



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Económico

EL ROL DE LAS EFICIENCIAS EN MATERIA DE OPERACIONES DE
CONCENTRACIONES HORIZONTALES. ¿QUÉ EFICIENCIAS DEBEN SER
PROBADAS Y A QUIÉN CORRESPONDE LA CARGA DE LA PRUEBA?

Tesis de pregrado para optar al Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y

Sociales

Francisco Javier De Sarratea Valdés

Profesor Guía: Domingo Valdés

Santiago - Chile

2017

“Las leyes de antimonopolio...son la Carta Magna de la libre empresa. Son tan importantes para preservar la libertad económica y nuestro sistema de libre empresa como la Declaración de Derechos es para la protección de nuestras libertades personales fundamentales”

Thurgood Marshall, Juez de la Corte Suprema de EE.UU.
Estados Unidos vs. Topco Associates, Inc., 405 U.S. 596, 610 (1972).

TABLA DE CONTENIDOS

1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN.....	8
2.1 Introducción.....	8
2.2 Desarrollo histórico de las operaciones de concentración.....	14
2.3 Operaciones de concentración.....	22
2.4 Tipos de operaciones de concentración.....	24
2.5 Análisis de las operaciones de concentraciones horizontales.....	26
3. DETERMINACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE.....	31
3.1 Definición de mercado, poder de mercado y mercado relevante.....	31
3.2 Características del mercado relevante.....	36
3.2.1 Mercado del producto.....	37
3.2.2 Mercado geográfico.....	39
3.2.3 Conclusiones.....	41
4. DETERMINAR EL GRADO DE CONCENTRACIÓN PREVIO A LA FUSIÓN.....	45
4.1 Participaciones de mercado.....	46
4.2 Consumidores.....	47
4.3 Herfindahl-Hirschman Index (HHI).....	50
5. OTROS FACTORES A CONSIDERAR EN UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN.....	53
5.1 Barreras de Entrada.....	53

5.2 Conclusiones.....	60
6. ANÁLISIS DE LAS EFICIENCIAS QUE SE DERIVAN DE LA FUSIÓN...	61
6.1 Definición.....	61
6.2 Características.....	67
6.3 Economías de Escala.....	68
6.4 Economías de Ámbito.....	71
6.5 Economías de Densidad.....	76
6.6 Ahorros provenientes de la Operación.....	79
6.7 Estructura de Mercado.....	81
6.8 Factor Tecnológico.....	83
6.9 Visión de las eficiencias según la regulación del Derecho Comparado y sus similitudes y/o diferencias con el criterio chileno.....	84
7. CARGA DE LA PRUEBA EN MATERIA DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN.....	95
8. COMENTARIOS SOBRE EL AUTO ACORDADO N°12-2009 DEL TDLC, LA LEY N°20.945 QUE “PERFECCIONA EL SISTEMA DE LA LIBRE COMPETENCIA” y REGLAMENTO SOBRE LA NOTIFICACIÓN DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN.....	105
8.1 Auto Acordado N°12-2009.....	105
8.2 Ley N°20.945 de 2016.....	107
8.2.1 Principales aspectos del Título IV “De las operaciones de concentración”.....	109

8.2.2	Definición de conceptos.....	109
8.2.3	Procedimientos-principales puntos.....	110
8.2.4	Sistema de sana crítica para valorar la prueba (“antecedentes”) en una operación de concentración.....	115
8.3	Reglamento sobre la notificación de una operación de concentración.....	116
8.3.1	Notificación para una operación de concentración.....	116
8.3.2	Notificación simplificada para una operación de concentración.....	121
9.	CONCLUSIONES.....	123
10.	BIBLIOGRAFÍA.....	126

1. INTRODUCCION

Mediante el presente trabajo se analizará cuáles son las eficiencias utilizadas por los consultantes en las operaciones de concentración horizontal en Chile (en adelante indistintamente “*fusión*”). Con ello, podremos definir cuáles de estas eficiencias son aceptadas y rechazadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, (en adelante “TDLC”), al momento de analizar dichas operaciones que le son consultadas.

El análisis de estas eficiencias será elaborado tanto desde una perspectiva jurídica como económica pues éstas son las dos áreas que son analizadas por el TDLC al momento de tomar su decisión.

Por otra parte, cotejaremos las eficiencias utilizadas en Chile con los criterios imperantes en otras jurisdicciones donde la libre competencia (en adelante indistintamente “LC”) lleva más años de desarrollo. En efecto, nos referiremos a los criterios utilizados por la *Federal Trade Commission* en Estados Unidos, mediante la *Horizontal Merger Guidelines*; en Canadá, mediante la *Competition Act* y por la Comunidad Europea mediante su legislación comunitaria.

En la segunda parte del trabajo, se realizarán una serie de comentarios respecto a quién pertenece la carga de la prueba en las operaciones de concentración. Al respecto, conviene señalar que la Ley 20.945 - publicada el 30 de agosto de 2016 - modificó el Decreto Ley N° 211 de 1973, cuerpo normativo que regula la LC en Chile (en adelante indistintamente “DL 211”). Dentro de sus modificaciones más relevantes, destaca lo dispuesto en el artículo 1 numeral 21 que incluyó el *“Título IV De Las Operaciones de Concentración”*. Dicho apartado, regula a quién corresponde la obligación de tener que aportar los antecedentes vinculados a una fusión que se está tratando de llevar a cabo. No obstante lo anterior, cabe mencionar que el TDLC ya había abordado el tema en cuestión a través del Acordado N°12/2009, documento que también será analizado.

Antes de comenzar con el desarrollo del presente trabajo, es pertinente realizar un comentario general acerca de las operaciones de concentración, refiriéndonos a su definición, características, entre otros. El tener claro el concepto objeto de estudio resulta vital para poder ahondar en el tema de las eficiencias, puesto que éstas son el medio para justificar la aprobación de dichos actos.

2. OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

2.1 Introducción

En términos generales y bajo la mirada de la LC, las operaciones de concentración tienen como resultado una reducción de empresas en un determinado mercado y un incremento en el poder de mercado de los agentes económicos o empresas que permanecen en él.

Respecto al párrafo anterior, cierta doctrina declara que *“Propios de la época del fortalecimiento y expansión global de empresas, los procesos de fusión vienen generalmente impuestos por la competencia y por los imperativos de integración racional por escalas y de agrupación de socios o de patrimonios autónomos de la más diversa índole, bajo una organización socialmente concentrada, bien sea ésta nueva o preexistente”*¹.

En primer término, la Fiscalía Nacional Económica (en adelante indistintamente la “FNE”) entiende por operación de 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*

¹ PRADO P. ARTURO. 2009. “Análisis doctrinal y jurisprudencial de la figura de la fusión en Chile”. Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Pablo Rodríguez Grez, Ediciones Universidad del Desarrollo: 411.

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”².

En segundo término, el Auto Acordado N° 12/2009 del TDLC, en su numeral 4 dispone que se entenderá 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”* (el énfasis es añadido).

En tercer término, el artículo 47 del DL 211 entiende 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:*

² CHILE. Fiscalía Nacional Económica. 2012. Guía para el análisis de operaciones de concentración horizontal, octubre 2012. 6p.

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

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

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

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

El primer comentario acerca del concepto en cuestión es que no toda operación de concentración se debe considerar atentatoria o riesgosa contra la competencia, sino que sólo lo será cuando cree o genere efectos monopólicos o anticompetitivos. En este sentido, el DL 211 se hace cargo de prevenir lo anterior estableciendo que entre las atribuciones del TDLC se incluye la de “*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”³.

Por su parte, la FNE declara que *“el control de las operaciones de concentración se sujeta a las normas generales de cualquier hecho, acto o contrato que impide, restringe o entorpece la libre competencia, o genera el peligro o la potencialidad de hacerlo”⁴.*

Es por todo lo anterior que para que una *fusión* sea merecedora de una revisión por parte de la autoridad gubernamental, deben reunirse una serie de requisitos y condiciones tales como poder de mercado, barreras de entrada, impacto en zona geográfica determinada, entre otros. Todos los conceptos mencionados serán desarrollados en el desarrollo de la presente tesis.

El segundo comentario apunta a que las conductas monopólicas o anticompetitivas pueden clasificarse de diferentes maneras por lo que para efectos de este trabajo utilizaremos dos clasificaciones que se relacionan directamente con el tipo de *fusión* que se tratará en adelante, a saber, las **operaciones horizontales**. La primera clasificación apunta a determinar si estamos frente a prácticas unilaterales o prácticas concentradas, entendiendo

³ DL N°211, artículo 18 N°2.

⁴ CHILE. Fiscalía Nacional Económica. Op. Cit. 4 p.

por las primeras que *“son aquellas en las cuales la anticompetitivo de la conducta puede ser llevado a cabo por personas o empresas individuales, sin que se necesite de la colaboración de otros agentes económicos. Las prácticas concentradas en cambio, precisan de la colaboración de varias personas o empresas”*⁵. La segunda clasificación, distingue a su vez las prácticas anticompetitivas en horizontales y verticales. Por el primer concepto, entenderemos que *“son aquellas cuya instrumentación se lleva a cabo en una única etapa de la cadena de producción y comercialización de un bien o etapa de la cadena de producción y comercialización de un bien o servicio, en tanto que las segundas son aquellas que tienen necesariamente efectos en varias de dichas etapas y que afectan a personas o empresas que actúan en tales etapas diferentes (por ejemplo, proveedores de insumos, productores, distribuidores)”*⁶.

Si bien los efectos de una operación de concentración que se analizarán en este trabajo se acercan más a la definición de ser unilaterales y horizontales; con ello no estamos asumiendo que previo a una *fusión* el mercado involucrado se encontraba en una status de perfecta competencia⁷ y que luego de la

⁵ COLOMA, GERMAN. 2003. Defensa de la Competencia. Argentina – España. Editorial Ciudad Argentina. 14 p.

⁶ *Ibíd.* 16 p.

⁷ Un mercado perfecto supone los siguientes supuestos: atomicidad del mercado, homogeneidad, del producto, transparencia del mercado, libre entrada y salida del mercado y total movilidad de los factores productivos. Idea extraída del Profesor Domingo Valdés en su libro “Libre Competencia y Monopolio”.

operación de concentración dicho mercado se ha tornado menos competitivo. Sostener la premisa anterior sería establecer *a priori* a este tipo de operación como negativa para la LC. Es así, como la literatura jurídica clasifica a estas situaciones como “intermedios”, ya que *“describen diversos grados de concentración, atendiendo a si los oferentes son muchos o pocos y su tamaño relativo; al grado de homogeneidad o heterogeneidad de sus respectivos productos; a las condiciones de ingreso y/o salida del mercado relevante de que se trate”*⁸.

En síntesis, y tal como se acreditará en el capítulo siguiente, hoy en día no se mira *per se* una operación concentración como negativa para el mercado sino como un acto neutro. Lo que se realiza es un análisis de costo-beneficio entre los efectos anticompetitivos de la operación y los beneficios sociales que ésta generaría. Es ahí que la dificultad radica en poder *“determinar los potenciales efectos de una fusión en el grado de competencia en un mercado, ya que se debe evaluar la diferencia en el grado de competencia futura en un mercado entre un escenario con fusión y uno sin fusión. Por lo tanto, la decisión de un organismo de defensa de la libre competencia respecto a aprobar o rechazar una fusión es una decisión difícil de tomar y que genera, además,*

⁸ VALDES, P. DOMINGO. 2006. Libre Competencia y Monopolio. Santiago, Editorial Jurídica. 44 p.

incertidumbre en las empresas que están evaluando la posibilidad de fusionarse”⁹.

