



**UNIVERSIDAD DE CHILE**

Facultad de Derecho

**Departamento de Derecho Económico**

**Control de operaciones de concentración**

**Una primera mirada al sistema que introdujo la Ley 20.945**

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

**AUTOR:**

Martín Fischer Jiménez

**Profesor Guía:**

Domingo Valdés Prieto

Santiago, Chile

2018



## **TABLA DE CONTENIDO**

<b>I. INTRODUCCIÓN</b> .....	7
<b>II. PROPÓSITO DEL CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN Y OBJETIVOS DEL RÉGIMEN QUE INTRODUJO LA LEY 20.945</b> .....	9
2.1. Introducción.....	9
2.2. Objetivos generalmente identificados por los sistemas de control de operaciones de concentración en las jurisdicciones de referencia.....	10
2.3. Objetivos del régimen de control de operaciones de concentración que introdujo la Ley 20.945 .....	12
<b>III. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL NUEVO RÉGIMEN DE CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN</b> .....	15
<b>IV. POSIBILIDADES DE CONTROL DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN EN EL RÉGIMEN QUE INTRODUJO LA LEY 20.945</b> .....	19
4.1. Notificación obligatoria .....	20
4.2. Notificación voluntaria .....	21
4.3. Control <i>ex post</i> mediante investigación de oficio .....	21
<b>V. CONCEPTO LEGAL DE OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 47 DL 211</b> .....	23
5.1. Introducción, evolución y consagración legal actual .....	23
5.2. Guía de competencia de la FNE.....	27
5.2.1. Elementos y aspectos comunes a toda operación de concentración.....	28
5.2.2. Artículo 47 DL 211, letra a) .....	30
5.2.3. Artículo 47 DL 211, letra b) .....	31
5.2.4. Artículo 47 DL 211, letra c) .....	33
5.2.5. Artículo 47 DL 211, letra d) .....	34
5.3. Conclusión concepto legal de operación de concentración consagrado en el artículo 47 del DL 211 .....	35
<b>VI. UMBRALES DE VENTAS PARA LA NOTIFICACIÓN DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN</b> .....	39

6.1. Propósito de los umbrales consagrados en el artículo 48 del DL 211 .....	39
6.2. Consideraciones prácticas en relación al cálculo de las ventas de un agente económico.....	40
<b>VII. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS Y ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO DE CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN .....</b>	<b>43</b>
7.1. Introducción.....	43
7.2. Estándar de análisis sustantivo: reducción sustancial de la competencia.....	43
7.3. Procedimiento de control en sede administrativa ante la FNE .....	46
7.3.1. Pre-notificación .....	46
7.3.2. Evaluación de completitud .....	47
7.2.3. Evaluación en Fase 1.....	49
7.3.4. Evaluación en Fase 2.....	51
7.4. Eventual revisión judicial ante el TDLC y la Corte Suprema .....	54
7.4.1. Procedimiento de la revisión por parte del TDLC y la Corte Suprema.....	54
7.4.2. Objeto de la revisión del TDLC y la Corte Suprema .....	57
<b>VIII. CONCLUSIÓN .....</b>	<b>61</b>
<b>APÉNDICE CASOS FNE .....</b>	<b>63</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>71</b>
<b>CASOS DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN REVISADOS .....</b>	<b>73</b>

## **RESUMEN**

El presente trabajo tiene por objeto analizar el régimen de control de operaciones de concentración que introdujo Ley N° 20.945, que modificó el Decreto Ley N° 211 de 1973. Revisaremos y sistematizaremos los principales aspectos del control de operaciones de concentración a la luz de los antecedentes que precedieron dicha reforma, la legislación, doctrina, jurisprudencia y guías que resulten relevantes, así como los casos que ha conocido la Fiscalía Nacional Económica durante el primer año de implementación de dicho régimen.



## **I. INTRODUCCIÓN**

El 30 de agosto de 2016 se publicó la Ley 20.945, que Perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia ("Ley 20.945"), la cual introdujo modificaciones de gran relevancia al Decreto Ley N° 211 de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N°1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción ("DL 211"). Entre las modificaciones destaca la introducción del nuevo Título IV de dicha normativa, denominado 'De Las Operaciones de Concentración'. En esencia, el título referido establece un nuevo y sistematizado régimen de control de operaciones de concentración en nuestro país, en el cual se enfocará este trabajo.

Buscaremos sistematizar las principales características de este nuevo régimen de control de operaciones de concentración y describir los aspectos procedimentales del mismo. Para ello se recurrirá a los antecedentes que propiciaron la reforma legal en estudio, la experiencia práctica en la incipiente implementación de este nuevo régimen por parte de la Fiscalía Nacional Económica ("FNE"), así como a la experiencia comparada cuando ésta pueda servir de guía.

El presente trabajo se estructura de la siguiente manera. La sección II reseñará los principales objetivos perseguidos por las autoridades de libre competencia al controlar operaciones de concentración y, en particular, los objetivos que tuvo a la vista el legislador al promulgar la Ley 20.945.

La sección III tratará las principales características del nuevo régimen de control de operaciones de concentración consagrado en el Título IV del DL 211, realizando un contraste con la legislación vigente previo a la reforma en estudio.

La sección IV describirá las posibilidades de control de operaciones de concentración consagradas en el régimen que introdujo la Ley 20.945, siendo la principal de ellas el control preventivo (*ex ante*) mediante notificación obligatoria, en sede administrativa (ante la FNE) y sujeta a eventual revisión judicial en ciertas hipótesis.

Luego, la sección V revisará qué debemos entender por 'operación de concentración', concepto recientemente consagrado en nuestra legislación en el artículo 47 del DL 211. Con anterioridad a la Ley 20.945, este concepto habría sido dotado de contenido por parte de la

doctrina y autoridades especializadas, pero, luego de la modificación legal en estudio, y ante la ausencia de un cuerpo de decisiones suficientemente extenso a estas alturas de la implementación del nuevo régimen, ha sido la FNE a través de su Guía de Competencia la que ha otorgado una primera aproximación para la interpretación de los conceptos recientemente incorporados al DL 211.

Por otra parte, según veremos, el art. 48 del DL 211 ha establecido como requisito para que surja la obligación de notificar una operación de concentración que las partes de la misma superen los umbrales de ventas establecidos por la FNE. Es por ello que la sección VI analizará de manera sucinta los principales aspectos de dicho elemento.

La sección VII se encarga de describir los aspectos más relevantes del control administrativo de operaciones de concentración que realiza la FNE, así como la eventual revisión judicial de las decisiones adoptadas por la FNE que podrían llevar a cabo el TDLC y la Corte Suprema.

Finalmente, la sección VIII expondrá las principales conclusiones de este trabajo.

## **II. PROPÓSITO DEL CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN Y OBJETIVOS DEL RÉGIMEN QUE INTRODUJO LA LEY 20.945**

### **2.1. Introducción**

Previo a la implementación del régimen de control de operaciones de concentración que introdujo la Ley 20.945, la normativa de libre competencia de nuestro país no consagraba de manera explícita ni sistemática el control de operaciones de concentración. Sin embargo, en la práctica, la normativa vigente permitía diversas posibilidades de control de operaciones de concentración, algunas con carácter *ex ante* y otras *ex post*, sujetas a procedimientos tanto contenciosos como no contenciosos, en sede administrativa por parte de la FNE o por medio de una revisión judicial ante TDLC.

La modificación de este sistema se vio propiciada, al menos en parte, por el Informe del Secretariado de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (“OCDE”), elaborado el año 2014, titulado *Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile*<sup>1</sup> (“Informe OCDE”), el cual llevó a cabo una revisión del sistema imperante a esa fecha y sugirió modificaciones legales, muchas de las cuales han sido recogidas en la Ley 20.945. Las recomendaciones de la OCDE se basan sustancialmente en la experiencia comparada en materia de operaciones de concentración y en las mejores prácticas observadas en las jurisdicciones de referencia.<sup>2</sup> Asimismo, buscaron propiciar la implementación en Chile de un sistema que tuviese “*un procedimiento de análisis de operaciones de concentración transparente, eficaz y oportuno*”.<sup>3</sup>

En esta sección revisaremos, primero, los objetivos generalmente identificados por los sistemas de control de operaciones de concentración en las jurisdicciones de referencia y, segundo, los objetivos identificados específicamente por el legislador al introducir, mediante la

---

<sup>1</sup> SECRETARIADO DE LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE). Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile, de 2014. [en línea] <[http://www.oecd.org/daf/competition/Chile%20merger%20control\\_ESP\\_nov14.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/Chile%20merger%20control_ESP_nov14.pdf)> [consulta: 30 de septiembre de 2018].

<sup>2</sup> Las recomendaciones de la OCDE son también generalmente consistentes con las recomendaciones de la International Competition Network (“ICN”). Ver, en general: INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures. [en línea] <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1108.pdf>> [consulta: 30 de septiembre de 2018].

<sup>3</sup> Informe OCDE. Op. cit. p. 4.

dictación de la Ley 20.945, el nuevo sistema de control de operaciones de concentración en nuestro país.

## **2.2. Objetivos generalmente identificados por los sistemas de control de operaciones de concentración en las jurisdicciones de referencia**

Durante las últimas décadas el derecho de la competencia se ha desarrollado de forma significativa alrededor del mundo. Uno de los principales corolarios de dicho desarrollo ha sido la proliferación prácticamente ubicua de regímenes de control de operaciones de concentración en diversas jurisdicciones a nivel global. En efecto, de acuerdo con los profesores Wish y Bailey:

*“Una característica particularmente notoria de la política de competencia durante los últimos 20 años ha sido la proliferación de regímenes de derecho de la competencia alrededor del mundo. Más de 130 países tienen regulaciones protegiendo la libre competencia, y al menos 110 de aquellas incluyen regímenes de control de operaciones de concentración. La proliferación de los sistemas de control de operaciones de concentración ha tenido un impacto mayor sobre los agentes económicos que las normas contra carteles o comportamiento abusivo, no porque a los agentes económicos les sean indiferentes las segundas, sino porque las operaciones en las que se ven involucrados usualmente se encuentran sujetas a control obligatorio previo bajo las primeras.”<sup>4</sup>*

En términos generales, la gran mayoría de los diversos sistemas de control de operaciones de concentración comparten el mismo objetivo: por una parte, reconocen que las operaciones de concentración son en principio actos lícitos y un aspecto integrante del desarrollo regular de los negocios, por lo que no constituyen una infracción como tal al derecho de la competencia,<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> [Traducción libre]: “A particularly noticeable feature of competition policy in the last 20 years or so has been the proliferation of systems of competition law around the world. More than 130 countries now have competition law, and at least 110 of these laws include merger control. The profusion of systems of merger control has a greater impact on most firms than rules against cartels and abusive behaviour, not because these firms disregard the latter but because their transactions are often subject to mandatory pre-notification under the former.” WISH, Richard y BAILEY, David. Competition Law. Octava edición. Oxford, Reino Unido. Oxford University Press, 2015. p. 856.

<sup>5</sup> Corte Suprema, sentencia en causa Rol N° 396/2005, considerando 29. “Que, por lo tanto, resulta casi inevitable que al producirse una fusión, se vaya también produciendo un fenómeno de concentración en el mercado correspondiente, el que no tiene por qué ser calificado de negativo, a priori, pues dicha circunstancia y sus consecuencias deberán verse, necesariamente, luego de producido el proceso y

y por la otra, buscan anticipar, a través de un análisis prospectivo, posibles riesgos para la libre competencia que podrían producir este tipo de operaciones y, en caso de haberlos, evaluar su relevancia y la posibilidad de que existan contrapesos suficientes a los mismos.<sup>6</sup>

Así, por una parte, y según reconoce el Informe de la OCDE, resulta importante tener presente que “[...], una operación de concentración no constituye una infracción como tal. Las operaciones de concentración pueden ser un mecanismo común para que las empresas hagan crecer sus negocios, se expandan geográficamente, lleguen a más consumidores, diversifiquen su cartera, generen sinergias, logren eficiencias, economías de escala y alcance, y/o aumentan la competitividad internacional. Desde la perspectiva de la política de competencia, la mayoría de las operaciones son en términos de competencia neutrales e incluso, procompetitivas al fomentar el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. Estas concentraciones son legales y la política de competencia no debería eliminar los incentivos de las empresas para efectuar este tipo de operaciones.”<sup>7</sup>

Por el otro lado, el análisis prospectivo de carácter preventivo (o *ex-ante*) se justifica principalmente en la dificultad de subsanar los posibles riesgos que podría generar una operación una vez implementada, por lo que la gran mayoría de las autoridades de competencia buscan anticiparlos y prevenirlos antes de que ésta se materialice. En palabras de los profesores Elhauge y Geradin:

*“Independiente del estatuto aplicable, la regulación de competencia relativa a fusiones representa una política de contención en contra de las fusiones que crearán una estructura de mercado anticompetitiva, en base a la teoría de que es más fácil prevenir dichos efectos de manera profiláctica que revertir la estructura del mercado o fiscalizar de forma directa la posibilidad de precios a niveles monopólicos u oligopólicos. Por tanto, el énfasis se encuentra en analizar las fusiones antes de que sean consumadas y bloquear aquellas respecto de las cuales se predicen efectos anticompetitivos. Este enfoque de carácter profiláctico*

---

*operando las empresas involucradas, fusión que podría tener incluso efectos beneficiosos para los consumidores.”*

<sup>6</sup> TDLC, Resolución N° 39/2012, p. 52, parte considerativa 10.1. *“En toda operación de concentración debe realizarse un balance entre los riesgos que conlleva ésta para la competencia, y que corresponden a las fuerzas que ejercen presión hacia el alza de precios, y las posibles eficiencias alcanzables mediante la misma, que pueden significar una presión hacia la baja de precios en el mercado.”*

<sup>7</sup> Informe OCDE. Op. cit. p. 56

*implica que las autoridades de competencia deben necesariamente predecir efectos anticompetitivos antes de que éstos ocurran.”<sup>8</sup>*

### **2.3. Objetivos del régimen de control de operaciones de concentración que introdujo la Ley 20.945**

Posibles modificaciones al antiguo sistema de control de operaciones de concentración fueron parte de la discusión especializada en la materia por años antes de que efectivamente se llevase a cabo la reforma en estudio. A modo de ejemplo, la Comisión Asesora Presidencial Para la Defensa de la Libre Competencia identificó, ya el año 2012, “[...] *que existe espacio para perfeccionar la institucionalidad vigente en materia de defensa de la competencia, principalmente en tres aspectos: sanciones; mecanismo de delación compensada y sistema de consulta de fusiones.*”<sup>9</sup> Similarmente, don Tomás Menchaca, otrora Presidente del TDLC, en su cuenta pública del año 2013, identificó el control de operaciones de concentración como uno de los problemas puntuales que complicaban el funcionamiento de los organismos de defensa de la libre competencia.<sup>10</sup>

Sin perjuicio de ello, probablemente el mayor impulso para una modificación legislativa relativa al control de operaciones de concentración fue propiciado por el Informe de la OCDE del año 2014.<sup>11</sup> Dicho informe revisó el sistema de control de operaciones de concentración imperante a la fecha en Chile, realizando una serie de observaciones al mismo y recomendando modificaciones sustanciales en base a las mejores prácticas internacionales.

---

<sup>8</sup> [Traducción libre]: “*Whichever statute is used, antitrust merger regulation embodies a containment policy against allowing mergers that will create an anticompetitive market structure on the theory that it is easier to prevent such effects prophylactically rather than to undo the market structure or police monopoly or oligopoly pricing directly. Thus, the emphasis is on reviewing mergers before they are consummated and blocking the ones with predicted anticompetitive effects. This prophylactic approach means enforcement agencies and adjudicators must necessarily forecast the anticompetitive effects before they occur.*” ELHAUGE, Einer y GERADIN, Damien. *Global Competition Law and Economics*. Primera edición. Portland, Estados Unidos. Hart Publishing, 2007. p. 800.

<sup>9</sup> COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia, de julio de 2012. [en línea] <<http://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2012/07/INFORME-FINAL-ENTREGADO-A-PDTE-PINERA-13-07-12.pdf>> [consulta: 30 de septiembre de 2018], p. 4. En el mismo sentido y para mayor detalle ver pp. 22-28.

<sup>10</sup> MENCHACA, Tomás. Cuenta Pública del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 13 de mayo de 2013. [en línea] <<http://www.tdlc.cl/tdlc/CuentasPublicas/CP2013.pdf>> [consulta: 30 de septiembre de 2018], pp. 9-13.

<sup>11</sup> Informe OCDE. Op. cit.

En esencia, el informe de la OCDE sostiene que “[l]a principal conclusión de este informe es que el actual régimen de control de operaciones de concentración carece de transparencia, seguridad jurídica y predictibilidad, elementos clave para un eficaz sistema de control de concentraciones. Las principales razones de la situación actual en Chile son: la falta de disposiciones legales para el control de concentraciones, la carencia de criterios jurisdiccionales claros, el que el control esté sujeto a procedimientos generales antimonopolios que no fueron diseñados para tales fines y la ausencia de facultades específicas entre la FNE y el TDLC.”<sup>12</sup>

El proyecto de ley que culminó en la aprobación de la Ley 20.945 ciertamente recogió de manera considerable los objetivos propuestos por el informe de la OCDE para un nuevo régimen de control de operaciones de concentración en Chile. En este sentido, el mensaje del proyecto de ley señaló que:

*“Con el objeto de dotar a nuestro sistema de defensa de la libre competencia de un régimen de control de operaciones de concentración que otorgue garantías a todos los actores involucrados, que resuelva en forma transparente y predecible los casos que lleguen a su conocimiento y que transmita seguridad jurídica a quienes pretenden llevar a cabo importantes proyectos de negocios, con esta iniciativa nos hacemos cargo de las recomendaciones formuladas por la OCDE, proponiendo que Chile adopte los mejores estándares y prácticas en la materia.”<sup>13</sup>*

En lo particular, y siguiendo nuevamente las recomendaciones de la OCDE, las que se han visto en general plasmadas en el texto definitivo de la Ley 20.945, el proyecto de ley enunció como principales objetivos de la reforma en materia de operaciones de concentración:

- (i) la inclusión de un régimen específico de control de operaciones de concentración en la Ley de Defensa de la Libre Competencia;<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Informe OCDE. Op. cit. p. 7

<sup>13</sup> MENSAJE DE S.E. LA PRESIDENTA DE LA REPUBLICA CON EL QUE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1 DE 2004, DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y RECONSTRUCCIÓN, QUE FIJA EL TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DEL DECRETO LEY N° 211, DE 1973. [en línea] <[https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file\\_ley/5311/HLD\\_5311\\_749a0d2dec7072ac83d52ebf02ff393.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5311/HLD_5311_749a0d2dec7072ac83d52ebf02ff393.pdf)> [consulta: 30 de septiembre de 2018], p. 9

<sup>14</sup> Ibíd. p. 9

- (ii) la definición de qué operaciones están sujetas al control de operaciones de concentración e incorporación de un sistema claro de notificación de dichas operaciones;<sup>15</sup>
- (iii) el establecimiento de un procedimiento eficiente, transparente, previsible y colaborativo para el análisis de las operaciones de concentración;<sup>16</sup>
- (iv) la adopción de un estándar sustantivo en virtud del cual las operaciones de concentración serán analizadas;<sup>17</sup> y,
- (v) la presencia de herramientas de aplicación y sanciones adecuadas para garantizar la eficacia del régimen de control de operaciones de concentración.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> *Ibíd.* p. 9

<sup>16</sup> *Ibíd.* p. 11

<sup>17</sup> *Ibíd.* p. 12

<sup>18</sup> *Ibíd.* p. 12

### **III. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL NUEVO RÉGIMEN DE CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN**

Como vimos, las principales recomendaciones del Informe OCDE fueron consagradas en la Ley 20.945, que incorporó el nuevo Título IV del DL 211 y dio lugar al régimen de control de operaciones de concentración en fuerza desde junio de 2017.

