un sistema voluntario desaparecen y muchas fusiones anticompetitivas serán consumadas”⁷³.

1.5 Alternativas del TDLC frente a una consulta:

Las distintas alternativas que tiene el TDLC frente a una consulta, dependerán de la naturaleza y características propias de la operación consulta así como su aptitud de lesionar la libre competencia. En ese sentido, si ésta es lícita, el TDLC no tendrá más alternativa que aprobarla de manera pura y simple. En la otra vereda, si es que el Tribunal considera que la operación presenta riesgos que permitan concluir que esta derivará en un atentado anticompetitivo, deberá intentar

⁷¹ TDLC. Resolución N °24/2008, parte considerativa, N° 7.

⁷² En un sentido similar, y a propósito del mismo fenómeno, la Federal Trade Commission (FTC) de EEUU, ha señalado: (“que cualquier intento por restablecer la competencia después de que una operación que ya se haya concretado es muy costosa tanto para las partes como para la sociedad. Por lo mismo, la revisión previa ayuda a determinar qué operaciones de concentración tienen riesgo de ser anticompetitivas, de modo de poder impugnarlas a tiempo cuando la acción de las medidas, condiciones o remedios son más efectivas”) Traducción del autor, en: Federal Trade Commission’s Premerger and Notification Office, “Guide I - What Is the Premerger Notification Program? An Overview,” 1, consultado el 27 de diciembre, 2013, <http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/premerger-introductory-guides/guide1.pdf>. p.1

⁷³ Gonzalez y Benitez, *Optimal Pre-Merger Notification Mechanisms - Incentives And Efficiency Of Mandatory And Voluntary Schemes*, 24. Traducción del autor: (“The superiority of the voluntary mechanism strongly relies on the ability of the antitrust system to promptly respond to anticompetitive mergers that omit notification. If the instruments, like fines, are not enough to induce notification, then the advantages of the voluntary regime disappear and some large anticompetitive mergers will be consummated”).

armonizar la operación con lo el Decreto Ley 211, estableciendo medidas de mitigación para dicho efecto. Por último, si es que el Tribunal concluye que la operación conlleva el riesgo de atentar contra el Decreto Ley 211, y no puede ser salvada mediante la imposición de medidas de mitigación, no tendrá otra opción más que rechazarla⁷⁴.

Es importante adelantar que sin importar el tamaño de la operación consultada ni su apariencia, el Tribunal no podrá realizar una valoración negativa *a priori* de dicha operación, siendo necesario que el TDLC analice la operación en su propio mérito y la resolución sea basada en argumentos técnicos y jurídicos respaldados por evidencia, todo lo cual deberá ser explicado al momento de justificar la decisión. En ese sentido, ha sido señalado por la Corte Suprema y el TDLC⁷⁵.

Lo anterior, será expresión del derecho a desarrollar cualquier actividad económica, consagrado en la Constitución Política, así como del hecho que muchas veces las operaciones de concentración traerán aparejados de más beneficios que riesgos. En ese sentido, la FNE ha afirmado que: “las operaciones de concentración resultan mayoritariamente positivas, e incluso cruciales para el desarrollo de una sana y vigorosa economía de mercado”⁷⁶. Lo anterior, ha derivado en una especie de principio de licitud de las operaciones de concentración, el cual será abordado extensamente en la sección siguiente.

⁷⁴ En ese sentido, el profesor Domingo Valdés ha señalado que: “Si el hecho, acto o convención debe ser prohibido, sólo puede serlo por estar acreditado su encuadramiento en el tipo universal antimonopólico contemplado en el Decreto Ley 211, y, por contraste, si aquel hecho acto o convención no puede ser prohibido por tal concepto, tampoco podrá ser corregido a través de condiciones o medidas propiamente tales, por tanto, deberá ser permitido.” en Valdés Prieto, *Libre Competencia y Monopolio*, 627.

⁷⁵ TDLC. Resolución N° 24/2008, parte considerativa, N° 12: “En nuestro ordenamiento jurídico, tal como sucede en el derecho comparado de la competencia, no existe una valoración negativa *a priori* de la concentración de empresas. Es por eso que en los procedimientos de control de concentración empresarial, este Tribunal, junto con realizar un estudio necesariamente prospectivo— para concluir si una operación determinada tiene o no la aptitud de provocar, con una significativa probabilidad, efectos anticompetitivos”.

⁷⁶ Fiscalía Nacional Económica, “Guía Para El Análisis de Operaciones de Concentración,” octubre de 2012, 4, <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>.

1.5.1 Aprobación pura y simple:

Si es que la operación de concentración no presenta riesgos anticompetitivos, esta deberá necesariamente ser autorizada por el TDLC, entregando con esto la certeza o inmunidad que garantiza el ya mencionado artículo 32 del Decreto Ley 211.

Sin perjuicio de lo anterior, a la fecha, el TDLC se ha mostrado renuente a aprobar las fusiones de manera pura y simple, sin establecer medidas de mitigación. De hecho, al día de hoy sólo lo ha hecho en una sola ocasión. Se trata de la Consulta hecha por Cencosud sobre arriendo de cinco supermercados en las ciudades de Rancagua, Doñihue, Graneros y San Francisco de Mostazal, todos operados por Comercial Condell⁷⁷, en la que el TDLC incluso no reparó en las eficiencias de la operación por considerarlo innecesario, ya que estimó que la operación no revestía ningún riesgo para la competencia. Así, en su parte resolutive señaló que: “este Tribunal concluye que no existe en autos mérito para negar o condicionar a las Consultantes la posibilidad de materializar la operación consultada”⁷⁸.

1.5.2 Aprobación de la operación estableciendo medidas mitigación⁷⁹:

Se ha señalado en este trabajo que muchas veces las operaciones de concentración traerán aparejados riesgos anticompetitivos, los cuales pueden ser de carácter unilateral, manifestados a través del abuso del poder de mercado o riesgos de coordinación los que se producirán como consecuencia de un mayor riesgo de ilícitos colusorios asociados a la disminución de los competidores como consecuencia de la fusión. Sin perjuicio de aquello, en la gran mayoría de estos casos estos riesgos podrán ser salvados a través de las denominadas “medidas de mitigación” que puede establecer el TDLC para viabilizar la operación y de este

⁷⁷ TDLC. Resolución 33/2011. Parte resolutive, sec. 9.

⁷⁸ Ibid.,

⁷⁹ Estas serán estudiadas en profundidad en el próximo capítulo.

modo impedir que dichos riesgos anticompetitivos sean desplegados una vez concretada la operación de concentración.

La atribución que tiene el TDLC para establecer medidas de mitigación proviene del artículo 18 N°2 del Decreto Ley 211, que para dichos efectos señala que dicho Tribunal tiene la potestad para: “conocer (...) los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, **para lo cual, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos**” (énfasis agregado). A su vez, el artículo 3 del Decreto Ley 211, al referirse al injusto monopólico, señala que “será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las **medidas preventivas, correctivas o prohibitivas** que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan **disponerse en cada caso**” (énfasis agregado).

En consecuencia, las denominadas condiciones o medidas de mitigación permitirán hacer viable una operación de concentración toda vez que tienen por objeto aminorar o eliminar los riesgos anticompetitivos creados por la operación, los tengan probabilidad de materializarse y vulnerar las disposiciones del Decreto Ley 211. En otras palabras, y como ha manifestado el profesor Domingo Valdés, “la única justificación lógica de las condiciones o medidas propiamente tales impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a un hecho, acto o convención consultado será la remoción de la tipicidad y de la antijuridicidad que afecta a aquellos”⁸⁰.

Así, entonces, aquella firma que consulte obtendrá la inmunidad del artículo 32 del Decreto Ley 211, siempre que dé cumplimiento a las medidas correctivas señaladas por el Tribunal.

1.5.3 Rechazo de la operación consultada:

⁸⁰ Valdés Prieto, *Libre Competencia y Monopolio*, 627.

Gran revuelo causó la decisión del TDLC en relación a la consulta presentada por D&S y Falabella⁸¹, la cual puso en la palestra la facultad que tendría el TDLC en relación a la posibilidad de simplemente rechazar una operación de concentración, sin siquiera establecer medidas que posibiliten su materialización. Esta decisión, que no tenía precedentes en la anterior jurisprudencia del TDLC, fue el punto de partida que permitió discutir si es que acaso esta hipótesis estaba contemplada en nuestra legislación.

El TDLC, en la parte resolutive de su Resolución, estableció que tanto la aprobación pura y simple como la imposición de medidas de mitigación no eran caminos posibles para el caso analizado. Los argumentos esgrimidos por el Tribunal fueron de diversa índole y apuntaban en general a la complejidad del mercado del *retail* integrado, así como al tamaño del mercado en nuestro país y a las barreras de entrada de las diversas áreas que componían el *retail* integrado, lo que harían difícil la desafiabilidad de los mercados involucrados en caso de concretarse la operación⁸².

En ese sentido, al referirse a los riesgos de la operación consultada, señaló que: “En definitiva, y en cuanto a la naturaleza y extensión de los riesgos anticompetitivos detectados en esa resolución, este Tribunal concluye que tales riesgos son: (i) actuales o inminentes; (ii) graves y serios; y, (iii) posibles y probables”⁸³. Riesgos frente a los cuales no cabrían medidas que pudiesen restablecer la competencia ya que, en palabras del mismo TDLC: “no es viable establecer medidas de mitigación o condiciones que puedan minimizar los riesgos anticompetitivos asociados a dicha operación”⁸⁴. Lo anterior, fue justificado además, en virtud de que, a juicio del TDLC, resultaba imposible la imposición de

⁸¹ TDLC. Resolución N°24/2008.

⁸² Ibid., parte considerativa, N° 263.

⁸³ Ibid., N° 224.

⁸⁴ Ibid., N° 258.

medidas de mitigación “que no resulten arbitrarias. Las que, además, muy probablemente serían ineficaces e ineficientes”⁸⁵.

Sin perjuicio del fondo del asunto, lo que no resultaba del todo claro era si es que el TDLC tenía la atribución normativa para rechazar una consulta. Lo anterior, fundamentado en el hecho de la inexistencia de norma expresa en ese sentido. Asimismo, la inexistencia de un mecanismo que permitiera revisar un eventual rechazo reforzaba la tesis de que el TDLC no se encontraba dotado de la potestad para rechazar una operación de concentración sometida a consulta.

En ese sentido, algunas opiniones se levantaron señalando que el TDLC no se encontraba facultado para rechazar una operación de concentración sometida a su consulta, sino que, en silencio de ley, sólo podía limitarse a aprobarla de manera pura y simple o con condiciones, puesto que de lo contrario se estaría conculcando el artículo 19 N°21 de la Constitución Política, que consagra el derecho a desarrollar cualquier actividad económica⁸⁶. Otros, argumentaron en el mismo sentido, criticando que la decisión del TDLC señalando que el Decreto Ley 211 no se colocaba en la hipótesis de rechazo⁸⁷.

Por otro lado, un sector de la doctrina, sin necesariamente compartir el fondo del fallo, abrazó la posibilidad de que el TDLC pudiera derechamente rechazar la operación de concentración. En ese sentido, el profesor Francisco Agüero manifestó que: “Si bien era factible la denegación de la autorización,

⁸⁵ Ibid., párr. 260.

⁸⁶ En ese sentido, Díaz de Valdés José Manuel, señalo que: La negativa a la fusión en comento, sin embargo, dejó en evidencia que esta garantía básica no es plenamente respetada por la institucionalidad y los procedimientos llamados a velar por la libre competencia. Es así como la Ley de Defensa de la Libre Competencia (la "Ley") no autoriza al TDLC a prohibir la celebración de fusiones o contratos, sino sólo a imponer condiciones a los mismos" en: Díaz de Valdés José Manuel, “Derechos Constitucionales y Libre Competencia,” *El Mercurio*, 22 de febrero de 2008, <http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id=%7B2db9a7d7-da65-499a-96e8-ea6774f696a5%7D>.

⁸⁷ “Enrique Barros. El Día de La Incompetencia,” *Revista Capital*, consultado el 21 de enero, 2014, <http://www.capital.cl/poder/enrique-barros-el-dia-de-la-incompetencia/>.

creemos que sí era posible establecer medidas de mitigación más severas que las ofrecidas por las consultantes, como una alternativa al rechazo.”⁸⁸

Lamentablemente, la discusión se mantuvo abierta principalmente por falta de medios idóneos que permitieran impugnar la decisión del TDLC y que permitieran dar luces acerca de la posibilidad de rechazo. Sólo la modificación que introdujo la ley 20.361 de 2009⁸⁹ posibilitó que mediante recurso de reclamación se pudiese impugnar una resolución que rechaza una operación de concentración. Sin embargo, hubo que esperar hasta el año 2012 para que la discusión quedara totalmente enterrada.

El 23 de abril de 2012, el TDLC rechazó por segunda vez en su historia una operación de concentración. Los afectados en esta ocasión fueron Quiñenco S.A, que pretendía la adquisición de activos de Terpel S.A. El TDLC, en dicha ocasión, junto con rechazar la operación, se detuvo en explicar las disposiciones en que se ampara. Para dichos efectos, señaló que “se ha presentado en autos un caso en el que el interés privado de llevar a cabo una actividad económica pugna con el interés público de resguardar la libre competencia, razón por la cual este Tribunal debe actuar en virtud de lo dispuesto en el artículo 5°, en relación con los artículos 1° y 2°, todos del Decreto Ley N° 211 y prevenir las lesiones y restricciones a dicho bien jurídico previstas en el artículo 3 del mismo cuerpo legal.”⁹⁰ Asimismo, también señaló que su posibilidad de actuar rechazando la operación derivaría del artículo 5° del Decreto Ley 211, el cual “encomienda a este tribunal, entre otras, la

⁸⁸Francisco Agüero, “Rol de Las Medidas de Mitigación o Condiciones Impuestas Para Aprobar Operaciones de Concentración: Un Análisis Aplicado Al Sector Retail,” en *Libre Competencia y Retail: Un Análisis Crítico*, por Paulo Montt R. y Nicole Nehme Z., 1a. edición. Santiago de Chile: Abeledo Perrot, 2010). Asimismo, Pfeffer Francisco, “¿Tiene El Tribunal de Defensa de La Libre Competencia Facultades Para No Autorizar Una Fusión?. A Propósito Del Frustrado Caso de Fusión de Falabella Y D&S - Pfeffer & Asociados – Abogados,” consultado el 21 de enero de 2014, <http://www.pfeffer.cl/falabella-y-ds-%C2%BFtiene-el-tribunal-de-defensa-de-la-libre-competencia-facultades-para-no-autorizar-una-fusion/>.

⁸⁹ Modifica el último inciso del artículo 31, reemplazando la oración "Las resoluciones que fijan condiciones que deban ser cumplidas en actos o contratos podrán también ser objeto de recurso de reclamación." por "Las resoluciones de término, sea que fijan o no condiciones, sólo podrán ser objeto del recurso de reclamación a que se refiere el artículo 27 (...)."

⁹⁰ TDLC. Resolución N° 39/2012, parte considerativa, N° 11.9.

función de prevenir atentados a la libre competencia con el objeto de resguardar el interés público. Ello implica que, en ocasiones, deberá limitar o derechamente prohibir determinadas operaciones económicas específicas, sometidas a su conocimiento, para proteger el proceso competitivo en mercados concretos.”⁹¹

Sin embargo, La Corte Suprema, conociendo del recurso de reclamación presentado por los consultantes, los que buscaban dejar sin efecto la decisión del TDLC, vino a zanjar de manera definitiva la discusión en torno a la posibilidad de rechazar una operación de concentración. En ese sentido, mientras que la Corte Suprema reconocía la hipótesis que permitía rechazar una operación de concentración, revocaba la decisión del TDLC, dando luz verde a la operación.

En lo concerniente a la potestad del TDLC para rechazar una operación de concentración sometida a su conocimiento señaló que: “No hay duda de que el Tribunal referido a la luz de los citados artículos 18 N° 2 y 31 del D.L. N° 211 se encuentra facultado para aprobar las consultas sometidas a su conocimiento, estando autorizado también para fijar las condiciones o medidas de mitigación que deben ser cumplidas por los agentes económicos vinculados a la consulta de una operación de concentración o fusión, **o denegar la solicitud que le fuese hecha**. Así en la historia fidedigna del establecimiento del artículo 31 del Decreto Ley N° 211 se expresa que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el ejercicio de su facultad consultiva se encuentra autorizado para aprobar un acto, contrato o hecho pura y simplemente, aprobarlo con condiciones e incluso puede pronunciarse negativamente respecto de la operación sometida a consulta”. (énfasis agregado)⁹².

En cuanto al fondo, el máximo Tribunal, señaló que “no existen fundamentos concretos que permitan arribar a la convicción de que la operación

⁹¹ Ibid., parte considerativa, N° 11.10.

⁹² Excma. Corte Suprema de Chile. 02.01.2013. Rol N°3993-2012, considerando N°9.

consultada tendrá efectos negativos o perniciosos para la libre competencia”⁹³ y estimando además que “la prohibición de la operación no es proporcional al eventual riesgo que trata de evitar”⁹⁴. Finalmente, la operación de concentración fue aprobada y la Corte Suprema estableció a su vez medidas de mitigación, basándose en el informe emitido por la FNE en estrados, terminando definitivamente con la discusión acerca de la potestad del TDLC para rechazar operaciones de concentración consultadas.

1.6 Principio de licitud de las operaciones de concentración:

Tanto la imposición de medidas de mitigación como el rechazo de una operación sometida a consulta, importarán necesariamente la limitación de una o más garantías constitucionales, la cual generalmente será parcial en el caso de las medidas de mitigación y total bajo la hipótesis de rechazo. Así, garantías como el derecho a desarrollar cualquier actividad económica (Art. 19, N°21, inc. 1°), la libertad para adquirir todo tipo de bienes (Art. 19, N°23), derecho de propiedad sobre bienes corporales e incorporeales (Art. 19, N°24) se verán generalmente restringidas por las decisiones del TDLC en el marco del ejercicio de su potestad consultiva.

Sin embargo, se ha asentado tanto en la doctrina como la jurisprudencia la excepcionalidad en relación a la posibilidad de limitación de dichas garantías en todo ámbito. En efecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que las limitaciones a los derechos fundamentales deben hallarse señaladas en la misma Constitución Política, respeto el principio jurídico de la igualdad y establecerse determinación y bajo parámetros incuestionables, esto es, razonables y justificados.⁹⁵ Lo anterior, es de toda razón, ya que las garantías fundamentales deberían ser, en principio, respetadas y limitadas sólo en cuanto entren en colisión con otros preceptos o

⁹³ Ibid., considerando N°31.

⁹⁴ Ibid.,

⁹⁵ Tribunal Constitucional de la República de Chile. Rol N°226-1995. En: Domingo Valdés Prieto, *Nuevas Tendencias Del Moderno Derecho Económico*, ed. Domingo Valdés Prieto y Omar Vásquez Duque, 1a. edición (Santiago de Chile: Legal Publishing Chile : Thomson Reuters, 2014), 127.

derechos que tengan mayor relevancia, en un caso concreto. De lo anterior se deduce que los derechos señalados, materializados genéricamente en la garantía a desarrollar cualquier actividad económica, podrán ser limitados sólo excepcionalmente, lo que lo que podrá ocurrir, por ejemplo, por una norma que haga preferir el bienestar social por sobre dichas garantías. En ese sentido, el Decreto Ley 211 al ser una norma de orden público económico, podría imponer restricciones, siempre que esto sea excepcional.

En relación a lo anterior, el Profesor Domingo Valdés ha planteado en su trabajo “El Principio Jurídico de la Inocencia en las Consultas Antimonopólicas” la necesidad de hacer extensivo el principio jurídico de inocencia a las consultas conocidas por el TDLC en virtud de su potestad consultiva. Lo anterior a consecuencia de ser un principio general, uniformador y transversal de nuestro derecho. En efecto, el principio en comento ha tenido amplia recepción dentro de nuestro derecho, y ha sido desglosado por nuestro Tribunal Constitucional a partir de diversas garantías constitucionales, tales como: el derecho a un procedimiento racional y justo (Artículo 19 N°3 inc. 5 de la Constitución Política); La prohibición de presumir la responsabilidad [penal] (Artículo 19 N°3 inc.6 de la Constitución Política), en armonía con el derecho a la libertad individual y la seguridad de que los preceptos legales que regulen o limiten las garantías constitucionales no pueden afectar la esencia de las mismas⁹⁶.

En consecuencia, este carácter transversal de dicho principio, en conjunto con las garantías constitucionales que velan por la libre iniciativa en materia económica, deberán necesariamente desembocar en un principio de licitud de la operación, salvo cuando la operación signifique un atentado o una puesta en peligro del bien jurídico libre competencia. Lo señalado, ha sido refrendado en reiteradas instancias, tanto por el TDLC como la Corte Suprema. Al respecto, esta última ha señalado, que: “En nuestro ordenamiento jurídico, tal como sucede en el

⁹⁶ Tribunal Constitucional de la República de Chile., Rol N° 1584-2010, considerando 33, en: *Ibid.*, 118.

derecho comparado de la competencia, no existe una valoración negativa a priori de la concentración de empresas”⁹⁷.

Sin perjuicio de lo señalado, el carácter excepcional que conlleva la eventual limitación de garantías fundamentales, plasmadas a través de las medidas de mitigación o el rechazo de una operación, hacen necesario que el reconocimiento del principio de licitud se vea materializado en la resolución, mediante la cual el TDLC debería señalar exactamente los riesgos que motivan la imposición de una medida de mitigación o el rechazo, fundamentando cómo es que dichas medidas pueden mitigarlo, en caso de que esto sea posible. Esto tiene sentido, toda vez que de lo contrario sería extremadamente fácil vulnerar dicho principio, siendo el deber de fundar la sentencia el único límite posible para una eventual arbitrariedad.

En otras palabras, el TDLC tendrá el deber de fundamentar la calificación de ilicitud de la operación con evidencia. Lo anterior, según señala el profesor Domingo Valdés, debido a que “la mencionada fundamentación sustenta la convicción del juzgador y motiva la sentencia o resolución respectiva”⁹⁸. Para efectos de ponderar dicha evidencia, el autor antes mencionado propone tres criterios o ‘notas’ que debería reunir ésta para que sea apta para desvirtuar el principio de licitud de la operación. Estos criterios o notas se expondrán a continuación, haciendo hincapié en que –a juicio de este trabajo- estos serán válidos tanto para la hipótesis de rechazo como para la de establecimiento de medidas de mitigación, toda vez que ambos importan una limitación de garantías constitucionales, diferenciándose sólo en cuanto al grado en que estas se ven afectadas.⁹⁹

⁹⁷ Excma. Corte Suprema de Chile. 02.01.2013. Rol N° 3993-2012, considerando N°8. Ver también Corte Suprema. 30.11.2013. Rol 346-2013, considerando N°9.

⁹⁸ Valdés Prieto, *Nuevas Tendencias Del Moderno Derecho Económico*, 121.

⁹⁹ Para mayor profundidad, consultar: Valdés Prieto, *Nuevas Tendencias Del Moderno Derecho Económico*.

a) Realidad: Existencia objetiva de la evidencia y constancia de la misma en el expediente respectivo. Por otro lado, se vulnerará este criterio si: (i) la evidencia no existe; y, (ii) existiendo la evidencia esta no consta en el expediente.

b) Suficiencia: La evidencia deberá ser completa para formar convicción, y por otra parte, apta para desvirtuar el principio de licitud de la operación. Por tanto la evaluación de los riesgos anticompetitivos, la aptitud causal y la probabilidad del resultado serán fundamentales en esta sede.

c) Validez: La evidencia será válida toda vez que sea:

(i) Lícita: obtenida sin vulneración de derechos fundamentales del investigado;

(ii) Aportada por quién corresponda: En virtud del Auto Acordado N°12/2009, la información deberá ser – en principio - acompañada por los consultantes y con posterioridad por los demás intervinientes¹⁰⁰. Sin embargo, el TDLC para poder desvirtuar el principio de licitud, deberá velar por la integridad de los antecedentes, por lo que de no ser suficientes, tendrá el deber de solicitar antecedentes a los intervinientes en virtud de la atribución señalada en el artículo 31 N°5 del Decreto Ley 211 para dicho efecto, *so pena* de no contar con evidencia suficiente para declarar la ilicitud de la operación;

(iii) Valoración racional y razonada de las pruebas: La valoración deberá ser fundada, carente de arbitrariedad y ceñida al principio del in dubio pro-reo, en el sentido de que al existir dudas, deberá preferirse aquella alternativa que sea compatible con la operación.

En consecuencia, el Tribunal deberá evaluar la existencia de riesgos anticompetitivos considerados ilícitos en virtud del Decreto Ley 211, los cuales

¹⁰⁰ Los cuáles serán: i) La FNE; ii) las autoridades públicas directamente involucradas; (iii) agentes económicos relacionados con la materia, y iv) quienes tengan interés legítimo.

justifiquen la limitación de los derechos de los consultantes mediante medidas de mitigación o el rechazo de la operación consultada. Para llegar a dicha convicción, el Tribunal deberá valerse de todos los medios que estén a su alcance de modo de lograr desvirtuar el principio de licitud que recae sobre ella, debiendo necesariamente hacer explícitos los razonamientos en relación a los riesgos detectados y cómo éstos son aptos para afectar la libre competencia. En otras palabras, al existir garantías constitucionales comprometidas, el TDLC deberá guardar especial cuidado al momento de fundar la resolución que contenga limitaciones a dichos derechos para así evitar arbitrariedades.

CAPITULO 2: FUNDAMENTOS ECONÓMICOS DE LAS DECISIONES DEL TDLC EN OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN:

2.1 Consideraciones preliminares:

El presente capítulo tiene por objetivo abordar aquellos aspectos económicos que serán determinantes para el destino de la operación de concentración sometida a la potestad consultiva del TDLC. En efecto, la aprobación pura y simple, la imposición de medidas de mitigación y un eventual rechazo dependerán principalmente de los aspectos económicos que pueda tener la operación de concentración en un mercado determinado. Para lograr este objetivo, el Tribunal deberá valerse de toda la evidencia cuantitativa y cualitativa que pueda recabar, además de las distintas herramientas econométricas que estén a su alcance para determinar si es que una operación es o no riesgosa en virtud del Decreto Ley 211.

En relación a lo anterior, hoy es posible afirmar que el TDLC ha abandonado la visión estructuralista que muchas veces tenían las antiguas Comisiones, la cual suponía que las operaciones de concentración, al disminuir el número de competidores, eran necesariamente contrarias a la libre competencia

como consecuencia de una mayor concentración¹⁰¹. Sin embargo en la actualidad dicha tendencia ha sido prácticamente abandonada. En ese sentido, si bien la participación de las empresas en el mercado juega un rol relevante, no será lo único que considerará el TDLC al momento de analizar los eventuales riesgos y beneficios de la operación. En efecto, elementos como las características propias del mercado, las barreras de entrada y las eficiencias, entre otros, serán igualmente relevantes al momento de analizar una operación.

Asimismo, se podrá constatar en la Sección II de este trabajo que ha existido un evidente avance en el grado de sofisticación en los fundamentos de las resoluciones que para dicho efecto ha dictado el Tribunal, las cuales decantan en soluciones (principalmente medidas de mitigación) cada vez más complejas, las que sirven de mejor manera para cubrir los riesgos generados por la operación. Lo anterior, puede explicarse tanto por el ejercicio de la práctica judicial, como por la creciente necesidad de tecnificación demandada por operaciones cada vez más complejas desde un punto de vista económico.

Así las cosas, al momento de analizar una fusión u operación de concentración, el TDLC se hará de diversos elementos de análisis que le servirán para llegar a la convicción acerca de si la operación es o no nociva para la libre competencia. Algunos elementos a los que el Tribunal ha recurrido con frecuencia y que serán analizados en este capítulo son: (i) mercado relevante; (ii) participaciones de mercado y concentración; (iii) potenciales efectos anticompetitivos; (iv) condiciones de entrada al mercado; y, (v) contrapesos a los efectos anticompetitivos y eficiencias.

Sin embargo, antes de entrar en el análisis de cada uno de estos elementos, existen ciertas características y principios del análisis del TDLC que resulta necesario aclarar de manera preliminar. Características que se presentan a continuación:

¹⁰¹ María de la Luz Domper y Jorge Tarziján, "Operaciones de Concentración Horizontal," 284.

a) Aplicación al caso concreto

Un principio esencial del análisis del TDLC es que tanto éste como las consecuencias derivadas de la resolución deben aplicarse sólo en relación a la consulta que motivó la intervención del Tribunal. En ese sentido, el TDLC no podrá hacer extensivas soluciones de una resolución anterior, así como tampoco podrá fundamentar su análisis en evidencia aportada en otro proceso.

Lo anterior, tiene asidero no solo en la necesidad de que se conozca la consulta bajo los principios de un debido proceso, sino que esto también deriva de un mandato legal entregado al Tribunal en virtud del Decreto Ley 211, el cual en su artículo 3° señala respecto a las medidas de mitigación que: (...) sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos convenciones **puedan disponerse en cada caso**” (énfasis agregado)¹⁰².

El principio anterior, ha sido reconocido de manera clara y unánime tanto por el TDLC y la Corte Suprema. En ese sentido, se ha señalado que: “la estructura de los mercados en los que participan los agentes económicos que han sometido los hechos actos y convenciones correspondientes a su conocimiento (...) Este análisis debe referirse a **situaciones concretas**, atendiendo sus particularidades, efectuando caso a caso la valoración respecto de lo favorable o perjudicial que pueda ser para la competencia una determinada operación de concentración en una industria o mercado (énfasis agregado)”¹⁰³.

b) Análisis Prospectivo:

¹⁰² Decreto Ley 211. Artículo 3°.

¹⁰³ TDLC. Resolución N° 24/2008. Parte considerativa, N° 10. En ese mismo sentido: Excma. Corte Suprema de Chile. 02.01.2013. Rol 3993-2012, considerando N°8. y Corte Suprema. 30.11.2013. Sentencia Rol 346-2013, considerando N°9.

En los procesos sancionatorios, el TDLC hará un examen de la conducta anticompetitiva eminentemente histórico (sin perjuicio de que en los injustos monopólicos de fuente exista un elemento prospectivo en relación a proyectar la conducta bajo un actuar causal e hipotético que derive en un ilícito anticompetitivo¹⁰⁴). Por su parte, en el ejercicio de la potestad consultiva, el trabajo del TDLC consistirá en proyectar a futuro los riesgos involucrados en la operación, así como la probabilidad de que estos ocurran en caso de concretarse ésta. En ese sentido, el mismo TDLC, describiendo su labor ha manifestado que: “(...) En los procedimientos de control de concentración empresarial, este Tribunal, junto con realizar un estudio **–necesariamente prospectivo–** para concluir si una operación determinada tiene o no la aptitud de provocar, con una significativa probabilidad, efectos anticompetitivos, considerará también aquellos elementos y factores que puedan contrapesar el poder económico que dicha operación de concentración pueda generar o incrementar. Ello, con el objeto de formarse un juicio acerca de si tales contrapesos pueden eliminar –o a lo menos minimizar– el riesgo de creación de efectos perniciosos para la competencia (énfasis agregado)”¹⁰⁵.

Al respecto, habrá que recordar que el Tribunal no podrá presumir la ilicitud de una operación de concentración, sino que por el contrario, y tal como se mencionó en la sección 1.6, deberá existir un principio de licitud el cual deberá ser desvirtuado mediante la proyección de los riesgos involucrados en la operación, en la medida de que tengan una probabilidad significativa de ocurrencia.

c) Test de ilegalidad:

A nivel de derecho comparado, existen dos tendencias marcadas en relación a los cánones necesarios para considerar ilegal una operación de

¹⁰⁴En Valdés Prieto, *Libre Competencia y Monopolio*, 373.

¹⁰⁵TDLC. Resolución 24/2008. Parte considerativa, N° 12.

concentración¹⁰⁶. El primero de ellos, prohíbe aquellas fusiones respecto a las cuales existe posibilidad de que lesionen substancialmente la competencia dentro del mercado, lo que generalmente se interpreta como un **aumento el poder de mercado** de la fusionada dentro de un mercado relevante determinado. Este es el caso de países como Canadá, Australia, Nueva Zelanda e Israel¹⁰⁷. El segundo, se basa en la creación o aumento de **posición dominante** de la firma fusionada con posterioridad a la fusión, como sucede por ejemplo en la regulación europea¹⁰⁸. Sin embargo, existen legislaciones donde se aplican ambos estándares de forma alternativa, como es el caso de Estados Unidos¹⁰⁹.

En nuestro sistema, por falta de una regulación expresa, no existe total claridad respecto al criterio que tendría el TDLC para frenar una fusión. Sin perjuicio de ello, pareciera ser que se habría inclinado por el primero, basado en un aumento del poder de mercado.

Esto aparece de manifiesto en las palabras de la Corte Suprema, que para dichos efectos señala que: “La posibilidad de control de operaciones de concentración se funda en que éstas crean una nueva entidad que puede tener **mayor poder de mercado** que el que tenían individualmente las empresas antes de integrarse, disminuyendo el número de competidores, facilitando prácticas colusivas o abusos de posición dominante (...) (énfasis agregado)”¹¹⁰

Asimismo, el TDLC ha señalado que: “Esa valoración estará determinada, fundamentalmente, por el **poder de mercado** que alcancen o puedan alcanzar uno o más agentes económicos producto de una fusión o adquisición empresarial, por una parte, y por los efectos, actuales o potenciales, que dicho poder de

¹⁰⁶ En Michal S. Gal, *Competition Policy for Small Market Economies* (Harvard University Press, 2003), 206.

¹⁰⁷ Sec. 96 de la Canadian Competition Act de 1985; sec. 50 de la Australian Trade Practices Act de 1974; sección 47 de la New Zealand Commerce Act de 1986; y la sec. 21 de la Israeli Restrictive Trade Practices Act de 1988.

¹⁰⁸ Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation). Art. 2.

¹⁰⁹ Sec. 7 de la U.S. Clayton Act.

¹¹⁰ Excma. Corte Suprema de Chile. 30.11.2013. Rol 346-2013, considerando N°9.

mercado produzca o pueda llegar a producir en la competencia, por la otra (énfasis agregado)”¹¹¹.

En consecuencia, la pregunta que debe hacerse el Tribunal, es si existe el riesgo de que la operación de concentración cree o haga aumentar el **poder de mercado** o facilite su ejercicio. Más específicamente, deberá examinar si es esperable que la fusión afecte de manera adversa el proceso competitivo, resultando en mayores precios, disminución en la calidad o una baja en la innovación¹¹².

2.2 Elementos considerados por el TDLC:

2.2.1 Mercado relevante:

La consideración del mercado relevante como criterio fundamental al momento de analizar operaciones de concentración ha sido ampliamente utilizada por el TDLC, esto a pesar de las recientes críticas realizadas por parte de ciertos doctrinarios respecto a su utilidad¹¹³. Así, puede observarse en la jurisprudencia del Tribunal que este elemento está presente prácticamente en todos los análisis, siendo el primero a considerar por el TDLC en la estructura de sus Resoluciones.

En relación a la definición de mercado relevante, FNE ha señalado en su guía que: “se entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado”¹¹⁴. Dicha definición cuadra con las realizadas por diversas agencias en

¹¹¹ TDLC. Resolución 24/2008, parte considerativa, N° 11.

¹¹² Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice, “Commentary on the Horizontal Merger Guidelines,” 2.

¹¹³ Ver, por ejemplo, Louis Kaplow, *Why (Ever) Define Markets?*, SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY: Social Science Research Network, January 29, 2011), <http://papers.ssrn.com/abstract=1750302>.

¹¹⁴ Fiscalía Nacional Económica, “Guía Para El Análisis de Operaciones de Concentración,” 10.

el derecho comparado¹¹⁵ y de la cual se desprenden dos sub categorías: (i) mercado del producto; y, (ii) mercado geográfico.

El TDLC, a su vez, en su Auto Acordado N°12 de 2009, ha señalado en relación al mercado relevante, que este: “deberá comprender la identificación y caracterización del o los mercados en los que la operación producirá efectos o podría producirlos.”¹¹⁶A su vez, en dicho documento, el TDLC explicita las caracterizaciones que deberá tener el mercado relevante al momento de presentarse la consulta. Entre ellas, destacan: (i) descripción de bienes y servicios; (ii) bienes sustitutos; (iii) participación; (iv) costos de producción; (v) sistemas de distribución y comercialización, entre otros.

A nivel comparado, se ha recalcado la importancia de definir el mercado relevante del producto. Por ejemplo, en Estados Unidos la Corte ha señalado que: “Definir el mercado relevante resulta importante en un caso de libre competencia debido a que la legalidad de la operación propuesta en cuestión casi siempre dependerá del poder de mercado de las partes involucradas” para después afirmar que la definición del mercado relevante generalmente es “la clave para la decisión final en este tipo de caso debido a la implicancias relativas al poder de mercado”¹¹⁷. En ese mismo sentido se ha manifestado la jurisprudencia de la Unión Europea¹¹⁸.

2.2.1.1 Mercado relevante y sustituibilidad del producto:

¹¹⁵ Así, por ejemplo, En EEUU la Horizontal Merger Guidelines señala que: “A market is defined as a product or group of products and a geographic area in which it is produced or sold such that a hypothetical profit maximizing firm, not subject to price regulation, that was the only present and future producer or seller of those products in that area likely would impose at least a “small but significant and non-transitory” increase in price, assuming the terms of sale of all other products are held constant. En U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, 1992, sec. 1, <http://www.justice.gov/atr/hmerger/11250.htm>.

¹¹⁶ TDLC. Auto acordado N°12/2009.

¹¹⁷United States v. H&R Block, Inc (2011). Traducción del autor: (“Defining the relevant market is critical in an antitrust case because the legality of the proposed merger in question almost always depends upon the market power of the parties involved” (...) “the key to the ultimate resolution of this type of case because of the relative implications of market power”).

¹¹⁸ Ver casos ligados C-68/94 and C-30/95 French Republic and Others v Commission of the European Communities. Párr. 143.

Uno de los elementos más importantes al momento de definir el mercado relevante ha sido el de la sustituibilidad del producto. El concepto de bien sustituto ha sido recurrentemente utilizado por el Tribunal para la definición del mercado relevante, ya que contribuye a delinear los mercados afectados por la fusión, entendiéndose que éste será tan amplio como los bienes considerados como sustitutos sea posible encontrar¹¹⁹.

El concepto de sustituibilidad, se encuentra emparentado al de elasticidad cruzada de la demanda¹²⁰. En ese sentido, el Tribunal, para poder determinar el mercado relevante, realizará un ejercicio que le permita establecer el mejor sustituto (si es que lo hay, ya sea perfecto o imperfecto), entendiéndose este como: “la alternativa que, disponible en cantidades ilimitadas en un precio constante, atraería la mayor parte del desvío de la demanda en respuesta a un pequeño¹²¹ pero significativo y no transitorio aumento del precio”¹²². Así, si es que existe una disminución en las ventas de la empresa, será producto de un desvío en la demanda del consumo a otra compañía. Por lo mismo, aún no se ha determinado el mercado relevante, motivo por el cual el TDLC deberá agregar productos sustitutos y repetir la operación, esto hasta que el aumento de precios resulte en un aumento de las utilidades de la empresa que aumenta los precios¹²³. Este ejercicio ha sido denominado por la doctrina como “test del monopolista hipotético”.

¹¹⁹ Fiscalía Nacional Económica, “Guía Para El Análisis de Operaciones de Concentración,” 10.

¹²⁰ Esto sucede cuando la elasticidad precio demanda cruzada entre bienes es positiva. Es decir, si aumenta el precio de un bien y debido a ese cambio la demanda por otro bien aumenta, se dice que el primero es sustituto del otro.

¹²¹ La FTC y la DOJ (EEUU) utilizan un incremento del 5% en el precio, para efectos del denominado “test del monopolista hipotético”.

¹²² U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, 1992, sec. 1.1. Traducción del autor: (“The term “next best substitute” refers to the alternative which, if available in unlimited quantities at constant price, would account for the greatest value of diversion of demand in response to a “small but significant and nontransitory” price increase”)

¹²³ María de la Luz Domper y Jorge Tarzizán, “Operaciones de Concentración Horizontal,” 275.

El TDLC ha dado reconocimiento a la sustituibilidad del producto como elemento determinante para determinar el mercado relevante del producto. Lo anterior, se ve evidenciado en las diversas sentencias¹²⁴ y resoluciones¹²⁵ tanto de las antiguas comisiones como del mismo TDLC. Sin perjuicio de esto, en otros casos¹²⁶, el Tribunal ha decidido prescindir de la sustituibilidad de la demanda como criterio determinante del mercado relevante, para ceder en favor de elementos como: precio, calidad y uso del bien que se ofrece en el mercado que se trata de determinar¹²⁷.

En consecuencia, para determinar el mercado relevante el Tribunal ampliará el mismo en base a todos los productos o servicios que se muestren sensibles a un aumento pequeño pero significativo y no transitorio del precio, los cuales, por lo general, serán aquellos bienes sustitutos perfectos o imperfectos. Para dicha tarea, el TDLC considerará la dimensión espacial o mercado geográfico, el cual podrá tener un carácter nacional, regional o incluso reducirse a una ciudad o parte de ella, dependiendo de qué bienes sean considerados como sustitutos posibles y accesibles por parte de los consumidores. El alcance del mercado geográfico, generalmente dependerá de factores como el costo del transporte o la distancia dentro de una determinada extensión territorial¹²⁸. Otros factores como idioma, regulación, impuestos al comercio, reputación del producto, así como también la disponibilidad del servicio debido a la distancia de las transacciones internacionales¹²⁹, también podrán ser considerados.

¹²⁴ Por ejemplo, en las siguientes Sentencias del TDLC: 9/2004, 26/2005, 29/2005, 65/2008, 80/2009, 90/2009 94/2010.

¹²⁵ Por ejemplo, Comisión Dictámenes Comisión Resolutiva N°: 609/2001, 686/2003, 2/2005. Asimismo, Resoluciones del TDLC N°: 20/2007, TDLC; 23/2008, 24/2008, 31/2009, 37/2012, 39/2012, 43/2012.

¹²⁶ TDLC. Resoluciones N° 1/2004 y N° 2/2004.

¹²⁷ Peña Richard, "Primer Informe Sobre Criterios Y Conceptos Utilizados Por El Tribunal de La Libre Competencia," Enero 2007, 58, <http://www.lcuc.cl/home2011/wp-content/documentos/documentos/PrimerInformeCriteriosyConceptosdelTDLC.pdf>.

¹²⁸ Por ejemplo, en la Resolución N°32/2012, el TDLC delimitó el mercado geográfico mediante isócronas de viajes en automóvil de 5 a 15 min.

¹²⁹ U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, 2010, sec. 4.2, <http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>.

Finalmente, es necesario señalar que la determinación del mercado relevante ha jugado un rol fundamental dentro de la jurisprudencia del TDLC al conocer de una operación de concentración, y posee tal relevancia, que la dilucidación del mismo ha llegado a definir la suerte de las operaciones consultadas. Así, por ejemplo, sucedió con el bullada fusión de D&S y Falabella. En dicha operación, los consultantes pretendían que el Tribunal analizara los mercados de cada uno de sus productos y servicios comercializados por las compañías de forma separada, en relación a las distintas áreas de negocios en las que participaban las firmas (sugiriendo 3 mercados relevantes implicados en la operación: el supermercadista, el crediticio y el inmobiliario). Sin embargo, el TDLC estimó que dada la naturaleza de la operación y en atención a la evolución de la industria, el análisis debía centrarse en un solo mercado: el del *retail* integrado¹³⁰. Lo anterior, tal como es sabido, fue un elemento relevante y que significó a la postre que dicha fusión fuese rechazada, pudiendo haber corrido mejor suerte si es que el mercado relevante hubiese sido el señalado por los consultantes.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante recalcar que el TDLC ha mantenido una visión flexible en torno a la delimitación de los mercados relevantes involucrados en una determinada operación, lo que lo ha llevado muchas veces a analizar los efectos anticompetitivos de la operación más allá de aquel delimitado en un comienzo, cubriendo de esa manera aquellos mercados donde la fusionada

¹³⁰ TDLC. Resolución 24/2008. Parte considerativa, N° 36: “Al respecto, este Tribunal considera inconsistente y errónea la metodología seguida por la consultante y las empresas que pretenden fusionarse, así como por los informes que acompañaron en respaldo de sus argumentos, al **pretender diseccionar el mercado en que operaría la empresa que resultaría de la operación consultada en compartimientos estancos absolutamente independientes y separados entre sí para los efectos de determinar el grado de competencia en cada uno de ellos** y, por el contrario, reconocer la gran interdependencia de todos ellos al momento de analizar las sinergias y ventajas que tendría la operación consultada.

En efecto, a juicio de este Tribunal, **de efectuarse exclusivamente el análisis propio de una operación horizontal, ello debería hacerse desde la óptica del *retail* integrado**, pues, tal como ya se ha dicho, las propias consultantes reconocen que la causa o motivo inductor de la fusión no es la mera unión de dos cadenas de supermercados, una de las cuales a la fecha es relativamente pequeña, sino la unión de dos de las tres más grandes empresas de retail del país, con múltiples actividades dentro de dicho negocio, con todas las ventajas e inconvenientes que ello puede implicar” (énfasis agregado).

pueda ejercer su posición dominante, lo cual será analizado en la Sección II de este trabajo.

2.2.2 Participaciones de mercado y concentración:

La información acerca de la participación en el mercado y la concentración de la industria analizada es sólo el punto de partida para el análisis del impacto anticompetitivo de una fusión¹³¹. Ambos elementos juegan un rol importantísimo al momento del estudio, puesto que un mercado concentrado es más propicio a la presencia de riesgos unilaterales o coordinados por las compañías dominantes.

Sin embargo, este elemento no debe ser considerado como concluyente, puesto que las características particulares del mercado pueden tender a la concentración sin que esto sea necesariamente perjudicial. Incluso, dadas las características de ciertos mercados, la presencia de pocos competidores podría ser más eficiente que la existencia de muchos. Lo anterior, debido a que la operación puede traer aparejadas una serie de eficiencias que redunden en una mejora en la calidad del producto o en su precio.

Los elementos mencionados están presentes prácticamente en todas las resoluciones del TDLC, el cual generalmente luego de delimitar el mercado relevante buscará establecer quienes son los competidores del mercado, así como sus respectivas participaciones, las cuales podrán ser consideradas de diversa manera dependiendo del mercado del que se trate (por ejemplo, número de clientes, el volumen de ventas, capacidad instalada, entre otros). Para dichos efectos, el TDLC se hará de evidencia empírica e histórica de los competidores, así como de diversos instrumentos que permitan cuantificar la participación de los competidores.

¹³¹ Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice, “Commentary on the Horizontal Merger Guidelines,” sec. 2.

En relación a la concentración de los mercados, el elemento más obvio al momento de realizar su análisis se refiere al número de competidores existentes en los mismos, puesto que la reducción de estos como consecuencia de una fusión hará aumentar la concentración de manera notable, lo que podrá no suceder en caso de un mercado atomizado con mayor número de competidores. En relación con lo anterior, y como se ha señalado, si bien en principio la concentración de un mercado no es deseable, tampoco debería resultar determinante al momento del análisis, lo cual ha sido reconocido por el mismo TDLC, el que ha señalado categóricamente a dicho respecto, que no toda concentración es anticompetitiva¹³². Sin embargo, la disminución de los actores de un mercado concentrado, muy posiblemente incrementará el riesgo de coordinación de los restantes, efectos para los cuales el Tribunal deberá considerar las demás características del mercado para establecer si aquellos riesgos efectivamente tiene la aptitud de concretarse o no.

Para efecto de medir la concentración en los mercados, uno de los instrumentos utilizados generalmente por las agencias y por el TDLC para determinar si es que estamos frente a un mercado concentrado es el denominado Índice de Herfindahl Hirschmann (IHH). La metodología utilizada por dicho indicador, consiste en determinar la concentración del mercado tomando las participaciones de cada una de las compañías en las ventas de un sector, elevándola al cuadrado y luego sumándolas. Una vez que se tiene a la vista el resultado, dichas sumas son sometidas al escrutinio de umbrales (el más comúnmente utilizado es aquel establecido en la Guía de Fusiones Horizontales elaborado por la DOJ y la FTC de EEUU) para evaluar si se está en presencia de un mercado concentrado o uno desconcentrado¹³³. Asimismo, la herramienta

¹³² TDLC. Resolución N° 20/2007, considerando N°61: “Que si bien la **mayor concentración en el mercado de avisaje en radio no es, por sí misma, contraria a las normas de la libre competencia**, podría aumentar el riesgo de comportamientos oportunistas por parte de la empresa fusionada” (énfasis agregado).

¹³³ Sus límites van desde cero (para una estructura completamente atomizada) hasta diez mil (para un mercado monopólico). A modo de ejemplo, la Guía de Fusiones Horizontales (Horizontal Merger Guidelines) del U.S. Department of Justice y la Federal Trade Commission de los Estados Unidos de América, clasifica los mercados a partir de los valores resultantes de aplicar el HHI, en desconcentrados (cuando el HHI es menor

también es recurrentemente utilizada tanto por la FNE (agencia que expresamente señala prevé su uso en su “Guía para Análisis de Operaciones de Operaciones de Concentración”¹³⁴), como por los demás intervinientes.

Sin embargo, parece estar claro dentro de nuestra doctrina y jurisprudencia, así como en el derecho comparado, que la aplicación del índice IHH no debe presuponer una identidad entre concentración y los riesgos generados por la operación, puesto que hay ciertos factores adicionales que tienen igual o mayor relevancia, como lo pueden ser las barreras a la entrada, la elasticidad de la demanda (en relación a bienes sustitutos) y la elasticidad de la oferta, en relación a la competencia (qué tan rápido puede reaccionar ésta)¹³⁵. En ese sentido, el TDLC ha hecho eco de esta realidad, y ha señalado que: “el índice HHI no es conclusivo, por sí solo, para determinar los efectos de la concentración en la competencia. Al efecto, debe tenerse presente otras consideraciones, tales como las características y las tendencias propias que cada mercado tiene”¹³⁶. Tal constatación, resulta de gran relevancia puesto que en economías pequeñas como la chilena, existirán mercados en general más concentrados¹³⁷, en los cuales los competidores podrán beneficiarse a través del aprovechamiento de economías de escala (argumento histórico para la mayoría de las fusiones); economías de ámbito y de densidad (por ejemplo en la fusión VTR/METROPOLIS¹³⁸); y, economías de redes (por ejemplo en la fusión LAN/TAM¹³⁹), las que eventualmente significarán una disminución de los precios.

En consecuencia, no parece del todo recomendable la aplicación literal de los estándares o umbrales establecidos por la Guía de Fusiones Horizontales elaborada por la DOJ y la FTC en EEUU en relación al índice IHH. Esto, debido a

a 1.000), moderadamente concentrados (HHI entre 1.000 y 1.800) y altamente concentrados (superior a 1.800).

¹³⁴ Fiscalía Nacional Económica, “Guía Para El Análisis de Operaciones de Concentración,” sec. 1.2.4.

¹³⁵ Valdés Prieto, *Libre Competencia y Monopolio*, 534.

¹³⁶ TDLC. Resolución N°2/2005, parte considerativa N° 2.5.

¹³⁷ Ver sección 1.1.

¹³⁸ TDLC. Resolución N°1/2004.

¹³⁹ TDLC. Resolución N° 37/2011.

las diferentes características, tamaños y profundidad de los mercados involucrados, así como la diferencia en la atomicidad propia de un mercado de gran tamaño, como es el de EEUU, en comparación al chileno.

En ese sentido, Michal S. Gal ha señalado al respecto que: “El pequeño tamaño de un mercado y la consecuente necesidad de permitir a las firmas alcanzar un gran tamaño para obtener economías de escala, requiere del rechazo del test de concentración de EEUU en economías pequeñas y la consecuente adopción de un umbral más alto. La adopción de los niveles de IHH utilizados por Estados Unidos derivará, por ejemplo, en una presunción de ilegalidad en una fusión entre dos pequeñas firmas en un mercado de seis competidores – donde cuatro controlan aproximadamente el 20% de la participación y dos con aproximadamente con 10% cada una”¹⁴⁰. A juicio de esta autora, este tipo de objeciones no se condice con las condiciones de competidores en mercados pequeños, donde es común que existan firmas que requieran de una escala mínima eficiente, haciendo necesaria una mayor concentración del mercado. En ese sentido, en economías pequeñas - como la chilena - será es muy frecuente que se vulneren los estándares utilizados en EEUU, sin que esto signifique necesariamente la creación de poder de mercado o que se facilite su ejercicio¹⁴¹.

Dicha conclusión, se ve refrendada por cierta jurisprudencia de la Unión Europea, en la cual se ha recalcado que aquellas operaciones que superen los márgenes permitido por el índice IHH, no necesariamente indican que estas conlleven riesgos anticompetitivos¹⁴².

¹⁴⁰ Gal, “Size Does Matter,” 1466. Traducción del autor: (“The small size of a market and the resulting need to enable firms to grow to relatively large sizes in order to realize scale economies require the rejection of the U.S. concentration test in small economies and the adoption of a higher threshold. Adoption of the U.S. HHI levels will result, for example, in a presumption of illegality in a merger between the two smaller firms in a market with six businesses—four holding approximately 20% market shares and two holding approximately 10% each”).

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² Por ejemplo en el Caso T-405-08 *Spar Österreichische Warenhandels v Commission* (2013), párr. 68 en: Jonathan Faull y Ali Nikpay, *Faull and Nikpay: The EU Law of Competition*, Edición: 3 (Oxford, United Kingdom: OUP Oxford, 2014), 697.

2.2.3 Potenciales efectos anticompetitivos:

Se ha señalado que las operaciones de concentración pueden resultar beneficiosas para la libre competencia. Sin embargo, existe la posibilidad de que ésta traiga aparejados ciertos riesgos, los cuales dependerán de las características particulares de cada mercado, así como de los niveles de participación de los competidores que pretenden fusionarse. Así, el aumento en la concentración de un mercado, la pérdida de presión competitiva, el incremento en las barreras de entrada, serán sólo algunos de los elementos que podrán contribuir a generar riesgos anticompetitivos.

Tradicionalmente se ha señalado que, en virtud de su naturaleza, estos riesgos se pueden clasificar en **riesgos unilaterales**, toda vez que el riesgo provenga de la conducta anticompetitiva llevada a cabo por uno de los competidores en el ejercicio de su poder de mercado, y **riesgos de coordinación**, aquellos que se vinculen a conductas coordinadas ilícitas entre dos o más competidores, como sería el caso, por ejemplo, de los ilícitos colusorios.

Resulta importante destacar que la labor del TDLC resultará indispensable para determinar cuáles riesgos tienen la aptitud de ser anticompetitivos y cuales deberán quedar fuera por no tener la aptitud suficiente de lesionar la libre competencia. En ese sentido, siguiendo al profesor Domingo Valdés, este trabajo postula que el Tribunal debería considerar a lo menos dos exigencias en relación a los riesgos anticompetitivos para que estos puedan ser considerados como 'suficientes'¹⁴³:

i) Aptitud de lesionar la libre competencia: Los riesgos deben ser capaces de configurar un ilícito anticompetitivo de aquellos tipificados por el Decreto Ley 211 en su artículo 3°. Por tanto, necesariamente deberán quedar fuera aquellos que no

¹⁴³ Domingo Valdés Prieto, *Nuevas Tendencias Del Moderno Derecho Económico*, ed. Domingo Valdés Prieto y Omar Vásquez Duque, 1a. edición (Santiago de Chile: Legal Publishing Chile : Thomson Reuters, 2014), 137 y siguientes.

tengan dicha aptitud. Lo anterior es de toda lógica si se tiene en cuenta que la finalidad de la consulta es la “prevención” de un atentado competitivo, no pudiendo ser este otro distinto a aquellos señalados por el cuerpo legal ya mencionado. En ese sentido, el Profesor Domingo Valdés ha señalado que: “Luego, la labor preventiva del TDLC está delimitada por el tipo infraccional antimonopólico; así, lo que no es antimonopólicamente sancionable tampoco puede ser prevenido(...)”, para más adelante señalar que “(...) La función preventiva que desarrolla el TDLC debe ser consistente con la potestad sancionatoria, puesto que aquella se diseñó en atención a ésta; lo que se busca es prevenir ilícitos monopólicos y no prevenir conductas que no pueden llegar a ser ilícitos monopólicos (...).¹⁴⁴

ii) Probabilidad de ocurrencia del riesgo: Serán aquellos respecto de los cuales se espere razonablemente su ocurrencia. O en otras palabras, tal como ha señalado el mismo TDLC, el estándar que otorgará aptitud suficiente para lesionar la libre competencia deberá ser el que estos presenten una “**significativa probabilidad de ocurrencia**”¹⁴⁵. Lo referido, fundamentado en que parece razonable que el TDLC se pronuncie sólo respecto de aquellos riesgos que sean esperables, puesto que de lo contrario sería inviable realizar una operación de concentración, ya que estas siempre podrán presentar uno o más riesgos.

Sin perjuicio de lo anterior, lamentablemente dichos criterios no siempre han sido seguidos por el TDLC, lo cual se podrá observar en la Sección II de este trabajo.

2.2.3.1 Riesgos unilaterales:

La FTC y el DOJ, en EEUU han señalado que se está en presencia de riesgos unilaterales toda vez que: “las firmas consideren rentable alterar su comportamiento de forma unilateral después de la fusión, ya sea elevando el

¹⁴⁴ Ibid., 145.

¹⁴⁵ Resolución N°24/2008. Parte considerativa, N°12; también reconocido en: Sentencia Corte Suprema. 02.01.2013. Rol N° 3993-2012 y Sentencia Corte Suprema. 30.11.2013. Rol N° 346-2013.

precio o reduciendo la producción”¹⁴⁶. Lo anterior, será generalmente producto de una disminución en la competencia originada por la desaparición de un competidor, lo que puede derivar en un monopolio u oligopolio. Tal como se señaló, los riesgos unilaterales se pueden dar bajo varios escenarios, en cada cual existirán diversos factores del mercado relevante que los harán posibles. Dichos escenarios, se diferenciarán por las características propias de los competidores, las cuales determinan la naturaleza de su competencia¹⁴⁷.

Dentro de la jurisprudencia nacional, el TDLC, siguiendo a la EC Commission europea, ha señalado que un elemento relevante al momento de determinar la existencia de riesgos unilaterales por parte de la fusionada que superen los umbrales deseables de concentración, es la sustituibilidad del producto. Lo anterior, en la medida de que “cuanto mayor sea el grado de sustituibilidad entre los productos de las empresas que se van a fusionar, más probable es que éstas vayan a subir los precios de una manera significativa”¹⁴⁸.

Sin perjuicio de lo señalado, es posible que la operación de concentración, además de riesgos unilaterales, traiga aparejadas eficiencias que podrían compensar estos efectos anticompetitivos. Así, será labor del TDLC hacer una ponderación entre dichos riesgos y los potenciales beneficios. En palabras del mismo TDLC “los riesgos unilaterales de una fusión pueden entenderse como el conflicto entre estas dos fuerzas opuestas que presionan al alza y a la baja de los precios. En caso de dominar el efecto al alza de los precios, la operación presentará riesgos para la competencia, pero si en algún mercado este efecto es dominado por la presión a la baja de los precios, los riesgos unilaterales quedarían anulados”¹⁴⁹. De no verse anulados dichos efectos, el Tribunal tendrá dos alternativas: la primera, ofrecer medidas de mitigación que permitan contrarrestar

¹⁴⁶ U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, 1992, sec. 2.2. Traducción del autor: (“Merging firms may find it profitable to alter their behavior unilaterally following the acquisition by elevating price and suppressing output”).

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ TDLC. Resolución N°43/2012, parte considerativa, N° 11.3.

¹⁴⁹ Ibid., parte considerativa, N° 11.5.

dichos riesgos y, de no ser esto posible, deberá rechazar la operación de concentración.