2.2 Desarrollo histórico de las operaciones de concentración

Para aprobar o rechazar una *fusión*, la autoridad gubernamental debe analizar una serie de factores con el objeto de poder dictar una resolución fundada respecto de las operaciones que son objeto de consulta. Entre dichos factores, se analizan las eficiencias involucradas en la operación, efectos post-fusión, barreras de entradas y medidas mitigadoras planteadas por los consultantes entre otras. La idea anterior a juicio de la presente tesis está descrita de manera acertada por la Corte Suprema al declarar que *“Que en concordancia con lo dispuesto en el artículo 5° del D.L. N° 211 puede concluirse que el tribunal posee una competencia amplia que le faculta para conocer y evaluar todos los aspectos de la actividad económica sometida a su conocimiento, puesto que es objetivo de su actuación el deber de cautelar el bien esencialmente institucional de la libre competencia”¹⁰*. Al respecto, conviene hacer presente que *“el TDLC es*

⁹ AGOSTINI, Claudio. 2007. *Hacia una política de evaluación de fusiones horizontales*. [en línea] Centros de Estudios Públicos, Estudios Públicos N° 107 <<https://www.cepchile.cl/hacia-una-politica-de-evaluacion-de-fusiones-horizontales/cep/2016-03-04/094252.html>> [consulta: 14 de noviembre de 2017].

¹⁰ Considerando 8° de la sentencia dictada por la Corte Suprema, Rol N° 9843-2011, 5 de abril de 2012; en Recurso de Reclamación deducidos por Lan Airlines S.A. y Tam Linhas Aéreas S.A. contra la resolución N° 37/2011, de 21 de septiembre de 2011, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

un tribunal especializado y permanente, cuya composición mixta de economistas y abogados le permite efectuar un análisis profundo de las materias sometidas a su conocimiento”¹¹

En un comienzo, las grandes operaciones de concentración eran vistas con cierto recelo ya que era recurrente que fueran catalogadas como una amenaza a la LC sin siquiera haber examinado su estructura y condiciones.

Es así como en los años sesenta y basado en la teoría “estructura-conducta desempeño”, se suponía que en las operaciones de concentración donde existía un alto poder de mercado resultaba lógico señalar que el efecto inmediato sería un alza en los precios y en consecuencia, un detrimento para los consumidores¹².

Para el caso específico de nuestro país, el desarrollo de la LC si bien se comienza a gestar a finales de los años 50, se establece de manera sistematizada mediante la promulgación del DL N° 211 en 1973. El desarrollo

¹¹ MONTT, R. PAULO y NEHME, Z. NICOLE. 2010. Libre Competencia y Retail, un análisis crítico. Santiago, Legal Publishing, 4 p.

¹² La teoría “estructura-conducta-desempeño”, plantea la siguiente tesis acerca de las operaciones de concentración con poder de mercado. **Estructura:** una alta concentración en un mercado (en donde pocas empresas tienen un porcentaje alto de ventas totales) conducirá a **Conductas:** conductas oligopólicas o monopólicas que incidirán en **Desempeño:** el cobro de un precio sustancialmente mayor que el de la competencia, con los consiguientes costos en la asignación de recursos y caída del bienestar social. Idea extraída de SAPELLI, Claudio, Concentración y grupos económicos en Chile. Estudios Públicos, N°88 (68): 2002.

teórico y práctico se debió en gran parte a la jurisprudencia judicial y/o administrativa que se generó en dicha época debido a que se estaba frente a una legislación incipiente y muchas veces distante de la realidad económica que experimentaba el país en ese período. Si bien dicha jurisprudencia permitió desarrollar la LC en Chile de la manera como la concebimos en la actualidad, al igual que en muchos otros países comenzó su proceso de desarrollo bajo el arista de mirar con desconfianza toda fusión que fuere consultada. Ejemplo de ello es que *“una de las nociones medulares que desarrolló la mencionada jurisprudencia judicial y administrativa fue el concepto de monopolio en su acepción jurídica, el que, paradójicamente, no exhibía correspondencia con los conceptos desarrollados por la Economía. El desconocimiento de una noción jurídica de monopolio invitó a economistas e incluso a ciertos juristas a sostener que había que abandonar términos como los de “legislación antimonopolio” o “ilícitos de monopolio”, atendido que ellos obedecían a estadios primitivos del desarrollo del derecho de la libre competencia, estadios a los cuales se atribuía una supuesta creencia de que todo monopolio era reprochable y de que la voz monopolio significaba un solo oferente o demandante”* (el énfasis es añadido)¹³.

Con el paso del tiempo, se fue generando y aceptando la idea que la concentración de dos o más empresas también podía ser incluso un parámetro para medir empresas más eficientes. Se planteó además que la existencia de

¹³ VALDES, P. DOMINGO. Op. Cit. 14 p.

otros factores - aparte de la concentración de mercado - que pueden incidir en el juicio de que una *fusión* pueda ser atentatoria o beneficiosa para la libre competencia, tales como las barreras de entrada, existencia de bienes sustitutos, factores tecnológicos, condiciones de la oferta, entre otros.

Esta nueva percepción acerca de las operaciones de concentración fue desarrollándose en el tiempo, logrando que en la actualidad el criterio del TDLC sea neutro, es decir, que las *fusiones* que son analizadas en un acto de consulta no tengan una carga positiva o negativa *a priori*, sino que deben ser consideradas como un acto en que se debe primero evaluar una serie de factores para luego finalmente rechazarla o aprobarla.

Prueba de lo anterior, es lo señalado por el TDLC en las consideraciones finales de la resolución N° 2-2005 que aprobó la *fusión* TELEFONICA-BELLSOUTH, donde se señaló que “*Los argumentos desarrollados en la parte considerativa de este fallo, llevan a este Tribunal a estimar que la operación consultada, implicaría una mayor concentración en un mercado con claras barreras a la entrada. Lo anterior, sin embargo, y atendidas las características de la industria, no constituye en sí mismo un obstáculo para aprobar, en principio, la operación consultada” (el énfasis es añadido).*

Asimismo, el considerando N° 67 de la resolución 20/2007, que aprobó la operación consultada por GLR respecto de la compra de la totalidad de acciones de Iberoamerican Radio, confirma lo sostenido en el párrafo anterior al disponer que *“en todo análisis de concentración se deben sopesar las amenazas para la competencia con las potenciales ganancias en eficiencia que podría generar la operación, siempre que éstas no se puedan lograr por otras vías”*¹⁴.

En este contexto, el TDLC confirmó la postura de mantener un criterio neutro del término “concentración” en operaciones que involucren una *fusión*, inclusive en las decisiones que adoptó una resolución denegatoria para los actores. En efecto, nos referimos a la fallida fusión de D&S-FALABELLA, en donde en el considerando N° 12 se estableció que *“En nuestro ordenamiento jurídico, tal como sucede en el derecho comparado de la competencia, no existe una valoración negativa a priori de la concentración de empresas”*.

Más aún, la FNE entrega una visión positiva de qué debemos entender por una operación de concentración, estableciendo en su Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración (en adelante indistintamente “Guía”) lo siguiente: *“Las operaciones de concentración resultan mayoritariamente*

¹⁴ Sólo a modo histórico, incluso el voto de minoría del fallo en comento que optó por rechazar la fusión GLR-IBEROAMERICAN, coincide con el voto de mayoría respecto a la percepción sobre las operaciones de concentración al señalar en su considerando N° 3 que “El grado de concentración de la industria no es por sí solo suficiente para estimar como contraria a la libre competencia una operación de concentración”.

positivas, e incluso cruciales para el desarrollo de una sana y vigorosa economía de mercado. Dan a las empresas la posibilidad de incrementar su eficiencia a través del aprovechamiento de sinergias y ahorros de costos. Esto, a su vez, redundará en beneficios para los consumidores cuando dichas eficiencias les son efectivamente traspasadas". A mayor abundamiento, la institución ya citada en su "Guía para la Determinación de la Competencia de la Fiscalía respecto de las Operaciones de Concentración Sujetas a Control" (en adelante "Guía de Competencia") emite una opinión que a juicio de esta parte, resume de buena manera qué percepción debemos tener de una operación de concentración y que resguardos debemos tener respecto de la misma, al declarar lo siguiente: *"Las operaciones de concentración, a diferencia de los carteles y de los abusos unilaterales **no son ilícitas**, sin embargo, pueden dar lugar a cambios sustanciales en los mercados y afectar con ello la competencia. Lo anterior justifica la necesidad de identificar cuáles de los múltiples hechos, actos o convenciones que tienen lugar en el mercado califican como operaciones de concentración y requerirán de un control preventivo bajo la normativa de la libre competencia (el énfasis es añadido)".*

No obstante los evidentes cambios en la percepción de las operaciones de concentración en Chile, pareciera ser que aún queda por desarrollar el concepto a niveles óptimos que nos permitan aseverar que existe una percepción NEUTRA y REAL frente a este tipo de operaciones. Así al menos lo dictaminó

hace 3 años atrás la OECD en su reporte acerca de nuestro país al señalar que *“Chile es descrito como una economía pequeña con industrias altamente concentradas (con pocos jugadores). Estos niveles de concentración preexistentes explican, hasta cierto punto, la sospecha en torno a las operaciones de concentración, especialmente las concentraciones horizontales, que concentran los mercados. Si bien estos aspectos son relevantes para un análisis sustantivo, deben ser examinadas en términos objetivos y caso por caso. No todas las operaciones son problemáticas, no todas las industrias están concentradas, y el contexto de cada operación debe ser analizado con cuidado, ya que puede variar con el tiempo, en especial dado que el análisis de concentraciones es esencialmente prospectivo. Por lo tanto, el análisis de concentraciones no debe dejarse a la mano de los sesgos negativos del mercado o la industria, ni se debe utilizar como herramienta para regular o corregir fallas en el mercado preexistentes que no son inherentes a la concentración.*

En resumen, antes de cualquier reforma al control de concentraciones, el legislador y la autoridad deben estar al tanto de cualquier prejuicio o percepción adversa que pueda distorsionar la buena fe y la apreciación objetiva de las iniciativas de reforma”¹⁵.

¹⁵ INFORME DEL SECRETARIADO DE LA OCDE 2014. Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile. [en línea] < http://www.oecd.org/daf/competition/Chile%20merger%20control_ESP_nov14.pdf. > [consulta: 14 noviembre 2014].

En el mismo sentido, la OECD fue categórica en señalar que tener una percepción *a priori* negativa de las operaciones concentración puede traer consecuencias adversas no sólo para las partes involucradas sino que en la sociedad en general. En efecto, el informe aludido sostiene que *“El régimen de control de concentraciones vigente genera una visión negativa o sospechosa, ya que las concentraciones están sujetas al mismo trato que los acuerdos anticompetitivos y los abusos de posición dominante. También fomenta un enfoque contencioso hacia su análisis, sometiendo dichas operaciones a procedimientos inflexivos, permitiendo a terceros a las operaciones promover procedimientos de análisis, y al limitar la intervención de las Partes en una audiencia judicial en la que todos los intervinientes están presentes, incluidos la FNE y terceros”*¹⁶.

El continuar con una percepción suspicaz frente a una operación de concentración podría acarrear dos efectos contraproducentes para el sistema jurídico chileno en esta materia:

- En primer lugar, asume el riesgo de no ofrecer la opción de una adecuada discusión de las condiciones con las partes involucradas en los

¹⁶ Ídem.

procedimientos de consulta y el riesgo de que una alta cantidad de decisiones sea remitida a la Corte Suprema.

- En segundo lugar, puede sesgar y distorsionar, consciente o inconscientemente, la evaluación de futuras propuestas de reforma.

Finalmente, conviene advertir que esta tesis se enfocará en el análisis de las eficiencias en las operaciones de concentración horizontales (sólo en el ámbito de las economías de ámbito nos referiremos más en profundidad a la fallida fusión entre D&S-FALABELLA, ya que debido a la amplia oferta de productos y servicios de los consultantes, se determinó que en ciertos mercados se podría considerar una operación de concentración conglomeral¹⁷).