Previo a dicha modificación legal, el control de operaciones de concentración carecía de regulación específica bajo la normativa de competencia chilena. Sin embargo, entre sus principales características podemos destacar las siguientes:

- Oportunidad: previo a la reforma que introdujo la Ley 20.945 el DL 211 no contaba con disposiciones que se refiriesen específicamente al control de operaciones de concentración, ni menos existía una obligación legal de notificar dichas operaciones ante la FNE o el TDLC. Así las cosas, existían posibilidades de control preventivo (*ex ante*) por parte del TDLC, a solicitud de las partes de la operación, la FNE o incluso terceros, en virtud de la potestad para absolver consultas consagrada en el artículo 18 N°2 DL 211. Por otra parte, la FNE también se encontraba facultada para instruir investigaciones de acuerdo con las reglas generales contenidas en el Título III del DL 211, sea para buscar controlar una operación de concentración de forma *ex ante* (por ejemplo, a través de un acuerdo extrajudicial o de una consulta presentada ante del TDLC) o *ex post* (por ejemplo, a través de un requerimiento).
- Sede: en el régimen antiguo la FNE no tenía potestades que le permitieran aprobar operaciones de concentración. Lo más cercano a una aprobación que podía otorgar por su cuenta la FNE consistía en el archivo de la investigación. Sin embargo, para que una operación quedase aprobada bajo el régimen anterior resultaba necesario concurrir ante el TDLC, generalmente por medio de una consulta o de un acuerdo extrajudicial con la FNE.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> A modo de ejemplo, la FNE, Holchile S.A. y Caburga Limitada suscribieron un acuerdo extrajudicial en relación a la operación de concentración mediante la cual Caburga Limitada adquiría el 54,32% de las acciones que Holchile S.A. poseía en Cemento Polpaico S.A. Dicho acuerdo extrajudicial fue sometido a aprobación del TDLC, conforme a lo dispuesto por el artículo 39 letra ñ) del DL 211, y aprobado mediante resolución de término de fecha 29 de junio de 2017 en causa Rol AE 14-17.

- Participación de terceros: la participación de terceros tampoco se encontraba claramente regulada bajo el sistema antiguo, pero ello no significa que fuese inexistente. En efecto, los terceros podían, a través de denuncias, motivar la apertura de investigaciones por parte de la FNE. Asimismo, la jurisprudencia del TDLC<sup>20</sup> y de la Corte Suprema<sup>21</sup> tendió a admitir a tramitación las consultas interpuestas por terceros (por ejemplo, asociaciones de consumidores) respecto de operaciones de concentración.

Por el contrario, el régimen actual regula de forma específica un sistema de control de operaciones de concentración entre cuyas características principales podemos destacar las siguientes:

- Oportunidad: por regla general, las operaciones controladas bajo este sistema lo serán de forma preventiva (*ex ante*) por la vía de una notificación obligatoria, siempre y cuando se cumplan los supuestos establecidos en los artículos 47 y 48 del DL 211. Ello implica, en definitiva, que existirá un deber de notificar dichas operaciones a la FNE de forma previa a su perfeccionamiento.
- Sede: la tarea de realizar dicho control preventivo recae sobre la FNE, por lo que se desarrolla principalmente en sede administrativa, sin perjuicio de la posible revisión judicial en determinadas hipótesis.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> A modo de ejemplo, el TDLC dio inicio al procedimiento contemplado en el artículo 31 del DL 211 en virtud de la consulta formulada por la Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G., relativa a las operaciones de concentración que pretendían celebrar LATAM Airlines Group, American Airlines Inc., Iberia Líneas Aéreas de España S.A. Operadora Unipersonal y British Airways PLC. Resolución de fecha 10 de agosto de 2016 en causa Rol NC 434-16.

<sup>21</sup> A modo de ejemplo, la Corte Suprema acogió el recurso de reclamación interpuesto por la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile (“Conadecus”) en contra de la resolución del TDLC de fecha 30 de octubre de 2014 en causa Rol NC 426-14, que había resuelto no admitir a tramitación la consulta formulada por Conadecus relativa a la operación de concentración consistente en la adquisición de la Compañía General de Electricidad S.A. por parte de Gas Natural Fenosa. Así la Corte Suprema, mediante sentencia de 29 de enero de 2016, en causa Rol 30.190-2014, dispuso que el TDLC debía dar curso a la consulta formulada por Conadecus de acuerdo al procedimiento contemplado en el artículo 31 del DL 211.

<sup>22</sup> DL 211, artículo 48: “*Deberán notificarse a la Fiscalía Nacional Económica, en forma previa a su perfeccionamiento, las operaciones de concentración que produzcan efectos en Chile y que cumplan con los siguientes requisitos copulativos: [...]*”. Las posibles vías de revisión judicial se encuentran consagradas, en lo que respecta al TDLC, en el inciso final del artículo 57 DL 211, (“*[e]n contra de la resolución del Fiscal Nacional Económico que prohíba una operación, el notificante podrá promover*

- Efecto suspensivo: los agentes que notifican una operación de concentración a la FNE no podrán perfeccionarla antes de que se encuentre firme la resolución o sentencia que dé término al procedimiento respectivo. Dicha prohibición se encuentra expresamente consagrada en el artículo 49 DL 211.<sup>23</sup>
- Propuesta de remedios o medidas de mitigación: las partes notificantes siempre tendrán derecho a ofrecer a la FNE las medidas que estimen aptas para mitigar los riesgos que la operación pudiese producir, sin que ello implique el reconocimiento de riesgo alguno.<sup>24</sup>
- Participación restringida de terceros: los terceros que no haya tomado parte de la operación de concentración no podrán notificarla a la FNE.<sup>25</sup> Asimismo, no se otorgará acceso al expediente de investigación de la FNE a los eventuales terceros interesados en la operación durante primera fase de revisión de la FNE. Solamente en caso de que el análisis de la operación pase a una segunda fase de revisión, podrán tener acceso a la versión pública del expediente los terceros interesados y serán asimismo llamados a aportar antecedentes de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo 55 DL 211. Finalmente, solamente aquellos terceros interesados que hayan aportado antecedentes ante la FNE en la

---

*ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dentro del plazo de diez días, contado desde la notificación de la referida resolución, un recurso de revisión especial, que deberá ser fundado.”); y, por otra parte, en lo que respecta a la Corte Suprema, en los artículos 27 y 31 bis inciso final del mismo cuerpo normativo. Para mayor detalle ver apartado 7.3 *infra*.*

<sup>23</sup> DL 211, artículo 49: “Los agentes económicos que proyecten concentrarse no podrán perfeccionar las operaciones de concentración que hubieren notificado a la Fiscalía Nacional Económica, las que se entenderán suspendidas desde el acto de su notificación hasta que se encuentre firme la resolución o sentencia que ponga término definitivo al procedimiento correspondiente.”

<sup>24</sup> DL 211, artículo 53, inciso tercero: “Asimismo, para efectos de lo establecido en la letra b) del artículo 54 y en la letra b) del artículo 57, el notificante tendrá siempre derecho a ofrecer al Fiscal Nacional Económico las medidas que estime aptas para mitigar aquellos riesgos que la operación notificada pudiese producir para la libre competencia. Las medidas deberán ser ofrecidas por escrito y no constituirán, en caso alguno, un reconocimiento de la existencia de los riesgos que a través de ellas se pretende mitigar.”

<sup>25</sup> DL 211, artículo 48, inciso cuarto: “Estarán obligados a practicar la notificación de la que trata este artículo, conjuntamente, los agentes económicos que hayan tomado parte en la operación de concentración. Los terceros que no hayan tomado parte en la operación de concentración no podrán practicar la notificación.”

forma señalada podrán intervenir en la audiencia pública de una eventual revisión judicial de la operación por parte del TDLC.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> DL 211, artículo 31 bis, inciso segundo: “*Interpuesto el recurso que establece el inciso final del artículo 57, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ordenará al Fiscal Nacional Económico remitir el expediente en que obre la investigación en que se hubiere pronunciado la resolución recurrida, y citará a una audiencia pública en la que podrán intervenir la parte recurrente, el Fiscal Nacional Económico y quienes hubieren aportado antecedentes a la investigación en virtud de lo establecido en el inciso segundo del artículo 55.*”

#### **IV. POSIBILIDADES DE CONTROL DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN EN EL RÉGIMEN QUE INTRODUJO LA LEY 20.945**

En términos generales, el régimen de control de operaciones de concentración vigente establece un sistema de control *ex ante* de carácter administrativo ante la FNE, con la posibilidad de revisión judicial ante el TDLC y, eventualmente, también ante la Corte Suprema.

Estimamos que la atribución de la FNE para aprobar (de forma pura y simple o sujeta a medidas) o prohibir una operación de concentración es de naturaleza administrativa y no jurisdiccional. La principal razón para ello es que estamos ante ausencia de *litis*. En otras palabras, en el procedimiento de control de operaciones de concentración no existe un conflicto externo de relevancia jurídica que sea resuelto por el órgano administrativo (la FNE). Por lo demás, esto resulta consistente con la calificación que ha dado el Tribunal Constitucional a la potestad para absolver consultas del TDLC, previamente el principal mecanismo para la revisión de operaciones de concentración en nuestro sistema de libre competencia.<sup>27</sup>

En cuanto a la eventual revisión judicial, vale la pena notar que el control de operaciones de concentración por parte del TDLC se restringe a la revisión de las decisiones de la FNE que prohíban una operación de concentración. En efecto, aunque la potestad del TDLC de absolver consultas se mantiene vigente, ha sido excluido de la misma el control de operaciones de concentración, en circunstancias de que, previo a la reforma, aquella potestad se consideraba como uno de los principales medios de control de operaciones de concentración en el sistema

---

<sup>27</sup> En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha considerado que en principio solo la potestad del numeral 1° del artículo 18 DL 211 representa un ejercicio de jurisdicción. Ver STC Rol N° 1449-2009, de 7 de septiembre de 2010, considerando 16. *“DECIMOSEXTO: 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. Algunas de ellas, como la de informar que motiva el presente requerimiento, se radicaban en las denominadas comisiones preventivas. Dicho de otro modo, se trata de una categoría de potestades públicas cuya naturaleza es administrativa y particular y que paradójicamente, por razones históricas y presupuestarias, hoy se encuentra radicada en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Domingo Valdés Prieto, ob. cit., p. 595).”*

entonces vigente. Así, la versión actual del numeral segundo del artículo 18 del DL 211 expresamente excluye el control de operaciones de concentración al señalar que:

*“El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: [...]*

*2) Conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos,”<sup>28</sup>*

Así las cosas, bajo el nuevo régimen las posibilidades de control de una operación de concentración por parte de la FNE son las siguientes:

- (a) En virtud de una notificación obligatoria, de cumplirse lo dispuesto en los artículos 47 y 48 del DL 211.
- (b) Por medio de una notificación voluntaria, de acuerdo con lo establecido en el inciso octavo del artículo 48 del DL 211.
- (c) Mediante una investigación de oficio instruida hasta un año después del cierre de una operación que no ha sido notificada de manera voluntaria, según lo dispuesto en el inciso noveno del artículo 48 del DL 211.

Revisaremos brevemente los supuestos para que la FNE controle una operación de concentración en las hipótesis enunciadas.

#### **4.1. Notificación obligatoria**

Las partes de una operación de concentración deberán notificarla de forma obligatoria a la FNE cuando se cumplan los siguientes supuestos:

- (i) debe tratarse de una operación de concentración en los términos del artículo 47 del DL 211; y,

---

<sup>28</sup> DL 211, artículo 18, numeral 2°.

- (ii) la operación debe alcanzar o superar los umbrales copulativos de ventas establecidos en el artículo 48 del DL 211.

Podemos observar que el legislador ha privilegiado criterios objetivos para determinar qué operaciones deben ser notificadas de forma obligatoria a la FNE, buscando dotar de mayor predictibilidad al sistema de control de operaciones de concentración.<sup>29</sup> En ese sentido, a la hora de determinar si una operación de concentración debe ser notificada de forma obligatoria a la FNE el foco no debiese estar en parámetros propios de un análisis sustantivo de competencia, tales como la concentración del mercado relevante en cuestión.

#### **4.2. Notificación voluntaria**

Las operaciones de concentración que no alcancen los umbrales establecidos en el artículo 48 del DL 211 podrán igualmente ser notificadas voluntariamente a la FNE previo a su perfeccionamiento. Las notificaciones realizadas de forma voluntaria se sujetarán a las mismas reglas que a las obligatorias.<sup>30</sup>

#### **4.3. Control *ex post* mediante investigación de oficio**

Como hemos visto, el nuevo régimen de control de operaciones de concentración es uno que funciona esencialmente de forma preventiva (*ex ante*). Sin embargo, excepcionalmente y por un periodo de tiempo limitado, la FNE puede revisar una operación de concentración de manera *ex post* (es decir, después de que la misma haya sido perfeccionada). Para ello resulta necesario que se cumplan los supuestos descritos a continuación, de acuerdo con lo establecido en el inciso noveno del artículo 48 del DL 211:

- (i) debe tratarse de una operación de concentración en los términos del artículo 47 del DL 211;
- (ii) que la operación no haya alcanzado ni superado los umbrales establecidos en el artículo 48 del DL 211;

---

<sup>29</sup> Ver sección II, *supra*.

<sup>30</sup> DL 211, artículo 48, inciso octavo art. 48: “*Las operaciones de concentración que no igualen o superen los umbrales referidos en las letras a) y b) de este artículo podrán ser notificadas en forma voluntaria por los agentes económicos que proyectan concentrarse. Las notificaciones voluntarias se sujetarán a las mismas reglas que las obligatorias, en la medida que la operación no se haya perfeccionado al momento de la notificación.*”

- (iii) que la operación no haya sido notificada voluntariamente de acuerdo con lo dispuesto en el inciso octavo del artículo 48 del DL 211;
- (iv) que la operación haya sido perfeccionada; y,
- (v) que hubiese transcurrido menos de un año desde el perfeccionamiento de la operación.

Es necesario destacar que el control de dicha operación no seguirá las reglas establecidas en el Título IV del DL 211, sino que se llevará a cabo de acuerdo con las facultades generales de la FNE para investigar posibles infracciones al DL 211, conforme a lo dispuesto en el Título III de dicha normativa.

En lo que sigue nos enfocaremos en el control preventivo y obligatorio por parte de la FNE de las operaciones de concentración que cumplan con los requisitos establecidos en los artículos 47 y 48 del DL 211, dado que se trata de la principal vía de control en el régimen que introdujo la Ley 20.945. El primero de dichos requisitos será que se trate de una operación de concentración en los términos del artículo 47 DL 211, elemento que revisaremos en la sección V a continuación. Luego, el segundo requisito será que se alcancen copulativamente los umbrales de ventas establecidos en el artículo 48 DL 211, elemento que revisaremos someramente en la sección VI subsiguiente.

## V. CONCEPTO LEGAL DE OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 47 DL 211

### 5.1. Introducción, evolución y consagración legal actual

Previo a la reformas al DL 211 que introdujo la Ley 20.945 –y en particular la incorporación del nuevo Título IV– la normativa de libre competencia no contemplaba referencias legales al concepto de ‘operación de concentración’, ni mucho menos una definición del mismo. El control de operaciones de concentración se sustentaba simplemente en el ilícito antimonopólico universal del artículo 3 del DL 211.<sup>31</sup>

Ante la falta de una definición legal bajo el sistema antiguo, el TDLC y la FNE desarrollaron dicho concepto en el ejercicio de sus respectivas potestades. Como bien observó en su momento el Informe OCDE:

*“Las concentraciones son definidas, actualmente, tanto en la Guía de la FNE sobre Concentraciones como en el Auto Acordado del TDLC sobre Concentraciones de formas distintas. La Guía de la FNE prevé un enfoque más amplio al definir las como ‘cambios en los incentivos’ entre compañías anteriormente independientes, lo que de acuerdo con la FNE también puede incluir alianzas estratégicas (joint venture), intereses minoritarios y la adquisición de una participación minoritaria, directa o indirecta, en la propiedad de un competidor. El Auto Acordado del TDLC vincula la noción de concentración con la de adquisición de ‘influencia decisiva’*

---

<sup>31</sup> “Nuestro Decreto Ley 211 no contempla normas jurídicas específicas reguladoras de fusiones o concentraciones en cualesquiera de sus modalidades. Dicho cuerpo normativo antimonopólico se encarga de proscribir injustos monopólicos de fuente, v. gr., colusiones monopólicas, e injustos monopólicos de abuso, v. gr., la explotación de una posición dominante a través de la imposición de contratos atados, y sea que tales injustos pongan en riesgo o lesionen la libre competencia. No obstante lo anterior, el tipo universal antimonopólico ha resultado aplicado en procesos jurisdiccionales sancionatorios y en procedimientos administrativos consultivos en relación con ciertas operaciones correspondientes a estas prácticas denominadas fusiones y concentraciones.” VALDÉS PRIETO, Domingo. Libre Competencia y Monopolio. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2006. p. 535.