2.2.3.2 Riesgos de conductas coordinadas:

Se estará en presencia de riesgos coordinados, toda vez que la fusión produzca una disminución de la competencia como consecuencia de la interacción entre dos o más competidores que puedan derivar en ilícitos anticompetitivos. En ese sentido, el TDLC ha entendido que éstas: “se dan cuando las firmas son capaces de mantener un precio mayor al competitivo o afectar otra variable relevante de la competencia como la calidad o el nivel de innovación”¹⁵⁰.

En relación a lo anterior, las agencias que tutelan el proceso competitivo, como el TDLC, deberán necesariamente ser capaces de *ex ante* de identificar aquellas fusiones que hagan más esperable ya sea el incremento de la probabilidad de coordinación entre las firmas en el mercado relevante, cuando no haya existido coordinación antes de la fusión, o que incremente la probabilidad de que cualquier interacción coordinada entre las firmas restantes en el mercado relevante sea más exitosa, completa o sostenible¹⁵¹.

El mencionado riesgo de coordinación puede verse incrementado con la sola desaparición de algún competidor (consecuencia natural de toda fusión), la que será más o menos relevante en atención al número de competidores dentro del mercado. Al respecto, el TDLC ha señalado que: “la probabilidad de colusión también aumenta al disminuir el número de actores en un mercado, pues es menos costoso llegar entre los distintos actores, el monitoreo de los mismos se

¹⁵⁰ Ibid., parte considerativa, N° 12.4.

¹⁵¹ Federal Trade Commission y U.S. Department of Justice, “Commentary on the Horizontal Merger Guidelines,” 18. (“In particular, the Agencies seek to identify those mergers that are likely either to increase the likelihood of coordination among firms in the relevant market when no coordination existed prior to the merger, or to increase the likelihood that any existing coordinated interaction among the remaining firms in the relevant market would be more successful, complete or sustainable.”).

facilita y, al mismo tiempo, se vuelve más costoso su incumplimiento.”¹⁵² Sin perjuicio de ello, existirán una serie de otros elementos relevantes para determinar la magnitud del riesgo. Así, las características propias del mercado, las del producto, la elasticidad de la demanda, la simetría de las participaciones de los competidores en el mercado, la facilidad de monitoreo de precios, el contacto multimercado¹⁵³, la homogeneidad del producto, la sustituibilidad del mismo y las barreras a la entrada, serán sólo algunos de los elementos que puede tener el Tribunal a la vista al momento de sopesar los riesgos de coordinación de la fusionada.

En relación a qué prácticas son constitutivas del riesgos coordinados, el Tribunal ha señalado estas se refieren tanto a eventuales prácticas colusorias como a la interdependencia oligopolística. En ese sentido, por ejemplo, ha señalado que las conductas coordinadas son susceptibles de ser ilícitas, bajo “un concepto más amplio de comportamientos coordinados que es el que surge de la interacción repetida entre empresas, sin que exista necesariamente un acuerdo de cooperación entre estas”¹⁵⁴, ya que, a juicio del Tribunal, tanto colusión como interdependencia oligopólica “pueden elevar los precios y llevarlos incluso al mismo nivel, poniendo en riesgo el correcto funcionamiento de los mercados”¹⁵⁵.

Respecto a la interdependencia oligopolística, la doctrina no es conteste en torno a cuándo debe ser considerada ilícita. Las distintas tendencias oscilan entre aquellas más punitivas a menos punitivas, donde la prueba acerca de la reciprocidad en la conducta de las empresas en cuestión juega un rol determinante¹⁵⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, lo que no podrá suceder es que el TDLC considere como riesgosas conductas que una vez materializadas no tengan la

¹⁵² TDLC. Resolución N°39/2012, parte considerativa, N° 9.4.

¹⁵³ TDLC. Resolución N°43/2012, parte considerativa, N° 12.12.

¹⁵⁴ Ibid., parte considerativa, N° 12.2.

¹⁵⁵ Ibid.,

¹⁵⁶ Ver Valdés Prieto, *Libre Competencia y Monopolio*, 527.

aptitud de atentar contra el Decreto Ley 211, lo que sucedió a propósito de la adquisición de TERPEL por parte de QUIÑENCO, Resolución que será analizada en la Sección II, en la cual el TDLC consideró erróneamente, a juicio de este trabajo, que el concepto “conductas coordinadas” tenía un carácter vasto que escapaba de los ilícitos establecidos en el TDLC, puesto que, en palabras del Tribunal: “involucra ámbitos más amplios de comportamiento e interacción entre empresas, no todas sancionables ex post por la legislación de la libre competencia”¹⁵⁷.

2.2.3.3 Importancia de la conducta anterior al momento de evaluar los riesgos anticompetitivos:

La conducta anterior de los actores del mercado, en relación a previas prácticas ilícitas, ha sido relevante para el TDLC al momento de evaluar los futuros riesgos anticompetitivos de una operación de concentración. Así, en relación a los riesgos unilaterales, respecto a un mercado en donde alguno de los actores ya haya ejercido su poder de mercado y esto haya sido detectado y sancionado por la autoridad, se podría concluir que se trata de un mercado donde existiría una constatación de existencia de riesgos anticompetitivos. En ese sentido, la eliminación de un competidor eventualmente tendría la aptitud no sólo a aumentar la concentración, sino que a su vez de incrementar el poder de mercado que dicho competidor ya tenía, lo que podría ser utilizado por el TDLC como evidencia que permita comprobar la existencia de estos riesgos.

En relación al riesgo de conductas coordinadas, el hecho de que exista evidencia acerca de pasada coordinación ha servido como test para saber si un mercado tiende o no a la coordinación. Estos hechos podrían servir de evidencia de ello puesto que demuestra la viabilidad de coordinación bajo condiciones de

¹⁵⁷ TDLC. Resolución N°39/2012, parte considerativa, N°9.3.

mercado pasadas. Sin embargo, el TDLC tendrá que ser cuidadoso en determinar si dichas condiciones persisten al momento del análisis o no¹⁵⁸.

El TDLC, ha tenido en cuenta en sus resoluciones la evidencia de abuso de poder de mercado o prácticas coordinadas de las empresas consultantes de las fusiones. Ejemplos claros de esto, son las fusiones de D&S/Falabella y LAN/TAM.

Respecto a la primera, que fue rechazada, el TDLC fue enfático en señalar que “es un hecho público y notorio que Falabella y sus relacionadas han sido sancionadas en el pasado por diversos atentados contra la libre competencia, y que ciertas conductas de D&S también han sido declaradas ilícitas, todo lo cual es demostrativo de que ambas empresas, incluso sin integrarse, ya cuentan con un importante poder de mercado, del que han abusado, el que se vería fuertemente incrementado de aprobarse la operación consultada”¹⁵⁹.

En cambio, en la Resolución de LAN/TAM, el Tribunal después de describir las diversas sanciones que ha recibido LAN por parte del TDLC, señaló que: “el grupo LAN cuenta con significativo poder de mercado, y que ha cometido en varias ocasiones conductas atentatorias contra la libre competencia (...) Además, ha participado en carteles internacionales con otras aerolíneas extranjeras (...) En consecuencia, este Tribunal considera que el riesgo de que LATAM abuse del poder de mercado que alcanzará luego de materializada la Operación, en mercados o segmentos específicos, es real y concreto. Lo mismo ocurre -por las condiciones estructurales de mercado ya descritas- respecto del riesgo de coordinación anticompetitiva con otras empresas aéreas”¹⁶⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, en este trabajo se plantea que el sólo hecho de existir antecedentes en relación a posibles conductas anticompetitivas no podrá

¹⁵⁸ Federal Trade Commission y U.S. Department of Justice, “Commentary on the Horizontal Merger Guidelines,” 22.

¹⁵⁹ TDLC. Resolución N°24/2008, parte considerativa, N° 228.

¹⁶⁰ TDLC. Resolución N°37/2011, parte considerativa, N° 259.

ser nunca fundamento suficiente que permita dar por acreditados los riesgos anticompetitivos, debiendo existir otra evidencia que permitan llegar a la convicción de que las condiciones del mercado que propiciaron los atentados competitivos se encuentran aún vigentes y que estas son susceptibles de provocar atentados competitivos como consecuencia de la fusión.

2.2.4 Condiciones de entrada al mercado:

Uno de los aspectos más importantes que deberá considerar el TDLC al momento de analizar una operación de concentración, son aquellos factores que impiden o previenen la entrada de nuevos competidores a la industria, los cuales estarán generalmente constituidos por las denominadas barreras a la entrada¹⁶¹.

Este elemento es usualmente utilizado por el Tribunal dado al amplio consenso que existe en la literatura económica en torno a que una amenaza de la entrada de nuevos agentes en un mercado determinado posee un efecto disciplinador en los competidores, el cual ayuda a eliminar o morigerar el poder de mercado de los actores incumbentes. Asimismo, el hecho de que mercado posea bajas barreras de entrada actúa como un incentivo para que los competidores actúen como si realmente hubiera competencia efectiva, independiente del número de actores y de la eventual concentración del mercado¹⁶².

Existen varias definiciones del concepto “barreras de entrada”, sin que exista acuerdo unánime en torno a qué debe caber dentro dicha definición. Al respecto, parece útil para efectos de este trabajo la conceptualización dada en la Unión Europea por la Corte General, la cual, respecto a dicho concepto señaló que: “constituyen tales barreras elementos de diversa naturaleza, en especial de orden económico, comercial o financiero, que pueden hacer que el competidor potencial de las empresas existentes incurra en riesgos y costes suficientemente

¹⁶¹ Gal, “Size Does Matter,” 1447.

¹⁶² María de la Luz Domper y Jorge Tarziján, “Operaciones de Concentración Horizontal,” 278.

elevados para disuadirle de entrar en el mercado en un plazo razonable o hacer que esta entrada sea particularmente difícil, privándole de la capacidad de ejercer una presión competitiva sobre las empresas existentes en dicho mercado.”¹⁶³

Un concepto afín al de barreras de entrada es el de desafiabilidad del mercado, que es “el grado y posibilidad de respuesta (amenaza) de otros competidores actuales o potenciales ante un aumento monopólico en los precios por parte de algún operador establecido”¹⁶⁴. La relación que existe entre este concepto y las barreras de entrada, implica que a menores barreras a la entrada existe una mayor posibilidad de que nuevos competidores entren a disputar el mercado a los competidores ya establecidos, haciendo de este un mercado desafiable.

En ese sentido, el TDLC ha señalado que: “en toda operación de concentración es vital identificar la existencia de barreras a la entrada, para determinar si ocurrirá entrada que discipline eventuales conductas anticompetitivas de las empresas fusionadas”¹⁶⁵. Sin embargo, el Tribunal ha considerado que la presión competitiva que puedan ejercer las empresas entrantes, para que esta sea relevante desde un punto de vista de la competencia, debe ser “**probable, suficiente y oportuna**.”¹⁶⁶. Estos requisitos, se condicen con aquellos exigidos para considerar un mercado como desafiable a nivel comparado¹⁶⁷.

En relación a las barreras de entrada típicamente analizadas por el Tribunal, uno de los mayores problemas, propios de las economías pequeñas y

¹⁶³ Caso T-282/02 *Cementbouw v Commission* (2006). ECR II-319. Párr. 219.

¹⁶⁴ María de la Luz Domper y Jorge Tarziján, “Operaciones de Concentración Horizontal,” 279.

¹⁶⁵ TDLC. Resolución 37/2011, parte considerativa, N° 90.

¹⁶⁶ *Ibid.*,

¹⁶⁷ Así, por ejemplo, el DOJ y la FTC en su guía para fusiones horizontales, señala que: (“Entry is that easy if entry would be timely, likely, and sufficient in its magnitude, character, and scope to deter or counteract the competitive effects of concern”): U.S. Department of Justice y Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, 2010, sec. 9; y la EC, *Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers*, n.d., para. 68.: (“For entry to be considered a sufficient competitive constraint on the merging parties, it must be shown to be likely, timely and sufficient to deter or defeat any potential anti-competitive effects of the merger.”)

concentradas como la chilena, es la necesidad de producir a niveles que satisfagan una gran cantidad de demanda de modo de minimizar los costos¹⁶⁸. Este concepto, se encuentra emparentado con el de **tamaño mínimo eficiente de escala** (TME), propio de algunas economías de escala. El TME ha sido definido como “el tamaño crítico bajo el cual la entrada o supervivencia en la industria es imposible, o al menos, muy difícil”¹⁶⁹. En ese sentido, mientras más concentrada sea una industria, es posible que haya un mayor TME, dado que en ciertos mercados será muy complicado para un mayor número de competidores alcanzar el TME. Es por lo anterior, que “el TME afectará la probabilidad de entrada de las empresas en una industria, ya que mientras menor sea éste mayor será el costo relativo para el operador establecido de detener la entrada”¹⁷⁰.

En vista de lo anterior, no resulta extraño que aquellas compañías que deseen fusionarse argumenten que la operación se justifica en la necesidad de alcanzar economías de escala, las cuales redundarán en una reducción de precios que eventualmente podría llegar a los consumidores.

Es en virtud de lo anterior es que el TDLC reiteradas ocasiones ha abordado aquellas barreras de entrada que se generan en a partir de las desventajas en los costos en relación con los incumbentes, como lo son por ejemplo las mencionadas economías de escala. En ese sentido, también ha considerado como limitantes la necesidad que se presenta en ciertos mercados de alcanzar economías de otro tipo, como son las de densidad, ámbito¹⁷¹ o redes¹⁷², todas las cuales operan restringiendo la entrada a otros competidores. En esta materia, no deja de ser interesante recalcar que el TDLC incluso ha considerado que la participación de aquellos competidores que han alcanzado economías de

¹⁶⁸ Gal, “Size Does Matter,” 1447.

¹⁶⁹ María de la Luz Domper y Jorge Tarzizán, “Operaciones de Concentración Horizontal,” 278.

¹⁷⁰ Ibid.,

¹⁷¹ Así, por ejemplo, en las resoluciones: N°1/2004; N° 43/2012

¹⁷² En ese sentido: TDLC. Resolución 37/2011, parte considerativa, N° 102: “Lo anterior lleva a analizar la barrera más importante en esta industria y que se “refiere a su característica distintiva: la de ser una industria de redes. Tal como indica el documento conjunto de la CE y DOT, ya citado, se deben considerar las interacciones entre una ruta en particular y la viabilidad de la red como un todo”.

escala y que participan de múltiples mercados puede en si mismo constituir una barrera de entrada. Lo referido, se puede apreciar tanto en la fusión de D&S y Falabella como en SMU con Supermercados del Sur. En ese sentido, el TDLC ha dictaminado que la operación de concentración podrá llevar a la fusionada a una escala tal, que replicarla sea casi imposible por parte de un eventual competidor, transformándose consecuentemente en una importante barrera de entrada¹⁷³.

El TDLC también ha considerado en sus resoluciones aquellas condiciones del mercado tradicionalmente asociadas a las barreras de entrada. Dentro de la lista, aparecen como limitaciones a la entrada: costos hundidos y barreras legales, asociadas, entre otras, a aquellas dadas por la concesión de insumos esenciales, como por ejemplo la disponibilidad de espectro radioeléctrico¹⁷⁴. Asimismo, el acceso a infraestructura o disponibilidad de terrenos para desarrollar determinada actividad¹⁷⁵, promociones, descuentos o prácticas de fidelización de los clientes¹⁷⁶, también han sido señalados como barreras a la entrada importantes por parte del TDLC al momento de analizar una operación de concentración.

En consecuencia, las barreras de entrada y sus diversas manifestaciones constituyen una parte fundamental del análisis del TDLC, el que al momento de evaluar el futuro de la operación, deberá tratar de evitar que estas se vean incrementadas, y de suceder, que existan medidas de mitigación adecuadas que

¹⁷³ TDLC. Resolución N° 43/2012, parte considerativa, N° 9.26: "(...) Este Tribunal ya ha señalado, en su Resolución N° 24/2008, que puede contribuir a erigir barreras a la entrada el hecho que las principales cadenas de supermercados diversifiquen los formatos de sus establecimientos de venta al consumidor final, buscando consolidar su posición en diferentes nichos del negocio, aun cuando esto no necesariamente configure una conducta sancionable en esta sede.

En efecto, **el aprovechamiento de las economías de escala, de ámbito y de densidad, así como los menores costos de aprovisionamiento, proporcionan ventajas a las grandes cadenas en la apertura de nuevos formatos de locales de venta destinados a satisfacer distintos segmentos de demanda, que son difícilmente replicables por una cadena pequeña o un nuevo entrante.** Así, se hace más difícil la entrada en cualquiera de los nichos cubiertos por las grandes cadenas puesto que sus ventajas de costos se traspasan a todos ellos. Por lo tanto, se dificulta la entrada de un nuevo competidor que vaya aprendiendo el negocio en un nicho para después atacar otro, ya que en todos los nichos ya existen competidores que han consolidado ventajas de escala, densidad y ámbito".

¹⁷⁴ Así, por ejemplo, en: TDLC. Resoluciones: N°1/2004; N°2/2005; N°20/2007.

¹⁷⁵ Así, por ejemplo, en: TDLC. Resoluciones: N°37/2011; 43/2012.

¹⁷⁶ Así, por ejemplo, en: TDLC. Resoluciones: N° 20/2007; 24/2008; 43/2012.

permitan morigerar los efectos negativos que éstas producen en la competencia, procurando, siempre que las características del mercado lo permitan, que este sea desafiante por nuevos competidores.

2.2.5 Eficiencias y contrapesos a los efectos anticompetitivos:

Se señaló que una operación de concentración puede conllevar riesgos anticompetitivos como los descritos en el apartado 2.2.3. Sin embargo, ésta también podrá traer aparejados beneficios o ganancias, los que pueden servir de contrapeso a los primeros. En ese sentido, algunos de los ejemplos de estos beneficios comúnmente alegados serán aquellos propios de las economías de escala, los derivados del uso de activos complementarios o la eliminación de operaciones duplicadas o reducción en gastos de administración. Estas disminuciones en los costos son tradicionalmente conocidas como eficiencias.

En su análisis, el TDLC deberá establecer cuáles de las eficiencias alegadas por los consultantes cumplen con los requisitos para ser consideradas como aptas para compensar los eventuales efectos anticompetitivos de la fusión. Para esto, deberá hacerse de toda la evidencia disponible, la cual, en virtud de la ley, será aportada mayoritariamente por los intervinientes.

En relación a lo anterior, se ha señalado que las eficiencias pueden contribuir a morigerar los efectos negativos de las operaciones de concentración. En virtud de lo referido, será importante la prospección que haga el Tribunal en relación al resultado final de la operación en cuanto a sus efectos, contrastando los riesgos anticompetitivos con las eficiencias generadas por la misma. Así, por ejemplo, en materia de efectos vinculados al precio, el TDLC ha señalado que: "(...) la comparación de excedentes del productor y consumidor no es lo que debe guiar la discusión, sino que son los efectos competitivos de una fusión los que de verdad importan. Así, dado que los efectos negativos de una fusión están constituidos por su potencial de aumentar los precios en el mercado relevante, los

elementos para contrapesar tales impactos negativos deben ser aquellos que produzcan el efecto contrario en precios¹⁷⁷.

A partir de la jurisprudencia del TDLC, y en armonía con lo señalado por diversos organismos encargados del control de operaciones de concentración a nivel comparado, es posible extraer una serie de requisitos para que una eficiencia alegada pueda ser considerada como contrapeso efectivo a los riesgos anticompetitivos, los que serán examinados a continuación:

a. Verificables:

La FTC y el DOJ de Estados Unidos, han señalado que las eficiencias alegadas por los consultantes deben basarse en documentación lógica, coherente y con asidero en hechos y experiencia del mercado y por tanto, verificables por medios razonables¹⁷⁸. En esa misma línea, el TDLC ha señalado que se debe demostrar fehacientemente cómo se logran, para lo cual los interesados deberán acreditar debidamente “el origen, tipo y magnitud de las mismas”¹⁷⁹.

Un aspecto plausible para acreditar una eventual eficiencia, es el hecho de demostrar que eficiencias similares fueron logradas en el pasado reciente a través de acciones similares. En caso de no ser posible, los consultantes deberán intentar acreditarlo de la mejor manera posible¹⁸⁰. Evidencia de este tipo, ayudará a las agencias a sortear la dificultad que implica hacer un análisis prospectivo acerca de la plausibilidad de la eficiencia alegada.

Sin perjuicio de lo anterior, en este trabajo se considera que el estándar de acreditación de las eficiencias no debiese transformarse en una especie de

¹⁷⁷ TDLC. Resolución N°39/2012. Considerando N° 10.9.

¹⁷⁸ Federal Trade Commission y U.S. Department of Justice, “Commentary on the Horizontal Merger Guidelines,” 51.

¹⁷⁹ TDLC. Resolución N° 24/2008. Parte considerativa, N° 240.

¹⁸⁰ Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice, “Commentary on the Horizontal Merger Guidelines,” 54,55.

“prueba diabólica”, en el sentido de que los consultantes deban llegar a probar la ocurrencia de un hecho futuro, el cual, por su naturaleza, está sujeto a incertidumbre. En consecuencia, a juicio de este trabajo, deberán ser la razonabilidad y la probabilidad de ocurrencia un estándar válido para darlas por acreditadas. En relación con lo señalado, el TDLC en varias oportunidades ha rechazado las eficiencias presentadas por los consultantes¹⁸¹, lo que evidencia por lo menos una falta de criterios claros respecto al estándar de verificabilidad de las mismas.

En línea con lo señalado, este trabajo comparte plenamente el voto de minoría de los Ministros disidentes Sr. Menchaca y Peña en la Resolución N°39/2012, quienes estuvieron en contra de desestimar las eficiencias alegadas por los consultantes (lo que a la postre sería uno de los argumentos que decantaría en el rechazo de la operación). Para dichos efectos, al referirse a la acreditación de las eficiencias, dichos Ministros sostuvieron que: “Al respecto, estiman que este estándar en ningún caso debe ser de un nivel de exigencia que en la práctica imposibilite dar por acreditadas alegaciones de eficiencias que se basen en conjeturas razonablemente concretas y verosímiles, que se sustenten en una base lógica de inferencia y que, recurriendo a los indicios y antecedentes de evidencia, permitan concluir que su ocurrencia es **razonablemente probable**. Evidentemente, el grado de razonabilidad y de especificidad que debe exigirse no debiera olvidar que la propia naturaleza del análisis de operaciones de concentración futuras en sí misma entraña grados significativos de incerteza” (énfasis agregado)¹⁸². A la postre, la Corte Suprema, conociendo del recurso de reclamación presentado en contra de la Resolución N° 39/2012, y en la misma vereda de los disidentes, daría por acreditadas las eficiencias, permitiendo que la operación se llevara a cabo

b. Inherentes a la operación consultada:

¹⁸¹ Por ejemplo, en: TDLC. Resoluciones N°: 2/2004, 20/2007, 22/2007, 23/2008, 31/2009, 39/2012 y 43/2012.

¹⁸² TDLC. Resolución N°39/2012. Voto de Minoría, considerando N°20.

El TDLC ha señalado que son inherentes a la operación consultada todas aquellas eficiencias que “son consecuencia directa y necesaria de la misma, y cuando no pueden alcanzarse en un grado similar por otro medio que tenga menos efectos anticompetitivos”¹⁸³. Por lo mismo, podrán no serán consideradas aquellas eficiencias que puedan ser alcanzadas de forma unilateral por la empresa¹⁸⁴. En ese sentido, eficiencias alegadas en materia de ahorro de costos de logística y administración, *know how*, y mejores prácticas, en algunas ocasiones, no han sido considerados como eficiencias por parte del Tribunal¹⁸⁵. Asimismo, el TDLC también ha rechazado aquellas eventuales eficiencias que se basen en la necesidad de lograr economías de escala, cuando estas sean posibles mediante el crecimiento orgánico de dichas compañías, no siendo necesaria una fusión sino que mayor inversión¹⁸⁶. Lo señalado, a juicio de este trabajo, resulta discutible, toda vez que el hecho de poder producirse mediante crecimiento orgánico no obsta a que la operación pueda conllevar eficiencias, las cuales, de existir, deberían ser reconocidas. Lo contrario, implicaría una limitación injustificada de la libre iniciativa económica consagrada por nuestra Constitución Política.

c. Que no sean fruto de reducciones anticompetitivas en cantidad o calidad de los productos

El TDLC ha señalado que “si una operación de concentración produjera un poder de mercado tal que hiciera beneficioso para la entidad fusionada reducir su producción, tal reducción de costos no sería una eficiencia o sinergia válida como contrapeso frente a los riesgos anticompetitivos resultantes de esa operación, sino que representaría justo lo opuesto, esto es, un efecto anticompetitivo de la

¹⁸³ TDLC. Resolución N°24/2008. Parte considerativa, N° 241, así también: Resolución N° 37/2011, parte considerativa, N° 267.

¹⁸⁴ Ibid.,

¹⁸⁵ Por ejemplo, en TDLC. Resolución N° 24/2008.

¹⁸⁶ TDLC. Resolución N°39/2012, parte considerativa, N° 10.16

Operación”¹⁸⁷. Lo anterior, se grafica en la medida de que si una operación de concentración hace decrecer la competencia y como consecuencia de aquello la entidad fusionada puede –por ejemplo- reducir su producción o la calidad del producto, tal reducción es un efecto anticompetitivo de la fusión pues, si bien libera recursos productivos para la empresa, implica una reducción en el bienestar social, puesto que los recursos ahorrados por la misma generaban para la sociedad un mayor valor. En otras palabras, estaríamos frente a un caso de ineficiencia asignativa¹⁸⁸.

d. Traspasadas al consumidor o mejora en la calidad del producto:

Relacionado con el requisito anterior, el Tribunal ha reconocido la importancia de que los consumidores se vean beneficiados por los efectos de las eficiencias. Así, el TDLC ha señalado que “este Tribunal considera que las eficiencias que se aleguen a favor de una operación de concentración deben redundar, con una probabilidad y en un plazo razonable, en **menores precios al consumidor o mejor calidad del producto**”¹⁸⁹. Lo anterior se ve reflejado, por ejemplo, en la mayor aceptación del Tribunal en relación a considerar como eficiencia la reducción de los costos variables o marginales por sobre los costos fijos, lo que se explica en la medida de que el excedente de los primeros generalmente quedaría para la compañía, mientras que el del segundo pasaría a los consumidores.

Si bien lo anterior se condice con ciertas legislaciones comparadas, como es el caso de EEUU¹⁹⁰, lo cierto es que en otras legislaciones prevalecen

¹⁸⁷ TDLC. Resolución N° 37/2011, parte considerativa, N° 269.

¹⁸⁸ TDLC. Resolución N° 24/2008, parte considerativa, N° 243.

¹⁸⁹ TDLC. Resolución N° 39/2012, considerando N° 10.2. Ver también: TDLC. Resoluciones N° 37/2011, y N° 24/2008.

¹⁹⁰ Así, el TDLC en su Resolución N° 39/2012, citando a la FTC y la DOJ, señaló que: “Es más probable que las eficiencias conocibles específicas a la concentración hagan una diferencia en las decisiones de las Agencias cuando sea esperable que éstas resulten en efectos pro competitivos directos en el corto plazo. **El análisis económico enseña que reducciones en precios son esperables cuando las eficiencias reducen los costos marginales de la empresa resultante, i.e., costos asociados con la producción de una unidad adicional de**

estándares diferentes, como por ejemplo el bienestar general en países como Australia y Nueva Zelanda o el balance de contrapesos en el caso de Canadá¹⁹¹.

e. Suficiencia:

Finalmente, y aunque parezca evidente, es necesario mencionar que las eficiencias deberán ser **suficientes** para poder contrarrestar los efectos anticompetitivos creados por la operación en los mercados, por ejemplo, evitando que aumenten los precios después de la fusión¹⁹². De lo contrario, la operación deberá ser rechazada o aprobada con medidas de mitigación, siempre que estas permitan paliar los efectos anticompetitivos de la operación.

Finalmente, cabe mencionar que a nivel comparado el valor de las eficiencias ha sido cada vez más reconocido. En ese sentido, los autores Jonathan Faull and Ali Nikpay han dado cuenta de un giro en el enfoque de la jurisprudencia de la Unión Europea como consecuencia de las modificaciones realizadas a la ley el año 2004, mediante la cual se reconoce expresamente que las eficiencias pueden ser usadas como defensa para aquella operación que de otra manera sería anticompetitiva¹⁹³. Es en ese sentido que la EC Commission ha señalado expresamente que: “Para determinar la repercusión de una concentración sobre la competencia en el mercado común, conviene tener en cuenta las posibles eficiencias invocadas y motivadas por las empresas afectadas. Es posible que las eficiencias derivadas de la concentración contrarresten los efectos sobre la competencia y, en particular, el perjuicio potencial para los consumidores que en

cada uno de sus productos. Por contraste, típicamente no es esperable que las reducciones en costos fijos –costos que no cambian en el corto plazo con cambios en la producción- produzcan efectos inmediatos en precios y por lo tanto al beneficio de los consumidores en el corto plazo. En vez de esto, los beneficios inmediatos de los menores costos fijos (e.g., la mayoría de las reducciones en costos generales o de administración) usualmente se acumulan en las ganancias de las empresas”.

¹⁹¹ Gal, “Size Does Matter.”

¹⁹² U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, 2010, sec. 10.

¹⁹³ Faull y Nikpay, *Faull y Nikpay: The EU Law of Competition*. 692.

caso contrario podría resultar de la concentración, y que, como consecuencia de ello, ésta no obstaculice de forma significativa la competencia efectiva (...) ¹⁹⁴.

CAPITULO 3: MEDIDAS DE MITIGACIÓN

3.1 Aprobación de una operación de concentración sujeta a medidas de mitigación:

En el capítulo 1 de este trabajo se esbozó el sistema de control de operaciones de concentración vigente en nuestro país, el cual, se señaló es posible en virtud de la potestad consultiva del TDLC, tribunal que accionando frente a una consulta, podrá aprobar la operación de manera pura y simple, rechazarla íntegramente o aprobarla con medidas de mitigación. Asimismo, en el capítulo 2 se mencionaron los elementos de carácter económico que tradicionalmente ha considerado el TDLC para reaccionar de una u otra manera frente a una operación de concentración sometida a su conocimiento. Por su parte, el presente capítulo se hará cargo de la conceptualización de las medidas de mitigación que podrá imponer el TDLC.

Es necesario señalar las medidas de mitigación impuestas por el TDLC han crecido en complejidad. Lo anterior, se explica a consecuencia tanto de la práctica jurisprudencial del mismo Tribunal como a la necesidad de hacerse cargo de operaciones cada vez más sofisticadas. En ese sentido, desde la primera medida de mitigación impuesta por La Comisión Preventiva Central a través de la Resolución N°1042 de julio de 2008, hasta la fecha, se puede constatar una favorable evolución en la aplicación de medidas de mitigación, las cuales en la actualidad permiten precaver de mejor manera los riesgos creados por las operaciones de concentración.

¹⁹⁴ EC Merger Regulation, considerando N° 29.

Sin perjuicio de lo anterior, no es menos cierto que algunos de los razonamientos desplegados por el Tribunal no han sido del todo consistentes con los principios y garantías constitucionales que uniforman nuestro derecho, ni tampoco con los propios criterios que ha elaborado el mismo TDLC ha esbozado como consecuencia de una frondosa práctica jurisprudencial. Lo anterior, parece explicarse tanto por la carencia de una legislación robusta en esta materia, que fije criterios claros, así como por la adopción de ciertas soluciones utilizadas en la literatura comparada, las cuales no siempre tienen asidero en nuestro derecho.

Lo señalado en los párrafos precedentes, hace necesaria una adecuada conceptualización de las medidas de mitigación y su aplicación. Para dichos efectos, el presente capítulo analizará las medidas de mitigación en las siguientes dimensiones: (i) concepto y naturaleza jurídica; (ii) fundamento jurídico; (iii) exigencias; (iv) finalidad; (v) clasificación; (vi) elección de la medida adecuada; (vii) el rol de la Corte Suprema; (viii) Incumplimiento de una medida; y, (ix) Prescripción de las medidas.

3.2 Medidas de mitigación: concepto y naturaleza jurídica:

3.2.1 Concepto

Tal como se señaló en el capítulo anterior, una vez sometida a consulta una operación de concentración el TDLC deberá proyectarla hacia el futuro y examinar su licitud a partir de los eventuales riesgos anticompetitivos que ésta pueda conllevar. A partir de este análisis, el Tribunal puede deducir lo siguiente: (i) dicha fusión no presente riesgos para la libre competencia, caso en que deberá ser aprobada de manera pura y simple; (ii) el TDLC detecta riesgos para la libre competencia, pero estima que estos se ven suficientemente contrarrestados por las eficiencias acreditadas por los consultantes; (iii) si los riesgos no pueden ser debidamente contrarrestados por las eficiencias el Tribunal deberá determinar si es o no posible armonizar la operación consultada con la libre competencia

mediante la remoción la tipicidad y antijuridicidad implicada en la misma.¹⁹⁵. En el caso de la última hipótesis, si no es posible armonizar la operación en virtud de las normas del Decreto Ley 211, esta deberá ser rechazada. Sin embargo, si existen supuestos fácticos bajo los cuales la operación sería viable, en vista de la remoción de la tipicidad y antijuridicidad de la misma, lo que muy probablemente elimine los riesgos anticompetitivos detectados, el Tribunal deberá determinarlos en la resolución y serán obligatorios para las partes en caso de que deseen materializar la operación de concentración. Éstas obligaciones son tradicionalmente denominadas “condiciones”, medidas de mitigación o remedios.

En este trabajo, a falta de una definición legal o jurisprudencial, se prefiere la voz “medida de mitigación” por sobre el concepto “condición” empleado –a juicio de este estudio- de manera impropia por el artículo 18 N°2 del Decreto Ley 211¹⁹⁶. Lo anterior, en vista de que la verdadera finalidad de las medidas de mitigación es morigerar los riesgos o remover la antijuridicidad que deriven de la operación más que condicionar -en un sentido civilista- la operación al cumplimiento de estas. Lo anterior, tiene sentido, además, toda vez que no será raro que la operación se concrete sin que las condiciones lleguen a cumplirse (por ejemplo, la obligación de consultar en caso de celebrar cualquier operación que signifique una mayor concentración en del mercado). En virtud de aquello, tampoco corresponderá hablar de una condición en el sentido antes descrito, puesto que una operación podrá llegar concretarse sin la necesidad del cumplimiento de ésta.

Por su parte, en el derecho comparado –principalmente en las legislaciones de EEUU y la Unión Europea- las medidas de mitigación se encuentran enmarcadas dentro de la denominación genérica *remedies*. Dicho concepto posee un carácter esquivo, puesto que se ha señalado que “es usado como sinónimo en un amplio rango de términos distintos y lo que es probablemente peor, para

¹⁹⁵ Valdés Prieto, *Libre Competencia y Monopolio*, 371.

¹⁹⁶ Artículo 18 N°2, Decreto Ley 211: “El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: 2) (...) podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos.

diferenciarla de una igualmente larga y diversa lista”¹⁹⁷, incluyendo –por tanto- un extenso rango de respuestas del derecho de la libre competencia frente a vulneraciones del mismo, dentro de las cuales se comprenden –por cierto- las proporcionadas para operaciones de concentración que hayan lesionado o tengan la aptitud para la lesionar la libre competencia.

Por lo señalado, y en el contexto ya de las operaciones de concentración, no es extraño que en el derecho comparado se incluyan bajo el concepto *remedies* un mayor número de respuestas de las que este trabajo ha denominado como “medidas de mitigación”. Así, por ejemplo, en el derecho de la competencia de EEUU, se incluye dentro del concepto *remedies* la acción privada por daños que los particulares pueden interponer como consecuencia de los perjuicios provocados por una operación de concentración que ya se haya consumado¹⁹⁸.

En cuanto a las medidas de mitigación propiamente tales, en el derecho comparado estas han recibido distintas denominaciones tales como *commitments*, *undertakings*, *reliefs*, *provisions*, *solutions*, entre otras.

En el caso de la Unión Europea, las medidas de mitigación (denominadas “*commitments*” o “*undertakings*”) pueden ser definidas como modificaciones a una operación de concentración notificada ofrecidas por las partes para efectos de hacer compatible la operación con el mercado del que se trate¹⁹⁹. En ese sentido, la EC Commission también ha señalado que “la Comisión tiene la facultad de

¹⁹⁷ Rafal Zakrzewski, *Remedies Reclassified* (Oxford University Press, 2005), 2. Traducción del autor: (“is used synonymously with a wide range of different terms and what is probably worse, by way of contrast to an equally long and diverse list”).

¹⁹⁸ Ver *United States v. Pennzoil Co.*, 252 F. Supp. 962 W.D Pa. (1965). En Phillip Areeda y Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, 2nd. ed y 3th. ed (New York, NY: Aspen Publishers : Wolters Kluwer Law & Business, 2004), 113.

¹⁹⁹ EC Merger Regulation, Considerando N°30: “Cuando las empresas afectadas modifiquen una concentración notificada, en particular, proponiendo compromisos para compatibilizar la concentración con el mercado común, la Comisión debe poder declarar tal concentración modificada compatible con el mercado común”.

aceptar sólo aquellas medidas de mitigación que sean capaces de tornar la operación compatible con el mercado interno”²⁰⁰.

En un sentido similar, el DOJ de Estados Unidos en *Antitrust Division Policy Guide To Merger Remedies*, al tratar las posibilidades que tiene dicho organismo frente a una operación de concentración que entrañe riesgos anticompetitivos, se ha referido a las medidas de mitigación como: “modificaciones que restauren o preserven la competencia”²⁰¹, las cuales tendrán por finalidad “curar” o reparar la operación de los riesgos detectados.

3.2.2 Naturaleza jurídica:

Como se pudo constatar en el capítulo I de este trabajo, existe consenso tanto en la doctrina como en la jurisprudencia acerca de la naturaleza administrativa de la consulta, la cual se hace extensiva a las medidas de mitigación establecidas por el Tribunal conociendo aquellas.

A consecuencia de lo anterior, también existe acuerdo²⁰² en torno a que las medidas de mitigación que pueda imponer el TDLC en los procesos consultivos no tienen carácter sancionatorio, diferencia que las distingue de aquellas medidas de las que puede aplicar el Tribunal en el ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales, consagradas en el artículo 26 del Decreto Ley 211, las cuales, en otra parte de este trabajo y siguiendo al profesor Domingo Valdés, se han denominado como sanciones²⁰³. En relación a esta diferencia, y conceptualizando las medidas de mitigación que puede imponer el TDLC, ese mismo tribunal ha

²⁰⁰En Caso 5-210/01 *General Electric v Commission* (2005) ECR II-5575, Párr. 555. Traducción del autor. “[T]he Commission has power to accept only such commitments as are capable of rendering the notified transaction compatible with the common market”.

²⁰¹ *Antitrust Division Policy Guide To Merger Remedies*, U. S. Department Of Justice, Antitrust Division, October 2004.

²⁰²Así, por ejemplo, en Valdés Prieto, *Libre Competencia Y Monopolio*, 371; Santiago Montt O., *Incumplimiento de una condición impuesta por El TDLC en una resolución que aprueba una Operación de Concentración*, Informe en Derecho (RegCom, Universidad de Chile, marzo 28, 2011), 11.

²⁰³ Valdés Prieto, *Libre Competencia Y Monopolio*, 368,369.

señalado sobre estas, que son “determinadas obligaciones de hacer o no hacer, potestativas, no sancionatorias, limitadoras de derechos, pero que no resuelven un conflicto entre las partes ni realizan un juicio de reproche frente a la existencia de una eventual vulneración a la competencia”²⁰⁴.

A mayor abundamiento, un autor ha señalado que las medidas tendrían una naturaleza “administrativo-regulatoria y no sancionatoria”²⁰⁵. Esta afirmación parece acertada. Sin embargo, debe precisarse que, a diferencia de la regulación, de las medidas de mitigación sólo aplicarán a la operación consultada y deberán ser determinadas en virtud de los riesgos que esta conlleve. Asimismo, las medidas de mitigación habrán de cumplirse sólo por los consultantes, sin perjuicio de que terceros puedan verse indirectamente comprometidos. En ese sentido, se ha señalado que se está frente a un **acto administrativo de alcance particular** el cual, a lo sumo “(...) podrá establecer una regulación procedimental, adjetiva o accesoria y siempre bajo la fórmula de un imperativo de requisitos”²⁰⁶. Entender lo anterior en sentido contrario implicaría aceptar una extralimitación de las facultades del TDLC consagradas en el Decreto Ley 211, por lo que serían contrarias a derecho en virtud de los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República.

También es importante destacar que aquellas medidas establecidas por el TDLC tendrán fuerza obligatoria sólo en la medida de que los consultantes quieran perseverar en la operación, pudiendo desistirse de ella. Sin embargo, y en relación con lo referido, el TDLC no podrá disponer medidas de mitigación que en la práctica signifiquen una prohibición indirecta de la operación a través de establecer medidas de mitigación tan gravosas que hagan inviable la operación. Lo anterior, toda vez que –tal como se analizó en la sección 1.5.2 de este trabajo–

²⁰⁴ TDLC. Sentencia N°117/2011, considerando N°23.

²⁰⁵ Montt Oyarzún, “Condiciones Impuestas Por El Tribunal de Defensa de La Libre Competencia En El Marco de Una Operación de Concentración En El Derecho Chileno,” 460.

²⁰⁶ Valdés Prieto, *Libre Competencia y Monopolio*, 627.

el TDLC se encuentra facultado para rechazar una operación de concentración sometida a su consulta, debiendo hacerlo si es que lo considera necesario.

A nivel comparado, la naturaleza jurídica de las medidas de mitigación ha recibido un tratamiento similar al dado en el derecho nacional. En ese sentido, la *EC Merger Regulation* de la Unión Europea en su artículo 6, ha señalado acerca de las medidas de mitigación que estas son: “**condiciones y obligaciones** destinadas a asegurar que las empresas relacionadas cumplan con las medidas que han planteado ante la EC Commission con el objeto de compatibilizar la operación con el mercado interno” (énfasis agregado)²⁰⁷.

Por su parte, el DOJ de EEUU ha señalado que se tratan de estipulaciones (“*provisions*”) o acuerdos (“*settlements*”) contenidos en una resolución concertada (“*a consent decree*”) de carácter obligatorio entre la División y las empresas fusionadas frente a una corte distrital, las cuales tienen por objeto viabilizar la operación con la legislación anti monopolios. Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de que las partes decidan eliminar voluntariamente y de forma previa al acuerdo los riesgos anticompetitivos a mediante una reestructuración voluntaria de la transacción lo cual en dicha legislación recibe el nombre de *fix-it-first remedy*²⁰⁸.

3.3 Fundamento jurídico de las medidas de mitigación:

a) Decreto Ley 211:

El fundamento normativo directo de las medidas de mitigación que puede imponer el TDLC a través de una resolución motivada por una consulta descansa –en general- en el inciso primero del artículo 3° del Decreto Ley 211, que para

²⁰⁷ Artículo 6(2). EC Merger Regulation: “La Comisión podrá acompañar la decisión adoptada con arreglo a la letra b) del apartado 1 de condiciones y obligaciones destinadas a garantizar que las empresas afectadas cumplan los compromisos contraídos con la Comisión para compatibilizar la concentración con el mercado común.”

²⁰⁸ Antitrust Division Policy Guide To Merger Remedies, U. S. Department Of Justice, Antitrust Division, October 2004. P.1.

dichos efectos dispone que “(...) será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, **sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto a dichos hechos actos o convenciones pueda disponerse en cada caso**” (énfasis agregado).

Dicha disposición tiene a lo menos dos consecuencias significativas en lo que respecta a la legalidad de las medidas de mitigación y que deben ser explicitadas a falta de claridad del Decreto Ley 211. La primera de ellas, está contenida en la primera parte de dicho inciso, la cual se condice con la ya mencionada diferencia que existe entre las *sanciones* propias de los procesos contenciosos que son conocidos por el TDLC en virtud de su potestad jurisdiccional y las medidas de mitigación. En ese sentido, la mención “será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26” se refiere aquellos procesos contenciosos que pueden concluir en una sentencia antimonopólica que establezca las “medidas” (en la nomenclatura del Decreto Ley 211), o más precisamente sanciones, las cuales se encuentran señaladas restrictivamente por el legislador el artículo 26 del Decreto Ley 211. Por otro lado, la segunda parte del artículo 3, (“sin perjuicio de las **medidas preventivas**, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso”) se encarga de dar sustento normativo a las medidas de mitigación, las cuales se conocen en virtud de la potestad consultiva y cuya función es precisamente prevenir atentados competitivos a través de una consulta analizada por el TDLC en un procedimiento no contencioso, administrativo, y no sancionatorio.

Una segunda consecuencia de este artículo, se refiere al ámbito de aplicación de las medidas de mitigación. En efecto, el mencionado artículo señala respecto a aquellas “**que puedan disponerse en cada caso**”, lo que no significa otra cosa que el TDLC no se encuentra facultado para disponer medidas de mitigación de alcance general, sino que deben ser dispuestas caso a caso,

considerando las circunstancias particulares de cada operación, lo que asimismo las diferencia de la potestad reglamentaria externa dirigida a terceros²⁰⁹²¹⁰.

Finalmente, el Decreto Ley 211, al referirse a la potestad consultiva del Tribunal en su artículo 18 N°2, establece que éste tendrá el deber y atribución de: “2) Conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual, **podrá fijar las condiciones** que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos” (énfasis agregado).

b) Orden público económico:

Por otro lado, a juicio de este trabajo, uno de los fundamentos indirectos que sustentan la imposición de medidas de mitigación por parte del TDLC en el marco de su potestad consultiva, descansa en la noción de orden público económico, concepto que resulta de extrema importancia para comprender cómo es que el TDLC está facultado para restringir garantías constitucionales a través de la imposición de medidas de mitigación.

El concepto de orden público económico, si bien presenta dificultades en cuanto a su conceptualización, ha sido ampliamente reconocido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Éste ha sido definido por el profesor José Luís Cea Egaña, como “el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución”²¹¹.

²⁰⁹ Valdés Prieto, *Libre Competencia y Monopolio*, 374.

²¹⁰ Así también lo ha afirmado la Excma. Corte Suprema (02.01.2013), en causa Rol N° 3993-2012, considerando N°7, al señalar que: “(...)Pero este análisis debe referirse a situaciones concretas, atendiendo sus particularidades, efectuando caso a caso la valoración respecto de lo favorable o perjudicial que pueda ser para la competencia una determinada operación de concentración en una industria o mercado.”

²¹¹ José Luis Cea Egaña, *Tratado de La Constitución de 1980: Características Generales: Garantías Constitucionales*, 1a. ed (Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1988), 158.

En relación a lo anterior, noción de orden público económico ha sido utilizada recientemente tanto por la jurisprudencia del TDLC como por la Corte Suprema para dar sustento jurídico de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC. Esto, debido a que se ha presentado como un argumento consistente para justificar cómo es que ciertas garantías fundamentales podrán ceder frente a las normas del Decreto Ley 211.

En virtud de lo señalado, las garantías establecidas en los numerales 21, 23 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, podrán verse limitadas por las medidas de mitigación que pueda imponer el TDLC en el ejercicio de sus facultades, las cuales, como se señaló en párrafos anteriores, descansan en una norma de orden público, como lo es el Decreto Ley 211. Vinculado con lo recién mencionado, la Corte Suprema ha señalado que: “resulta indudable que el Decreto Ley N° 211 tiene un carácter económico y que entre sus objetivos se encuentra la regulación y cautela de la libre competencia, como de un modo más general la pureza del orden público económico del país. Es así como el Constituyente ha desarrollado una especial profundización de las normas que integran este marco regulatorio, tanto al desarrollar la competencia del Estado cuanto al referirse a las garantías individuales”²¹².

En consecuencia, no cabe duda de que Decreto Ley N° 211 se erige como una norma perteneciente al denominado orden público económico, concepto el cual cumple distintas funciones respecto a las garantías reguladoras enmarcadas dentro del mismo concepto²¹³. Así, si bien por una parte “vela porque la libertad de emprendimiento y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sea respetado tanto por los particulares como por el Estado”²¹⁴, también tiene una faz restrictiva de dichos derechos en relación a los particulares, toda vez que estos “esgrimiendo su propia libertad pretenden alcanzar y ejercer un poder en el

²¹² Excma. Corte Suprema de Chile. 30.11.2013. Rol N° 346-2013, considerando N°16.

²¹³ Ibid., considerando N°18.

²¹⁴ Ibid.,

mercado, violentando así no sólo el derecho de los otros actores del ámbito económico en que se desenvuelve sino que afectando los intereses de los consumidores, lo que en último término se traduce en una afectación del bienestar de la generalidad de los miembros de la Nación”²¹⁵ .

A mayor abundamiento, el TDLC ha señalado respecto al **artículo 5° del Decreto Ley 211** que “encomienda a este Tribunal, entre otras, la función de prevenir atentados a la libre competencia con el objeto de **resguardar el interés público**. Ello implica que en ocasiones deberá limitar o derechamente prohibir determinadas operaciones económicas específicas sometidas a su conocimiento, con el fin proteger el proceso competitivo en mercados concretos”²¹⁶. Lo anterior se condice con lo señalado por la Excma. Corte Suprema que, la cual refiriéndose al mismo artículo, ha señalado que: “(...) En virtud de la misma razón debe tenerse en cuenta que el referido Tribunal, ante un conflicto entre intereses públicos y privados, deberá necesariamente hacer primar lo que le encarga la mencionada disposición sobre la utilidad que pueda surgir que pueda surgir para un particular”²¹⁷

En correspondencia con lo señalado, la Corte Suprema también ha sentenciado que: “(...) en concordancia con lo dispuesto en el artículo 5° del D.L. N° 211 puede concluirse que el tribunal posee una competencia amplia que le faculta para conocer y evaluar todos los aspectos de la actividad económica sometida a su conocimiento, puesto que es objetivo de su actuación el deber de cautelar el bien esencialmente institucional de la libre competencia”²¹⁸.

En relación a los derechos que eventualmente puedan verse limitados, la Excma. Corte Suprema ha señalado que derecho a desarrollar cualquier actividad económica posee límites, cuales son los que se establecen en el mismo artículo

²¹⁵ Ibid.,

²¹⁶ TDLC. Resolución N°39/2012, parte considerativa, N° 11.10.

²¹⁷ Excma. Corte Suprema de Chile. 05.04.2011. Rol N° 9843-2011, considerando N°18.

²¹⁸ Ibid., considerando N°8.

19 N°21, es decir, la moral, el orden público y la seguridad nacional. En la especie, la Excma. Corte Suprema ha dispuesto al respecto que “(...) En el contexto descrito la regla general establecida en el artículo 19 N°21 de la Constitución Política relativa a la libre iniciativa empresarial cede en la especie ante la limitación de orden público económico, que dice relación con el hecho de que se sobrepone al reconocimiento de los intereses económicos a través del objetivo de prevenir que se cause una lesión al derecho de la libre competencia al fusionarse un agente económico con uno de sus principales competidores y por ende se ponga en peligro la libre elección de los consumidores”²¹⁹.

Asimismo, en relación al derecho a adquirir toda clase de bienes, el cual podría verse afectado, por ejemplo, mediante una prohibición de participar en licitaciones o adquirir bienes del tipo insumo esencial, la Excma. Corte señaló que: “en el contexto descrito para la regla general establecida en el artículo 19 N°21 de la Constitución Política relativa a la libre iniciativa empresarial y el derecho consagrado en el artículo 19 N°23 de la mencionada Carta Fundamental, esto es el derecho a adquirir toda clase de bienes, cede en la especie ante la limitación del orden público económico, que dice relación con el hecho que se sobrepone al reconocimiento de los intereses económicos a través del objetivo de prevenir que se cause una lesión al derecho de la libre competencia al fusionarse un agente económico con uno de sus competidores y por ende se ponga en peligro el bien común.”²²⁰

Finalmente, y refiriéndose al derecho de propiedad, la Corte Suprema también ha señalado que una operación de concentración, para nacer a la vida del derecho, debe necesariamente cumplir con la aprobación del TDLC bajo la regla del artículo 18 N°2 del Decreto Ley 211, por lo que: “(...) bajo el régimen legal aludido, no es plausible invocar la propiedad para sustraerse al requerimiento del órgano público de dar cumplimiento a las medidas de mitigación, porque como se

²¹⁹ Excma. Corte Suprema de Chile. 05.04.2011. Rol N°9843-2011, considerando N°22.

²²⁰ Excma. Corte Suprema de Chile. 30.11.2013. Rol N°346-2013, considerando N°20. En ese mismo sentido: TDLC. Resolución N°39/2012, parte considerativa, N° 11.10.

ha dicho son los propios reclamantes quienes decidieron ejercer actividades en conjunto con miras a eliminar a un competidor principal.”²²¹.

En cuanto a las medidas de mitigación, como se señaló en los párrafos precedentes, estas son las herramientas con las que cuenta el Tribunal para poder compatibilizar una operación de concentración que conlleve riesgos para la libre competencia con la legislación antimonopólica. En ese sentido, La Corte Suprema, confirmando las ‘condiciones’ impuestas por el TDLC, a propósito de la reclamación en contra de la Resolución N°43/2012, la cual fue fundamentada en una supuesta conculcación del derecho establecido en el artículo 19 N°21, señaló que el Tribunal: “(...) Una vez detectado el riesgo inminente a la libre competencia – el que se genera producto de la operación de concentración en estudio – tiene las facultades para imponer aquellas medidas de mitigación que tiendan a restablecer el equilibrio competitivo existente en el mercado antes de la fusión”²²².

En consecuencia, de la jurisprudencia emanada tanto del TDLC como de la Excm. Corte Suprema, se puede concluir que las medidas de mitigación si bien implican una limitación de las garantías fundamentales, estas ceden frente a las restricciones que emanan del concepto de orden público económico.

Sin perjuicio de lo anterior, este trabajo considera que la noción de orden público económico no podrá en ningún caso significar una omisión en la correcta apreciación de los fundamentos jurídicos y económicos que motivan la aplicación de las medidas, las cuales deberán ser determinadas en virtud de antecedentes concretos que permitan concluir que la operación generará riesgos anticompetitivos. Lo anterior será aún más sensible en la medida de que signifiquen una limitación a garantías fundamentales, siendo plenamente aplicable lo señalado para dichos efectos en el apartado 1.6 de este trabajo. De lo contrario, estaríamos frente a un acto arbitrario de la autoridad.

²²¹ Excm. Corte Suprema de Chile. 05.04.2012. Rol N°9843-2011, considerando N°23.

²²² Ibid.,

a) Fundamento jurídico de las medidas de mitigación en el derecho comparado:

En el derecho comparado se puede apreciar que no existe una fórmula única de consagrar en la ley la posibilidad de establecer medidas de mitigación frente a operaciones de concentración que importen riesgos para la libre competencia. Así, en el caso de la Unión Europea, existe un cuerpo legal específico destinado al control de fusiones, mientras que en el caso de EEUU el control se encuentra regulado en diversas normativas, siendo la más importante para dichos efectos la denominada *Clayton Act*. Sin perjuicio de aquello, en algo que ambas coinciden es en la importancia y el desarrollo que ha tenido tanto la jurisprudencia como las guías creadas por las autoridades para efectos de dar luces a las empresas acerca de los diversos criterios bajo los cuales será analizada la operación.

En el caso de la Unión Europea, el fundamento jurídico de las medidas de mitigación emana de la denominada *EC Merger Regulation*, la cual -en la actualidad-, establece en su artículo 2 (3) que: “Las concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán incompatibles con el mercado común”. Sin perjuicio de lo señalado, aquellas operaciones en las cuales la EC Commission considere que, realizando ciertas modificaciones, dejarían de producir dudas acerca de su compatibilidad con los mercados involucrados, podrán ser aprobadas²²³. Para dichos efectos, la *EC Merger Regulation* en su artículo 6 (2) establece que: “La Comisión podrá acompañar sus decisiones de **condiciones y obligaciones** destinadas a garantizar que las empresas interesadas cumplan los compromisos que hayan

²²³ *Ibíd.* Artículo 6 (2).

contraído con la Comisión a fin de compatibilizar la concentración con el mercado común” (énfasis agregado)²²⁴.

Por su parte, en Estados Unidos, tanto la FTC como el DOJ se encuentran habilitados para desafiar aquellas operaciones de concentración que tengan el riesgo de ser anticompetitivas en virtud de la Sección 7 de la *Clayton Act*, la cual prohíbe cualquier operación de concentración que cuyo “efecto... pueda ser dañar substancialmente la competencia, o tender a crear un monopolio... en cualquier ámbito del comercio en cualquier lugar del país”. Por su parte, la sección 7A de dicho cuerpo normativo consagra el control preventivo de las operaciones de concentración. Sin perjuicio de lo señalado, la posibilidad de imponer medidas de mitigación proviene de la Sección 15 de la *Clayton Act*, la cual para dichos efectos otorga a las cortes distritales de dicho país la facultad de “prevenir e impedir las violaciones a dicha ley” encomendando a los fiscales, bajo la dirección del fiscal general, entablar acciones con el objeto de prevenir e impedir dichas violaciones, señalando que los procedimientos “podrán ser solicitados exponiendo el caso y solicitando que dicha violación sea corregida o de otra manera prohibida”²²⁵.

En consecuencia, se puede concluir que el fundamento jurídico de medidas de mitigación en nuestro derecho se encuentra emparentado con el sistema estadounidense, en donde éstas pueden ser aplicadas a consecuencia del deber preventivo de las autoridades en relación a la protección de la libre competencia.

3.4 Exigencias a la imposición de medidas de mitigación

²²⁴ Ibid. Artículo 8 (2). En ese mismo sentido: artículo 6 (2) de la *EC Merger Regulation*.

²²⁵ § 15 Clayton Act, 15 U.S.C. § 25. Traducción del autor: (“The several district courts of the United States are invested with jurisdiction to prevent and restrain violations of this Act, and it shall be the duty of the several United States attorneys, in their respective districts, under the direction of the Attorney General, to institute proceedings in equity to prevent and restrain such violations. Such proceedings may be by way of petition setting forth the case and praying that such violation shall be enjoined or otherwise prohibited”).

Originariamente el Decreto Ley 211 contemplaba un número reducido de medidas que el Tribunal podía adoptar en los procesos consultivos²²⁶. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la ley 19.911 se consagró un *numerus apertus* de medidas de mitigación aplicables a aquellas operaciones sometidas a su análisis, otorgando al Tribunal discrecionalidad en relación a la adopción de dichas medidas²²⁷. Lo anterior no estuvo exento de debate²²⁸, ya que se sostuvo que la reforma conllevaría una disminución en la seguridad y certeza jurídica, produciendo incertidumbre acerca de las eventuales consecuencias que podría tener una operación en caso de ser sometida a consulta. Por otro lado, se argumentó que la necesidad de dotar al Tribunal de diversas herramientas se explicaba por las amplias y variadas posibilidades de atentados a la libre competencia hacían necesaria la reforma.

Es en virtud de lo anterior, y frente a la evidente disminución de la certeza y seguridad jurídica que importa el hecho de no existir un catálogo taxativo de medidas de mitigación aplicables por el TDLC, y en atendida consideración de que la imposición de estas en una resolución muchas veces implicarán una limitación a garantías fundamentales de los consultantes, es que a juicio de este trabajo la resolución deberá necesariamente respetar y ceñirse estrictamente a ciertos límites, de los cuales algunos se encuentran establecidos por la ley y otros se han generado en virtud de la práctica jurisprudencial del TDLC y la Corte Suprema. Así, será deber del Tribunal fundar claramente la resolución, haciendo explícitos los riesgos, así como los razonamientos que lleven al Tribunal a formar su convicción acerca de la conveniencia o inconveniencia de aprobar una operación de concentración determinada, así como la imposición de una o más medidas de mitigación.

²²⁶ Así, por ejemplo, el antiguo artículo 8 del Decreto Ley 211, letra f), numerales 1) y 2) proscibían la suspensión de la aplicación de convenios de reparto de cuotas de producción, de distribución y zonas de mercado o de cualquiera otra índole constitutivas de un injusto monopólico, y a la fijación de precios máximos a los bienes y servicios objeto de investigación. En: Valdés Prieto, *Libre Competencia Y Monopolio*, 375.