2.3 Operación de concentración

Las operaciones de concentración pueden acarrear tanto efectos negativos como positivos para la LC de un país. Por una parte, el efecto negativo consiste en aumenta las posibilidades de una interacción coordinada de agentes y efectos unilaterales en el mercado intervenido. Así lo ha entendido la *Federal*

¹⁷ Afirmación en referencia al considerando N° 13, resolución N°24-2008 del TDLC, fusión D&S-FALABELLA que señaló que “En el caso de la operación consultada, se está en presencia de un proyecto de fusión de dos empresas que en algunas áreas de negocios son competidoras, en otras no y en algunas sólo lo son parcialmente”.

Trade Commision al declarar que “una fusión probablemente disminuye substancialmente la competencia a través de sus efectos unilaterales, aun cuando exista la posibilidad de que la empresa fusionada no tenga ningún tipo de coordinación con sus competidores no fusionados, elevarían sus precios o de otra manera ejercerían su poder de mercado en un mayor grado que antes de la fusión”¹⁸.

Por otra parte, una *fusión* puede resultar beneficiosa en determinados mercados; especialmente en una economía como la chilena que al ser pequeña en comparación a otras jurisdicciones, una concentración de empresas bien gestionada puede ser incluso más eficiente que un mercado atomizado. En efecto, la OECD ha señalado que *“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*

¹⁸FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE 2006. Commentary on the Horizontal Merger Guidelines. [en línea]. Estados Unidos. <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/commentaryonthehorizontalmergerguidelinesmarch2006.pdf>> [14 de noviembre de 2017]. (Traducción libre).

competencia no debería eliminar los incentivos de las empresas para efectuar este tipo de operaciones.”¹⁹

2.4 Tipos de operaciones de concentración

A modo pedagógico y reiterando que este trabajo enfocará su análisis en operaciones de concentraciones horizontales, definiremos los tres tipos de *fusión* que podemos encontrar en el ámbito de la LC:

a) Concentraciones Horizontales: es la fusión de dos agentes económicos que son competidores directos y que se encuentran en la misma escala de producción-comercialización. En el mismo sentido, la Agencia de Desarrollo de Negocios Minoritarios del Departamento de Comercio de Estados Unidos ha definido a este tipo de operación como *“la fusión que ocurre entre dos compañías en la misma industria. Es la consolidación de los negocios que ocurre entre dos empresas que operan en el mismo espacio como competidores oferentes del mismo bien o servicio. Este tipo de operaciones es común en industrias con un menor número de empresas ya que la competencia tiende a ser mayor y las*

¹⁹ INFORME DEL SECRETARIADO DE LA OCDE 2014. Op. Cit.

*sinergias y potenciales ganancias de cuota de mercado son mucho mayores para la fusión de las empresas de la industria determinada”.*²⁰

En nuestro país, la FNE en su Guía ha definido por concentración horizontal *“aquella en que las empresas involucradas son competidoras actuales o potenciales en un mercado relevante dado”.*

b) Concentraciones Verticales: es la fusión de dos agentes económicos que dentro de un mismo mercado se encuentran en niveles distintos en la escala de producción-comercialización. Los niveles en comento son: producción – distribución y comercialización. Otra definición de este tipo de operación entiende que es *“una fusión entre dos compañías que producen diferentes bienes y servicios para un producto final específico. Una fusión vertical ocurre cuando dos o más compañías, operando en diferentes niveles dentro de una cadena de suministros de una industria, fusionan sus operaciones. Es usual que la lógica detrás de este tipo de fusión sea aumentar las sinergias creadas por las empresas fusionadas que serían más eficientes que operando como una empresa”.*²¹

²⁰ U.S DEPARTMENT OF COMMERCE. MINORITY BUSINESS DEVELOPMENT AGENCY. Types of Company Mergers [en línea] U.S. < <https://www.mbda.gov/news/blog/2012/04/5-types-company-mergers9>> [consulta: 14 de noviembre de 2017]. Traducción libre.

²¹ Ídem.

c) Operaciones Conglomeradas: es la fusión de dos agentes que sus actividades comerciales no guardan relación entre sí y que se unen con el fin de diversificar sus operaciones y fuentes de ingresos para así reducir los riesgos. En otras palabras, podemos entender por este tipo de operación *“la fusión entre dos compañías que están involucradas en actividades comerciales totalmente no relacionadas. Existen dos tipos de operaciones conglomeradas: puras y mixtas. Las operaciones conglomeradas puras involucran compañías que no tienen nada en común mientras que las operaciones conglomeradas mixtas involucran compañías que están buscando la extensión de sus productos o de mercado”*.²²

2.5 Análisis de las operaciones de concentración horizontales

Dado la eventualidad de que una fusión horizontal pueda reducir el grado de competencia en un mercado, la doctrina en conjunto con las autoridades de defensa de la competencia²³ han establecido ciertas directrices que conforman una política de fusiones que permite entregar una aproximación de cuáles serían los efectos post-concentración.

²² Ídem.

²³ Fiscalía Nacional Económica mediante su Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales y su Guía para la Determinación de la Competencia de la Fiscalía respecto de Operaciones de Concentración Sujetas a Control.

En nuestro país, con fecha junio de 2017, la FNE emitió la Guía de Competencia que si bien no es vinculante para el TDLC, consultantes y Corte Suprema²⁴, sí entrega una pauta para los consultantes de como debiese ser en teoría el razonamiento de la FNE ante una *fusión*, que finalmente permite entregar *“certeza jurídica a los que buscan notificar una operación de concentración y acotar los espacios de discrecionalidad que la norma confiere a la autoridad”*²⁵.

Adicionalmente, el DL 211 en sus artículos 47 y siguientes (Título IV De las Operaciones de Concentración), establece un procedimiento - el cual comenzará con una notificación a la FNE por parte de los consultantes - respecto de cualquier operación de concentración que cumpla con los siguientes requisitos de manera copulativa, a saber²⁶:

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

²⁴ La Guía de Competencia en su N°6, letra C del primer capítulo denominado “Consideraciones Previas” sostiene que *“La finalidad de la presente Guía es orientar respecto de los criterios que la Fiscalía utilizará para determinar cuáles son los hechos, actos o convenciones que califiquen como operación de concentración, conforme lo dispuesto en e DL 211 y deben o pueden estar sometidos a control”*.

²⁵ CHILE. Fiscalía Nacional Económica. 2017. “Guía para la Determinación de la Competencia de la Fiscalía respecto de Operaciones de Concentración Sujetas a Control”. Junio de 2017. 4 p.

²⁶ Los requisitos en comento se encuentran en el artículo 48 del DL 211.

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 (el énfasis es añadido).

En este aspecto, la FNE a través de la Resolución Exenta N°667 de fecha 24 de noviembre de 2016 fijó los umbrales de notificación de las letras a) y b) del artículo 48 del DL 211 estableciendo lo siguiente:

a) Que la suma de las ventas en Chile de los agentes económicos que proyecten concentrarse hayan alcanzado durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifique la notificación montos iguales o superiores a **UF 1.800.000** (un millón ochocientas mil unidades de fomento); y

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 a **UF 290.000** (doscientas noventa mil unidades de fomento).

En la perspectiva de esta tesis, tanto la reciente Guía de Competencia como la inclusión del Título IV del DL 211 a través de la Ley 20.945 han sido elementos positivos para la LC chilena. Por una parte, permite que los agentes económicos de una fusión puedan conocer el razonamiento que en teoría debiese ser utilizado por la FNE y por otra, formalmente se establece el procedimiento que señala los antecedentes que deberán ser aportados al momento de consulta de una fusión. Ambos elementos, afianzan un bien jurídico que no solo debe estar presente en la rama del derecho que estudia la LC sino que debe figurar en el tráfico jurídico en general; a saber, **seguridad jurídica**.

Ahora bien, continuando con las directrices que entregan cierta directriz de cómo abordar una fusión, podemos resumir que el proceso para establecer si una operación de concentración horizontal es beneficiosa o perjudicial para la LC, lo podemos dividir en 5 etapas:²⁷

a) Determinar el mercado relevante.

b) Evaluar el grado y el aumento en la concentración en el mercado relevante post-fusión.

²⁷ AGOSTINI, Claudio. Op. Cit.

c) Analizar la probabilidad de entrada de otros actores en el mercado que pueda contrapesar los eventuales efectos anticompetitivos de la fusión.

d) Evaluar las ganancias de eficiencias que se derivan de la fusión y si éstas pueden o no conseguirse por otra vía que no sea la fusión.

e) Establecimiento y aplicación de medidas mitigatorias (post-fusión)²⁸

²⁸ Este trabajo no abordará la 5ª etapa señalada puesto que va dirigida a condicionar una operación de concentración cuando ésta ya fue llevada a cabo.

3. DETERMINACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

3.1 Definición de mercado, poder de mercado y mercado relevante

Toda operación de concentración tiene un efecto en un mercado específico de bienes y/o servicios. La literatura económica nos entrega numerosas definiciones sobre dicho concepto. En términos amplios, podemos entender por mercado como *“un cúmulo de convenciones celebradas en forma interactiva respecto de una clase de bienes determinados en conexión con un ámbito real o virtual dado.”*²⁹. En complemento a lo anterior, también es correcto señalar que un mercado es *“una institución a través de la cual operan las fuerzas determinantes de los precios. En otras palabras, es dentro de los mercados donde operan la oferta y la demanda”*³⁰.

Relacionemos las definiciones anteriores con un ejemplo de dos empresas productoras de bebidas de fantasías que desean fusionarse. En dicho contexto, ¿La FNE debería preponderar y analizar todos los agentes económicos y operaciones relacionadas al mercado de las bebidas de fantasías en Chile para

²⁹ VALDES, P. Domingo. Op. cit., 77 p.

³⁰ LEROY, R. Millar y MEINERS, E. Roger 2001. Microeconomía. 3ª ed. McGraw- Hill. 24 p.

decidir si dicha fusión es atentatoria o no contra la LC? La respuesta a la pregunta anterior es negativa.

El hecho que la respuesta a la pregunta anterior sea negativa no se debe a que las definiciones expuestas sean deficientes o incompletas sino que la concepción que tenemos sobre el término **mercado** resulta demasiado amplia cuando éste se analiza desde la arista de la LC. Por consiguiente, la doctrina ha desarrollado un concepto que permite determinar si una fusión es o no será perjudicial para el libre mercado; estableciendo de dicha manera el concepto de **mercado relevante**.

Por mercado relevante, podemos entender que es la relación entre un *“producto o un grupo de productos y un área geográfica donde son producidos o vendidos por una empresa que maximiza sus ganancias hipotéticamente y que no está sujeta a la regulación de su precio, puesto que en el presente y en el futuro es el único productor o vendedor de dichos productos en un área donde probablemente puede imponer al menos un pequeño y no transitorio aumento de sus precios, asumiendo que las condiciones de venta de todos los otros productos se mantienen constantes”*³¹. En el mismo sentido, la FNE en su Guía dispone que *“conforman un mismo mercado relevante el producto o grupo de*

³¹ FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE 2006. Commentary on the Horizontal Merger Guidelines. Op. cit.

productos que sus consumidores consideren sustitutos suficientemente próximos". En síntesis, el mercado relevante permite establecer un test hipotético de cuál sería el impacto de un monopolista hipotético en un sector económico determinado.

La importancia de definir el mercado relevante asociado a una operación de concentración permite a establecer en qué tipo de comercio y en qué zona del país se podría generar una contingencia en materia de LC. Asimismo, la definición del mercado relevante permite identificar cuáles son los participantes, cuotas y concentración de un mercado determinado.³² La doctrina nacional por su parte, además de las dos funciones ya señaladas agrega una tercera, señalando que el concepto aludido permite "*entregar información a los actores del mercado para que evalúen los efectos de sus conductas futuras en sede de libre competencia*"³³.

En términos económicos, definir el mercado relevante³⁴ en una operación de concentración permite poder identificar el espacio físico donde "*confluyen un*

³² FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE 2010. Commentary on the Horizontal Merger Guidelines. [en línea]. Estados Unidos.
< <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>> [14 de noviembre de 2017].