*sobre una empresa independiente. Ni la práctica de la FNE, ni la jurisprudencia del TDLC ha abordado una definición con más profundidad.*<sup>32-33-34</sup>

El nuevo texto del DL 211 implica un cambio fundamental en dicho sentido, recogiendo la recomendación expresa de la OCDE,<sup>35</sup> toda vez que el artículo 47 provee una definición del concepto 'operación de concentración':

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

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

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

---

<sup>32</sup> Informe OCDE. Op. cit. p. 63.

<sup>33</sup> *“La FNE entiende por operación de concentración o concentración, las fusiones, las adquisiciones de acciones, las adquisiciones de activos, las asociaciones y, en general, los actos y convenciones que tienen por objeto o efecto que dos o más empresas económicamente independientes entre sí pasen a conformar una sola empresa, a tomar decisiones en forma conjunta o a integrar un mismo grupo empresarial.”* FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración, de octubre de 2012. [en línea] <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>> [consulta: 30 de septiembre de 2018], p. 6.

<sup>34</sup> *“Que, en general, se entiende por operación de concentración todo hecho, acto o convención, simple o complejo, cualquiera sea su naturaleza jurídica, por medio del cual: (a) una entidad competitiva independiente se fusione o adquiera de manera duradera una influencia decisiva en la gestión de otra entidad competitiva independiente, que deja entonces de serlo; o (b) dos o más de dichas entidades participen conjuntamente en un emprendimiento o conformen una entidad común, reduciendo así de manera significativa y duradera la independencia competitiva de cualesquiera de ellas.”* TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Auto Acordado N° 12/2009, Sobre Información Relevante para el Control Preventivo de Operaciones de Concentración. [en línea] <[http://www.tdlc.cl/tdlc/DocumentosMultiples/Autoacordado\\_N\\_12\\_2009.pdf](http://www.tdlc.cl/tdlc/DocumentosMultiples/Autoacordado_N_12_2009.pdf)> [consulta: 30 de septiembre de 2018], pp. 1-2.

<sup>35</sup> El Informe OCDE recomendó: “[...]a delimitación del ámbito de control de las operaciones de concentración mediante la definición de concentración, la selección de un mecanismo de notificación de operaciones de concentración y la determinación de umbrales de notificación”. Informe OCDE. Op. cit. p. 4.

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

d) *Adquiriendo, uno o más de ellos, el control sobre los activos de otro a cualquier título.*<sup>36</sup>

Vale la pena destacar que el concepto de operación de concentración del artículo 47 pone un claro énfasis en la pérdida de independencia entre dos o más agentes económicos, tal como lo hicieron antes la definición de la guía de la FNE y aquella del auto acordado del TDLC. Sin embargo, pareciera que estas tres definiciones consideran un énfasis distinto al momento de calificar el tipo de independencia que es relevante para determinar que nos encontramos ante una operación de concentración. Primero, la definición de la guía de la FNE de 2012 habla de empresas “*económicamente independientes*”. Luego, la definición del auto acordado del TDLC señala que se trata de “*independencia competitiva*”. Por último, la definición legal del artículo 47 indica que el cese de intendencia puede ocurrir en “*en cualquier ámbito de sus actividades*”.

Evidentemente, el alcance de la definición legal resulta más amplio que aquel de la guía de la FNE y del auto acordado del TDLC. Ello será particularmente relevante si se considera el carácter obligatorio de la notificación de operaciones de concentración que superen los umbrales del artículo 48 del DL 211 y, además, que la infracción a dicho deber puede ser sancionado conforme a las reglas generales del DL 211.

Naturalmente, resultará importante la labor interpretativa que pueda realizar al respecto la FNE, y eventualmente el TDLC, al dar aplicación al concepto legal de operaciones de concentración consagrado en el artículo 47 del DL 211. Si bien a la fecha el TDLC no se ha pronunciado sobre el mismo, una sentencia de aquel tribunal previa a la reforma ha establecido lineamientos interesantes sobre el particular. En efecto, la Sentencia N° 159/2017 del TDLC consideró que determinado arrendamiento a largo plazo de un inmueble no constituía una operación de concentración, toda vez que: (i) el arrendador y el arrendatario no participaban en la misma industria; y (ii) el arrendamiento no eliminaba a un competidor del mercado, por lo que no existió un traspaso de activos relevantes para la operación en el mercado relevante.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> DL 211, artículo 47.

<sup>37</sup> TDLC, Sentencia N° 159/2017, causa C N° 315-16, p. 28, considerando 67. “*Sexagésimo séptimo: Que, por tanto, atendido lo expuesto en los considerandos Vigésimo séptimo a Sexagésimo sexto, se*

En la sentencia referida el TDLC parece mostrar mayor cercanía al concepto del auto acordado, indicando que –al menos en el caso de los arrendamientos– para que sean considerados operaciones de concentración sería relevante que exista una pérdida de independencia competitiva.<sup>38</sup>

Por otra parte, en lo que se refiere al catálogo de operaciones que establece el artículo 47 del DL 211, un análisis de los primeros doce meses de aplicación del nuevo régimen permite observar que la gran mayoría de las operaciones notificadas a la FNE se enmarcan en la hipótesis establecida en la letra b) del artículo 47. En efecto, del total de 42 operaciones revisadas por la FNE entre junio de 2017 y mayo de 2018, 32 se han identificado con la letra b) del artículo 47.<sup>39</sup> Solo, 3 operaciones han sido notificadas bajo la letra a) del artículo 47,<sup>40</sup> 6 bajo la letra c) de dicho precepto<sup>41</sup> y apenas 2 operaciones conforme a lo dispuesto en la letra d).<sup>42</sup> Finalmente, la FNE ha aprobado una operación que ha considerado se enmarca tanto bajo la letra b) como la letra d) del artículo 47.<sup>43</sup>

La revisión de las resoluciones e informes de aprobación de la FNE muestra que éstos generalmente se centran en el análisis competitivo de la operación, sin desarrollar en extenso las razones por las que concurriría una u otra hipótesis del artículo 47 DL 211.

Por su parte, durante el mismo periodo de tiempo el TDLC no ha dictado todavía resolución en el único recurso de revisión especial interpuesto a la fecha conforme a lo consagrado en el

---

*puede concluir que el Contrato de Arrendamiento no es una operación de concentración, debido a que (i) Inmobiliaria Catedral no es un operador de la industria supermercadista; (ii) no elimina a un competidor del mercado, pues Bigger SpA suspendió su operación un año antes de la celebración del contrato por problemas financieros y no hubo, por tanto, traspaso de activos tangibles ni intangibles relevantes para la operación de un supermercado por parte de esta empresa a Cencosud;*"

<sup>38</sup> Hacemos presente que la sentencia referida no se encuentra firme, toda vez que en su contra se ha interpuesto recurso de reclamación. Dicho recurso está siendo conocido por la Corte Suprema bajo el Rol N° 44.266-2017.

<sup>39</sup> Ver, en general, Apéndice Casos FNE, *infra*.

<sup>40</sup> Casos: (i) Dow / Dupont; (ii) Essilor / Luxottica; (iii) Bayer / Monsanto. Ver Apéndice Casos FNE, *infra*.

<sup>41</sup> Casos: (i) NYK / MOL / KL; (ii) Maderas Arauco / Empresas Pizarreño; (iii) Besalco / Belfi; (iv) Aeropuerto Tepual; (v) ENAP / Pecket Energy; (vi) Total Petrochemicals / Borealis / Nova Chemicals. Ver Apéndice Casos FNE, *infra*.

<sup>42</sup> Casos: (i) HP / Samsung; (ii) Megacompra / Multicaja. Ver Apéndice Casos FNE, *infra*.

<sup>43</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Informe de aprobación de 23 de octubre de 2017 en caso Rol FNE F-89-2017, operación de concentración entre HP Inc. y Samsung Electronics Co. Ltd. [en línea] <<http://www.fne.gob.cl/biblioteca/actuaciones-de-la-fne/investigaciones-de-la-fne/>> [consulta: 30 de septiembre de 2018].

inciso final del artículo 57 DL 211,<sup>44</sup> por lo que no ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre estas materias.

Es por ello que actualmente la principal fuente de lineamientos en torno a cómo interpretar el artículo 47 del DL 211 y la definición de operaciones de concentración que en él se consagra es la Guía de Competencia de la FNE, de junio de 2017 ("Guía de Competencia").<sup>45</sup> Dicho documento resulta especialmente relevante si se toma en cuenta el rol central que el legislador ha otorgado a la FNE en la aplicación de las disposiciones del Título IV del DL 211.

## **5.2. Guía de competencia de la FNE**

Comprender correctamente que tipo de actos, hechos o convenciones constituyen una operación de concentración resulta sumamente relevante. Si nos encontramos ante una operación de concentración en los términos del artículo 47 DL 211, y además la misma sobrepasa los umbrales consagrados en el artículo 48 de dicho cuerpo normativo, surgirá la obligación legal de someter dicha operación al control preventivo de la FNE de acuerdo con el Título IV del DL 211. Por el contrario, si dichos actos, hechos o convenciones se encuentran fueran de los límites del concepto legal de operaciones de concentración, sólo serán relevantes para el derecho de la libre competencia en la medida que puedan constituir infracciones al artículo 3 del DL 211, en cuyo caso el control de los mismos generalmente se realizará de manera *ex post*.

En otras palabras, el artículo 47 DL 211 –y la interpretación se haga de el mismo– determinarán los actos, hechos o convenciones a los que se aplicarán las disposiciones del Título IV del DL 211. Ello resulta aún más relevante si consideramos que el otro elemento que determina la aplicación de las disposiciones en estudio reviste de un carácter objetivo y sujeto a un nivel menor de interpretación, como son los umbrales de ventas consagrados en el artículo 48 DL 211.

La situación descrita es reconocida por la FNE en la presentación de su Guía de Competencia:

---

<sup>44</sup> Recurso de revisión especial interpuesto el 25 de mayo de 2018 en contra de la resolución de prohibición de la FNE en el caso *Ideal / Nutrabien*, causa Rol RRE 1-2018.

<sup>45</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Guía de Competencia. Junio de 2017. [en línea] <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-competencia.pdf>> [consulta: 30 de septiembre de 2018].

*“El nuevo procedimiento contemplado en el DL 211 resultará aplicable respecto de los hechos, actos o convenciones que califiquen como operación de concentración de conformidad a lo establecido en el artículo 47 del DL 211. Tal calificación determina la competencia de la Fiscalía para conocer del hecho, acto o convención notificado conforme al procedimiento del Título IV del DL 211. Por el contrario, los hechos actos o convenciones que no califiquen como operación de concentración no serán conocidos de conformidad al Título IV del DL 211 por la Fiscalía y quedarán por lo tanto regidos por las reglas generales del DL 211, tal es el caso, por ejemplo, de los acuerdos de colaboración entre competidores que no conformen un agente económico independiente y permanente o bien la adquisición de participaciones minoritarias que no confieran control. En consecuencia, determinar cuándo estamos ante una operación de concentración resulta de la mayor relevancia para la operativa del sistema de control preventivo.”<sup>46</sup>*

### **5.2.1. Elementos y aspectos comunes a toda operación de concentración**

La Guía de Competencia de la FNE identifica tres elementos comunes a toda operación de concentración: (i) los agentes económicos que participan en la operación; (ii) el hecho, acto o convención, o el conjunto de ellos, que constituyen la operación de concentración; y, (iii), la pérdida de independencia de los agentes económicos como consecuencia de la operación de concentración.

En cuanto a la interpretación de la norma en estudio el más importante de estos elementos será, sin lugar a dudas, la pérdida de independencia. En efecto, hasta cierto punto el análisis de los dos primeros elementos se llevará a cabo considerando la relevancia de éstos para determinar dicho cese de independencia.

Por un lado, la relevancia de la existencia de dos o más agentes económicos que participan en la operación radica en que éstos sean agentes económicos distintos e independientes de forma previa a la operación. De lo contrario, no resultaría posible el cese de una independencia que de forma previa ya no existía. Esta circunstancia se consagra con claridad en el artículo 47 DL 211, al señalar aquella disposición que en una operación de concentración necesariamente deberán participar dos o más agentes económicos, que no formen parte del

---

<sup>46</sup> Guía Competencia FNE. Op. cit. p. 4.

mismo grupo empresarial y que sean previamente independientes entre sí.<sup>47</sup> En el mismo sentido, la Guía de Competencia de la FNE señala que “[...] una operación de concentración sólo puede tener lugar si inicialmente hay dos o más agentes económicos distintos, pertenecientes a diversos grupos empresariales.”<sup>48</sup>

Por otra parte, la existencia de actos, hechos o convenciones como elemento de toda operación de concentración también se ve subordinado al cese de independencia ya referido. En efecto, la FNE considera que dichos actos, hechos o convenciones no requieren formalidad alguna para constituir una operación de concentración.<sup>49</sup> Así, lo relevante será para la FNE que “*independiente de la voluntad de la o las entidades que lo ejecutan o celebran, tenga un efecto determinado y de relevancia para el análisis de la competencia en los mercados, consistente en el cese de la independencia de un agente económico respecto de otro agente económico.*”<sup>50</sup>

En definitiva, como adelantamos, el elemento determinante en la labor interpretativa será el cese de la independencia ya aludido. Este criterio también ha sido recogido en la doctrina especializada, que ha reconocido que el aspecto central y común a toda operación de concentración será el cese de independencia entre agentes económicos.

En ese sentido, los profesores Wish y Bailey señalan:

*“En cada caso la pregunta esencial será si es que negocios previamente independientes pasarán a encontrarse bajo un control común, con la consecuencia de que, a futuro, el mercado funcionará con un menor grado de competencia que antes de la fusión.”*<sup>51</sup>

---

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

<sup>48</sup> Guía competencia FNE. Op. cit. p. 11.

<sup>49</sup> “En efecto, no existe formalidad específica que deba cumplirse para que una operación de concentración tenga lugar, debiendo la Fiscalía analizar en concreto si el hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, puede ser considerado como una operación de concentración.” *Ibíd.* p. 12.

<sup>50</sup> *Ibíd.* p. 11.

<sup>51</sup> [Traducción libre]: “In each case the essential question is whether previously independent businesses have come or will come under common control with the consequence that, in the future, the market will

De forma similar, los profesores Elhauge y Geradin sostienen que:

*“Las fusiones (o ‘concentraciones’) son la combinación de dos entidades previamente independientes en una sola. Desde la perspectiva de la libre competencia no resulta relevante si el efecto descrito proviene de la fusión formal entre dos entidades en una sola o de la adquisición los bienes de o participación en un entidad. Tampoco resulta relevante el hecho de que, luego de la fusión, la entidad adquirida se convierta en una subsidiaria con personalidad jurídica propia. Lo que importa es el hecho de que dos negocios separados y que previamente perseguían ganancias de forma independiente se hayan combinado en una estructura de propiedad común que dé a ambos negocios un objetivo de ganancias en común.”*<sup>52</sup>

Luego, el artículo 47 DL 211 describe diversas vías a través de las cuales pueden obtenerse los resultados propios de una operación de concentración, esto es, la pérdida de independencia ya descrita. A continuación revisaremos someramente los principales aspectos de cada una de ellas.

### **5.2.2. Artículo 47 DL 211, letra a)**

La primera de estas vías se consagra en el literal a) del artículo 47: “[f]usionándose, cualquiera que sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión.”<sup>53</sup>

El concepto de ‘fusión’ ha sido largamente tratado por el derecho comercial, disciplina que reconoce y clasifica diversos tipos de fusiones.<sup>54</sup> Sin embargo, el derecho de la libre

---

*function less competitively than it did prior to the merger.”* WISH, Richard y BAILEY, David. Op. cit. p. 854

<sup>52</sup> [Traducción libre]: “*Mergers (or ‘concentrations’) are the combination of previously independent firms into one firm. For antitrust purposes it does not matter whether the combination reflects a formal merger of two corporations into a single corporation or instead the acquisition of another firm’s assets or stock. Nor does it matter whether, after the merger, the acquired business becomes a subsidiary that continues to be a separate legal entity. All that matters is that what used to be separate businesses pursuing independent profit motives have now been combined into one common ownership structure that gives the businesses a joint profit motive.*” ELHAUGE, Einer y GERADIN, Damien. Op. cit. p. 799

<sup>53</sup> DL 211, artículo 47, letra a).

<sup>54</sup> A modo de ejemplo, incluso si nos restringimos meramente al estudio de las sociedades anónimas, vemos que el artículo 99 de la Ley N° 18046, Ley Sobre Sociedades Anónimas, reconoce distintos tipos de fusiones. Ver, en general: PUGA, Juan Esteban. La Sociedad Anónima y Otras Sociedades por

competencia típicamente utiliza una acepción amplia del concepto de fusión, sin detenerse en demasía en los medios a través de los cuales se logra el efecto relevante para el análisis de competencia.

En efecto, la FNE reconoce un sentido más amplio al concepto de 'fusión' que aquel ya consagrado en nuestra legislación, específicamente en la Ley 18.046.<sup>55</sup> En ese sentido, la Guía de Competencia de la FNE define el término de la siguiente manera: "*todas las operaciones en las que, de la reunión de dos o más agentes económicos surja un nuevo agente económico, o subsista uno solo de ellos, con un único patrimonio, reuniendo en ello la totalidad del activo y pasivo de los agentes económicos que han concurrido a la fusión.*"<sup>56</sup>

Bajo dicho concepto la FNE incluso considerará como una fusión aquel escenario en el que las entidades mantengan su existencia jurídica independiente, pero unifiquen sus actividades económicas, sus negocios o patrimonios.<sup>57</sup>

Es por ello que para analizar si una fusión puede ser considerada como una operación de concentración será relevante determinar si efectivamente se produce la pérdida de independencia entre los agentes económicos. Además, también resultará un elemento central y característico del literal a) del artículo 47 la desaparición íntegra uno de los agentes económicos que participan en la operación.<sup>58</sup>

### **5.2.3. Artículo 47 DL 211, letra b)**

La segunda de las vías consagradas en el artículo 47, específicamente en el literal b) del mismo, se encuentra descrita de la siguiente manera: "[a]dquiriendo, uno o más de ellos,

---

Acciones en el Derecho Chileno y Comparado, Tomo II. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, 2015. pp. 715 y ss.