²²⁷ En ese sentido, ver Excma. Corte Suprema de Chile. 05.04.2013. Rol N°9843-2011, considerando N°7.

²²⁸ Ver Valdés Prieto, *Libre Competencia y Monopolio*, 375,376.

A continuación y teniendo a la vista el principio de licitud de la operaciones de concentración, el que como se ha señalado en este trabajo resulta aplicable tanto para la hipótesis de rechazo como la de imposición de medidas de mitigación, se enunciarán las exigencias que a juicio de este trabajo debería cumplir el TDLC para la licitud del establecimiento de medidas de mitigación:

3.4.1 Existencia de un riesgo anticompetitivo:

Las medidas de mitigación deberán ser desplegadas toda vez que exista un riesgo anticompetitivo que se pretenda aplacar mediante la imposición de estas. Sin embargo, para la aplicación de las medidas de mitigación es necesario que los riesgos detectados cumplan con las siguientes características:

a) Tipificación de la conducta prevenida:

Resulta claro que aquello que debe ser “prevenido” por el Tribunal, son aquellas operaciones que tengan la aptitud de lesionar la libre competencia²²⁹. En ese sentido, desde un punto de vista legal, esta lesión que se pretende prevenir no podrá ser diversa a aquellas hipótesis expresamente tipificadas en el Decreto Ley 211, toda vez que el legislador ha establecido a través de dicho cuerpo legal qué situaciones son consideradas ilícitas para nuestra legislación en relación al derecho de la libre competencia.

Por tanto, el TDLC no podrá prevenir a través de la imposición de medidas de mitigación aquellos riesgos que en el futuro no sean aptos para lesionar el Decreto Ley 211, puesto que lo contrario implicaría una grave extralimitación de las funciones del TDLC, al no tratarse de una conducta susceptible de ser calificada ilícita en virtud del cuerpo normativo antes señalado.

²²⁹ Decreto Ley 211. Artículo 5.

b) Nexos causal y probabilidad de resultado de peligro:

Al no tratarse de un procedimiento sancionatorio y sí administrativo –por lo general– previo a la materialización de la operación de concentración, elementos como la culpabilidad y el dolo quedan descartados del análisis. Sin perjuicio de lo anterior, dicho examen debe centrarse en la acreditación del **nexo causal**, el cual “conecta la acción u omisión consultada con un riesgo o lesión a la libre competencia a efectos de establecer la contrariedad de aquella con ésta y efectuar la consiguiente imposición de medidas propiamente tales”²³⁰.

En relación a lo anterior, no sólo es necesario que se acredite la existencia de un riesgo, sino que se debe exigir que la **ocurrencia de ese riesgo sea probable**, lo que deberá concluirse en virtud de la evidencia disponible y de ninguna manera presumirse. El Profesor Domingo Valdés ha señalado a este respecto, que: “la probabilidad resulta de comparar la contingencia de que sean perpetrados uno o más injustos monopólicos como consecuencia de la Operación versus que aquel(los) injusto(s) no se produzca(n)”²³¹. Asimismo, esta probabilidad debe ser basada en un juicio objetivo, en donde ésta sea apreciada en relación al mercado relevante particular que se analice y no de manera abstracta o *a priori*²³².

En vista de lo mencionado, y tal como ya se ha señalado en este trabajo, tanto el TDLC como la Corte Suprema han insistido en señalar que el criterio a utilizar para evaluar qué tan probable será que el riesgo se materialice, deberá ser el de una “**significativa probabilidad de ocurrencia**”²³³

3.4.2 Proporcionalidad de las medidas:

²³⁰ Valdés Prieto, *Libre Competencia y Monopolio*, 372.

²³¹ Valdés Prieto, *Nuevas Tendencias Del Moderno Derecho Económico*, 142.

²³² *Ibid.*,

²³³ TDLC. Resolución N°24/2008, parte considerativa, N° 12.; también reconocido en: Excma. Corte Suprema de Chile. 02.01.2013. Rol N° 3993-2012 y Excma. Corte Suprema de Chile. 30.11.2013. Rol N° 346-2013.

Se habla de proporcionalidad respecto a las medidas, para denotar el principio bajo el cual “la magnitud de los remedios debe ajustarse al problema de la competencia que se debe resolver”²³⁴. Por consiguiente, las medidas deberán ser sólo las estrictamente necesarias para evitar los riesgos detectados y en consecuencia procurar la remoción de la tipicidad y de la juridicidad de la conducta consultada, de modo de armonizar la operación con el derecho de la libre competencia.

Además, la CC inglesa ha señalado su preferencia por aquellos remedios que, considerados igualmente efectivos, sean menos restrictivos o menos costos en lo que respecta a la libre competencia²³⁵. En ese sentido, serán deseables aquellas medidas que conserven las eficiencias que crea la fusión, sin afectar los beneficios que existen en los mercados competitivos que no se vean implicados por la operación²³⁶.

Recogiendo el principio antes mencionado, la Corte Suprema ha señalado que las medidas deben ser las “**suficientes y adecuadas** para cautelar la libre competencia (...). (Énfasis agregado)”²³⁷. Asimismo, ha señalado que las estas “deben ser aquellas **indispensables** para restablecer la competencia en un mercado relevante”²³⁸.

Así, y tal como se analizará en la parte relativa a la finalidad de las medidas, estas deben atender a la realización de lo justo y necesario para compatibilizar la operación con el derecho de competencia. Una respuesta en

²³⁴ Enrique Cañizares y Daniel Domínguez, “Remedios estructurales en control de concentraciones: Un análisis coste-beneficio,” en *Remedios y sanciones en el derecho de la competencia* (Marcial Pons, 2008), 185.

²³⁵ Competition Commission, *Merger Remedies: Competition Commission Guidelines*, 2008, sec. 1.7, http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep_pub/rules_and_guide/pdf/cc8.

²³⁶ Agüero, “Rol de las medidas de mitigación o condiciones impuestas para aprobar Operaciones de Concentración: Un Análisis Aplicado Al Sector Retail,” 5.

²³⁷ Excma. Corte Suprema de Chile. 22.11.2007. Rol N°4578-2007, considerando 6° y Excma. Corte Suprema. 10.08.2010. Rol N°68-2010, considerando 3°.

²³⁸ Excma. Corte Suprema de Chile. 30.11.2013. Rol N°346-2013, considerando 17°.

sentido contrario implicaría una extralimitación de las facultades otorgadas al Tribunal en virtud del Decreto Ley 211.

3.4.3 Deber de fundamentación:

En virtud del principio de licitud de las operaciones de concentración ya tratado en la sección 1.6 de este trabajo, es imperativo que el TDLC establezca de manera clara y fundada cuáles son los riesgos anticompetitivos identificados así como en qué forma las medidas de mitigación aplicadas contribuirán a aplacarlos de manera proporcional.

Este requisito fluye de las normas generales de nuestro derecho, las que tienen aplicación no sólo en relación las sentencias dictadas por cualquier tribunal de la República, incluido por tanto el TDLC, sino que también a las resoluciones dictadas por éste, esto teniendo en especial consideración que las medidas de mitigación pueden llegar a ser análogas, en cuanto a sus efectos, a una sanción. Asimismo, dicha necesidad se desprende de la aptitud que tienen las medidas de mitigación no sólo de limitar los derechos fundamentales sino que incluso conculcarlos a través de la denegación de licitud antimonopólica de una operación consultada²³⁹.

En ese sentido, un destacado jurista ha definido los fundamentos de la sentencia como: “El conjunto de motivos, razones o argumentos de hecho y especialmente de derecho en que se apoya una decisión judicial”²⁴⁰. Así, se ha establecido que dicho principio/deber fluye en nuestra legislación de la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 3°, inciso 5° (garantía de un racional y justo procedimiento). Por su parte, la normativa legal contenida en los artículos

²³⁹ Valdés Prieto, *Nuevas Tendencias Del Moderno Derecho Económico*, 118.

²⁴⁰ Eduardo J Couture, Angel Landoni Sosa, y Julio César Faira, *Vocabulario jurídico: español y latín, con traducción de vocablos al francés, italiano, portugués, inglés y alemán* (Montevideo: B de F, 2010), 364.

170 y 768 N° 5° del Código de Procedimiento Civil; 500 y 541 N° 9° del Código de Procedimiento Penal, también hacen explícita la existencia de este deber²⁴¹.

Según lo expuesto, el Tribunal se encontrará obligado en su resolución a explicitar lo siguiente: (i) Identificación de riesgos anticompetitivos vinculados a conductas ilícitas tipificadas en el Decreto Ley 211, generados como consecuencia de la operación; (ii) probabilidad que poseen dichos riesgos de desplegarse una vez concretada la operación (iii) cómo es que las medidas señaladas –en caso de existir- son proporcionales a los riesgos que busca precaver.

Así, esta última exigencia opera como corolario de las demás antes expuestas, ya que informa la manera en que estos deben ser constatados en una la resolución.

3.4.4 Otros requisitos:

El TDLC, además de los requisitos ya señalados, ha establecido la necesidad de que las medidas de mitigación deban ser, además de proporcionales: **(i) materialmente posibles de aplicar y ejecutar; (ii) eficaces**, en cuanto su aplicación, en la medida que signifiquen un verdadero contrapeso o contención respecto de los riesgos detectados; y, **(iii) susceptibles de fiscalización y monitoreo independiente y efectivo.**²⁴²

3.4.5 Exigencias establecidas en el derecho comparado:

Para efectos de ilustrar de mejor manera las exigencias que deben cumplir las medidas de mitigación revisaremos que se ha señalado a dicho respecto en la Unión Europea y en Estados Unidos, referentes para nuestro derecho en la presente materia.

²⁴¹ Cea Egaña, *Tratado de La Constitución de 1980*, 309.

²⁴² TDLC. Resolución N°37/2011, parte considerativa, N° 304.

3.4.5.1 Unión Europea

La EC Commission tanto a través de su jurisprudencia como de sus comunicaciones relativas a las operaciones de concentración, ha establecido una serie de requisitos que deben reunir las medidas de mitigación para ser consideradas como aceptables. Dichos requisitos, son:

a) Eliminar completamente los riesgos anticompetitivos:

La EC Commission ha sido categórica en dictaminar que una de las exigencias que debe cumplir una medida de mitigación es la eliminación total de los riesgos anticompetitivos detectados. En ese sentido la EC Commission ha señalado que: (...) los compromisos de las partes deben no sólo ser proporcionales al problema de competencia identificado por la Comisión en su decisión, **sino también eliminarlo por completo**²⁴³(énfasis agregado). Lo anterior, ha llevado a la EC Commission a afirmar que donde una medida de mitigación no sea suficiente para eliminar los riesgos anticompetitivos, no habrá otra alternativa más que prohibir la operación²⁴⁴.

En consecuencia, se puede señalar que para la EC Commission la eliminación total del riesgo anticompetitivo constituye un requisito de existencia que debe reunir toda medida de mitigación.

b) Proporcionalidad:

En el derecho de la competencia de la Unión Europea se ha señalado expresamente que: “[el] principio de proporcionalidad es un principio general del Derecho comunitario”²⁴⁵.

La jurisprudencia de la EC Commission ha entendido que el principio al que se hace referencia implica que: “las instituciones comunitarias no rebasen los

²⁴³ Sentencia Caso T-282/02 *Cementbouw v Commission* (2005). ECR II-319. Párr. 307. En ese mismo sentido, el considerando N°30 de la EC Merger Regulation.

²⁴⁴ Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 4064/89 and under Commission Regulation (EC) No 447/98 (“EC Notice on Remedies), párr. 6.

²⁴⁵ Sentencia Caso C-202/06 P *Cementbouw Handel & Industrie v Commission* (2007). ECR I-12129.

límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, entendiéndose que cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos”²⁴⁶.

En consecuencia, se ha señalado que la EC Commission no podrá aceptar medidas de mitigación que sean innecesarias o que sean desproporcionadas²⁴⁷. Sin perjuicio de lo anterior, también se ha establecido que dicha institución no se encuentra necesariamente obligada a rechazar aquellas medidas que vayan más allá de lo necesario para eliminar los riesgos anticompetitivos, siempre y cuando sea la única forma de eliminarlos. En relación a lo anterior, en el caso *Cementboiw Handel & Industrie v Commission* (2006), se estableció que la EC Commission puede ir más allá de lo necesario cuando se acrediten circunstancias extraordinarias que así lo justifiquen²⁴⁸.

De lo anterior, se puede concluir que el principio de proporcionalidad juega un rol vital en el derecho comunitario, cuyo cumplimiento, sin embargo, podrá ser desatendido si es que es la única manera de viabilizar la operación desde el punto de vista de la libre competencia.

c) Capaces de ser efectivamente implementadas:

La Comunicación adoptada el 2008 por la EC Commission acerca de los “remedios” aceptados, establece que serán adecuados aquellas medidas de mitigación que: (i) sean capaces de ser implementadas en un periodo breve de tiempo; (ii) representen una solución duradera al problema anticompetitivo²⁴⁹; y (iii) que sean aptas de un monitoreo adecuado.

²⁴⁶ Caso T-177/04 *EasyJet*

²⁴⁷ Faull y Nikpay, *Faull y Nikpay: The EU Law of Competition*. 760.

²⁴⁸ Opinión de AG Kokott en Caso C-202/06 P *Cementboiw Handel & Industrie v Commission* (2007). I-12133, párr 69 ff.

²⁴⁹ En relación a lo anterior, la Corte General ha señalado que: “En consecuencia, la demandante no formula alegaciones que permitan desvirtuar, de manera suficiente en Derecho, la apreciación de la Comisión recogida en la Decisión impugnada, según la cual los compromisos de 3 de mayo de 2007 presentaban tales

3.4.5.2 Estados Unidos

En el caso de la legislación norteamericana se han establecido ciertos principios que deben respetarse en la confección de medidas de mitigación o remedios.

a) Existencia de un riesgo anticompetitivo:

El DOJ ha señalado que debe existir una base sólida para sostener que un atentado anticompetitivo podría ocurrir²⁵⁰. Lo anterior, toda vez que la aplicación de una medida de mitigación sin una base suficiente podría “injustificadamente restringir a las compañías y aumentar los costos a los consumidores”²⁵¹.

b) Basarse en la estudio de principios legales y económicos, aplicados al caso particular:

Uno de los elementos recalcados por el DOJ es la necesidad de que exista un nexo lógico entre la medida de mitigación recomendada y la vulneración alegada. En ese sentido, ya en 1944 la jurisprudencia norteamericana había señalado que “el test debe ser acerca de si la acción solicitada razonablemente limita y previene evasiones”²⁵².

Asimismo, se ha señalado que no existen soluciones únicas relativas a la aplicación de una medida de mitigación. En ese sentido se ha determinado que “para resolver las dudas acerca de la idoneidad de incluir provisiones designadas

lagunas formales que no le permitían llegar con certeza a la conclusión de que sería posible aplicarlos y que las soluciones resultantes serían suficientemente viables y duraderas para que no pudieran producirse en un futuro relativamente cercano los obstáculos para la competencia efectiva que dichos compromisos pretenden evitar”. En caso T-342/07 *Rayanair v Commission* (2010). ECR II-3457, párr. 496.

²⁵⁰ Antitrust Division Policy Guide To Merger Remedies, U. S. Department Of Justice, Antitrust Division, October 2004. P.3.

²⁵¹ Ibid.

²⁵² United States v. Bausch & Lomb Optical Co., 321 U.S. 707, 726 (1944). Traducción del autor: (“The test is whether or not the required action reasonably tends to dissipate the restraints and prevent evasions.”)

para restaurar la futura libertad de comercio, las Cortes deben dar peso a (...) las circunstancias bajo las cuales dicho acto legal ocurre”²⁵³.

En consecuencia, el DOJ ha establecido que una medida de mitigación deberá basarse en una investigación intensiva, para la cual se requerirá determinar (i) qué daño competitivo ha causado o podría causar la vulneración y (ii) cómo la medida de mitigación contrarresta dicho riesgo anticompetitivo²⁵⁴.

c) Restaurar la competencia:

Para el DOJ “aceptar remedios sin analizar si ellos son suficientes para corregir el atentado anticompetitivo constituye un perjuicio para los consumidores”²⁵⁵. Lo anterior, ha sido refrendado por la jurisprudencia norteamericana, la cual ha afirmado que restaurar la competencia: “es la llave para la pregunta acerca de un remedio”²⁵⁶.

d) Proteger la competencia y no a los competidores:

La Corte Suprema de Estados Unidos ha dictaminado enérgicamente que “las leyes de libre competencia han sido establecidas para la protección de la competencia y no de los competidores”²⁵⁷. En consecuencia, se ha señalado que son aceptables aquellas medidas de mitigación que mejoren el panorama competitivo a través de una preservación de la competencia sin remover los incentivos a los privados para competir²⁵⁸.

e) Deben ser exigibles:

²⁵³ United States v. United States Gypsum Co., 340 U.S. 76, 89 (1950). Traducción del autor: (“In resolving doubts as to the desirability of including provisions designed to restore future freedom of trade, courts should give weight to . . . the circumstances under which the illegal acts occur”).

²⁵⁴ Antitrust Division Policy Guide To Merger Remedies, U. S. Department Of Justice, Antitrust Division, October 2004. P.4.

²⁵⁵ Ibid.

²⁵⁶ United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 366 U.S. 316, 326 (1961).

²⁵⁷ Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp. (92-466), 509 U.S. 209 (1993). Traducción del autor: (“the antitrust laws were passed for the protection of competition, not competitors.”)

²⁵⁸ Antitrust Division Policy Guide To Merger Remedies, U. S. Department Of Justice, Antitrust Division, June 2011. P.3

Dicha exigencia se encuentra en estrecha relación con la efectividad de las medidas de mitigación, las cuales de acuerdo a lo establecido por el DOJ, no deberán ser ni ambiguas ni vagas, siendo la claridad parte esencial en relación a la posibilidad de exigir su cumplimiento. En consecuencia, la claridad en el diseño de las medidas de mitigación será relevante al momento de hacerlas cumplir. En ese sentido, se ha fallado que “la jurisprudencia acerca de que la resolución de los remedios debe ser tan específica como sea posible, no sólo en su núcleo vinculado a la reparación sino que también en sus límites circundantes, para efectos de que las partes conozcan sus deberes de modo que no ocurran incumplimientos involuntarios”²⁵⁹.

Lo propio ocurrirá con las consecuencias de la violación de las medidas de mitigación, las cuales deben ser claras para aquellos que las vulneren²⁶⁰.

3.5 Finalidad de las medidas de mitigación:

La finalidad de las medidas de mitigación se encuentra ampliamente emparentada con el principio de proporcionalidad analizado en el numeral precedente. Esto, en la medida de que su propósito es el de armonizar la operación con el derecho de la libre competencia, aplacando los riesgos involucrados en esta. En ese sentido, las medidas de mitigación “son proporcionadas toda vez que **son aptas para la finalidad de devolver el equilibrio competitivo al mercado relevante, mitigando los riesgos detectados como producto de la operación de concentración horizontal.**”²⁶¹

Entonces, en relación a la finalidad de las medidas de mitigación “como conjunto y por su efecto, deben poder eliminar la creación o fortalecimiento de una

²⁵⁹ New York v. Microsoft Corp., 224 F. Supp. 2d at 100. Traducción del autor: (“Moreover, the case law counsels that the remedial decree should be ‘as specific as possible, not only in the core of its relief, but in its outward limits, so that parties may know [] their duties and unintended contempts may not occur.’”)

²⁶⁰ Antitrust Division Policy Guide To Merger Remedies, U. S. Department Of Justice, Antitrust Division, October 2004. P.6.

²⁶¹ Excma. Corte Suprema de Chile. 30.11.2013. Rol N°346-2013, considerando N° 29.

posición dominante que haya sido identificada por la autoridad, de modo tal que las condiciones de competencia se mantengan en forma permanente en los mercados relevantes”²⁶².

A su vez es importante señalar que el TDLC estaría incurriendo en una ilegalidad al ir más lejos de lo requerido para mantener el equilibrio competitivo, estándole en consecuencia vedado el imponer medidas de mitigación en torno a imprimir una mayor competencia al mercado. La Corte Suprema ha sido enfática a este respecto, al señalar que: “el análisis de riesgos del TDLC y la decisión final sólo dice relación con los riesgos detectados producto de la operación, **no pudiendo el mencionado tribunal adoptar medidas –ya sea de mitigación o de denegación de la fusión- con la finalidad de lograr una mayor competitividad** a la existente en el escenario pre-fusión.”²⁶³

Lo mencionado en los párrafos precedentes se encuentra en plena concordancia con lo establecido para dichos efectos en el derecho comparado. Así, la EC Commission ha señalado en su Comunicación relativa a las soluciones admisibles, respecto a las medidas de mitigación que: “el objetivo básico de los compromisos es garantizar estructuras de mercado competitivas”²⁶⁴. Enseguida, y a mayor abundamiento, ha establecido que: “en caso de que una concentración plantee problemas de competencia por cuanto podría obstaculizar considerablemente la competencia efectiva, en particular a consecuencia de la creación o consolidación de una posición dominante, las partes podrán intentar modificar la concentración para resolver los problemas de competencia y lograr así la autorización para su concentración”²⁶⁵.

Por su parte, en EEUU, el DOJ ha establecido que: “el principio angular para la División al analizar los remedios es que una medida de mitigación debe

²⁶² Agüero, “Rol de Las medidas de mitigación o condiciones impuestas para aprobar Operaciones de Concentración: Un Análisis Aplicado Al Sector Retail,” 4.

²⁶³ Excma. Corte Suprema de Chile. 30.11.2013. Rol N° 346-2013, considerando 28°.

²⁶⁴ EC Notice on Remedies, párr. 15

²⁶⁵ Ibid. Párr. 5

efectivamente preservar la competencia en el mercado relevante. Ese es el objetivo principal del control de operaciones de concentración”²⁶⁶. Asimismo, respecto a las medidas de mitigación se ha señalado que: “aunque el remedio debiese ser siempre suficiente para corregir el atentado anticompetitivo, el propósito de un remedio no es aumentar la competencia en un escenario pre-fusión sino que restaurarla”²⁶⁷.

En consecuencia, lo relevante tanto para el derecho nacional será preservar la competencia existente en el mercado, sin que las medidas de mitigación puedan tener como finalidad un aumento de la competencia.

3.6 Clasificación de las medidas de mitigación

En la presente sección, se analizarán las distintas clasificaciones elaboradas tanto por la doctrina como la jurisprudencia nacional y comparada con el objetivo de exponer las distintas alternativas con las que cuentan las agencias para hacer frentes a los riesgos anticompetitivos que puede entrañar una operación de concentración, así como sus alcances, efectos y consecuencias.

3.6.1 Decreto Ley 211: Medidas de mitigaciones preventivas, correctivas o prohibitivas:

El Decreto Ley 211 establece que “(...) será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las **medidas**

²⁶⁶ U.S. Department of Justice, *Antitrust Division Policy Guide To Merger Remedies*, 2011, 1, <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/272350.pdf>. Traducción del autor: (“The touchstone principle for the Division in analyzing remedies is that a successful merger remedy must effectively preserve competition in the relevant market. That is the appropriate goal of merger enforcement”).

²⁶⁷ “Although the remedy should always be sufficient to redress the antitrust violation, the purpose of a remedy is not to enhance premerger competition but to restore it”. *Ibid.*, 4.

preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.²⁶⁸

A juicio de este trabajo, el precepto transcrito no resulta del todo claro en su redacción, prestándose fácilmente para confusión en lo que concierne a la diferencia entre las medidas de mitigación y sanciones antimonopólicas, así como la ocasión de aplicación de cada una de ellas, diferencia ya conceptualizada en este trabajo.

Lo que sí deja en claro el mencionado artículo, es el carácter de sanciones del artículo 26, sin embargo, más adelante se establece que éstas podrán ser aplicadas “sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de **dichos hechos, actos o convenciones** puedan disponerse en cada caso”. A juicio de este trabajo, a partir de la letra de la ley no es dable deducir que medidas de mitigación y sanciones sean aplicables simultáneamente, lo cual resulta lógico en virtud de la diferente naturaleza jurídica de una y otra, así como el tipo de procedimiento en las que son resueltas. En ese sentido, las sanciones del artículo 26 deberán ser impuestas en virtud de la potestad jurisdiccional del TDLC, a través de un procedimiento contencioso en el cual será examinada una conducta antijurídica ya consumada. En cambio, las medidas de mitigación deberán ser impuestas en el ejercicio de la potestad consultiva del Tribunal, a través de un procedimiento no contencioso, en virtud de la cual se analizarán los riesgos de que un ilícito económico sea perpetrado en el futuro. En consecuencia, resulta imposible concluir que unas y otras serán aplicables simultáneamente y de manera conjunta a un mismo caso. En otras palabras, “la expresión ‘*dichos hechos, actos o convenciones*’ no significa que tales medidas o condiciones puedan aplicarse concretamente sobre el mismo hecho, acto o convención que ya ha sido sancionado, sino más bien que para imponerse estas medidas

²⁶⁸ Decreto Ley 211. Artículo 3.

propriadamente tales se ha de tratar de un *‘hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir sus efectos’*²⁶⁹

Por lo señalado, a juicio de este trabajo, una interpretación armónica con los fines de las distintas potestades permite concluir que la primera parte del artículo se refiere netamente a las sanciones, aplicables en virtud de un proceso jurisdiccional, en cambio la segunda parte, se referiría a las medidas de mitigación, las que se podrían imponer “sin perjuicio” de las primeras, siempre que estas se establezcan en virtud de la potestad consultiva del TDLC y no en virtud de la jurisdiccional. En virtud de lo anterior, un mismo hecho, acto o convención podrá ser abordado desde una perspectiva jurisdiccional *ex post*, que culminará con las sanciones del artículo 26, o podrá ser consultado de manera preventiva o *ex ante*, en virtud de lo cual el TDLC podrá decretar las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que estime conveniente.

En virtud de lo señalado, este trabajo plantea que el artículo 3 del Decreto Ley 211 hace una distinción entre las medidas de mitigación que puede imponer el TDLC, las cuales podrán ser **preventivas, correctivas o prohibitivas**. En relación a las primeras, se ha señalado que la finalidad de la potestad consultiva es precisamente prevenir la concreción de un riesgo anticompetitivo, por lo que las medidas de mitigación tendrán –por lo general- dicho carácter. Por otro lado, estas podrán ser correctivas, toda vez que tengan como finalidad enmendar ciertos alcances particulares de la operación que de concretarse pudiesen atentar contra el Decreto Ley 211. En ese sentido, una medida podrá ser preventiva y no correctiva. Por ejemplo, la obligación de consultar al TDLC bajo cierta circunstancia será una medida preventiva, toda vez que busca precaver un riesgo pero no será correctiva, en la medida de que no implica la modificación de la operación. Finalmente, las medidas de mitigación podrán ser prohibitivas, toda vez que impliquen una obligación de no hacer o un deber de abstenerse de realizar

²⁶⁹ Domingo Valdés Prieto, *Informe En Derecho Titulado: “Acerca de Una Excepción de Prescripción Opuesta Por John Malone,”* n.d., 7.

cierto hecho, acto o convención, prohibición que sólo podrá tener carácter particular, sin poder referirse en ningún caso a la totalidad de la operación.

En relación a esto último, se ha señalado por ciertos doctrinarios que el rechazo de una operación de concentración consultada es la más extrema de las medidas de mitigación que puede adoptar el Tribunal²⁷⁰. Sin embargo, no parece razonable sostener esta posición, puesto que como se ha señalado, las “medidas prohibitivas” mencionadas por el artículo 3 tienen un carácter particular lo que descarta una aplicación general. Lo anterior tiene sentido, toda vez que la función de las medidas es precisamente mitigar los efectos anticompetitivos de la operación (lo cual podrá lograrse previniendo, corrigiendo o prohibiendo ciertos aspectos de la misma). En consecuencia, la palabra mitigar implicará necesariamente “moderar, aplacar, disminuir o suavizar algo”²⁷¹, por lo que difícilmente el rechazo puro y simple de la operación podría conllevar una mitigación de riesgos y mucho menos –siguiendo la voz del Decreto Ley 211– ser una “condición” o medida aplicable a dicha operación. En ese sentido, la hipótesis de rechazo plantea la negación pura y simple de la operación por ser absolutamente incompatible con el derecho de la libre competencia, al precisamente no poder haber sido “mitigados” los riesgos generados por ésta a través de medidas, condiciones, remedios (o cualquiera de sus otras acepciones)²⁷².

²⁷⁰ Esto ha sido sostenido, por ejemplo, por el profesor Francisco Agüero, quien señaló en relación al rechazo de la fusión entre D&S y Falabella, que dicha decisión: “es fiel reflejo de una medida de mitigación más restrictiva que puede adoptarse por una autoridad de competencia respecto de una operación que se somete a la aprobación: el rechazo de toda la operación consultada. En Agüero, “Rol de las medidas de mitigación o condiciones impuestas para aprobar operaciones de concentración: Un Análisis Aplicado Al Sector Retail,” 1.

²⁷¹ “Diccionario de La Lengua Española,” consultado el 30 de marzo de 2014, <http://lema.rae.es/drae/?val=mitigaci%C3%B3n>.

²⁷² En ese sentido, Cañizares y Domínguez señalan que: “Corresponde al control de concentraciones determinar si una operación debe ser aprobada o prohibida (...) Entre estas dos soluciones de carácter extremo (la aprobación y la prohibición), el control de concentraciones ofrece una tercera vía de resolución, consistente en modificar la operación inicial con el fin de hacerla compatible con los intereses de los consumidores. Dichas modificaciones se denominan *remedios*” en: Cañizares y Domínguez, “Remedios estructurales en control de concentraciones: Un análisis coste-beneficio,” 181.

En consecuencia, las prohibiciones señaladas en el artículo 3° del Decreto Ley 211 se refieren principalmente a las medidas prohibitivas respecto a un hecho, acto o convención particular involucrada en la operación de concentración, cuya omisión por parte de la fusionada permitirá armonizar la conducta con la legislación antimonopolios.

3.6.2 Medidas que establecen condiciones y medidas que establecen obligaciones:

LA *EC Merger Regulation* ha establecido una útil distinción para las medidas de mitigación, separándolas en aquellas que establecen “condiciones” y aquellas que prescriben “obligaciones”. La diferencia que da origen a dicha clasificación se encuentra relacionada tanto con la substancia de las medidas de mitigación como con su método de implementación. Se habla de medidas de mitigación que establecen condiciones para referirse a aquellas que exigen modificaciones necesarias para tornar compatible la operación con la libre competencia. En otras palabras, es la medida de mitigación en si misma (por ejemplo, desinversión de activos). Por otro lado, se hablará de medidas de mitigación que establezcan obligaciones para referirse a aquellas que señalen los pasos de implementación necesarios para que la condición sea efectivamente cumplida (por ejemplo, proteger la viabilidad de los activos mientras se materializa la desinversión)²⁷³.

En el caso del derecho comunitario, esta clasificación también tendrá relevancia desde un punto de vista de las consecuencias del incumplimiento de las medidas de mitigación. Así, el quebrantamiento de una condición podrá implicar declarar la operación como incompatible con la libre competencia, además de estar facultada la EC Commission para tomar las medidas provisionales adecuadas para mantener las condiciones de competencia. Asimismo, podrá solicitar cualquier medida apropiada para garantizar que las empresas afectadas disuelvan la concentración o tomen las medidas respectivas para reestablecer la

²⁷³ Faull y Nikpay, *Faull y Nikpay: The EU Law of Competition*. 757.

situación previa. Por otro lado, la infracción de una obligación implicará la posibilidad de revocar la autorización de la fusión, pudiendo también estar sujetas las empresas a multas y pagos periódicos de penalización²⁷⁴.

Si bien dicha clasificación no ha hecho eco aún en nuestro derecho, resulta plenamente aplicable, toda vez que el TDLC usualmente establece medidas de mitigación que pueden ser susceptibles de entrar en una u otra categoría.

3.6.3 Medidas estructurales y medidas de comportamiento:

3.6.3.1 Medidas Estructurales:

Es el tipo de medida más comúnmente utilizada por los organismos encargados de velar por la libre competencia, entre otros motivos, por su aptitud de ser permanentes y su facilidad en el cumplimiento. Las medidas estructurales tradicionalmente implican la desinversión de alguno de los activos por parte de las empresas que desean materializar una operación de concentración, con la finalidad de que dichos activos tengan la función de ejercer una presión competitiva efectiva a la fusionada dentro del mercado²⁷⁵²⁷⁶. En ese sentido, mediante este tipo de medidas, se pretende crear una nueva fuente de competencia a través de la disposición de alguna fracción del negocio o un conjunto de activos para un nuevo participante del mercado o uno ya existente, el cual deberá ser independiente a las partes que se fusionan²⁷⁷.

²⁷⁴ EC Notice on Remedies. Párr. 20.

²⁷⁵ Ibid. 182.

²⁷⁶ Sin perjuicio de lo anterior, en nuestro país se han establecido medidas de carácter estructural que tienen por efecto eliminar las participaciones cruzadas o cross-holdings de las empresas fusionadas con otros actores del mercado, de modo de evitar conductas coordinadas en un escenario post fusión. Como se verá en el próximo capítulo, un ejemplo de ello se da en la condición primera de la Resolución N°1/2004.

²⁷⁷ Competition Commission, *Merger Remedies: Competition Commission Guidelines*, sec. 3.1.

A su vez, en el derecho comparado, se han establecido subcategorías que permiten diferenciar los distintos tipos de medidas estructurales, algunas de estas categorías son²⁷⁸:

a) Desinversión de activos necesarios para que el comprador sea un competidor efectivo al largo plazo:

La idea de este tipo de medidas estructurales es fortalecer a un competidor que posea tanto los medios como los incentivos para poder preservar de una manera efectiva la competencia²⁷⁹. En ese sentido, se prefiere la desinversión de activos que pueden ser tangibles (capaces de producir algún bien), intangibles (como por ejemplo patentes, derechos de autor, propiedad industrial, puertas en aeropuertos, derechos de aterrizaje) o una mezcla de ambos²⁸⁰.

b) Desinversión de una entidad comercial existente:

Este tipo de desinversiones presenta una finalidad idéntica a la señalada respecto a los activos, pero se diferencia en que la desinversión va destinada a la enajenación de una entidad comercial que haya demostrado su aptitud para competir en el mercado relevante.

Este tipo de desinversiones ha confirmado ser más exitosa que la mera desinversión de activos, ya que tiene más elementos que la hacen viable, como

²⁷⁸ Para estos efectos, este trabajo se guiará principalmente por las categorías utilizadas por la DOJ de Estados Unidos, en U.S. Department of Justice, *Antitrust Division Policy Guide To Merger Remedies*, 7 y siguientes.

²⁷⁹ Al respecto, la Corte Suprema de Estados Unidos señaló que: "The relief in an antitrust case must be 'effective to redress the violations' and 'to restore competition.'... Complete divestiture is particularly appropriate where asset or stock acquisitions violate the antitrust laws." "Ford Motor Co. v. United States - 405 U.S. 562 (1972)," *Justia US Supreme Court Center*, consultado el 1 de abril, 2014, <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/562/>."

²⁸⁰ U.S. Department of Justice, *Antitrust Division Policy Guide To Merger Remedies*, 7.

por ejemplo clientela, sistemas de información, personal, etc. Es por esto mismo este tipo de desinversión es preferible²⁸¹.

c) Desinversión de derechos sobre activos intangibles.

Este tipo de medidas serán necesarias cuando el activo principal de un mercado sea un activo intangible (como por ejemplo patentes o derechos). En este caso el problema viene dado por la fusión entre competidores con distintos derechos de patentes para producir el mismo producto. Lo anterior, hará necesario este tipo de medidas para posibilitar que uno o más competidores accedan a dicho activo²⁸².

De acuerdo a la CC inglesa, los tipos de medidas antes señalados tienen como denominador común: la necesidad de que existan compradores aptos o *suitable purchasers*, que se hagan de los activos. En ese sentido, se entenderá que serán aptos aquellos compradores que: (i) sean independientes de las partes que se fusionen; (ii) tengan la capacidad efectiva de competir; (iii) se trate de un comprador enfocado en el mercado relevante; (iii) y que no implique un riesgo en materia de libre competencia²⁸³.

3.6.3.1 Ventajas y desventajas de las medidas estructurales:

Existen una serie de ventajas y costes asociados a este tipo de medidas, consideraciones que serán relevantes al momento de determinar el diseño de las mismas para el caso concreto.

a) Ventajas:

²⁸¹ Ibid., 9.

²⁸² Ibid., 11.

²⁸³ Competition Commission, *Merger Remedies: Competition Commission Guidelines*, sec. 3.15.

i) Permiten abordar el riesgo anticompetitivo de una forma rápida, directa y eficaz. Lo anterior, porque se propicia el ingreso de un nuevo competidor o el fortalecimiento de uno existente²⁸⁴.

ii) Bajo costo de implementación: Esto puesto que operan de manera inmediata, sin necesidad de que la autoridad tenga la necesidad de invertir en costos de monitoreo²⁸⁵.

b) Desventajas:

i) Irreversibilidad: Generalmente las medidas estructurales, dada su naturaleza, tendrán un carácter permanente y difícil de modificar, lo que puede ser un problema si se identifica que la medida no fue exitosa²⁸⁶.

ii) Ineptitud del comprador: Puede suceder que a pesar del análisis realizado por la autoridad, el comprador resulte ser inadecuado para poder participar del mercado, o que los activos sean vendidos a una empresa que no resulte ser competencia real de la fusionada²⁸⁷.

iii) Riesgos de conductas coordinadas: Es posible que las compañías que se fusionan prefieran enajenar los activos a una empresa con la que tenga contactos que posibiliten el ejercicio de conductas coordinadas en el futuro²⁸⁸.

iv) Riesgo de comportamientos estratégicos: Existen incentivos para que la enajenación de activos se haga a un competidor que no pueda devenir en un actor competitivo dentro del mercado. El riesgo anterior, se puede materializar ya sea

²⁸⁴ Cañizares y Domínguez, "Remedios estructurales en control de concentraciones: Un análisis coste-beneficio," 183.

²⁸⁵ Ibid.,

²⁸⁶ Ibid.,

²⁸⁷ Agüero, "Rol de las medidas de mitigación o condiciones impuestas para aprobar Operaciones de Concentración: Un Análisis Aplicado Al Sector Retail," 6.

²⁸⁸ Ibid., 8.

eligiendo a una firma que se considere no competitiva o retrasando la venta de los activos mientras la empresa fusionada adquiere poder de mercado²⁸⁹.

v) Asimetrías de información: Muchas veces la empresa fusionada tendrá mayor información que el eventual comprador e incluso que la autoridad acerca de la calidad del activo a enajenar o incluso acerca del mercado y sus características, lo que puede permear en la posibilidad que tenga el comprador de tornarse un actor viable dentro del mercado²⁹⁰. Por otro lado, el eventual comprador puede tener poco conocimiento acerca del negocio, por lo existe la posibilidad de que no sepa qué activos son suficientes para transformarse en un competidor viable²⁹¹.

Respecto a los últimos dos puntos, en el derecho comparado se han establecido formas de control de modo de evitar los riesgos antes señalados. La primera de ellas, consiste en que la autoridad haga una evaluación de los activos y que ante la duda acerca de su viabilidad aumente el rango de los mismos. Otra forma de control, son los denominados *hold separate commitment*, consistentes en un acuerdo mediante las cuales las partes se comprometen a mantener la viabilidad de un activo, designando –para dicho efecto- a un administrador²⁹². Una tercera forma, radica en la posibilidad de que la autoridad rechace los compradores propuestos o que exija la existencia de un comprador viable o *upfront buyer*, sin el cual no podrá materializarse la operación. También puede designar un administrador que supervise la operación, quien después de un tiempo de no encontrar comprador rebaje el valor de los activos hasta encontrarlo u ordene la desinversión de un cierto número de activos de mayor valor (a esta última modalidad se le denomina *joyas de la corona*)²⁹³.

²⁸⁹ Giorgio Monti, *EC Competition Law* (Cambridge University Press, 2007), 284.

²⁹⁰ Agüero, “Rol de las medidas de mitigación o condiciones impuestas para aprobar Operaciones de Concentración: Un Análisis Aplicado Al Sector Retail,” 7; Cañizares and Domínguez, “Remedios estructurales en control de concentraciones: Un análisis coste-beneficio,” 188.

²⁹¹ Monti, *EC Competition Law*, 283.

²⁹² *Ibid.*, 284.

²⁹³ *Ibid.*, 285.

Finalmente, la autoridad también podrá monitorear la conducta de la empresa fusionada en relación a los activos desinvertidos cuando crea que exista riesgo de que esta atente contra el comprador.

3.6.3.2 Medidas conductuales o de comportamiento:

Las medidas de comportamiento tienen por objetivo regular una conducta en marcha para evitar un atentado contrario a la libre competencia y/o sus efectos adversos²⁹⁴. En ese sentido, buscan fortalecer la capacidad competitiva del resto de los competidores, y los posibles entrantes, limitando la conducta de la empresa fusionada, sin alterar la estructura de propiedad de los activos de la industria²⁹⁵. Estas, por lo general, tenderán a ser limitadas en el tiempo y podrán cambiar de acuerdo a las circunstancias²⁹⁶

Las medidas de mitigación conductuales dependerán principalmente de la realidad y circunstancias particulares de cada caso y –por lo mismo– habrá un universo muy amplio para el diseño de cada una de ellas, las que serán determinadas en virtud de los riesgos determinados por el TDLC. En el derecho comparado se han identificado las siguientes categorías en lo que respecta a las medidas de comportamiento:

a) Cortafuegos:

También denominadas *firewalls*²⁹⁷, son diseñadas para prevenir la divulgación de información dentro de la empresa. Estas medidas se dan mayormente en procesos de integración vertical y previenen el acceso a información privilegiada al intentar aislar de manera efectiva a la empresa o

²⁹⁴ Competition Commission, *Merger Remedies: Competition Commission Guidelines*, sec. 4.1.

²⁹⁵ Cañizares y Domínguez, “Remedios estructurales en control de concentraciones: Un análisis coste-beneficio,” 182.

²⁹⁶ Agüero, “Rol de Las medidas de mitigación o condiciones impuestas para aprobar Operaciones de Concentración: Un Análisis Aplicado Al Sector Retail,” 10.

²⁹⁷ U.S. Department of Justice, *Antitrust Division Policy Guide To Merger Remedies*, 13.

compañía que genera la información de las demás firmas del grupo. La CC inglesa ha señalado que, por ejemplo, que esto se logra mediante la restricción de los flujos de información y uso de servicios compartidos; separando físicamente locales comerciales y al personal; regulando las transferencias entre la administración; y, evitando las transferencias entre los directores, así como cualquier interacción permitida entre el personal directivo²⁹⁸.

b) Deberes de no discriminación:

Estas medidas contemplan los conceptos de “igual acceso, igual esfuerzo e iguales términos”²⁹⁹. Este tipo de medidas puede ser aplicable cuando una empresa aguas arriba pretende fusionarse con una de las firmas que compite en un mercado con otras empresas aguas abajo. En ese caso, el TDLC podrá adoptar este tipo de medidas para requerir a la firma aguas arriba que ofrezca iguales términos o condiciones a los demás competidores aguas abajo³⁰⁰.

c) Deber de licencias obligatorias:

El TDLC podrá proponer términos razonables en relación a las licencias o patentes de ciertas tecnologías u otros activos de manera de evitar un atentado anticompetitivo. Este tipo de medidas se aplicarán generalmente para los casos donde también exista una desinversión de activos intangibles ya mencionados más arriba.

d) Deberes de transparencia:

Esta medida consiste en el deber de dar cierta información a la autoridad regulatoria, la cual de otra forma no sería exigida a la empresa. Dicha información

²⁹⁸ Competition Commission, *Merger Remedies: Competition Commission Guidelines*, párr. 4.20 y 4.21.

²⁹⁹ U.S. Department of Justice, *Antitrust Division Policy Guide To Merger Remedies*, 14, 15. :(“Non-discrimination provisions incorporate the concepts of equal access, equal efforts, and equal terms.”)

³⁰⁰ *Ibid.*, 15.

puede servir a la autoridad para evitar la evasión de la regulación por parte de la empresa³⁰¹, así como la consecuente fiscalización de otra medida de mitigación propuesta.

e) Deber de no represalias:

Estos deberes pueden manifestarse frente a distintos tipos de represalia por parte de la empresa que se fusiona. Por ejemplo, la autoridad podrá establecer provisiones para evitar atentados contra los consumidores u otras partes que contraten o hagan negocios con compañías distintas de la fusionada en virtud de su poder de mercado³⁰².

f) Restricción de ciertas prácticas contractuales:

El TDLC podrá requerir prohibiciones en ciertas prácticas contractuales de la entidad fusionada, como pueden ser contratos de exclusividad para bloquear el acceso de otros competidores a un bien esencial o contratos de renovación automática con clientes clave para impedir o dificultar la entrada al mercado.

g) Control de resultados:

Dentro de las medidas de conducta más intrusivas, el TDLC también puede adoptar como medida el control en los resultados de la empresa, por ejemplo, podrá establecer límites a los precios o a contratos de abastecimiento. Todo aquello, con el objetivo de prevenir a la empresa fusionada ejercer poder de mercado obtenido como consecuencia de la fusión³⁰³.

En relación a lo anterior, la CC inglesa ha señalado que existen una serie de desventajas e inconveniencias consustanciales a la aplicación de este tipo de

³⁰¹ Ibid., 16.

³⁰² Ibid., 16, 17.

³⁰³ Competition Commission, *Merger Remedies: Competition Commission Guidelines*, párr. 4.28.

medidas. Dentro de ellas, se identifican: (i) dificultad para definir los parámetros apropiados para el control de la medida; (ii) puede crear una distorsión del mercado que puede significar un mayor costo de la medida o su falta de efectividad; (iii) riesgo de ser evadida mediante, por ejemplo, una baja en la calidad del producto; y (iv) el monitoreo y cumplimiento puede ser costoso, intrusivo y puede ser poco efectivo, sobre todo cuando se trata de una medida compleja³⁰⁴.

Por lo señalado, la CC estima que este tipo de medidas deberán ser impuestas sólo en caso en que otras medidas consideradas más efectivas no sean apropiadas para el caso³⁰⁵.

h) Deber de consultar al TDLC:

Una de las medidas de mitigación más típicamente aplicadas por el TDLC, ha sido la obligación de consultar en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 N°2 del Decreto Ley 211 respecto a ciertas conductas futuras que puedan poner en riesgo el bien jurídico libre competencia³⁰⁶.

Lo anterior, si bien encuentra sustento jurídico dentro del *numerus apertus* de medidas que pueden ser aplicadas por el TDLC a un caso concreto, presenta ciertas objeciones desde un punto sistémico, así como también en relación al cumplimiento de los límites necesarios para el establecimiento de una medida de mitigación.

En relación a lo primero, parecería ser que la obligación de consultar establecida como medida de mitigación por el TDLC estaría socavando los cimientos del sistema de control voluntario a iniciativa de parte establecido por el legislador para el control de fusiones, el cual fue pensado tanto para controlar los

³⁰⁴ Ibid., párr. 4.30.

³⁰⁵ Ibid., párr. 4.31.

³⁰⁶ TDLC. Resoluciones N°: 20/2007, 22/2007, 31/2009, 34/2011, 37/2011 y 43/2012.

efectos nocivos que pueda conllevar una operación de concentración, como para otorgar certeza jurídica a los consultantes acerca de la realización de la actividad consultada, bajo el amparo del Decreto Ley 211. En ese sentido, a través de la obligación de consultar, el Tribunal lejos de otorgar la certeza jurídica demandada por los consultantes, que venga dada como consecuencia de una respuesta concluyente en relación a la licitud de la operación consultada, muchas veces ha terminado regulando ciertos aspectos de la actividad que posiblemente no hubiesen quedado dentro del ámbito de la potestad del TDLC de no haber sido presentada la consulta. Lo anterior, a la larga podría ser un incentivo para no consultar como consecuencia de la falta de certeza en relación los aspectos que podrían ser regulados en virtud de la medida de mitigación en comento.

La imposición de la obligación de consultar, además de ser problemática desde un punto sistémico, resulta ineficiente tanto para el Tribunal, el cual puede verse sobrecargado innecesariamente de consultas³⁰⁷, como desde la perspectiva de las partes, quienes deberán absorber como costo la incertidumbre de saber si es que pueden o no llevar a cabo una determinada conducta (muchas veces propia de su giro), así como la demora en tramitar la consulta y el costo de la misma, con todos los perjuicios que ello conlleva.

Por otro lado, se ha visto que la obligación de consultar, impuesta a través de las medidas de mitigación muchas veces no encuentra una justificación rigurosa en relación a la exigencia de precaver un riesgo determinado, incluso siendo establecida en algunas ocasiones para ejercer un sistema de control que permita evitar una futura mayor concentración en el mercado³⁰⁸, lo cual no resulta del todo comprensible toda vez ya se ha establecido por el Decreto Ley 211 la

³⁰⁷ Un claro ejemplo de lo anterior, se evidenciaría en la situación generada por la “Condición” N°1 y 2 de la resolución N°20/2007, en la cual se obliga a la fusionada a consultar respecto a cualquier adquisición o participación en los concursos públicos para la renovación de concesiones de radio difusión. Como producto de lo anterior, a la fecha ya se registran 5 consultas absueltas por el TDLC para dicho efecto, sin que sea descartable que se produzcan otras a futuro (TDLC. Resoluciones: N°29/2009, N°32/2010, N°36/2011, N°40/2012, N°44/2013).

³⁰⁸ Así, por ejemplo la Condición N°6 de la Resolución N°43/2012 y condiciones N°1 y 2 de la Resolución N°20/2007.

facultad de consultar voluntariamente en caso de operaciones de concentración. En relación a lo último, esto podría entrar en conflicto con la garantía fundamental de la igualdad ante la ley, consagrada en la Constitución Política, al ser la obligación de consultar una obligación establecida sólo para los consultantes y no para los demás competidores, siendo que, tal como se dijo, el legislador previó un sistema voluntario para dichos efectos.

Por último, pareciera ser que la obligación de consultar establecida por el TDLC en algunas de sus resoluciones colisiona con el principio de proporcionalidad exigible a las medidas de mitigación, puesto que eventualmente existirían medidas menos gravosas que podrían ser aplicadas. Por ejemplo, una alternativa menos intrusiva podría ser el deber de informar a la FNE respecto de conductas que pudieran ser atentatorias contra la libre competencia a futuro, organismo el cual dentro del ejercicio de sus potestades, podría consultar al Tribunal en caso de que exista alguna conducta que sea apta para lesionar la libre competencia³⁰⁹ o sugerir ciertas modificaciones que las partes puedan realizar para efectos de aplacar los riesgos detectados, herramienta utilizada en el derecho del competencia de EEUU bajo la denominación *fix it first*.

3.6.3.1 Ventajas y desventajas de las medidas conductuales:

a. Ventajas:

i) Son más respetuosos de la libertad de empresa, puesto que en principio no se modifica la operación de manera sustancial en relación a la planificación de las partes³¹⁰.

³⁰⁹ Este argumento fue utilizado por SMU en el recurso de reclamación presentado en contra de la resolución N°43/2012, la cual buscaba modificar la condición N°6, que obligaba a la fusionada a consultar acerca de cualquier operación de concentración en la industria supermercadística, por la obligación de informar a la FNE dicha circunstancia con 30 días de anticipación, lo cual fue rechazado por la Corte Suprema.

³¹⁰ Íñigo Igartua, "Las Soluciones de Comportamiento," en *Remedios y sanciones en el derecho de la competencia* (Marcial Pons, 2008), 237.

ii) Suelen ser temporales, y ofrecen un mayor grado de flexibilidad en relación a los estructurales³¹¹.

iii) Pueden ser modificados en caso de objetivos no deseados o cambios en las condiciones del mercado³¹².

b. Desventajas:

i) Costos: Las medidas conductuales requieren de monitoreo y cumplimiento por parte de las autoridades, lo que muchas veces es costoso ya que consume tiempo y recursos. Esto se puede deber a diversos factores, entre ellos, la complejidad de la información, asimetría de la misma, así como las limitaciones legales y de recursos con que cuente la autoridad.

ii) Riesgos en relación a la especificación: Muchas veces la conducta que requiere ser regulada no podrá ser especificada de manera suficientemente clara para poder proveer una base efectiva para su monitoreo y cumplimiento.

iii) Riesgos de evasión: A lo menos de que la medida esté muy bien detallada, existe el riesgo de que su cumplimiento se vea burlado por parte del destinatario, esto ya que los remedios conductuales no atacan la fuente del atentado anticompetitivo³¹³, por lo que usualmente pueden burlarse por otra vía.

iv) Riesgos de distorsión: Las medidas de mitigación de conducta pueden alterar el funcionamiento natural del mercado, lo que generalmente puede redundar en una falta de efectividad de las medidas como consecuencia de la evasión o incrementar sus costos. También puede traducirse en falta de incentivos

³¹¹ Cañizares y Domínguez, "Remedios estructurales en control de concentraciones: Un análisis coste-beneficio," 184.

³¹² Ibid.,

³¹³ Competition Commission, *Merger Remedies: Competition Commission Guidelines*, para. 4.2.

para desarrollar el mercado, tornándose en ineficientes en relación al mal que pretenden corregir.

3.6.4 Otras clasificaciones

El sistema de control de operaciones de EEUU permite establecer dos posibles clasificaciones las cuales si bien, en virtud de la diferencia entre ambas legislaciones, no tienen aplicación en el derecho nacional, poseen valor desde una perspectiva teórica. Estas clasificaciones son:

a) Medidas establecidas mediante resolución o medidas *fix it first*

Las agencias (DOJ y FTC) encargadas de velar por la competencia en los mercados en EEUU pueden establecer medidas de mitigación para efectos de viabilizar la operación con la libre competencia. Dichas medidas se verán generalmente materializadas en un acuerdo o (“consent decree”) entre las compañías inquiridas y dichas agencias, acuerdo el cual deberá ser suscrito ante una un tribunal siendo vinculante para las partes.

Sin perjuicio de lo anterior, las agencias (mayoritariamente el DOJ) también tendrán la alternativa de evitar la judicialización de la operación bajo la modalidad denominada *fix it first*. Dicha solución reside en una reestructuración voluntaria de la operación consistente en medidas adoptadas por las compañías tendientes a eliminar los riesgos anticompetitivos detectados durante la investigación con el objeto de evitar la judicialización de la operación frente a la Corte. Lo anterior –por ejemplo- sucederá cuando exista una desinversión voluntaria por parte de las compañías que tenga como finalidad evitar superar los umbrales de concentración detectados en la investigación y que puedan constituir un riesgo anticompetitivo.

Existen una serie de razones para que las partes prefieran medidas del tipo *fix it first*³¹⁴, como por ejemplo: (i) al no negociar con las agencias el traspaso de las eficiencias a los consumidores se verificará más rápidamente; (ii) otorgan

³¹⁴ En http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files_remedies/iba_4.pdf.

mayor flexibilidad, ya que son las partes las que deciden qué hacer con los activos; y (iii) como señalara un antiguo Abogado General Asistente del DOJ, dicho organismo “no puede buscar un acuerdo a lo menos de que se concluya que la transacción derivará en una vulneración de la ley (...) si las partes modifican la operación de manera tal que se resuelvan nuestras preocupaciones en cuanto a la competencia, no podemos desafiar una operación que ya no vulnera las normas de la libre competencia” (traducción del autor)³¹⁵.

En nuestro país, un objetivo similar se busca a través de los acuerdos extrajudiciales que puede suscribir la fusionada y la FNE en virtud de lo dispuesto en el artículo 39, letra ñ) del Decreto Ley 21. Sin perjuicio de aquello, dichos acuerdos requieren de la aprobación expresa por del TDLC para ser vinculantes.

b) *Pocket consent decrees*

En la legislación de EEUU también se contempla la posibilidad de que las partes lleven a cabo la operación de concentración mientras la investigación se encuentra aún en curso, esto sin la requerida aprobación por parte de la Corte, la cual quedará pendiente. Lo anterior puede lograrse a través de los denominados *pocket decrees*, que son acuerdos entre las partes y las agencias no presentados –en principio- ante la Corte, lo cual ocurrirá cuando dichas agencias lo consideren necesario, generalmente motivadas por un incumplimiento de alguna de las medidas establecidas en dichos acuerdos³¹⁶. El objeto de los *pocket dicrees* es permitir que la operación se realice antes de que la agencia complete su investigación, lo cual se justificará por necesidades especiales de cada caso que hagan indispensable una aprobación expedita de la operación³¹⁷.

3.7 La pregunta acerca del diseño de las medidas de mitigación:

³¹⁵ R. Hewitt Pate, “Antitrust Enforcement at the DOJ – Issues in Merger Investigations and Litigation,” 10 de diciembre, 2002, 12. (“Cannot seek a consent decree unless we conclude that a transaction would result in a violation of the law.... If parties alter their deal in a way that resolves our competitive concerns, we cannot then file a complaint challenging a transaction that no longer violates the antitrust laws.”)

³¹⁶ Knable Ilene, *The Merger Control Review*, fifth edition (Law Business Research, n.d.), 474.

³¹⁷ Ver, por ejemplo: United States. v. Mittal Steel Company N.V. (2006) ; United States v. Connors Bros. (2005)

No existe una regla general al momento de aplicar una medida de mitigación, ya que la idoneidad de aquella se determinará “teniendo en cuenta las circunstancias particulares, información disponible y a las restricciones impuestas por el tiempo”³¹⁸. Por lo mismo, en ciertas circunstancias las medidas estructurales podrán ser la mejor medida para preservar la competencia y bajo distintas circunstancias, la mejor decisión puede ser implementar medidas de comportamiento. Asimismo, el TDLC generalmente ha preferido combinar medidas estructurales y conductuales, existiendo muchas veces complementariedad entre unas y otras.

En relación a lo anterior, la CC inglesa ha señalado que el diseño de las medidas de mitigación dependerá de la efectividad de las mismas para confrontar los riesgos generados por la operación, efectos para los cuales se deberán considerar a lo menos las siguientes dimensiones: (i) el impacto de estos en la conducta anticompetitiva y sus efectos adversos; (ii) duración y oportunidad: prefiriéndose los que sirvan de forma inmediata para restaurar la competencia; (iii) funcionalidad, en relación a la implementación, monitoreo y cumplimiento; y (iv) nivel de riesgo aceptable: Como todas las medidas de mitigación importan un grado de incertidumbre, habrán de preferirse aquellos que tengan un mayor grado de certeza en relación a acometer el efecto pretendido³¹⁹.

Sin embargo, tanto en el derecho nacional como en el comparado ha existido cierta predilección en torno a las medidas de carácter estructural por sobre las de comportamiento, preferencia basada en las ventajas generales que presentarían las primeras en relación a las segundas en cuanto a la facilidad en su aplicación, que van desde el diseño hasta el monitoreo³²⁰. El TDLC en su Resolución N° 37/2011 ha reconocido esta predilección al señalar que: “La

³¹⁸ Ibid., párr. 1.4. Traducción del autor: “(...) the appropriate remedy will be determined having regard to the particular circumstances, available information and time constraints of the case.”

³¹⁹ Ibid., para. 1.8.

³²⁰ Helder Vasconcelos, *Efficiency Gains and Structural Remedies in Merger Control*, CEPR Discussion Paper (C.E.P.R. Discussion Papers, 2007), 2, <http://ideas.repec.org/p/cpr/ceprdp/6093.html>.

medidas estructurales en general han sido reconocidas –para casos de operaciones de concentración horizontal como el de autos– como más efectivas y fáciles de aplicar que las medidas conductuales, pues no requieren del monitoreo y fiscalización constante (y costoso) que exigen estas últimas. Más determinante aún es el hecho de que las medidas conductuales, en una industria dinámica, muy probablemente restringirán la operación de la empresa, no sólo con respecto a conductas indeseadas desde el punto de vista de la libre competencia, sino también con respecto a decisiones optimizadoras que no van en contra de tal bien jurídico.”³²¹

Sin embargo, en la misma Resolución el TDLC señaló que: “por otra parte, como se describe en el informe económico acompañado por LAN a fojas 2001, y como es común en la práctica comparada, debe analizarse también si, **para el caso concreto**, es preferible la aplicación de medidas estructurales por sobre las medidas que la doctrina denomina conductuales”³²². De lo anterior se infiere que a juicio del TDLC la preferencia de una u otra medida debe ser determinada en relación a las necesidades que plantee el caso concreto.