³³ MONTT, R. PAULO y NEHME, Z. NICOLE. Op. Cit., 10 p.

³⁴ La FNE en su Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración de 2012 considera entre otros, los siguientes factores para determinar el mercado relevante de una operación: a. Diferencias de precio entre el o los productos candidatos a integrar un mercado relevante, y su variación considerando el área geográfica

conjunto de productos que, como sustitutos, se afectan significativamente. Si ante una baja en el precio de un producto no incluido en el ámbito de la definición inicial de mercado, es relativamente fácil para los consumidores cambiarse a él, entonces la definición de mercado debe ampliarse para incluir ese producto”³⁵.

Antes de continuar con el análisis del concepto en cuestión, conviene precisar que para que una operación de concentración sea objeto de análisis por la autoridad, primero se debe establecer si las partes involucradas en la fusión poseen un poder de mercado que pueda incidir en el correcto desarrollo de la LC. Lo anterior, es un requisito de la esencia en esta materia ya que las fusiones que no originen poder de mercado no debiesen ser sujetas de estudio puesto que no son una amenaza para la competencia. En dicho sentido, por **poder de mercado** entenderemos que son los agentes económicos³⁶ que *“sin ser monopolistas puros actúen en un mercado relevante determinado con un poder de influencia significativo sobre el mismo (...). Esta influencia significativa alcanza una o más de las variables relevantes del bien o servicio que define el respectivo mercado*

en que se ofertan y demandan; b. La función o uso de los productos candidatos a integrar un mismo mercado relevante; c. Las características físicas o técnicas del bien o servicio; d. Tiempo y costos de cambio de producto o área; e. Los canales a través de los cuales los productos llegan a sus clientes.

³⁵ TARZIÁN, M. Jorge y PAREDES, M. Ricardo 2006. Organización industrial para la estrategia empresarial. 2ª ed. México, Pearson Educación. 70 p.

³⁶ El inciso final del artículo 47 del DL 211 entiende por agente económico “toda entidad, o parte de ella, cualquiera que sea su forma de organización jurídica o aun cuando carezca de ella, que ofrezca o demande bienes o servicios. Se considerará asimismo como un agente económico el conjunto de activos tangibles o intangibles, o ambos, que permitan ofrecer o demandar bienes o servicios”.

*relevante: precio y cantidad, calidad, condiciones contractuales, promoción y publicidad, etc.*³⁷

Tal como se desprende de la definición anterior, el poder de mercado de un agente económico se puede constatar por diferentes factores (precios, publicidad, calidad de los productos entre otros). Sin embargo, comúnmente la literatura económica tiende a asociarlo mayoritariamente a la variación del precio de los productos. Más aún, se ha señalado que *“la discriminación de precios es correctamente entendida como una evidencia de poder de mercado; ya que así lo ha reconocido la ley de la libre competencia a lo largo del tiempo. En efecto, la discriminación de precios muestra que las empresas que enfrentan una curva de demanda descendiente pueden potencialmente elevar sus precios mediante la disminución de su producción”*³⁸.

Por consiguiente, podemos concluir que la importancia de delimitar el mercado relevante radica en que fija el espectro de bienes y servicios que deben ser analizados en una *fusión* y en qué zona demográfica dicho estudio se debe llevar a cabo. En dicho aspecto, es de vital importancia que la autoridad sea precisa en delimitar el mercado que considerará como “relevante” dado que si se

³⁷ VALDES, P. Domingo. Op.Cit. 54 p.

³⁸ Traducción libre. BAKER, Jonathan B. Competitive price discrimination: the exercise of market without anticompetitive effects (comment on Klein and Wiley). 70 Antitrust Law Journal No. 3 (2003). American Bar Association.

establece que éste es más pequeño de lo que se debiera haber definido de manera correcta, provocaría que la *fusión* aprobada pueda generar abusos a la competencia. Por el contrario, si el mercado relevante establecido es más grande que el que es atingente en una operación, dicha acción generaría que las empresas que desean fusionarse tengan que establecer medidas de mitigación excesivas o en el peor de los casos, que no se pueda llevar a cabo la *fusión*, lo que también constituiría un efecto adverso para la economía puesto que no permitiría aprovechar las sinergias que dicha operación conllevaría. Finalmente, procede dejar en claro que la misión de la LC en este ámbito es “*asegurar una libre y justa disputa de la clientela por los competidores de un mercado relevante determinado*”³⁹

3.2 Características del mercado relevante

Ya establecido de qué entender por mercado relevante, la doctrina ha elaborado dos conceptos que sirven para determinar de mejor forma las distintas aristas que componen el término objeto de estudio. Por una parte, ha definido el “**mercado del producto**” – que tiene como fin establecer cuáles productos y/o servicios y en qué área geográfica éstos compiten entre sí – y el término “**mercado geográfico**” – que tiene como fin determinar cuál será el espacio físico donde dichos productos y/o servicios deben ser analizados. Ambos

³⁹ VALDES, P. Domingo. Op. Cit. 123 p.

conceptos permiten establecer un panorama global de la operación en lo que respecta a su mercado. En otras palabras, *“mientras la definición del mercado del producto se focaliza en las posibilidades de sustitución de otros bienes, por su parte, la definición de mercado geográfico se focaliza en las posibilidades de sustitución de otras ubicaciones de proveedores de dichos productos”*⁴⁰.

3.2.1. Mercado del producto

Por este concepto entenderemos que son aquellos productos los cuáles no tienen sustitutos inmediatos, es decir, frente a un alza de precio el consumidor deberá soportar dicha alza ya que no encuentra un bien que lo sustituya de manera adecuada. En caso que frente al incremento del precio el consumidor considere que existe un bien sustituto que pueda reemplazar la función del bien original, dichos productos “sustitutos” deberán incluirse en el mercado del producto que se está analizando. Los factores o variables que mayoritariamente se utilizan para determinar si un producto tiene la facultad de ser sustituto de otro son los siguientes⁴¹:

⁴⁰ AMERICAN BAR ASSOCIATION. Mergers and Acquisitions. Third Edition. 2008. Section of Antitrust Law. 15 p. Traducción libre.

⁴¹ Los criterios expuestos fueron extraídos del artículo de Felipe Cerda Becker que se incluye en el siguiente libro: MONTT, Rettig Paulo y NEHME, Zlaquett Nicole; Libre Competencia y Retail, un análisis crítico. Santiago, Legal Publishing, 2010. 12 p.

- a. Sustituibilidad funcional – uso diario y características técnicas del producto.
- b. Preferencias del consumidor - motivaciones para preferir dicho producto.
- c. Elasticidad de la demanda cruzada.

Adicionalmente, el mercado de producto además de las variables señaladas, también se puede determinar a través de la realización del test de monopolístico hipotético donde existen una serie de bienes que puedan ser sustituibles o intercambiables con algún producto que sea comercializado por alguna de las empresas que va a fusionarse. En términos prácticos, este test en comento funciona mediante *“un mercado de producto que contenga suficientes bienes sustitutos que pueda ser objeto de análisis post-fusión respecto a un poder de mercado que sea significativamente superior al existente antes de la fusión. Específicamente, el test requiere de que una empresa que maximice sus utilidades y que no esté sujeta a una regulación de sus precios y que tanto en el presente como en el futuro, sea el único vendedor de dichos productos (“monopolista hipotético”) y que al menos impongan un pequeño pero no significativo aumento transitorio en su precio (sigla en inglés “SSNIP”) de al menos uno de sus productos en el mercado de los que son vendidos por una de las empresas fusionadas. Para los efectos del examen de este tema, las condiciones de venta de los productos fuera del mercado en análisis deben ser constantes. El SSNIP es empleado únicamente como una herramienta metodológica para la realización del test del monopolista hipotético, no*

constituyendo un nivel de tolerancia para los aumentos de precios que se originan por una fusión (el paréntesis es propio)⁴².

Finalmente, conviene señalar que en el análisis del mercado de producto relevante, uno de los factores más importantes a considerar es la existencia de “costos de cambio” (switching costs) para los consumidores, ya que desincentivan que los compradores puedan cambiarse a productos sustitutos cuando enfrentan aumentos en el precio.⁴³

3.2.2. Mercado geográfico

Un mercado geográfico relevante consiste en un área geográfica tal que para un monopolista hipotético donde es el único vendedor tanto en el presente como en el futuro de un producto, le es rentable aumentar el precio en una magnitud pequeña pero significativa por un período de tiempo no transitorio, mientras los precios de todos los productos vendidos en otras áreas geográficas permanecen constantes.

En otros términos, para entender el concepto aludido debemos tomar como supuesto que la única reacción de los consumidores de un bien en

⁴² Horizontal Merger Guidelines 2010. Op. Cit, 9 p.

⁴³ AGOSTINI, Claudio. Op Cit.

particular frente a un alza en su precio sería obtener dicho producto en una zona que no esté dentro del área geográfica en análisis. Es por ello, que el monopolista debiese subir el precio en un delta pequeño y por un tiempo no prolongado para así mantener la fidelidad del consumidor. Por consecuencia, *“Si frente a un aumento en el precio los consumidores comenzaran a comprar el producto de vendedores de otras localidades geográficas en tal magnitud que el aumento en el precio no sea rentable para el monopolista, entonces se debe agregar la ubicación geográfica que es el sustituto más cercano.”*⁴⁴

Adicionalmente, existe una serie de factores que inciden al determinar el mercado geográfico relevante tales como: los costos de transporte, el grado de perecibilidad del producto, área geográfica donde se desarrolla publicidad por parte de los participantes en el mercado y la frecuencia en el suministro del producto, entre otros.

Por su parte, la Comunidad Europea entiende que el mercado geográfico *“está constituido por un territorio en el que las empresas afectadas intervienen en la oferta y la demanda de bienes y servicios, en el que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de los territorios vecinos, en particular porque las condiciones de competencia son notablemente diferentes de las de dichos territorios. Esta evaluación debe tener*

⁴⁴ Ídem

en cuenta, en particular, la naturaleza y las características de los productos y servicios de que se trate, la existencia de barreras a la entrada, las preferencias de los consumidores, así como la existencia, entre el territorio considerado y los territorios vecinos, de diferencias considerables en las cuotas de mercado de las empresas o en los precios”⁴⁵

3.2.3 Conclusiones

De acuerdo a los parámetros analizados (mercado del producto y geográfico), podemos sostener que si bien la regla general en una operación de concentración es tomar en consideración los dos puntos ya señalados, existen situaciones en que la operación contempla otros factores que complementan el análisis del mercado del producto y geográfico o incluso más, pueden llegar a ser incluso aún más determinantes. En efecto, *“Existen mercados en los cuales hay niveles significativos de competencia en aspectos distintos del precio, como por ejemplo, la calidad, el servicio, la innovación, la publicidad y la variedad de productos. En estos casos es posible implementar el mismo test del monopolista hipotético, pero utilizando, por ejemplo, disminución en la calidad en vez de aumento en los precios. De igual forma, hay mercados que tienen como característica el que las transacciones son infrecuentes, como en el de bienes*

⁴⁵ REGLAMENTO (CE) N° 139/2004. 2004. Sobre el Control de las Concentraciones entre Empresas. [en línea]. Comunidad Europea. Publicado en el D.O. de la UE de fecha 29.1.2004. <<http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=6388>> [consulta: 17 de noviembre de 2017].

*durables o mercados con contratos de largo plazo. En estos casos es importante definir bien la dimensión temporal del mercado, ya que frente a un aumento en el precio del bien los consumidores pueden responder, por ejemplo, postergando el reemplazo del bien. Adicionalmente, existen mercados con características temporales (restaurantes a la hora de almuerzo y a la hora de comida) o estacionales importantes (frutas en invierno y en verano) que deben ser consideradas*⁴⁶.