<sup>55</sup> "Si bien el concepto de fusión se encuentra reconocido en el artículo 99 de la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas (*'reunión de dos o más sociedades en una sola que las sucede en todos sus derechos y obligaciones, y a la cual se incorporan la totalidad del patrimonio y accionistas de los entes fusionados'*), para efectos del análisis de competencia de la Fiscalía, será considerado en un sentido más amplio." Guía de competencia FNE. Op. cit. p. 16, nota al pie N° 10.

<sup>56</sup> *Ibíd.* p. 16.

<sup>57</sup> *Ibíd.*

<sup>58</sup> *Ibíd.*

*directa o indirectamente, derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, influir decisivamente en la administración de otro.*<sup>59</sup>

La lectura de dicha disposición indica que el elemento central para que se materialice el cese de independencia por esta vía será que un agente económico adquiera influencia decisiva o control sobre el desempeño competitivo de otro.<sup>60</sup>

De acuerdo con su Guía de Competencia, la FNE entenderá que la adquisición de control o influencia decisiva puede verificarse tanto por vías de carácter jurídico (tal como indica el literal b) del artículo 47 DL 211) como por vías de hecho, o, incluso, una combinación de ambos. Merece la pena observar, desde ya, que el concepto de control utilizado por la FNE es reconocidamente más amplio que aquel consagrado en la Ley de Mercado de Valores.<sup>61</sup> En efecto, la Guía de Competencia de la FNE señala que:

*“La Fiscalía entiende por control o influencia decisiva la posibilidad, de jure o de facto, de determinar -o vetar- la adopción de decisiones sobre la estrategia y comportamiento competitivo de un agente económico. Dicho control supone, entre otros, influir decisivamente o controlar la composición de su administración, derechos a voto, decisiones estratégicas o de negocios, o, en general, influir en el desenvolvimiento competitivo del mismo.”*<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> DL 211, artículo 47, letra b).

<sup>60</sup> *“Esta Fiscalía entiende el concepto de control e influencia decisiva, incluidos en las letras b) y d) del artículo 47 del DL 211 como sinónimos y serán utilizados indistintamente.”* Guía de Competencia FNE. Op. cit. p. 17, nota al pie N° 12.

<sup>61</sup> *“Tal como se señaló en la nota al pie número 6, la definición de influencia decisiva o control que consta en este apartado de la presente Guía, es específica para el análisis de competencia que debe realizarse con ocasión de la aplicación de las letras b) y d) del artículo 47 del DL 211. Por lo mismo, el concepto de influencia decisiva o control consagrado en las letras b) y d) del artículo 47 del DL 211, no necesariamente coincide, por ejemplo, con la definición de control dada por la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores en sus artículos 97 y siguientes. En el derecho de sociedades el concepto de control tiene como idea central otorgar transparencia a las relaciones comerciales por medio de la identificación e individualización del grupo con el que se está haciendo negocios, así como también la protección de los accionistas minoritarios. Por su parte, en el derecho de la competencia, el concepto de influencia decisiva o control, busca determinar aquellas situaciones en las cuales una entidad puede influenciar el desempeño competitivo de otra, y con ello eventualmente reducir sustancialmente la competencia en los mercados.”* Ibíd. p. 17, nota al pie N° 12.

<sup>62</sup> Ibíd. p. 18.

En definitiva, la misma FNE reconoce que “[l]a posibilidad de ejercer influencia decisiva o control en otro agente económico será materia de análisis caso a caso”<sup>63</sup>, a partir de un análisis cualitativo de la relación que exista entre los agentes económicos en cuestión.

Sin perjuicio de ello, la Guía de Competencia de la FNE desarrolla ciertas directrices al categorizar diferentes tipos de influencia decisiva o control que puede adquirir un agente económico respecto de otro. Así las cosas, diferencia la FNE entre (i) control directo e indirecto;<sup>64</sup> (ii) control individual o conjunto;<sup>65</sup> (iii) control positivo o negativo;<sup>66</sup> y (iv) control *de jure* o *de facto*.<sup>67</sup>

Sin lugar a dudas, resultarán muy relevantes los criterios que en la práctica considere la FNE al determinar que existe un cambio de control (o incluso en la calidad o estructura del mismo<sup>68</sup>), así como las eventuales decisiones del TDLC sobre esta materia, de modo de otorgar mayor certeza jurídica a los agentes económicos.

#### **5.2.4. Artículo 47 DL 211, letra c)**

La tercera de las vías consagradas en el artículo 47, específicamente en el literal (c) del mismo, se describe de la siguiente manera: “[a]sociándose bajo cualquier modalidad para conformar un agente económico independiente, distinto de ellos, que desempeñe sus funciones de forma permanente.”<sup>69</sup>

Esta hipótesis no considera que cualquier tipo de asociación entre agentes económicos independientes sea una operación de concentración. Por el contrario, para ser considerada como una operación de concentración la asociación o *joint venture* deberá cumplir ciertas condiciones descritas en la Guía de Competencia de la FNE. Primero, la asociación debe conformar un nuevo agente económico, distinto de los agentes económicos constituyentes.<sup>70</sup>

---

<sup>63</sup> *Ibíd.*

<sup>64</sup> *Ibíd.* p. 19.

<sup>65</sup> *Ibíd.*

<sup>66</sup> *Ibíd.* p. 20.

<sup>67</sup> *Ibíd.* p. 21.

<sup>68</sup> *Ibíd.*

<sup>69</sup> DL 211, artículo 47, letra c).

<sup>70</sup> Guía Competencia FNE. Op. cit. p. 22.

Segundo, dicho nuevo agente económico debe desempeñar sus funciones de forma permanente, dado que será dicha permanencia la que genere un cambio duradero en la estructura del mercado, justificando el control preventivo por parte de la FNE<sup>71-72</sup>. Finalmente, en tercer lugar, el agente económico debe tener autonomía funcional o independencia para desarrollar sus funciones en el mercado.<sup>73</sup> Dicha autonomía tiene para la FNE un aspecto normativo (soberanía jurídica) y otra económica (disposición de recursos suficientes, de forma independiente y permanente), resultando primordial que la asociación o *joint venture* “goce de autonomía en un sentido operacional”.<sup>74</sup>

En efecto, la FNE enfatiza que “[l]as asociaciones o *joint venture* que no tienen autonomía funcional, o que no son de carácter duradero, no pueden ser calificados como operaciones de concentración”,<sup>75</sup> sin perjuicio, naturalmente, de que puedan ser analizadas bajo las reglas generales del DL 211.<sup>76</sup>

#### **5.2.5. Artículo 47 DL 211, letra d)**

Por último, la cuarta de las vías consagradas en el artículo 47, específicamente en el literal (d) del mismo, se describe de la siguiente manera: “[a]dquiriendo, uno o más de ellos, el control sobre los activos de otro a cualquier título”<sup>77</sup>.

La Guía de Competencia de la FNE interpreta la hipótesis de la letra d) como una especificación de la hipótesis contenida en la letra b), toda vez que la influencia decisiva sobre otro agente económico se podría conseguir a través de la adquisición de determinados activos de aquel.<sup>78</sup> Aquella cercanía entre las hipótesis de las letras b) y d) del artículo 47 parece haber sido reconocida por la FNE en la práctica, toda vez que ha sostenido que una operación de

---

<sup>71</sup> *Ibíd.* p. 23.

<sup>72</sup> “*Tampoco se considerará que el joint venture funcionará con carácter permanente si se crea con una duración determinada y breve.*” *Ibíd.* p. 25.

<sup>73</sup> *Ibíd.* pp. 23 - 24.

<sup>74</sup> *Ibíd.* p. 24.

<sup>75</sup> *Ibíd.*

<sup>76</sup> “*Dichas asociaciones quedan bajo las reglas generales del DL 211, particularmente si restringen la competencia.*” *Ibíd.* p. 24, nota al pie 18.

<sup>77</sup> DL 211, artículo 47, letra d).

<sup>78</sup> Guía Competencia FNE. Op. cit. p. 26.

concentración puede ser subsumible a la vez bajo ambos literales.<sup>79</sup> Sin perjuicio del análisis particular que cada caso podrá merecer, ello parece plausible, al menos para aquellos dos literales del artículo 47. Sería el equivalente de sostener, en términos generales, que la influencia decisiva en otro agente económico se podría alcanzar a través de la adquisición de determinados derechos, el control de ciertos activos o incluso una combinación entre ambas circunstancias. Sin embargo, resultaría menos natural considerar la combinación de otras hipótesis del artículo 47 en una sola operación, como por ejemplo que una operación sea subsumible a la vez bajo las letras a) y c) del artículo 47 (*fusión* y *joint venture*, respectivamente).

De todas formas, en el caso específico del literal d) será necesario determinar qué activos tienen una relevancia tal que su adquisición por parte de otro agente económico pueda generar un cese en la independencia entre ambos actores. Para la FNE “[e]n términos generales, activos relevantes serán aquellos que tengan la habilidad de cambiar la estructura o las dinámicas competitivas de los mercados; no lo serán, aquellos que no tengan importancia competitiva.”<sup>80</sup> Más concretamente, la relevancia competitiva estaría determinada por que los activos en cuestión tengan: (i) la capacidad de desarrollar una actividad económica durable; y (ii) la capacidad de producir un impacto en la competencia.<sup>81</sup> En cualquier caso, previene la misma FNE que dichas circunstancias no pueden sino ser determinadas en concreto para cada caso particular, tomando en consideración las características competitivas específicas del mercado en análisis.<sup>82</sup>

### **5.3. Conclusión concepto legal de operación de concentración consagrado en el artículo 47 del DL 211**

Como adelantamos, la manera en que se conceptualice qué significa el término ‘operación de concentración’ será fundamental a la hora de determinar qué tipo de hechos, actos o convenciones son susceptibles de control preventivo bajo el Título IV del DL 211. En efecto,

---

<sup>79</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Informe de aprobación de 23 de octubre de 2017 en caso Rol FNE F-89-2017, operación de concentración entre HP Inc. y Samsung Electronics Co. Ltd. [en línea] <<http://www.fne.gob.cl/biblioteca/actuaciones-de-la-fne/investigaciones-de-la-fne/>> [consulta: 30 de septiembre de 2018].

<sup>80</sup> *Ibíd.*

<sup>81</sup> *Ibíd.* p. 27.

<sup>82</sup> *Ibíd.*

los requisitos esenciales para determinar si una operación debe someterse al control preventivo obligatorio son, por una parte, que se trate efectivamente de una 'operación de concentración' en los términos del artículo 47 del DL 211, y por la otra, que las partes involucradas superen los umbrales de ventas establecidos en el artículo 48 del DL 211 (ver sección VI, *infra*).

Asimismo, qué entendemos por 'operación de concentración' será particularmente relevante para los casos del artículo 47 DL 211 que requieren un ejercicio interpretativo mayor. Así, resulta probable que en la gran mayoría de los casos existan pocas dudas en cuanto a que una fusión será considerada, por regla general, como una operación de concentración. Sin embargo, pareciera que existe mayor espacio para la interpretación en ciertos casos que podrían verse comprendidos dentro de las hipótesis contempladas en las letras b) y c) (adquisición de influencia decisiva o *joint ventures*, respectivamente).

Por lo mismo, el Informe de la OCDE previno acertadamente que "*en la selección de los criterios para definir las operaciones de concentración, cada país se enfrenta al desafío de evitar captar demasiado (errores del tipo I) o muy poco (errores del tipo II) del universo de operaciones, y de garantizar una asignación eficiente de sus recursos.*"<sup>83</sup>

En el caso particular de la hipótesis contemplada en la letra b) del artículo 47 del DL 211, y tomando en consideración las fórmulas utilizadas en otras jurisdicciones,<sup>84</sup> pareciera ser que nuestro legislador ha optado por una definición más restrictiva, ya que ha empleado el concepto 'influencia decisiva' (o toma de control),<sup>85</sup> en lugar de una definición más amplia a partir del concepto de 'influencia sustancial' o 'influencia competitivamente significativa'.<sup>86</sup> Naturalmente, una definición más restrictiva buscará generalmente evitar errores del tipo I y puede aumentar la probabilidad de errores tipo II, mientras que una definición más amplia, por el contrario, generalmente buscará evitar errores del tipo II y tenderá a aumentar la probabilidad de errores del tipo I.

---

<sup>83</sup> Informe OCDE. Op. cit. p. 65.

<sup>84</sup> *Ibíd.* pp. 66-67.

<sup>85</sup> "*Un cambio de 'control' sobre una base duradera es el criterio para el control de concentraciones en la Unión Europea: Reglamento (EC) No 139/2004 de 20 de Enero de 2004 sobre el control de concentraciones entre empresas.*" *Ibíd.* pp. 66-67, nota al pie N° 157.

<sup>86</sup> "*Canadá, Alemania, Japón, el Reino Unido y los Estados Unidos se encuentran entre los países que han adoptado una definición de concentración más amplia.*" *Ibíd.* p 67, nota al pie N° 159.

Sin perjuicio de la consagración legislativa, resulta innegable que la política de competencia de nuestro país en esta materia, y por lo tanto su tendencia hacia errores del tipo I o del tipo II, se verá determinada también por los criterios que utilice la FNE al dar aplicación práctica al régimen de control preventivo de operaciones de concentración, así como por la eventual revisión de dicha aplicación que pudiese competirle al TDLC (e incluso a la Corte Suprema). Aunque dicho régimen se encuentra todavía en una etapa demasiado temprana de su desarrollo como para realizar una evaluación exhaustiva del mismo, preliminarmente, y en particular considerando los criterios explicitados en la Guía de Competencia de la FNE, la directriz de dicho servicio pareciera ser hacia un concepto más amplio que restrictivo de las operaciones de concentración, particularmente en lo que se refiere a la interpretación de la letra b) del artículo 47 del DL 211.<sup>87</sup> Ello podría tener el efecto, como se explicó, de aumentar la probabilidad de errores del tipo I (es decir, 'captar demasiado').

---

<sup>87</sup> Una interpretación amplia de la letra b) del artículo 47 del DL 211 resulta consistente con el hecho de que la gran mayoría de las operaciones que ha revisado la FNE durante el periodo analizado se han notificado bajo dicha hipótesis. En efecto, 32 de las 42 operaciones revisadas por la FNE entre junio de 2017 y mayo de 2018 se han enmarcado bajo la hipótesis de la letra b) del artículo 47 del DL 211. Ver Apéndice Casos FNE, *infra*.



## **VI. UMBRALES DE VENTAS PARA LA NOTIFICACIÓN DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN**

### **6.1. Propósito de los umbrales consagrados en el artículo 48 del DL 211**

El inciso primero del artículo 48 del DL 211 dispone:

*“Deberán notificarse a la Fiscalía Nacional Económica, en forma previa a su perfeccionamiento, las operaciones de concentración que produzcan efectos en Chile y que cumplan con los siguientes requisitos copulativos:*

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

*b) Que en Chile, por separado, al menos dos de los agentes económicos que proyectan concentrarse hayan generado ventas, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifique la notificación, por montos iguales o superiores al umbral establecido mediante resolución dictada por el Fiscal Nacional Económico.”<sup>88</sup>*

Es esta disposición la que muestra de forma más clara los requisitos esenciales que se deben verificar para que un hecho, acto o convención deba ser sometido al régimen de control de operaciones de concentración por parte de la FNE. Primero, debe tratarse de una operación de concentración en los términos del artículo 47 DL 211, y segundo, debe superar los umbrales de ventas copulativos establecidos por la propia FNE.

Estos umbrales cumplirán, por tanto, una doble función. Por una parte, servirán como un parámetro objetivo para vincular a la operación con nuestro país, permitiendo considerar que ella producirá efectos en Chile o que al menos tendrá la potencialidad para hacerlo.<sup>89</sup> En ese sentido y como reconoce la misma FNE, la competencia geográfica de dicho servicio para

---

<sup>88</sup> DL 211, artículo 48.

<sup>89</sup> Distintos países utilizan enfoques variados para determinar el nexo que vinculará una operación con la jurisdicción en cuestión. SOKOL, Daniel y BLUMENTHAL, William. Merger Control: Key International Norms and Differences (enero de 2012). [en línea] <<https://ssrn.com/abstract=1981794>> [consulta: 30 de septiembre de 2018]. pp. 24-25.

evaluar una operación de concentración se encuentra determinada por los umbrales establecidos. En palabras de la propia FNE: “[e]l nexo geográfico de la operación de concentración con el país se encuentra establecido a través de los umbrales de notificación, los que consideran las ventas en Chile para su determinación.”<sup>90</sup>

Por el otro lado, una segunda función del monto en que se fijen dichos umbrales será regular, en atención a las características de la economía del país, las probabilidades de que ocurran errores del tipo I o del tipo II en la aplicación del régimen de control de operaciones de concentración en Chile. En efecto, el informe del economista Fernando Coloma, encargado por la FNE para evaluar la fijación de los umbrales a la fecha vigentes, señala que: “[u]n sistema de control de operaciones de concentraciones adecuado debe partir de la premisa que la gran mayoría de las operaciones no resultan perjudiciales para competencia. Por lo mismo, su diseño debe intentar ser tan selectivo como resulte posible, procurando someter a revisión oficial solo aquellas operaciones que puedan estimarse razonablemente idóneas para reducir la competencia. La fijación de adecuados criterios de selección resulta de suma relevancia, toda vez que ello permite alcanzar un equilibrio adecuado entre los costos de transacción asociados, la carga administrativa a la que será sometido el Estado la cautela de la libertad de emprendimiento y el resguardo de la libre competencia en los mercados. El diseño de un sistema selectivo, por tanto, debe fijar parámetros que permitan revisar la menor cantidad de operaciones posibles, sujeto a que las operaciones potencialmente riesgosas sean analizadas.”<sup>91</sup> En definitiva, es posible desprender del informe citado que el diseño cuidadoso de los umbrales de notificación deberá buscar un balance adecuado entre errores del tipo I y errores del tipo II, tomando en consideración las características de la economía del país.