Lo que se ha venido señalando, se corresponde con la jurisprudencia a nivel comparado. En ese sentido, la EC Commission ha manifestado cierta preferencia entorno a la elección de medidas estructurales por sobre aquellas medidas de carácter conductual, lo cual, sin embargo, no ha resultado categórico, puesto que la misma Comisión ha establecido que dependerá sobre todo de las circunstancias de cada caso³²³. Lo anterior ha quedado de manifiesto en la misma

³²¹ TDLC. Resolución N° 37/2011, parte considerativa, N° 308: “La medidas estructurales en general han sido reconocidas –para casos de operaciones de concentración horizontal como el de autos– como más efectivas y fáciles de aplicar que las medidas conductuales, pues no requieren del monitoreo y fiscalización constante (y costoso) que exigen estas últimas. Más determinante aún es el hecho de que las medidas conductuales, en una industria dinámica, muy probablemente restringirán la operación de la empresa, no sólo con respecto a conductas indeseadas desde el punto de vista de la libre competencia, sino también con respecto a decisiones optimizadoras que no van en contra de tal bien jurídico”.

³²² Ibid., N° 307.

³²³ En ese sentido, la EC Commission ha señalado que: “Los compromisos que son de naturaleza estructural, tales como el de vender una actividad empresarial, son, por regla general, preferibles desde el punto de vista del objetivo del Reglamento de concentraciones, ya que dichos compromisos previenen, de manera

jurisprudencia de dicho organismo, en la cual se ha señalado, en relación al principio según el cual medidas de mitigación deben permitir a las instituciones llegar a la conclusión de que la operación de concentración de que se trate no crearía ni reforzaría una posición dominante, que: **“es indiferente que el compromiso propuesto pueda calificarse de compromiso de comportamiento o de compromiso estructural, y que no podía excluirse a priori que compromisos que a primera vista sean de comportamiento**, como la no utilización de una marca durante un período determinado o la puesta a disposición de los terceros competidores de una parte de la capacidad de producción de la empresa surgida de la concentración, o, más genéricamente, el acceso a una infraestructura esencial en condiciones no discriminatorias, puedan también impedir que aparezca o se refuerce una posición dominante” (énfasis agregado)³²⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, la misma EC Commission ha manifestado en su Comunicación de soluciones aceptables que las medidas de mitigación de índole conductual son aplicables sólo en circunstancias concretas. En particular, ha señalado respecto a ciertas medidas de mitigación, tales como la prohibición de aumentar precios, no reducir gamas de productos o suprimir marcas, que en la medida de que en general no eliminan el problema de competencia generado por la operación: “sólo podrán aceptarse excepcionalmente si se garantiza plenamente su factibilidad mediante una aplicación y una supervisión efectivas (...) y si no existe riesgo que produzcan efectos distorsionadores en la competencia”³²⁵.

Por su parte, en Estados Unidos, se puede ver un claro cambio de criterio en relación a la preferencia de ciertas medidas de mitigación por sobre otras. En

sostenible, los problemas de competencia que serían provocados por la concentración notificada, y, por otra parte, no requieren medidas de supervisión a medio o largo plazo. Sin embargo, **no puede excluirse automáticamente la posibilidad de que otros tipos de compromisos puedan también prevenir un importante obstáculo a la competencia efectiva”** (énfasis agregado). EC Notice on Remedies. Párr. 15.

³²⁴ Sentencia Caso C-12/03-P *Tetra Laval v Commission* (2005). I-987. Párr. 86. En ese mismo sentido, ver: caso T-102/96 *Gencor v Commission* (1999). ECR II-753. Párr. 319; caso T-158/00 *ARD v Commission* (2003) ECR II-3825. Párr. 193; caso T-177/04 *easyJet v Commission* (2006) ECR II-1931. Párr. 182; caso T- 87/05 *EDP v Commission* (2005). ECR II-3745. Párr. 101.

³²⁵ EC Notice on Remedies. Párr. 17.

ese sentido, tradicionalmente se había establecido una predilección por las medidas de mitigación de carácter estructural, puesto que se entendía que: “en las acciones del gobierno la desinversión es el remedio preferido para una fusión o adquisición ilegal”³²⁶. Lo anterior, se veía fundamentado principalmente en que las medidas estructurales son, en general: “simples, relativamente fáciles de implementar y seguras. Debiendo siempre estar ante los ojos de la Corte cuando una violación a la sección 7 sea detectada”³²⁷. Lo referido, se vio refrendado en la *Antitrust División Policy Guide to Merger Remedies* del DOJ de octubre de 2004, donde se afirmaba que: “los remedios estructurales son preferidos”³²⁸ o que “las medidas conductuales son apropiadas sólo bajo limitadas circunstancias”³²⁹.

Sin perjuicio de lo mencionado, dicha tendencia parece haber cambiado, toda vez que el mismo DOJ el 2011 mediante una nueva guía (cuyo objeto fue “actualizar” la guía del 2004) señaló respecto a la elección de la medida adecuada, que tanto medidas estructurales como de comportamiento “pueden ser utilizadas para preservar la competencia en circunstancias de hecho apropiadas”³³⁰, estableciendo a su vez que “los remedios conductuales son una herramienta valiosa para la División, puesto que pueden preservar las eficiencias de la operación y, al mismo tiempo, contrarrestar el daño anticompetitivo que podría resultar de ésta”³³¹.

En consecuencia, se puede concluir que tanto las circunstancias propias de la operación así como la naturaleza de los riesgos que se deseen precaver serán fundamentales al momento de determinar la medida de mitigación aplicable al caso.

³²⁶ *California v. American Stores Co.*, 495 U.S. 271, 280-81 (1990). Traducción del autor: (“[I]n Government actions divestiture is the preferred remedy for an illegal merger or acquisition.”)

³²⁷ *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 366 U.S. 316, 331 (1961). Traducción del autor: (“It is simple, relatively easy to administer, and sure. It should always be in the forefront of a court's mind when a violation of § 7 has been found.”)

³²⁸ *Antitrust Division Policy Guide To Merger Remedies*, U. S. Department Of Justice, Antitrust Division, October 2004. 7.

³²⁹ *Ibid.* 17.

³³⁰ *Antitrust Division Policy Guide To Merger Remedies*, U. S. Department Of Justice, Antitrust Division, junio 2011. 6.

³³¹ *Ibid.* p. 6, 7.

Finalmente, a nivel comparado también se ha dado importancia a la preservación de los beneficios que la operación de concentración pueda reportar a los consumidores. Por ejemplo, la CC inglesa ha señalado que: “La CC puede modificar una medida para asegurar la retención de un beneficio relevante para el consumidor o puede cambiar la elección de la medida, o en ciertos casos podrá una medida por sobre una prohibición o, en casos raros, podrá decidir que no hay ninguna medida apropiada”³³². Lo anterior se condice con lo señalado en la sección 2.2.5 de este trabajo a propósito de las eficiencias.

3.7.1 Características de la economía y diseño de medidas de mitigación

Como se ha señalado a lo largo de este trabajo, una de las características de las economías pequeñas es la constante tensión que existe entre las eficiencias propias de las economías de escala y la necesidad de desconcentrar los mercados. En ese sentido y en relación a las medidas de mitigación estructurales, la profesora Michal Gal ha señalado que en este tipo de mercados “los remedios estructurales para disminuir la concentración en los mercados serán limitados cuando las economías de escala son significativas”³³³. Lo anterior se explica, en palabras de la misma profesora, porque “estas medidas estructurales, no obstante puedan ser efectivamente implementadas, usualmente implicarán un *trade-off* entre mejorar la competencia y aprovechar las ganancias en eficiencias provenientes de escalas mínimas eficientes de producción cuando se apliquen a economías pequeñas”³³⁴.

³³² Competition Commission, *Merger Remedies: Competition Commission Guidelines*, párr. 1.15. Traducción del autor: (“The CC may modify a remedy to ensure retention of a relevant customer benefit or it may change its remedy selection, for instance it may decide to implement a remedy other than prohibition or, in rare cases, it may decide that no remedy is appropriate.”)

³³³ Gal, “Size Does Matter,” 1468. Traducción del autor: (“Another implication of the unique characteristics of small economies is that structural remedies to lower seller concentration are limited where scale economies are significant”).

³³⁴ *Ibid.*, Traducción del autor: (“Such structural measures, however, even if they can be effectively implemented, usually imply a tradeoff between enhancing competition and exploiting potential cost efficiencies that flow from minimum efficient scales of production when applied in small economies.”)

Además de lo señalado, incluso si es que a través de las medidas estructurales se lograra desarmar un mercado monopólico u oligopólico, las características del mismo pueden tender a reducir naturalmente el número de competidores, prevaleciendo las características oligopólicas. En ese sentido, la medida podría generar un costo debido al hecho de que compañías pequeñas e ineficientes podrían no sobrevivir en el mercado y nunca alcanzar un tamaño que les permita alcanzar los beneficios de las economías de escala³³⁵.

En cuanto a las medidas de mitigación conductuales, la autora mencionada propone que cuando sea posible, las economías pequeñas deberían inclinarse por el establecimiento de este tipo de medidas, las cuales –sin embargo- deben estar necesariamente acompañadas de leyes que permitan minimizar los efectos de la mayor concentración dentro de los mercados. En ese sentido, se debería privilegiar una dura aplicación de la ley frente a las manifestaciones de poder de mercado que sean claramente anticompetitivas prefiriendo que opere la dinámica de los mercados, cuya fuerza a la larga podría derivar en estructuras de mercado más eficientes. Para dichos efectos, la autora propone una estricta regulación de las prácticas colusivas y exclusorias, así como la regulación de los monopolios *per se*³³⁶.

En consecuencia, parece sensato apuntar que cuando las medidas estructurales restrinjan las posibilidades de obtener los beneficios propios de las economías de escala, será más eficiente optar ya sea por remedios conductuales o por sancionar la conducta *ex post*, a través de los mecanismos que flanquea el Decreto Ley 211 para dichos efectos, toda vez que la aplicación de la ley sea efectiva para mitigar los efectos adversos de una mayor concentración.

3.8 El rol de la Corte Suprema en relación a las medidas de mitigación:

³³⁵ Ibid.

³³⁶ Ibid., sec. 3.5.

El artículo 31 del TDLC, que regula el procedimiento a través del cual deberán tramitarse las consultas conocidas por el TDLC en virtud de su potestad consultiva consagrada en el artículo 18 N°2, establece en su inciso final³³⁷ la posibilidad que las resoluciones del Tribunal, ya sea que establezcan o no medidas de mitigación, puedan ser objeto de recurso de reclamación frente a la Corte Suprema.

Esta norma fue introducida por la ley 20.361 de 2009, no sin una larga discusión que hasta el día de hoy genera debate. En efecto, durante la tramitación de la ley hubo posturas encontradas en relación a si esta facultad debiese ser o no incorporada. Quienes se manifestaron a favor, lo hicieron teniendo a la vista como antecedente el rechazo a la fusión D&S/ Falabella, el cual no pudo ser revisado por no existir un recurso que lo permitiera, por lo que bogaron por un medio que otorgase la posibilidad examinar las decisiones del TDLC tanto en su mérito económico como jurídico³³⁸. En la otra vereda, se señalaba que entregar el conocimiento del recurso de reclamación a la Corte Suprema importaba la facultad de revisar una decisión de carácter eminentemente técnico pronunciada por un Tribunal especial, así como que vendría de la mano de una eventual judicialización de las consultas, desembocando en una excesiva demora en la tramitación de las mismas³³⁹.

³³⁷ Decreto Ley 211. Artículo 31, inc. Final: "(...) Las resoluciones de término, sea que fijen o no condiciones, sólo podrán ser objeto del recurso de reclamación a que se refiere el artículo 27".

³³⁸ En ese sentido, en la discusión en sala el Diputado Juan Bustos señaló: "Por último, nosotros habíamos planteado el recurso de nulidad en contra de la resolución del Senado, que proponía el recurso de apelación, **pero es bueno que haya quedado el recurso de reclamación de conformidad con los planteamientos que hizo la Corte Suprema, por tener mayor amplitud para analizar no sólo los aspectos de carácter jurídico, sino también los de carácter económico, dado el entramado que puede haber en la resolución por estos ámbitos.**" (énfasis agregado). Historia de la Ley N° 19.911 que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 572

³³⁹"En la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, por la naturaleza de este procedimiento de carácter económico-administrativo, éramos de la idea de considerar un recurso de nulidad, **que sólo se puede interponer cuando se trata de un acto ilegal y no se entra a ver los hechos. Tengo gran temor - donde puedo lo digo- de que se produzca una suerte de judicialización de todos los contenciosos e, incluso, de los no contenciosos o conflictos que existen en nuestra sociedad.** Me da un temor enorme que la Corte Suprema, a través del recurso de reclamación, sea la que deba resolver todos los temas, sobre todo **considerando que dicha corte no tiene porqué tener especialización al respecto (...)** (énfasis agregado).

(...) Es una muy mala práctica que todo desemboque en la Corte Suprema, que dispone de escaso tiempo para cumplir sus funciones naturales y que además debe supervigilar la labor de los jueces. **De manera que**

Sin perjuicio de la discusión anterior, finalmente la ley fue aprobada, manteniéndose silente en relación a señalar qué aspectos de la resolución podrán ser conocidos por la Corte Suprema en virtud del recurso de reclamación. En ese sentido, si bien el artículo 27 del Decreto Ley 211, en el cual se encuentra contenido el recurso en cuestión, señala respecto a las atribuciones que tendrá la Corte Suprema conociendo del recurso de reclamación, que: “la Sala que conozca del recurso podrá suspender los efectos de la sentencia, total o parcialmente”³⁴⁰, no es claro en relación al tipo de examen que hará dicho órgano, así como tampoco si éste deberá ceñirse al cumplimiento de requisitos formales o si podría conocer también del fondo.

Sin embargo, ha sido la misma Corte Suprema la que se ha encargado de esclarecer el alcance de su análisis en el conocimiento del recurso en comento. En efecto, conociendo del recurso de reclamación presentado en contra de la Resolución N° 43/2012, señaló que para efectos de dictar sentencia, la Corte Suprema: “(...) debe igualmente realizar un análisis económico jurídico de la operación de concentración, pues sólo en virtud de aquel se podrá determinar de manera fehaciente si las medidas ordenadas por el TDLC son suficientes o no y si están acordes a los riesgos creados por la fusión en estudio.”³⁴¹

En relación a la extensión de dicho análisis, señaló que para evaluar la operación de concentración desde el punto de vista económico y determinar los efectos en la libre competencia, se debe analizar – tal como lo realizó el TDLC – los siguientes aspectos:

- a) Mercado relevante.
- b) Grado de concentración.

entregarle más competencia significará más demora y no acotar debidamente el recurso de reclamación.”
(énfasis agregado).

³⁴⁰ Decreto Ley 211. Artículo 27.

³⁴¹ Excma. Corte Suprema de Chile. 30.11.2013. Rol N° 346-2013, considerando 11°.

- c) Análisis de la existencia de barreras de entrada.
- d) Determinación de riesgos
- c) Eficiencias³⁴²

En consecuencia, se puede concluir que la Corte Suprema, mediante el recurso de reclamación, tiene la misma autoridad que el TDLC para pronunciarse respecto a la operación consultada, estando facultada para enmendar una resolución por defectos tanto en el fondo como en la forma, efectos para los cuales podrá conocer los argumentos de hecho y de derecho sostenidos en la consulta, los cuales incluyen –por cierto- la valoración de los diversos antecedentes que consten en el proceso.

Es dentro de este contexto normativo y en virtud de su facultad para conocer del recurso de reclamación, que la Corte Suprema ha ejercido de sus atribuciones para confirmar o revocar los pronunciamientos del TDLC en materia de operaciones de concentración. En virtud de lo señalado, la revocación que ha tenido mayor revuelo fue aquella proferida en contra de la Resolución N° 39/2012 (Terpel/quiñenco), mediante la cual la Corte Suprema al invalidó la decisión del TDLC que rechazaba la operación de concentración. En esa ocasión, dicho rechazo fue fundado por la Excma. Corte, en virtud de que no existían “fundamentos concretos que permitan arribar a la convicción de que la operación consultada tendrá efectos negativos o perniciosos para la libre competencia”³⁴³, argumentando también que “se estima que la prohibición de la operación no es proporcional al eventual riesgo que se trata de evitar”³⁴⁴.

A juicio de este trabajo, si bien es positivo que la ley flanquee un recurso para poder impugnar las decisiones del TDLC, de modo de evitar una absoluta indefensión a los consultantes (como ocurrió en la consulta de D&S/Falabella), no parece conveniente que la Corte Suprema tenga una facultad de una amplitud tal

³⁴² Ibid., Considerando 12°

³⁴³ Excma. Corte Suprema de Chile. 02.01.2013. Rol N°3993-2012, considerando N° 31.

³⁴⁴ Ibid.,

que le permita volver a conocer tanto los hechos como del derecho ya evaluados por el TDLC, en especial consideración de que es posible suponer que este último cuenta con un nivel de especialización que es razonable pensar permitirá evaluar de mejor manera los fundamentos económicos de la operación de concentración sometida a su conocimiento. En ese sentido, el actual estado de la legislación implica una considerable minimización de la labor del TDLC.

Además de lo señalado, el recurso de reclamación podría ser un incentivo a la impugnación de las resoluciones ya sea que establezcan medidas de mitigación o no, lo cual no resulta eficiente en virtud de los eventuales costos asociados al tiempo de tramitación de los recursos señalados, los que podrían generar graves perjuicios a los consultantes en el desarrollo de su actividad económica.

En concordancia con lo señalado, a juicio de este trabajo, parece adecuado que el recurso de reclamación pueda examinar la correcta aplicación del derecho, así como los fundamentos jurídicos de la consulta. En ese sentido, sería razonable que el Tribunal pudiese realizar el examen en virtud de elementos como la conculcación injustificada de garantías constitucionales o la falta de proporcionalidad de alguna medida de mitigación, lo que parece haber sucedido en la sentencia en comento. Sin embargo, en virtud del mismo fallo, se deja la puerta abierta a la revisión de todos los ámbitos de la resolución, lo cual puede no resultar del todo conveniente por los argumentos antes expuestos.

3.9 Incumplimiento de una medida de mitigación:

El incumplimiento de una medida de mitigación (la cual, como se señaló, impone una obligación de naturaleza administrativo-regulatoria) puede ser calificada como una infracción al artículo 3 inciso°1 del Decreto Ley 211, toda vez que se trata de un hecho acto o convención de aquellos que podrían tener la aptitud de producir efectos anticompetitivos. En virtud de lo anterior, es que el incumplimiento de una medida podrá acarrear responsabilidad por infracción a las

normas del Decreto Ley 211, y por tanto, podrá ser enjuiciada a través de un requerimiento o demanda la cual deberá tramitarse a través del procedimiento sancionatorio previsto por el artículo 18 N°1 del mismo cuerpo legal³⁴⁵.

Sin perjuicio de lo señalado, no todo incumplimiento implicará necesariamente un atentado contra la libre competencia. Lo anterior, toda vez que la infracción de una medida de mitigación, a consecuencia de cambios en las circunstancias (por ejemplo, en las condiciones del mercado) podrá resultar inocua para el mercado del que se trate, no siendo, por tanto, anticompetitiva. Lo anterior, se entiende relacionado con lo prescrito en el artículo 32 del Decreto Ley 211 y se refuerza por lo dictaminado por el mismo TDLC, el que ha sostenido al respecto que: “SEGUNDO: Que se descartará desde luego la afirmación de la FNE contenida en el considerando anterior [la inmutabilidad de los dictámenes una vez firmes o ejecutoriados], toda vez que es perfectamente posible que este sentenciador deba pronunciarse de manera distinta a como lo hizo en el pasado o lo hicieron los organismos de los que es sucesor legal, ante hechos que en apariencia son similares a aquellos sobre los que ha recaído alguna calificación determinada. Lo anterior, siempre y cuando sea solicitada la intervención del Tribunal por medio de alguna de las vías procesales establecidas en el D.L. N° 211 para dar inicio a un procedimiento, y esto se haga fundando la respectiva pretensión en **nuevos antecedentes de hecho, jurídicos o económicos que constituyan un cambio en las circunstancias que se tuvieron a la vista y en consideración al momento de resolver de una determinada forma o impartir una instrucción**. Esta cuestión, por lo demás, ha sido considerada expresamente

³⁴⁵ Así ha sido reconocido por el mismo TDLC, en la Sentencia N°86/2009, considerando N°4, el cual ha señalado que: “Que las resoluciones dictadas por este Tribunal, en ejercicio de la potestad consultiva en comento, son vinculantes para quienes pusieron en movimiento dicha atribución mediante la formulación de una consulta, por lo que la consecuencia jurídica derivada del incumplimiento de las medidas, condiciones o términos fijados en tales resoluciones para la ejecución o celebración del hecho, acto o contrato respectivo, es la responsabilidad por infracción a las normas de protección de la libre competencia de los consultantes, que con su actividad o inactividad, según sea el caso, puedan poner en peligro la competencia en el mercado respectivo o lesionarla derechamente”.

por el legislador en el artículo 32° del D.L. N° 211. (Intercalado y énfasis agregado)³⁴⁶.

Entonces, quien vulnere alguna de las medidas de mitigación establecidas por el TDLC en una resolución podrá quedar sujeto a las sanciones establecidas por el artículo 26 del Decreto Ley 211 (dentro de las cuales se podrá incluir –por cierto– la de dejar sin efecto la fusión materializada), toda vez que se verifique que dicha infracción tiene la aptitud de ser un atentado anticompetitivo en relación al riesgo que motivó la imposición de la medida de mitigación infringida.

En relación a la sanción por incumplimiento, tal como se señaló, éstas deberán ser determinadas en un procedimiento de carácter sancionatorio y a la luz de lo dispuesto en el artículo 26. Sin embargo, se puede apreciar en algunas resoluciones del TDLC que éste ha establecido sanciones frente al incumplimiento de una medida de mitigación que bien podrían ser calificadas de *ad-hoc*³⁴⁷. Lo anterior, a juicio de este trabajo resulta del todo impropio, toda vez que implica el establecimiento de una sanción *ex ante*, siendo distinta de aquellas establecidas por el legislador para dichos efectos de manera restringida en el artículo 26 del Decreto Ley 211. En consecuencia, la imposición de este tipo de sanciones implica una extralimitación en las funciones del TDLC, siendo un atentado grave al principio de legalidad consagrado en la Constitución Política de la República.

3.10 Prescripción de las medidas de mitigación:

Uno de los aspectos relevantes al momento de estudiar las medidas de mitigación que puede establecer el TDLC en procesos consultivos es la vigencia de las mismas. Este tema, fue objeto de debate doctrinario a propósito del

³⁴⁶ TDLC. Resolución 8/2005, considerando N°2, en: Valdés Prieto, *Informe En Derecho Titulado “Acerca de una excepción de prescripción opuesta por John Malone,”* 13.

³⁴⁷ Así, por ejemplo: TDLC. Resolución N°20/2007, Condición N°1: “(...) El incumplimiento de alguna de las condiciones establecidas en esta Resolución acarreará la nulidad de los actos y contratos consultados, sin perjuicio de las demás sanciones que sean procedentes”; así también en Resolución N°41/2012, Condición N°1.

incumplimiento de la Condición N°1 establecida en la Resolución N°1/2004, la cual habría sido infringida por el Señor John C. Malone, uno de los obligados por ella. La controversia vino dada por un requerimiento presentado por la FNE, el cual dio pie a un procedimiento contencioso, donde se alegaba el incumplimiento de la medida de mitigación y se solicitaba al TDLC que arbitrara las medidas y sanciones necesarias para la tutela de la libre competencia.

Uno de los focos de la discusión y que constituyó parte de la defensa del Sr. Malone, fue la inexigibilidad de la medida incumplida en virtud de la prescripción, controversia suscitada a partir de la interpretación del artículo 20, inciso 5° del Decreto Ley 211, el cual dispone que: “Asimismo, las medidas que se determinen para prevenir, corregir o sancionar un atentado a la libre competencia, prescriben en dos años, contados desde que se encuentre firme la sentencia definitiva que las imponga (...)”. Lo anterior, basándose en la circunstancia de que la condición N°1 había quedado firme y ejecutoriada el día 24 de marzo de 2005, habiendo sido presentado el requerimiento por parte de la FNE con fecha 19 de marzo de 2008, vale decir, más de dos años después, por lo que se encontraría prescrita la exigibilidad de dicha medida.

A partir de los argumentos esgrimidos por los actores del proceso, así como los informes acompañados, existían 3 alternativas de interpretación de la mencionada disposición: (i) El plazo de la prescripción extintiva corre a partir de la fecha desde la fecha en que la resolución se encuentre firme; (ii) El plazo comienza a computarse desde que la condición es transgredida, y; (iii) Las medidas establecidas por el TDLC son imprescriptibles.

El Tribunal, optó por una salida intermedia, precisando que las medidas de mitigación no prescriben, pero sí lo hace la acción para exigir su cumplimiento. En ese sentido, dichas acciones prescriben “(...) contados desde que la medida en cuestión se hizo exigible –tratándose de obligaciones de hacer– o desde que se

infringen o se realiza aquello que estas prohíben, cuando se trate de prohibiciones o de obligaciones de hacer³⁴⁸.

Sin embargo, el TDLC descartó que la hipótesis del artículo 20 inciso °5 fuera aplicable a este caso, ya que es las “condiciones” establecidas por el Tribunal en el ejercicio de su potestad consultiva no eran aquellas a las que se refiere el inciso en comento, puesto que “(...) la prescripción consagrada en dicha norma sólo podría aplicarse respecto de la acción orientada a hacer exigibles medidas dictadas en una sentencia definitiva de aquellas a que se refieren los artículos 26, 27, 28 y 29 de la ley en análisis, en ejercicio de la facultad propiamente jurisdiccional contemplada en el artículo 18 N°1 (...)”³⁴⁹.

Enseguida, el Tribunal señaló que la norma aplicable a la prescripción de la exigibilidad de no sería el inciso N° 5 del artículo 20, sino que el inciso N°3³⁵⁰, que es el plazo prescripción de carácter general, que opera respecto de las acciones por atentados a la libre competencia³⁵¹.

Así las cosas, el TDLC concluyó que las medidas de mitigación, en cuanto tales, tienen el carácter de permanentes, existiendo dos formas para que dejen de surtir sus efectos o se modifiquen: i) Que el TDLC haya fijado un plazo o fecha de término al dictarlas o; (ii) Que en virtud de lo señalado en el artículo 32, inciso 1° del Decreto Ley 211, el Tribunal las modifique, reemplace o declare extinguidas, mediante una nueva resolución, tramitada, la que sea dictada en el ejercicio de las atribuciones contempladas en el artículo 18 N°2 y mediante la tramitación del procedimiento establecido en el artículo 31 del Decreto Ley 211³⁵². Lo anterior, sin perjuicio de la prescripción de la acción que las hace exigible.

³⁴⁸ TDLC. Sentencia N°117/2011, considerando N°17.

³⁴⁹ Ibid., considerando N°18.

³⁵⁰ Decreto Ley 211. Artículo 20 N°5: “Las acciones contempladas en esta ley, prescriben en el plazo de tres años, contado desde la ejecución de la conducta atentatoria de la libre competencia en que se fundan”.

³⁵¹ TDLC. Sentencia N°117/2011, Considerando N°18.

³⁵² Ibid., Considerando 23.

A nivel comparado este tema no ha sido solucionado de manera unívoca. Por ejemplo en la reglamentación de la Comunidad Europea no es posible identificar alguna norma de carácter general que establezca una prescripción en relación a las medidas de mitigación. En ese sentido, la EC Commission en su comunicación acerca de medidas admisibles ha señalado que: “La Comisión puede aceptar que las soluciones distintas de la cesión tengan una duración limitada. La aceptabilidad del plazo y la duración dependerá de las circunstancias individuales de cada caso y no puede predefinirse de manera general en la presente Comunicación”³⁵³.

Sin perjuicio de lo anterior, las medidas de mitigación establecidas por la EC Commission podrán ser revisadas, modificadas o eliminadas, cuando se acredite la existencia de **circunstancias excepcionales** y siempre que las partes demuestren que: “las circunstancias del mercado han cambiado considerablemente y de forma permanente”³⁵⁴.

Por su parte, en EEUU, la duración de las medidas de mitigación generalmente se encuentra establecida en los mismos decretos que las contienen. Sin embargo, la FTC³⁵⁵ ha señalado en relación a la duración de las medidas de mitigación en su “Declaración Acerca de las Políticas de Duración de los Decretos de Competencia y Protección del Consumidor”³⁵⁶ que tanto los decretos previos (*cease and desist*) como aquellos decretos emanados de cortes federales distritales que versen sobre materias que involucren la protección de los consumidores cesaran en sus efectos automáticamente después de 20 años, a lo menos que la FTC o el DOJ hagan reparos en una corte federal para efectos de cumplir dicho decreto en relación a los señalado en la sección 5(1) de la *Federal Trade Commission Act* (FTCA). La misma autoridad, justificó la necesidad de establecer dicho límite debido a que: “hasta las medidas centrales de dichos decretos pueden tornarse obsoletas o inhibir una conducta pro-competitiva si es

³⁵³ EC Notice on Remedies, párr. 70.

³⁵⁴ Ibid. Párr. 74.

³⁵⁵ Ver en <https://www.ftc.gov/enforcement/merger-review>

³⁵⁶ Federal Register / Vol. 60, No. 158 / Wednesday, August 16, 1995 / Notices. P. 42569

que, dados los cambios en las condiciones del mercado, la conducta prohibida ya no restringe desproporcionadamente la competencia³⁵⁷. Por su parte, el DOJ ha tenido como política que las medidas de mitigación tengan una duración máxima de 10 años³⁵⁸.

³⁵⁷ Ibid. P. 42573. Traducción del autor: ("A principal rationale for sunseting competition orders was that even the core relief in such orders may become outdated or inhibit pro-competitive conduct if, due to changes in market conditions, the prohibited conduct no longer unreasonably restrains competition").

³⁵⁸ *Antitrust Law Developments (sixth)* (American Bar Association, 2007), 705.

SECCIÓN II: MEDIDAS DE MITIGACIÓN IMPUESTAS POR EL TDLC: ANÁLISIS Y SISTEMATIZACIÓN

En la presente Sección se buscará analizar y sistematizar las medidas de mitigación impuestas por el TDLC como consecuencia del ejercicio de su potestad consultiva en relación a las operaciones de concentración. Para dichos efectos, se recurrirá al examen de los conceptos jurídicos y económicos descritos en la Sección I, la cual, haciendo las veces de marco teórico, servirá como sustrato para realizar una revisión crítica de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC.

A partir del análisis a realizar, se podrá apreciar la mayor sofisticación que ha ido adquiriendo la jurisprudencia del TDLC tanto en su análisis como en la imposición de medidas de mitigación, desarrollo que hoy en día permite afirmar –a falta de un entramado legislativo sólido– que sí existe un sistema de control de operaciones de concentración consolidado, el cual ha ido tomando forma cada vez más definida. Sin embargo, el camino no es ni ha sido fácil para el TDLC, debido a que -como se expondrá más adelante- algunas de sus decisiones no siempre han sido todo lo consistentes que debiesen ser en virtud de las garantías fundamentales protegidas por nuestra legislación, así como con los propios criterios establecidos por el mismo TDLC en su jurisprudencia, todo lo cual buscará ser develado en el análisis a realizar en las siguientes páginas.

En consecuencia, la presente Sección abordará aquellas resoluciones en las cuales el TDLC, conociendo de operaciones de concentración, haya impuesto medidas de mitigación con la finalidad armonizar estas con el Decreto Ley 211. Para dichos efectos, estas serán estudiadas en orden cronológico, con excepción de la Resolución N° 39/2012, la cual será emparejada a la Resolución N° 34/2011 por ser la primera consecuencia de la última, así como también para efectos de un mejor orden.

En relación al análisis, este trabajo empleará una metodología en virtud de la cual se pretenderá explicar la operación consultada, así como los fundamentos jurídicos y económicos que derivaron en la aplicación de medidas de mitigación, las que serán abordadas críticamente. Efectos para los cuales se utilizará la siguiente estructura:

- (i) Descripción de la operación: Se ceñirá a los elementos examinados en el apartado 2.2 de la Sección I, estructura que a su vez es utilizada por el TDLC en gran parte de sus resoluciones. Los elementos a considerar serán: mercado relevante, niveles de concentración de la industria, barreras de entrada, riesgos anticompetitivos y eficiencias;
- (ii) Sistematización de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC: Las cuales para efectos prácticos se clasificarán en medidas estructurales y conductuales;
- (iii) Análisis de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC: Se buscará llevar a cabo un examen crítico de aquellas medidas de mitigación que resulten de interés en virtud de lo estudiado en la sección I de este trabajo. Para dichos efectos, se intentará categorizar las medidas de mitigación agrupándolas por objetivo, cuando esto sea posible.

1. RESOLUCIÓN N°1/2004: FUSION DE METROPOLIS INTERCOM S.A. y VTR S.A:

1.1. Descripción de la operación:

El año 2003 las compañías CristalChile y Liberty Media, consultaron al TDLC acerca de la viabilidad de la fusión entre las empresas Metropolis Intercom S.A (“MI”) y VTR S.A (“VTR”) en circunstancias de ser la primera de ellas controlada por las sociedades CristalChile y Liberty Media. Ésta última, a su vez, era controladora de la United Global Com, que también participaba en gran parte de la propiedad de VTR.

Al comenzar el análisis de la operación, el TDLC identificó tres **mercados relevantes** en los cuales la operación tenía incidencia, cuya dimensión geográfica era de alcance nacional, teniendo dos de ellos tenían niveles de **concentración** que a juicio del Tribunal implicaban un riesgo anticompetitivo: (i) el de la televisión pagada, en el que participaban tanto empresas de TV cable como de TV satelital, y en donde VTR y MI concentraban el mercado con un 68% y 32% respectivamente, no existiendo bienes sustitutos significativos; (ii) el mercado de Banda Ancha, en donde VTR concentraba el 38% y MI el 12,62%; y, (iii) el mercado de la Telefonía local, donde ninguno de los dos tenía una participación importante. A su vez, el TDLC también manifestó su preocupación acerca de la posible afectación indirecta que sufriría el mercado de adquisición de contenidos por parte de otras empresas de tv pagada, fundamentada por el hecho de tener Libery Media participación en empresas proveedoras de éstos, lo que podía derivar en un poder de mercado respecto de los contratos con otros proveedores nacionales.

En cuanto a las **barreras de entrada**, el TDLC sólo se refirió a estas en relación al mercado de la televisión por cable, el cual, señaló, se caracterizaba por tender a un monopolio natural debido a los costos decrecientes a escala y a la existencia de costos hundidos, motivos por los cuales sería poco contestable y en consecuencia presentaría mayores reparos en un escenario post-fusión.

Los **riesgos anticompetitivos** detectados por el TDLC apuntaron principalmente a riesgos unilaterales. En ese sentido, el Tribunal señaló que la fusión podría conllevar un aumento en las tarifas a los consumidores, sin que necesariamente como consecuencia de dicho incremento disminuyeran los suscriptores. Además, estableció que existían riesgos vinculados a una disminución en la oferta. Por otro lado y vinculado con la participación de Libery Media en empresas proveedoras de contenidos, el TDLC también recalcó que existía riesgo en relación al ejercicio de poder de mercado, el cual derive en

prácticas como la obstaculización de las señales independientes en la parrilla básica de un operador de cable a través de represalias, imposición de precios excesivos o discriminatorios o la venta atada de señales producidas por empresas relacionadas con Liberty Media, como así también la imposición de contratos de exclusividad o de distribución exclusiva que impidan una competencia potencial.

Finalmente el TDLC manifestó, en relación a las **eficiencias** alegadas por los consultantes, que estas implicarían una reducción de los costos de operación de las empresas, vinculados a la eliminación de redes en aquellos lugares donde existía superposición; la eliminación de gastos de administración, publicidad y ventas; además de la reducción de costos de programación, enlace internacional, internet y otros, derivados de la mayor escala en la prestación del servicio.

Como consecuencia de lo señalado, el TDLC decidió aprobar la operación haciendo especial énfasis en la estructura de los mercados, cuya característica se asociaba tradicionalmente a las economías de ámbito y de escala, así como a los beneficios que traería la convergencia de los distintos servicios de telecomunicaciones prestados por las empresas fusionadas. Dichos factores, a juicio del TDLC, permitirían reducir los costos de inversión para proveer los servicios de forma conjunta, lo que se traduciría, entre otros, en un aumento de cobertura a nivel nacional.

Además, a juicio del Tribunal, el dinamismo tecnológico sería un factor determinante para eliminar la posición de dominio sobre todo en el mercado de la televisión pagada, en el mediano plazo. En resumen, a juicio del Tribunal, la operación debería ser aprobada puesto a que: “La competencia que se dará en servicios tan esenciales para el desarrollo del país entregará, a juicio de este Tribunal, beneficios que superan los costos de tener, por un tiempo, una empresa con clara posición dominante en el mercado de la TV pagada”³⁵⁹.

³⁵⁹ TDLC. Resolución N°1/2004, parte considerativa, N° 10.

Sin perjuicio de lo anterior, el TDLC estimó que en el corto plazo la fusión “representaba una concentración muy significativa en el segmento de la TV pagada, el Tribunal ha decidido imponer condiciones para la fusión”³⁶⁰. Las cuales se analizarán a continuación:

1.2 Sistematización de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC³⁶¹:

Tabla 1

MEDIDAS ESTRUCTURALES	MEDIDAS CONDUCTUALES
CONDICIÓN PRIMERA: Proceder a la enajenación de cualquier participación que mantenga actualmente en sociedades que explote el giro de televisión satelital o vía microondas en Chile, debiendo realizarlo dentro del plazo de seis meses contados desde la fecha de la presente Resolución.	CONDICIÓN PRIMERA: El grupo controlador de la empresa fusionada no podrá participar, ni directa ni indirectamente, por sí o por medio de personas relacionadas -en los términos previstos en el artículo 100 del Ley del Mercado de Valores, N° 18.045- , en la propiedad de compañías operadoras de televisión satelital o vía microondas en Chile;
	CONDICIÓN SEGUNDA: Prohibición a la fusionada de participar en la propiedad de aquellas empresas calificadas como dominantes por la Resolución N° 686, de 20 de mayo de 2003 de la H. Comisión Resolutiva, en el mercado de la telefonía fija;
	CONDICIÓN SEGUNDA: Poner término al pacto vigente entre CTC y MI dentro del plazo de seis meses a contar de la fecha de la Resolución;
	CONDICIÓN SEGUNDA: Deber de consulta en relación a todo acto o convención entre la empresa fusionada o sus relacionadas con aquellas compañías dominantes antes definidas, que impliquen actuaciones comerciales conjuntas o algún nivel de coordinación en la operación de ellas, en cualquier mercado de telecomunicaciones;
	CONDICIÓN TERCERA :Deber de señalar separadamente y en forma clara, el valor o precio y las condiciones de cada uno de los servicios ofertados de forma conjunta en el mercado de telecomunicaciones;
	CONDICIÓN TERCERA: Prohibición de comercializar en forma atada, la oferta de televisión por cable con la de acceso a Internet de banda ancha y/o con la de telefonía fija. Tampoco podrá realizar ventas atadas de cualquier combinación entre estos servicios.
	CONDICIÓN TERCERA: Deber de no discriminar en la calidad de la parrilla programática de la TV por cable ni en la de cualquiera de los servicios de telecomunicaciones,

³⁶⁰ Ibid.,

³⁶¹ Las medidas mencionadas no están transcritas de manera íntegra y han sido reducidas a aquello que resulta indispensable para los propósitos del presente trabajo.

	atendiendo al número de ellos que el consumidor contrate.
	CONDICIÓN CUARTA: Obligación de realizar una oferta mayorista, de carácter público, no discriminatoria y de acuerdo a los precios competitivos del mercado de acceso a internet banda ancha, para cualquier ISP.
	CONDICIÓN QUINTA: Prohibición a la empresa fusionada usar su poder de mercado sobre terceros programadores que vendan señales o producciones de TV pagada, para negar injustificadamente la compra, u ofrecer por ellas un precio que no tenga relación con las condiciones de competencia del mercado.
	CONDICIÓN SEXTA: Deber de renunciar y no aceptar actuar como agente o distribuidor para nuestro país de los canales temáticos. Y Deber de renunciar a exclusividad respecto de derechos de retransmisión televisiva.
	CONDICIÓN SÉPTIMA: Prohibición de realizar alzas de los precios ni disminuciones en la calidad programática en las zonas actualmente abastecidas durante los próximos tres años posteriores a la fecha de la materialización de la fusión, fuera de la variación de sus costos.
	CONDICIÓN OCTAVA: La empresa fusionada deberá mantener una única política de precios uniforme para todo el territorio nacional sin discriminar entre zonas con o sin presencia de otros operadores que brinden servicios de Televisión pagada, mediante cualquier plataforma.

1.3 Análisis de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC:

Se podría decir que esta –la primera Resolución del TDLC que guarda relación con el control de operaciones de concentración– plantea un primer intento de estructurar un análisis en torno a las mismas. Lo anterior, permite explicar la falta de profundidad en el tratamiento de algunos de los elementos constitutivos de la Resolución. Así, un mayor ahondamiento en relación a las barreras de entrada del mercado de banda ancha; una mejor descripción de los riesgos de la operación (que incluyan conductas coordinadas); y, un desarrollo de la aptitud de las eficiencias para erigirse como contrapesos a los riesgos, hubiesen sido deseables.

Sin perjuicio de lo anterior, las medidas dispuestas por el TDLC en la Resolución en comento tuvieron dos objetivos principales: el primero de ellos,

restringir las participaciones cruzadas o *cross-holdings* entre los controladores de las distintas empresas, de modo de impedir atentados a la libre competencia derivados de potenciales conductas coordinadas entre los competidores. En segundo lugar, el Tribunal estableció medidas tendientes a disminuir los riesgos anticompetitivos producidos por la concentración del mercado que se derivaría de la fusión, principalmente en lo que respecta al mercado de la televisión pagada, el cual se identificó como el más concentrado bajo ese escenario. En relación a esto último, se puede constatar que las medidas de mitigación impuestas por el TDLC fueron direccionadas a la protección tanto de los demás competidores del mercado, como a la de los consumidores, ambos potenciales víctimas de prácticas anticompetitivas en un escenario post-fusión.

Para lograr lo señalado, el TDLC se hizo de medidas tanto estructurales como de comportamiento, cuyos aspectos más relevantes se comentarán a continuación:

i) Medidas estructurales:

La única medida de carácter estructural impuesta por el TDLC determina **la enajenación a terceros de cualquier participación accionaria en empresas de televisión pagada que puedan competir con la fusionada**, dentro del plazo de seis meses contados desde la Resolución³⁶².

Uno de los principales objetivos del TDLC fue evitar una eventual mayor concentración del mercado mediante el control de la participación de la fusionada en la propiedad de otros competidores que operaban en el mismo. Asociado a esto, todo indica que el TDLC también decidió establecer esta medida para evitar la participación cruzada de los controladores de la empresa fusionada con los demás competidores del mercado de la televisión pagada. Lo anterior, evidentemente constituía un riesgo anticompetitivo latente, toda vez que se ha

³⁶² TDLC. Resolución N°1/2004. Condición N°1.

explicado en la literatura económica que las participaciones cruzadas de los accionistas pueden derivar en conductas coordinadas entre los competidores, dentro de otros riesgos.

En relación con lo referido, se ha señalado que los remedios estructurales son particularmente eficaces para evitar la interdependencia entre los actores del mercado en casos de participaciones cruzadas³⁶³, por lo que esta medida aparece como un medio rápido, efectivo y proporcionado para evitar conductas coordinadas en el futuro.

ii) Medidas conductuales:

a. Participaciones cruzadas:

El TDLC, a través de su condición primera, viene a complementar la medida estructural en virtud de la cual se obliga al grupo controlador de la fusionada a enajenar la participación en la propiedad de compañías operadoras de televisión satelital o vía microondas en Chile. Lo anterior, tiene sentido en virtud de que la medida señalada procuraba generar un efecto en relación a la participación existente al momento de la consulta, por lo mismo estableció una medida de carácter conductual que impida que generen participaciones cruzadas en el futuro. En ese sentido, el TDLC estableció que la fusionada **no podrá participar en el futuro en la propiedad de compañías operadoras de televisión satelital o vía microondas en Chile**³⁶⁴.

El mismo objetivo parece haber sido buscado por el TDLC en el mercado de la telefonía fija, donde a pesar de que no existía un alto grado de concentración al momento de la consulta, el TDLC **prohibió la participación de la fusionada a futuro en la propiedad de empresas calificadas como dominantes en el**

³⁶³ Gal, "Size Does Matter," 1468.

³⁶⁴ TDLC. Resolución N°1/2004. Condición N°1.

mercado de la telefonía fija³⁶⁵. Lo anterior, fue complementado por el Tribunal mediante la **obligación de poner término al pacto vigente entre CTC y MI dentro del plazo de seis meses a contar de la fecha de la Resolución**³⁶⁶, lo que se explica debido a que, como consta en el proceso, Metrópolis y la estatal CTC mantenían una alianza estratégica para ofrecer el servicio *triple pack* y así competir con VTR. Además, se estableció la **obligación de consultar acerca de cualquier acto o convención entre la fusionada y las compañías dominantes antes señaladas que impliquen alguna actuación comercial conjunta o algún nivel de coordinación, en el mercado de telecomunicaciones**³⁶⁷.

En relación a la Condición N°2, parece clara la intención del TDLC de evitar una eventual mayor concentración del mercado así como la interacción entre los distintos actores del mercado de la telefonía. En ese sentido, la prohibición a la fusionada participar en empresas caracterizadas como dominantes parece una medida efectiva para evitar riesgos de coordinación a futuro. Por otro lado, la terminación del contrato entre MI y CTC parece adecuada toda vez que según el informe realizado por la FNE CTC controlaba el 78,2% de las líneas telefónicas y VTR un 6,7%, por lo que la terminación de dicho contrato implicó que siguieran existiendo dos proveedores en el mercado, los cuales a partir de dicha provisión, terminaban su contrato y podrían competir en el mercado, reduciendo los riesgos de coordinación y ofreciendo alternativas a los consumidores.

b. Prohibición de ciertas prácticas contractuales:

El TDLC también estableció una serie de medidas de mitigación tendientes a restringir prácticas contractuales en beneficio tanto de los demás competidores como de los consumidores.

³⁶⁵ Ibid., Condición N°2

³⁶⁶ Ibid.,

³⁶⁷ Ibid.,

En relación a lo primero, el TDLC estableció para la fusionada la **prohibición de ventas atadas**³⁶⁸, la cual se condice con lo dispuesto en el Decreto Ley 211 en su artículo 3°, letra b), al “*imponer la venta*” de un producto a la venta de otro. Por lo mismo, el TDLC estableció que dichos productos podrán ser vendidos de manera conjunta siempre que su aceptación sea libre y voluntaria³⁶⁹.

Por otro lado, en el mercado de la televisión pagada, el Tribunal también estableció ciertas provisiones tendientes a la protección de aquellos terceros programadores que vendan señales, al establecer una **prohibición de usar su poder de mercado para negar injustificadamente la compra, u ofrecer por ellas un precio que no tenga relación con las condiciones de competencia del mercado**³⁷⁰. Lo anterior, se justifica en la medida de que la consolidación de la posición dominante podría derivar en prácticas anticompetitivas y afectar a pequeños proveedores de señal televisiva, represalias que podrían estar motivadas por una eventual competencia de dichos distribuidores con la fusionada u alguna otra conducta que vaya en detrimento de la misma.

El TDLC a su vez estableció como medida el **deber de renunciar y no aceptar en el futuro actuar como agente distribuidor de canales temáticos, como tampoco la exclusividad respecto de derechos de retransmisión de contenidos (condición que no aplicaba a eventos específicos)**³⁷¹. Dicha medida de mitigación tuvo como fundamento el hecho de que los contenidos eran un insumo esencial en el mercado de la televisión pagada. Por lo mismo, parece acertada la decisión del Tribunal entorno a evitar la que exista un distribuidor exclusivo de contenidos, pudiendo de este modo asegurar el acceso de los demás competidores a las señales tanto nacionales como internacionales.

d. Deberes de Transparencia e Información:

³⁶⁸ Ibid., Condición N°3.

³⁶⁹ Ibid.,

³⁷⁰ Ibid., Condición N°5.

³⁷¹ Ibid., Condición N°6.

En relación a la oferta de los servicios, el TDLC estableció como medida de mitigación el **deber de señalar separadamente y en forma clara, el valor o precio y las condiciones de cada uno de los servicios ofertados de forma conjunta en el mercado de telecomunicaciones**³⁷². Lo anterior, significó un complemento a la prohibición de establecer ventas atadas, ya que mediante ella, se obligaba a la fusionada a proveer al consumidor de la información necesaria para que su decisión libre y voluntaria.

e. Deberes de no discriminación:

El TDLC, a su vez intentó resguardar a los competidores aguas abajo, estableciendo una serie de restricciones y reglas para evitar efectos anticompetitivos que se puedan derivar de su poder de mercado.

En ese sentido, en relación al servicio de internet (banda ancha), el TDLC estableció a la fusionada el **deber de realizar una oferta mayorista, de carácter público, no discriminatoria y de acuerdo a los precios competitivos del mercado de acceso a internet banda ancha, para cualquier ISP**³⁷³.

Por otro lado, y en relación a los consumidores, el TDLC instituyó provisiones en favor de estos. En esa línea, impuso el **deber de no discriminación en la calidad de la parrilla programática de la TV por cable ni en la de cualquiera de los servicios de telecomunicaciones, en atención al número de ellos que el consumidor contrate**³⁷⁴. Asimismo, en relación al precio de la televisión pagada, el Tribunal estableció el **deber de uniformidad en el territorio nacional sin discriminar entre zonas con o sin presencia de otros**

³⁷² Ibid., Condición N°3.

³⁷³ Ibid., Condición N°4.

³⁷⁴ Ibid., Condición N°3.

operadores que brinden servicios de Televisión pagada, mediante cualquier plataforma³⁷⁵.

Esta última medida, si bien podría beneficiar a los consumidores, parece ir en contra de uno de los principales motivos que llevaron al Tribunal a aprobar la operación, cual es la expansión de los servicios a nivel nacional. Lo anterior, debido a que la medida podría haberse transformado en un incentivo para que la fusionada no expanda la cobertura de sus servicios a zonas donde esta no existía. Esto se entiende en la medida de que la fusionada podría razonablemente haber decidido no aumentar la cobertura en aquellos lugares donde no resultaba rentable prestar el servicio, lo cual hubiese sido esperable dada la carencia de economías de densidad de ciertas partes del país, lo que impediría rescatar eficiencias propias de este tipo de economías, lo que a la postre encarecería los costos. Si a esto se suma la imposibilidad de discriminar en los precios para así palear los costos, la medida impuesta podría haber redundado en la no prestación del servicio en alguna comuna determinada, lo que dadas las características oligopólicas del mercado hubiese significado una pérdida de bienestar social.

f. Restricción en el precio:

Finalmente, el Tribunal estableció como obligación la **prohibición de realizar alzas de los precios ni disminuciones en la calidad programática en las zonas actualmente abastecidas** durante los próximos tres años posteriores a la fecha de la materialización de la fusión, fuera de la variación de sus costos³⁷⁶. Lo anterior, a modo de proteger a los usuarios de televisión pagada frente a una posible alza en los precios, los cuales podrían derivarse de la posición casi monopólica que detentaría la consultante en un escenario post-fusión, posición que como es sabido lleva por lo general a apropiarse del excedente del consumidor. Sin perjuicio de lo anterior, nos remitimos a las críticas esbozadas en el apartado 3.6.3.2 de la sección anterior en relación a este tipo de medidas.

³⁷⁵ Ibid., Condición N°7.

³⁷⁶ Ibid., Condición N°8

2. RESOLUCIÓN N°2/2005: FUSION ENTRE TELEFÓNICA MÓVILES S.A Y BELLSOUTH S.A.:

2.1 Descripción de la operación:

Con fecha 18 de mayo de 2004, Telefonica Móviles S.A. (“Telefónica”), BellSouth Chile, Inc. Y BellSouth Chile Holdings Inc. (en adelante ambos denominados “BellSouth”), presentaron una consulta al TDLC solicitando su pronunciamiento acerca de si la toma de control de BellSouth por parte de Telefónica infringía o no las disposiciones del Decreto Ley 211.

El **mercado relevante** involucrado en la operación de concentración determinado por el TDLC correspondía al servicio de telefonía móvil, prestado a través de la explotación de concesiones de uso del espectro radioeléctrico, dentro del territorio nacional. Para dichos efectos, descarto la telefonía fija como un bien sustituto de acuerdo a las características diferenciadoras de la telefonía móvil (desplazamiento de los abonados, inexistencia de contratos, sistemas tarifarios distintos).

El TDLC, a su vez y en relación a la participación y **concentración del mercado** constató la presencia de 4 competidores relevantes dentro de éste, cuyas participaciones podían medirse ya sea por el número de abonados como por el tráfico anual de salida. En el primer caso, los porcentajes de participación eran: Entel 36,7%, Telefónica Móvil 30,7%, BellSouth 17,8% y Smartcom 14%. En el segundo caso, los porcentajes de participación fueron: Entel 43,3%, Telefónica Móvil 28,5%, BellSouth 14,8% y Smartcom 13,4%³⁷⁷. Por lo mismo, la fusionada en un escenario post-fusión, además de eliminar un competidor, obtenía una participación de 48,5% en el número de abonados y 43,3% en tráfico de salida, lo

³⁷⁷ Antecedentes aportados por la FNE mediante informe acompañado a fojas 915.

cual sólo se vería contestado por Entel, lo que implicaría un claro incremento en la concentración dentro de dicho mercado.

Una de las principales características del mercado era que se encontraba condicionado por la presencia de un insumo esencial³⁷⁸ como lo era la concesión del espectro radioeléctrico, a la que se podía acceder sólo a través de licitación pública, por lo cual se erigía como la principal **barrera a la entrada** de dicho mercado. En efecto, a la fecha de la consulta, la Subtel tenía asignadas las bandas de 800 y 1900 MHz, cuyo uso -a juicio del TDLC- era de intensidad moderada, por lo que a la postre señaló que todavía podía crecer su uso sin necesidad de aumentar el espectro total ya concesionado. Lo anterior resultaba relevante debido a la existencia de una relación entre el costo de entrada al mercado y la disponibilidad del espectro, toda vez que un mayor ancho de banda requería menores inversiones en antenas y radios base³⁷⁹. Además, se señaló que los costos de operar en la banda de 800 MHz eran menores al de operar en la de 1900MHz³⁸⁰. En relación a esto, se constató que la fusionada ocuparía el 100% de la banda de 800 MHz en caso de materializarse la fusión tal como se propuso en la consulta. Por todo lo señalado, es que el TDLC concluyó que dicha ventaja en los costos no sólo actúa como barrera a la entrada de las empresas, sino que afectaba la posición competitiva de las existentes, ya que veían amenazada su permanencia al competir con mayores costos³⁸¹.

En relación a las **eficiencias**, se detectó que la operación podría ser beneficiosa dado que existían economías de escala asociadas al costo fijo de desplegar la red, las que –en todo caso- disminuirían después de los 500.000 abonados. Asimismo, el Tribunal pudo constatar eficiencias relacionadas a los costos medios totales de proveer el servicio, tanto por la disminución en los costos de inversión y menores costos marginales debido a mayor disponibilidad del

³⁷⁸ TDLC. Resolución N °2/2005, parte considerativa, N°3.

³⁷⁹ Ibid.,

³⁸⁰ Ibid.,

³⁸¹ Ibid.,

espectro y su mejor utilización, evitar duplicidades de gastos asociados a administración, publicidad y ventas, así como reducción de cargos de acceso correspondientes a las llamadas que terminen al interior de la red agregada. El TDLC, sin embargo, señaló que si bien estas eficiencias existían y eran significativas, no resultaba posible cuantificarlas. En relación a esto, también señaló que no existía evidencia que permitiera suponer que de existir, estas fueran traspasadas a los consumidores³⁸².

En materia de **riesgos anticompetitivos**, el TDLC reveló que la fusión produciría una diferencia en cuanto a la asignación de espectro radioeléctrico, lo cual llevaría a que las condiciones de competencia sean asimétricas. Además, se consignó que no resultaba deseable que una sola empresa monopolice la banda de los 800 MHz. Por otro lado, en cuanto a los riesgos coordinados, estos aumentarían debido a la eliminación de un competidor del mercado.

También se identificaron riesgos en relación a un eventual abuso de posición dominante de las empresas más importantes en relación a discriminar en los precios en materia de cargos de acceso y los costos de terminar una llamada en la misma red, todo lo cual disminuiría la competencia. A su vez, se manifestó preocupación en torno a una posible integración vertical de la fusionada con CTC, ya sea a través de subsidios cruzados o la transferencia de información en cuanto a tráfico, lo que favorecería a la fusionada³⁸³.

En consecuencia y debido a que los operadores de telefonía móvil competirían en un escenario con condiciones asimétricas, las cuales favorecerían a las empresas dominantes ya que les facilitaba coordinar su comportamiento, así como incrementar su posición de dominio en el mercado, además de la relación existente entre la fusionada y la empresa dominante en el mercado de la telefonía

³⁸² Ibid.,

³⁸³ Ibid.,

fija, el TDLC decidió aprobar la operación de concentración, estableciendo medidas de mitigación para dichos efectos, las que se exponen a continuación:

2.2. Sistematización de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC³⁸⁴:

Tabla 2

MEDIDAS ESTRUCTURALES	MEDIDAS CONDUCTUALES
<p>CONDICIÓN PRIMERA: Deber para Telefónica Móviles S.A. de transferir, a su elección, aquellas concesiones que, consideradas en conjunto, le otorguen, a nivel nacional, el uso y goce de un bloque de frecuencias de espectro radioeléctrico equivalentes a 25 MHz, en la banda de 800 MHz, en la forma y con los requisitos exigidos por la Ley General de Telecomunicaciones y normativa complementaria.</p> <p>Dicha transferencia deberá efectuarse a terceros no relacionados, y llevarse a efecto por medio de un proceso de licitación de carácter no discriminatorio y abierto. La transferencia de las concesiones deberá hacerse efectiva dentro de un plazo máximo de dieciocho meses, a contar de la notificación de esta Resolución.</p> <p>CONDICIÓN SEGUNDA: En el evento que el adjudicatario de las concesiones que se liciten en virtud de lo ordenado en la condición Primera, precedente, fuese una empresa que opere a esa fecha en el mercado de la telefonía móvil en Chile y que llegue por esa vía a ser titular de derechos de uso y goce de frecuencias de espectro radioeléctrico por más de 60 MHz, dicha empresa deberá transferir a un tercero no relacionado, por medio de un proceso de licitación de carácter no discriminatorio y abierto, el ancho de banda que supere tal cantidad, dentro del plazo de seis meses contado desde el acto de adjudicación de las concesiones.</p> <p>CONDICIÓN TERCERA: Las bases de licitación que se elaboren, sea con motivo de la transferencia dispuesta en la condición Primera, o con ocasión del cumplimiento de lo ordenado en la condición Segunda, deberán ser aprobadas por este Tribunal en forma previa al respectivo llamado a concurso, para lo cual, la empresa que licite, deberá acompañar dichas bases a esta causa, por vía incidental.</p>	<p>CONDICIÓN CUARTA: Deber de la fusionada de someterse a las normas que rigen a las sociedades anónimas abiertas e inscribirse en el Registro de Valores de la Superintendencia de Valores y Seguros, quedando sujetas a la fiscalización de este organismo.</p>
	<p>CONDICIÓN QUINTA: La o las empresas o sociedades subsistentes o resultantes de la operación de concentración, durante el tiempo que se requiera para la enajenación de espectro según lo dispuesto en la condición Primera, precedente, no podrán comercializar planes que incluyan</p>

³⁸⁴ Las medidas mencionadas no están transcritas de manera íntegra y han sido reducidas a aquello que resulta indispensable para los propósitos del presente trabajo.

	precios distintos para las llamadas dentro de su propia red y las llamadas que terminen en otras redes móviles.
	CONDICIÓN SEXTA: Mientras no se materialice la transferencia de espectro ordenada en el primer párrafo de la condición Primera, precedente, la o las empresas o sociedades subsistentes o resultantes de la operación de concentración consultada deberán poner en operación un sistema de información de cambio de número para todos los clientes de telefonía móvil de BellSouth Comunicaciones S.A. que decidan cambiarse de proveedor, o para cualquier cliente que se encuentre, por razones técnicas provocadas por necesidades de la o las empresas o sociedades subsistentes o resultantes de la operación, obligado a cambiar de número de su teléfono móvil. Este servicio deberá informar a quien efectúa la llamada acerca del nuevo número del cliente que está intentando contactar y se proveerá gratuitamente a los referidos suscriptores, por el término de tres meses.
	CONDICIÓN OCTAVA: Toda oferta conjunta de servicios de telefonía fija y móvil, comercializada por la o las empresas o sociedades subsistentes o resultantes de la operación de concentración y que considere la prestación de servicios de telefonía fija por parte de Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A., se entenderá que es una oferta conjunta efectuada por ésta última y, por tanto, deberá regirse por las disposiciones del Decreto N° 742 de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial con fecha 26 de febrero de 2004, dictado con motivo del pronunciamiento de la Resolución N° 686, de 20 de mayo de 2003, y de la Resolución N° 709, de 13 de octubre de 2003, ambas de la H. Comisión Resolutiva.
Otras:	
CONDICIÓN SÉPTIMA: La Subsecretaría de Telecomunicaciones deberá velar por reducir al máximo las barreras que enfrentan los consumidores para cambiar de proveedor de servicio telefónico móvil. En particular, deberá velar por la eliminación de la práctica consistente en bloquear los terminales para su uso en otra concesionaria.	