Respalda lo expuesto en el párrafo anterior, la propia Comunidad Europea al plantear que existen una serie de puntos adicionales que deben ser considerados, valorando los factores de la operación desde un punto de vista amplio y no tomando exclusivamente el procedimiento establecido para definir el mercado del producto y geográfico involucrado. El detalle de los factores a considerar son los siguientes:⁴⁷

- El pasado reciente: es posible, en algunos casos, obtener elementos de información sobre las variaciones de los precios que se habrían producido recientemente en el mercado en términos, por ejemplo, de sustitución entre dos productos o de reacción por parte de los clientes;

⁴⁶ AGOSTINI, Claudio Op. Cit.

⁴⁷ REGLAMENTO (CE) N° 139/2004. 2004. Op Cit.

- Los resultados de los estudios específicos: es posible comprobar la elasticidad de la demanda de un producto a través de pruebas econométricas y estadísticas. Es también útil considerar el mercado geográfico a través de una serie de factores (como la cultura, la lengua, etc.) con una influencia sobre las preferencias del mercado local;
- Desde el punto de vista de los clientes y competidores: es posible que la autoridad fiscal se ponga en contacto con los principales clientes y los principales competidores de la empresa en cuestión con el fin de tomar conciencia de los datos efectivos y considerar su reacción en caso de variación del precio corriente en el territorio geográfico;
- Las preferencias de los consumidores: la autoridad fiscal puede pedir a las empresas en cuestión los estudios de mercado realizados por éstas antes de lanzar un producto al mercado o fijar el precio. Puede también contrastar las prácticas de compra de los clientes en el mercado de referencia con las de otros clientes en un mercado geográfico distinto con tal de que las condiciones sean las mismas;
- Las barreras (reglamentarias u otras) y los costes asociados a una transferencia de la demanda hacia otros productos u otras zonas;

- Las distintas categorías de clientes y precios discriminatorios: un grupo de clientes determinado puede constituir en sí mismo un mercado distinto y más estrecho cuando puede ser objeto de precios discriminatorios.

4. DETERMINAR EL GRADO DE CONCENTRACIÓN PREVIO A LA FUSIÓN

La autoridad gubernamental en el proceso de análisis de una *fusión*, una vez definido el mercado relevante, procede evaluar cuál será el grado de concentración que éste tendrá una vez llevada a cabo la operación consultada. En efecto, *“La concentración de mercado es usualmente un indicador útil de los efectos competitivos en una fusión. En la evaluación de una concentración de mercado, las agencias consideran tanto el nivel post-fusión de la concentración del mercado y el cambio o delta de la concentración resultante de la fusión. Las cuotas de mercado pueden no reflejar de manera plena la importancia competitiva de las empresas en el mercado o el impacto de la fusión. En consecuencia, esta evidencia se utiliza en conjunto a otros efectos competitivos”*⁴⁸. Pues bien, para poder determinar cuál es la concentración en un mercado determinado, se deben agrupar y relacionar ciertos parámetros o indicadores serán explicados más adelante.

Al respecto, conviene señalar que el análisis de concentración es un estudio que se hace a priori dado que intenta predecir cómo quedará la nueva estructura y condiciones económicas del mercado involucrado. Lo anterior, hace que la LC en operaciones de concentración presente una singularidad respecto a otras

⁴⁸ Horizontal Merger Guidelines 2010. Op. Cit.

ramas del derecho, las cuales centran su análisis *ex- post* a la situación que los convoca (e.g. tribunal civil que determina los perjuicios basado en hechos pasados). Es por todo lo anterior, que tanto la doctrina como jurisprudencia nacional e internacional han establecido una serie de parámetros que permiten llevar el cometido de tratar de determinar cómo se compondrá el mercado *post* fusión.

4.1 Participaciones de mercado

Este concepto tiene especial relevancia puesto que es “*el primer indicador útil de importancia de cada empresa en comparación a las otras*”.⁴⁹ En otras palabras, permite a la autoridad establecer cuáles son los actores que intervienen en un mercado determinado. Asimismo, las participaciones de mercado también permiten establecer para cada actor la cuota del mercado que éste abarcará, tomando como referencia principal el volumen de venta de los productos o servicios ofrecidos. No obstante lo anterior, dado las particularidades de ciertos mercados, el nivel de ventas de las empresas puede que no sea el único factor útil para determinar la participación de un agente, siendo útil otros parámetros

⁴⁹ Traducción libre. Comisión Antitrust de la Comunidad Europea. 2013. “Procedimiento en los acuerdos anticompetitivos” [en línea] <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/procedures_102_en.html> [consulta 17 de noviembre de 2017]

como la información o calidad del producto, número de operadores en la oferta de los mercados entre otros.⁵⁰

En este mismo sentido, la FNE es conteste con el criterio de la Comunidad Europea declarando que *"cuando las ventas monetarias no sean el mejor indicador de la importancia competitiva de cada uno de los actores, la FNE utiliza como complemento, o en lugar de ellas, las ventas físicas, la capacidad instalada, las reservas, entre otros"*⁵¹.

4.2 Consumidores

Si bien esta arista es específica en materia de fusiones, los consumidores por regla general son una preocupación general en materia de LC. La afirmación anterior se deriva del hecho que la competencia se funda en tres factores que a la larga son beneficiosos para el consumidor, a saber, **precio, la selección y el**

⁵⁰ Factores extraídos según lo dispuesto por la Comunidad Europea. Publicaciones y leyes. 2011. Definición de mercado de referencia. [en línea] <http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/126073_es.htm> [consulta: 17 de noviembre de 2017].

⁵¹ Fiscalía Nacional Económica. Guía para el análisis de operaciones de concentración horizontal. Op Cit, 12 p.

servicio. Más aún, *“la competencia beneficia a los consumidores porque mantiene la calidad y opciones de bienes y servicios altos y los precios bajos”*⁵².

En dicho contexto – y como revisaremos más adelante – si bien existen fusiones que son beneficiosas para los consumidores dado que permiten mayores sinergias y eficiencias, también es cierto que existen operaciones de concentración que podrían generar efectos adversos a lo que la competencia promueve, tales como aumento de precios, menos opciones de elección del consumidor y productos de peor calidad.

La importancia de cómo quedará el consumidor post-fusión en relación a su estado anterior es de tal importancia para la LC que incluso la jurisprudencia del ramo hace referencia a ello en la mayoría de sus resoluciones. Prueba de ello, es que la arista del consumidor ha estado casi siempre presente en las decisiones del TDLC.

A modo de ejemplo, podemos mencionar los siguientes razonamientos del TDLC que materializan la preocupación acerca de que el consumidor se vea beneficiado producto de una operación de concentración en las tres aristas que son de su interés; **precio – selección – servicio:**

⁵² COMISION FEDERAL DE COMERCIO. Cómo ganan los consumidores cuando los negocios compiten. [en línea]< <http://www.ftc.gov/es/cumplimiento/como-ganan-los-consumidores-cuando-los-negocios-compiten>> [consulta: 14 de Noviembre de 2017].

a) **Precio:** Consulta de fusión LAN-TAM

(...) *“se analizará la industria aérea y los mercados específicos en que incidiría esta fusión, los riesgos a la libre competencia que se estima generaría la operación, las eficiencias que podrían alcanzarse y su posibilidad de ser traspasadas a los consumidores como menores precios o incrementos en la calidad de productos y servicios”*⁵³.

b) **Selección:** Consulta Iberoamerican Radio Chile S.A. por GLR Chile Ltda.

*“En consecuencia, una forma de proteger a los ciudadanos de la posibilidad de que consuman indiscriminadamente información defectuosa producida por un medio de comunicación, es procurando maximizar la probabilidad de que puedan contrastarla con la que producen otros informantes. De ahí la importancia para el consumidor del pluralismo en materia de información”*⁵⁴.

c) **Servicio:** Consulta de fusión D&S - FALABELLA

⁵³ Parte Considerativa letra A, N°3 de la Resolución N° 37-2011. 2011, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respecto de la consulta de la fusión LAN-TAM, 25 p.

⁵⁴ Considerando 5° de la Resolución N° 20-2007.2007, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respecto de la consulta de la compra de la totalidad de las acciones de Iberoamerican Radio Chile S.A. por GLR Chile Ltda., 13 p.

“Este Tribunal comparte la opinión expresada por Sernac, en el sentido que las estructuras de cobro de las tarjetas de retail son, en general, poco claras, y respecto de las cuales los consumidores, citando lo expresado por Sernac en la audiencia pública de este caso, “requieren conocimientos de matemática avanzada para poder determinar un rango de precio” (fojas 2.012). Por lo tanto, en opinión de este Tribunal, el nivel de competencia en el mercado del crédito no bancario es más bajo del que se podría esperar en el caso que los consumidores contasen con información realmente más clara y transparente”⁵⁵.

4.3 Herfindahl – Hirschman Index (HHI)

Este índice es una medida de uso general ya que mide el grado de concentración en una economía determinada⁵⁶. El HHI, es usado de manera preferente por la mayoría de las agencias de la competencia de diversos países pero NO es un parámetro exclusivo. Como se apreciará en el capítulo siguiente acerca de las eficiencias, en Chile se aceptaron fusiones donde el índice HHI era

⁵⁵ Parte Considerativa N° 108, § 2.2.2.2.2.; 2.2.2. Barreras a la entrada de la Resolución N° 24-2008. 2008, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respecto de la consulta de la fusión D&S-FALABELLA, 138 p.

⁵⁶ “El IHH se calcula sumando los cuadrados de las participaciones de mercado de los diversos actores, en términos porcentuales. Cuando existe un porcentaje del mercado no atribuible a actores determinados, para completar este porcentaje de procedencia no individualizada, la FNE, de acuerdo a un criterio conservador, supone infinitos actores, cada uno con una participación de mercado que tiende a cero. Este supuesto, por definición, no puede sobrestimar los niveles de concentración de un mercado.” - Definición extraída de la Guía para el análisis de operaciones de concentración, nota al pie N°8, Fiscalía Nacional Económica, octubre 2012.

bastante alto en comparación a otras operaciones de concentración⁵⁷ y a los criterios de la FNE.

Endicho contexto, la FNE entrega una directriz de cómo entender y aplicar los resultados de concentración que entregue el HHI:

“La FNE presume que las operaciones de concentración que no sobrepasan un determinado umbral tienen un escaso potencial anticompetitivo. En consecuencia, la FNE descartará un mayor análisis:

- a. Si el IHH posterior a la operación es inferior a 1500;*
- b. Si $1500 < IHH < 2500$ (el valor de este índice refleja un mercado moderadamente concentrado) y $\Delta IHH < 200$; y*
- c. Si $IHH > 2500$ (el valor de este índice refleja un mercado altamente concentrado) y $\Delta IHH < 100$.*

La FNE analizará con detención las operaciones que sobrepasen dichos umbrales.

⁵⁷ Resolución N° 20-2007 del TDLC respecto de la compra de la totalidad de las acciones de Iberoamerican Radio Chile por parte de GLR Chile Ltda.

Aun cuando una operación de concentración no exceda los umbrales establecidos, la FNE podrá analizar la fusión en caso de que concurren determinadas circunstancias especiales tales como:

a. Que una de las Partes involucradas en la operación sea un competidor potencial, o un actor recién ingresado, con una cuota de mercado pequeña que no necesariamente refleje su participación potencial en un futuro razonablemente previsible;

b. Que alguna de las Partes de la concentración sea un innovador importante o un competidor especialmente vigoroso e independiente (una empresa maverick), en un sentido que no se refleje en las cuotas de mercado; o,

c. Que haya indicios actuales de coordinación, o los haya habido en el pasado reciente”⁵⁸.

Como se aprecia, si bien el HHI es un elemento importante en una operación de concentración - éste no es absoluto ni excluyente – ya que pueden existir otros factores que incluso no siendo econométricos, de igual forma puedan ser preponderante para la LC. De todas modos, el HHI es el índice rector en todo análisis de una fusión dado que posee la ventaja de que *“resume en una sola variable las dos dimensiones consideradas relevantes para caracterizar a priori*

⁵⁸ Fiscalía Nacional Económica. Guía para el análisis de operaciones de concentración horizontal. Op. Cit. 13-14 p.