## **6.2. Consideraciones prácticas en relación al cálculo de las ventas de un agente económico**

Para determinar si las partes de una operación superan o no los umbrales copulativos de ventas referidos, se deberá tomar en cuenta la naturaleza de la operación y, por tanto, con qué hipótesis del artículo 47 del DL 211 se identificará. Es así como el artículo 48 detalla,

---

<sup>90</sup> Guía de Competencia FNE. Op. cit. p. 29.

<sup>91</sup> COLOMA, Fernando. Fijación de Umbrales de Notificación de Operaciones de Concentración en Chile (noviembre de 2016). [en línea] <[http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/04/umbrales\\_operaciones\\_concentracion.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/04/umbrales_operaciones_concentracion.pdf)> [consulta: 30 de septiembre de 2018]. p. 2.

dependiendo del literal del artículo 47 que corresponda, las entidades del grupo empresarial de cada parte que deberán ser consideradas al momento de calcular si se alcanzan los umbrales de ventas:

*“i. Tratándose de las hipótesis contempladas en las letras a) y c) del artículo 47, se sumarán las ventas en Chile de los agentes económicos que se fusionan o que se asocian, y las de sus respectivos grupos empresariales.*

*ii. Tratándose de la hipótesis contemplada en la letra b) del artículo 47, se sumarán las ventas en Chile del agente económico que adquiere la influencia decisiva, las de todo su grupo empresarial y las del o de los agentes económicos adquiridos.*

*iii. Tratándose de la hipótesis contemplada en la letra d) del artículo 47, se sumarán las ventas en Chile del o de los agentes económicos adquirentes, las de sus respectivos grupos empresariales, y aquellas generadas con los activos adquiridos.”<sup>92</sup>*

Asimismo, la FNE también ha buscado otorgar mayor certeza a los agentes económicos en cuanto a los elementos que deben tener en cuenta a la hora de calcular dichas ventas, para lo cual ha publicado la Guía Práctica para la Aplicación de Umbrales de Notificación de Operaciones de Concentración en Chile (“Guía Umbrales de Notificación”).<sup>93</sup> Dicha guía se encarga, en términos generales, de describir los criterios relevantes para calcular las ventas en Chile de las partes de una operación de concentración, así como las deducciones y agregaciones que podrían resultar pertinentes en cada caso. En palabras de la propia FNE:

*“La finalidad de la ‘Guía Práctica para la Aplicación de Umbrales de Notificación de Operaciones de Concentración en Chile’ (‘Guía de Umbrales’) consiste precisamente en orientar en la forma cómo deben calcularse las ventas de los agentes económicos que proyectan concentrarse ante diversas situaciones, de modo de reflejar fielmente la realidad económica y contribuir a otorgar certeza al*

---

<sup>92</sup> DL 211, artículo 48, inciso segundo.

<sup>93</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Guía Práctica para la Aplicación de Umbrales de Notificación de Operaciones de Concentración en Chile. Junio de 2017 [en línea] <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-Interpretacion-Umbrales-1-1.pdf>> [consulta: 30 de septiembre de 2018].

*sistema de control de operaciones de concentración, toda vez que los umbrales cumplen la crucial función de definir la obligatoriedad de la notificación.”<sup>94</sup>*

---

<sup>94</sup> *Ibíd.* p. 3.

## **VII. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS Y ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO DE CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN**

### **7.1. Introducción**

El régimen de control de operaciones de concentración que introdujo la Ley 20.945 contempla un procedimiento que se desarrolla principalmente en sede administrativa (ante la FNE), con la posibilidad de una revisión judicial (ante el TDLC y la Corte Suprema) bajo determinadas circunstancias. Los aspectos esenciales de dichos procedimientos se describen en esta sección.

En cuanto a los aspectos de análisis sustantivo del procedimiento de control –cuyo estudio acabado sobrepasa los objetivos de este trabajo– vale mencionar que la Ley 20.945 (siguiendo la recomendación del Informe OCDE<sup>95</sup>) introdujo un estándar de análisis específico para operaciones de concentración: la reducción sustancial de la competencia.<sup>96</sup> Las principales características de esta consagración legal de un estándar sustantivo se revisarán en la subsección siguiente.

Asimismo, resulta pertinente mencionar un aspecto de relevancia práctica: los plazos de días contemplados en el procedimiento regulado bajo el Título IV del DL 211 “*serán de días hábiles, entendiéndose por tales todos aquellos que no sean sábados, domingos o festivos.*”<sup>97</sup>

### **7.2. Estándar de análisis sustantivo: reducción sustancial de la competencia**

Previo a la reforma en estudio, nuestra legislación no contemplaba un estándar de análisis sustantivo específico para la revisión de operaciones de concentración. Por lo tanto, las operaciones de concentración se analizaban bajo la óptica del artículo 3 DL 211: “*actos, hechos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos*”.

Ello cambió, como ya adelantamos, con la reforma que introdujo la Ley 20.945. Los artículos 54 y 57 del DL 211 consagran expresamente el nuevo estándar, señalando, respectivamente,

---

<sup>95</sup> Informe OCDE. Op. cit. p. 4.

<sup>96</sup> DL 211, artículos 54 y 57.

<sup>97</sup> DL 211, artículo 59.

que la FNE podrá extender su investigación en caso de considerar que la operación “*puede reducir sustancialmente la competencia*” y que la prohibirá cuando aquella cuente con “*aptitud para reducir sustancialmente la competencia*”.

Las implicancias que traerá consigo la consagración legal del estándar señalado serán, sin dudas, de la mayor relevancia para la discusión especializada durante los próximos años. A medida que avance la implementación del régimen de control de operaciones de concentración será posible extraer criterios para la interpretación de dicho estándar, particularmente cuando el cuerpo de decisiones por parte de las autoridades de competencia sea más nutrido. En ese sentido, estimamos que serán especialmente relevantes las decisiones de la FNE que prohíban operaciones de concentración, así como el eventual control judicial de dichas decisiones por parte del TDLC y la Corte Suprema. Aquellos precedentes que permitirán interpretar de forma acabada las reales implicancias de la modificación legal comentada.

Durante el primer año del nuevo régimen, la FNE decidió prohibir una sola operación de concentración: aquella entre Ideal S.A. y Nutrabien S.A., mediante resolución de 10 de mayo de 2018.<sup>98</sup> Esta decisión de la FNE fue objeto de recurso de reclamación interpuesto por las partes de la operación, cuya tramitación se encuentra a la fecha pendiente ante el TDLC.<sup>99</sup> Estimamos que una sola decisión no resulta suficiente para extraer criterios claros sobre la aplicación que ha dado la FNE al estándar de reducción sustancial de la competencia, más aún cuando se encuentra pendiente su revisión por parte del TDLC.

Si la experiencia Europea sirviese de guía, cabría esperar que la consagración del estándar de reducción sustancial de la competencia, en contraposición al empleo del estándar general del artículo tercero del DL 211, permita a la autoridad aprobar operaciones que podrían haber suscitado reparos bajo el estándar previo. Al menos en el caso europeo, algunos autores han observado que el análisis bajo el estándar “*significant impediment of effective competition*”, en contraposición al estándar de la posición dominante, permitió a la Comisión Europea adoptar un análisis más flexible basado en los efectos y, con ello, aprobar operaciones que podrían haber sido objetadas bajo el estándar previo.<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> Ver Apéndice Casos FNE, *infra*.

<sup>99</sup> TDLC, causa RRE 1-18.

<sup>100</sup> LEVY, Nicholas. The EU's SIEC Test Five Years On: Has it Made a Difference? 6 European Competition Journal (2010), pp. 211-254, 245-246.

De todas formas, es posible observar en la experiencia nacional previa al año 2017 que la práctica de la FNE y del TDLC ya reconocía elementos de análisis consistentes con un estándar sustantivo como aquel que ha sido expresamente consagrado en nuestra legislación a propósito de la reforma en estudio y, por tanto, similares al estándar aplicado en las jurisdicciones de referencia en la materia.<sup>101</sup> En ese sentido, la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración de la FNE, de octubre de 2012, ya presentaba semejanzas en cuanto a criterios de análisis con las guías equivalentes en los Estados Unidos<sup>102</sup> y en Europa.<sup>103</sup> Destacan especialmente entre dichos criterios de análisis que, primero, no existe una valoración negativa *a priori* de las operaciones de concentración y, segundo, que incluso en caso de existir riesgos para la libre competencia, éstas pueden generar contrapesos en términos de eficiencias. Así lo reconocía también el TDLC, ya el año 2008, al delinear el marco de análisis según el cual determinó la prohibición de la fusión entre S.A.I.C. Falabella y D&S S.A.:

*“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 de concentración 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 de dicha operación que concentración pueda generar o incrementar. Ello, con el objeto de formarse un juicio acerca de si tales contrapesos pueden eliminar –o al menos minimizar– el riesgo de creación de efectos perniciosos para la competencia.”<sup>104</sup>*

---

<sup>101</sup> Nos referimos principalmente al estándar de “*substantial lessening of competition*”, consagrado en la sección 7 de la Clayton Act de los Estados Unidos de América, y el estándar “*significant impediment of effective competition*” para el caso de la Comisión Europea, consagrado en los apartados segundo y tercero del artículo 2 del Reglamento (CE) N° 139/2004, de 20 de enero de 2004.

<sup>102</sup> *Horizontal Merger Guidelines* (2010), del *Department of Justice* y la *Federal Trade Commission* de los Estados Unidos de América. [en línea] < <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf> > [consulta: 30 de septiembre de 2018]

<sup>103</sup> *Guidelines on the assessment of horizontal mergers under Council Regulation on the control of concentrations between undertakings* (2004/ C 31/03). [en línea] < [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52004XC0205\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52004XC0205(02)) > [consulta: 30 de septiembre de 2018]

<sup>104</sup> TDLC, Sentencia N° 24/2008, causa NC N° 199-07, p. 81, considerando 12.

En definitiva, anticipamos que la consagración de un estándar específico para el análisis de operaciones de concentración conformará uno de los aspectos centrales en la implementación del nuevo sistema que introdujo la Ley 20.945, por que esperamos expectantes el desarrollo de criterios de análisis por parte de la FNE, el TDLC y, en algunos casos calificados, la Corte Suprema. Las implicancias de dicho cambio en nuestra normativa dependerán, en buena medida, del contenido que doten nuestras autoridades de competencia al concepto ‘reducción sustancial de la competencia’. Previo a la reforma en estudio, tanto la FNE como el TDLC ya adoptaron, aprovechando la amplitud del tipo universal consagrado en el artículo 3 del DL 211, criterios de análisis que se acercaban aquellos utilizados por las principales jurisdicciones en la materia. Ello a su vez los ha acercado, en la práctica, al estándar de análisis sustantivo que ahora goza de consagración legal expresa.

En las sub secciones siguientes revisaremos los principales aspectos del procedimiento de control de operaciones de concentración que introdujo la Ley 20.945.

### **7.3. Procedimiento de control en sede administrativa ante la FNE**

El procedimiento de control de operaciones de concentración que realiza la FNE en sede administrativa en virtud de una notificación (sea obligatoria o voluntaria) puede contemplar las siguientes etapas: (i) pre-notificación; (ii) evaluación de completitud de la notificación; (iii) evaluación de la operación en una primera fase de revisión (en adelante “Fase 1”); y (iv) evaluación de la operación en una segunda fase de revisión (en adelante “Fase 2”).

#### **7.3.1. Pre-notificación**

La pre-notificación consiste en la posibilidad que tienen las partes de una operación de concentración de contactar a la FNE, en forma previa a la notificación que pretenden realizar, con el objeto de preparar la información requerida por el Decreto N° 33 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, de 1 de marzo de 2017, que Aprueba Reglamento Sobre la Notificación de una Operación de Concentración (el “Reglamento”) y resolver las dudas que puedan tener al respecto.<sup>105</sup>

---

<sup>105</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Formulario Ordinario de Notificación. Junio de 2017. [en línea] <[http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/notificacion\\_ordinario-1.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/notificacion_ordinario-1.pdf)> [consulta: 30 de septiembre de 2018], p. 3.

La etapa de pre-notificación es de carácter voluntario y, por tanto, eventual. Además, la misma tiene fines únicamente informativos, por lo que la FNE no se encontrará “*obligada por las opiniones vertidas en esta etapa.*”<sup>106</sup>

La experiencia comparada muestra que algunas jurisdicciones han reportado experiencias positivas en el uso de este tipo de instancias previas a la notificación. En ese sentido, la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea ha señalado que “*en su experiencia la fase de pre-notificación es una parte relevante del procedimiento de revisión. Como regla general, la DG de Competencia considera útil tener una etapa de pre-notificación incluso en aquellos casos que parecieran no ser problemáticos.*”<sup>107</sup>

### **7.3.2. Evaluación de completitud**

Una vez ingresada la notificación de una operación de concentración, la FNE tomará conocimiento de ella y la evaluará de acuerdo con el procedimiento descrito en el art. 50 del DL 211.

La FNE contará con diez días hábiles para evaluar la completitud de la notificación de acuerdo con lo establecido en el Reglamento. Transcurrido dicho plazo, podrá ocurrir alguno de los siguientes escenarios:

- (a) la FNE resuelve que la notificación se encuentra completa, declarando el inicio de la investigación y el comienzo de la evaluación en Fase 1, decisión que deberá ser comunicada a las partes notificantes;
- (b) la FNE resuelve que la notificación se encuentra incompleta, circunstancia que debe ser comunicada a las partes notificantes;

---

<sup>106</sup> *Ibíd.*

<sup>107</sup> [Traducción libre]: “*In DG Competition’s experience the pre-notification phase of the procedure is an important part of the whole review process. As a general rule, DG Competition finds it useful to have pre-notification contacts with notifying parties even in seemingly non-problematic cases.*” DIRECCIÓN GENERAL DE COMPETENCIA DE LA COMISIÓN EUROPEA. Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings. Enero de 2004. [en línea] <<http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>> [consulta: 30 de septiembre de 2018], p. 2.

(c) la FNE no efectúa ninguna de las comunicaciones descritas en a) y b), ante lo cual la investigación se entenderá iniciada de pleno derecho.<sup>108</sup>

Vemos que ante los escenarios descritos en a) y c) se tendrá por iniciada formalmente la investigación, pasando el procedimiento a la etapa de evaluación en Fase 1.

Bajo el escenario descrito en b), las partes notificantes tendrán un plazo de diez días hábiles para subsanar los errores u omisiones identificados por la FNE en su resolución. En caso de que las partes notificantes no subsanaren dentro de plazo los errores u omisiones referidos, la notificación se tendrá por no presentada.<sup>109</sup> Por el otro lado, si las partes subsanaren dentro de plazo los errores u omisiones identificados, la FNE volverá a evaluar la completitud de la notificación de acuerdo con el procedimiento ya descrito.

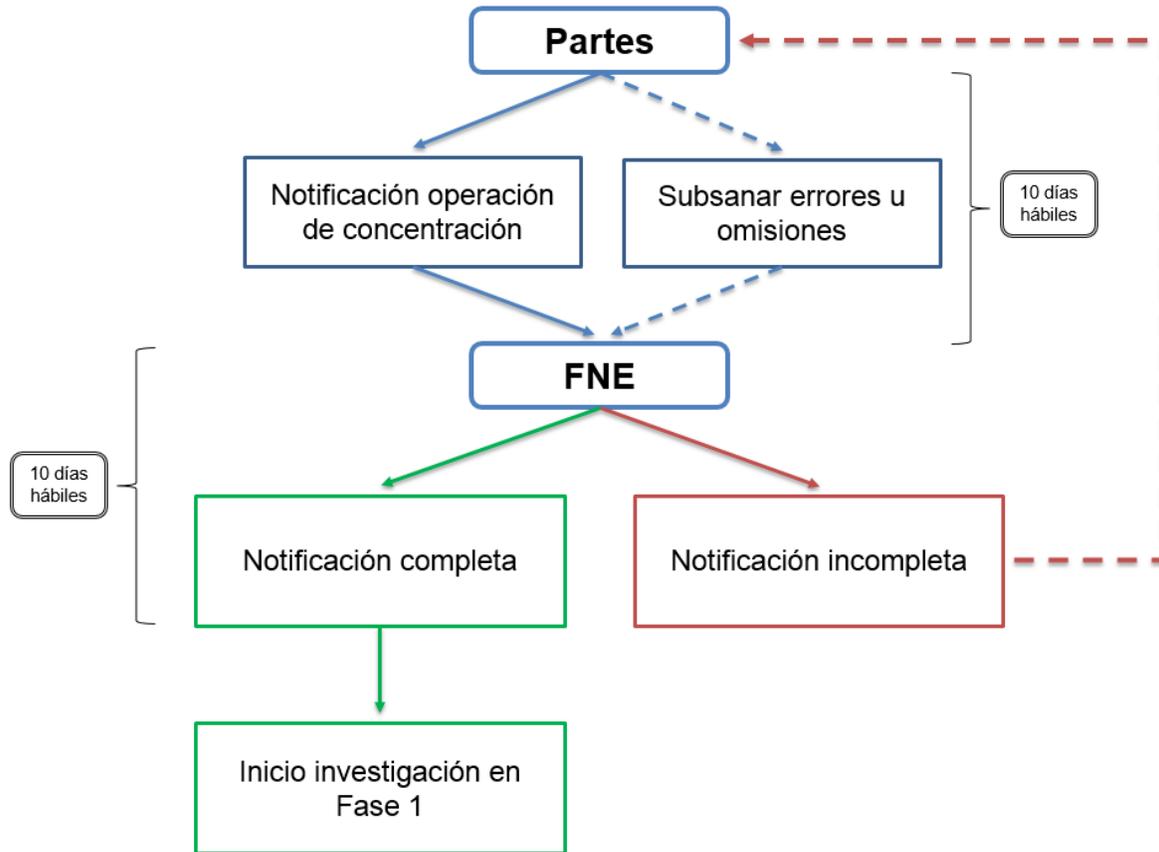
La figura N° 1 a continuación grafica los distintos escenarios y el posible desarrollo de la etapa de evaluación de completitud de la notificación.