2.3 Análisis de las medidas impuestas por el TDLC:

En la presente Resolución, el TDLC estableció una serie de medidas tanto estructurales como de carácter conductual, siendo –a juicio del Tribunal- la “principal”³⁸⁵ de ellas la enajenación y/o transferencia parcial de parte del espectro disponible, por parte de la fusionada. Sin perjuicio de aquello, existen ciertos

³⁸⁵ TDLC. Resolución N°2/2005, parte III.

cuestionamientos que pueden ser realizados en torno a la proporcionalidad y el alcance de dicha medida, lo cual se analizará a continuación.

Por otro lado, parece extraña la ausencia de medidas tendientes a minimizar el impacto de un riesgo proveniente de la integración vertical detectada por el TDLC en su Resolución, cual es el traspaso de información desde CTC a la fusionada, riesgo el cual podría haber sido controlado por una medida conductual como lo es unos cortafuegos, herramienta ampliamente descrita por la literatura jurídica comparada.

i) Medidas Estructurales:

En la Resolución en comento, el TDLC estableció una medida estructural en torno la desinversión de un insumo el carácter de activo esencial intangible para la prestación del servicio de telefonía móvil, cual es el espectro radioeléctrico. Para dichos efectos, determinó en su Condición N°1 la **enajenación y/o transferencia parcial del espectro radioeléctrico disponible**³⁸⁶ por parte de la empresa resultante, en la banda de 900 MHz. Lo anterior, fue realizado de forma indirecta por parte del TDLC al limitar el espectro máximo que podría detentar la fusionada en la banda de 900MHz, respecto a la cual tendría derecho sólo al goce de un bloque máximo de 25 MHz, teniendo originalmente la empresa resultante un total de 50 MHz después de la fusión, por lo que –en consecuencia- para poder realizar la operación debía necesariamente desprenderse de 25 MHz.

Relacionado con lo anterior, y de forma complementaria, el TDLC estableció que ésta debería llevarse a cabo a través de una **licitación no discriminatoria**, a terceros no relacionados en un plazo de 18 meses³⁸⁷. Asimismo, se señaló por parte del Tribunal que en el evento que la enajenación se realizara a un operador existente del mercado, el espectro total del que disponga

³⁸⁶ Ibid., Condición N°1.

³⁸⁷ Ibid.,

éste no podría exceder de 60 MHz, por lo que debía transferir el ancho de banda que supere dicho número a través de un proceso similar al ya señalado³⁸⁸. Finalmente, el TDLC estableció la obligación de que las bases de las licitaciones antes señaladas debieran ser aprobadas previamente por el mismo Tribunal.

En lo que respecta a la Condición N°1, resulta pertinente analizar su legalidad a la vista del principio de proporcionalidad. Lo anterior, en virtud de que esto fue controvertido en el proceso por los consultantes, quienes dedujeron recurso de reclamación en contra de la Resolución del Tribunal frente a la Corte Suprema, aduciendo que la Condición N°1 carecía de “fundamentos económicos y legales que justifiquen la transferencia de concesiones que sumen 25 MHz en la banda de 800 MHz”³⁸⁹. Dicho argumento, fue sostenido de alguna forma por el ministro disidente Señor Juica, quién en el voto de minoría estuvo por rechazar la condición primera, debido a que consideró que las demás medidas eran suficientes para morigerar los riesgos descritos en la Resolución por el TDLC³⁹⁰, siendo innecesario por tanto la imposición de la medida de mitigación en comento al no haber una relación de causalidad entre la medida y el riesgo que se pretendía impedir.

Es en virtud de lo anterior, que la duda reside en torno a si el establecimiento de dicha medida de mitigación resultaba o no efectiva para combatir el riesgo que se pretende evitar o si el TDLC fue más allá de lo necesario para restablecer las condiciones del mercado en un escenario post fusión. En ese sentido, parece razonable que el Tribunal haya establecido la Condición N°1, de otro modo –tal como se fundamenta en la Resolución– la operación de

³⁸⁸ Ibid., Condición N°2.

³⁸⁹ Excma. Corte Suprema de Chile. 15.07.2005. Rol N° 396-2004, considerando N°16.

³⁹⁰ Voto de minoría del Ministro Señor Juica en Excma. Corte Suprema de Chile. Rol N° 396-2004: “El tribunal ha considerado que la fusión no constituye en si misma un obstáculo para aprobar en principio la operación consultada, a pesar de que implica una mayor concentración en el mercado, con una competencia en un escenario con condiciones asimétricas, incrementando una posición de dominio en el mercado y previendo la posibilidad de una integración vertical no recomendable, ya que para evitar esos peligros son bastantes las condiciones fijadas en los números 4, 5, 6, 7 y 8, las que debieran ejecutarse en lo que resulte compatible con la eliminación de la condición primera que el disidente no acepta”.

concentración hubiese significado una asimetría en el mercado en torno a la propiedad de un insumo esencial, diferencia que no existía en un escenario pre fusión, en el cual no existía un monopolio sobre la banda de 800 MHz, por lo que una modificación de dicha realidad implicaba un debilitamiento en las condiciones de competencia.

Asimismo parece haber razonado la Corte Suprema, la cual, conociendo del recurso respectivo señaló respecto a la Condición N°1, que esta se explicaba debido a que “las condiciones de competencia entre los distintos actores serían asimétricas, dado que para servir a un mismo número de clientes, una mayor disponibilidad de espectro permitiría disminuir los costos medios de largo plazo de operación para una tecnología”³⁹¹. Además, la Corte Suprema consideró, en relación a la banda de 800 MHz, que no era prudente conceder la totalidad de dicha banda con propagación más eficiente a una sola empresa³⁹².

Por su parte, en relación a la Condición N°2, en este trabajo plantea que existió una extralimitación por parte del TDLC en relación a su imposición, puesto que, a partir de la Resolución en comento, ningún operador podría tener más de 60 MHz de banda, debiendo enajenar el remanente mientras no haya una nueva licitación de espectro radioeléctrico no concesionado. Lo anterior implicó en la práctica la implantación de una regulación de carácter general, en la cual se señalaban las condiciones en las que deberá operar el mercado de la telefonía móvil, cuestión que no se encuentra ajustada a derecho.

En ese sentido, resulta curioso el hecho de que la Resolución estableciera en su Condición N°2 obligaciones para terceros no consultantes, los cuales se veían compelidos a tener un máximo de 60 MHz, debiendo desprenderse del exceso. Por lo mismo, si bien resulta razonable limitar el espectro radioeléctrico que puedan obtener los participantes de la operación, resulta a lo menos dudoso

³⁹¹ Excma. Corte Suprema de Chile. 15.07.2005. Rol N° 396-2004, considerando N°17.

³⁹² Ibid.,

que sea el TDLC poseyera facultades suficientes para establecer dicho límite mediante a través del ejercicio de su potestad consultiva, correspondiendo que dicha labor fuera realizada por el regulador sectorial. En ese sentido parece ir el voto de minoría emitido por el Ministro Sr. Juica en la ya mencionada sentencia que conoció del recurso de reclamación presentado frente a la Corte Suprema, quién señaló que, con su decisión “el tribunal está imponiendo un control indebido en el mercado de la telefonía que no le corresponde y estableciendo reglas de la conveniencia que resultan inconvenientes para el desarrollo de la libertad en dicha actividad”³⁹³.

ii) Medidas de Comportamiento:

a) Deber de no discriminación en los precios:

El TDLC estableció a las consultantes, mediante su Condición N°5, la **obligación de no comercializar planes que incluyan precios distintos para las llamadas dentro de su propia red y las llamadas que terminen en otras redes móviles**, durante el tiempo en que demore en materializarse la fusión.

Mediante la medida en comento, el TDLC buscó evitar que durante el tiempo en que se verificaba la fusión, existiera el incentivo por parte de las empresas consultantes en relación a discriminar entre el precio de las llamadas *on net* y las llamadas *off net*. Lo anterior, en la medida que, tal como señalara el TDLC, esto podría reducir la competencia en la telefonía móvil, toda vez que empresas con mayor base de abonados tenían incentivos para traspasar las economías de red, con el objeto de atraerlos, ya que la probabilidad de que un usuario tenga sus contactos en la misma red crecía con el número de suscriptores³⁹⁴.

³⁹³ Voto de minoría del Ministro Señor Juica en: Excma. Corte Suprema de Chile. 15.07.2005. Rol N°396-2004.

³⁹⁴ TDLC. Resolución N°2/2005, parte considerativa, N° 5.3.

Por tanto, parece razonable el establecimiento de dicha medida dado que evitaría riesgos de abusos por parte de las empresas consultantes antes de verificarse la fusión.

b) Deber de información:

Como una medida para mitigar los posibles perjuicios que la fusión pudiese ocasionar a los usuarios de las consultantes, el TDLC **obligó a las empresas a establecer un servicio gratuito de información a los usuarios acerca de los eventuales cambios o perjuicios que pudiesen sufrir con la fusión**³⁹⁵.

c) Integración Vertical:

La Condición N°8, estableció que toda prestación de telefonía fija y móvil que se ofrezca por la fusionada conjuntamente con CTC, se entendería que es una oferta conjunta efectuada por ésta última y, por tanto, **debía regirse por las disposiciones del Decreto N°742 de la Subsecretaría de Telecomunicaciones** que regulaba las condiciones de contratación en que podía ser ofrecido a los usuarios. En consecuencia, mediante la medida impuesta, se buscó resguardar los riesgos provenientes de la eventual integración vertical, asegurando el acceso de todos los usuarios al servicio de telefonía pública en igualdad de condiciones, en virtud de lo estipulado por el Decreto N°742 ya mencionado, lo cual se fundamentó en la necesidad de que no existan ventajas para Telefónica que le permitan competir en mejores condiciones que sus rivales.

c) Otras:

El TDLC, dentro de su catálogo de “condiciones” estableció dos provisiones cuyo destinatario fue un ente distinto a los consultantes, más precisamente, un organismo público como lo es la Subsecretaría de Telecomunicaciones. En efecto,

³⁹⁵ Ibid., Condición N°6.

el Tribunal estableció, mediante la condición séptima y novena, un deber y una recomendación respectivamente para dicho órgano.

En relación a lo anterior, la Condición N°7 estableció que la Subsecretaría debería velar por reducir al máximo las barreras que enfrentan los consumidores para cambiar de proveedor de servicio telefónico móvil, particularmente por el bloqueo de los terminales para su uso en otra concesionaria. Por su parte, la Condición N°9 “recomienda” a la Subsecretaría de Telecomunicaciones que disponga, para todos los operadores de telefonía móvil, la obligación de efectuar ofertas de facilidades para la reventa de planes por parte de comercializaciones sin redes.

En relación a la Condición N°7, parece extraño que el TDLC establezca un deber a la Subsecretaría de Telecomunicaciones a través de la Resolución en comento. Lo anterior, por no encontrarse dentro de las potestades del Tribunal dicha clase de mandato a la Subsecretaría, la cual tampoco era parte consultante y por tanto no podría ser objeto de medidas de mitigación. Además, aunque así fuera, no se señala específicamente de qué manera podrían reducirse las barreras señaladas, sino que existe un mandato de contenido indeterminado. Por lo mismo, y al no ser vinculante para la Subsecretaría, esta medida resulta inocua y de dudosa legalidad.

En cuanto a la Condición N°9, esta adolece de un vicio similar al de la Condición N°7 ya mencionada, al plantear una recomendación a la Subsecretaría, estableciendo una “condición” para un ente público que no es consultante, lo que escapa totalmente a las finalidades de la potestad consultiva, cual es pronunciarse acerca de la licitud e ilicitud de la operación.

Con todo, en este trabajo se plantea que tanto la Condición N°7 como la N°9 en tanto mandato o recomendación, fueron planteadas erróneamente por el Tribunal en la Resolución bajo el formato medidas de mitigación, las cuales son

propias de la potestad consultiva, y por tanto escapan a su alcance el establecer mandatos o recomendaciones a entes públicos que, como si fuera poco, tampoco son consultantes en el proceso. En ese sentido, posiblemente el TDLC debió haber recurrido para dichos efectos a la potestad otorgada por el artículo 18N°4 del Decreto Ley 211, también conocida como potestad requisitoria³⁹⁶, sugiriendo las modificaciones legales necesarias para cautelar la libre competencia.

Finalmente, el Tribunal estableció medidas que guardan relación con la sujeción de la fusionada a ciertas normas. Así, la condición cuarta la obliga a **someterse a las normas que rigen a las sociedades anónimas abiertas e inscribirse en el Registro de Valores de la Superintendencia de Valores y Seguros, quedando sujetas a la fiscalización de dicho organismo.**

3. RESOLUCIÓN N°20/2007: FUSION ENTRE GLR LIMITADA E IBEROAMERICAN RADIO CHILE S.A.:

3.1 Descripción de la operación:

Con fecha 22 de diciembre de 2006, GLR Chile Limitada (“GLR”) solicitó al TDLC pronunciamiento relativo a la compra a Claxson Chile SA. (“CRC”) de la totalidad de las acciones de la sociedad Iberoamerican Radio Chile S.A (“Iberoamerican”). Al momento de realizarse la consulta, GLR operaba 89 concesiones de radiodifusión, conformando 4 cadenas de radio. Por su parte, Claxson operaba, a través de sus filiales, 142 concesiones de radiodifusión en distintas localidades, conformando 8 cadenas radiales.

El **mercado relevante** fue determinado en primera instancia por el TDLC, el cual señaló que el mercado relevante del producto era el de la venta de espacios de difusión de publicidad en radios AM Y FM³⁹⁷, aunque asumiendo que la mayor

³⁹⁶ Valdés Prieto, *Libre Competencia Y Monopolio*.

³⁹⁷ TDLC. Resolución N°20/2007, considerando N°29.

parte de dicho mercado correspondía a radios FM. En cuanto al mercado geográfico, el Tribunal decretó que este correspondía a todo el territorio nacional, sin perjuicio de la existencia de algunas ciudades en las que las cadenas nacionales competían con radios locales³⁹⁸. Asimismo, y en relación a las características propias del mercado, el TDLC dejó constancia que en el mercado relevante existía una relación directa entre las inversiones publicitarias y el ranking de audiencia, en el sentido de que mientras mayor sea la audiencia de la radio, mayor parece ser el interés de los anunciantes de publicitar en ella³⁹⁹.

En cuanto a los niveles de **concentración** de dicho mercado, este tenía un nivel medio de concentración dentro de los dos segmentos relevantes: la audiencia y el avisaje. Así, dicha concentración se vería incrementada en un escenario post-fusión, teniendo CRC una participación de 44,7% de la audiencia total en Santiago y un promedio de 38,9% en regiones. Mientras que en lo que respectaba al mercado del avisaje en radio, después de la fusión tendría una participación del 37,4%, contando además con 12 señales a nivel nacional, porcentaje muy lejano al 10,2% y 3 señales a nivel nacional, correspondientes a su competidor más cercano.

El TDLC, a su vez se refirió a las **barreras de entrada**, efectos para los cuales señaló que las inversiones necesarias para entrar al mercado eran relativamente bajas, siendo la principal dificultad para captar avisaje la necesidad de contar con una audiencia que haga a éste atractivo. Además, se señaló que constituía una característica esencial del mercado el hecho de que los auditores no enfrentaran costos relevantes para cambiar de emisora.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal constató que la necesidad de contar con una concesión⁴⁰⁰ de uso y goce exclusivo de una parte del espectro

³⁹⁸ Ibid., considerando N°31.

³⁹⁹ Ibid., considerando N°32.

⁴⁰⁰ Concesión otorgada por Decreto Supremo, en virtud del Artículo 8° de La Ley General de Telecomunicaciones. Ley que además prescribe en su artículo 14 que los actuales concesionarios tendrán un

radioeléctrico se constituía como la principal barrera a la entrada a la que se enfrenta un potencial competidor⁴⁰¹, siendo un insumo limitado y no existiendo frecuencias disponibles (en la banda FM) para muchas de las ciudades más pobladas del país. Además, el TDLC previno acerca de la inconveniencia de que existiera un conglomerado que controle un número importante de radios o cadenas de radios, ya que aquello aumentaría los costos de desafiar la posición dominante de la empresa resultante de la fusión⁴⁰².

En lo que respecta a los **riesgos anticompetitivos** generados por la operación, el TDLC manifestó que si bien la concentración no era por sí misma contraria a la libre competencia, ésta podría hacer aumentar los riesgos unilaterales asociados a comportamientos oportunistas por parte de la fusionada que le permitan aumentar su poder de mercado⁴⁰³. En ese sentido, descartó que existiera riesgo anticompetitivo en lo que respecta a la fijación de precios abusivos, ya que a juicio del Tribunal cualquier intento por ejercer su poder de mercado tendría como efecto de desviar el aviso desde la empresa consultante a sus competidores, o bien desincentivaría el aviso radial. En relación al riesgo de prácticas exclusorias, el TDLC consideró que no era probable su ocurrencia dada la naturaleza del mercado relevante, puesto que el espacio de publicidad era acotado y al aumentarlo posiblemente importaría una disminución en la audiencia. Sin embargo, consignó que sí existía riesgo en torno a los pequeños conglomerados debido a la paquetización o ventas atadas de aquellas compañías con más radioemisoras o conglomerados que a su vez controlen otros medios de comunicación⁴⁰⁴.

Por otro lado, el TDLC se mostró contrario a la cláusula de no competir del contrato sometido a consulta, la que impedía por un lapso determinado al Grupo

derecho preferente al postular nuevamente a una concesión una vez que venza el plazo de vigencia de determinada concesión.

⁴⁰¹ TDLC. Resolución N°20/2007, considerando N°57.

⁴⁰² Ibid.,

⁴⁰³ Ibid., considerando N°61.

⁴⁰⁴ Ibid., considerando N°62.

Claxson, reingresar al mercado chileno de radiodifusión, neutralizando así la entrada de un competidor relevante⁴⁰⁵.

Finalmente, en lo que respecta a las **eficiencias**, se estimó por parte del TDLC que los consultantes no lograron acreditar ninguna de ellas, ni cómo estas serían traspasadas a los consumidores⁴⁰⁶. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal señaló que existía evidencia de que la operación podía significar la oportunidad de una utilización más eficiente del espectro radioeléctrico, siempre que aumentara la variedad y calidad de contenidos y con ello la audiencia y la participación del medio en la inversión publicitaria total. Sin embargo, al no poder comprobarse las eficiencias alegadas, así como tampoco la certeza en relación a la ocurrencia de los beneficios señalados precedentemente, es que el Tribunal decidió aprobar la operación estableciendo las condiciones siguientes:

3.2 Sistematización de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC⁴⁰⁷:

Tabla 3

MEDIDAS ESTRUCTURALES	MEDIDAS CONDUCTUALES
<p>CONDICIÓN CUARTA: La consultante y sus filiales, coligadas o relacionadas que sean titulares de concesiones de radiodifusión, o tengan derechos de uso o control de las mismas por cualquier vía directa o indirecta, deberán, dentro de seis meses contados desde que la presente Resolución quede ejecutoriada, enajenar a terceros, renunciar, o poner término a:</p> <p>i) Una concesión en cada una de las siguientes ciudades: Iquique, La Serena, Tongoy, Cartagena, Quilpué, Talcahuano, Los Ángeles, Temuco, Nueva Imperial, y Valdivia; y,</p> <p>ii) Dos concesiones en cada una de las siguientes ciudades: Concepción, Villarrica, Osorno y Puerto Montt;</p>	<p>CONDICIÓN PRIMERA: La consultante y sus filiales, coligadas o relacionadas deberán consultar a este Tribunal, en los términos de los artículos 18 N° 2 y 31 del D.L. N° 211, en forma previa, cualquier hecho, acto o contrato por el que pretenda adquirir la propiedad, el derecho de uso, o cualquier otra relación contractual, que le permita controlar, directa o indirectamente, la operación, explotación, o contenidos, de toda y cualesquiera concesión de radiodifusión distinta de aquellas que han sido objeto de esta consulta.</p>
	<p>CONDICIÓN SEGUNDA: La consultante y sus filiales, coligadas o relacionadas que sean titulares de concesiones</p>

⁴⁰⁵ Ibid., Considerando N°65.

⁴⁰⁶ Ibid., Considerando N°69.

⁴⁰⁷ Las medidas de mitigación detalladas no están transcritas de manera íntegra y han sido reducidas a aquello que resulta indispensable para los propósitos del presente trabajo.

	de radiodifusión, o tengan derechos de uso, o el control por cualquier vía, directa o indirecta, de la propiedad o de relaciones contractuales sobre éstas, deberán consultar a este Tribunal, sobre la base de antecedentes suficientes, en los términos de los artículos 18 N° 2 y 31 del D.L. N° 211, respecto de su participación en los concursos públicos para la renovación de dichas concesiones.
	CONDICIÓN TERCERA: En la operación consultada no se podrán establecer prohibiciones, restricciones o condiciones a la participación del vendedor y sus filiales, coligadas o relacionadas, directa o indirectamente, en el negocio de radiodifusión en Chile (entendiéndose por tal a todo negocio relacionado con la operación y explotación de estaciones de radio, la producción y comercialización de programas y contenidos de radios, y su difusión por señales radiofónicas, internet o medios digitales), que excedan del plazo de dos años contados desde la fecha de esta Resolución. Esta condición es aplicable tanto al contrato presentado por la consultante a la consideración de este Tribunal como a cualquier otra convención o acuerdo que pueda suscribir en el futuro;

3.3 Análisis de las medidas impuestas por el TDLC:

El TDLC, mediante la Resolución analizada estableció una serie de medidas tanto estructurales como conductuales, cuyos objetivos fueron contrarrestar los riesgos anticompetitivos detectados en virtud de los antecedentes presentados, toda vez que los consultantes no pudieron acreditar las eficiencias que le sirvan de contrapeso a dichos riesgos y que, por tanto, permitieran la aprobación pura y simple de la fusión.

i) Medidas Estructurales:

El TDLC estableció la obligación de **enajenar a terceros, renunciar, o poner término** a algunas de las concesiones en aquellas localidades⁴⁰⁸ donde la fusionada tendría un nivel de concentración que a su juicio importara un riesgo anticompetitivo.

⁴⁰⁸ La condición Tercera establece que las concesiones deberían elegirse entre: i) Una concesión en cada una de las siguientes ciudades: Iquique, La Serena, Tongoy, Cartagena, Quilpué, Talcahuano, Los Ángeles, Temuco, Nueva Imperial, y Valdivia; y, ii) Dos concesiones en cada una de las siguientes ciudades: Concepción, Villarrica, Osorno y Puerto Montt.

A juicio de este trabajo, la presente medida trae aparejadas ciertas dudas en torno a uno de los presupuestos de las medidas estructurales, tal como lo es la viabilidad de la entidad (ya sea nueva o un competidor existente) para participar en el mercado. Así fue planteado por la FNE en el recurso de reclamación interpuesto frente a la Corte Suprema en contra de la Resolución en comento, en el cual señaló la necesidad de que se enajenaran no solo concesiones de espectro sino cadenas de radio, las que permitieran generar una entidad que desafíe a la consultada, al respecto la FNE señaló que: “A primera vista se observa que el TDLC no ha considerado las sinergias provenientes de las radios en cadena. En efecto, una radio con presencia en Santiago y alcance nacional tiene mejores ingresos por publicidades que una radio que sólo tiene repetición regional”⁴⁰⁹, señalando más adelante al respecto que “el desmembramiento de estas señales de radios locales sólo producirá una diversificación de la propiedad de las estaciones de radio, pero no podrán considerarse competidoras de las señales nacionales resultantes de la fusión”⁴¹⁰. En ese sentido, las razones antes expuestas llevaron a la FNE a solicitar la desinversión de la fusionada en 4 de las 12 concesiones con cobertura en la Región Metropolitana y de alcance nacional.

Además de lo anterior, viene al caso constatar que el TDLC en ningún momento estableció criterios claros para establecer cuáles deberían ser las concesiones desinvertidas, remitiéndose a señalar que estas zonas serían aquellas en los lugares “en los que la empresa resultante de la operación consultada tendrá un control significativo de las frecuencias asignadas y en las que, o no existen otras frecuencias disponibles, o no es probable el ingreso de nuevos competidores o de competidores actuales más eficientes sin que se libere parte del espectro radioeléctrico actualmente en uso”⁴¹¹. Esto lleva a plantearse la interrogante acerca qué se entiende “control significativo”. Lo anterior, parece verse confirmado por la alegación de la FNE en la reclamación antes mencionada,

⁴⁰⁹ Recurso de reclamación evacuado por la FNE, 11.

⁴¹⁰ Ibid.,

⁴¹¹ TDLC. Resolución N°20/2007, considerando N°86.

al señalar que: “las condiciones y medidas adoptadas por el TDLC son insuficientes para cumplir con los fines señalados. Incluso, bajo los propios principios y fundamentos que las inspiran, pues dejan afuera otras localidades, cuyas concesiones también han debido ser condicionadas por iguales razones”⁴¹². A partir de lo señalado se puede concluir la falta de un criterio claro para discriminar entre una y otra radioemisora, criterio el cual -como se señaló- no consta en la presente Resolución.

ii) Medidas conductuales:

a) Deber de consultar:

En su condición N°1 el TDLC estableció la obligación que tiene la fusionada de **consultar toda vez que intente controlar de cualquier concesión de radiodifusión distinta de aquellas que han sido objeto de la consulta**. Lo anterior se condice perfectamente con la mayoría de las resoluciones del TDLC, en donde el Tribunal obliga a consultar frente a la posibilidad de un aumento en la concentración del mercado.

Por otro lado, la Condición N°2, establece la **obligación de consultar previamente respecto de su participación en los concursos públicos para la renovación de las concesiones de radiodifusión**, medida cuestionable si se tiene presente la finalidad de la potestad consultiva. En ese sentido, si se entiende que una de las funciones más relevantes de la mencionada atribución (tal como se señaló en el apartado 1.4.2 del Capítulo primero de este trabajo) es la de otorgar certeza jurídica a los consultantes acerca de la viabilidad de la operaciones de concentración que someten a conocimiento del TDLC, resulta extraño que mediante la presente medida de mitigación se obligue a la fusionada a consultar cada vez que deba renovar una concesión. Lo anterior, deja en evidencia que el Tribunal no zanjó de manera definitiva la consulta sometida a su tramitación, y por

⁴¹² Recurso de reclamación evacuado por la FNE, 14.

tanto, no otorgó la certeza jurídica demandada. Además, lo referido se hace aún más explícito si se tiene consideración que la fusionada en un escenario post fusión tendría un total de 231 concesiones, expirando 45 de las 100 el año 2010 y otras 10 el 2014. Lo anterior, se traduce en un gran número de consultas, lo cual es inconveniente tanto para la fusionada, a la cual se le niega la certeza jurídica requerida, así como también para el mismo Tribunal, ya que parece poco eficiente tener que conocer de la consulta cada vez que la fusionada pretenda renovar o adquirir una nueva concesión.

En la práctica, a consecuencia de la medida recién analizada, la fusionada se encuentra obligada no sólo a participar en concurso público frente a la Subtel para la renovación de una concesión, sino que también a someter dicha renovación a un test de legalidad establecido por TDLC cada vez que quiera hacerlo. Lo anterior parece más complicado si se considera que la renovación de una concesión no necesariamente implica un aumento en la concentración o siquiera una operación de concentración, por lo que la potestad del TDLC para conocer de dichas renovaciones parece escaparse de sus atribuciones, al estar conociendo de operaciones que no necesariamente implican una mayor concentración del mercado.

Por tanto, y en virtud de lo señalado en el número 3.6.2.2 letra h) de este trabajo, se considera que la medida de mitigación objeto de análisis resulta desproporcionada y una regulación innecesaria en relación a la concesión de espectro radioeléctrico, sobre todo teniendo en consideración que la renovación de la concesión no necesariamente implicará una mayor concentración del mercado.

b) Otras:

Finalmente, el TDLC mediante su Condición N°3 dejó sin efecto la cláusula de no competir que conformaba el acuerdo entre las empresas consultantes, la

cual impedía al grupo Claxson –ex propietario de Iberoamerican– y sus subsidiarias, reingresar al mercado chileno de radiodifusión. En ese sentido, mediante de la condición señalada el TDLC impuso **una limitación de dos años para cualquier práctica que pretenda excluir al grupo Claxson de participar en el mercado**. Dicha medida aparece como lógica dado que el Tribunal de esta manera elimina las trabas contractuales para el ingreso de un competidor relevante y con un tránsito exitoso comprobado por nuestro país.

4. RESOLUCIÓN N°22/2007: CONSULTA SOBRE ALIANZA PARA REALIZACIÓN DE PROYECTO HIDROELÉCTRICO AYSÉN:

4.1 Descripción de la operación:

Con fecha 17 de mayo de 2006, la Empresa Nacional de Electricidad S.A. (“Endesa”), solicitó un pronunciamiento de este Tribunal referido a si la construcción y operación, en conjunto con Colbún S.A. (“Colbún”), de las cinco plantas o centrales hidroeléctricas en la XIª Región, que conforman el “Proyecto Aysén”, constituía una operación que se ajusta a la normativa de libre competencia contenida en el Decreto Ley N° 211. Por su parte, Colbún, con fecha 18 de mayo de 2006, presentó una consulta en igual sentido.

El proyecto mencionado consistía en el desarrollo y ejecución conjunta, entre Endesa y Colbún, de todas las tareas vinculadas al financiamiento, construcción y operación de dos centrales en el río Baker, dos centrales en el río Pascua, y una central en el río Del Salto. Lo anterior, se materializaría por un contrato de *joint venture*, el que crearía una sociedad anónima cerrada, sujeta a las normas de las sociedades anónimas abiertas, con una distribución de propiedad de 51% para Endesa y 49% para Colbún.

Si bien lo anterior no correspondía a una operación de concentración horizontal en sentido estricto, el Tribunal decidió utilizar algunos elementos de

análisis para efectos de determinar los riesgos anticompetitivos y establecer las medidas de mitigación para la operación en comento, motivo por el cual también será incluida en el presente trabajo.

En cuanto al **mercado relevante**, el Tribunal determinó que este era la energía eléctrica y potencia generada y transada en el Sistema Interconectado Central (“SIC”). En relación a esto, y en cuanto al mercado del producto, (la generación de energía y potencia eléctrica), el Tribunal no hizo diferencia alguna en relación a la tecnología para producirla, debido a que todas se integraban indistintamente al SIC. En cuanto a éste último, se determinó que correspondería al mercado geográfico de la operación, debido a que este era la matriz a la cual se inyectaría energía⁴¹³. Sin perjuicio de lo anterior, la operación también tenía implicancias en el ámbito de distribución de la energía, mercado en donde ambas compañías tenían participación.

La **concentración** del mercado al tiempo de la consulta estaba determinada por una fuerte presencia de Endesa y Colbún las que concentraban la mayor parte de la capacidad instalada en el sistema con una participación conjunta de un 74%, ocupando diversas tecnologías para producir la energía. Sin perjuicio de lo anterior, y en virtud de proyecciones realizadas por la Comisión de Energía, se esperaba que la demanda de energía a nivel nacional aumentara por lo menos al doble, proyectándose una participación de un 22% a Colbún y un 34% a Endesa, ambas para el año 2012⁴¹⁴, lo que a juicio del TDLC aminoraría el efecto de concentración en el mercado en cuestión.

En cuanto a las condiciones de acceso, el Tribunal señaló que -en general- no existían **barreras de entrada** significativas al SIC, ejemplo de ello era que constaba en el expediente la existencia de varias obras en construcción, lo cual demostraba que el mercado de generación eléctrica en el SIC estaba abierto a la

⁴¹³ TDLC. Resolución N°22/2007, parte considerativa N° 7.1.

⁴¹⁴ Ibid., parte considerativa N° 7.4.

entrada de empresas con diversas tecnologías de producción. Un factor relevante considerado por el Tribunal al analizar las condiciones de entrada al mercado, fue la promulgación de la Ley N°20.018, la cual estableció que las empresas distribuidoras de electricidad debían licitar el suministro eléctrico necesario para abastecer a sus clientes regulados de modo de garantizar un suministro permanente. Lo anterior, contribuía a morigerar la incertidumbre propia de las inversiones hundidas mediante la reducción del riesgo de recuperación de dichas inversiones⁴¹⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, el TDLC se refirió a las **barreras de entrada** que en general podían dificultar el acceso al mercado, sin que estas fueran significativas, tales como: (i) El acceso a fuentes de generación de base; (ii) el tiempo de instalación de las centrales; (iii) costos hundidos; (iv) costos de salida. Sin embargo, las barreras detectadas más importantes se encontraban relacionadas al segmento de generación hidráulica, para las cuales las compañías entrantes requerían acceso a derechos de agua con potencial hidroeléctrico económicamente atractivo, y el acceso a transmisión.

En relación a los derechos de agua, el Tribunal constató la importancia de este activo, el cual, además de ser necesario, dependía notablemente de la calidad del recurso, así: “El costo marginal de generación de una central situada en un lugar sin riesgo de sequía es menor al de una planta hidroeléctrica situada en un lugar de hidrología menos confiable”⁴¹⁶. Vinculado con lo señalado, el TDLC constató que la mayoría del recurso hidroeléctrico relevante se encontraba en la XIª región y la provincia de Palena. Sin embargo, consta en autos que las consultantes concentraban conjuntamente el 90% de los derechos asignados, de los cuales un 62% del total serían usados para el proyecto HidroAysén⁴¹⁷(sin considerar aquellos en los cuales se mantenían solicitudes pendientes). De lo anterior, se podía colegir que existía a la fecha de la consulta una alta

⁴¹⁵ Ibid., parte considerativa N° 8.1 y 8.2.

⁴¹⁶ Ibid., parte considerativa N° 8.2.

⁴¹⁷ Ibid., parte considerativa N° 8.2.1.

concentración de dichos derechos, dificultando la explotación de recursos con potencial hidroeléctrico a un eventual entrante.

La otra barrera a la entrada de magnitud identificada por el TDLC para la producción de energía hidroeléctrica era la necesidad de contar con una red de transmisión para conectar con el SIC. Lo anterior resultaba especialmente sensible en la XIª región y Palena, puesto que debido a las condiciones geográficas y las restricciones ambientales de la zona imponían limitaciones a la construcción de más de una línea de transmisión. En relación a lo señalado, la normativa de la época establecía la obligación de dar acceso abierto a terceros en caso de que existiera capacidad técnica de transmisión para dichos efectos⁴¹⁸. Sin embargo, las consultantes esgrimieron limitaciones técnicas relativas al límite de MW que se podían transportar a precio razonable utilizando una sola línea y el hecho de incorporar una segunda, hacía inviable el proyecto debido a las limitaciones ya señaladas. Por lo mismo, argumentaron que les resultaba muy difícil poder incorporar a la línea de transmisión a aquellos terceros que quisieran generar energía al sistema por parte en un sector cercano al de la ejecutaría el proyecto. En relación a estas limitaciones técnicas, el TDLC señaló que existía un “riesgo posible”⁴¹⁹ de que estas sean utilizadas para excluir a el acceso abierto a terceros. En consecuencia, la ejecución del proyecto significaba un incremento de las barreras de entrada asociadas a las líneas de transmisión.

Por otro lado, el Tribunal constató que la ejecución del proyecto conllevaba diversos **riesgos anticompetitivos**.

Dentro de ellos, se encontraba el riesgo de colusión o coordinación vinculado postergación de inversiones⁴²⁰. Lo anterior, tenía asidero en la medida de que tanto Colbún como Endesa tendrían incentivos para postergar el proyecto, en la medida de que ya poseían otras inversiones pasadas relevantes en el sector,

⁴¹⁸ Artículo 77 inciso °2 de la LGSE.

⁴¹⁹ TDLC, Resolución N°22/2007, parte considerativa N° 8.2.2.

⁴²⁰ TDLC, Resolución N°22/2007, parte considerativa N° 9.1.

cuyas rentabilidades se verían afectadas por la reducción de precios que podría generar el proyecto Hidroaysén⁴²¹. Esto, se sumaba a un eventual incentivo a compensar las pérdidas a la parte que resultara más perjudicada con la postergación.

Otro de los riesgos detectados, fue el de la eventual pérdida de rivalidad competitiva entre Endesa y Colbún. En primer término, el riesgo existía en relación a la concentración de participación en la conformación de los Directorios de los Centros de Despacho Económico de Carga (CDEC)⁴²², poniendo en riesgo la neutralidad de las decisiones tomados en ellos como consecuencia de la falta de rivalidad⁴²³. Por otro lado, el proyecto también implicaba una disminución de la competencia en las licitaciones de suministro para clientes libres, puesto que existía la posibilidad de que las consultantes utilizaran el precio de transferencia entre HidroAysén y sus matrices para concordar o señalar las ofertas en las licitaciones correspondientes, disminuyendo de ese modo la competencia, lo que podía traducirse en mayores precios para los usuarios⁴²⁴. Sin perjuicio de ello, el TDLC señaló que el riesgo se vería mitigado mediante una recomendación, en virtud de lo señalado en el artículo 18 N°14 del Decreto Ley 211, para la adopción de resguardos normativos para evitar que se materialice el riesgo de pérdida de rivalidad y sus efectos. Lo anterior, sin perjuicio de la discusión de un nuevo reglamento, el cual estaba siendo elaborado al momento de la consulta.

Asimismo, y relacionado con el punto recién referido, el TDLC hizo énfasis en la importancia de determinar la forma en que se definiría el precio al cual HidroAysén transferirá su producción a las consultantes (operando en el segmento

⁴²¹ Ibid.,

⁴²² Éstos, tienen como misión la determinación de la operación eficiente y confiable de los sistemas interconectados, garantizar el acceso abierto a los sistemas de transmisión y determinar las transferencias económicas entre las empresas interconectadas.

⁴²³ TDLC, Resolución N°22/2007, parte considerativa N° 9.2.1.

⁴²⁴ Ibid., parte considerativa N° 9.2.

de la distribución), debido a que dependiendo del mecanismo elegido existirían riesgos de compensación entre las consultantes a través del precio⁴²⁵.

Finalmente, la excesiva concentración de los derechos de aguas con aptitud hidroeléctrica por parte de las consultantes también representaba un riesgo para la libre competencia, toda vez que el nivel de coordinación entre las consultantes, así como por la infraestructura instalada, podrían dar pie a obstaculizar y generar conductas exclusorias en relación a otros proyectos hidroeléctricos en la zona⁴²⁶.

El TDLC señaló, en lo referente a las **eficiencias**, que los consultantes no acompañaron datos relevantes que permitan cuantificar y evaluar el impacto real de las eficiencias, ni su traspaso a los consumidores, por lo que no correspondía anteponerlas a los riesgos⁴²⁷.

En virtud del mérito de lo señalado, el TDLC decidió aprobar el proyecto consultado, siempre que se diera íntegro cumplimiento a las medidas de mitigación siguientes:

4.2 Sistematización de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC:

Tabla 4

MEDIDAS ESTRUCTURALES	MEDIDAS CONDUCTUALES
CONDICIÓN SEGUNDA: Las consultantes deberán, con a lo menos dos meses de antelación al vencimiento del periodo señalado en la condición 1.1. haber enajenado o renunciado a los derechos de aprovechamiento de aguas de que sean titulares directos o a través de sus filiales, relacionadas o coligadas, así como a las solicitudes pendientes de éstos, en las cuencas de los ríos Palena y Aysén, y en la subcuenca del río Ibañez.	CONDICION PRIMERA: 1.1. Los contratos que HidroAysén, Endesa o Colbún celebren con alguna empresa de transmisión para la elaboración del diseño final de la línea asociada al Proyecto deberán estipular un período de a lo menos seis meses para recibir solicitudes de terceros interesados en disponer de capacidad de transmisión de la línea; 1.2. Dichos contratos deberán ser públicos, y no podrán establecer limitaciones ni restricciones para que la empresa de transmisión disponga -en caso de existir terceros con

⁴²⁵ Ibid., parte considerativa N° 9.3.

⁴²⁶ Ibid., parte considerativa N° 9.4.

⁴²⁷ Ibid., parte considerativa N° 10.

	<p>disposición a pagar por ello, o que la propia empresa de transmisión esté dispuesta a asumir su costo-, el diseño y construcción de la línea con una capacidad superior a la requerida por HidroAysén, o para ampliaciones de la misma;</p> <p>1.3. Las condiciones y garantías de seriedad que se exijan a terceros interesados en comprometer y financiar capacidad de transmisión deberán ser generales, objetivas, transparentes, no discriminatorias y proporcionales al costo del diseño del proyecto;</p> <p>1.4. En caso que las consultantes, HidroAysén S.A., o cualquiera de sus filiales, coligadas o relacionadas, sean propietarias del total o de una parte del sistema de transmisión, éstas deberán constituir una nueva sociedad al efecto, la que deberá regirse por las normas de las sociedades anónimas abiertas;</p> <p>1.5. El precio por la infraestructura y transporte de electricidad que deban pagar terceros que hubiesen contratado capacidad de transmisión, deberá ser establecido sobre la base de criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios respecto del pagado por HidroAysén y cumplir, en lo pertinente, con lo dispuesto en el artículo 113 del Decreto con Fuerza de Ley N° 4 de 2007, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley General de Servicios Eléctricos; y,</p> <p>1.6. Los contratos entre HidroAysén, la empresa transmisora y/o terceros que hubiesen contratado capacidad de transmisión, deberán establecer que las controversias que surjan entre las empresas, con motivo de la implementación del acceso abierto a la línea de transmisión, se someterán al arbitraje del Panel de Expertos, según las atribuciones establecidas en los números 10 y 11 del artículo 208 del Decreto con Fuerza de Ley N° 4 de 2007, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley General de Servicios Eléctricos.</p>
	<p>CONDICION TERCERA: Las consultantes deberán presentar a la Fiscalía Nacional Económica los contratos definitivos de compraventa de energía y potencia de Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A. a ENDESA y Colbún que contengan la definición del precio de transferencia entre éstas. Este precio deberá ser establecido o bien como centro de costos, o bien de forma horaria en relación a la transmisión instantánea de energía</p> <p>y sobre la base de los porcentajes establecidos en el Pacto de Accionistas suscrito entre ENDESA y Colbún con fecha 10 de octubre de 2006.</p>
	<p>CONDICIÓN CUARTA: Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A. deberá mantenerse como sociedad anónima abierta, o cerrada sujeta a las normas de las sociedades anónimas abiertas, mientras Endesa y Colbún mantengan participaciones accionarias en ella.</p>

4.3 Análisis de las medidas impuestas por el TDLC:

Si bien el TDLC consignó que la operación traía aparejados riesgos anticompetitivos, imponiendo medidas de mitigación para efectos de contrarrestar dichos riesgos, a juicio de este trabajo, no resulta claro que dichas medidas hayan sido del todo efectivas para lograr dicho propósito. Es más, se postula que éstas podrían haber tenido como efecto la consolidación de ciertas características que dificultaban la competencia dentro del mercado, más precisamente de las barreras de entrada a éste, según se analizará a continuación.

(i) Medidas estructurales:

a. Desprendimiento de los derechos de agua con potencial hidroeléctrico:

El tribunal ordenó el **desprendimiento de los derechos de agua** con potencial hidroeléctrico en los ríos Palena y Aysén, y en la subcuenca del río Ibañez. Lo anterior, a juicio del TDLC constituía “(...) un mecanismo apropiado para facilitar la entrada de terceros al segmento de generación descrito”⁴²⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, a juicio de este trabajo, la medida falla en su diseño en cuanto a la eficacia en su implementación. Lo anterior, ya que el Tribunal no detalla las características del paquete, procurando sólo liberar los derechos, sin que existan antecedentes que permitan concluir que éstos sean lo suficientemente atractivos para posibilitar la entrada de algún tercero, en virtud tanto de su potencial hídrico como del volumen de estos en relación a las necesidades para competir. Como consecuencia de lo anterior, no parece que la medida permitiera mitigar los riesgos identificados por el Tribunal. Lo señalado además contrasta con las decisiones comúnmente otorgadas en el derecho comparado, en donde se busca viabilizar y hacer atractivo un paquete de bienes o derechos para la entrada de otro competidor.

⁴²⁸ Ibid., parte considerativa N° 11.1.

En consecuencia, no parece existir antecedente alguno que permita acreditar lo sostenido por el TDLC en el sentido de incrementar la factibilidad a la entrada de nuevos agentes a la industria, que permita mitigar los riesgos de coordinación, lo cual se lograría –entre otras– mediante el “acceso efectivo” a derechos de agua, lo que -como se señaló-, podría ser letra muerta en caso de que estos no tengan potencialidad para la generación eléctrica o líneas de transmisión para ser conectadas al SIC.

Además, el TDLC estableció la obligación de consultar al Tribunal en caso de solicitar nuevos derechos de aprovechamiento de aguas en el lugar ya señalado hasta la instalación de la última central del proyecto. Lo anterior pareciera no tener mucho sentido en caso de que el objetivo del TDLC fuera facilitar la entrada de un tercero, toda vez que eventualmente las consultantes podrían adjudicarse nuevamente derechos en dichas cuencas.

Por lo señalado, es que parece a juicio de este trabajo que dicha medida parece ser insuficiente para mitigar los riesgos ya señalados.

ii) Medidas de comportamiento:

a) Acceso abierto a la línea de transmisión asociada al proyecto:

El TDLC, a pesar de los argumentos técnicos esgrimidos por los consultantes en relación a la capacidad de la línea de transmisión, estableció que aquello podía traducirse en un riesgo excluyente que tenía la aptitud de tornar en inoperante el régimen abierto establecido para determinadas líneas de transmisión adicional. Por lo mismo, el TDLC fijó como condición mínima, la **recepción de solicitudes de terceros**, las cuales permitan cuantificar la capacidad que tendría que tener la línea de transmisión si es que existen interesados. Para dicho efecto, el TDLC además dispuso una serie de provisiones tendientes a asegurar la transparencia y efectividad del proceso de solicitudes de terceros interesados

(como por ejemplo la transparencia de contratos, garantías de seriedad de terceros interesados, entre otras⁴²⁹).

Sin perjuicio de lo anterior, surgen dudas acerca de la real funcionalidad de dicha medida, toda vez que se plantea un plazo de solo 6 meses (a partir de la celebración del contrato con la empresa encargada de la línea de transmisión) para que los terceros manifiesten interés en participar de la línea de transmisión. Lo anterior, en un contexto en el cual la mayoría de los derechos de aguas de la zona se encontraban asignados a las consultantes, derechos que son esenciales para desarrollar cualquier proyecto y en atención al hecho de que es imaginable que un proyecto de dicha envergadura no se planea de la noche a la mañana. En otras palabras, en dichas condiciones, resultaba poco plausible que se presentara algún tercero para efectos de estudiar la capacidad que debería tener la línea de transmisión, pudiéndose haber estado consolidando a través de la decisión del TDLC la barrera de entrada detectada. En consecuencia, en principio una medida que parecería ser razonable para mitigar los riesgos, deja abierta la posibilidad de que las barreras de entrada y los consiguientes riesgos del proyecto HidroAysen se consoliden a través de la Resolución.

c. Presentación de contratos definitivos de compraventa de energía y potencia con definición de precio a la FNE:

La incertidumbre acerca del mecanismo de fijación de precios de transferencia de energía entre HidroAysén y las consultantes fue uno de los riesgos identificados por el TDLC, toda vez que ello podía dar pie a compensatorias entre Colbún y Endesa, así como a un aumento en los riesgos de coordinación o colusorios. Sin perjuicio de lo anterior, las consultantes no acompañaron información en torno al mecanismo que se utilizaría para la fijación de precios.

⁴²⁹ Ibid., Condición N°2.

Por lo mismo, el TDLC estableció en su 'Condición N°3' que las consultantes **deberán presentar a la Fiscalía Nacional Económica los contratos definitivos de compraventa de energía y potencia de Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A. a ENDESA y Colbún que contengan la definición del precio de transferencia entre éstas⁴³⁰**, lo que a juicio de este trabajo resulta adecuado para efectos de poder detectar algún tipo de riesgo anticompetitivo en caso de que este se presente.

d. Deber de Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A. de mantenerse como sociedad anónima abierta, o cerrada sujeta a las normas de las sociedades anónimas abiertas, mientras Endesa y Colbún mantengan participaciones accionarias en ella

5. RESOLUCIÓN N° 23/2008: FUSION ENTRE ING AFP SANTA MARÍA S.A. Y BANSANDER AFP S.A.:

5.1 Descripción de la operación:

Con fecha 27 de Junio de 2007, ING S.A. ("ING"), solicitó un pronunciamiento del TDLC en relación a si la fusión de ING AFP Santa María S.A. ("Santa María") y Bansander AFP S.A. ("Bansander") se ajustan a la normativa contemplada por el Decreto Ley 211. Dicha fusión, sería materializada mediante un "Contrato Marco", suscrito por el Banco Santander Central Hispano S.A. ("BSCH") –que controlaba en Chile a Bansander– e ING Insurance B.V. –que controlaba en Chile a Santa María –.Lo anterior, en el marco de un plan de negocios donde ING Insurance B.V. planeaba adquirir todo el capital social emitido y en circulación de todas las entidades relacionadas con la administración de pensiones de propiedad de BSCH en Colombia, Uruguay, México y Chile.

⁴³⁰ A su vez, el TDLC delinea los parámetros para fijar el mecanismo, señalando que: "Este precio deberá ser establecido o bien como centro de costos, o bien de forma horaria en relación a la transmisión instantánea de energía y sobre la base de los porcentajes establecidos en el Pacto de Accionistas suscrito entre ENDESA y Colbún con fecha 10 de octubre de 2006". TDLC, Resolución N°22/2007, Condición N°4.

Además, dicho Contrato, establecía una cláusula donde BSCH se obliga a no competir en un periodo que, en el caso de Chile, era de tres años⁴³¹.

En relación al **mercado relevante**, se estableció que este se circunscribía a los servicios de administración de fondos de pensiones que son demandados forzosamente por los cotizantes y prestados exclusivamente por las AFP⁴³². El TDLC señaló en relación a la **concentración** de dicho mercado, que se trataba de un mercado altamente concentrado⁴³³, donde la empresa fusionada ocuparía el tercer lugar en términos de participación de mercado en un escenario post-fusión con un 21,8% de participación en afiliados y un 23,4% de los fondos⁴³⁴.

En su análisis, el Tribunal destacó la existencia de dos **barreras de entrada** principales de carácter estructural, cuales eran: (i) la ventaja de costos de los incumbentes de mayor tamaño generada por economías de escala; y, (ii) el bajo nivel de sensibilidad de la demanda frente a cambios en los precios o comisiones cobradas⁴³⁵. En relación a lo anterior, el Tribunal concluyó que dichas barreras de entrada dificultaban el ingreso de una nueva AFP en el contexto regulatorio vigente a la época, lo cual ocurriría incluso en caso de existir rentas sobre normales⁴³⁶.

En relación a los **riesgos anticompetitivos**, el TDLC constató que la reducción de actor podría traer aparejados tanto riesgos unilaterales como de coordinación⁴³⁷.

En relación a los primeros, los riesgos identificados por el Tribunal fueron: (i) eventual incremento de precios de las comisiones de la empresa, la cual según

⁴³¹ TDLC. Resolución N°23/2008, parte considerativa N° 6.

⁴³² Ibid., parte considerativa N° 7.

⁴³³ Ibid., parte considerativa N° 9.

⁴³⁴ Ibid.,

⁴³⁵ Ibid., parte considerativa N° 10.

⁴³⁶ Ibid.,

⁴³⁷ Ibid., parte considerativa N° 12.

ley debía ser uniforme para todos los afiliados, por lo que los usuarios de Santa María o los de Bansander podrían verse perjudicados según si la empresa resultante adopta la tarifa de una u otra después de la fusión; (ii) riesgos derivados de la cláusula de no competencia contemplada en el contrato marco, dónde se estableció que BSCH no volvería a entrar al mercado por un periodo de 3 años; (iii) riesgo de discriminación en el acceso y precios a los servicios de la Sociedad de Administración Previsional S.A. (“Previred”), servicio de declaración y pago de cotizaciones previsionales perteneciente a las AFP establecidas, lo cual podía afectar a un eventual entrante.

Durante el proceso, los consultantes aportaron evidencia para acreditar la presencia de las **eficiencias**⁴³⁸. En ese sentido, una de las principales eficiencias alegadas fue que a consecuencia de la fusión los costos medios caerían al aumentar el número de afiliados y el número de cotizantes. En ese sentido, un aumento de 1000 afiliados o cotizaciones disminuía el costo promedio de la fusionada en \$4,1 (\$16,3) y \$13,5 (\$42,2). Además, se alegaron eficiencias provenientes de una mejor utilización de sucursales, disminución de costos de administración y de sistemas. Sin embargo, el TDLC estimó al respecto que “no se han aportado antecedentes que permitan establecer su magnitud, la forma cómo se alcanzarán esas eficiencias ni tampoco los mecanismos, medidas, o compromisos específicos mediante los cuales se verificaría la ganancia de bienestar”⁴³⁹.

Es por lo anterior y en virtud de las diversas barreras de entrada al mercado; la ausencia de antecedentes que permitieran establecer que las eficiencias de la operación serían traspasadas a los consumidores; así como la baja competencia del mercado, que el TDLC decidió aprobar la operación estableciendo medidas de mitigación que permitieran enervar las amenazas señaladas, las cuales se señalan a continuación:

⁴³⁸ Informe de Agostini, Saavedra y Willington e Informe de Bitrán & Asociados.

⁴³⁹ TDLC. Resolución N°23/2008, parte considerativa N° 12.

5.2 Sistematización de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC:

Tabla 5

MEDIDAS ESTRUCTURALES	MEDIDAS CONDUCTUALES
	CONDICIÓN PRIMERA: A partir del momento que se materialice la operación de autos, y por un plazo de dos años, la empresa fusionada deberá establecer una comisión total uniforme para todos sus afiliados, neta de la prima del Seguro de Invalidez y Supervivencia, que no perjudique a ninguno de los afiliados pertenecientes a las carteras de ING AFP Santa María S.A. y de Bansander AFP S.A. en relación con lo que pagaban por este concepto a la fecha de presentación de la consulta.
	CONDICIÓN SEGUNDA: La participación del Banco Santander Central Hispano S.A. y/o sus filiales, coligadas o relacionadas, directa o indirectamente, en el negocio de administración de fondos de pensiones en Chile, no podrá ser prohibida, restringida o condicionada por un plazo superior a dos años, contados desde el perfeccionamiento de la operación de autos, debiendo, en consecuencia, procederse a la eliminación o modificación de las cláusulas o convenciones correspondientes.
	CONDICIÓN TERCERA: La entidad fusionada deberá velar efectivamente por que se mantenga en los estatutos de Previred, la garantía de que terceros nuevos competidores tengan acceso libre y no discriminatorio a los servicios que presta dicha sociedad; y velar asimismo por que dicha garantía opere eficazmente en la práctica

5.3 Análisis de las medidas impuestas por el TDLC:

Mediante la presente Resolución, el TDLC estableció un número acotado de medidas de mitigación, las cuales parecen proporcionales en relación a los riesgos expuestos por el mismo Tribunal. Dichos riesgos fueron calificados de moderados, ya que la empresa resultante sólo ocuparía el tercer lugar dentro de los actores del mercado en un escenario post-fusión.

i) Medidas Conductuales:

a) Provisiones contractuales:

Frente al riesgo ya mencionado de que la fusionada, amparada en su obligación legal de cobrar precios uniformes para todos sus afiliados, incrementara los precios o comisiones perjudicando a los afiliados de Santa María o Bansander, es que el Tribunal estimó que era necesaria una medida de mitigación que compatibilizara la operación con la Libre Competencia aplacando sus eventuales efectos. En ese sentido, condicionó la operación al **establecimiento de una comisión total uniforme que no perjudique a ninguno de los afiliados pertenecientes a las carteras de Santamaría y de Bansander**, en relación a lo que estos pagaban por dicho concepto a la fecha de presentación de la consulta⁴⁴⁰. Lo anterior, parece una medida proporcionada y razonable, ya que, en palabras del mismo TDLC: “las características del mercado relevante, en cuanto a la homogeneidad del producto, uniformidad de precios y fiscalización permanente, garantizan la efectividad de dicha condición para los efectos de mitigar los riesgos anticompetitivos descritos”⁴⁴¹.

b) Cláusula de no competir:

El TDLC decidió desestimar la cláusula de no competir contemplada en el Contrato Marco sometido a consulta mediante la cual BSCH se obligaba directa o indirectamente a no competir dentro del mercado. Lo anterior, fue considerado como “excesivo”⁴⁴² por el Tribunal, esto en consideración a la baja presencia de barreras de entrada y la baja intensidad de la competencia en la oferta de productos en el mercado de las pensiones obligatorias⁴⁴³. Por lo mismo, condicionó la aprobación de la operación a la **modificación o eliminación de la cláusula de no competir**, en el sentido de que la presencia de BSCH no podría ser prohibida, restringida o condicionada por un plazo superior a dos años, contados desde el

⁴⁴⁰ TDLC. Resolución N°23/2008, Condición N°1.

⁴⁴¹ Ibid., parte considerativa N° 13.

⁴⁴² Ibid.,

⁴⁴³ Ibid.,

perfeccionamiento de la operación⁴⁴⁴. Esta medida tuvo por objeto otorgar a un agente económico que conocía el mercado (el cual además había demostrado un relativo éxito) la posibilidad de reingresar éste en un tiempo reducido, lo cual podría ser beneficioso en la eventualidad de verificarse, ya que contribuiría a imprimir mayor competencia a dicho mercado.

c) Cláusula de no discriminación:

La posición privilegiada que los administradores de pensiones poseían a la fecha de la consulta sobre la empresa Previred (plataforma que permitía el procesamiento, declaración y pago de las cotizaciones vía internet), al ser ellos los máximos accionistas de la misma, fue visto como un riesgo frente a un eventual entrante, el cual como consecuencia de lo anterior podía ver dificultado su acceso de dicha red, lo que le importaría competir en condiciones desiguales con las demás administradoras. Por lo mismo, el TDLC estableció que **la fusionada tendría la obligación de velar por garantizar que aquellos terceros nuevos competidores tengan acceso libre y no discriminatorio a los servicios que presta Previred**⁴⁴⁵. Asimismo, el Tribunal visualizó que esta medida y el consiguiente acceso a Previred, podría contribuir a morigerar las ventajas que presentan aquellas empresas que cuenten con economías de escala, facilitando – eventualmente- el ingreso de un nuevo competidor al mercado⁴⁴⁶.