*la competitividad de un mercado: el número de oferentes y la participación de mercado de cada uno de ellos*⁵⁹.

⁵⁹ GOMEZ-Lobo, Andrés y GONZALEZ, Aldo. 2007. “La relación entre los precios de los alimentos y la concentración de los supermercados en Chile: Evidencia de un modelo dinámico de panel y análisis de los impactos de las fusiones propuestas en la industria”. [en línea]
< <http://www.econ.uchile.cl/uploads/publicacion/fbc60a3f-9950-4f7f-a0fa-e0f165225121.pdf> > [consulta: 14 de noviembre de 2017].

5. OTROS FACTORES A CONSIDERAR EN UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN

5.1 Barreras de entrada

Antes de definir el concepto aludido y por un fin pedagógico, conviene conceptualizar como sería un mercado donde no existan barreras de entrada. Dicho análisis, nos permitirá saber cuál es el efecto que éstas producen en cualquier mercado que sea objeto de estudio. En concreto, en un mercado con ausencia de dichas barreras *“la empresa establecida o incumbente no podrá cobrar un precio sobre el nivel competitivo, pues nuevas empresas aprovecharán dicho alto precio para ingresar y capturar la demanda ofreciendo un menor precio que la incumbente. Este resultado, es el predicho por la conocida teoría de los mercados perfectamente desafiables o contestables, que señala que en ausencia de barreras a la entrada, el operador o los operadores ya establecidos no serían capaces de cobrar precios por sobre el nivel competitivo, pues de otra forma, firmas potencialmente entrantes ingresarían cobrando precios más bajos, capturando así completamente el mercado”*⁶⁰

⁶⁰ GONZÁLEZ, Aldo; Mayo 2008. “Barreras de Entrada en el Mercado Aéreo”. Santiago En: Serie de documento de trabajo N°280 – Departamento de Economía, Facultad de Economía y Negocios – Universidad de Chile. 2 p.

Ahora bien, corresponde definir qué debemos entender por el concepto barreras de entrada. En dicho propósito, podemos señalar que *“existe cierto grado de consenso entre los economistas en aceptar la definición de barreras a la entrada realizada por el premio Nobel George Stigler (ver por ejemplo Jacquemin, 1987 y Waterson, 1984), quien las define como los costos adicionales de largo plazo que deben ser incurridos por un entrante respecto a los costos de largo plazo que enfrenta una empresa que ya está en el mercado (incumbente); éstas se basan en asimetrías de costos entre las empresas establecidas y las potenciales entrantes. De esta forma, las fuentes de barreras a la entrada se relacionan principalmente con **barreras legales o regulatorias, costos hundidos, diferenciación de producto y tecnologías en uso**. (el énfasis es añadido)”*⁶¹.

En otras palabras, las barreras de entrada las podemos entender como un factor *“que le permite a las empresas establecidas ganar beneficios extraordinarios sin la amenaza de la entrada de un nuevo actor”*⁶² o como *“un*

⁶¹ AGOSTINI, Claudio A. “La Organización Industrial del Transporte Aéreo”. Santiago, Junio 2008, Revista de Análisis Económico, vol. 23, N° 1, 35-84 p .Universidad Alberto Hurtado.

⁶² TIROLE, Jean. 1988. “The Theory of Industrial Organization”. The MIT Press Cambridge, Massachusetts London, England. 70th edition. Massachusetts Institute of Technology.

*costo de producción que no está a cargo de las empresas que ya están en la industria*⁶³.

No obstante lo anterior, el hecho de que en un mercado existan barreras de entradas no implica que dicha situación en el cien por ciento de los casos constituya un escenario atentatorio contra la LC. Las barreras de entrada, pueden ser calificadas de altas o bajas lo que conlleva a que produzcan consecuencias disimiles para el mercado. En efecto, *“Si las barreras de entrada son bajas, es más probable que las partes de la concentración se vean presionadas por la posible entrada de nuevos competidores. Por el contrario, si las barreras son altas, los aumentos de precios aplicados por las empresas que van a fusionarse no se ven expuestos a una presión significativa por la entrada de nuevos competidores.*”⁶⁴

Ahora bien, tanto la doctrina como las autoridades ligadas a la LC han establecido cuales son las barreras de entrada más comunes o representativas que se derivan en una operación de concentración. En este sentido, este trabajo tiene por propósito mencionar y detallar las que a juicio propio, son las barreras de entrada más relevantes:

⁶³ SCHMALENSSEE, Richard “Sunk Cost and Antitrust Barriers to Entry”, MIT Sloan School of Mgmt, Working paper N° 4457-04, 2004 (cita de George J. Stigles, “Barriers to Entry, Economies of Scale and Firm Size in The Organization of Industry” (1968)).

⁶⁴ Comunidad Europea. Publicaciones y leyes. 2011. Definición de mercado de referencia. Op. Cit.

a) Barreras legales

Este tipo de barrera consiste en que por medio de una disposición y/o mecanismo legal, el nuevo que actor que desee entrar al mercado en análisis no lo pueda hacer de manera inmediata. Ejemplo de lo anterior es el mercado de expendio bebidas alcohólicas, donde además de tener que contar con todos los insumos que la actividad sugiere, se debe obtener una “patente de alcoholes” otorgada por la Municipalidad respectiva. Las barreras de entradas legales también pueden existir cuando a los nuevos entrantes se les deniega el acceso a determinado mercado. Ejemplo de lo anterior ocurre en las fusiones de radio, cuando la autoridad gubernamental alega de manera frecuente que la falta de disponibilidad en el espectro del dial produce que la entrada de una radio local relevante resulte improbable⁶⁵. Misma situación del ejemplo anterior ocurre en la industria de las telecomunicaciones.⁶⁶

b) Costos Hundidos

Se definen como aquellos costos en que debe incurrir una empresa para entrar a un mercado, los cuales son de tal magnitud que ésta debe asumir que

⁶⁵ Ejemplo de lo anterior se puede encontrar en la jurisprudencia de US. Revisar United State v. Am. Radio Sys. Corp., 62 Fed. Reg. 15.920, 15.927 (DOJ Apr. 3, 1997).

⁶⁶ Ejemplo de lo anterior se puede encontrar en la jurisprudencia de US. Revisar United State v. Cingular Wireless Corp., 69 Fed. Reg. 65.633, 65.636 (DOJ Nov. 15, 2004).

no los recuperará al momento de salir de dicho mercado. Los costos más frecuentes⁶⁷ son los siguientes: puesta en marcha, acopio de información del mercado, desarrollo y prueba de diseños del producto, instalación de equipos, contratación de personal y establecimiento de sistemas de distribución; inversión en activos específicos; inversión en publicidad y marketing, creación de marcas, servicios postventa, etc.; investigación y desarrollo; e innovación y tecnología.

c) Diferenciación de productos

La diferenciación de productos la establece el propio consumidor por las características que valore día a día respecto de un producto. Es por ello que en este tipo de barrera de entrada la subjetividad del consumidor juega un rol preponderante. Ello explica que frente a productos que son inelásticos y que no existe una gran diferencia entre éstos, de igual modo preferamos uno a otro.

Dentro de este tipo de barrera de entrada podemos hacer una subclasificación de diferenciaciones horizontales y diferenciaciones verticales. Por una parte, las diferenciaciones horizontales apuntan a productos que se encuentran en una determinada zona (pudiendo ser ésta geográfica o debido a una serie de atributos particulares). Este tipo de diferenciación conlleva a que el

⁶⁷ De acuerdo a la instrucciones de la Guía Interna para el análisis de Operaciones de Concentración de la FNE.

consumidor optará por la gama de productos que se encuentren más cercanos en post de los que estén más lejos. Por otra parte, las diferenciaciones verticales apuntan principalmente a la calidad del producto, es decir, los consumidores tienen distintas percepciones sobre el mismo bien, factor que puede ser determinado por la “calidad” (entre otros) de un producto, sabor en el caso de los comestibles o confiabilidad en el caso de algún artefacto eléctrico. Este tipo de diferenciación se da el caso en que la oferta pueda comercializar dos variedades diferentes al mismo precio, donde ciertos consumidores elegirán el producto X y otros el producto Y. Por consiguiente, la diferenciación de productos se constituye como una barrera de entrada debido a que *“el productor de un producto diferenciado a menudo tiene el monopolio local y puede ser capaz de cobrar un precio más alto de lo que de otro modo podría”*⁶⁸. Finalmente, la propia FNE en Guía considera a la diferenciación de productos como un factor a considerar dentro de los efectos unilaterales que pueda producir un competidor que ostente una posición monopólica o cuasi monopólica y que adquiere nuevos o potenciales competidores⁶⁹.

⁶⁸ Discurso de BACKER B. Jonathan, Ex Director de la Federal Trade Commission ante “The Antitrust and Trade Regulation Committee, the Association of the Bar of the City of New York”, 6 de febrero de 1996 y que fue publicado en el Antitrust Bulletin, vol. 42, Spring 1997, 177-196 p. <<http://www.ftc.gov/public-statements/1996/02/product-differentiation-through-space-and-time-some-antitrust-policy>> [consulta: 14 de noviembre de 2017].

⁶⁹ CHILE. Fiscalía Nacional Económica. Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales. Op Cit. 20 p.

d) Tecnologías en uso

Las tecnologías que las empresas utilizan para determinados mercados (especialmente los vinculados a negocios de IP), pueden resultar determinantes para impedir la entrada de un nuevo actor a dicho mercado, independiente de que la capacidad económica de la empresa que desea entrar al mercado le permita soportar ciertos costos hundidos inherentes a su arribo. Lo anterior, se debe a que no cuentan con el soporte tecnológico necesario ni tampoco con el *know how* necesario para poder conseguirlo.

El uso de la tecnología hoy en día es un factor protagónico que puede determinar el éxito o fracaso de una empresa que se asoma en un mercado ya establecido. En dicho aspecto, las cortes estadounidenses han reconocido entre muchas barreras de entrada *“la necesidad de un conocimiento especializado, tecnología u otros recursos que pueden inhibir la entrada. Sin embargo, la alta complejidad tecnológica puede no suponer una barrera de entrada donde la experiencia tecnológica puede ser obtenida con relativa facilidad”*⁷⁰.

⁷⁰ American Bar Association. “Antitrust Law Developments”. 6^o edition. Aba Publishing. Chicago, Illinois, United States. 351 p.

5.2 Conclusiones

Se utiliza el término “barrera de entrada” para referirse a cualquier costo adicional que el sujeto entrante debe efectuar y que ya ha sido pagado por el sujeto incumbente o que en el mejor de los casos no fue pagado por éste en la época de su entrada. Cualquier barrera de entrada puede ser definida en función de sus efectos, esto es, poder limitar el número de empresas en la industria, aumentar los márgenes costo-precio, entre otros. Por lo tanto, si bien es cierto que dentro de las barreras de entrada son los “costos hundidos” los más usuales y reconocidos por la literatura de la LC - puesto que éstos conducen a una industria equilibrada con relativamente pocas empresas - no debemos olvidar que existen otros tipos de barreras que pueden tener un mayor o menor relevancia dependiendo del mercado que sea objeto de estudio.

6. ANÁLISIS DE LAS EFICIENCIAS QUE SE DERIVAN DE LA FUSIÓN

6.1 Definición

Corresponde precisar qué debe entenderse por el término “eficiencia” a fin de lograr una adecuada comprensión de esta sección. En términos amplios, podríamos definir eficiencias como la **maximización de los beneficios sociales**. Si bien es una definición correcta, resulta ser demasiado general para el desarrollo del tema en cuestión.