---

<sup>108</sup> DL 211, artículo 50, inciso tercero: “*Tratándose de una notificación completa, el Fiscal Nacional Económico ordenará el inicio de la investigación y comunicará la resolución al notificante. Si el Fiscal no hubiere efectuado dicha comunicación dentro del plazo establecido en el inciso anterior, la investigación se entenderá iniciada, de pleno derecho, el día siguiente al vencimiento del plazo.*”

<sup>109</sup> DL 211, artículo 50, inciso cuarto: “*Tratándose de una notificación incompleta, el Fiscal Nacional Económico comunicará dicha circunstancia al notificante dentro del plazo establecido en el inciso segundo. La comunicación identificará los errores u omisiones de la notificación. El notificante contará con diez días para subsanar los errores u omisiones identificados por el Fiscal en su comunicación. Si el notificante no subsanare los errores u omisiones dentro del plazo establecido, la notificación se tendrá por no presentada. Si los errores u omisiones fueren subsanados dentro de plazo, se considerará como una nueva notificación para los efectos de lo dispuesto en este artículo.*”

Figura N° 1 | Evaluación de completitud



### 7.2.3. Evaluación en Fase 1

La evaluación en Fase 1 tendrá una duración de hasta 30 días hábiles.<sup>110</sup> Dicho plazo podrá suspenderse solamente en dos hipótesis:

- (a) mediante acuerdo escrito entre la FNE y las partes notificantes, el que podrá alcanzarse una sola vez y podrá suspender dicho plazo por hasta 30 días hábiles;<sup>111</sup>

<sup>110</sup> DL 211, artículo 54: “Dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se haya iniciado la investigación a que alude el artículo 50, el Fiscal Nacional Económico deberá: [...]”

<sup>111</sup> DL 211, artículo 60, inciso segundo: “De común acuerdo, el Fiscal Nacional Económico y el notificante podrán suspender hasta por una vez cada plazo referido en el inciso anterior. El primero de ellos podrá suspenderse hasta por treinta días y el segundo, hasta por sesenta días. Estos acuerdos de suspensión deberán constar por escrito.”

(b) cuando los notificantes ofrezcan medidas, circunstancia que suspenderá dicho plazo por hasta 10 días hábiles.<sup>112</sup>

Al término de la etapa de evaluación en Fase 1 la FNE podrá, de acuerdo con lo establecido en el artículo 54 del DL 211:

*“a) Aprobar la operación notificada en forma pura y simple, si es que llegare a la convicción de que la operación no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia;*

*b) Aprobar la operación notificada, a condición de que se dé cumplimiento a las medidas ofrecidas por el notificante, si es que llegare a la convicción de que, sujetándose la operación a tales medidas, no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia, o*

*c) Extender la investigación hasta por un máximo de noventa días adicionales, mediante resolución fundada, cuando estime que la operación notificada, de perfeccionarse en forma pura y simple o sujeta a las medidas ofrecidas por el notificante, en su caso, puede reducir sustancialmente la competencia.”<sup>113</sup>*

Fluye de dicha disposición que los escenarios descritos en los literales a) y b) provocarán el término de la investigación, aprobándose la operación, sea de manera pura y simple o con sujeción a las medidas ofrecidas por las partes notificantes, según sea el caso. En cualquiera de dichos escenarios, no resultará procedente recurso de revisión ante el TDLC, según lo dispuesto inciso tercero del art. 57 del DL 211.

Por otra parte, el escenario descrito en el literal c) dará lugar al inicio de la evaluación en Fase 2 de la operación.

Por último, si se cumpliera el plazo señalado en el artículo 54 sin que la FNE hubiese comunicado alguna de las decisiones referidas, se entenderá aprobada la operación en los

---

<sup>112</sup> DL 211, artículo 60, inciso tercero: “Asimismo, se suspenderán los plazos señalados en el inciso primero cuando el notificante ofrezca medidas, de acuerdo con lo establecido en el inciso tercero del artículo 53. El plazo contemplado en el inciso primero del artículo 54 o el establecido en el inciso primero del artículo 57 se suspenderá hasta por un máximo de diez o quince días, respectivamente.”

<sup>113</sup> DL 211, artículo 54.

términos ofrecidos por las partes notificantes y sujeto a las medidas que éstos hubieren propuesto.<sup>114</sup>

#### 7.3.4. Evaluación en Fase 2

Resulta pertinente mencionar que la revisión en Fase 2 goza de mayor publicidad que aquella realizada en Fase 1, donde el acceso al expediente y la participación de terceros se encuentra restringida. En efecto, el expediente de investigación será público solamente a partir de la publicación de la resolución que extiende la investigación y da inicio a la Fase 2.<sup>115</sup> Asimismo, durante Fase 2 los terceros interesados en la operación podrán aportar antecedentes dentro de los 20 días siguientes a la publicación de la resolución referida.<sup>116</sup>

La evaluación en Fase 2 tendrá una duración de hasta 90 días hábiles.<sup>117</sup> Dicho plazo podrá suspenderse solamente en dos hipótesis:

- (a) mediante acuerdo escrito entre la FNE y las partes notificantes, el que podrá alcanzarse una sola vez y podrá suspender dicho plazo por hasta 60 días hábiles;<sup>118</sup>

---

<sup>114</sup> DL 211, artículo 54, inciso segundo: “Cumplido el plazo establecido sin que el Fiscal Nacional Económico hubiere tomado alguna de las tres decisiones señaladas, se entenderá que ha aprobado la operación de que se trata. La autorización se considerará en los términos ofrecidos por el notificante, incluyendo las medidas que éste hubiere propuesto.”

<sup>115</sup> DL 211, artículo 55, inciso tercero: “El expediente será público a partir de la publicación a que hace referencia el inciso anterior. Ello, sin perjuicio de que el Fiscal Nacional Económico pueda disponer, de oficio o a petición del interesado, que ciertas piezas del expediente sean reservadas o confidenciales en conformidad a lo dispuesto en el párrafo tercero de la letra a) del artículo 39.”

<sup>116</sup> DL 211, artículo 55, inciso segundo: “Tratándose de la resolución contemplada en la letra c) del artículo anterior, la Fiscalía Nacional Económica deberá comunicar el hecho de su dictación y acompañar su texto o la versión pública del mismo, a las autoridades directamente concernidas y a los agentes económicos que puedan tener interés en la operación. Quienes recibieren tal comunicación, así como cualquier tercero interesado en la operación de concentración, incluyendo proveedores, competidores, clientes o consumidores, podrán aportar antecedentes a la investigación dentro de los veinte días siguientes a la publicación, en el sitio electrónico institucional, de la resolución que ordene su extensión.”

<sup>117</sup> DL 211, artículo 54, letra c): “Extender la investigación hasta por un máximo de noventa días adicionales, mediante resolución fundada, cuando estime que la operación notificada, de perfeccionarse en forma pura y simple o sujeta a las medidas ofrecidas por el notificante, en su caso, puede reducir sustancialmente la competencia.”

<sup>118</sup> DL 211, artículo 60, inciso segundo: “De común acuerdo, el Fiscal Nacional Económico y el notificante podrán suspender hasta por una vez cada plazo referido en el inciso anterior. El primero de ellos podrá suspenderse hasta por treinta días y el segundo, hasta por sesenta días. Estos acuerdos de suspensión deberán constar por escrito.”

(b) cuando los notificantes ofrezcan medidas, circunstancia que suspenderá dicho plazo por hasta 15 días hábiles.<sup>119</sup>

Al término de la etapa de evaluación en Fase 2 la FNE podrá, de acuerdo con lo establecido en el artículo 57 del DL 211:

*“a) Aprobar la operación notificada en forma pura y simple, si es que llegare a la convicción de que la operación no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia;*

*b) Aprobar la operación notificada, a condición de que se dé cumplimiento a las medidas ofrecidas por el notificante, si es que llegare a la convicción de que, sujetándose a tales medidas, la operación no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia, o*

*c) Prohibir la operación notificada cuando concluya que la misma cuenta con aptitud para reducir sustancialmente la competencia.”<sup>120</sup>*

Fluye de la norma transcrita que cualquiera de los escenarios descritos dará término a la evaluación en Fase 2 de la operación y, en consecuencia, al control de ésta por parte de la FNE.

Asimismo, si se cumpliera el plazo señalado sin que la FNE hubiese comunicado alguna de las decisiones referidas, se entenderá aprobada la operación en los términos ofrecidos por las partes notificantes y sujeto a las medidas que éstos hubieren propuesto.<sup>121</sup>

---

<sup>119</sup> DL 211, artículo 60, inciso tercero: “Asimismo, se suspenderán los plazos señalados en el inciso primero cuando el notificante ofrezca medidas, de acuerdo con lo establecido en el inciso tercero del artículo 53. El plazo contemplado en el inciso primero del artículo 54 o el establecido en el inciso primero del artículo 57 se suspenderá hasta por un máximo de diez o quince días, respectivamente.”

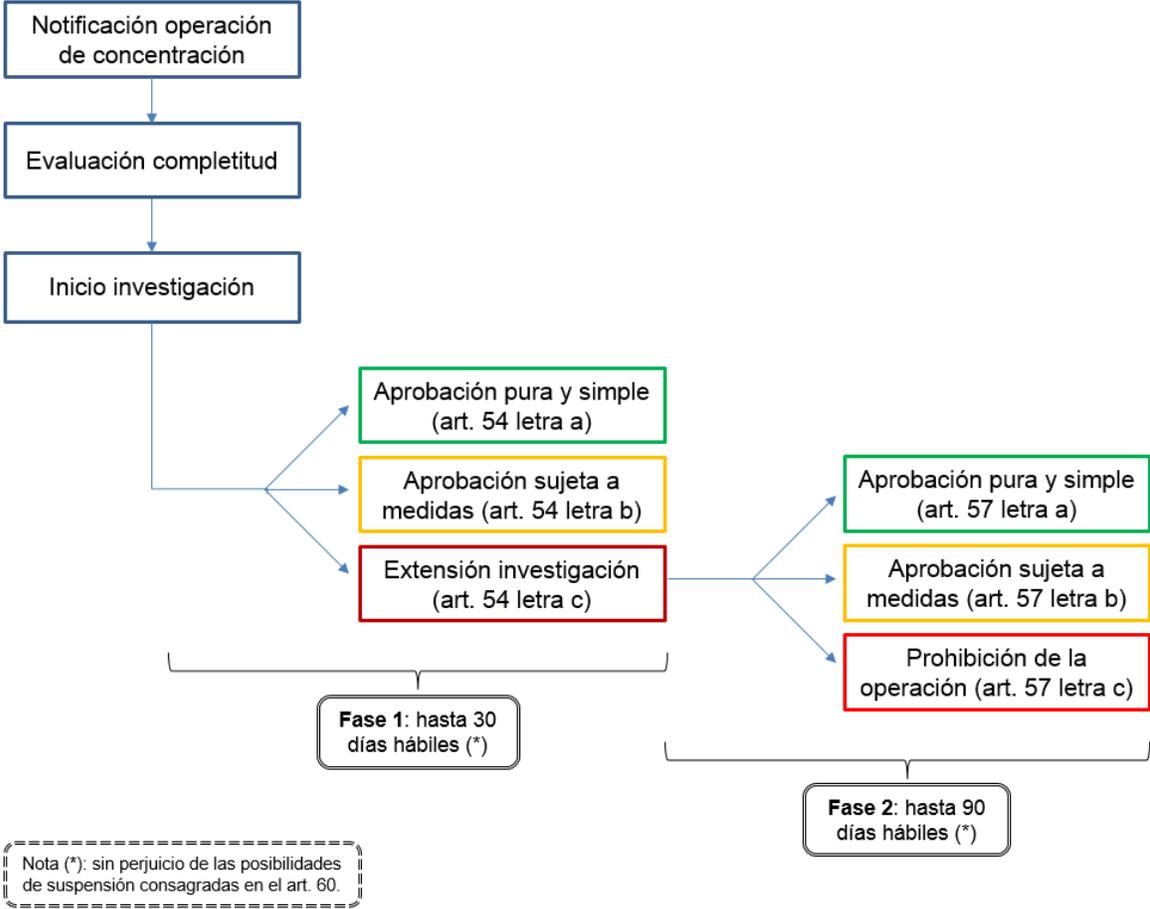
<sup>120</sup> DL 211, artículo 57.

<sup>121</sup> DL 211, artículo 57, inciso segundo: “Cumplido el plazo establecido en la resolución que ordene extender la investigación sin que el Fiscal Nacional Económico hubiere tomado alguna de las tres decisiones señaladas, se entenderá que ha aprobado la operación de que se trata. La autorización se considerará en los términos ofrecidos por el notificante, incluyendo las medidas que éste hubiere propuesto.”

Por último, ante el escenario descrito en el literal c), las partes podrán interponer, dentro de 10 días contados desde la notificación de la resolución de la FNE, un recurso de revisión especial ante el TDLC.<sup>122</sup>

La figura N° 2 a continuación ilustra los diversos escenarios descritos en relación al procedimiento de control de operaciones de concentración por parte de la FNE.

**Figura N° 2 | Resumen procedimiento ante la FNE**



<sup>122</sup> DL 211, artículo 57, inciso tercero: “En contra de la resolución del Fiscal Nacional Económico que prohíba una operación, el notificante podrá promover ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dentro del plazo de diez días, contado desde la notificación de la referida resolución, un recurso de revisión especial, que deberá ser fundado.”

## 7.4. Eventual revisión judicial ante el TDLC y la Corte Suprema

### 7.4.1. Procedimiento de revisión por parte del TDLC y la Corte Suprema

De acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo 57, la decisión de la FNE que prohíba una operación de concentración podrá ser sometida a revisión judicial por medio de recurso de revisión especial ante el TDLC. Dicho recurso podrá ser interpuesto exclusivamente por las partes notificantes de una operación de concentración y únicamente en la hipótesis referida (*i.e.*, prohibición de la operación).<sup>123</sup>

La facultad del TDLC para conocer de dicho recurso se ha consagrado de manera expresa en el nuevo numeral 5) del artículo 18 del DL 211. Luego, el procedimiento al cual deberá someterse el conocimiento de dicho recurso se ha regulado en el artículo 31 bis del DL 211.

Dicho procedimiento contempla dos hitos principales: la recepción del expediente de investigación de la FNE y la realización de una audiencia pública. En esta última podrán participar las partes recurrentes, la FNE y los terceros que hayan aportado antecedentes durante la revisión en Fase 2.<sup>124</sup> Luego, sobre la base de los antecedentes señalados, así como aquellos que podrá recabar el TDLC de oficio o a petición de parte, dictará el tribunal su sentencia.

Teniendo en cuenta que el TDLC sólo podrá conocer de resoluciones de la FNE que prohíban una operación de concentración, al concluir el procedimiento consagrado en el art. 31 bis del DL 211 el tribunal podrá:

- a) confirmar la resolución de la FNE, en virtud de lo cual prohibirá la operación de concentración;

---

<sup>123</sup> DL 211, artículo 18, numeral 5: “*Substanciar, a solicitud exclusiva del notificante de una operación de concentración, el procedimiento de revisión especial de operaciones de concentración, cuando éstas hubieren sido prohibidas por el Fiscal Nacional Económico conforme a lo establecido en el artículo 57;*”

<sup>124</sup> DL 211, artículo 31 bis, inciso segundo: “*Interpuesto el recurso que establece el inciso final del artículo 57, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ordenará al Fiscal Nacional Económico remitir el expediente en que obre la investigación en que se hubiere pronunciado la resolución recurrida, y citará a una audiencia pública en la que podrán intervenir la parte recurrente, el Fiscal Nacional Económico y quienes hubieren aportado antecedentes a la investigación en virtud de lo establecido en el inciso segundo del artículo 55. La audiencia pública se realizará dentro del plazo de sesenta días, contado desde la recepción del expediente.*”

- b) revocar la resolución de la FNE, aprobando la operación de concentración (i) de manera pura y simple, (ii) sujeto a las últimas medidas ofrecidas por las partes notificantes o (iii) sujeto a otras medidas que el TDLC considere adecuadas y suficientes.

En contra la resolución que adopte el TDLC no procederá recurso alguno, excepto en el caso de que apruebe la operación sujeto a medidas distintas de aquellas ofrecidas por las partes (es decir, en el escenario b) (iii)).<sup>125</sup> Únicamente en dicha hipótesis, las partes de la operación o la FNE podrán interponer recurso de reclamación ante la Corte Suprema de acuerdo con lo establecido en el art. 27 del DL 211.<sup>126</sup>

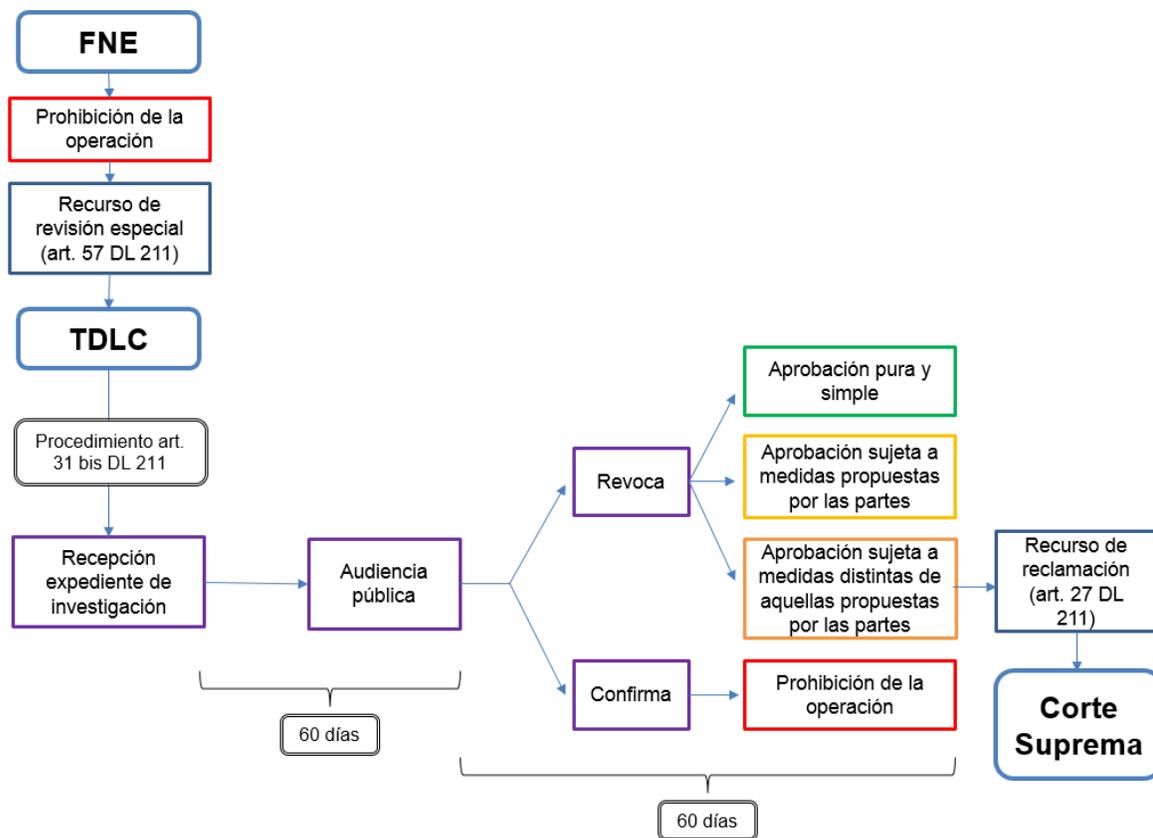
La figura N° 3 a continuación grafica los principales aspectos de la eventual revisión judicial en caso de que la FNE decida prohibir una operación de concentración, así como los posibles resultados de la misma. Por otra parte, la figura N° 4 resume los principales aspectos del procedimiento de control de operaciones de concentración en términos generales, incluyendo la revisión en sede administrativa ante la FNE y la eventual revisión judicial.