6. RESOLUCIÓN N° 31/2009: FUSION ENTRE ANAGRA S.A. Y SOQUIMICH COMERCIAL S.A:

6.1 Descripción de la operación:

La operación consultada consistió en la fusión entre Soquimich Comercial S.A (“SQMC”) con Anagra S.A (“Anagra”), esto, mediante la absorción de esta

⁴⁴⁴ Ibid., Condición N°2.

⁴⁴⁵ Ibid., Condición N°3.

⁴⁴⁶ Ibid., parte considerativa N° 13.

última por parte de la primera, fusión que se materializó mediante un canje de acciones en virtud de los cuales los accionistas de Anagra pasarían a ser socios de SQMC. La operación descrita implicó que dos empresas importadoras y comercializadoras de fertilizantes se transformaran en una, desapareciendo uno de los cuatro principales oferentes de dicho mercado. Lo anterior, además de significar una operación de concentración de carácter horizontal, también conllevaba efectos de integración vertical, puesto que la controladora de SQMC se desempeñaba tanto como productora como comercializadora de fertilizantes.

El **mercado relevante** determinado por el TDLC fue el de los fertilizantes, detallando que la operación incidía en 3 mercados distintos de dicho producto, los cuales podían diferenciarse en cuanto a su composición, en: (i) fertilizantes granulados nitrogenados; (ii) fertilizantes granulados potásicos; y (iii) fertilizantes granulados fosfatados. Asimismo, determinó que el mercado geográfico de cada uno de dichos productos era el territorio nacional.

Dentro de las particularidades del mercado en comento, el TDLC constató que resultaba indistinto para éste el hecho de que los fertilizantes comercializados sean importados o de elaboración propia. Asimismo, señaló que las empresas participantes tenían dos tipos de clientes: intermediarios o distribuidores y clientes finales, siendo ambos parte del mismo mercado. SQMC se encontraba verticalmente integrada aguas arriba con la producción de fertilizantes, toda vez que su controladora, SQM S.A., producía fertilizantes nitrogenados, y al ser Anagra un cliente de SQM S.A, el Tribunal consideró que la Operación tenía efectos de integración vertical, lo cual a su vez conllevaba ciertos riesgos para la competencia en relación a este especial tipo de concentración.

En lo que respecta a la **concentración** del mercado con anterioridad a la fusión, éste se encontraba compuesto por cuatro oferentes: SQMC, Anagra, Mosaic y Vitra, teniendo los dos primeros una participación importante en cada uno de los mercados relevantes antes de la fusión. En ese sentido, el Tribunal

anticipó que en un escenario post fusión, la fusionada tendría un 56,8% del mercado de comercialización de fertilizantes granulados nitrogenados; un 53,8% en el de fertilizantes granulados potásicos; y un 52,5% en la comercialización de fertilizantes granulados fosfatados, por lo que a juicio del TDLC los mercados relevantes se encontraban altamente concentrados⁴⁴⁷, lo que hacía necesario analizar las condiciones de ingreso.

En cuanto a las **barreras de entrada**, el TDLC concluyó lo siguiente⁴⁴⁸: (i) inexistencia de impedimentos para adquirir los productos de proveedores internacionales vía exportación; (ii) existencia de importantes limitaciones para producir fertilizantes en Chile debido principalmente a la carencia de materias primas; (iii) las dos modalidades de acceso antes señaladas diferían significativamente en sus costos y ello podía significar un obstáculo en el ingreso de nuevos oferentes nacionales de fertilizantes que se produjeran localmente, vía importación. Además, se concluyó que habría otros factores que podrían limitar la entrada, tales como la escala mínima eficiente del negocio, servicios de valor agregado en la provisión del servicio y la inversión en innovación y desarrollo.

En su Resolución, el Tribunal identificó potenciales **riesgos anticompetitivos** en caso de que la fusión se concretara los cuales provenían tanto a la integración horizontal como vertical que significaba la operación. En relación a los efectos de la integración horizontal, el TDLC señaló que existían riesgos unilaterales, toda vez que al aumentar la concentración se avizoraba como posible el establecimiento de condiciones de exclusividad entre la fusionada y los distribuidores de fertilizantes, lo que atentaría contra la libre competencia. A su vez, también identificó riesgos de coordinación, provenientes de la mayor capacidad de interacción entre los competidores por haberse reducido su número,

⁴⁴⁷ Ibid., parte considerativa N°. 9.4.

⁴⁴⁸ Ibid., parte considerativa N° 10.3.

lo que sin embargo, a juicio del TDLC se veía morigerado por las condiciones del mercado⁴⁴⁹.

Por otro lado, el TDLC identificó una serie de riesgos provenientes de la integración vertical de Anagra como cliente de SQMC⁴⁵⁰. Lo anterior, a juicio del Tribunal implicaba que SQM podía incrementar el riesgo de potenciales abusos toda vez que podía aumentar sus rentas en el eslabón de distribución por la vía de extender a éste su poder de mercado en la producción. Lo anterior, conllevaría riesgos en relación a prácticas discriminatorias o exclusorias de competidores (denominadas prácticas de “*foreclosure*”), así como prácticas de estrangulamiento de márgenes de clientes que sean competidores en el eslabón de distribución. Asimismo, el TDLC consideró que se veía aumentado el riesgo de prácticas vinculadas a ventas atadas por parte de la fusionada, lo que a su vez condicionaría la entrada de un eventual nuevo competidor al mercado.

Para poder compensar los riesgos de la operación, los consultantes alegaron que la operación conllevaba **eficiencias** principalmente asociadas a la reducción de costos marginales relacionados con la operación logística de SQMC. Además, alegaron que mediante el aprovechamiento de las eficiencias podría desarrollar productos o servicios inéditos que aportarían valor agregado y eficiencia al sector agrícola, los cuales no se justificaban bajo la escala que poseía la compañía sin la fusión. Sin embargo, el TDLC consideró que la consultante no justificó de manera fehaciente cómo estas eficiencias se traducirían en bienestar general.

Finalmente, el TDLC, después de desestimar las eficiencias argumentadas por los consultantes, señaló que con las medidas de mitigación impuestas serían

⁴⁴⁹ Ibid., parte considerativa N° 11.2: “(i)Diferencias entre los competidores en cuanto a participaciones del mercado y modelos de comercialización; y (ii) la práctica de otorgar descuentos a través de negociaciones bilaterales, que hacía difícil monitorear un eventual acuerdo en el aumento de los precios”.

⁴⁵⁰ La cual producía a esa fecha el 74% de los productos comercializados en el mercado de los fertilizantes granulados potásicos a nivel nacional. A su vez, Anagra compraba el 26% de lo que producía SQMC.

suficientes para resguardar la libre competencia, medidas que se analizarán a continuación.

6.2 Sistematización de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC:

Tabla 6

MEDIDAS ESTRUCTURALES	MEDIDAS CONDUCTUALES
	CONDICIÓN PRIMERA: SQMC tendrá la obligación de consultar a este Tribunal en los términos del artículo 31º del Decreto Ley N° 211, cualquier operación de integración vertical con intermediarios en la comercialización de fertilizantes primarios en que pretenda intervenir, directa o indirectamente, en los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores, en forma previa a su materialización, así como cualquier contrato que pretenda celebrar con distribuidores y que contemple cláusulas de exclusividad o condiciones que reflejen en definitiva una exclusividad
	CONDICIÓN SEGUNDA: SQMC no podrá discriminar arbitrariamente entre sus clientes en la comercialización directa o indirecta de los fertilizantes de producción propia o de sus personas relacionadas en los términos del artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores.
	CONDICIÓN TERCERA: SQMC no podrá vender los fertilizantes de producción propia o de sus personas relacionadas únicamente en forma atada a otros productos o servicios. En caso de contemplar ofertas conjuntas de distintos productos o servicios por un único precio, SQMC deberá mantener a la venta, por separado, cada uno de los productos o servicios que comercialice bajo esta modalidad e informar el precio de venta correspondiente cada uno de ellos.
	CONDICIÓN CUARTA: SQMC deberá mantenerse como sociedad anónima abierta con patrimonio independiente y administración separada de SQM S.A. y de sus empresas relacionadas que produzcan fertilizantes, en los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores y deberá consultar a este Tribunal en los términos del artículo 31º del Decreto Ley N° 211, en caso que desee modificar esta situación en el futuro.

6.3 Análisis de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC:

Una de las particularidades planteadas por la consulta de fusión entre SQMC y Anagra fue la necesidad de pronunciarse y establecer medidas de mitigación frente a una operación que implicaba una concentración tanto horizontal como vertical de los mercados en comento, hecho inédito hasta ese momento en la jurisprudencia del TDLC.

Por otro lado, merece algún tipo de comentario el razonamiento del TDLC al momento de ponderar las eficiencias alegadas por los consultantes, respecto de las cuales decidió no pronunciarse sobre la aptitud de estas para contrarrestar los efectos anticompetitivos, en la medida de que estos se encontraban “suficientemente resguardados por medio de las condiciones que se fijarán en lo resolutivo”⁴⁵¹. Al hacer aquello, el TDLC adelantó la imposición de las medidas a la evaluación de las eficiencias que servirían de contrapeso a los riesgos anticompetitivos, cuando parecía más razonable establecer las medidas de mitigación a partir de un análisis acabado de las eficiencias y su aptitud para contrarrestar los riesgos. Todo lo anterior, sin perjuicio de que estas hayan sido o no debidamente acreditadas por los consultantes, así como los requisitos exigidos por el TDLC para dichos efectos, examinados en el apartado 2.2.5 de este trabajo.

Finalmente, existen dudas respecto a ciertas medidas de mitigación establecidas por el Tribunal principalmente en lo que respecta a su eventual cumplimiento, debido a que bajo ciertas circunstancias podrían resultar inocuas para mitigar los riesgos generados por la operación e identificados por el TDLC.

i) Medidas conductuales:

a) Medidas tendientes a impedir efectos propios de la integración vertical:

El TDLC, centró gran parte de sus esfuerzos en morigerar los riesgos que conllevaba la operación en cuanto a su dimensión de integración vertical en el

⁴⁵¹ TDLC. Resolución N°31/2009, parte considerativa N° 12.

mercado de fertilizantes granulados potásicos, destinando para dicho efecto un conjunto de tres medidas de mitigación.

En primer lugar, la integración conllevaba en si misma el riesgo latente de una discriminación de precios de los demás comercializadores, lo anterior, teniendo en cuenta de que SQMC producía el 74% de los de los productos del mercado señalado, siendo Anagra uno de sus principales compradores, con el 26%, teniendo por tanto un claro poder de mercado⁴⁵². Lo anterior, importaba el riesgo de que SQMC pudiera abusar respecto de sus clientes y discriminar arbitrariamente entre las condiciones de venta (incluido el precio) de los fertilizantes nacionales destinados a su comercialización aguas abajo y las condiciones de venta para terceros competidores del mercado nacional. Para mitigar dicho riesgo, el TDLC estableció como medida de mitigación **la obligación de comercializar los fertilizantes de producción propia o de sus empresas relacionadas bajo condiciones que no discriminen arbitrariamente a sus clientes**⁴⁵³.

La segunda de las medidas de mitigación tuvo por objetivo contrarrestar el aumento del riesgo de que la entidad resultante condicione en forma abusiva y anticompetitiva la venta de fertilizantes potásicos a la compra de otros productos y/o servicios complementarios, lo que se conoce tradicionalmente como ventas atadas, las cuales, en este caso, podrían haber tenido como finalidad un efecto explotativo en relación a los consumidores finales y exclusorio en relación al ingreso de nuevos oferentes⁴⁵⁴. Con el objeto de evitar dichos riesgos, el Tribunal estableció como condición que **la entidad fusionada no podrá comercializar los fertilizantes de producción propia o de sus personas relacionadas, únicamente en forma atada a otros productos o servicios**. Cabe señalar que el Tribunal también estimó que las ventas atadas de productos no eran contrarias a

⁴⁵² Ibid., parte considerativa N° 11.3.

⁴⁵³ Ibid., Condición N°2.

⁴⁵⁴ Ibid., parte considerativa N° 11.3.

la libre competencia en si mismas, siempre que los clientes tengan la alternativa real de adquirir el producto o servicio que integra el paquete por separado⁴⁵⁵.

La medida de mitigación antes comentada parece redundante teniendo en cuenta que esta se desprende del artículo 3° letra b) del Decreto Ley 211, por lo cual aparece como reiterativo imponer una medida que ya constituye una obligación legal para la fusionada. Por otro lado, se objetó mediante recurso de reclamación presentado ante la Corte Suprema que dicha medida de mitigación posiblemente no constituía una garantía, toda vez que el precio cobrado unitariamente podría ser tan alto que lograra un efecto discriminatorio, propiciando por tanto el ejercicio de poder de mercado, dando cumplimiento al mismo tiempo a la medida de mitigación señalada⁴⁵⁶.

Finalmente, el Tribunal estableció, para efectos de una eficaz fiscalización y separación de patrimonios de las empresas que participan en el eslabón de producción de aquellas que participan en la comercialización de los productos, que la fusionada debería mantenerse como **sociedad anónima abierta con patrimonio independiente y administración separada de SQM S.A. y de sus empresas relacionadas que produzcan fertilizantes, consultando al TDLC si es que desea modificar dicha situación en el futuro**⁴⁵⁷.

Las medidas antes señaladas (las cuales deben ser tomadas como un conjunto, cuya finalidad era la de mitigar los efectos de la integración vertical implicada en la operación) fueron objetadas mediante el ya mencionado recurso de reclamación deducido ante la Corte Suprema. En dicha sede, se argumentó por parte de los reclamantes que las medidas no eran suficientes para mitigar los riesgos anticompetitivos y que las mismas no importaban una garantía real de que la fusionada no aumentara a su arbitrio el precio de los fertilizantes granulados potásicos vendidos a las empresas comercializadoras, lo que obligaría a estas a

⁴⁵⁵ Ibid.,

⁴⁵⁶ Excma. Corte Suprema de Chile. 10.08.2010. Rol N°68-2010, considerandos N°1 y 2.

⁴⁵⁷ TDLC. Resolución N°31/2009. Condición N°4.

elevant el precio a los consumidores finales, argumentos que fueron desechados por la Corte Suprema, la que estimó que las medidas establecidas por el TDLC eran suficientes y adecuadas⁴⁵⁸, sin profundizar mayormente al respecto.

Sin perjuicio de lo señalado, a juicio de este trabajo, quedan dudas acerca de la efectividad de las medidas de mitigación impuestas, tanto respecto a su idoneidad para neutralizar los riesgos detectados como en lo que respecta a su fiscalización y cumplimiento. Lo anterior teniendo en cuenta principalmente las condiciones del mercado, en el cual SQMC producía el 74% de los productos que se vendían en el mercado de los fertilizantes granulados potásicos a nivel nacional, y en donde el precio de importación era un factor relevante que hacía aumentar el valor del producto, así como la existencia de barreras naturales que impedían la libre producción del mismo. En ese sentido, parecía sensato establecer medidas de mitigación más intrusivas, como podría haberlo sido una solución estructural en relación a la enajenación de parte de los derechos de producción por parte de SQMC, para efectos de motivar la entrada de otro productor que permita reducir los riesgos descritos. También se podrían haber adoptado providencias tendientes a fijar algún parámetro objetivo mediante el cual pudiese asegurarse que el precio de venta se correspondería con el valor de mercado, o por lo menos uno similar al aplicado por SQMC a su eslabón de comercialización.

b) Medidas tendientes a impedir efectos propios de la concentración horizontal:

El Tribunal para efectos de contrarrestar los riesgos que implicaba la desaparición de uno de los cuatro principales competidores, estableció que SQMC tendría la **obligación de consultar previamente** al Tribunal cualquier operación

⁴⁵⁸ Excma. Corte Suprema de Chile. 10.08.2010. Rol N°68-2010, Considerando N°3.

de integración vertical con intermediarios en la comercialización de fertilizantes primarios en que pretenda intervenir directa o indirectamente⁴⁵⁹.

Asimismo, estableció el **deber de consultar acerca de cualquier contrato que pretenda celebrar con distribuidores y que contemple cláusulas de exclusividad o condiciones que reflejen en definitiva una exclusividad**. Lo anterior, a juicio del TDLC permitiría morigerar los efectos de una mayor concentración tanto en lo que respecta a abusos unilaterales como comportamientos coordinados⁴⁶⁰. En este aspecto, la medida de mitigación establecida por el Tribunal fue incluso menos intensa que la propuesta por los mismos consultantes, quienes sugerían una prohibición de celebrar contratos de exclusividad o condiciones que reflejen algún tipo de exclusividad. Las condiciones del mercado fueron determinantes para evitar la imposición de medidas más restrictivas. Así, circunstancias como el significativo número de distribuidores independientes que podían importar los productos en forma directa, así como la existencia de importadores ya instalados con posibilidades de aumentar sus importaciones fueron altamente valoradas por el Tribunal.

7. RESOLUCIÓN N°34/2011: FUSIÓN ENTRE COPEC S.A., CONSULTA SOBRE PARTICIPACIÓN EN LA PROPIEDAD DE TERPEL COLOMBIA:

7.1 Descripción de la operación:

Con fecha 22 de junio de 2010 Compañía de Petróleos de Chile Copec S.A. (“Copec”) consultó acerca de los efectos para la competencia en Chile de su participación en Terpel S.A. (“Terpel Chile” o “Terpel”) y medidas de mitigación que propuso. Lo anterior, se fundamentó en que había adquirido una participación accionaria indirecta del 22,11% en Terpel Colombia S.A (“Terpel Colombia”), propietaria –además– de la totalidad de derechos de Terpel Chile, manifestando

⁴⁵⁹ TDLC. Resolución N°31/2009. Condición N°1.

⁴⁶⁰ Ibid., parte considerativa N° 11.2.

frente al TDLC su deseo de desprenderse de los activos de Terpel Chile en el plazo de dos años contados desde la Resolución, proponiendo medidas para efectos de mitigar los riesgos que se produjeran durante tiempo que demorara dicha enajenación, tendientes a que la actividad competitiva de Copec y Terpel Chile se desarrolle en forma autónoma e independiente.

El TDLC al realizar el ejercicio de determinación del **mercado relevante**, identificó una serie de sub mercados que podían verse afectados por la operación en comento, siendo estos los siguientes: (i) refinación e importación de combustibles líquidos; (ii) su transporte y almacenamiento, y (iii) distribución mayorista; y, (iv) distribución minorista de tales carburantes.

En relación a los mercados de refinación e importación de combustibles y el de transporte y almacenamiento el Tribunal no detectó grandes riesgos. En cuanto al primero, de dimensión nacional, si bien reconoció la existencia de un dominio por parte de ENAP, abasteciendo en un 60% promedio la demanda interna, mercado que además estaba caracterizado por sus barreras de entrada y altos costos hundidos, la posibilidad de importar el producto redundaba de manera importante en la reducción del poder de mercado ostentado por ENAP.

En cuanto al mercado de transporte y almacenamiento, el Tribunal consideró que la operación no representaba una gran amenaza a la libre competencia. Lo anterior, debido a que desde la III región a la IX el almacenamiento se daba a través de una red de oleoductos controlados por ENAP y Sonacol (empresa cuya propiedad pertenecía a los actores dominantes del mercado de combustibles⁴⁶¹) en la que aún existía espacio para otro competidor, siempre que no existieran conductas exclusorias⁴⁶². Por otro lado, en el resto del país, el transporte se realizaba principalmente vía marítima, mercado que estaba dominado principalmente por ENAP, pero respecto del cual también sería posible

⁴⁶¹Cuya propiedad se distribuía de la siguiente manera: ENAP (10%), Copec (41%), Abastible (12%), Shell (15%) y Petrobras (22%).

⁴⁶² TDLC. Resolución N°34/2011, parte considerativa N° 8.2.3.

la entrada de otros transportistas⁴⁶³, así como también por vía terrestre, donde el TDLC señaló no contar con información suficiente para acreditar un eventual riesgo.

Situación similar ocurría en el mercado del almacenamiento, donde el Tribunal tampoco encontró grandes impedimentos para que los eventuales entrantes arrendaran plantas de almacenamiento, tal como lo hacía Terpel Chile.

Por otro lado, respecto al mercado de la distribución mayorista (consistente principalmente en la adquisición de productos refinados para distribuirlos por medio de una red de estaciones de servicio o, directamente, a clientes industriales), el TDLC señaló en relación a la **concentración** de éste que se trataba de un mercado altamente concentrado, donde Copec tenía un porcentaje de participación del 65% para el año 2009 y TERPEL un 7,5%.

Asimismo dicho mercado poseía condiciones desfavorables para la entrada de nuevos competidores⁴⁶⁴, lo que se justificaba por: la existencia de **barreras a la entrada**⁴⁶⁵; asociadas a la necesidad de contar con instalaciones esenciales tanto para almacenamiento como transporte (como lo era, por ejemplo, un terminal marítimo); los altos costos hundidos; y el gran tiempo de demora en caso de una eventual entrada.

Conjuntamente, el Tribunal señaló que este grado de concentración también se traspasaba al mercado de distribución minorista, debido a que existía integración vertical entre los operadores mayoristas con locales de venta minorista, por medio de la propiedad y/o gestión de estaciones de servicio⁴⁶⁶.En

⁴⁶³ Ibid., parte considerativa N° 8.2.4.

⁴⁶⁴ Ibid., parte considerativa N° 8.3.

⁴⁶⁵ Esto, debido a que el TDLC identificó que para erigirse como un competidor efectivo era necesario contar con: (i) abastecimiento de combustibles; (ii) acceso a terminales marítimos; (iii) acceso a instalaciones de almacenamiento y transporte y (iv) acceso a la red de distribución minorista, salvo que se provea sólo a clientes industriales.

⁴⁶⁶ TDLC. Resolución N°34/2011., parte considerativa N° 8.3.9.

concordancia con el razonamiento anterior, el Tribunal se refirió al segmento de la distribución minorista de combustibles líquidos, donde reiteró la relación que tenía con el segmento mayorista, concluyendo que existía “un alto grado de **concentración**”⁴⁶⁷ asociado al canal mayorista, donde la consultante tenía un porcentaje de participación en torno al 58%, siendo la empresa dominante del mercado. Además, el TDLC recalcó que las características del mercado, en virtud del cerca de 9% de participación de TERPEL, hacían que la concreción de la operación fuese riesgosa para la libre competencia en el mercado descrito.

Finalmente, el TDLC se refirió al canal industrial, segmento en el cual existía un mayor número de competidores pero donde Copec poseía cerca del 70% y Terpel un 7% de participación en dicho mercado, por lo que el TDLC consideró que la fusión podría implicar una menor capacidad para desafiar la dominancia de Copec en el mercado.

En relación a los **riesgos anticompetitivos** implicados a consecuencia de la concreción de la operación, el TDLC señaló que estos eran significativos, debido al elevado grado de concentración y barreras a la entrada que se observaron en los distintos mercados analizados⁴⁶⁸. Lo anterior, a juicio del Tribunal, decantaría en que la adquisición de Terpel por parte de Copec aumentaría la concentración de los mercados individualizados mientras no se enajene dicha compañía. Lo anterior, sería peligroso en cuanto aumentaría los riesgos de coordinación con otros actores del mercado en el canal mayorista y minorista y de abuso unilateral en el canal minorista en relación a las estaciones de servicio. Por su parte, también se identificó un eventual riesgo en el sector industrial, vinculado a la mayor posibilidad de comportamientos coordinados, los cuales, sin embargo, se veían morigerados por la capacidad de negociación de los clientes en relación a su mayor número.

⁴⁶⁷ Ibid., parte considerativa N° 8.4.7.

⁴⁶⁸ Ibid., parte considerativa N° 10.

Además de lo anterior, y en términos genéricos, el TDLC hizo hincapié en la existencia de ciertos factores que aumentaban la posibilidad de coordinación, como lo eran la homogeneidad del producto y la facilidad de monitoreo de la competencia dada la integración vertical, en virtud de la forma de publicitar los precios en la industria minorista⁴⁶⁹.

En su análisis, el TDLC no se pronunció respecto a las eventuales sinergias de la operación, puesto que la consultante manifestó su intención de desprenderse de Terpel, proponiendo medidas de mitigación para efectos de disminuir los riesgos creados por la operación durante el tiempo que tomase la enajenación del activo, por tanto no justificó eficiencias. El Tribunal, accediendo a la enajenación de Terpel propuesta por Copec, estableció otras medidas de mitigación con el objeto de velar por la competencia mientras se verificaba dicha enajenación. Estas medidas se estudiarán a continuación:

7.2 Sistematización de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC⁴⁷⁰:

Tabla 7

MEDIDAS ESTRUCTURALES	MEDIDAS CONDUCTUALES
CONDICIÓN PRIMERA: Organización Terpel S.A. (Terpel Colombia) deberá completar la enajenación, como una unidad, de la totalidad de los activos tangibles e intangibles que conforman el patrimonio de Organización Terpel Chile Limitada (Terpel Chile) y que son propios del giro de esta última empresa, a un mismo adquirente y en el plazo de 18 meses contados desde la fecha de toma de control de Terpel Colombia por la consultante, esto es, desde el 20 de diciembre de 2010.	CONDICIÓN SEGUNDA: La consultante deberá arbitrar todas las medidas necesarias para que el Sr. Fiscal Nacional Económico, sea oportunamente informado, con la reserva o confidencialidad del caso, acerca de los resultados de cada una de las etapas del proceso que está llevando a cabo Organización Terpel S.A., denominado "subasta controlada en dos etapas", con el fin de que dicha autoridad cuente con la información necesaria para el ejercicio de las facultades que la ley le otorga.
	CONDICIÓN TERCERA: En caso que en el proceso señalado en la condición precedente se pretenda enajenar los activos de Terpel Chile a alguna empresa que participe directa o indirectamente en el mercado de la refinación o la distribución de combustibles líquidos, o a sus matrices o personas relacionadas, se deberá consultar a este Tribunal tal operación, en forma previa a su materialización, conforme

⁴⁶⁹ Ibid., parte considerativa N° 10.4.

⁴⁷⁰ Las medidas de mitigación detalladas no están transcritas de manera íntegra y han sido reducidas a aquello que resulta indispensable para los propósitos del presente trabajo.

	a lo dispuesto en el artículo 18 N° 2 del DL 211.
	<p>CONDICIÓN CUARTA: En tanto no se complete la desvinculación total de Copec respecto de Terpel Chile:</p> <p>a) Los directores de Terpel Colombia, SIE y Proenergía, que sean dependientes o relacionados con Copec, deberán abstenerse absolutamente de conocer o intervenir en la gestión, resultados o negocios de Terpel Chile;</p> <p>b) La gestión y decisiones relacionadas con esta última deberán radicarse en comités especiales, integrados exclusivamente por los directores de Terpel Colombia, SIE y Proenergía, respectivamente, que no sean dependientes o relacionados con Copec;</p> <p>c) Los directores y funcionarios de Terpel Chile y de Terpel Colombia, deberán abstenerse de entregar cualquier información relacionada con Terpel Chile a personas que sean dependientes o relacionadas con Copec;</p> <p>d) Copec deberá instruir a sus ejecutivos y dependientes para que: i) se abstengan de solicitar información relacionada con Terpel Chile a los directores o funcionarios de esta última compañía, o de intervenir de cualquier forma en su administración; ii) se abstengan de entregar cualquier información de los negocios de Copec a los directores o funcionarios de Terpel Chile; y iii) se abstengan de realizar cualquier negociación comercial con Terpel Chile, salvo aquellas iniciadas con anterioridad al ingreso de Copec en la propiedad de Terpel Colombia;</p> <p>e) La integración del directorio de Terpel Chile deberá ser decidida por un comité especial de Terpel Colombia de aquellos aludidos en la letra b) precedente;</p> <p>f) Deberá mantenerse la plana ejecutiva y gerencial de Terpel Chile y, en el caso de que fuese necesario reemplazar alguno de sus gerentes o ejecutivos, la designación de su reemplazante deberá ser materia exclusiva de un comité especial de aquellos aludidos en la letra b) precedente, y a cargo de una empresa de "head hunter" de reconocido prestigio internacional;</p> <p>g) Los auditores de Terpel Chile deberán ser siempre distintos de los que auditen a la consultante.</p>
	<p>CONDICIÓN QUINTA: La consultante deberá presentar al Sr. Fiscal Nacional Económico, en el plazo de 30 días corridos contados desde la fecha de la presente Resolución, un plan detallado de cumplimiento efectivo de todas las condiciones precedentes, en el que se señalarán los medios por los que se instruirá acerca de ellas a todas las personas y organismos pertinentes al interior de Copec, Terpel Colombia y Terpel Chile, así como las medidas de monitoreo, fiscalización y sanciones por incumplimiento que se adoptarán al respecto. Su aplicación deberá ser supervisada por el Sr. Fiscal Nacional Económico. Asimismo, la consultante deberá publicitar a través de los mecanismos contemplados en las normas que rigen los gobiernos corporativos, así como publicar en su sitio web principal, tales medidas y el plan de cumplimiento señalado. La consultante deberá arbitrar todas las medidas necesarias para que Terpel Chile también adopte las disposiciones de publicidad señaladas</p>

	precedentemente.
	CONDICION SEXTA: La consultante no podrá realizar acto o contrato alguno que implique la disminución de la participación de mercado de Terpel Chile en su favor. Especialmente, y a modo ejemplar, la consultante deberá abstenerse de celebrar cualquier acto o contrato que implique el traspaso de clientes industriales de Terpel Chile a Copec y de adquirir e integrar a su red, bajo cualquier título, estaciones de servicio de propiedad de Terpel Chile. Todo lo anterior, hasta un año después de la toma de control de Terpel Chile por el adquirente. Por el mismo plazo, abstenerse de celebrar actos o contratos tendientes a adquirir los derechos derivados de contratos comerciales suscritos por Terpel con cualquier persona de derecho público o privado.
	CONDICION SÉPTIMA: Terpel Chile deberá continuar con su plan de inversiones contenido en documentación acompañada a fojas 496 e informar trimestralmente a la FNE acerca del cumplimiento efectivo de tal plan, hasta la efectiva toma de control por su nuevo adquirente.
	CONDICIÓN OCTAVA: El Sr. Fiscal Nacional Económico, en el marco de sus atribuciones legales, deberá fiscalizar activamente el cumplimiento de las condiciones impuestas en esta Resolución y, en general, que Copec y Terpel Chile se mantengan, hasta completar la venta de la totalidad de los activos de esta última.

7.3 Análisis de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC:

i) Medidas estructurales:

La presente Resolución establece como principal medida de mitigación la **enajenación de Terpel Chile**⁴⁷¹, la cual había sido propuesta por los mismos consultantes. Dicha medida fue complementada por una serie de otras provisiones tendientes a lograr que el proceso de enajenación se realizara manera efectiva, por lo que a juicio de este trabajo la presente Resolución avanzó terreno en relación a las anteriores dictadas por el mismo Tribunal. Lo anterior, debido a que el TDLC pretendió dirigir el proceso de enajenación, con el único objeto de velar porque los activos enajenados sean viables para un nuevo competidor que pueda rivalizar con la consultada y que, en consecuencia, se pudieran ver mitigados los efectos de la adquisición de Terpel Chile por parte de Copec. Para lo anterior, es que el Tribunal estableció como modalidad para la ejecución de la medida ya

⁴⁷¹ TDLC. Resolución N°34/2011. Condición N°1.

señalada la **venta unitaria de todos los activos tangibles e intangibles de Terpel Chile y que esta sea realizada a un solo adquirente**⁴⁷². Dicha medida permitiría que los activos no sean dispersados, lo que posiblemente redundaría en el surgimiento de una entidad viable que pudiese integrarse y competir contra la consultante, solución que además se condecía perfectamente con las sugeridas por el derecho comparado en la materia⁴⁷³.

Sin perjuicio de que la enajenación de Terpel y el establecimiento de distintas modalidades para dicho efecto parece adecuada puesto que propiciaría la creación o fortalecimiento de un nuevo competidor que restaurara la competencia. Para dichos efectos el TDLC, atendiendo a las condiciones del mercado (el cual estaba altamente concentrado y en donde las participaciones de los actores eran disímiles), podría haber considerado otras modalidades que permitiesen de plano asegurar la participación de un competidor viable, como lo es el establecimiento de un *up-front buyer* que reuniese las condiciones necesarias para participar efectivamente del mercado, o aquella propuesta por los ministros Sr. Depolo y Sr. Velozo en el voto de minoría, quienes estuvieron por encomendar al Fiscal Nacional Económico la evaluación *ex ante* del comprador de los bienes, para efectos de asegurar la idoneidad del comprador⁴⁷⁴. Lo anterior, podría haber contribuido a evitar los problemas que se suscitaron a propósito de la consulta de Quiñenco S.A., competidor que pretendió adquirir los bienes, Resolución que será analizada más adelante.

ii) Medidas conductuales:

El TDLC, además de determinar mediante el establecimiento de medidas de mitigación la enajenación de los activos de Terpel Chile y las forma en que esta debía ser hecha, también incorporó una variada batería de obligaciones cuyo

⁴⁷² Ibid.,

⁴⁷³ Así, por ejemplo, Competition Commission, *Merger Remedies: Competition Commission Guidelines*, sec. 3.9.

⁴⁷⁴ TDLC. Resolución N°34/2011, parte considerativa N°8.

objetivo principal fue el cumplimiento efectivo de las demás medidas, en relación a preservar el valor de Terpel Chile, y precaver –en general– riesgos para la libre competencia que se pudieran verificar como consecuencia del control que Copec tendría sobre Terpel durante el tiempo que transcurriera antes de la verificación de la venta. Estas medidas también denotan una mayor sofisticación de la decisión del TDLC, en cuanto existen instrumentos no utilizados anteriormente (como cortafuegos y medidas de fiscalización y monitoreo), los que permitían cubrir de mejor manera los riesgos implicados en la operación.

a) Control del proceso de enajenación de activos:

En estrecho vínculo con la enajenación ordenada por el TDLC, éste arbitró medidas conductuales que permitieran dirigir la **forma en la que se debía llevar a cabo la subasta, proceso denominado “subasta controlada en dos etapas”, cuya fiscalización encargó al Fiscal Nacional**, debiendo la consultante informar a dicha autoridad los resultados de cada una de las etapas del proceso una vez concluidas⁴⁷⁵. Lo anterior, parece armónico desde un punto de vista del Decreto Ley 211 y las facultades encomendadas por este cuerpo legal a la FNE, la cual aseguraría que la operación se realice dentro de los plazos que permitan la correcta protección del activo, así como el monitoreo del cumplimiento de las medidas señaladas por el TDLC.

Asimismo, y con el objeto de evitar una excesiva concentración de los mercados, el Tribunal estableció la **necesidad de someter a consulta la enajenación de Terpel Chile en caso de que esta sea realizada a una de las entidades que participaban directa o indirectamente del mercado de la refinación y distribución mayorista de combustibles líquidos**⁴⁷⁶.

⁴⁷⁵ Ibid., Condición N°2.

⁴⁷⁶ Ibid., Condición N°3.

Finalmente el Tribunal estableció un **plazo de 18 meses**⁴⁷⁷ contados desde el día 20 de diciembre de 2010⁴⁷⁸ para la enajenación, lo que tuvo por objeto minimizar el riesgo de que los activos de Terpel pierdan valor y por ende se comprometiera la capacidad de competir de quien los adquiriera⁴⁷⁹.

c) Medidas para asegurar independencia administrativa:

El Tribunal proveyó una serie de medidas tendientes a la independencia de Terpel Chile de su controladora, estableciendo, en primer lugar, la necesidad de separar administrativamente una de otra con el objeto de asegurada la integridad patrimonial de Terpel Chile y evitar el traspaso de información de una entidad a otra. En ese sentido, estableció que: (i) **los directores de Terpel Colombia, SIE y Proenergía, dependientes de Copec, deberán abstenerse de intervenir en la gestión, resultados o negocios de Terpel Chile**⁴⁸⁰; (ii) **deber de creación, para dichos efectos, de comités especiales integrados por directores sin relación con Copec**⁴⁸¹; (iii) **deber de dichos comités de encargarse de la elección de los directores de Terpel Chile**⁴⁸²; (iii) **deber de mantener la plana ejecutiva de Terpel Chile** y en caso de que sea necesario el reemplazo de uno de sus gerentes o ejecutivos, esta debería efectuarse a través del comité ya señalado contratando para dichos efectos una empresa de “*head hunter*” de reconocido prestigio internacional⁴⁸³; y, (iv) **los auditores de Terpel Chile deberán ser siempre distintos de los que auditen a la consultante**⁴⁸⁴.

d) Cortafuegos:

⁴⁷⁷ Ibid., Condición N°1.

⁴⁷⁸ Fecha de la toma de control de Terpel Colombia por la consultante.

⁴⁷⁹ TDLC, Resolución N°34/2011, parte considerativa N°11.5.

⁴⁸⁰ Ibid., Condición N°4.a).

⁴⁸¹ Ibid. Condición N°4.b).

⁴⁸² Ibid., Condición N°4.e).

⁴⁸³ Ibid., Condición N°4.f).

⁴⁸⁴ Ibid., Condición N°4.g).

Tal como se señaló en el apartado 3.6.3.2, los *firewalls* o cortafuegos tienen por objeto impedir que se divulgue información relevante de una empresa, lo cual, en este caso, tuvieron como finalidad velar por la independencia de Copec y Terpel Chile, para así evitar que se tomen decisiones estratégicas que puedan dificultar la integridad de los activos o la viabilidad de la empresa enajenada. Para dichos propósitos, el TDLC estableció el **deber de abstenerse de entregar cualquier información relacionada con Terpel Chile a personas que sean dependientes o relacionadas con Copec**⁴⁸⁵. Asimismo, estableció que **Copec debía instruir a sus ejecutivos y dependientes para que:** (i) se abstuviesen de solicitar información relacionada con Terpel Chile o de intervenir en su administración; (ii) se abstuviesen de entregar información acerca de los negocios de Copec a los directores o funcionarios de Terpel Chile; y (iii) se abstuviesen de realizar cualquier negociación comercial con Terpel Chile, salvo aquellas iniciadas con anterioridad al ingreso de Copec en la propiedad de Terpel Colombia⁴⁸⁶.

e) Conservación de activos y prohibiciones contractuales:

El Tribunal, para efectos de la conservación patrimonial de Terpel Chile, estableció la **prohibición de celebrar contratos que impliquen la disminución de la participación de la empresa en el mercado, la desviación de clientes industriales de Terpel Chile a Copec y aquellos que impliquen la adquisición o integración de estaciones de servicios propiedad de Terpel Chile.** Asimismo, estableció el **deber de abstenerse de celebrar actos o contratos tendientes a adquirir los derechos derivados de contratos comerciales suscritos por Terpel con cualquier persona de derecho público o privado**⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵ Ibid., Condición N°4.c).

⁴⁸⁶ Ibid., Condición N°4.d).

⁴⁸⁷ Ibid., Condición N°6.

Además, con el mismo objetivo, el Tribunal impuso a Terpel Chile el **deber continuar con el plan de inversiones adjuntado en su presentación hecha al Tribunal, hasta la efectiva toma de control por parte del nuevo adquirente**⁴⁸⁸.

f) Fiscalización y monitoreo:

Para efectos del cumplimiento de las medidas precedentes, el TDLC otorgó un rol preponderante al a FNE, asignándole tanto la supervisión, fiscalización y monitoreo del cumplimiento de las medidas señaladas. En el primer sentido, estableció que la **consultante debía presentar un plan detallado al Fiscal Nacional Económico**, donde conste cómo se daría cumplimiento efectivo de las condiciones señaladas, así como publicar en su página web dicho plan⁴⁸⁹. Por otro lado, **instruyó al Fiscal Nacional para que dentro de sus atribuciones legales, fiscalizara activamente el cumplimiento de las medidas establecidas en la Resolución** en comento, así como en general velar porque Copec y Terpel se mantengan como entidades independientes hasta la realización de la venta⁴⁹⁰.

8. RESOLUCIÓN N°39/2012: CONSULTA DE ORGANIZACIÓN TERPEL CHILE RELATIVA A LA ADQUISICIÓN POR PARTE DE QUIÑENCO S.A. DE LOS ACTIVOS DE LAS SOCIEDADES PETROLEOS TRASANDINOS S.A. Y OPERACIONES Y SERVICIOS TERPEL LIMITADA:

8.1 Descripción de la operación:

La presente Resolución tiene como antecedente inmediato la Resolución N° 34/2011 antes comentada, en la cual el TDLC estableció, dentro de las medidas de mitigación establecidas a los consultantes, la obligación de que Copec enajenara la totalidad de los activos de Terpel Chile. Para dichos efectos, el TDLC

⁴⁸⁸ Ibid., Condición N°7.

⁴⁸⁹ Ibid., Condición N°5.

⁴⁹⁰ Ibid., Condición N°8.

además dictaminó mediante su Condición N°3, que en caso de que se pretenda realizar la enajenación de los activos de Terpel Chile a alguna de las empresas que participe directa o indirectamente en el mercado de la refinación o distribución de combustibles líquidos, o a alguna de sus matrices o personas relacionadas, se debería consultar al Tribunal acerca de la viabilidad de dicha operación en forma previa a su materialización, conforme a lo dispuesto en el artículo 18 N°2 del Decreto Ley 211, hecho que motivó la presente consulta.

En vista de ello, Terpel Chile y Quiñenco S.A. (“Quiñenco”) sometieron al conocimiento de del TDLC la adquisición por parte de la segunda de los activos de las Sociedades Petróleos Transandinos S.A. y Operaciones y Servicios Terpel Limitada, ambas propietarias del total de los activos de Terpel Chile. Lo anterior, toda vez que Quiñenco era controladora de la Empresa Nacional de Energía ENEX S.A., la cual participaba directamente en el mercado de la distribución de combustibles líquidos a través de la marca Shell, de la que era licenciataria.

El TDLC, en una polémica decisión, decidió rechazar la fusión consultada, basándose en diversos argumentos que denotaban una clara preferencia en relación a que Terpel Chile sea adquirida por un nuevo competidor y no por uno que ya tuviese algún tipo de presencia del mercado⁴⁹¹.

Para arribar a dicha conclusión, el TDLC hizo énfasis en los riesgos propios del mercado industrial y de la distribución minorista de combustibles líquidos, refutando lo alegado por los consultantes, quienes habían argumentado que se trataba de un mercado altamente competitivo. En consecuencia, el TDLC concluyó una disminución de los competidores necesariamente redundaría en una

⁴⁹¹ TDLC. Resolución N°39/2012, parte considerativa N° 7.1.13: “Si bien la resolución mencionada no prohíbe que los activos tangibles e intangibles de Terpel Chile puedan ser adquiridos por una empresa que participe directa o indirectamente en el mercado de la refinación o de la distribución de combustibles líquidos, este Tribunal no puede sino tener en especial consideración el hecho de que, alternativamente a la absorción de los activos de Terpel Chile por una empresa rival, éstos pueden constituir un vehículo de entrada rápida y eficaz para un nuevo actor que puede imprimir presión competitiva en el mercado, en reemplazo de otro que desaparece”.

reducción significativa de la competencia en la industria⁴⁹². Lo anterior, junto a la excesiva **concentración** en los segmentos de distribución mayorista y minorista, así como la presencia de altas **barreras de entrada**, hacían preferible para el TDLC un crecimiento orgánico de los competidores por sobre la desaparición de un competidor⁴⁹³.

Además de lo señalado, el TDLC justificó el rechazo argumentando que la desaparición de un competidor haría aumentar los **riesgos anticompetitivos** tanto unilaterales como los de coordinación. Estos últimos, dadas las características del mercado (baja sustituibilidad de la oferta en el canal minorista, homogeneidad del producto y la facilidad de monitoreo de precios) conllevaban -a juicio del TDLC- un aumento en los riesgos de coordinación en caso de aprobarse la fusión⁴⁹⁴.

Por otro lado, y en relación a las **eficiencias**, el TDLC recalcó que los riesgos detectados no se verían morigerados por ninguna de aquellas alegadas por los consultantes, puesto que no satisfacían los criterios del Tribunal para otorgarles la aptitud de imprimir, con una alta probabilidad y en un plazo razonable, una mayor intensidad competitiva al mercado⁴⁹⁵. Lo anterior sumado al hecho de que a juicio del TDLC los consultantes no habían aportado información suficiente en relación a las eficiencias alegadas.

Finalmente, y en vista de lo señalado, el Tribunal además estimó que la desaparición de un competidor así como la baja probabilidad de la existencia de un nuevo entrante, redundarían en un decrecimiento significativo de la competencia, el cual no podría ser contrarrestado por ninguna de las eficiencias propuestas, al no haber sido estas acreditadas. Asimismo, el TDLC señaló que los

⁴⁹² Ibid., parte considerativa N° 8.21.

⁴⁹³ Ibid., parte considerativa N°11.4.

⁴⁹⁴ Ibid., parte considerativa N° 11.5.

⁴⁹⁵ Ibid., parte considerativa N°11.7.

efectos de la salida de un actor del mercado tampoco podrían verse compensados por medidas de mitigación que permitieran restablecer la competitividad perdida⁴⁹⁶.

Como consecuencia de lo expuesto, el TDLC optó por rechazar la operación, otorgando un plazo de 5 meses más para llevar a cabo la enajenación en los términos señalados por la Resolución N° 34/2011. Dicha sentencia fue acordada con los votos disidentes de los Ministros Sres. Menchaca y Peña, quienes estuvieron por aprobar la operación. Sin embargo, a la postre dicha decisión sería revocada por la Corte Suprema, por motivos que se explicitarán más adelante.

8.2 Análisis del rechazo a la fusión impuesto por el TDLC:

La Resolución en comento despertó muchas dudas acerca de ciertos aspectos vinculados al análisis que realizara el TDLC en relación la evaluación de los riesgos anticompetitivos y de las eficiencias de la operación. Dicho análisis fue determinante para que el TDLC considerara que la operación adolecía de ilicitud, lo cual, como se señalara, fue corregido a la postre mediante la revocación de la Resolución por la Corte Suprema, como consecuencia de no haber respetado el principio de licitud que recae sobre todas las operaciones de concentración.

Uno de los acápites que despertó más críticas fue el de la valoración de la evidencia realizada por el TDLC, aspecto que ha sido abordado por el profesor Domingo Valdés en su artículo “Principio Jurídico de la Inocencia en las Consultas Antimonopólicas”, el cual trata extensamente en su sección III las deficiencias de ponderación de los antecedentes de la Resolución en comento en relación a las exigencias o notas para que esta tenga la aptitud de romper el principio de licitud de las operaciones de concentración: realidad, suficiencia y validez, las cuales ya fueron expuestas en el 1.6 de este trabajo y son perfectamente aplicables para

⁴⁹⁶ Ibid., parte considerativa N°11.8.

explicar los defectos de la presente Resolución. Dichas consideraciones serán abordadas parcialmente a continuación⁴⁹⁷:

En relación a la **nota de realidad**, se señaló que ésta se encuentra vinculada con la existencia objetiva de antecedentes, así como la constancia de estos en el expediente para efectos de poder calificar la licitud o ilicitud de la operación. En relación a esto, el profesor Domingo Valdés objeta el hecho de que el TDLC haya hecho suyos ciertos exámenes, análisis y conclusiones de la Resolución N° 34/2011⁴⁹⁸. Lo anterior, implicó que en la práctica el TDLC no evaluara íntegramente los elementos que tradicionalmente concurren en una Resolución (tales como: mercado relevante, barreras de entrada, riesgos anticompetitivos y eficiencias). En ese sentido, tampoco se incorporaron nuevos antecedentes que permitieran modificar el marco analítico utilizado por el TDLC para efectos de esta nueva consulta, lo cual resulta más grave si se considera que los consultantes no participaron de ninguna manera en la Resolución que sirve de base para el análisis, siendo la evidencia considerada por el TDLC ajena a dichas partes. Lo señalado, lleva al autor a preguntarse legítimamente si acaso “el procedimiento que sustenta la Resolución goza de autonomía lógica, argumental y evidenciaría que debe exhibir todo su proceso en su acepción material”⁴⁹⁹, duda que este trabajo comparte plenamente.

Por otro lado, pareciera ser que la Resolución tampoco cumplió con la nota de **suficiencia**, la cual se encuentra vinculada con la integridad que debe tener la evidencia, en relación a la aptitud que tenga esta para formar la convicción acerca de la ilicitud de la operación. En relación a lo anterior, se señaló en el apartado 1.6 del presente trabajo que existía una atribución/deber⁵⁰⁰ del TDLC en el sentido de

⁴⁹⁷ Para mayor profundidad, ver: Valdés Prieto, *Nuevas Tendencias Del Moderno Derecho Económico*.

⁴⁹⁸ TDLC. Resolución N° 39/2012, parte considerativa N°7.1.12: (...) Es posible colegir sin lugar a dudas que, para efectos de la presente resolución, el punto de partida constituido precisamente por el examen y conclusiones contenidos en la resolución en cuestión- es que existen riesgos concretos y reales para el proceso competitivo en el aumento de los niveles de concentración en esta industria”.

⁴⁹⁹ Valdés Prieto, *Nuevas Tendencias Del Moderno Derecho Económico*, 137.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, 138.

recabar evidencia suficiente para formar su convicción acerca de la licitud o ilicitud de una operación de concentración. En ese sentido, dicha nota parece haber sido infringida en la presente Resolución, principalmente en materia de eficiencias, las cuales fueron desestimadas por el TDLC por no haber sido acreditadas. En ese sentido el Tribunal señaló que: “ninguna de las eficiencias argumentadas por el informe económico acompañado por Quiñenco a fojas 1046 cumple, para efectos de la Operación Consultada, con las características requeridas por este Tribunal para ser consideradas como una presión hacia la baja en los precios que pueda contrarrestar la reducción en la competencia en el mercado producto de la desaparición de un competidor relevante. **Por tanto, no existen en autos antecedentes sobre elementos de eficiencia que permitan contrarrestar los riesgos anticompetitivos detectados respecto de la Operación Consultada y que han sido expuestos en la presente Resolución (énfasis agregado)**⁵⁰¹. A juicio de este trabajo, el TDLC actuó de manera equivocada, puesto que poseyendo las atribuciones y el deber legal para recabar antecedentes que permitieran acreditar las eficiencias, no lo hizo. Lo anterior es especialmente grave considerando que la operación tenía la aptitud generar sinergias que redundaran en mayor bienestar social, las cuales se habrían perdido como consecuencia del rechazo.

Por otro lado, y en relación a la aptitud de los riesgos para lesionar la libre competencia, el TDLC sostuvo que el rechazo se justificaba sobre la base de: “la existencia de riesgos unilaterales y de comportamientos coordinados, sean éstos sancionables o no (...)”⁵⁰². De acuerdo a lo señalado en la sección 1.6, este razonamiento aparece como extraño al carácter preventivo de la potestad consultiva, toda vez que viene a precaver un “riesgo” que no puede ser considerado como ilícito en virtud del Decreto Ley 211. Respecto de lo anterior, en palabras del profesor Domingo Valdés: “Es claro respecto al artículo 18 N°2 del Decreto Ley 211: debe tratarse de actos que puedan *infringir* la presente ley; si no

⁵⁰¹ TDLC. Resolución N° 39/2012, parte considerativa N°10.36.

⁵⁰² Ibid., parte considerativa N°11.5.

puede haber tal infracción no cabe sino concluir que la Resolución se ha extraviado en el ejercicio de absolver consultas al ponderar riesgos atípicos”⁵⁰³.

Asimismo, a partir de lo señalado por el TDLC no resulta del todo convincente que los riesgos detectados por el Tribunal hayan tenido la aptitud de atentarse contra la libre competencia. Así, por ejemplo, el Tribunal señaló que: “la desaparición de un rival importante sumada a la baja probabilidad de que sea reemplazado en un plazo razonable por otro, a juicio de este Tribunal, hará decrecer la intensidad de la competencia en los mercados afectados, por lo que no se justifica la aprobación de la operación consultada, de manera pura y simple.”⁵⁰⁴. Lo anterior, además de acoger una visión estructuralista (abandonada hace tiempo tanto por el TDLC como por el derecho comparado), contradice los propios conceptos utilizados por el TDLC en Resoluciones anteriores, de las cuales se puede inferir que una mayor concentración o la estructura oligopólica de un mercado no es riesgosa en sí misma para la libre competencia.

Finalmente, y en cuanto a la nota de **validez** que debe reunir la evidencia en cuanto a la racional ponderación de la misma para efectos de fundar la convicción del TDLC, se sostiene que de no lograrse dicha convicción, se deberá preferir aquella información que no implique a la postre una restricción de las garantías fundamentales por sobre la que sí lo haga. Lo anterior, a juicio del Profesor Domingo Valdés encontraría justificación a la luz de la aplicación del principio *in dubio pro reo* como principio general del derecho. En ese sentido, dicho autor señala que frente a las conclusiones presentadas por el TDLC cuando manifiesta que “**no ha sido posible encontrar evidencia incontrovertible** de que la competencia en este mercado es intensa, ni mucho menos antecedentes robustos que permitan concluir que, de eliminarse a uno de los actores relevantes de este segmento minorista, no se ocasionará una disminución en la intensidad

⁵⁰³ Valdés Prieto, *Nuevas Tendencias Del Moderno Derecho Económico*, 145.

⁵⁰⁴ TDLC. Resolución N°39/2012, parte considerativa N°11.8.

competitiva en el mismo”(énfasis agregado)⁵⁰⁵, no cabe más que deducir el carácter controvertible o poco robusto de la evidencia en relación a la conveniencia o inconveniencia de aprobar la operación, situación en la cual debería aplicar el principio ya mencionado, debiéndose haber preferido la solución que más beneficie a la operación⁵⁰⁶.

8.3 CORTE SUPREMA SENTENCIA ROL N°3993-2012, QUE RESUELVE LOS RECURSOS DE RECLAMACIÓN PRESENTADOS CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 39/2012:

Tal como se señaló anteriormente, la Resolución N° 39/2012, que denegó la adquisición de los activos de Terpel Chile por parte de Quiñenco, no dejó indiferente a nadie. Por una parte, los fundamentos jurídicos en los que se basó la decisión fueron criticados duramente, comenzando por el voto disidente constatado en la misma Resolución. Además de aquello, se produjo un problema de orden práctico cual era la incerteza acerca del destino de los activos de Terpel Chile⁵⁰⁷.

La situación descrita anteriormente vino a ser enmendada por la Corte Suprema, la cual, en un hecho sin precedentes en nuestra jurisprudencia, y conociendo de los recursos de reclamación presentados en contra de la Resolución en comentario⁵⁰⁸, desestimó el rechazo resuelto por el TDLC, dando luz verde a la operación e imponiendo medidas de mitigación para dichos efectos.

⁵⁰⁵ Ibid., parte considerativa N°8.21.

⁵⁰⁶ Valdés Prieto, *Nuevas Tendencias Del Moderno Derecho Económico*, 160, 161.

⁵⁰⁷ En ese sentido, resulta ilustradora la opinión de María Elina Cruz, entonces directora del Centro de Libre Competencia UC, quien señaló que: “se restringió mucho el TDLC, porque hoy no se sabe quién podría comprar a Terpel. Queda como una empresa chica y sin las espaldas financieras que tenía antes con su matriz en Colombia. Si un tercero quisiera adquirirla, se arriesga a un proceso largo de juicio. Además que los Luksic podrían haber competido más fuertemente con Copec de Angelini” en “Las Trabas a La Competencia En El Negocio de Combustibles,” consultado el 20 de agosto de 2014, http://www.estrategia.cl/detalle_noticia.php?cod=56710.

⁵⁰⁸ Las empresas que presentaron recurso de reclamación fueron Organización Terpel Chile S.A., Quiñenco S.A., Empresa Nacional de Energía Enx S.A., Petroleos Trasandinos S.A.,

En efecto, hasta antes de la entrada en vigencia de la ley 20.361 de 2009, que permite a la Corte Suprema conocer del recurso de reclamación frente a las resoluciones del TDLC que hayan decretado un rechazo, la ley no flanqueaba ningún medio efectivo para la revisión de las dichas resoluciones del TDLC en el uso de su facultad consultiva (lo que impidió, como se mencionó, que la Corte Suprema conociera del rechazo de la consulta presentada por D&S y Falabella).

En cuanto al recurso de reclamación interpuesto contra la Resolución N°39/2012, los reclamantes, haciendo eco del voto de minoría de los Ministros disidentes Sres. Menchaca y Peña, buscaron atacar la Resolución argumentando que la ésta implicaba una valoración negativa *a priori* de la operación consultada, puesto que establecía una especie de carga a los consultantes en el sentido de que el TDLC entendía que eran ellos quienes debían probar que la operación no generaría riesgos para la libre competencia en el mercado, incluyendo dentro de éstos aquellos riesgos tanto los de carácter unilateral como los de coordinación asociados a prácticas colusorias. Todo lo anterior, constituía a juicio de los reclamantes un atentado contra el principio general deducido del artículo 19 N°21 de la Constitución, bajo el cual la regla es la aprobación de la operación, debiendo ser el TDLC el que acredite la existencia de riesgos, así como una probabilidad significativa de ocurrencia de éstos en caso de que decidiera rechazar una fusión. Contravenir lo anterior implicaba, según los reclamantes, una alteración de la carga de la prueba así como una infracción al principio del debido proceso, junto con una vulneración de principios reconocidos ampliamente en nuestro ordenamiento jurídico como lo son la buena fe y la presunción de inocencia.

La Corte Suprema, haciendo eco de los recursos deducidos, dictaminó en cuanto al fondo que si bien la operación efectivamente implicaba un aumento en la concentración del mercado de los combustibles líquidos, esto no era *per se* contrario a la libre competencia, por lo que no correspondía que esta “deba ser calificada como una operación contraria a la libre competencia en forma

anticipada”⁵⁰⁹. Lo anterior, especialmente considerando que la participación de los consultantes en el mercado en un escenario post fusión no implicaba ni siquiera un porcentaje cercano a la empresa con supremacía en el mercado⁵¹⁰.

En cuanto a la posible coordinación entre las empresas distribuidoras de combustible, la Corte Suprema señaló en relación a la Resolución del TDLC, que: “(...) al no existir evidencia concreta de que la fusión pueda aumentar los riesgos de coordinación entre los actores, no es posible ex ante presumir una conducta que finalmente derive en el ilícito colusorio que se ha establecido en el fallo recurrido”⁵¹¹. Asimismo, señaló que la fusión de ninguna manera implicaba una baja en la competitividad del mercado, puesto que lo anterior no resultaba factible en virtud del tamaño de las empresas que deseaban fusionarse, en la medida de que la fusionada no representaba ni siquiera el 50% de la participación del mercado⁵¹². Finalmente, y como corolario de lo señalado, la Corte Suprema concluyó que: “al no encontrarse acreditado de forma clara y precisa que uno de los efectos de la pretendida fusión será la coordinación futura de empresas que operan en el mercado de la distribución de los combustibles, y no estando facultado el tribunal para hacer un juicio ex ante, porque como se ha señalado involucra presumir sin antecedentes concretos el ánimo de coludirse, y al estar en esta instancia cumpliendo con la función consultiva, no corresponde que el tribunal ejerza en ésta su potestad sancionatoria, extraña a un procedimiento no contencioso como el conocido, toda vez que no existe conducta que por esta vía deba ser reprimida.”⁵¹³

En cuanto a los riesgos anticompetitivos implicados en la operación de concentración en el mercado de los combustibles, la Corte Suprema haciendo una revisión de los antecedentes aportados al proceso, concluyó después de sopesar los riesgos y las eficiencias, que: “no existen fundamentos concretos que permitan

⁵⁰⁹ Excma. Corte Suprema de Chile. 02.01.2013. Rol N° 3993-2012, considerando N°15.

⁵¹⁰ Ibid., considerando N°16.