Por consiguiente, es necesario acudir a otras definiciones que en su conjunto logran concretizarnos de mejor manera qué debemos entender por dicho concepto en el ámbito de una *fusión*. En primer lugar, podemos entender por eficiencia, *“la utilización de los recursos económicos que reporta el máximo nivel de satisfacción posible con los factores y la tecnología dados”*⁷¹.

Conviene hacer el alcance que existen dos nociones de eficiencia; una que se ocupa de las mayores virtudes o ventajas alcanzadas por una empresa a nivel interno y otra que se enfoca a la asignación óptima de recursos productivos a un

⁷¹ VALDES, P. Domingo. Op. Cit. 151p.

determinado agente, bajo la condición de respetar el Óptimo de Pareto⁷², considerando a la sociedad como la receptora de los beneficios post-fusión. Al respecto, la función del TDLC no es aprobar o rechazar fusiones basado en los beneficios internos que pueda lograr una empresa sino que es reguardar que dicho acto no atente o sea un riesgo real para la LC. Es por ello que el término de eficiencia se irá enfocado a la segunda acepción referida⁷³.

En el contexto de la LC, existe otra definición de eficiencia que la define como *“la relación existente entre los beneficios agregados de una situación dada y los costos agregados de esa misma situación”*⁷⁴.

Si conjugamos la definición del párrafo precedente con el primer acercamiento que hicimos respecto a qué debemos entender por eficiencia (“maximización de los beneficios sociales”), podemos desprender que estamos en presencia de dos ramas importantísimas para nuestra sociedad- la **economía** y el **derecho** - que a contrario de lo que se podría plantear tienen como última

⁷² Entenderemos por dicho término, la “asignación de recursos tal que, cuando se compara con cualquiera otra, las partes involucradas están, por lo menos, en iguales condiciones de lo que estaban antes y, por lo menos una de ellas está mejor de lo que inicialmente estaba”. (Por concepto de partes, incluiremos a los intervinientes de la operación, y el mercado en general). MICROECONOMIA, LEROY, Millar R. y MEINERS, Roger E. 3º Edición, McGraw- Hill, 2001. 604 p.

⁷³ Estas dos nociones de eficiencias fueron recogidas en base a la posición del Profesor Domingo Valdés Prieto en su libro Libre Competencia y Monopolio.

⁷⁴ BULLARD, Cuando es bueno incumplir un contrato. 1996. Este artículo apareció originalmente publicado en Ratio Iuris. Revista de los Estudiantes y Bachilleres de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Año 1, N° 1. En: IRARRAZABAL, PH, F. Análisis Económico del Derecho, Tomo III, Santiago, Universidad de Chile- Facultad de Derecho, 2006. pp. 167-206.

instancia un objetivo común, esto es, entender el comportamiento del “ser humano” con el fin de poder entregarle soluciones y que cada rama lo denomina de una manera distinta; **mercado** y **sociedad** respectivamente.

Por lo tanto, si el objetivo de las eficiencias es lograr que una operación de concentración maximice los beneficios sociales de una manera económicamente viable, sería correcto afirmar que una eficiencia “*asigna u ordena el empleo de los recursos productivos disponibles en una nación, con el objeto de satisfacer las necesidades de sus habitantes con el menor costo posible*”⁷⁵ (el énfasis es añadido).

En opinión de este trabajo, la definición anterior logra de buena manera enmarcar el concepto de eficiencia para los propósitos de esta tesis, en especial la frase subrayada que a simple vista se aprecia como una típica frase de económica pero que sin embargo, tiene un importante contenido legal y más aún, de justicia.

Con el objeto de respaldar la afirmación anterior, si uno de los objetivos de las eficiencias es satisfacer las necesidades de los habitantes de una nación al menor costo posible, ¿no resulta justo aprobar una operación de concentración, que producto de las eficiencias que de ésta se deriven tendrá como efecto que el

⁷⁵ VALDES, P. Domingo. Op. Cit., 153 p.

costo social de un determinado bien o servicio disminuya?, o dicho de otra manera ¿no podríamos considerar injusto el rechazo de la asignación de un recurso a un agente económico que los valoriza de mayor y mejor manera que otro?⁷⁶.

Siempre y cuando en un determinado mercado la única forma de lograr satisfacer las necesidades de sus habitantes con el menor costo posible sea la aprobación de una *fusión*; y que luego de ésta el mercado siga manteniendo su condición de competitividad, diremos que las eficiencias derivadas de la operación cumplen con la condición de ser pro-sociedad o pro-mercado, indistintamente.

En consecuencia, las eficiencias derivadas de una operación de concentración traerán siempre consigo beneficios tanto para el consumidor y para el productor, situación que muchas veces desde un ámbito puramente legal podrían verse como sujetos contrapuestos, hecho que no es asidero ya que ambos son agentes económicos que componen lo que denominamos mercado.

⁷⁶ Estas afirmaciones están basadas en el concepto de “justicia” según la visión de Guido Calabresi.

Con el fin de acreditar lo anterior, adhiero a la postura que plantea lo siguiente:

*“La mayor disposición de bienes ha sido entendida como **eficiencia social** o maximización de la suma de excedentes de consumidores y productores (incluido el gobierno). En tal sentido, no debe verse aquí una contradicción entre privilegiar la suma de excedentes, y en particular la inclusión del excedente del productor, con el hecho de que la legislación antimonopolios sea “pro consumidor” (el énfasis es añadido)”.⁷⁷*

Finalmente, y en base a las definiciones y comentarios anteriores, es posible elaborar una propia definición de lo que pudiera entenderse por eficiencia para efectos de esta tesis, señalando que son **las ventajas que justifican una operación de concentración, que luego de un análisis costo/beneficio (eficiencias v/s riesgos para la competencia), se determina que serán o no beneficiosas para el mercado.**

El desarrollo de este trabajo se enfocará en 6 decisiones de relevancia dictadas por el TDLC en materia de fusiones. En concreto, nos referiremos a las resoluciones:

⁷⁷ TARZIÁN, M. Jorge y PAREDES, M. Ricardo. Op. Cit., 334 p.

- N° 01-2004; que aceptó la fusión de Metrópolis Intercom S.A. con VTR S.A. (en adelante “VTR-METROPOLIS”).
- N° 02-2005; que aceptó la fusión de Telefónica Móviles S.A., de España, BellSouth Comunicaciones S.A. y BellSouth Inversiones S.A., (en adelante “TELEFONICA-BELLSOUTH” respectivamente)
- N° 20-2007; que aceptó la compra de la totalidad de las acciones de Iberoamerican Radio Chile S.A. por parte de GLR Chile Ltda. (en adelante “GLR-IBEROAMERICAN”)
- N°23-2008; que aceptó la fusión de las AFP ING Santa María S.A. y Bansander AFP S.A. (en adelante “ING-BANSANDER” respectivamente)
- N°24-2008; que rechazó la fusión entre S.A.C.I. Falabella y Distribución y Servicio D&S S.A. (en adelante “D&S- FALABELLA”).
- N°37-2011; que aceptó aprobar la operación de fusión anunciada entre LAN Airlines S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A. (en adelante, “LAN-TAM”)

6.2 Características

Tal como se expondrá en el desarrollo de este trabajo, las principales eficiencias utilizadas por las empresas referidas son las relacionadas a los ahorros de planta y multiplantas, señaladas en la Guía de la FNE, a saber: **economías de escala, economías de ámbito, economías de densidad y ahorros provenientes de la operación.**

En términos generales, el TDLC establece una serie de **requisitos copulativos mínimos** en las eficiencias que sostengan los consultantes para ser consideradas en una operación de concentración. Es por ello, que todas las eficiencias que a continuación se pasarán a discutir deben cumplir una especie de “requisitos genéricos”, además de los requisitos propios de cada tipo.

A continuación, pasamos a desglosar los requisitos genéricos ya mencionados:⁷⁸

- (i) haber sido debidamente demostradas por los interesados en la materialización de la operación.
- (ii) ser eficiencias inherentes a la operación de concentración consultada.

⁷⁸ Requisitos señalados en el Considerando N° 239, Resolución N°24-2008 del TDLC, fusión D&S-FALABELLA

(iii) no provenir de reducciones anticompetitivas en la cantidad o calidad de los productos o servicios ofrecidos, que resulten del mayor poder de mercado alcanzado.

6.3 Economías de Escala

Hablaremos que existe una economía de escala cuando la producción de una empresa aumenta proporcionalmente más que en relación al cambio de los insumos, lo que puede resultar tanto del rendimiento creciente a escala, como de cambios ajenos a la empresa, tales como una disminución del precio de los insumos.⁷⁹

En términos simples, una economía de escala se produce cuando se disminuyen los costos unitarios medios de un bien o servicio – post *fusión* – debido al aumento de la producción de la entidad ya fusionada.

En base a lo expuesto, resultaría correcto concluir que el TDLC debería aceptar toda fusión que incluya economías de escala, ya que la disminución del costo unitario de un determinado bien o servicio debiese reflejarse en consecuencia, en la disminución del precio final establecido al consumidor.

⁷⁹ LEROY, R. Millar y MEINERS, E. Roger. Op. Cit. 329 p.

Frente a la afirmación del párrafo anterior, hay que tener presente que existen ciertas variables que permiten concluir si las economías de escalas serán o no beneficiosas para un mercado determinado.

A fin de establecer si una economía de escala es beneficiosa para la competencia, ésta debe cumplir con la condición de que en el evento de que un competidor decida entrar a dicho mercado con el fin de tener éxito y ser competitivo, dicha decisión sea económicamente viable.

Muchas veces, debido a las grandes economías y eficiencias de los agentes preponderantes de en un mercado, o también llamados “sujetos incumbentes”, la única manera para que un nuevo actor ingrese a competir de forma eficaz, es que al momento de su entrada tenga un tamaño eficiente de escala⁸⁰. En consecuencia, *“para un nivel fijo de irrecuperabilidad de las inversiones, a mayores economías de escala, más riesgoso es el proyecto de ingreso al mercado, y por lo tanto mayores son las barreras a la entrada del negocio”*⁸¹ lo que hace que el mercado se vuelva poco desafiante para la entrada de un nuevo agente económico.

⁸⁰ Entenderemos por este término el “tamaño crítico bajo el cual la entrada o supervivencia en la industria es imposible”. TARZIJÁN, M. Jorge y PAREDES, M. Ricardo. Organización industrial para la estrategia empresarial. 2ª ed. México, Pearson Educación, 2006. 77 p.

⁸¹ GOMEZ-LOBO, E. Andrés y GONZALEZ, Aldo, Comentarios al trabajo: “Economías de Escala, Concentración y Precios en la Industria de Supermercados”. Op Cit.

Este punto resulta totalmente lógico ya que por muy eficiente que sea una economía de escala ésta no puede impedir la entrada a nuevos actores al mismo mercado. Recordemos que la función del TDLC no considera para aprobar una fusión la eficiencia interna de una empresa sino que evalúa que dicha operación no atente contra la LC y que del resultado de ésta se obtengan para la sociedad en general.

En conclusión, si el hecho de que un tercero decida entrar a un determinado mercado implica en que incurrirá en una serie de costos hundidos⁸² que incluso podrían ser irrecuperables, la eficiencia de las economías de escala no tendrá ningún valor para el TDLC en caso de que no existan otros competidores en el mercado de igual tamaño que la empresa resultante de la fusión.

Respecto al último comentario, conviene señalar que pese a que en ciertos mercados existen grandes barreras de entrada; una operación de concentración puede resultar beneficiosa para la comunidad. Tal es el caso de la fusión ING-BANSANDER en la cuál se acreditó que en el mercado de las AFP existen grandes barreras de entrada para poder ingresar. Sin embargo, también se consideró que existían otras compañías que eran de igual o mayor tamaño que

⁸² Para estos efectos, entenderemos costos hundidos conforme al concepto que otorga la FNE en su Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales, a saber, “aquellos que la empresa no puede recuperar al salir del mercado en un tiempo razonable”.

la empresa resultante de la fusión. Es por ello, que citando un informe económico utilizado en dicha consulta nos resulta correcto concluir que *“la competencia está dada por el número de empresas eficientes, es decir con costos bajos. Naturalmente, aquellas que tienen un costo alto, deben colocar un precio alto y por lo mismo no aportan nada a la competencia. En este sentido, dadas las economías de escala, la fusión aumenta el número de AFP con costo bajo y con ello contribuye a la competencia”*⁸³.