---

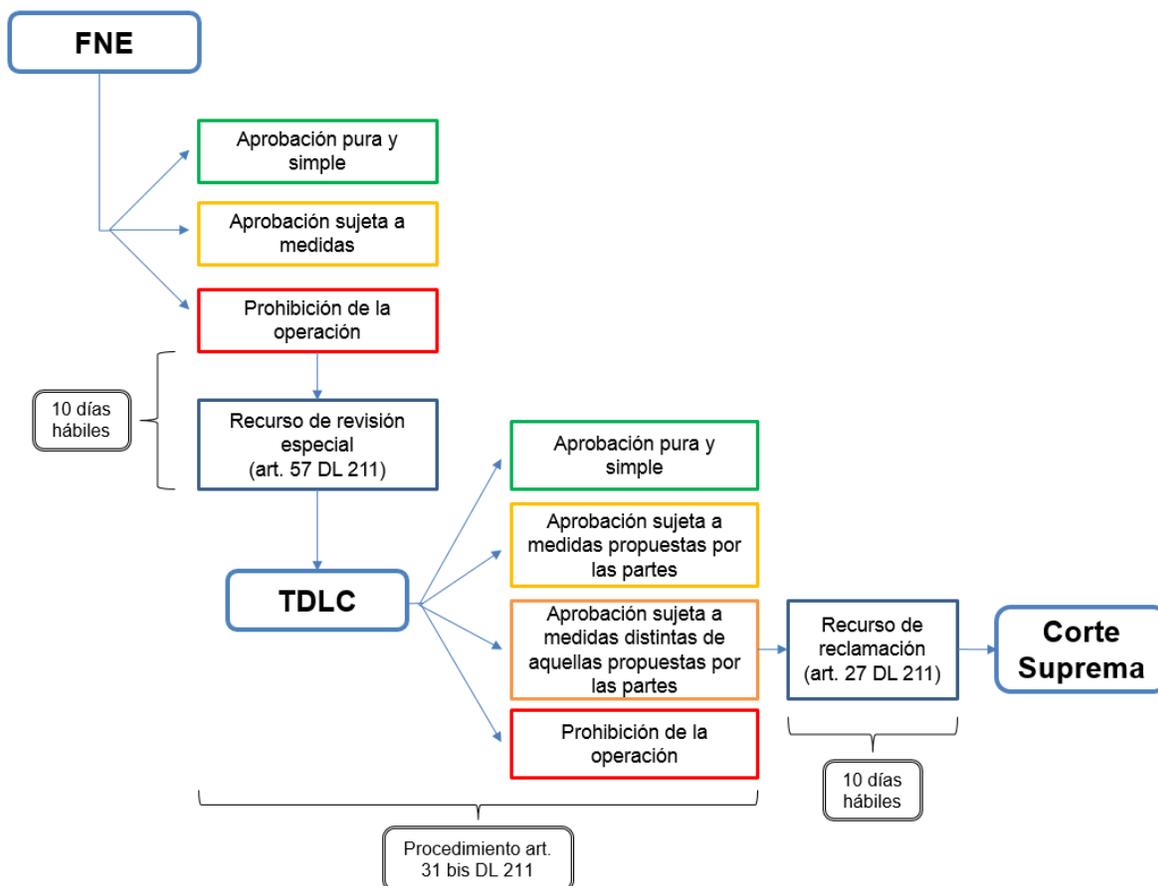
<sup>125</sup> DL 211, artículo 31 bis, inciso final: “*En contra de la sentencia que pronuncie el Tribunal en virtud de lo establecido en este artículo no procederá recurso alguno, a menos que aquella hubiere condicionado la aprobación de la operación al cumplimiento de medidas distintas de las contempladas en la última propuesta realizada por las partes de conformidad a lo establecido en el inciso tercero del artículo 53. En este último caso, tanto las partes como el Fiscal Nacional Económico podrán deducir el recurso de reclamación a que se refiere el artículo 27.*”

<sup>126</sup> DL 211, artículo 27, inciso segundo: “*Sólo será susceptible de recurso de reclamación, para ante la Corte Suprema, la sentencia definitiva que imponga alguna de las medidas que se contemplan en el artículo 26, como también la que absuelva de la aplicación de dichas medidas. Dicho recurso deberá ser fundado y podrá interponerlo el Fiscal Nacional Económico o cualesquiera de las partes, en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dentro del plazo de diez días hábiles, contado desde la respectiva notificación. Este plazo se ampliará con el aumento que corresponda al lugar en que tenga su domicilio el afectado, si éste fuere distinto al de la sede del Tribunal, de conformidad con la tabla a que se refiere el artículo 259 del Código de Procedimiento Civil.*”

**Figura N° 3 | Resumen revisión judicial de la decisión de la FNE de prohibir una operación de concentración**



**Figura N° 4 | Resumen general procedimiento de control de operaciones de concentración**



#### 7.4.2. Objeto de la revisión del TDLC y la Corte Suprema

Como ya señalamos, el primer año del nuevo régimen trajo consigo la prohibición de una sola operación de concentración por parte de la FNE (entre Ideal S.A. y Nutrabien S.A.), con fecha 10 de mayo de 2018.<sup>127</sup> La decisión de la FNE fue objeto de recurso de reclamación interpuesto por las partes de la operación, cuya tramitación se encuentra pendiente ante el TDLC.<sup>128</sup>

<sup>127</sup> Ver Apéndice Casos FNE, *infra*.

<sup>128</sup> TDLC, causa Rol RRE 1-18.

Consecuentemente, la Corte Suprema no ha conocido todavía de estas materias por vías de recurso de reclamación, conforme a lo dispuesto en el artículo 31 bis del DL 211.

Por lo tanto, no existen a la fecha precedentes que permitan dilucidar la forma en que el TDLC y la Corte Suprema interpretarán el objeto de sus facultades de revisión de las decisiones primarias de la FNE en el contexto del nuevo sistema de control de operaciones de concentración.

Sin embargo, durante la revisión del caso *Ideal / Nutrabien* se han esgrimido razones para considerar que el objeto de dichas instancias de revisión judicial debiese ser interpretado de forma restrictiva, consistente con “*escrutinio de una decisión adoptada primariamente por la autoridad administrativa*”.<sup>129</sup> Entre aquellas razones encontramos que: (i) solo podrá revisar las decisiones de la FNE en casos excepcionales (cuando determine prohibir una operación de concentración); (ii) lo hará en base a los antecedentes que obren en el expediente de investigación, a lo que expongan los intervinientes en la audiencia pública y a los antecedentes que el TDLC recabe de oficio o a petición de parte;<sup>130</sup> y (iii) deberá llevar a cabo su revisión dentro de plazos acotados establecidos en la ley.<sup>131</sup>

En ese sentido, un escrutinio que busque establecer la corrección de la decisión primaria adoptada por el órgano administrativo (la FNE), en lugar de una decisión *de novo* que la sustituya, sería en concepto de los Ministros Saavedra y Tapia más consistente con la consagración legal del recurso de revisión especial del artículo 31 bis DL 211<sup>132</sup> y con los objetivos de la reforma en estudio.<sup>133</sup>

Siguiendo aquel orden de ideas, pareciera consistente interpretar de forma restrictiva el objeto de la revisión que podrá llevar a cabo la Corte Suprema en virtud de un recurso de reclamación interpuesto conforme a los artículos 27 y 31 bis del DL 211. En efecto, la reforma que introdujo

---

<sup>129</sup> TDLC, causa Rol RRE 1-18. Prevención Ministros Saavedra y Tapia en resolución de 9 de agosto de 2018.

<sup>130</sup> Facultad de recabar antecedentes que “*debe necesariamente ser ejercida de manera restrictiva*” en concepto de los Ministros Saavedra y Tapia. TDLC, causa Rol RRE 1-18. Resolución de 9 de agosto de 2018.

<sup>131</sup> DL 211, artículo 31 bis, inciso tercero: “*Dicha sentencia deberá ser dictada por el Tribunal dentro del plazo de sesenta días, contado desde que se haya realizado la referida audiencia.*”

<sup>132</sup> TDLC, causa Rol RRE 1-18. Resolución de 9 de agosto de 2018.

<sup>133</sup> Ver Sección 2.3. *supra*.

la Ley 20.945 ha limitado la eventual revisión de la Corte Suprema a un caso muy específico: solo podrá conocer de una operación de concentración en virtud de una decisión del TDLC que, revocando la decisión primaria de prohibición de la FNE, ha aprobado la operación sujeta a medidas distintas de las ofrecidas por las partes de la misma.

Sin embargo, para que ello ocurra será necesario que la Corte Suprema circunscriba el ámbito de su revisión en casos de libre competencia –al menos cuando se trate de casos de operaciones de concentración– ya que, previo a la reforma, generalmente ha interpretado de forma amplia la revisión que le compete a partir de un recurso de reclamación interpuesto conforme al artículo 27 del DL 211.<sup>134</sup> Una interpretación amplia podría resultar contraria al objetivo de evitar dilaciones en casos de operaciones de concentración y a la mayor predictibilidad que la reforma en estudio ha buscado otorgar a los procesos de revisión que hemos descrito.

---

<sup>134</sup> A modo de ejemplo, ver sentencia de la Corte Suprema de 4 de octubre de 2017, en ingreso Rol N° 47.555-16, que acogió recurso de reclamación respecto de la sentencia N° 152/2016 del TDLC.



## **VIII. CONCLUSIÓN**

Los diversos hechos, actos o convenciones que pueden dar lugar a una operación de concentración son, en general, actos lícitos y un aspecto integral del desarrollo regular de los negocios en una economía de mercado. Sin embargo, como hemos visto, existen razones legítimas que justifican el control de algunas de ellas desde la perspectiva del derecho de la libre competencia.

Es por ello que la regulación en materias de operaciones de concentración debe procurar un balance delicado entre evitar la materialización de eventuales riesgos para la libre competencia, por un lado, y evitar aumentar innecesariamente los costos de transacción en el desarrollo regular de los negocios, por el otro.

La reforma que introdujo la Ley 20.945 representa un paso importante en dicha dirección, consagrando un régimen de control que otorga a los agentes económicos mayor predictibilidad, transparencia y eficacia, procurando alinear a nuestro país con las mejores prácticas internacionales en las jurisdicciones de referencia.

Este trabajo buscó otorgar una primera mirada al régimen de control de operaciones de concentración durante su primer año de vigencia (es decir, entre junio de 2017 y mayo de 2018). Durante aquellos doce meses, las disposiciones del Título IV del DL 211 han sido aplicadas principalmente por la FNE –autoridad que se encuentra en el centro del diseño institucional analizado– mediante la revisión de a 42 operaciones de concentración. Sin embargo, resulta ineludible que el rodaje del sistema es todavía incipiente, por lo que será de la mayor importancia la aplicación de dichas disposiciones que realizarán eventualmente el TDLC y la Corte Suprema, desarrollos que esperamos expectantes.

A final de cuentas, la aplicación de la normativa en estudio por parte de las diversas autoridades involucradas en el diseño institucional resultará fundamental para que Chile se mantenga en sintonía con las jurisdicciones de mayor tradición en materias de libre competencia.



## APÉNDICE CASOS FNE

Tabla N° 1 | Operaciones de concentración revisadas por la FNE entre junio de 2017 y mayo de 2018

<b>Partes notificantes</b>						
<b>Rol FNE</b>	<b>Tipo de operación</b>	<b>Mercado y submercado (**)</b>	<b>Fecha notificación</b>	<b>Fecha resolución de inicio</b>	<b>Resolución de término</b>	<b>Fecha resolución de término</b>
<b>Nippon Yusen Kabushiki Kaisha Ltd. (NYK), Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (MOL) y Kawasaki Kisen Kaisha, Ltd. (KL)</b>						
F-82-2017	47 c)	Transporte Marítimo; Servicios navieros	01/06/2017	15/06/2017	Aprobación pura y simple en Fase 1	29/06/2017
<b>Dow Chemical Company (DOW) y E.I. DuPont de Nemours and Company (DuPont)</b>						
F-80-2017	47 a)	Otros servicios	01/06/2017	05/06/2017	Aprobación sujeta a medidas en Fase 1	14/07/2017
<b>GTA Travel Holding LTD., Kuoni Holdings PLC y sus filiales, y el Hotelbeds Group</b>						
F-84-2017	47 b)	Turismo; Hoteles, restaurantes, agencias de viaje	08/06/2017	14/07/2017	Aprobación pura y simple en Fase 1	23/08/2017
<b>Time Warner Inc. y AT&amp;T Inc.</b>						
F-81-2017	47 b)	N/D	01/06/2017	06/06/2017	Aprobación sujeta a medidas en Fase 1	04/09/2017
<b>Enjoy SA y Entreteniciones Consolidadas SpA</b>						
F-94-2017	47 b)	Otros servicios	11/09/2017	13/09/2017	Aprobación pura y simple en Fase 1	02/10/2017
<b>TerraForm Power y otros, Orion US Holdings 1 L.P.</b>						
F-91-2017	47 b)	Servicios básicos; Electricidad	03/08/2017	18/08/2017	Aprobación pura y simple en Fase 1	02/10/2017

<b>JBS y Minerva</b>						
F-88-2017	47 b)	Industria Alimenticia	17/07/2017	28/08/2017	Aprobación pura y simple en Fase 1	10/10/2017
<b>Atlantis SpA y Abertis Infraestructuras S.A.</b>						
F-87-2017	47 b)	Industria; Otra	12/07/2017	25/07/2017	Aprobación sujeta a medidas en Fase 1	11/10/2017
<b>Maersk Line y Hamburg Süd</b>						
F-83-2017	47 b)	Transporte Marítimo; Servicios navieros	08/06/2017	03/08/2017	Aprobación sujeta a medidas en Fase 1	13/10/2017
<b>Fondo de Inversión Público Penta Las Américas Infraestructura Tres y Concesiones Viarias Chile S.A., y Sociedad Concesionaria Ruta del Canal S.A.</b>						
F-96-2017	47 b)	Industria; Otra	29/09/2017	10/10/2017	Aprobación pura y simple en Fase 1	19/10/2017
<b>Acciona Concesiones Chile Ltda., Acciona Construcción S.A. Agencia en Chile, Global Vía Infraestructuras Chile S.A., Globalvía Chile SpA, Sociedad Concesionaria Acciona Concesiones Ruta 160 S.A.</b>						
F-95-2017	47 b)	Industria; Otra	22/09/2017	29/09/2017	Aprobación pura y simple en Fase 1	23/10/2017
<b>HP Inc. y Samsung Electronics Co. Ltd.</b>						
F-89-2017	47 b) y d)	Comercio; Otros sectores	28/07/2017	08/09/2017	Aprobación pura y simple en Fase 1	23/10/2017
<b>Patio Comercial, Gestión y Desarrollo, Grupo Patio, Algeciras</b>						
F-93-2017	47 b)	Industria; Otra	28/08/2017	10/10/2017	Aprobación pura y simple en Fase 1	07/11/2017
<b>Schenck Process Holding GmbH y Blackstone Group Partners L.P.</b>						

F-99-2017	47 b)	N/D	13/10/2017	06/11/2017	Aprobación pura y simple en Fase 1	22/11/2017
<b>Pocuro S.A. y Australis Partners Fund LP</b>						
F-102-2017	47 b)	Industria	30/10/2017	10/11/2017	Aprobación pura y simple en Fase 1	01/12/2017
<b>Garmendia Macus S.A. y American Shoe S.A.</b>						
F-103-2017	47 b)	Industria; Otra	10/11/2017	20/11/2017	Aprobación pura y simple en Fase 1	07/12/2017
<b>Megacompra SpA y Multicaja S.A.</b>						
F-100-2017	47 d)	Telecomunicaciones; Telefonía móvil	25/10/2017	10/11/2017	Aprobación pura y simple en Fase 1	21/12/2017
<b>Noble Americas Corp. y Vitol US Holding Co.</b>						
F-106-2017	47 b)	Industria; Petróleo y derivados	21/11/2017	06/12/2017	Aprobación pura y simple en Fase 1	28/12/2017
<b>Maderas Arauco S.A. y Empresas Pizarreño S.A.</b>						
F-98-2017	47 c)	Industria; Construcción	06/10/2017	22/11/2017	Aprobación pura y simple en Fase 1	04/01/2018
<b>Hotchief y Abertis Infraestructuras S.A.</b>						
F-105-2017	47 b)	Otros servicios; Correos, computación, inmobiliarias, imprentas, etc.	21/11/2017	24/11/2017	Aprobación pura y simple en Fase 1	05/01/2018
<b>Acciona, LATAM y Andes Airport Services S.A.</b>						
F-104-2017	47 b)	Transporte aéreo; Aeropuertos y otra infraestructura	20/11/2017	01/12/2017	Aprobación pura y simple en Fase 1	12/01/2018
<b>Essilor International y Luxottica Group</b>						