⁵¹¹ Ibid., Considerando N°17.

⁵¹² Ibid., Considerando N°19.

⁵¹³ Ibid.,

arribar a la convicción de que la operación consultada tendrá efectos negativos o perniciosos para la libre competencia”⁵¹⁴.

En consecuencia, y una vez despejado lo anterior, la Corte Suprema prosiguió en su análisis, revisando las eventuales eficiencias alegadas por los consultantes. Para dichos efectos, la Excma. Corte, contrariando lo señalado por el TDLC, consideró que a partir de los antecedentes acompañados al proceso los consultantes habían logrado acreditar razonablemente la existencias aparejadas a la operación de concentración”⁵¹⁵. Dentro de las **eficiencias** identificadas por la Corte Suprema, se encontraban la siguientes: posibilidad de aumentar las importaciones de combustible por alcanzar volúmenes mínimos eficientes; ahorros en mercado de almacenamiento de combustibles por disminución en costos unitarios de almacenaje; menor costo de transporte asociado a la mayor utilización de flota de camiones; y ahorros en marketing⁵¹⁶. Todos los cuales, implicarían beneficios traspasables a los consumidores⁵¹⁷.

En virtud de todas las consideraciones antes señaladas, la Corte Suprema sentenció que era necesario revocar la sentencia del TDLC, dentro de otras cosas porque: “del análisis de cada uno de los factores que se desarrollan en los razonamientos que anteceden se estima que la prohibición de la operación no es proporcional al eventual riesgo que se trata de evitar”⁵¹⁸. Por lo tanto, la Excma. Corte, acogiendo los recursos de reclamación deducidos, decidió acceder a la operación consultada, imponiendo para dichos efectos medidas de mitigación que se analizan a continuación:

8.4 Sistematización de las medidas de mitigación impuestas por la Corte Suprema

⁵¹⁴ Ibid., considerando N°31.

⁵¹⁵ Ibid., Considerando N°25.

⁵¹⁶ Ibid.,

⁵¹⁷ Ibid., considerando N°26.

⁵¹⁸ Ibid.,

Tabla 8

MEDIDAS ESTRUCTURALES	MEDIDAS CONDUCTUALES
CONDICIÓN PRIMERA: Desinversión de estaciones de servicio en todas aquellas comunas en que operan tanto Enex como Terpel y en las que, producto de la operación consultada, la variación del índice de concentración supera los umbrales establecidos en la Guía sobre Operaciones de Concentración elaborada por la Fiscalía Nacional Económica. Tal desinversión deberá ser realizada mediante una licitación pública, sin precio de reserva, en el plazo de 6 meses contados desde que se lleve a cabo la operación consultada.	CONDICION SEGUNDA: Terminación de los contratos de arrendamiento y capacidad de almacenamiento celebrados por Terpel Chile, en el mismo plazo señalado para la desinversión, de manera que cualquier persona natural o jurídica pueda requerir capacidad de almacenamiento en dichas instalaciones para utilizarlas en sus operaciones.

8.5 Análisis de las medidas de mitigación impuestas por la Corte Suprema:

Sin perjuicio de las singularidades de la sentencia ya enunciadas en el apartado precedente, el establecimiento de medidas de mitigación por parte de la Corte Suprema no se encuentra exento de cuestionamientos. En primer término, no parece claro qué riesgos intenta mitigar la sentencia, puesto que estos no son debidamente individualizados en los considerandos que abordan dicha materia, en los cuales incluso se descartan los riesgos identificados por el mismo TDLC. Lo anterior, se hace extensivo a los razonamientos, en los cuales no aparecen fundamentos que permitan explicar la relación de causalidad entre los riesgos y las medidas dispuestas, lo que como se analizó en el apartado 3.4, son exigencias indispensables para la inteligibilidad y proporcionalidad de una medida de mitigación.

Lo anterior, lleva a plantear la idoneidad de la Corte Suprema para conocer de este tipo de materias, las cuales son de una complejidad técnica que requiere un nivel de calificación del que posiblemente carece el máximo tribunal. De ahí que sea comprensible que la sentencia se ampare principalmente en los informes de la FNE y acoja prácticamente sin objeciones y de manera íntegra las medidas de mitigación propuestas por dicho organismo en su informe acompañado al proceso, siendo necesario buscar las justificaciones de las medidas señaladas en el informe referido.

i) Medida estructural:

A partir del informe presentado por la FNE, se puede inferir que la Corte Suprema solicitó medidas de desinversión de estaciones de servicio en aquellas comunas en que operaran tanto Enx como Terpel y en las que, producto de la operación consultada, habría un aumento en la concentración que superara los umbrales de índice IHH y además, se verifica una asimetría en el traspaso de los costos a los consumidores⁵¹⁹. Tal desinversión debiera ser realizada mediante una licitación pública, sin precio de reserva, en el plazo de 6 meses contados desde la aprobación de la operación consultada. En cuanto al resto de las comunas analizadas, la FNE afirmó que no presentan riesgos anticompetitivos, pues mostraban grados altos, completos y simétricos en sus niveles de traspasos de variaciones de precios y porque las comunas en que compiten Enx y Copec exhiben comportamientos deseables en cuanto al traspaso del precio de Enap al precio minorista⁵²⁰.

ii) Medida conductual:

Se estableció por parte de la Corte Suprema la Terminación de los contratos de arrendamiento y capacidad de almacenamiento celebrados por Terpel Chile, en el mismo plazo señalado para la desinversión, de manera que cualquier persona natural o jurídica pudiese requerir capacidad de almacenamiento en dichas instalaciones para utilizarlas en sus operaciones. Lo anterior, fundamentado por el hecho de que la operación permitiría optimizar el sistema actual mediante una mejor gestión y un manejo de inventarios más eficiente, lo cual generaría también una mayor disponibilidad de capacidad de almacenamiento para los otros actores del mercado.

⁵¹⁹ San José de la Mariquina, Illapel, Lota, Pucón, Valdivia, Concón y Rancagua.

⁵²⁰ TDLC. Resolución N° 32/2009, parte considerativa N°4.2.

9. RESOLUCIÓN N°37/2011: CONSULTA DE CONADECUS SOBRE OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN ENTRE LAN AIRLINES S.A. y TAM LINHAS AEREAS S.A:

9.1 Descripción de la operación:

Con fecha 27 de enero de 2011, la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile (“CONADECUS”)⁵²¹, formuló una consulta a fin de que el TDLC se pronunciara acerca de si consideraba ajustada o no a la libre competencia la operación de concentración anunciada entre LAN Airlines S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A. (“LAN” y “TAM” respectivamente).

El análisis de la operación descrita importó un complejo estudio por parte del TDLC tanto de las características de la industria involucrada como de sus competidores, así como por tratarse de una operación internacional, la que en consecuencia tenía efectos no sólo en el mercado nacional sino también en el internacional. Lo anterior se veía potenciado por el hecho de que LAN y TAM, al momento de la fusión, eran las dos aerolíneas más importantes de Latinoamérica⁵²²⁵²³

En cuanto al **mercado relevante**, el TDLC señaló que su definición revestía mayor complejidad que la mera enumeración de las rutas que eran cubiertas por cada una de las firmas⁵²⁴. Lo anterior, debido a las particularidades del mercado, puesto que se trataba de una industria de redes, con una legislación sectorial (por país) que fragmentaba el mercado, además de las demás barreras de entrada

⁵²¹ Acerca de las críticas desatadas a partir de conceder legitimación activa para consultar a una asociación de consumidores como CONADECUS, ver apartado 1.3.4.

⁵²² TDLC. Resolución N°37/2011, parte considerativa, N° 13.

⁵²³ En relación a los mercados señalados, la participación LAN, entre enero y julio de 2011, dentro de los vuelos nacionales, medida en pasajeros-kilómetros transportados era de un 78,2% (sumando las operaciones de LAN Airlines y LAN Express), mientras que en los vuelos internacionales desde Chile era de un 51%, tramos en los que TAM tenía una participación de 3,4% Resolución N°37/2011. Párrafo 7 y 8. P. 26

⁵²⁴ TDLC. Resolución N° 37/2011, parte considerativa, N° 18.

propias del mismo. Dichos elementos llevaron al TDLC a considerar la necesidad de incluir rutas en las que opera sólo una de las firmas, en la medida de que a través de la operación de concentración no se eliminaría un participante actual, sino que uno potencial⁵²⁵. Así las cosas, el Tribunal determinó tres áreas donde la operación tendría incidencia, las cuales fueron: (i) transporte internacional de pasajeros; (ii) transporte nacional de pasajeros; y, (iii) transporte internacional de carga.

En relación a las características de la industria, como se adelantó, el TDLC manifestó que esta se caracterizaba por ser un mercado fragmentado a consecuencia de las distintas regulaciones sectoriales establecidas por los distintos países (los cuales contaban con una mayor o menor apertura en relación a la posibilidad de que compañías extranjeras desarrollaran la actividad en dicho país), las que impedían que se consolidara un mercado unificado en la región. Por tanto, se podía concluir que no existía posibilidad de que las aerolíneas de distintos países pudiesen competir en igualdad de condiciones dentro de un mismo territorio. Lo anterior, en el mercado latinoamericano, se veía de algún modo subsanado (de manera muy incipiente) a través de acuerdos bilaterales, sin que estos hayan logrado liberalizar la industria de manera efectiva. Una consecuencia de lo señalado era que tanto LAN como TAM basaran su modelo de negocios bajo la estructura *hub and spoke*⁵²⁶, debiendo tener *hubs* en cada país para luego conectar mediante vuelos internacionalmente, de modo de poder formar una red que les permitiera operar de manera eficiente.

Otra de las características singulares de la industria, y que a su vez se encontraba relacionada con la fragmentación del mercado antes mencionada, era que éste se trataba de una industria de redes. A juicio del TDLC, la conexión entre estos dos temas era evidente ya que la fragmentación del mercado dificultaba la

⁵²⁵ Ibid., párr. 20 y 21.

⁵²⁶ Corresponde a un sistema de conexiones entre los distintos puntos que sirve una red de cobertura de una aerolínea en el cual éstas se organizan como rayos de una rueda (*spokes*) alrededor de un núcleo (*hub*) que sirve como acumulador de pasajeros, con el fin de reunir la densidad crítica para hacer rentables las conexiones a destino.

formación de las mismas, lo que a su vez impedía que los incumbentes se vieran disciplinados por competencia potencial de las aerolíneas extranjeras, todo lo cual derivaba en riesgos anticompetitivos de la operación consultada⁵²⁷. Sin embargo, el Tribunal también estimó que: “al mismo tiempo dicha fragmentación del mercado hace necesario este tipo de operaciones para poder constituir una red más eficiente a nivel internacional, lo que implicaría una importante ganancia de eficiencia”⁵²⁸.

Además de lo mencionado, el TDLC destacó como característica del mercado (también relacionada a la fragmentación de rutas) para efectos de analizar la fusión y de establecer medidas de mitigación para su aprobación, la existencia de acuerdos de coordinación pre-existentes entre LAN y TAM y otras aerolíneas, los cuales permitían de alguna manera morigerar las distintas restricciones regulatorias. En relación a esta materia, el Tribunal señaló que dichos acuerdos -en general- producían eficiencias y aumentos en la calidad de la oferta de, por ejemplo, el número de vuelos y destinos. Sin embargo, dichos acuerdos también tenían la aptitud de traducirse en riesgos anticompetitivos, toda vez que la coordinación podía redundar en que disminuyesen los incentivos para que una línea aérea expanda sus servicios compitiendo, pudiendo a la vez aumentar el contacto entre aerolíneas en diversos mercados, situación la cual elevaba a su vez el riesgo de colusión⁵²⁹.

En relación a las **barreras de entrada**, el TDLC identificó una serie de ellas, siendo la más importante el tratarse de una industria de redes, puesto que por el sólo hecho de serlo hacía relevante el tamaño de la red de cada competidor para poder participar del mercado, lo cual generaba ventajas (por ejemplo variedad de destinos, horarios y variación de precios dependiendo sensibilidad del consumidor) que llevaban a limitar el número de aerolíneas que podían estar

⁵²⁷ TDLC. Resolución N°37/2011, parte considerativa, N° 46.

⁵²⁸ Ibid.,

⁵²⁹ Ibid., parte considerativa, N° 86.

interesadas en proveer el servicio en una ruta determinada⁵³⁰. Otras barreras de entrada relevantes identificadas por el TDLC fueron las siguientes: (i) El acceso a la infraestructura aeroportuaria, vinculado principalmente al uso limitado de *slots* o derechos de pista para aterrizaje y despegue, así como otros servicios aeroportuarios (como puertas de embarque, mesones de atención y provisión de combustibles, entre otros) y ventajas de comercialización por operar una ruta determinada; (ii) el uso como *hub* o base de la aerolínea del aeropuerto de origen o destino del trayecto; (iii) acuerdos de cooperación con otras aerolíneas; (iii) barreras legales a la entrada dadas por la falta de libertades otorgadas para operar en los cielos de otros países; (iv) las diversas barreras producidas por el comportamiento estratégico de la aerolínea dominante en cada ruta, relacionadas con conductas exclusorias y colusivas, entre otras.

Enseguida, el Tribunal procedió a analizar los **riesgos anticompetitivos** implicados en la operación. Para dichos efectos, y como cuestión previa, el TDLC estableció que por tratarse de dos de las empresas más grandes de Latinoamérica, teniendo en consideración que se trataba de una industria de redes, la cual convivía con grandes barreras a la entrada, centraría su análisis no sólo en aquellos tramos donde había una superposición directa entre LAN y TAM, sino que también en aquellos en los cuales se efectuaría una reducción de la competencia potencial, dada la existencia de rutas donde LAN y TAM no eran competidores directos, pero sí potenciales⁵³¹. Asimismo, los acuerdos que ambas aerolíneas mantenían con otras empresas de la misma naturaleza jugaron un rol relevante en esta parte del análisis.

El primer segmento analizado fue el del ***transporte internacional de pasajeros***, efectos para los cuales el tribunal describió los efectos en las distintas rutas:

⁵³⁰ Ibid., parte considerativa, N° 102.

⁵³¹ Ibid., parte considerativa, N° 111.

(i) *Rutas Chile Brasil*: Estas eran comercializadas tanto por LAN como por TAM. El examen se fijó principalmente en la ruta Santiago – Sao Paulo y Santiago – Rio de Janeiro, en donde en un escenario post-fusión la fusionada alcanzaría un porcentaje de participación del 98% y 94,4% respectivamente. En relación a la primera ruta, el TDLC señaló que la existencia de congestión (falta de *slots*) del aeropuerto de Sao Paulo podría ser un riesgo para la libre competencia a considerar una vez concretada la fusión, situación que no ocurría en la ruta Santiago- Rio de Janeiro al existir disponibilidad en el aeropuerto para la entrada de otro competidor desafié el mercado;

(ii) *Rutas Chile-Latinoamérica*: Se examinaron aquellas rutas que conectaban Santiago con Buenos Aires, Lima, Asunción, respecto de las cuales se concluyó que en caso de concretarse la operación se estaría eliminando un rival potencial en la mayoría de ellas. Asimismo, el TDLC manifestó su preocupación en aquellas rutas que tenían escala en Chile poniendo énfasis en la ruta Lima-Sao Paulo, donde la falta de *slots* del aeropuerto de Sao-Paulo, junto al alto grado de concentración, constituían un riesgo evidente para la libre competencia;

(iii) *Rutas Santiago con destinos intercontinentales*: el TDLC consideró que en el caso particular de Europa, LATAM tendría una posición dominante en las rutas de conexión entre Santiago y Europa sin escalas, situación que se veía incrementada por los acuerdos de código compartido que LAN y TAM mantenían con importantes aerolíneas europeas que conectaban ese continente con Sudamérica, lo cual a juicio del TDLC redundaría en una reducción de la competencia⁵³². En relación a las rutas que conectan Santiago con EEUU, el Tribunal señaló que LAN y American Airlines tenían una posición dominante en gran parte del mercado, poseyendo además acuerdos de código compartido, lo cual dificultaba la competitividad del mercado, por lo que sería un riesgo para la libre competencia⁵³³.

(iv) *Efectos de los códigos compartidos y alianzas*: señalando que estos podrían no ser favorables para la competencia en rutas con frecuencias restringidas, ya que podrían disminuir la oferta total de vuelos, reemplazando aquellos vuelos que

⁵³² Ibid., parte considerativa, N° 165.

⁵³³ Ibid., parte considerativa, N° 170.

podrían ser ofrecidos por una aerolínea chilena por vuelos operados por otra aerolínea⁵³⁴.

En lo que respecta al segmento del **transporte nacional de pasajeros**, el TDLC determinó que éste se encontraba altamente concentrado, siendo LAN la empresa dominante en cada una de las rutas en las que participaba, especialmente en las más importantes, existiendo poca presión competitiva y riesgos unilaterales asociados a sobreprecios⁵³⁵. A la fecha de la Resolución, TAM no participaba del mercado nacional. Sin embargo, a juicio del Tribunal, en caso de aprobarse la operación consultada, se iba a producir la desaparición de un competidor potencial de LAN en el mercado interno. Además de lo anterior, el Tribunal puntualizó que la fusión podría conllevar efectos en los precios fijados por el plan de autorregulación establecido en 1995 para las rutas no competitivas del mercado chileno, puesto que la ruta Santiago-Sao Paulo y Santiago – Río de Janeiro eran consideradas como referencia para dicho plan⁵³⁶.

En el segmento del **transporte nacional e internacional de carga**, se determinó que ambos se encontraban altamente concentrados al momento de la consulta, siendo LAN la empresa dominante en ambos mercados y resultando especialmente sensible el caso de transporte de carga entre Chile y Brasil, donde la fusionada controlaría el 97% de la carga total transportada⁵³⁷. Respecto a las rutas con otros países, el Tribunal desestimó la existencia de riesgos dada la inocuidad de LAN para provocar riesgos significativos debido a que estos mercados eran competitivos⁵³⁸.

Finalmente, el TDLC analizó otros riesgos asociados a la operación, como por ejemplo, el impacto que tendría en el mercado de la distribución (agencias de viajes), en donde un sistema de incentivos tendientes a privilegiar a LAN por sobre

⁵³⁴ Ibid., parte considerativa, N° 190.

⁵³⁵ Ibid., parte considerativa, N° 199.

⁵³⁶ Ibid., parte considerativa, N° 208.

⁵³⁷ Ibid., parte considerativa, N° 232.

⁵³⁸ Ibid., parte considerativa, N° 236.

otras líneas aéreas podría convertirse en una barrera artificial con respecto a la entrada o expansión de otras aerolíneas⁵³⁹. Asimismo, el Tribunal hizo énfasis en el riesgo que significaba para el acceso aeropuertos e infraestructura aeroportuaria la concreción de la operación. En ese sentido, existió preocupación principalmente por el Aeropuerto de Sao-Paulo, cuya congestión hacía más difícil la entrada de nuevos competidores en un escenario post fusión, debido a la acumulación de *slots* por parte de LAN y TAM, lo que sólo podría ser subsanado mediante alguna medida de mitigación. Por último el Tribunal dejó constancia del comportamiento histórico de LAN respecto de riesgos de abuso unilateral y coordinación, lo que a su juicio hacía más probable el riesgo de que LATAM abuse de su poder de mercado una vez materializada la operación, el cual, consideró sería real y concreto⁵⁴⁰.

En lo que respecta a las **eficiencias**, LAN y TAM presentaron el siguiente cuadro:

⁵³⁹ Ibid., parte considerativa, N° 239.

⁵⁴⁰ Ibid., parte considerativa, N° 259.

Principales fuentes de sinergias esperadas de la fusión consultada

(1) Fuente de Sinergias	(2) Valor estimado sinergias (millones de US\$/año)	(3) Ejemplos
(A) Sinergias de Ingresos:	265-295	
A1) Conectividad mejorada para pasajeros y carga	40	- Nuevas rutas vía Sao Paulo y Río (e.g. Cuzco/Milán) - Nuevas rutas vía Lima (e.g., Río a México DF) - Menores tiempos de conexión
A2) Mejora en atractivo de la oferta	50- 65	- Mayor simplicidad en combinación itinerarios y mayor oferta de asientos - Mejor calidad PPF (*)
A3) Nuevos destinos rentables	155	- Nuevas rutas por red conjunta a <i>hubs</i> como Sao Paulo, Lima y Noreste de Brasil
A4) Compartir mejores prácticas	20-35	- Revenue management y acceso a tarifas más bajas - Optimizar configuración flota naves - Mejoras acuerdos interlínea
(B) Sinergias de Costos:	120	
B1) Compartir servicios	87	- Mantenimiento aviones - Carga compartida - Optimizar personal de ventas - Optimizar inventarios de piezas/componentes
B2) Compras conjuntas	25	- Mayor volumen de compras y proveedores globales (combustibles; seguros de flota; catering)
B3) Compartir mejores prácticas	8	- Mantenimiento de aviones, motores - Mejorar tiempos; puntualidad más confiable
Total (A+B)	385-415	

Fuente: "Investor Presentation", 13 agosto 2010, disponible en http://www.latamairlines.com/downloads/English/Home/LAN-TAM_presentation.pdf.

(*) PPF = Programa de Pasajero Frecuente.]

Ilustración 1

En general, el TDLC consideró que las eficiencias propuestas por las consultantes cumplían con los requisitos establecidos para ser consideradas como contrapeso a los riesgos de la operación. En ese sentido, en primer lugar, el TDLC estimó que las eficiencias propuestas tenían una alta probabilidad de materializarse, sin perjuicio de que fuese imposible determinar si las estimaciones realizadas por los consultantes eran adecuadas o no⁵⁴¹. En segundo lugar, el TDLC también determinó que podían ser consideradas razonablemente como sinergias intrínsecas a la operación consultada⁵⁴². Sin perjuicio de lo señalado, el Tribunal también consignó que si bien las eficiencias cumplían con los requisitos, no se había argumentado de manera clara en relación a cómo estas serían traspasadas a los consumidores. En ese sentido, determinó que se veía como

⁵⁴¹ Ibid., parte considerativa, N° 290.

⁵⁴² Ibid., parte considerativa, N° 291.

posible que una vez consolidado el poder de mercado por medio de la fusión una menor proporción de las eficiencias fueran traspasadas a los consumidores⁵⁴³.

En consecuencia, el TDLC, una vez sopesados los riesgos y las eficiencias de la operación, constató que ésta si bien implicaba importantes amenazas a la libre competencia en el mercado aerocomercial internacional para el tráfico desde y hacia Chile, también significaba un avance en cuanto a lograr una mayor conectividad desde Chile hacia destinos dentro y fuera de la región⁵⁴⁴. Además, señaló que con la operación se seguía con la tendencia natural y de una industria de redes, lo que también contribuiría a la eficiencia de la fusionada. Por tanto, y en vista de lo señalado optó por aprobar la operación

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal consideró que tanto la entidad, como la magnitud y la extensión de los riesgos asociados a la operación, junto con la insuficiencia de las sinergias argumentadas para compensarlos, sumado al hecho de que no se constatará de manera fehaciente cómo estas serían traspasadas a los consumidores, hacían necesario el establecimiento de medidas de mitigación las cuales se señalan a continuación:

9.2 Sistematización de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC.⁵⁴⁵

Tabla 9

MEDIDAS ESTRUCTURALES	MEDIDAS CONDUCTUALES
CONDICIÓN PRIMERA: Intercambio de 4 slots de despegue y 4 de aterrizaje por parte LATAM a Aerolíneas solicitantes y/o entrantes en el aeropuerto Guarulhos en Sao	CONDICIÓN SEGUNDA: Extensión, por un periodo de 5 años, de todos los beneficios del Programa de Pasajero Frecuente de LATAM a pasajeros de otra aerolínea que así lo soliciten, dentro las rutas Santiago – São Paulo, Santiago – Río de Janeiro, Santiago – Montevideo y Santiago – Asunción

⁵⁴³ Ibid., parte considerativa, N° 292.

⁵⁴⁴ Ibid., parte considerativa, N° 293.

⁵⁴⁵ Las medidas mencionadas no están transcritas de manera íntegra y han sido reducidas a aquello que resulta indispensable para los propósitos del presente trabajo.

Paulo.	
CONDICIÓN OCTAVA: Deber de renunciar a cuatro frecuencias de 5ª libertad a Lima, para que sean adjudicadas a otra aerolínea (⁵⁴⁶)	CONDICIÓN TERCERA: Deber de suscripción de Acuerdos de Interlinea con otra aerolínea ⁵⁴⁷ y en condiciones iguales o equivalentes a las mejores condiciones ofrecidas por LATAM a un socio de la alianza a la que ella pertenezca, en las rutas Santiago – São Paulo, Santiago – Río de Janeiro y/o Santiago – Asunción, con aquellas aerolíneas interesadas que operen dichas rutas y que así se lo soliciten, desde el perfeccionamiento de la operación y por un plazo de 12 meses después de cumplida la CONDICIÓN PRIMERA.
	CONDICIÓN CUARTA: Congelamiento de la Oferta Respecto del Itinerario del Nuevo Entrante en la Ruta Santiago - São Paulo, entre la fecha que reciba la solicitud de slots indicada precedentemente y por un plazo de 12 meses después de la fecha en que se realice efectivamente el intercambio del respectivo slot, en el periodo que medie entre 15 minutos antes y 15 minutos después del itinerario de vuelo correspondiente a el o los slots intercambiados con LAN o TAM.
	CONDICIÓN QUINTA: Complemento al Plan de Autorregulación de LAN.
	CONDICIÓN SEXTA: Renuncia de LATAM a pertenecer a dos alianzas globales simultáneamente. En ningún caso podrá pertenecer a aquella alianza en la que también el grupo Avianca/Taca sea miembro o asociado, o se encuentre en proceso de ingresar en alguna de dichas calidades. En el evento que LATAM desee pertenecer a más de una alianza, deberá consultar previamente dicha circunstancia a este Tribunal.
	<p>CONDICION SÉPTIMA:</p> <p>I) LATAM, por si o a través de sus empresas matrices, filiales, coligadas y/o relacionadas, no podrá celebrar ni mantener, sin autorización previa de este Tribunal, acuerdos de código compartido con los miembros o asociados de una alianza distinta de aquella a la que pertenezca LATAM:</p> <p>i) En aquellas rutas que tengan origen o destino en Chile o que conecten Chile con aeropuertos de llegada o salida en Norteamérica o Europa, sea en vuelos directos o con una escala en Sudamérica;</p> <p>ii) En los tramos intermedios de las rutas indicadas, es decir, si por ejemplo la ruta a Europa es Santiago – São Paulo – Madrid, tampoco podrá celebrar este tipo de acuerdos en la ruta Santiago – São Paulo ni en la ruta São Paulo – Madrid. Respecto de Avianca/Taca o de Gol, no podrá celebrar ni mantener acuerdos de código compartido, además de los indicadas en i) y ii), en las restantes rutas internacionales dentro de Sudamérica en que se superpongan los servicios de transporte aéreo de alguna de ellas con los servicios de LATAM o de sus empresas matrices, filiales, coligadas y/o relacionadas;</p> <p>II) Deber de renunciar a aquellas alianzas que mantenga en las rutas antes señaladas;</p> <p>III) Deber de consultar en términos del artículo 18 N°2 del Decreto Ley 211 de aquellos actos a través de los cuales se establezcan o modifiquen acuerdos de código compartido respecto de aquellas rutas señaladas en i), excluyendo aquellas que haga con la alianza que elija en virtud de lo señalado en la CONDICION SEXTA;</p> <p>IV) Los acuerdos de interlínea que celebre LATAM con aerolíneas que no</p>

⁵⁴⁶ TDLC. Resolución N °37/2011. Condición N°8.1.

⁵⁴⁷ Derecho a comprar y vender asientos en vuelos de la contraparte por rutas no cubiertas por la compañía interesada.

	<p>pertenezcan a su grupo empresarial, en los términos contenidos en el artículo 100 de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores, deberán ser comunicados a la Fiscalía Nacional Económica para los efectos de lo dispuesto en el artículo 39, letra d), del Decreto Ley N° 211.</p>
	<p>CONDICION OCTAVA:</p> <p>I) Deber de renunciar, dentro de 12 meses contados desde el perfeccionamiento de la Operación, a cuatro frecuencias de 5ª libertad a Lima, para que sean adjudicadas a otra aerolínea Chilena.</p> <p>II) Deber de abstención de participación en las futuras licitaciones de derechos de tráfico entre Santiago y Lima, en la medida que existan otras aerolíneas chilenas interesadas en las frecuencias respectivas y que las Compañías Chilenas LATAM posean el 75% o más de tales frecuencias, sin escalas, asignadas y por asignar en Chile.</p>
	<p>CONDICION NOVENA: LATAM deberá manifestar a las autoridades del transporte aéreo su opinión favorable a la apertura unilateral de cielos para cabotaje en Chile por empresas aéreas de otros Estados, sin exigencias de reciprocidad. Para estos efectos, LATAM: (i) se abstendrá de ejercer cualquier clase de acción judicial, administrativa o de cualquier otra índole que retrase o impida tal apertura; y (ii) proporcionará ayuda a la autoridad sectorial, si así se le requiere, con el fin de concretar la señalada apertura unilateral.</p>
	<p>CONDICION DÉCIMA: Deber de compromiso en todo aquello que le fuere pertinente, a promover el crecimiento y la normal operación de los aeropuertos de Guarulhos en São Paulo y Arturo Merino Benítez en Santiago, a fin de facilitar el acceso de otras aerolíneas y, en particular, de la(s) aerolínea(s) entrante(s) en las rutas Santiago – São Paulo, Santiago – Río de Janeiro y Santiago – Asunción.</p>
	<p>CONDICION DÉCIMO PRIMERA: LATAM no podrá dar incentivos a las agencias de viaje en relación a metas porcentuales de su venta total u otras medidas equivalentes, cuya justificación económica sea reforzar abusivamente el poder de mercado de LATAM.</p>
	<p>CONDICIÓN DÉCIMO SEGUNDA: Deber de mantener en forma transitoria, salvo en casos de fuerza mayor: i) al menos 12 vuelos de ida y vuelta y sin escalas a la semana, operados directamente por LATAM en las rutas entre Chile y Estados Unidos y; ii) al menos 7 vuelos de ida y vuelta y sin escalas a la semana, operados directamente por LATAM en la rutas entre Chile y Europa. Esta obligación se mantendrá vigente mientras no se hayan cumplido las condiciones PRIMERA, SECTA, SÉPTIMA Y OCTAVA de la operación consultada.</p>
	<p>CONDICIÓN DÉCIMO TERCERA: Deber de no aumentar subir el precio de los pasajes aéreos para el transporte de pasajeros, correspondientes a las rutas Santiago – São Paulo y Santiago – Río de Janeiro. Además, no podrán incrementar sus respectivas tarifas, vigentes y publicadas a la fecha de la presente Resolución, para el tráfico de carga en cada una de las rutas entre Chile y Brasil. Esta condición se mantendrá vigente hasta que LATAM dé pleno cumplimiento a la CONDICION PRIMERA.</p>
	<p>CONDICIÓN DECIMO CUARTA: LATAM deberá contratar a un tercero independiente, a fin de que dicho tercero asesore a la Fiscalía Nacional Económica en los términos que se indican en la presente Condición Décimo Cuarta.</p>

9.3 Análisis de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC:

Tal como se mencionó al describir la operación, la fusión en comento se encontraba revestida de una gran complejidad tanto por las características propias del mercado (mercado de redes), como por la escala de las dos empresas consultantes, lo cual obligó a la autoridad a dictaminar una gran cantidad de medidas de mitigación que viabilizaran la operación en relación al bien jurídico libre competencia.

Sin perjuicio de lo señalado, a juicio de este trabajo existen riesgos relacionados al mercado interno de pasajeros que parecerían no haber sido debidamente contrarrestados a través de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC. Lo anterior, basado en el argumento empleado por el mismo Tribunal en virtud del cual la operación de concentración conllevaría una disminución en la competencia potencial al desaparecer uno de los únicos competidores que hubiese tenido la aptitud de desafiar de manera probable a la empresa dominante, en un mercado –que según se señaló- se encontraba altamente concentrado como el nacional, el que además, según explicó el propio TDLC contaba con características monopólicas y respecto al cual ya se habían constatado abusos unilaterales vinculados a sobreprecios por parte de LAN. En ese sentido, y teniendo en especial consideración los riesgos anticompetitivos, es que este trabajo se cuestiona si acaso la operación debió ser aprobada, todo lo cual se expondrá al analizar la medida de mitigación establecida por el TDLC para dichos efectos.

Para efectos explicativos el TDLC realizó una clasificación de las medidas de mitigación, la cual será seguida parcialmente en este trabajo para un mejor orden. Asimismo, se pondrá énfasis en aquellas medidas más cuestionadas en el proceso de consulta, así como la reclamación presentada por LAN y TAM frente a la Corte Suprema, entendiendo que varias de ellas fueron aceptadas por los consultantes sin que hayan sido replicadas.

i) Medidas estructurales:

a. Medidas que facilitan la entrada de nuevos competidores:

El aumento de la concentración producto de la fusión en la ruta Santiago – Sao Paulo, unida a las características del aeropuerto Guarulhos, el cual contaba con graves restricciones para la adquisición de *slots* para un eventual entrante, llevó al TDLC a estimar que aquello eliminaba la desafiabilidad de dicha ruta no habiendo suficiente presión competitiva frente a una eventual subida en los precios. Lo anterior, fue considerado particularmente peligroso en atención a la ubicación geográfica de Sao Paulo, ciudad que atendida las características de economía de red, se erigiría como una de las principales salidas de Chile al mundo (*hub*). Por lo mismo, el Tribunal decidió imponer como medida estructural **el Intercambio de slots de LATAM a Aerolíneas solicitantes y/o entrantes en el aeropuerto Guarulhos en Sao Paulo**, bajo las condiciones y modalidades establecidas en la condición N°1. Medida que a juicio de este trabajo resulta proporcionada y razonable en virtud de los riesgos descritos.

b. Renuncia de frecuencias a Lima:

Una segunda medida estructural, no tan pacífica como la anterior en cuanto a su imposición, fue la obligación establecida por el Tribunal en el sentido del **deber de renunciar a cuatro frecuencias de 5ª libertad a Lima, para que sean adjudicadas a otra aerolínea chilena interesada**⁵⁴⁸. Lo anterior, tuvo como fundamento el hecho de que LAN contara con el 100% de las 14 frecuencias de 5ª libertad para volar a Lima sin escalas, las cuales tenía asignadas de manera indefinida. Esto, teniendo en cuenta además que Lima era una de las principales puertas de salida de Chile al mundo o *hub*, hacía necesaria –a juicio del TDLC– la

⁵⁴⁸ TDLC. Resolución N°37/2011, Condición N°8.1.

entrada de un nuevo competidor en Chile que pudiese participar en tramos de largo recorrido, conformando su propia red⁵⁴⁹.

Lo anterior, fue cuestionado por los consultantes mediante recurso de reclamación conocido por la Corte Suprema, basados en argumentos como la falta de competencia del TDLC, ejercicio de potestades regulatorias de las que carecía, infracción a normas procesales y garantías fundamentales. Sin perjuicio de lo anterior, a juicio de este trabajo, el argumento más fuerte fue dado por el Ministro Sr. Menchaca en su voto disidente, quién señaló que la medida era excesiva y desproporcionada toda vez que LAN ya poseía el 100% de los derechos respecto al as frecuencias de 5ª libertad con anterioridad a la fusión, motivo por el cual el riesgo anticompetitivo no sería inherente a la fusión, lo que en palabras del disidente, el desprendimiento de dichas frecuencias fue: “(...) una medida que claramente va más allá de mitigar los efectos de la misma, y lo que pretende es mejorar las condiciones de competencia existentes antes de la Operación consultada”⁵⁵⁰. En consecuencia, y tal como se señalara en la sección 3.5 de este trabajo, el generar mejores condiciones competitivas no se condice con la finalidad de las medidas de mitigación, habiendo incurrido por tanto el TDLC en un exceso al haber pretendido imprimir una mayor competencia a la existente en un escenario pre-fusión.

Sin perjuicio de lo anterior, y aunque el argumento señalado no fue reproducido en plenitud por los reclamantes en los recursos deducidos, la Corte Suprema se pronunció respecto a la condición comentada, señalando categóricamente que el riesgo venía dado no por el monopolio de la ruta, sino que por la eliminación de TAM como un competidor potencial del mercado⁵⁵¹.

Reconociendo que se trata de un asunto controvertido, es opinión de este trabajo que si bien LAN tenía la totalidad de las frecuencias en dicha ruta de forma

⁵⁴⁹ Ibid., parte considerativa, N° 349.

⁵⁵⁰ Ibid.,

⁵⁵¹ Excma. Corte Suprema de Chile. 05.04.2012. Rol N° 9843-2011, considerando N°30.

indefinida, sin que pareciera que fuera a desprenderse de ellas, situación que no cambiaba por el hecho de materializarse la fusión, no es menos cierto que dadas las economías de redes que caracterizan a la industria y el tamaño de la escala necesaria para competir harían imposible o por lo menos muy difícil la eventual entrada de un competidor distinto de TAM, situación que se mantendría aún en la eventualidad de que existiese un cambio regulatorio que modificara el carácter indefinido de la frecuencia adjudicada o incluso si es que se otorgaran más frecuencias, debido a las características de la industria ya mencionadas. Lo anterior se condice además con lo señalado por el propio TDLC en el sentido de considerar como riesgo la eliminación de un competidor potencial que discipline el mercado como un riesgo propio de la operación⁵⁵².

ii) Medidas conductuales:

a. Medidas que faciliten la entrada de nuevos competidores:

El TDLC identificó como barrera de entrada la fidelización de los clientes a través de programas de pasajero frecuente, los cuales contribuían a reforzar la posición de dominio de una empresa basado en los beneficios que obtendrían los pasajeros si es que viajan con la misma compañía. De modo de evitar que esta práctica se mantuviera como una barrera de entrada, el TDLC impuso la **obligación de extender el programa de pasajero frecuente de LATAM a pasajeros de otra aerolínea** en las rutas Santiago – São Paulo, Santiago – Río de Janeiro, Santiago – Montevideo y Santiago – Asunción, siempre que ésta lo solicitara y por un plazo de 5 años, lo cual se materializaría mediante un contrato que contuviese las mismas condiciones otorgadas a miembros de su propio programa de fidelización⁵⁵³. La medida de mitigación en comento parece ser razonable para morigerar los riesgos producidos por la utilización de programas de fidelización como barrera de entrada al mercado.

⁵⁵² TDLC. Resolución N°37/2011, parte considerativa, N° 20 y 21.

⁵⁵³ Ibid., Condición N°2.

Por otro lado, otra de las circunstancias que pretendió mitigar el Tribunal fue la dificultad con la que contaban los entrantes al momento de ingresar al mercado vinculada con la oferta de destinos, los cuales dependían en gran medida de la extensión de la red de la compañía, así como los acuerdos que ésta tuviese con otras aerolíneas, hecho que resultaba determinante para los pasajeros al momento de contratar el servicio. En ese sentido, el TDLC estableció **la obligación de suscribir Acuerdos de Interlinea con aquellas aerolíneas interesadas**⁵⁵⁴ que operaran rutas en las rutas Santiago – São Paulo, Santiago – Río de Janeiro y/o Santiago – Asunción, y que así se lo solicitaran, debiendo hacerlo en condiciones iguales o equivalentes a las mejores condiciones ofrecidas por LATAM a un socio de la alianza a la que ella pertenezca, la cual podría ser suscrita desde la materialización de la operación hasta 12 meses después de que cumplida la Condición N°1.

b. Medidas para prevenir la comisión de conductas unilaterales abusivas por parte de LATAM:

El TDLC identificó como práctica común de la industria de transporte el hecho de replicar la oferta de un nuevo entrante agregando vuelos con el o los mismos horarios escogidos por la nueva compañía⁵⁵⁵. En virtud de lo anterior, y en vista de que a juicio del TDLC un aumento en la oferta en el mismo horario “tenga un ánimo distinto al exclusorio”⁵⁵⁶, el Tribunal decidió establecer como condición el **congelamiento de la oferta Respecto del Itinerario del Nuevo Entrante en la Ruta Santiago - São Paulo**, la cual debía regir desde la fecha en la que reciba la solicitud de slots indicada en la Condición N°1, por un plazo de 12 meses después de la fecha en que se realice efectivamente el intercambio del respectivo *slots*, en

⁵⁵⁴ Ibid., Condición N°3.

⁵⁵⁵ Ibid., parte considerativa, N° 330.

⁵⁵⁶ Ibid.,

el periodo que medie entre 15 minutos antes y 15 minutos después del itinerario de vuelo correspondiente a el o los *slots* intercambiados con LAN o TAM⁵⁵⁷.

Sin perjuicio de los argumentos esgrimidos por el TDLC, en este trabajo considera que la medida pudo no haber resultado del todo eficaz para prevenir el riesgo identificado, toda vez que si bien se protegen los *slots* de la empresa entrante, no se considera ser razonable desde la sustituibilidad de la demanda, toda vez que 15 minutos no parecen suficientes para diferenciar la oferta de LATAM y la del nuevo entrante. En ese mismo sentido se manifestó el Ministro disidente Sr. Velozo, quien criticando dicha condición señaló que esta: “puede ser fácilmente cumplida en su letra pero no en su espíritu”⁵⁵⁸.

Con el objetivo proteger de los eventuales abusos unilaterales dentro del mercado interno, el TDLC **complementó el plan de autorregulación de LAN**⁵⁵⁹ aprobado por la Resolución N° 9/2005, motivado por el hecho de que este último no habría cumplido con los objetivos de limitar las tarifas de las rutas domésticas en que LAN poseía una posición altamente dominante⁵⁶⁰, principalmente en aquellas en donde LAN no enfrentaba competencia alguna. Para dichos efectos, el TDLC, mediante la medida en comento, realizó modificaciones en la forma de computar los ingresos por pasajero (*yield*), estipulando también que para dicho cómputo se considerara a cualquier empresa perteneciente al grupo LATAM. Asimismo, se añadió la ruta Santiago-Bogotá para efectos de obtener las tarifas.

A juicio de este trabajo, la medida establecida por el Tribunal no es efectiva para mitigar los riesgos identificados por el mismo Tribunal y es contraria al razonamiento que el mismo empleó al identificarlos. Lo anterior, guarda relación – en primera instancia- con la desaparición del principal competidor que podría haber desafiado a LAN dentro del mercado nacional. En ese sentido, el mismo

⁵⁵⁷ Ibid., parte resolutive, Condición N°4.

⁵⁵⁸ Ibid., voto de minoría ministro Sr. Velozo, considerando N°25.

⁵⁵⁹ Ibid., Condición N°5.

⁵⁶⁰ Ibid., parte considerativa, N° 331.

TDLC identificó como riesgo el hecho de que la eliminación de TAM como competidor impidiese la posibilidad de que ésta última aerolínea potencie a alguna otra dentro del mercado nacional, permitiéndole hacer conexiones desde y hacia el extranjero, en caso de que LAN decidiera aumentar sus precios⁵⁶¹. En consecuencia, no es posible avizorar cómo es que la medida de mitigación señalada podría contribuir a contrarrestar dicho riesgo. En esa misma línea, una vez materializada la fusión, existirían incentivos para que los competidores de la ruta interna negocien acuerdos interlinea con la fusionada, de modo de ampliar su red al resto de Sudamérica, aumentando de este modo los riesgos de cooperación.

Además de lo anterior, parece razonable lo señalado por el Ministro disidente Sr. Velozo en torno a la ineficacia del plan de autorregulación de LAN para las tarifas nacionales, toda vez que la participación de LAN en las rutas denominadas Competitivas, que sirven de base para elaborar aquellos precios de las rutas donde no existe otro competidor, fue de un 77%, por lo que a juicio del disidente “es poco probable que todas estas tarifas serían las que prevalecerían en un mercado competitivo”⁵⁶². El disidente consignó además la existencia de un problema de incentivos, lo anterior debido a que bajo la lógica del plan de autorregulación se puede producir como efecto que: “La empresa fusionada esté menos dispuesta a reducir sus tarifas en las llamadas rutas Competitivas, porque automáticamente ello implica una pérdida de beneficios en las rutas donde no tiene competencia, por lo que el supuesto de que con este Plan se traspasan los menores precios de las así llamadas rutas Competitivas a las que no lo son no se cumple, como se consigna en la Resolución”⁵⁶³.

Es por lo anterior que a juicio de este trabajo no parece que la medida de mitigación establecida por el TDLC sirva como contrapeso efectivo a los riesgos anticompetitivos generados en relación al mercado interno, principalmente

⁵⁶¹ Ibid., parte considerativa, N° 203 y 204.

⁵⁶² Ibid., voto de minoría ministro Sr. Velozo, considerando N°26.

⁵⁶³ Ibid.,

aquellos que deriven de la pérdida de desafiabilidad del mercado como consecuencia de la desaparición de uno de los competidores más importantes, todo lo cual se agrava si se tiene en consideración las características monopólicas en que opera la empresa dominante.

En consecuencia y descartando la efectividad de la medida de mitigación propuesta por el TDLC, la operación sólo sería viable en virtud de las eficiencias generadas por la misma, las cuales no son posibles de inferir a partir de la evidencia acompañada al proceso. En ese sentido, de no poder ser subsanado el riesgo antes descrito, este trabajo es de la opinión de que el TDLC debería haber barajado la hipótesis de rechazo como posible solución. Lo anterior, se ve reflejado en el hecho de que no existió unanimidad al momento de aprobar la operación.

c. Medidas que previenen riesgos de coordinación:

Una de las medidas de mitigación establecidas por el TDLC para efectos de disminuir los riesgos de coordinación y que además resulta natural y obvia considerando la magnitud de la operación, fue el establecimiento del **deber de renunciar a pertenecer a dos alianzas globales simultáneamente**⁵⁶⁴. Lo anterior, resultaba evidente si se consideraba la reducción de la competencia que implicaba la operación de concentración analizada, puesto que una eventual suscripción a ambas alianzas globales se hubiese erigido como un grave impedimento para la desafiabilidad del mercado. Para dicho propósito, el TDLC también tuvo en consideración la existencia de Avianca/Taca como potencial competidor de LATAM en la región, toda vez que la medida comentada estableció también que la alianza a la cual perteneciera LATAM debería ser distinta a aquella a la que pertenezca el grupo Avianca/Taca, ya sea como miembro o asociado.

⁵⁶⁴ Ibid., Condición N°6.

En ese mismo sentido, y con la finalidad de eliminar los riesgos de coordinación que obstaculicen el ingreso de otro competidor al mercado, el Tribunal procuró la **eliminación y revisión de los acuerdos de Código Compartido**⁵⁶⁵. Para dichos efectos, LATAM se encontraba compelido, por un lado, a renunciar a los acuerdos de Código en compartido ciertas rutas ⁵⁶⁶ con líneas aéreas que no pertenezcan a la alianza mundial a la que LATAM hubiere optado, y por otro, a consultar en virtud del artículo 18 N°2 en relación a la posible suscripción de dichos acuerdos a futuro. Además de aquello, el Tribunal impuso una restricción especial en relación a Avianca/Taca, motivado por las circunstancias explicadas en el párrafo anterior, y en virtud de la cual la fusionada no podría celebrar ni mantener acuerdos de código compartido, además de las rutas señaladas, en aquellas restantes rutas internacionales dentro de Sudamérica en que se superpongan los servicios de transporte aéreo de alguna de ellas con los servicios de LATAM o de sus empresas matrices, filiales, coligadas y/o relacionadas. Asimismo y frente al riesgo de que los acuerdos interlinea se transformaran en sustitutos para la coordinación, el TDLC estableció la obligación de que estos sean comunicados a la FNE en virtud de lo dispuesto en el artículo 39, letra d), del Decreto Ley 211, siempre que pertenezcan a otras Alianzas Globales.

La medida antes señalada fue objeto de recurso de reclamación deducido por LAN y TAM. Los argumentos de mayor relevancia esgrimidos para efectos de este trabajo fueron los siguientes: En primer lugar, se señaló que el TDLC no contaba con facultades suficientes para establecer dicha medida de mitigación debido no había sido propuesta por ninguno de los intervinientes, incluyendo a la FNE. Asimismo, también se argumentó que al no identificar los riesgos que pretendía mitigar, el TDLC estaba estableciendo una medida de mitigación que

⁵⁶⁵ Ibid., Condición N°7.

⁵⁶⁶ En aquellas rutas que tengan origen o destino en Chile o que conecten Chile con aeropuertos de llegada o salida en Norteamérica o Europa, sea en vuelos directos o con una escala en Sudamérica; ii) en los tramos intermedios de las rutas indicadas, es decir, si por ejemplo la ruta a Europa es Santiago – São Paulo – Madrid, tampoco podrá celebrar este tipo de acuerdos en la ruta Santiago – São Paulo ni en la ruta São Paulo – Madrid.

escaparía a las finalidades del artículo 18 N°2, cual es la remoción de la tipicidad y de antijuridicidad de la operación, razón por la cual los reclamantes alegaron que la medida carecería de proporcionalidad. Finalmente, los reclamantes también adujeron que la medida se trataría de una de las sanciones establecidas en el artículo 26, escapando ésta a la naturaleza administrativa no sancionatoria del artículo 18 N°2 del Decreto Ley 211.

En relación a dichas alegaciones, la Corte Suprema -en forma correcta a juicio de este trabajo- recalcó, en primer término, las facultades amplias del TDLC para la imposición de medidas de mitigación, atribuciones que en palabras de la Excma. Corte: “lo faculta para conocer y evaluar todos los aspectos de la actividad económica sometida a su conocimiento, puesto que es objetivo de su actuación el deber de cautelar el bien esencialmente institucional de la libre competencia”⁵⁶⁷, efectos para los que se concluye que el Tribunal habría obrado dentro del ámbito de sus atribuciones.

En relación a la ausencia de justificación de los riesgos, el Supremo Tribunal señaló que los riesgos se encontraban debidamente acreditados, descartando las alegaciones de los reclamantes. En resumen, los argumentos esgrimidos por la Corte Suprema para justificar la necesidad de establecer medidas de mitigación fueron: (i) cautelar que LATAM siga compitiendo a lo menos con la alianza contraria; (ii) precaver los riesgos de coordinación de LATAM con sus competidores debido a que a mayor grado de cooperación entre las aerolíneas aumentan los riesgos descritos; y (iii) verificar que los acuerdos de código compartido no sirvan a LATAM para obstaculizar la entrada de otras aerolíneas que quieran operar hacia o desde Chile.

Finalmente, y en relación al argumento que señalaba que la medida implicaba la aplicación de una de las sanciones establecidas en el artículo 26, la Corte Suprema fue enfática en resolver que el TDLC no tiene limitación normativa

⁵⁶⁷ Excma. Corte Suprema de Chile. 05.04.2012. Rol N° 9843-2011, considerando N°8.

en relación al ejercicio de la potestad consultiva en cuanto a qué medida imponer, recalcando que el Tribunal, en el ejercicio de su potestad consultiva, no realiza un juicio de reproche, sino que únicamente constata la compatibilidad del asunto consultado con el bien jurídico protegido por el Decreto Ley 211⁵⁶⁸. De lo anterior se deduce que es perfectamente posible que el TDLC imponga medidas de mitigación que puedan ser similares a las sanciones que están contempladas en el artículo 26, siendo relevante para su diferenciación el carácter preventivo de dichas medidas cuya atribución normativa proviene del artículo 18 N°2 del Decreto Ley 211, en contraposición al carácter represivo, consecuencia de un juicio de reproche, en virtud del cual el TDLC puede imponer las sanciones emanadas del artículo 26 del mismo cuerpo legal, como consecuencia del ejercicio de su potestad jurisdiccional.

d. Medidas adicionales:

El TDLC además estimó que era necesario imponer medidas adicionales de distinta índole.

Una de las más importantes, y que vino a complementar la enajenación de 4 frecuencias de 5ª libertad a Lima para ser adjudicadas a aerolíneas chilenas, fue la **abstención de participación de LATAM en licitaciones de derechos de tráfico entre Santiago y Lima**⁵⁶⁹. Lo anterior, siempre y cuando existieran aerolíneas chilenas interesadas en operar las frecuencias respectivas y que LATAM poseyera el 75% o más de tales frecuencias sin escalas, asignadas y por asignar a Chile. En caso de no haber aerolíneas chilenas interesadas, LATAM podría adjudicarse dichas frecuencias por un máximo de 5 años⁵⁷⁰. Como se señaló, lo anterior, tuvo por finalidad servir de complemento a la renuncia de derechos en la ruta ya analizada, de modo de poder generar las condiciones que permitan la entrada de algún eventual competidor, dado que al materializarse la

⁵⁶⁸ Ibid., considerando N°12.

⁵⁶⁹ TDLC. Resolución N°37/2011, Condición N°8.2.

⁵⁷⁰ Ibid., Condición N°8.3.

fusión se eliminaría la presión que TAM imprimía en la ruta descrita, lo cual se veía agravado por el hecho de que dichas frecuencias adjudicadas por LAN de manera indefinida, las que se traducían en barreras de entrada a dicho mercado.

Dicho razonamiento también fue contrariado por los reclamantes frente a la Corte Suprema, quienes argumentaron que el TDLC se había extralimitado en sus facultades al realizar una distribución de frecuencias cuya regulación correspondía al legislador a través de la Ley de Aviación Civil⁵⁷¹. Al mismo tiempo, y en relación a lo anterior, señalaron que una medida de tal naturaleza sólo sería compatible si es que no se contaba con la voluntad de LAN, motivo por el cual se había suscrito un acuerdo extrajudicial con la FNE para dichos efectos⁵⁷². Finalmente, adujo que la decisión del TDLC implicaba una infracción a las garantías de la igualdad ante la ley y a la igual repartición de las cargas públicas, al fijar un estatuto y regulación sólo para LATAM, así como también al derecho a desarrollar cualquier actividad económica, vulnerando también el derecho de propiedad sobre derechos incorporales que emanan de aquellas frecuencias a las que se le hizo renunciar⁵⁷³.

Respecto a las alegaciones arriba mencionadas, la Corte Suprema fue clara en señalar que las garantías constitucionales ceden en la especie frente a normas de orden público económico, como lo son aquellas contenidas en el Decreto Ley 211. Sin embargo, a juicio de este trabajo no pareciera que la amplitud de las atribuciones del TDLC ejercida a través de la potestad consultiva pueda alcanzar materias propias de ley, las cuales se encuentran vedadas a cualquier otro órgano que no sea el Congreso Nacional, tal como lo serían aquellas reguladas en la Ley de Aviación Civil, el cual establecía el procedimiento para la asignación de dichas frecuencias⁵⁷⁴. En consecuencia, si bien la medida impuesta por el TDLC resulta razonable desde un punto de vista de la libre competencia, aparece –a juicio de

⁵⁷¹ Excma. Corte Suprema de Chile. 05.04.2012. Rol N° 9843-2011, parte expositiva.

⁵⁷² Acuerdo Extrajudicial celebrado entre la FNE y LAN con fecha 27 de enero de 2011.

⁵⁷³ Excma. Corte Suprema de Chile. Rol N° 9843-2011, parte expositiva.

⁵⁷⁴ Decreto Ley N° 2564.

este trabajo– como una extralimitación en las atribuciones del TDLC, el cual, a lo sumo podría sugerir modificaciones a dicha ley.

Otras de las medidas de mitigación establecidas por el TDLC bajo el título de “medidas adicionales” fue el deber de tener una **posición favorable de LATAM ante la apertura unilateral de cielos**⁵⁷⁵ consistente, entre otras, en renunciar a cualquier recurso judicial que impida tal apertura, así como a proporcionar ayuda para efectos de la apertura. Por otro lado, se estableció como medida de mitigación un **compromiso de LATAM frente al acceso a las instalaciones aeroportuarias**⁵⁷⁶ para efectos de no obstaculizar el crecimiento de los aeropuertos que operan las rutas Santiago Sao – Pablo, Santiago – Rio y Santiago – Asunción. Finalmente, el TDLC también se hizo cargo del riesgo anticompetitivo relacionado con las prácticas de estímulos para las agencias de viaje, **prohibiendo brindar incentivos a agencias de viaje en relación a las metas porcentuales de su venta total u otras equivalentes, que tengan como justificación reforzar la posición dominante de LATAM**⁵⁷⁷

e. Medidas transitorias:

El TDLC, con el objeto de cautelar la libre competencia mientras se verificaba el cumplimiento de las distintas medidas impuestas, estableció una serie de medidas de mitigación de carácter temporal.

La primera de ellas guardó relación con el mantenimiento de ciertas rutas chilenas desde y a EEUU y Europa que podrían verse amenazadas en su calidad o frecuencia como consecuencia de la operación objeto de análisis. Lo anterior, se justificaba como respuesta a una posible reducción de vuelos directos de larga distancia desde Chile y hasta Chile, en virtud de la necesidad de LATAM de aumentar el tráfico en sus *hubs* de modo de obtener las eficiencias propias de las

⁵⁷⁵ TDLC. Resolución N°37/2011, Condición N°9.

⁵⁷⁶ Ibid., Condición N°10.

⁵⁷⁷ Ibid., Condición N°11.

economías de redes. En consecuencia, el TDLC para asegurar la frecuencia como la calidad del servicio, impuso la **obligación de mantener a lo menos 12 vuelos ida y vuelta y sin escalas a la semana operados por LATAM en las rutas de Chile y Estados Unidos y; al menos 7 vuelos ida y vuelta y sin escalas a la semana operados directamente por LATAM en las rutas entre Chile y Europa**⁵⁷⁸, obligación que debía mantenerse vigente hasta el cumplimiento de las condiciones N°1, 6, 7 y N°8.

Asimismo, teniendo a la vista el aumento en la concentración del mercado en las rutas de pasajeros que operan entre Chile y Brasil, y en virtud de los riesgos detectados que implicaba la operación desde su concreción a la materialización de sus medidas, el TDLC ordenó a través de la mantención de yields para pasajeros, el **congelamiento de los precios de los pasajes aéreos para el transporte de pasajeros, correspondientes a las rutas Santiago – Sao Paulo y Santiago – Rio de Janeiro. Asimismo, prescribió que LATAM no podría incrementar sus tarifas, vigentes y publicadas a la fecha de la Resolución en comento, para el tráfico de carga en casa una de las rutas entre Chile y Brasil.** Ambas restricciones estarían vigentes hasta que LATAM diera pleno cumplimiento a lo señalado en la Condición N°1⁵⁷⁹.

f. Medidas de fiscalización y control:

El TDLC encomendó a la FNE, en virtud de las facultades conferidas en el artículo 39), letra d) del Decreto Ley 211, velar por el cumplimiento de la Resolución, encargando a dicha autoridad el seguimiento, monitoreo y fiscalización del cumplimiento de las medidas de mitigación establecidas en la Resolución en comento.

⁵⁷⁸ Ibid., Condición N°12.

⁵⁷⁹ Ibid., Condición N°13.

La novedad venía dada por la circunstancia de que el TDLC **estableció como medida el deber para LATAM de contratar un tercero independiente**⁵⁸⁰ a con la finalidad de que asesore a la FNE en su tarea fiscalizadora, por un periodo de 36 meses, señalando para dichos efectos el procedimiento mediante el cual debería ser elegida dicha empresa.

Es importante señalar que la designación de un tercero abocado a la fiscalización, si bien resulta una práctica normal en el derecho comparado, fue una medida sin precedentes dentro de la jurisprudencia del TDLC, lo que al mismo plantea dudas acerca de su legalidad en relación a la posibilidad de otorgar a un tercero facultades fiscalizadoras en virtud de lo dispuesto en el Decreto Ley 211.

En efecto, dentro de las atribuciones de las cuales el TDLC invistió a dicho consultor para fiscalizar a LATAM se encuentran, entre otras: el acceso irrestricto, total, permanente y continuo, tanto fuera como dentro de Chile, a sus bases de datos, sistemas, contabilidad y contratos; el acceso a su documentación corporativa, legal, operacional, financiera, contable y tributaria; y, el acceso a sus instalaciones, oficinas, centros de procesamiento de datos o de llamadas, servidores e inmuebles⁵⁸¹. Además, el TDLC estableció una enumeración de deberes de dicho consultor, señalando expresamente que dicha lista no tenía un carácter taxativo⁵⁸².