F-85-2017	47 a)	Comercio; Otros sectores	04/07/2017	03/08/2017	Aprobación pura y simple en Fase 2	31/01/2018
<b>Generadora Metropolitana SpA, AES Gener S.A., Norgener Foreign Investment SpA, Sociedad Eléctrica Santiago SpA</b>						
F-107-2017	47 b)	Servicios básicos; Electricidad	22/12/2017	24/01/2018	Aprobación pura y simple en Fase 1	08/02/2018
<b>Besalco Concesiones S.A. y Empresa Constructora Belfi S.A.</b>						
F-110-2017	47 c)	Otros servicios	29/12/2017	31/01/2018	Aprobación pura y simple en Fase 1	28/02/2018
<b>Inversiones Gran Araucaria Dos Ltda. y MEDS</b>						
F-121-2018	47 b)	Industria; Otra	28/02/2018	12/03/2018	Aprobación pura y simple en Fase 1	23/03/2018
<b>Fondo de Inversión Privado Hammer, Alvi Supermercados Mayoristas S.A., Inversiones SMU SpA, Construmart S.A.</b>						
F-115-2018	47 b)	Comercio; Mejoramiento del hogar	09/02/2018	16/03/2018	Aprobación pura y simple en Fase 1	23/03/2018
<b>El Condor Combustibles S.A. y CAM Holding SpA</b>						
F-123-2018	47 b)	Otros servicios	14/03/2018	28/03/2018	Aprobación pura y simple en Fase 1	06/04/2018
<b>Sacyr Concesiones SpA y Agencias Universales S.A. por licitación Aeropuerto El Tepual</b>						
F-125-2018	47 c)	Transporte aéreo; Aeropuertos y otra infraestructura	22/03/2018	28/03/2018	Aprobación pura y simple en Fase 1	11/04/2018
<b>Alimentos y Frutos S.A., Comercializadora y Exportadora de Frutas y Verduras Punto Azul Ltda. e Hidropónicos La Cruz S.A.</b>						

F-120-2018	47 b)	Industria alimenticia	27/02/2018	08/03/2018	Aprobación pura y simple en Fase 1	20/04/2018
<b>Mitsui &amp; Co. Y Sociedad Inversiones Tajamar Ltda.</b>						
F-119-2018	47 b)	Transporte terrestre	26/02/2018	12/03/2018	Aprobación pura y simple en Fase 1	20/04/2018
<b>BCI y Walmart</b>						
F-113-2018	47 b)	Servicios financieros; Banca	25/01/2018	08/03/2018	Aprobación pura y simple en Fase 1	20/04/2018
<b>ENAP y Pecket Energy S.A.</b>						
F-114-2018	47 c)	Servicios básicos; Electricidad	05/02/2018	19/03/2018	Aprobación pura y simple en Fase 1	23/04/2018
<b>Total Petrochemicals &amp; Refining USA, Inc., Borealis AG y NOVA Chemicals Inc.</b>						
F-124-2018	47 c)	Industria; Petróleo y derivados	16/03/2018	29/03/2018	Aprobación pura y simple en Fase 1	25/04/2018
<b>Hormigones Independencia S.A., Unión Concreteras S.A. y Unión Cementos S.A.</b>						
F-129-2018	47 b)	Industria; Construcción	12/04/2018	25/04/2018	Aprobación pura y simple en Fase 1	26/04/2018
<b>American International Group, Inc., Venus Holding, Ltd. y Validus Holding, Ltd.</b>						
F-126-2018	47 b)	Servicios financieros; Otros	23/03/2018	05/04/2018	Aprobación pura y simple en Fase 1	02/05/2018
<b>Prysmian SpA y General Cable Corporation</b>						
F-117-2018	47 b)	Industria; Manufacturera	16/02/2018	02/04/2018	Aprobación pura y simple en Fase 1	08/05/2018

<b>Ideal S.A. y Nutrabien S.A.</b>						
F-90-2017	47 b)	Industria; Alimenticia	28/07/2017	08/09/2017	Prohibición	10/05/2018
<b>Inversiones Piuranas S.A. y ADM-SAO S.A.</b>						
F-118-2018	47 b)	Industria; Otra	23/02/2018	02/04/2018	Aprobación pura y simple en Fase 1	11/05/2018
<b>Empresas Masvida S.A., Inversiones Valmar Ltda. y Madesal S.A.</b>						
F-128-2018	47 b)	Salud; Clínicas, hospitales, centros y laboratorios clínicos	03/04/2018	26/04/2018	Aprobación pura y simple en Fase 1	17/05/2018
<b>Bayer AG y Monsanto Co.</b>						
F-97-2017	47 a)	Industria	03/10/2017	18/12/2017	Aprobación sujeta a medidas en Fase 1	29/05/2018
<b>Aza Participaciones SpA, Matco Cables SpA y otros</b>						
F-109-2018	47 b)	Industria; Otra	26/12/2017	10/01/2018	Aprobación sujeta a medidas en Fase 1	29/05/2018
<b>BBVA Inversiones Chile, BBVA Inmobiliaria e Inversiones y Scotiabank</b>						
F-127-2018	47 b)	Servicios financieros; Banca	26/03/2018	23/04/2018	Aprobación pura y simple en Fase 1	31/05/2018

Nota (\*): elaborado en base a los respectivos informes de aprobación publicados en la página Web de la FNE.<sup>135</sup>

Nota (\*\*): mercados y submercados según lo informado por la FNE en su página Web.<sup>136</sup>

<sup>135</sup> Informes disponibles en página Web de la Fiscalía Nacional Económica, [en línea] <<http://www.fne.gob.cl/biblioteca/actuaciones-de-la-fne/investigaciones-de-la-fne/>> [consulta: 30 de septiembre de 2018].

<sup>136</sup> Información disponible en página Web de la Fiscalía Nacional Económica, [en línea] <<http://www.fne.gob.cl/biblioteca/actuaciones-de-la-fne/investigaciones-de-la-fne/>> [consulta: 30 de septiembre de 2018].

**Tabla N° 2 | Resumen operaciones de concentración revisadas por la FNE entre junio de 2017 y mayo de 2018**

<b>Total operaciones de concentración revisadas por la FNE</b>	Aprobadas		41
	Prohibidas		1
<b>Desagregación resoluciones FNE</b>	Término en Fase 1	Aprobación pura y simple (art. 54 letra a)	34
		Aprobación sujeta a medidas (art. 54 letra b)	6
	Término en Fase 2	Aprobación pura y simple (art. 57 letra a)	1
		Aprobación sujeta a medidas (art. 57 letra b)	0
		Prohibición (art. 57 letra c)	1
	<b>Tipo de operaciones revisadas<sup>137</sup></b>	Art. 47 letra a)	
Art. 47 letra b)		32	
Art. 47 letra c)		6	
Art. 47 letra d)		2	
<b>Promedios plazos revisión</b>	Promedio días corridos entre notificación y resolución de inicio		24
	Promedio días corridos entre resolución de inicio y resolución de término		46

<sup>137</sup> Se hace presente que el caso Rol FNE F-89-2017, operación de concentración entre HP Inc. y Samsung Electronics Co. Ltd., se ha contabilizado dos veces, por haber sido considerada tanto bajo la letra b) como d) del artículo 47 DL 211.



## **BIBLIOGRAFÍA**

- COLOMA, Fernando. Fijación de Umbrales de Notificación de Operaciones de Concentración en Chile (noviembre de 2016). [en línea] <[http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/04/umbrales\\_operaciones\\_concentracion.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/04/umbrales_operaciones_concentracion.pdf)>
- COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia, de julio de 2012. [en línea] <<http://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2012/07/INFORME-FINAL-ENTREGADO-A-PDTE-PINERA-13-07-12.pdf>>
- DEPARTMENT OF JUSTICE & FEDERAL TRADE COMMISSION, ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Horizontal Merger Guidelines. 19 de agosto de 2010. [en línea] <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>>
- DIRECCIÓN GENERAL DE COMPETENCIA DE LA COMISIÓN EUROPEA. Guidelines on the assessment of horizontal mergers under Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (2004/ C 31/03). [en línea] <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52004XC0205\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52004XC0205(02))>
- DIRECCIÓN GENERAL DE COMPETENCIA DE LA COMISIÓN EUROPEA. Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings. Enero de 2004. [en línea] <<http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>>
- ELHAUGE, Einer y GERADIN, Damien. Global Competition Law and Economics. Primera edición. Portland, Estados Unidos. Hart Publishing, 2007.
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración, de octubre de 2012. [en línea] <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>>
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Guía de Competencia. Junio de 2017. [en línea] <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-competencia.pdf>>
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Guía Práctica para la Aplicación de Umbrales de Notificación de Operaciones de Concentración en Chile. Junio de 2017 [en línea] <<http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-Interpretacion-Umbrales-1-1.pdf>>
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Formulario Ordinario de Notificación. Junio de 2017. [en línea] <[http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/notificacion\\_ordinario-1.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/notificacion_ordinario-1.pdf)>

- INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. Recommended Practices for Merger Notification and Review Procedures. [en línea] <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1108.pdf>>
- LEVY, Nicholas. The EU's SIEC Test Five Years On: Has it Made a Difference? 6 European Competition Journal (2010).
- MENCHACA, Tomás. Cuenta Pública del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 13 de mayo de 2013. [en línea] <<http://www.tdlc.cl/tdlc/CuentasPublicas/CP2013.pdf>>
- MENSAJE DE S.E. LA PRESIDENTA DE LA REPUBLICA CON EL QUE INICIA UN PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1 DE 2004, DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y RECONSTRUCCIÓN, QUE FIJA EL TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DEL DECRETO LEY N° 211, DE 1973. [en línea] <[https://www.bcn.cl/historiadela ley/fileadmin/file\\_ley/5311/HLD\\_5311\\_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf](https://www.bcn.cl/historiadela ley/fileadmin/file_ley/5311/HLD_5311_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf)>
- PUGA, Juan Esteban. La Sociedad Anónima y Otras Sociedades por Acciones en el Derecho Chileno y Comparado, Tomo II. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, 2015.
- SECRETARIADO DE LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE). Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile, de 2014. [en línea] <[http://www.oecd.org/daf/competition/Chile%20merger%20control\\_ESP\\_nov14.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/Chile%20merger%20control_ESP_nov14.pdf)>
- SOKOL, Daniel y BLUMENTHAL, William. Merger Control: Key International Norms and Differences (enero de 2012). [en línea] <<https://ssrn.com/abstract=1981794>>
- TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Auto Acordado N° 12/2009, Sobre Información Relevante para el Control Preventivo de Operaciones de Concentración. [en línea] <[http://www.tdlc.cl/tdlc/DocumentosMultiples/Autoacordado\\_N\\_12\\_2009.pdf](http://www.tdlc.cl/tdlc/DocumentosMultiples/Autoacordado_N_12_2009.pdf)>
- VALDÉS PRIETO, Domingo. Libre Competencia y Monopolio. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- WISH, Richard y BAILEY, David. Competition Law. Octava edición. Oxford, Reino Unido. Oxford University Press, 2015.

## **CASOS DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN REVISADOS**

- **Fiscalía Nacional Económica**

- Operación de concentración entre Nippon Yusen Kabushiki Kaisha Ltd. (NYK), Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (MOL) y Kawasaki Kisen Kaisha, Ltd. (KL), caso Rol FNE F-82-2017.
- Operación de concentración entre Dow Chemical Company (DOW) y E.I. DuPont de Nemours and Company (DuPont), caso Rol FNE F-80-2017.
- Operación de concentración entre GTA Travel Holding LTD., Kuoni Holdings PLC y sus filiales, y el Hotelbeds Group, caso Rol FNE F-84-2017.
- Operación de concentración entre Time Warner Inc. y AT&T Inc., caso Rol FNE F-81-2017.
- Operación de concentración entre Enjoy SA y Entretenciones Consolidadas SpA, caso Rol FNE F-94-2017.
- Operación de concentración entre TerraForm Power y otros, Orion US Holdings 1 L.P., caso Rol FNE F-91-2017.
- Operación de concentración entre JBS y Minerva, caso Rol FNE F-88-2017.
- Operación de concentración entre Atlantis SpA y Abertis Infraestructuras S.A., caso Rol FNE F-87-2017.
- Operación de concentración entre Maersk Line y Hamburg Süd, caso Rol FNE F-83-2017.
- Operación de concentración entre Fondo de Inversión Público Penta Las Américas Infraestructura Tres y Concesiones Viarias Chile S.A., y Sociedad Concesionaria Ruta del Canal S.A., caso Rol FNE F-96-2017.
- Operación de concentración entre Acciona Concesiones Chile Ltda., Acciona Construcción S.A. Agencia en Chile, Global Vía Infraestructuras Chile S.A., Globalvía Chile SpA, Sociedad Concesionaria Acciona Concesiones Ruta 160 S.A., caso Rol FNE F-95-2017.
- Operación de concentración entre HP Inc. y Samsung Electronics Co. Ltd., caso Rol FNE F-89-2017.
- Operación de concentración entre Patio Comercial, Gestión y Desarrollo, Grupo Patio, Algeciras, caso Rol FNE F-93-2017.
- Operación de concentración entre Schenck Process Holding GmbH y Blackstone Group Partners L.P., caso Rol FNE F-99-2017.

- Operación de concentración entre Pocuro S.A. y Australis Partners Fund LP, caso Rol FNE F-102-2017.
- Operación de concentración entre Garmendia Macus S.A. y American Shoe S.A., caso Rol FNE F-103-2017.
- Operación de concentración entre Megacompra SpA y Multicaja S.A., caso Rol FNE F-100-2017.
- Operación de concentración entre Noble Americas Corp. y Vitol US Holding Co., caso Rol FNE F-106-2017.
- Operación de concentración entre Maderas Arauco S.A. y Empresas Pizarreño S.A., caso Rol FNE F-98-2017.
- Operación de concentración entre Hotchief y Abertis Infraestructuras S.A., caso Rol FNE F-105-2017.
- Operación de concentración entre Acciona, LATAM y Andes Airport Services S.A., caso Rol FNE F-104-2017.
- Operación de concentración entre Essilor International y Luxottica Group, caso Rol FNE F-85-2017.
- Operación de concentración entre Generadora Metropolitana SpA, AES Gener S.A., Norgener Foreign Investment SpA, Sociedad Eléctrica Santiago SpA, caso Rol FNE F-107-2017.
- Operación de concentración entre Besalco Concesiones S.A. y Empresa Constructora Belfi S.A., caso Rol FNE F-110-2017.
- Operación de concentración entre Inversiones Gran Araucaria Dos Ltda. y MEDS, caso Rol FNE F-121-2018.
- Operación de concentración entre Fondo de Inversión Privado Hammer, Alvi Supermercados Mayoristas S.A., Inversiones SMU SpA, Construmart S.A., caso Rol FNE F-115-2018.
- Operación de concentración entre Condor Combustibles S.A. y CAM Holding SpA, caso Rol FNE F-123-2018.
- Operación de concentración entre Sacyr Concesiones SpA y Agencias Universales S.A. por licitación Aeropuerto El Tepual, caso Rol FNE F-125-2018.
- Operación de concentración entre Alimentos y Frutos S.A., Comercializadora y Exportadora de Frutas y Verduras Punto Azul Ltda. e Hidropónicos La Cruz S.A., caso Rol FNE F-120-2018.

- Operación de concentración entre Mitsui & Co. y Sociedad Inversiones Tajamar Ltda., caso Rol FNE F-119-2018.
- Operación de concentración entre BCI y Walmart, caso Rol FNE F-113-2018.
- Operación de concentración entre ENAP y Pecket Energy S.A., caso Rol FNE F-114-2018.
- Operación de concentración entre Total Petrochemicals & Refining USA, Inc., Borealis AG y NOVA Chemicals Inc., caso Rol FNE F-124-2018.
- Operación de concentración entre Hormigones Independencia S.A., Unión Concreteras S.A. y Unión Cementos S.A., caso Rol FNE F-129-2018.
- Operación de concentración entre American International Group, Inc., Venus Holding, Ltd. y Validus Holding, Ltd., caso Rol FNE F-126-2018.
- Operación de concentración entre Prysmian SpA y General Cable Corporation, caso Rol FNE F-117-2018.
- Operación de concentración entre Ideal S.A. y Nutrabien S.A., caso Rol FNE F-90-2017.
- Operación de concentración entre Inversiones Piuranas S.A. y ADM-SAO S.A., caso Rol FNE F-118-2018.
- Operación de concentración entre Empresas Masvida S.A., Inversiones Valmar Ltda. y Madesal S.A., caso Rol FNE F-128-2018.
- Operación de concentración entre Bayer AG y Monsanto Co., caso Rol FNE F-97-2017.
- Operación de concentración entre Aza Participaciones SpA, Matco Cables SpA y otros, caso Rol FNE F-109-2018.
- Operación de concentración entre BBVA Inversiones Chile, BBVA Inmobiliaria e Inversiones y Scotiabank, caso Rol FNE F-127-2018.

- **Tribunal de Defensa de la Libre Competencia**

- Consulta sobre fusión entre S.A.C.I. Falabella y Distribución y Servicio D&S S.A.; causa NC N° 199-2007.
- Consulta de Organización Terpel Chile relativa a la adquisición por parte de Quiñenco S.A. de los activos de las Sociedades Petróleos Transandinos S.A. y Operaciones y Servicios Terpel Limitada; causa NC N° 399-2011.

- Consulta de la Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G. sobre operación de concentración LATAM Airlines Group, American Airlines Inc. y otras; NC-434-2016.
  - Demanda Conadecus contra Cencosud S.A.; C-315-2016.
  - Acuerdo Extrajudicial entre FNE y Holchile S.A. e Inversiones Caburga Ltda.; AE-14-2017.
  - Recurso de Revisión Especial de Ideal S.A. y otro en contra de la Resolución de la FNE de 10 de mayo de 2018; RRE-1-2018.
- **Corte Suprema**
    - Operación de concentración de empresa Telefónica Móvil Bellsouth S.A.; Rol N° 396-2005.
    - Solicitudes de Conadecus en relación con el mercado del gas; Rol 30.190-2014.