Las facultades enunciadas anteriormente carecen - a juicio de este trabajo - del fundamento jurídico suficiente para ser implementadas como medidas de mitigación por parte del TDLC, siendo por tanto contrarias a derecho. Lo anterior, debido a que si bien la designación de un tercero podría ser una medida que contribuya a la fiscalización de las medidas impuestas (tal como ocurre en el derecho comparado), no se avizora ninguna disposición legal que permita dotar de facultades a un tercero distinto a la FNE para dichos efectos. Lo anterior, es

⁵⁸⁰ Ibid., Condición N°14.

⁵⁸¹ Resolución N°37/2011, Condición N°14.7.

⁵⁸² Ibid., Condición N°14.8.

particularmente evidente si es que se tiene en cuenta de que ya es cuestionable el hecho de que la FNE tenga facultades así de intrusivas para efectos de llevar a cabo una medida de mitigación como la analizada, lo anterior en virtud de lo establecido para dichos efectos por el artículo 39 letra d) del Decreto Ley 211.

El establecimiento de un tercero fiscalizador fue sustento del recurso de reclamación presentado por los consultantes, quienes argumentaron, dentro de otras cosas, que: “el TDLC carece de competencia para ampliar las facultades que la ley le ha otorgado a la FNE y para crear y dotar de facultades a un nuevo ente, como es el consultor, o para regular la forma como debe investigarse o fiscalizarse el cumplimiento de la Resolución”⁵⁸³. Además, se señaló por parte de los reclamantes que dichas facultades, en virtud de los artículo 19 N°3 y N°5 pertenecen al legislador, estableciendo el Decreto Ley 211 que quién se encuentra expresamente facultado por dicha ley es la FNE como ente público en resguardo del interés colectivo. Asimismo, los reclamantes hicieron referencia al artículo 39 letra n), el que contiene medidas intrusivas similares para las investigaciones de la FNE, las cuales están sujetas a control por parte de un Ministro de Corte de Apelaciones. Por último, y en virtud de lo señalado, los reclamantes alegaron la vulneración de las garantías de la igualdad ante la ley, por crear un mecanismo ad-hoc más intenso y extenso para LATAM, así como la garantía del debido proceso en virtud de la intrusividad de las facultades otorgadas al tercero fiscalizador, las cuales carecían a juicio de los reclamantes de la justicia y racionalidad mínimas establecidas en general por el legislador. Todo lo anterior, redundaría en una falta de proporcionalidad en las medidas, así como una vulneración del principio de reserva legal⁵⁸⁴.

La Corte Suprema, al dictar sentencia, obvió pronunciarse sobre el fondo de las alegaciones señaladas en los párrafos precedentes⁵⁸⁵, desestimándolas y remitiéndose sólo a lo que se refería a la motivación de la medida, la cual -a juicio

⁵⁸³ Excma. Corte Suprema de Chile. 05.04.2012. Rol N° 9843-2011, parte expositiva.

⁵⁸⁴ Ibid.,

⁵⁸⁵ Ibid., considerando N°30, 31 y 32.

de la Excma. Corte- se encontraba justificada en virtud de un riesgo concreto y real de que se produzca un daño, señalando escuetamente que para efectos del cumplimiento de las demás medidas, resultaba indispensable la condición décimo cuarta relativa a su fiscalización⁵⁸⁶.

En relación a lo expuesto, este trabajo considera válidos los argumentos de deducidos en el recurso de reclamación, por lo cual sostiene que la imposición de una medida de dicha naturaleza podría solo haber sido encargada a un organismo como la FNE, ente especialmente facultado por el Decreto Ley 211 para velar por el cumplimiento de las decisiones del TDLC en virtud de lo señalado por el artículo 39 letra d) del mismo cuerpo legal.

10. RESOLUCIÓN N°41/2012: CONSULTA DE FNE RELATIVA A LA ADQUISICIÓN POR PARTE DE RADIODIFUSIÓN SPA DE CONCESIONES DE RADIODIFUSIÓN DE COMUNICACIONES HORIZONTE LTDA.⁵⁸⁷:

10.1 Descripción de la operación:

Con fecha 2 de diciembre de 2011, Comunicaciones Horizonte Ltda. (“Horizonte”) celebró un contrato de promesa de compraventa con Inversiones TV-Medios Limitada (“inversiones” o “Canal 13”) respecto de la propiedad o uso de 11 concesiones de radiodifusión sonora por las cuales operaban los radios “Oasis” y “Horizonte”, siendo cedida por la compradora su posición contractual a su relacionada Radiodifusión SpA (“Radiodifusión”). En el marco de lo señalado, lo que se buscaba transferir era: (i) 11 concesiones de radiodifusión en FM; (ii) las

⁵⁸⁶ Ibid., Considerando N°31.

⁵⁸⁷ Consulta realizada en virtud de lo señalado por el artículo 38 de la Ley de Prensa: “Con todo, tratándose de medios de comunicación social sujetos al sistema de concesión otorgada por el Estado, el hecho o acto relevante deberá contar, previo a su perfeccionamiento, con informe de la Fiscalía Nacional Económica referido a su efecto sobre la competencia, la que deberá emitirlo dentro de los treinta días siguientes a la recepción de los antecedentes. En caso que el informe sea desfavorable, el Fiscal Nacional Económico deberá comunicarlo al Tribunal para efectos de lo dispuesto en el artículo 31 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. De no evacuarse el informe dentro del referido plazo, se entenderá que no amerita objeción alguna por parte de la Fiscalía”.

marcas “Oasis y “Horizonte”; y, (iii) activos para la explotación y desarrollo del negocio radial.

Así y como consecuencia de estar Radiodifusión relacionada (en términos del artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores) a sociedades que eran titulares y operaban concesiones de radiodifusión (Canal 13 SpA, Comunicaciones Phillips Ltda., Pontificia Universidad Católica y Sociedad Radioemisoras del Norte S.A.), es que la operación consultada se trataba de una operación de concentración horizontal. Lo anterior, sin perjuicio de los efectos que la misma podía producir teniendo a la vista el hecho de que la adquirente además operaba uno de los principales canales de televisión abierta dentro del país.

En relación a lo último, el TDLC consideró importante recalcar respecto a las características de la operación el hecho de que el avisaje en TV y el avisaje radial eran complementarios en relación a sus costos, por lo que era necesario revisar el poder de mercado y los posibles efectos anticompetitivos atendiendo dicha consideración. En ese sentido, el Tribunal señaló que la operación podía producir lo que se denomina “efecto portafolio”⁵⁸⁸, el cual en el presente caso podía ser positivo (disminución del precio, economías de ámbito por costos conjuntos de dichos servicios). Sin embargo, también podría conllevar efectos negativos, los que se referían a la posibilidad de extender el poder que se tiene en uno de los mercados hacia el otro, mediante estrategias como las ventas atadas, el empaquetamiento y la discriminación arbitraria de precios, entre otras⁵⁸⁹.

En relación al **mercado relevante**, el TDLC estableció que el mercado del producto era el de radiodifusión sonora en FM, el cual incluía los servicios de programación y de avisaje radial (lo anterior, sin perjuicio de los efectos de la participación en el mercado de televisión abierta ya mencionados). En relación al

⁵⁸⁸ Estos aparecen debido a: (i) existencia de bienes complementarios; y, con (ii) costos conjuntos en la producción de bienes independientes, desde un punto de vista de la demanda.

⁵⁸⁹ TDLC. Resolución N°41/2012, parte considerativa N° 11.6.

mercado geográfico, se determinó que éste correspondía a todo el territorio nacional en virtud de la participación de la fusionada en gran parte del mismo.

El TDLC no identificó un aumento significativo en la **concentración** del mercado como consecuencia de la Operación, el cual se caracterizaba por la presencia de una demanda bilateral, en el que se competía por atraer dos tipos de consumidores: los auditores (medidos por *rating*) y los avisadores. En relación a lo anterior, el porcentaje de participación la empresa fusionada en un escenario post-fusión sería de 10,8% en términos de *rating* total; de 7,7% del total de la inversión publicitaria en radios; y, un 11,8% en relación al total de concesiones radiales en Santiago. Así las cosas, la operación no significaba un aumento significativo de la concentración, encontrándose la fusionada lejos de alcanzar el porcentaje de participación de las empresas con mayor presencia en el mercado.

En cuanto a las **barreras de entrada**, el TDLC estimó que la principal de ellas correspondía a la disponibilidad de espectro radioeléctrico, dado que existía un número limitado de frecuencias asignadas por la Subtel, las cuales podían ser adquiridas por vía de transferencia o a través de concursos. Sin embargo, lo anterior resultaba difícil debido a que el concesionario anterior tenía preferencia en la adjudicación.

El TDLC, en virtud de la baja participación de la fusionada en el mercado de radiodifusión sonora y sin perjuicio de las barreras de entrada, consideró que la operación no implicaba ningún riesgo para dicho mercado. Sin embargo, estableció la existencia de **riesgos anticompetitivos** derivados del poder de mercado que tendría canal 13 en el mercado televisivo, el cual podría inducir a atentados anticompetitivos en relación a la complementariedad en los servicios entregados a través de las radioemisoras y la televisión, producto del ya mencionado “efecto portafolio”.

En relación a lo anterior, el Tribunal identificó la existencia de posibles estrategias exclusorias provenientes de una eventual atamamiento de la compra de avisaje en el canal de TV a la compra de publicidad en las radios de los mismos propietarios, o bien, la posibilidad de que se otorgaran minutos gratuitos de avisaje en radio por comprar avisaje en el canal de TV. Asimismo, se identificó la existencia de riesgos relacionados a una posible discriminación arbitraria, los cuales incluían subsidios cruzados, a través de la promoción del canal en sus propias radios, y discriminación propiamente tal, mediante la marginación de otras radioemisoras impidiéndoles realizar publicidad en el canal de televisión de propiedad de la fusionada, situación extrapolable al caso de canales de televisión que quisieran avisar en radios de la fusionada.

Finalmente y en relación a las **eficiencias**, el Tribunal identificó aquellas propias del “efecto portafolio” vinculadas principalmente a economías de ámbito, así como la comercialización conjunta de bienes complementarios, los que podrían derivar en menores tarifas o mejor calidad programática.

Por tanto, si bien la operación consultada resultaba inocua en relación a los efectos anticompetitivos respecto al mercado de la radiodifusión sonora, principalmente debido al mínimo aumento en la concentración de la industria, el TDLC sostuvo que el fenómeno de la convergencia tecnológica y la multiplataforma conllevarían ciertos riesgos vinculados al desincentivo en el ingreso y expansión de competidores más pequeños en el mercado radial⁵⁹⁰. Por lo anterior, estimó que deberían ser aplicadas medidas que permitieran mitigar los riesgos, las cuales se detallan a continuación:

10.2 Sistematización de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC:

Tabla 10

MEDIDAS ESTRUCTURALES	MEDIDAS CONDUCTUALES
-----------------------	----------------------

⁵⁹⁰ TDLC. Resolución N°41/2012, parte considerativa N° 17.3.

	CONDICIÓN PRIMERA: Prohibición de ventas atadas. No podrán imponer a un avisador o agencia de medios, la obligación de publicitar tanto en televisión como en una o más radios, bajo sanción de no poder publicitar en ninguno de dichos medios, señalándose que los avisadores y agencias de medios son libres para publicitar separadamente en los medios que estimen conveniente.
	CONDICIÓN SEGUNDA: Condiciones para la venta conjunta o multiplataforma. Podrán vender espacios publicitarios en distintos medios o plataformas, bajo las siguientes condiciones: (i) que los avisadores y agencias de medios puedan adquirir por separado uno o más de los espacios publicitarios agrupados; y, (ii) que el precio de los espacios publicitarios agrupados sea superior, a lo menos, al precio de venta por separado del producto o servicio integrante de mayor valor; o bien, que el precio del paquete de espacios publicitarios sea mayor a la suma de los precios de cada uno de los bienes que integra el paquete, vendido por separado, excluyendo de tal resultado, el precio del de menor valor (es decir, el precio de un paquete compuesto por "n" bienes, debe ser superior a la suma de los "(n-1)" bienes de mayor valor).
	CONDICIÓN TERCERA Prohibición de discriminaciones arbitrarias contrarias a la libre competencia. No podrán realizar discriminaciones arbitrarias -incluyendo subsidios cruzados- que sean contrarias a la libre competencia.
	CONDICION CUARTA: Separación de los negocios de radio y televisión. Estructurar y mantener los negocios de radiodifusión sonora y televisiva en empresas legalmente independientes y separadas, aún cuando se encuentren relacionadas. Para ello, dentro del plazo de un mes contado desde que quede firme esta Resolución, se deberán iniciar los trámites pertinentes ante la Subsecretaría de Telecomunicaciones y la Fiscalía Nacional Económica;
	CONDICIÓN QUINTA: Limitación de la cláusula de no competencia. La cláusula de no competir contenida en el contrato de promesa de compraventa deberá limitarse a dos años contados desde la suscripción del contrato prometido. La obligación de no competir regirá respecto de todo el territorio nacional.

10.3 Análisis de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC:

La Resolución en comento no presentó mayores inconvenientes para el Tribunal desde el punto de vista del mercado relevante, debido a que, como se señaló, los niveles de concentración alcanzados por la fusionada en el mercado de la radiodifusión no representaban un riesgo para la libre competencia.

Sin embargo, vale la pena detenerse en los riesgos detectados por el Tribunal como consecuencia de la convergencia entre la televisión y la radiodifusión, el cual motivó la aplicación de medidas de mitigación, las cuales como consta en el expediente fueron aceptadas de manera incontrovertida por la fusionada.

A ese respecto la Ministra disidente Sra. Domper, estuvo por aprobar la operación de concentración sin la necesidad de establecer las 'condiciones' N°1 y 2. Lo anterior, motivado por varias consideraciones, dentro de las cuales se encontraba la falta de evidencia que permitiera asumir la existencia de riesgos anticompetitivos como consecuencia del denominado "efecto portafolio", por no constar en el expediente información suficiente que permitiera asumirlo⁵⁹¹. En ese sentido, Canal 13 no tendría el poder de mercado suficiente para generar riesgos de portafolio y de tenerlos, serían insuficientes debido al contrapeso que ejercían las agencias de medios, en virtud de lo señalado en la Resolución N° 40/2012.

En vista de lo señalado, este trabajo considera que habría habido una vulneración a la nota de realidad señalada en el apartado 1.6 de este trabajo, en virtud de la cual la evidencia que permita establecer la ilicitud de la operación, ya sea total o parcial, debe constar en el expediente. Lo anterior, no habría sucedido en este caso, toda vez que el TDLC no respalda su aseveración con evidencia concreta en relación a la producción de los riesgos señalados, lo anterior parece quedar confirmado por la opinión de la disidente Sra. Domper. En consecuencia,

⁵⁹¹ En ese sentido, la Ministra disidente Sra. Domper, expresó lo siguiente: "Los demandantes de avisaje televisivo y radial no serían exactamente los mismos y además no se dispone de información referente a si la valoración de la compra conjunta de ambos bienes es positiva o no. Si no lo fuera, disminuye el incentivo a comprar ambos servicios en conjunto. Como se señala en esta Resolución, se tiene información referente a que un 32% de quienes invierten en avisaje televisivo en Canal 13 también lo hacen en avisaje radial en las emisoras de su propiedad. Respecto del restante 68% no se dispone de información en el expediente. Si un porcentaje relevante de ellos compra los bienes o servicios por separado, entonces eso desincentivaría la aplicación de una estrategia de venta atada y de venta en paquete, dado que, tal como se explicó en esta Resolución, quien quiera invertir solamente en avisaje (...)"TDLC. Resolución N° 41/2012, voto disidente Ministra Sra. Domper, considerando N°3.

no existiendo evidencia acerca de los riesgos anticompetitivos, este trabajo considera que la operación debió haber sido aprobada de manera pura y simple.

(i) Medidas conductuales:

En relación a las medidas conductuales, se hace referencia a lo señalado en el párrafo anterior en cuanto al fundamento jurídico de las mismas. Además de lo ya señalado, no se profundizará en torno al fondo de ellas ya que estas fueron en gran medida aceptadas/propuestas por la fusionada y salvo lo argumentado en relación a los riesgos anticompetitivos, parecen suficientes y proporcionadas para resguardar los riesgos identificados por el Tribunal.

11. RESOLUCIÓN N°43/2012: CONSULTA DE SMU S.A. SOBRE LOS EFECTOS EN LA COMPETENCIA DE LA FUSIÓN DE SMU SA. Y SUPERMERCADOS DEL SUR S.A.:

11.1 Descripción de la operación:

Con fecha 20 de Septiembre de 2011 SMU S.A. (“SMU”) sometió a consulta del TDLC la operación de concentración consistente en la fusión de las sociedades SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A. (“SDS”) celebrada con fecha 17 de septiembre de 2011, solicitando en conformidad a los artículos 18 y 31 del Decreto Ley 211 que el Tribunal apruebe las medidas de mitigación que propuso para efectos de velar por las normas de la libre competencia.

El análisis realizado por el TDLC, después de manifestar la inconveniencia de que la consulta haya sido realizada con posterioridad a la materialización de la operación, comenzó refiriéndose a las características particulares de la industria supermercadista en Chile, describiendo las eficiencias de este mercado a consecuencia de los cambios tecnológicos, los que habían permitido que la industria se transforme en una industria de redes a través de un centro de

distribución (CD) en virtud del cual se tornaba posible distribuir a los distintos locales de la red, generando las eficiencias propias de este tipo de economías⁵⁹². Por lo mismo, el TDLC hizo presente la disyuntiva existente entre aprovechar dichas eficiencias aprobando la fusión y los riesgos unilaterales y/o de coordinación que se pudieran detectar, teniendo en cuenta que aquello implicaría, en palabras del mismo TDLC “(...) cambiar totalmente la estructura de esta industria”⁵⁹³.

En relación al **mercado relevante**, el Tribunal fijó como mercado relevante del producto: “el de aprovisionamiento periódico, normalmente semanal, quincenal o mensual, en modalidad de autoservicio, por parte de tiendas de superficie especialmente diseñadas al efecto, denominadas supermercados, de productos alimenticios y de artículos no alimenticios de consumo corriente en el hogar, para consumidores finales”⁵⁹⁴. Asimismo, señaló que los consultantes también mantenían participaciones en mercados conexos al ya señalado, como el de distribución mayorista, el de tiendas de conveniencia y ventas por internet. En cuanto al mercado geográfico, el TDLC determinó que éste era fundamentalmente local, determinación que se hizo teniendo en consideración los costos de desplazamiento, restringiéndolo en virtud de aquellos supermercados que fueran considerados por los consumidores como sustitutos cercanos⁵⁹⁵. Lo anterior, sin perjuicio de que la operación tuviese implicancias de carácter nacional, debido a que los competidores eran grandes cadenas con presencia en todo el país.

En relación a la **concentración del mercado**, el TDLC decidió incluir en su análisis la participación de la fusionada dentro del mercado mayorista, argumentando que las características actuales de la industria tendían a diluir las diferencias entre supermercados mayoristas y minoristas, además del hecho de que las consultantes no aportaron datos suficientes para determinar qué

⁵⁹² TDLC. Resolución N°43/2012, parte considerativa N° 8.

⁵⁹³ Ibid., parte considerativa N° 9.1.

⁵⁹⁴ Ibid., parte considerativa N° 9.

⁵⁹⁵ Para dicho efecto, el TDLC delimitó el mercado geográficas mediante isócronas de viajes en automóvil de 5 a 15 min.

porcentajes de venta de SMU y sus competidores eran ventas a intermediarios. Asimismo, el TDLC consideró relevante incluir en el análisis a supermercados Montserrat, por ser tener SMU una participación del 40% en su propiedad. Así las cosas, la fusionada en un escenario post fusión, en consideración de los elementos que resultan esenciales para la competencia en el mercado ocupaba el segundo lugar entre las empresas del sector. En ese sentido, de materializarse la fusión ostentaría el segundo lugar en relación a la cantidad de metros cuadrados de tiendas, con un porcentaje de participación de 30%; en cuanto al valor de sus ventas compartiría el segundo puesto con Cencosud, con una participación del 28,3%⁵⁹⁶. De lo anterior, no resultaba difícil colegir que se trataba de un mercado altamente concentrado donde existían 3 empresas dominantes.

Por otro lado, el TDLC también manifestó su preocupación respecto al mercado mayorista, en donde existiría una alta concentración, teniendo SMU a la fecha de la consulta una participación del 42%⁵⁹⁷. A lo anterior, se sumaba la constatación de integración vertical dentro del mercado, la que afectaba directamente a los almacenes pequeños. En efecto, el Tribunal estimó que la alta participación de SMU dentro del mercado mayorista hacía improbable que los menores costos de la compra centralizada y en gran volumen de los mayoristas se traspasara a los almacenes. Lo anterior, motivado principalmente por el hecho de que estos almacenes competían con SMU en el nicho de tiendas de conveniencia, donde este último participaba a través de la cadena Ok Market.

Además de lo consignado, el TDLC identificó una serie de **barreras de entrada**, las cuales –a juicio del Tribunal– impedían el ingreso de un competidor que pudiese desafiar a las empresas dominantes dentro de un plazo razonable. Dentro de las barreras de entrada, el Tribunal destacó las siguientes: (i) economías de ámbito y de densidad; (ii) ventajas de costos debido a mejores condiciones de aprovisionamiento en virtud de una mayor escala, la que permitía

⁵⁹⁶ TDLC. Resolución N°43/2012, parte considerativa N° 9.1.

⁵⁹⁷ Ibid., parte considerativa N° 9.16.

una mejor negociación con los proveedores; (iii) economías de distribución que se podían alcanzar sólo con un gran tamaño y múltiples locales, lo cual estaba asociado a tecnología informática que permitía manejar inventarios de forma centralizada, reducir personal y superficie de almacenamiento; (iv) necesidad de una escala mínima eficiente para poder operar; (v) imposibilidad de crecimiento rápido a través de compras de pequeños locales, debido a que estos fueron mayoritariamente adquiridos por SMU o SDS; (vi) eventuales conductas exclusorias; (vii) falta de terrenos para construir en lugares de mayor densidad poblacional; y, (viii) aquellas derivadas de la participación incipiente de SMU en el mercado del *retail integrado*, tales como acceso a bases de datos, estrategias de *marketing* y de fidelización de clientes. Todo lo anterior, llevó al TDLC a concluir que existían significativas barreras a la entrada, lo que sumado a la concentración, hacían peligrar la competencia dentro dicho mercado.⁵⁹⁸

En virtud del alto grado de concentración de la industria y las barreras de entrada ya mencionadas, el TDLC concluyó que la operación de concentración en comento entrañaba **riesgos anticompetitivos** tanto unilaterales como de coordinación. En relación a los primeros, el Tribunal señaló que en un escenario post fusión, el nuevo reordenamiento de la industria podría llevar a incentivar y eventualmente a producir un aumento en los precios de los consumidores finales por parte de la fusionada en el ejercicio de su poder de mercado. Además de lo anterior, el TDLC constató que la fusión también traería aparejados efectos negativos de cara a los proveedores, al producirse un aumento en el poder de compra de la fusionada sobre estos, existiendo riesgo de que la fusionada manejara los precios que estos pagan a la misma⁵⁹⁹.

En cuanto a los riesgos de coordinación, el TDLC manifestó su preocupación en relación al aumento de estos por el sólo hecho de existir una disminución del número de participantes, lo que automáticamente suponía un

⁵⁹⁸ Ibid., parte considerativa N° 9.

⁵⁹⁹ Ibid., parte considerativa N° 11.

incremento en los riesgos de coordinación de los actores del mercado, los cuales se veían aumentados por las características propias de la industria. Así, la facilidad de monitoreo de precios, una demanda estable, el aumento de la simetría en las participaciones de los competidores con posterioridad a la fusión, así como la participación de los más grandes productores en múltiples mercados geográficos, hacían evidente a los ojos del TDLC la existencia de un incremento en el riesgo de coordinación, el cual el Tribunal vinculó no necesariamente al ilícito de colusión, sino que aquellas conductas más amplias propias de la interdependencia oligopolística⁶⁰⁰.

Finalmente, el Tribunal fue particularmente duro al momento de evaluar las **eficiencias de la operación** alegadas por la fusionada, las cuales fueron en su mayoría descartadas por razones de diversa naturaleza. Dentro de ellas, se encontraban la falta de justificación en relación al eventual traspaso de estas a los consumidores⁶⁰¹; (i) no ser inherentes a la operación consultada, por poder ser alcanzados los mismos resultados mediante crecimiento orgánico de las compañías fusionadas⁶⁰²; (ii) reducción de costos producto de un mayor poder de negociación con proveedores, lo que a juicio del TDLC constituía sólo transferencia de riqueza desde estos al a fusionada; y, (iii) reducción en los costos fijos, lo que resulta razonable ya que no tenían un impacto en el precio final, a diferencia de la reducción en los costos marginales⁶⁰³. Sin perjuicio de lo anterior, y pese a que a juicio del TDLC no fueron debidamente acreditadas, el Tribunal terminó por reconocer la existencia de eficiencias aparejadas a la operación en analizada⁶⁰⁴, pero sólo parcialmente estableciendo que del total de las eficiencias, sólo podía reconocerse el 10%. Porcentaje que posteriormente sería utilizado por el TDLC para poder determinar el riesgo de alza de precios asociados a cada

⁶⁰⁰ Ibid., parte considerativa N° 12.

⁶⁰¹ Ibid., parte considerativa N° 13.5.

⁶⁰² Ibid., parte considerativa N° 13.9.

⁶⁰³ Ibid., parte considerativa N° 13.11.

⁶⁰⁴ Entre ellas, aquellas provenientes de la consolidación de la distribución en centros de distribución nacional y las economías de densidad; la disminución de los costos por publicidad y marketing, y; las reducciones de costos por mejores condiciones en el transporte de valores y por transacciones de crédito y débito.

comuna donde concentraciones excesivas fueran detectadas, restando dicho porcentaje mediante la utilización de herramientas econométricas para dicho efecto.

Como resulta evidente, el TDLC concluyó que las eficiencias consignadas no eran suficientes para restituir la competencia dentro del mercado, por lo que se debían imponer medidas de mitigación tanto estructurales como conductuales que pudiesen restablecer la presión competitiva perdida a consecuencia de la fusión dentro de las localidades respectivas identificadas como mercado geográfico del producto.

Es importante señalar que el TDLC no estuvo de acuerdo con los criterios utilizados tanto por la fusionada como por la FNE para determinar las comunas donde existirían niveles de concentración riesgosos para la libre competencia, asociados principalmente a riesgo unilaterales y que, por ende, requerirían medidas de desinversión. En virtud de lo anterior, el TDLC decidió agregar a las comunas consideradas como riesgosas por la consultada y por la FNE, a aquellas que arrojaran resultados negativos según el indicador conocido como *Upward Pricing Pressure Index* (UPPI), el que tuvo por objeto medir los incentivos a subir los precios en un escenario post-fusión en cada comuna mediante el análisis de la proporción de desvío de clientes que hubiesen ido a la cadena adquirida frente a un alza de precios⁶⁰⁵. Otras variables como los márgenes de utilidad de la firma adquirida y la eventual compensación de los riesgos a través de las eficiencias señaladas en el párrafo anterior, también fueron considerados para el análisis empleado por el TDLC.

En virtud de lo expuesto precedentemente, el Tribunal concluyó la determinación de las medidas de mitigación que se exponen a continuación:

⁶⁰⁵ TDLC. Resolución N°43/2012, parte considerativa N° 14.11.

11.2 Sistematización de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC:⁶⁰⁶

Tabla 11

MEDIDAS ESTRUCTURALES	MEDIDAS CONDUCTUALES
<p>CONDICIÓN PRIMERA:</p> <p>1)Enajenación de locales comerciales en las siguientes comunas: a) Casablanca, b) Chimbarongo, c) San Carlos, d) Tomé, e) Penco, f) San Pedro de la Paz, g) Chiguayante, h) Lota, i) Angol, j) Temuco, k) Panguipulli, l) Valdivia, m) La Unión, n) Río Bueno, o) Frutillar, p) Puerto Montt, q) Ancud, r) Coyhaique,</p> <p>1.s) Enajenación de los centros de distribución que operaba SDS, ubicados en la comuna de Concepción, Osorno y Pudahuel.</p> <p>1.t) A lo menos una de las marcas comerciales de los locales adquiridos por SDS, que no estén siendo utilizadas comercialmente a la fecha de la consulta por SMU, conjuntamente con los activos mencionados en las letras anteriores, a elección del adquirente de los mismos, salvo que dicho adquirente declare expresamente que no tiene interés en adquirir tales marcas;</p> <p>2)Todos los activos indicados en el numeral 1) precedente deberán ser enajenados de forma conjunta, como una sola unidad económica, incluyendo la totalidad de bienes del activo fijo propios del giro que contienen, a un mismo adquirente;</p> <p>3)El adquirente de los activos no podrá ser relacionado, directa o indirectamente con SMU S.A. ni podrá tener participación superior al 25% de las ventas en el mercado supermercadista a nivel nacional, medidos en términos de ventas anuales a la fecha de esta Resolución,⁶⁰⁷.</p>	<p>CONDICION SEGUNDA: En tanto no se complete la enajenación de locales indicados en las letras a) a r) del numeral 1 de la Condición Primera, SMU S.A. y sus relacionadas, según corresponda, deberán:</p> <p>1) Mantener en operación dichos locales y equiparar los precios existentes en la localidad más cercana que presente condiciones de competencia suficientes, ajustados por los costos de flete si correspondiere;</p> <p>2) Acordar condiciones y precios con los proveedores locales de los supermercados ubicados en dichas localidades que no sean menos favorables que las acordadas con proveedores de productos equivalentes para los locales ubicados en la capital regional más cercana, ajustados por los costos de flete en los casos en que ello correspondiere.</p>
<p>CONDICIÓN TERCERA:</p> <p>1) SMU S.A. deberá enajenar toda participación, directa o indirecta, sobre la sociedad Supermercados Montserrat S.A., incluyendo la enajenación de los activos relacionados con el giro supermercadista de dicha empresa;</p> <p>2) El o los adquirentes no podrán ser relacionados, directa o indirectamente con SMU S.A., y no podrá tener participación directa o indirecta, superior al 25% de las ventas anuales -a la fecha de esta resolución- en el</p>	<p>CONDICIÓN CUARTA:</p> <p>1) SMU S.A. y sus relacionadas, según corresponda, deberán modificar las cláusulas de no competencia acordadas con los anteriores controladores de las cadenas adquiridas por Supermercados Del Sur S.A. o sus relacionadas, ajustándolas a un plazo máximo de dos años contados desde su suscripción original;.</p> <p>2) Establece procedimiento para llevar a cabo lo señalado</p>

⁶⁰⁶ Las medidas mencionadas no están transcritas de manera íntegra y han sido reducidas a aquello que resulta indispensable para los propósitos del presente trabajo.

⁶⁰⁷ Establece condiciones y plazos para la enajenación. TDLC, Resolución N°43/2012. Condición Primera N°2, 3, 4 y 5.

mercado supermercadista a nivel nacional; ⁶⁰⁸	en N°1.
	<p>CONDICIÓN QUINTA:</p> <p>1) SMU S.A. y sus relacionadas, según corresponda, deberá establecer términos y condiciones generales de contratación, de forma que éstas sean públicas y complementen sus acuerdos particulares con proveedores, en los que se establezcan los aspectos comerciales, logísticos, operacionales y financieros aplicables a la relación con sus proveedores, definiendo con exactitud el alcance de cada cobro pactado y sin que puedan estipularse transacciones o cobros distintos que los allí definido.</p> <p>2) No podrá considerar ni acordar cobros a los proveedores por concepto de reinauguración de los locales que pertenecían a Supermercados del Sur S.A. o sus relacionadas antes de la operación consultada. En caso que ya haya recibido pagos por este concepto, deberá reembolsarlos.</p>
	<p>CONDICION SEXTA: SMU S.A. y sus relacionadas, según corresponda, deberán consultar a este Tribunal, en los términos del artículo 31° del Decreto Ley N° 211 y en forma previa a su materialización, cualquier operación de concentración en la industria supermercadista -ya sea en su segmento mayorista o minorista- en que intervenga, directamente o a través de sus empresas relacionadas, en los términos del artículo 100 de la Ley N°18.045 sobre Mercado de Valores.</p>

11.3 Análisis de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC:

Previo al análisis de las medidas de mitigación establecidas por el TDLC a través de la Resolución en comento, parece necesario señalar ciertos aspectos de ésta relacionados con los razonamientos utilizados por el Tribunal para concluir que la operación debía ser aprobada con medidas de mitigación, los que permiten poner en tela de juicio dicha decisión.

En relación a lo anterior, un aspecto que si bien es accesorio a la Resolución misma pero que no deja de ser llamativo, fue la estrategia utilizada por SMU al momento de consultar, la cual prefirió materializar la operación de

⁶⁰⁸ Establece condiciones y plazos para la enajenación. TDLC, Resolución N°43/2012. Condición Tercera N°2 y 3.

concentración para pocos días después consultar acerca de su viabilidad en virtud del artículo 18 N°2 del Decreto Ley 211. Si bien lo anterior es perfectamente viable en virtud de nuestra legislación (cuyo sistema de control de fusiones tiene el carácter de voluntario). Sin embargo, esta estratagema pudo haber sido desplegada por la consultante para influir en la decisión del TDLC, el cual eventualmente podría haberse visto inclinado a dar luz verde a la operación como consecuencia de ya haber sido ésta concretada. Lo anterior, en virtud de que, tal como se ha señalado, el rechazo de las operaciones tiene un carácter excepcional en nuestra legislación. En esa misma línea, la estrategia pudo haber estado urdida en consideración del revés sufrido por el TDLC al haber sido revertido por la Corte Suprema el rechazo decretado por el mismo Tribunal para la operación de concentración de TERPEL con QUIÑENCO (Resolución N°39/2012). Finalmente, el hecho de que ordenar el rechazo de la operación hubiese implicado lo que en derecho comparado se denomina como *unscrambling the eggs*, que involucra deshacer una operación que ya se había concretado, situación la cual ciertamente tiene un carácter más intensivo que el mero rechazo de la operación en una instancia previa a su materialización, situación que además no tiene precedentes en nuestra jurisprudencia.

Por otro lado, y en lo que respecta al razonamiento del TDLC para aprobar la fusión, la Resolución plantea ciertas interrogantes que permiten cuestionar la decisión del Tribunal en virtud de la aptitud de las medidas para contrarrestar los efectos anticompetitivos, así como en una sobreestimación del as eficiencias acreditadas por los consultantes.

En relación con lo anterior, se ha mencionado en este trabajo que el objetivo de la consulta es armonizar la conducta consultada a con la libre competencia, lo que sucederá si es que las eficiencias son suficientes para compensar los riesgos o si el Tribunal arbitra las medidas de mitigación necesarias y suficientes para viabilizar la operación, debiendo rechazar la misma en el evento de que la competencia se vea disminuida como consecuencia de la fusión y no

existan eficiencias ni medidas de mitigación que permitan restaurar la competencia en los mercados.

Lo señalado, a juicio de este trabajo, podría no haber sucedido, lo cual se encuentra fundamentado en las siguientes consideraciones:

(i) No queda claro a partir de argumentación del TDLC cómo podrían ser aplacados los riesgos unilaterales y de coordinación a través las medidas de mitigación impuestas. Respecto a las primeras, resulta cuestionable que el paquete de activos que se ordenó enajenar no resulta del todo competitivo en relación a la escala de los demás competidores, lo que es evidente si se considera que el parámetro para enajenar los locales comerciales fue la baja en la presión competitiva en ciertas localidades y no la entrada de un nuevo competidor. En cuanto a los riesgos de coordinación, no se avizora medida alguna tendiente a contrarrestar dichos riesgos no a nivel local, sino que a nivel nacional, habiendo reconocido el mismo Tribunal expresamente que el análisis debería ser realizado también desde una perspectiva del país, fundamentado por la presencia y escala de los competidores a lo largo de éste, así como por las características propias del mercado⁶⁰⁹. En consecuencia, no queda claro si las medidas establecidas serán o no efectivas para precaver los riesgos detectados.

(ii) En relación a las eficiencias, estas no parecen ser suficientes para compensar los efectos negativos que produce la operación ya sea en relación a los riesgos unilaterales o coordinados o el aumento en la concentración del mercado y sus barreras de entrada. Además, se desprende de los antecedentes del proceso que existió una sobreestimación de las eficiencias reconocidas por el TDLC, el cual decidió estimar “prudencialmente”⁶¹⁰ que estas serían del orden del 10%, haciendo caso omiso del requisito establecido por el mismo TDLC que prescribe que las eficiencias deben haber sido suficientemente acreditadas en

⁶⁰⁹ TDLC. Resolución N°43/2012, parte considerativa N° 9.2.

⁶¹⁰ Ibid., parte considerativa N° 13.26.

relación a su probabilidad de la ocurrencia por parte de los consultantes. Lo anterior, se vio reflejado a través de una insólita aseveración de la Corte Suprema, la que conociendo del recurso de reclamación presentado en contra de la Resolución, sostuvo en relación a las eficiencias que: “Es importante recalcar que la sentencia **incluso ha sido condescendiente con el consultante**, puesto que las eficiencias acreditadas alcanzan un 6,64% y por la sola circunstancia de reconocer que pueden existir otras eficiencias que el consultante no ha logrado acreditar (...) ajusta el porcentaje a un 10%” (énfasis agregado)⁶¹¹. Lo señalado deja en evidencia que sobreestimación de las eficiencias fue significativa (cerca de un 40% mayores a las acreditadas), lo que pudo haber sido determinante en relación al destino de la operación, así como en la aplicación de las medidas de mitigación, dado que dichas eficiencias jugaron un rol fundamental al momento de establecer las comunas con mayor riesgo anticompetitivo así como las desinversiones a realizar. En consecuencia, este trabajo plantea que hubo un error por parte del TDLC, el cual debió haberse ceñido estrictamente a la evidencia presentada, no correspondiendo que sea “condescendiente” en la evaluación de la misma.

Una vez consignado lo anterior, se procederá a analizar las medidas según la metodología establecida en este trabajo.

(i) Medidas estructurales:

a. Enajenación de locales comerciales y centros de distribución como una unidad para la entrada de un nuevo competidor.

El Tribunal, intentó establecer un paquete que permitiera la entrada de un cuarto competidor. Para dichos efectos, **procuró la enajenación de locales comerciales en comunas en las que se viera disminuida la competencia, así como aquellos centros de distribución en los que operaba SDS**, los cuales

⁶¹¹ Excma. Corte Suprema de Chile. 30.11.2013. Rol N° 346-2013, considerando N°24.

debían ser enajenados como una unidad comercial. Asimismo, y con el objeto de evitar una mayor concentración del mercado, el Tribunal dispuso que deberían ser enajenados a empresas incumbentes que no alcancen el 25% del mercado supermercadista a nivel nacional (en relación a las ventas anuales) ⁶¹².

Si bien lo anterior parece razonable, es claro que la viabilidad de los activos desinvertidos dependerá de qué tan atractivos y competitivos sean éstos en el mercado relevante. En ese sentido, parece sensata la observación hecha por uno de los reclamantes⁶¹³, en el sentido de plantear que no resulta esperable que la enajenación de 21 locales en determinadas localidades sea suficiente para mitigar los riesgos y las barreras de entrada generadas por la operación, lo anterior más si se tiene en cuenta que SMU controlaba 524 salas, Walmart 314 y Cencosud con 189. Observación que no considera los volúmenes de venta de los locales enajenados, los que muchas veces dependerán de la densidad poblacional de las comunas. Lo anterior, permite poner en tela de juicio la efectividad de la medida de mitigación en comento.

Por otro lado, la decisión de enajenar los centros de distribución fue cuestionada por los Ministros disidentes, Sres. Menchaca y Peña, quienes señalaron que la medida era injustificada ya que no fue solicitada por ninguno de los intervinientes, no constaría en los antecedentes acompañados al proceso que se trate de una facilidad esencial, y que además podrían no ser necesarios para el potencial comprador, lo que a su vez constituiría un encarecimiento innecesario del paquete de activos. A lo anterior, se sumaría la circunstancia de que los centros de distribución de SMU no serían propiedad de la misma, sino que se habrían encontrado arrendados⁶¹⁴.

b. Enajenación de participación en Supermercados Montserrat S.A.:

⁶¹² TDLC. Resolución N°43/2012, Condición N°1.

⁶¹³ En recurso de reclamación presentado por Inmobiliaria Tres Ríos S.A. y Joseph Jano Karou.

⁶¹⁴ TDLC. Resolución N°43/2012, voto de minoría ministro Sres. Menchaca y Peña, considerando N°6.

Un objetivo similar al mencionado anteriormente fue buscado por el TDLC a través de la **enajenación de la participación de SMU en la cadena de supermercados Montserrat**, debiendo venderse como un todo y no en parcialidades, pudiendo ser adquirido por un entrante con menos de un 25% de participación en el mercado, según el parámetro ya señalado⁶¹⁵. Las consideraciones que surgen a partir de esta medida son similares a las ya mencionadas precedentemente a propósito de la inversión de locales comerciales y centros de distribución, toda vez que no existen antecedentes de que la enajenación de un mero porcentaje de la cadena en cuestión pueda ser un activo viable y atractivo para un eventual entrante.

(ii) Medidas conductuales:

a. Medidas transitorias:

En tanto no se realizare la enajenación de los locales comerciales de las distintas comunas, y los distintos centros de distribución establecidos en la Condición N°1, **SMU debía mantener en operación y equiparar los precios existentes en la localidad más cercana que presente condiciones de competencia suficientes, ajustados por los costos de flete. Lo mismo debía ocurrir con las condiciones y precios con los proveedores, los que no podrían ser menos favorables a los locales ubicados en la capital regional más cercana, más flete**⁶¹⁶.

b. Modificación de las cláusulas de no competir:

El TDLC, con el objeto de facilitar y fomentar la entrada a actores que ya tengan conocimiento del mercado, dispuso que SMU debería **modificar las**

⁶¹⁵ Ibid., Condición N°3.

⁶¹⁶ Ibid., Condición N°2.

cláusulas de no competencia acordadas con los anteriores controladores de las cadenas adquiridas por SDS⁶¹⁷, ajustándolas a un plazo de dos años.

c. Relación con los proveedores:

Para efectos de contrarrestar el poder de mercado que se crearía como consecuencia de la fusión en relación a los proveedores, el Tribunal dispuso el **deber de establecer condiciones generales de contratación⁶¹⁸**, que dieran cuenta de los aspectos comerciales, logísticos, operacionales y financieros aplicables a los proveedores, no pudiendo establecerse condiciones distintas a las mismas, equiparando así la regulación establecida por el mismo Tribunal para Cencosud. Asimismo, el Tribunal dispuso la **prohibición de realizar cobros a los proveedores por concepto de reinauguración⁶¹⁹**.

c. Deber de consultar:

Finalmente, el TDLC estableció que la fusionada debería consultar al TDLC, en los términos del artículo 31º del Decreto Ley N° 211 y en forma previa a su materialización, cualquier operación de concentración en la industria supermercadista - ya sea en su segmento mayorista o minorista- en que intervenga, directamente o a través de sus empresas relacionadas, en los términos del artículo 100 de la Ley N°18.045 sobre Mercado de Valores.

⁶¹⁷ Ibid.,

⁶¹⁸ Ibid., Condición N°5.

⁶¹⁹ Ibid.,

CONCLUSIONES

Esta investigación tuvo por finalidad analizar los fundamentos jurídicos y económicos de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC en procesos consultivos. Para dichos efectos, en primer término se detalló el régimen de control de operaciones de concentración vigente en Chile, el cual, a falta de un sistema especialmente diseñado para dichos efectos, ha encontrado en la potestad consultiva del TDLC una herramienta efectiva para conocer de las operaciones de concentración consultadas voluntariamente por aquellos que deseen materializarlas.

A diferencia de otros estudios realizados en este ámbito, el presente trabajo puso énfasis en consolidar los criterios en virtud de los cuales el TDLC decide si es que una operación de concentración debiese ser aprobada de manera pura y simple, rechazada o aprobada estableciendo medidas de mitigación. En ese sentido, aspectos sustantivos fueron revisados, dentro de los cuales se encuentran los fundamentos económicos que tiene a la vista el TDLC al momento de cuantificar los riesgos y eficiencias involucrados en una operación. Asimismo, se buscó conceptualizar jurídicamente a las medidas de mitigación, a fin de delinear tanto las exigencias como las limitaciones del TDLC al momento de implementar dichas medidas, así como las diferentes sus características en relación a su diseño y aplicación.

Así, este trabajo intentó agrupar ciertos principios reconocidos sucesivamente por los operadores del sistema, los cuales a juicio del autor no han llegado a consolidarse de manera definitiva en la jurisprudencia. En esa línea, se hizo énfasis en el principio de licitud de todas las operaciones de concentración, el cual deriva de las garantías constitucionales vinculadas a la libre iniciativa en materia económica. Se señaló que dicho principio sólo podría ser destruido en virtud de normas de orden público económico, como el Decreto Ley 211, toda vez que exista evidencia suficiente que permita deducir que de concretarse la operación concurre un riesgo cuya significativa probabilidad de ocurrencia hará

necesario aplicar medidas de mitigación que armonicen la operación en virtud de lo señalado por el Decreto Ley 211, lo que no siendo posible, deberá devenir en el rechazo de la operación consultada.

El análisis anterior permitió generar un marco teórico que posibilitara acometer el principal propósito de este trabajo, cual fue realizar una sistematización de las medidas de mitigación impuestas por el TDLC y analizarlas bajo una mirada crítica que permitiera constatar la evolución, aciertos y yerros por parte del mismo Tribunal como operador del sistema.

En relación a lo señalado, a partir de este trabajo se pudo comprobar el hecho de que ha existido una progresiva sofisticación de las Resoluciones del TDLC, tanto en lo que se refiere a la amplitud de los análisis como a lo que respecta al diseño de las medidas de mitigación. Sin embargo, también es necesario reconocer a partir del análisis el silencio o la falta de profundidad de algunas de algunas Resoluciones, las cuales a su vez fueron una limitación para este trabajo.

En cuanto a esto último, a partir del estudio realizado, se pudieron verificar ciertas insuficiencias en los razonamientos del TDLC, entre ellas la valoración deficitaria de la evidencia tanto en lo que respecta a la ponderación tanto de los riesgos como de las eficiencias involucradas en las operaciones. Asimismo, se pudo constatar que ciertas medidas de mitigación impuestas por el TDLC no resultaban del todo respetuosas con las garantías fundamentales, las cuales en algunas ocasiones se vieron conculcadas de manera injustificada. Además, también se pudo apreciar que en algunos casos, las medidas de mitigación impuestas carecían de la proporcionalidad exigida por el propio Tribunal, toda vez que excedían los riesgos generados por la operación, existía la posibilidad de aplicar una medida menos gravosa o simplemente no se explicitaba el nexo causal en relación a cómo la medida cumplía con un criterio de suficiencia para poder contrarrestar los riesgos detectados.

Por último, este trabajo deja abierta la puerta a futuras investigaciones que puedan describir cómo han sido implementadas las medidas analizadas en este trabajo, así como su efecto en los mercados donde participaban los consultantes, lo cual sería de gran interés para efectos de evaluar de manera integral el funcionamiento del sistema de control de operaciones de concentración vigente en nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

i. Referencias:

1. Agüero, Francisco. “Rol de las medidas de mitigación o condiciones Impuestas para aprobar Operaciones de Concentración: un análisis aplicado al sector retail.” en *Libre Competencia y Retail: Un Análisis Crítico*, por Paulo Montt R. and Nicole Nehme Z., 1a. edición. Santiago de Chile: Abeledo Perrot, 2010.
2. *Antitrust Law Developments (sixth)*. American Bar Association, 2007.
3. Areeda, Phillip, y Herbert Hovenkamp. *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*. 2nd. ed y 3th. ed. New York, NY: Aspen Publishers : Wolters Kluwer Law & Business, 2004.
4. Bravo, Santiago. “Las operaciones de concentración, su análisis, control y Desafíos: Problemas y soluciones del derecho nacional.” Memoria de licenciatura, Universidad de Chile, 2012.
5. Cañizares, Enrique, y Daniel Domínguez. “Remedios estructurales en control de concentraciones: Un análisis coste-beneficio.” en *Remedios y sanciones en el derecho de la competencia*. Marcial Pons, 2008.
6. Cea Egaña, José Luis. *Tratado de La Constitución de 1980: Características Generales: Garantías Constitucionales*. 1a. ed. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1988.
7. Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. *Presentación Como Amicus Curiae Agregada a Fojas*

140 de Los Autos Caratulados “Acuerdo Extrajudicial entre la Fiscalía Nacional Económica y Lan Airlines S.A.”, Rol AE N°3-11, Seguidos Ante El TDLC, n.d.

8. Competition Commission. *Merger Remedies: Competition Commission Guidelines*, 2008. http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep_pub/rules_and_guide/pdf/cc8.
9. Couture, Eduardo J, Angel Landoni Sosa, y Julio César Faira. *Vocabulario jurídico: español y latín, con traducción de vocablos al francés, italiano, portugués, inglés y alemán*. Montevideo, Argentina: B de F, 2010.
10. “Diccionario de La Lengua Española.” consultado el 30 de marzo de 2014. <http://lema.rae.es/drae/?val=mitigaci%C3%B3n>.
11. EC. *Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers*, n.d.
12. Enrique Barros. “El Día de La Incompetencia.” *Revista Capital*. consultado el 21 de enero de 2014. <http://www.capital.cl/poder/enrique-barros-el-dia-de-la-incompetencia/>.
13. Faull, Jonathan, y Ali Nikpay. *Faull and Nikpay: The EU Law of Competition*. Edición: 3. Oxford, United Kingdom: OUP Oxford, 2014.
14. Federal Trade Commission, and U.S. Department of Justice. “Commentary on the Horizontal Merger Guidelines,” March 2006. <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/215247.htm>.
15. Fiscalía Nacional Económica. “Guía para El Análisis de Operaciones de Concentración,” octubre de 2012. <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>.
16. ———. *Informe Evacuado a Fojas 777 Y Siguietes*, de abril de 2011.
17. “Francisco, Pfeffer. “¿Tiene el tribunal de defensa de la libre competencia facultades para no autorizar una fusión? A propósito del frustrado caso de fusión de Falabella Y D&S - Pfeffer & Asociados – Abogados.” consultado el 21 de enero de 2014. <http://www.pfeffer.cl/falabella-y-ds-%C2%BFtiene-el-tribunal-de-defensa-de-la-libre-competencia-facultades-para-no-autorizar-una-fusion/>.

18. Gal, Michal. "Size Does Matter: General Policy Prescriptions for Optimal Competition Rules in Small Economies." *University of Southern California Law Review* 74 (2001): 1438–78.
19. Gal, Michal S. *Competition Policy for Small Market Economies*. Harvard University Press, 2003.
20. González, Aldo, y Daniel Benitez. *Optimal Pre-Merger Notification Mechanisms - Incentives And Efficiency Of Mandatory And Voluntary Schemes*. World Bank, 2009.
21. Igartua, Íñigo. "Las Soluciones de Comportamiento." en *Remedios y sanciones en el derecho de la competencia*. Marcial Pons, 2008.
22. José Manuel, Díaz de Valdés. "Derechos Constitucionales y Libre Competencia." *El Mercurio*, 22 de febrero de 2008. <http://diario.elmercurio.com/detalle/index.asp?id=%7B2db9a7d7-da65-499a-96e8-ea6774f696a5%7D>.
23. Kaplow, Louis. *Why (Ever) Define Markets?*. SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, January 29, 2011. <http://papers.ssrn.com/abstract=1750302>.
24. Kauper, Thomas. "Merger Control in the United States and the European Union: Some Observations." *St. John's Law Review* 74, no. 2 (March 15, 2012). <http://scholarship.law.stjohns.edu/lawreview/vol74/iss2/2>.
25. Knable Ilene. *The Merger Control Review*. Fifth edition. Law Business Research, n.d.
26. "Las Trabas a La Competencia En El Negocio de Combustibles." Consultado el 20 de agosto de 2014. http://www.estrategia.cl/detalle_noticia.php?cod=56710.
27. María de la Luz Domper, y Jorge Tarziján. "Operaciones de Concentración Horizontal." en *La Libre Competencia En El Chile Del Bicentenario*. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2011.
28. Martin, David Dale. *Mergers and The Clayton Act*. University of California Press, n.d.

29. “Ministro Céspedes Destacó Los Beneficios de Fortalecer La Normativa Antimonopolio.” *Emol*. Consultado el 25 de noviembre de 2014. <http://www.emol.com/noticias/economia/2014/07/21/670984/ministro-cespedes-destaco-los-beneficios-de-fortalecer-la-normativa-antimonopolio.html>.
30. Monti, Giorgio. *EC Competition Law*. Cambridge University Press, 2007.
31. Montt Oyarzún, Santiago. “Condiciones Impuestas Por El Tribunal de Defensa de La Libre Competencia En El Marco de Una Operación de Concentración En El Derecho Chileno.” en *Anuario de Derecho Público 2012 Universidad Diego Portales*. Santiago, Chile: Eds. Universidad Diego Portales, 2012.
32. Nehme Z., Nicole, y Benjamín Mordoj H. “Diseños Institucionales de Control de Concentraciones: Análisis y Propuestas.” *Estudios Públicos* 125, Verano 2012.
33. Peña Richard. “Primer informe sobre criterios y conceptos utilizados por el tribunal de la libre competencia,” Enero 2007. <http://www.lcuc.cl/home2011/wp-content/documentos/documentos/PrimerInformeCriteriosyConceptosdelTDL C.pdf>.
34. Posner, Richard A. *Economic Analysis of Law 8e*. 8 edition. New York: Aspen Publishers, 2010.
35. Premerger, Federal Trade Commission’s, and Notification Office. “Guide I - What Is the Premerger Notification Program? An Overview.” Consultado el 27 de diciembre de 2013. <http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/premerger-introductory-guides/guide1.pdf>.
36. Santiago Montt O. *Incumplimiento de una Condición Impuesta por el TDLC en una resolución que aprueba una Operación de Concentración*. Informe en Derecho. RegCom, Universidad de Chile, 28 de marzo de 2011.
37. U.S. Department of Justice. *Antitrust Division Policy Guide To Merger Remedies*, 2011. <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/272350.pdf>.

38. U.S. Department of Justice, and Federal Trade Commission. *Horizontal Merger Guidelines*, 1992. <http://www.justice.gov/atr/hmerger/11250.htm>.
39. ———. *Horizontal Merger Guidelines*, 2010. <http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>.
40. Valdés Prieto, Domingo. *Informe en derecho titulado: “Acerca de una excepción de prescripción opuesta por John Malone,”* n.d.
41. ———. *Informe En Derecho Titulado “Transgresiones al Decreto Ley 211 en la dictación de resoluciones que aceptaron a trámite una consulta y denegaron conocer un acuerdo extrajudicial celebrado entre FNE Y Lan” Agregado a Fojas 109 de los Autos Caratulados “Acuerdo Extrajudicial Entre La Fiscalía Nacional Económica Y Lan Airlines S.A”, Rol AE N°3-11, Seguidos Ante El TDLC,* n.d.
42. ———. *Libre Competencia y Monopolio*. Editorial Jurídica de Chile, 2006.
43. ———. *Nuevas Tendencias Del Moderno Derecho Económico*. Editado por Domingo Valdés Prieto y Omar Vásquez Duque. 1a. edición. Santiago de Chile: Legal Publishing Chile : Thomson Reuters, 2014.
44. Vasconcelos, Helder. *Efficiency Gains and Structural Remedies in Merger Control*. CEPR Discussion Paper. C.E.P.R. Discussion Papers, 2007. <http://ideas.repec.org/p/cpr/ceprdp/6093.html>.
45. Veloso, Javier, y Daniela González. “Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de La Libre Competencia.” En *La Libre Competencia En El Chile Del Bicentenario*. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2011.
46. Zakrzewski, Rafal. *Remedies Reclassified*. Oxford University Press, 2005.

ii. Jurisprudencia nacional:

1. Tribunal Constitucional de la República de Chile. Rol N°226-1995.
2. Tribunal Constitucional de la República de Chile. Rol N° 1448-2009.
3. Tribunal Constitucional de la República de Chile., Rol N° 1584-2010.

4. Excma. Corte Suprema de Chile. Rol N° 396-2004.
5. Excma. Corte Suprema de Chile. Rol N° 4797-2008.
6. Excma. Corte Suprema de Chile. Rol N° 9843-2011.
7. Excma. Corte Suprema de Chile. Rol N° 3993-2012
8. Excma. Corte Suprema de Chile. Rol N° 346-2013.
9. TDLC. Resolución N° 1/2004.
10. TDLC. Resolución N° 2/2005.
11. TDLC. Resolución N° 8/2005.
12. TDLC. Resolución N° 19/2006.
13. TDLC. Resolución N° 20/2007.
14. TDLC. Resolución N° 22/2007.
15. TDLC. Resolución N° 23/2008.
16. TDLC. Resolución N° 24/2008.
17. TDLC. Resolución N° 29/2009.
18. TDLC. Resolución N° 31/2009.
19. TDLC. Resolución N° 32/2010.
20. TDLC. Resolución N° 33/2010.
21. TDLC. Resolución N° 34/2011.
22. TDLC. Resolución N° 36/2011.
23. TDLC. Resolución N° 37/2011.
24. TDLC. Resolución N° 38/2011.
25. TDLC. Resolución N° 39/2012.
26. TDLC. Resolución N° 40/2012.
27. TDLC. Resolución N° 41/2012.
28. TDLC. Resolución N° 43/2012.
29. TDLC. Resolución N° 44/2013.
30. TDLC. Sentencia N° 86/2009.
31. TDLC. Sentencia N° 9/2004.
32. TDLC. Sentencia N° 26/2005.
33. TDLC. Sentencia N° 29/2005.
34. TDLC. Sentencia N° 65/2008.

35. TDLC. Sentencia N° 80/2009.
36. TDLC. Sentencia N° 90/2009.
37. TDLC. Sentencia N° 94/2010.
38. TDLC. Sentencia N°117/2011.
39. Comisión Resolutiva. Dictamen N° 686/2003.
40. Comisión Resolutiva. Dictamen N° 2/2005.
41. Comisión Resolutiva. Dictamen N° 686/2006.
42. TDLC. Auto Acordado N° 5/2004.
43. TDLC. Auto Acordado N°12/2009.

iii) Jurisprudencia internacional:

a) Estados Unidos

1. United States v. Pennzoil Co. (1965).
2. United States v. Bausch & Lomb Optical Co. (1944).
3. United States v. United States Gypsum Co. (1950).
4. United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co. (1961).
5. Ford Motor Co. v. United States - 405 U.S. 562 (1972).
6. Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp. (1993).
7. California v. American Stores Co. (1990).
8. New York v. Microsoft Corp. (2001).
9. United States v. Connors Bros. (2005).
10. United States v. Mittal Steel Company N.V. (2006).
11. United States v. H&R Block, Inc (2011).

b) Unión Europea

1. Caso C-68/94 and C-30/95 French Republic and Others v Commission of the European Communities.
2. Caso T-102/96 Gencor v Commission (1999).
3. Caso T-405-08 Spar Österreichische Warenhandels v Commission (2013).
4. Caso 5-210/01 General Electric v Commission (2005).
5. Caso C-12/03-P Tetra Laval v Commission (2005).
6. Caso T-282/02 Cementbouw v Commission (2006).
7. Caso T-177/04 easyJet Airline Co. Ltd v Commission (2006).
8. Caso C-202/06 P Cementbouw Handel & Industrie v Commission (2007).
9. Caso T-342/07 Ryanair v Commission (2010).

c) Otros

1. Federal Register / Vol. 60, No. 158 / Wednesday, August 16, 1995 / Notices.
2. Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation).
3. R. Hewitt Pate, "Antitrust Enforcement at the DOJ – Issues in Merger Investigations and Litigation," 10 de diciembre, 2002, 12.
4. Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 4064/89 and under Commission Regulation (EC) No 447/98.