Por lo visto, tal como lo corroboró el TDLC al aprobar dicha consulta, el hecho de rechazar la operación consultada sabiendo la existencia de otras empresas de gran envergadura en el mercado de las AFP, podría haber producido que el mercado se tornara menos competitivo, ya que se excluiría la posibilidad de que un nuevo integrante con la categoría de incumbente ingresará a dicho mercado para competir con los actores que ya estaban dentro, y en consecuencia, lograr una disminución del precio final para el consumidor.

6.4 Economías de Ámbito

Por economías de ámbito entenderemos que son *“los ahorros en los costes que una empresa obtiene al producir múltiples productos utilizando las*

⁸³ BITRAN & ASOCIADOS. Adquisición de AFP Bansander por parte del grupo financiero holandés ING. Análisis Desde la Perspectiva de la Libre Competencia. [en línea] <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Bitran_NC%20205-07.pdf> [consulta: 11 diciembre 2008]

mismas instalaciones o estructuras. También se llaman “economías de producción conjunta”⁸⁴.

En virtud de la definición anterior, es correcto afirmar que *“Una economía de ámbito se materializa cuando el costo de acometer dos actividades conjuntamente es más bajo que la suma de los costos de acometerlas por separado”⁸⁵.*

Este tipo de eficiencia y pese a que en la mayoría de las resoluciones del TDLC es tratada en forma conjunta con las economías de escala, conviene dejar en claro que son dos conceptos diferentes, ya que la primera, involucra un aumento en la producción, siendo que la segunda, *“existe cuando es más barato producir dos o más bienes en forma conjunta en vez de separadamente, porque se usan insumos comunes”⁸⁶.*

⁸⁴ SLOAN SCHOOL OF MANAGEMENT MASSACHUSETTS INSTITUTE OF TECHNOLOGY, clase de repaso N° 3, “Repaso de los Conceptos de Producción y Coste. [en línea] <http://mit.ocw.universia.net/15.010/NR/rdonlyres/Global/Sloan-School-of-Management/15-010Fall-2004/D5FF28F7-26B1-412B-8114-1D507744F740/0/pro_and_cost_con.pdf> [consulta: 17 de noviembre de 2017].

⁸⁵ GALETOVIC, Alexander y SANHUEZA, Ricardo. Un análisis económico de la fusión entre D&S y Falabella. [en línea] <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Informe_economico_Galetovic_Sanhueza_NC_199_07.pdf> [consulta: 11 diciembre 2008]

⁸⁶ AGOSTINI, Claudio, “Hacia una política de evaluación de fusiones horizontales”. Op Cit.

Ejemplos de economías de ámbito son: *“la negociación de fletes marítimos, los seguros adquiridos, los gastos publicitarios, los gastos corporativos y el costo de la locación de los distintos formatos”*⁸⁷, entre otros. Por tanto, siempre resultará más *“eficiente concentrar las inversiones y la coordinación en un dueño del área comercial, el que provee los espacios comunes, aprovecha las economías de ámbito (v.gr. el estacionamiento), provee los servicios y coordina la gestión y expansión. Claramente, un mall tiene mucho más medios que una municipalidad para coordinar y aprovechar apropiadamente las economías de ámbito”*⁸⁸.

Al igual que en las economías de escala, resulta beneficioso la existencia de este tipo de eficiencia ya que en términos hipotéticos todo tipo de ahorro debiera generar en última instancia una ganancia social. Sin embargo, este criterio económico no es absoluto en materia de LC ya que una economía de este tipo podría generar efectos contrarios al libre mercado, debido principalmente al factor de las barreras de entrada.

Asumiendo que antes de una fusión los costos de empresas de similar tamaño son semejantes produce que la competencia entre ellos por captar a un

⁸⁷P. Rojas + Asociados. Informe Económico Fusión Falabella – D&S. [en línea] <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Informe_economico_Patricio_Rojas_NC_199_07.pdf> [consulta: 11 diciembre 2008].

⁸⁸ Ídem.

mayor número de clientes se traduzca en la disminución de los precios ofrecidos al mercado. Sin embargo, aplicando economías de ámbito, los costos de una empresa fusionada disminuyen considerablemente en relación a las empresas que siguen compitiendo de forma independiente. Hasta ahora, el análisis no resulta perjudicial para la LC ya que la doctrina y la experiencia económica es armónica en señalar que en los mercados pequeños - como es el caso de Chile - la tendencia es a concentrarse con el fin de hacerlo más competitivo.

El problema puede surgir cuando una economía de ámbito se da un mercado integrado, como por ejemplo, el caso de la industria del retail en Chile, donde para que un nuevo actor que pretenda ingresar a dicho mercado, éste se debe enfrentar a un mercado relevante que está compuesto por una amplia gama de productos y servicios, por lo que su entrada implica costos adicionales a los que los agentes que permanecen en éste incurrieron en su debida oportunidad, pero en una menor medida.

Con el fin de explicar la postura señalada, nos enfocaremos en la resolución N° 24-2008 que rechazó la fusión de D&S-FALABELLA, en donde se trató con bastante detalle este tipo de eficiencias.

Los consultantes de la fusión en comento, tanto en sus argumentos de derecho como en los informes económicos presentados, trataron de demostrar

que llevar a cabo la operación en consulta permitiría ofrecer al mercado bienes y servicios que son de giro complementario. Es así como lo estableció la parte expositiva de la resolución en su página 43, al referirse a lo esbozado por los consultantes, que en términos generales sostuvieron que aprobar la fusión permitiría *“el más eficaz uso de las economías de ámbito y escala envueltas en una integración de los negocios de D&S y Falabella, y permite potenciar la oferta de servicios en favor de usuarios que, dada la complementariedad de sus necesidades, demandan con gran frecuencia bienes de consumo, pero al mismo tiempo están dispuestos y tienen la necesidad de adquirir bienes de mayor valor u otros bienes o servicios complementarios”*

El TDLC por su parte consideró que el estudio de la *fusión* no debía centrarse de forma separada respecto de los mercados que están presentes en dicha operación, sino que el análisis debía ser bajo la óptica del concepto de *“retail integrado”*, concepto que agrupa todos los bienes y servicios que los consultantes pretendían comercializar⁸⁹. Es ahí, donde una economía de ámbito puede generar una alerta o amenaza para la LC, ya que al igual que en las economías de escala, para la entrada de un nuevo actor a un cierto mercado será un requisito indispensable lograr un tamaño mínimo eficiente.

⁸⁹ Afirmación en relación al considerando 35 de la fusión en comentario que señaló que el “Tribunal estima inadecuado, por fragmentario e insuficiente (iii) estudiar separadamente cada uno de los productos que se venden en las tiendas de las empresas que pretenden fusionarse”. Es importante recordar que las áreas de negocio que involucraba la fusión eran: supermercados, tiendas por departamento, inmobiliario, mejoramiento del hogar y financiamiento.

Así lo confirma la propia resolución referida en su considerando 33 que dispuso que *“para poder crecer y consolidarse actualmente en esta área de negocios, se requiere alcanzar escalas mínimas eficientes de operación que permitan obtener importantes economías de escala y de ámbito, las que son difícilmente replicables por actores de menor tamaño”*.

En opinión de este trabajo, el análisis de las economías de ámbito y de escala se debe enfocar en cómo éstas afectarán a cada competidor de manera separada; puesto que si no, caeríamos en el error de comparar al competidor del mercado X con un consultante que tiene la categoría de “retail integrado” y no como otro competidor que se desarrolla en el mercado X. Lo anterior, permitiría ampliar el margen del mercado relevante y de sustitución de la oferta en el análisis de una fusión, factores que mientras más grandes sean, más disminuyen las probabilidades de que una operación de concentración sea considerada atentatoria contra la LC.

6.5 Economías de Densidad

La FNE, en su Guía define este tipo de eficiencia como los ahorros que surgen de un uso más intensivo de una red de infraestructura.

El TDLC se ha referido acerca de qué debemos entender por este concepto. En efecto, la sentencia N° 34-2005 señala *“Que es común que en aquellos servicios que se prestan en los domicilios de los clientes sea sustancialmente más económico que una sola empresa atienda a todos los usuarios ubicados en una misma zona geográfica. Esta situación, que en la literatura económica se conoce como economía de densidad, da origen a monopolios de ámbito local”*. Como se aprecia de la definición anterior, este tipo de economías se aplica más bien al ámbito de los servicios y siempre que estos se concentren por un solo operador en una zona geográfica determinada.

El factor para considerar como positivo la existencia de economías de densidad en una operación de concentración es como **traducimos estas eficiencias en un beneficio para el mercado**. Lo expuesto no pretende afirmar que las otras eficiencias referidas con anterioridad no necesiten de la misma condición sino que el TDLC pone un énfasis especial en como la eficiencia interna de la empresa fusionada (derivada de una economía de densidad) se traduce en una asignación óptima de recursos productivos y en definitiva en bienestar social.

Un buen ejemplo para demostrar lo anterior resulta de analizar los fundamentos de los consultantes de la *fusión* VTR-METROPOLIS y el posterior análisis del TDLC al respecto.

En primer término, los consultantes de la *fusión* referida sostuvieron que entre la serie de los beneficios que podían derivarse de la operación consultada se incluían “*las economías de densidad, éstas se verán acrecentadas con la eliminación o disminución de los costos de planta que se generan al atender a todos los clientes sobre una sola red (apoyos, energías, mantención y auditoría de dos redes)*” (el ennegrecido es propio)⁹⁰.

El punto a destacar del obrar de los consultantes es que fueron capaces de demostrar cómo las eficiencias provenientes de una economía de densidad se traducirían en beneficios para el mercado mediante un plan de inversiones que describía las sinergias que la fusión generaría permitiendo expandir sus servicios a áreas geográficas donde dicho servicio hasta entonces no se prestaba o mejorar la calidad de las zonas que ya se preveían de los servicios de comunicación aludidos.

En relación al párrafo anterior, nuestra intención no es señalar que en toda consulta se deba tener un plan de inversiones sino que siempre que los consultantes sean capaces de elaborar un informe, que permita acreditar de manera fehaciente que las eficiencias logradas fortalecerán el mercado que se

⁹⁰ Resolución N° 1-2004 del TDLC, fusión VTR-METROPOLIS p.27.

esté analizando, deberán realizar dicha acción a fin de que el TDLC lo tome en cuenta a la hora de dictar su decisión⁹¹.

6.6 Ahorros provenientes de la Operación

Toda operación de concentración menciona entre sus múltiples objetivos el ahorro de costos provenientes de las sinergias que la operación produce. Estas sinergias, se ven reflejadas en la disminución de diferentes costos tales como los que menciona la FNE en su ya comentada Guía (eliminación de duplicaciones, reducción de tiempos, ahorro en publicidad, menores gastos de capital entre otros).

Este tipo de eficiencia, al igual que las economías de densidad, no revisten una mayor dificultad en ser demostradas debido a que apuntan a la reducción de costos que se produce al eliminar los **factores de producción** sobrantes que producto de la fusión ya no serán necesarios, a saber, trabajo (L) y capital (K).

No obstante lo anterior, este trabajo es de la opinión que el tema de los ahorros provenientes de una operación no son tratados por los consultantes de la forma descrita en el párrafo anterior, dado que un ahorro en el factor productivo

⁹¹ De esa forma, el TDLC aprobó la fusión referida señalando en las conclusiones de su decisión que “En virtud de las consideraciones anteriores, este Tribunal estima que la fusión de las empresas consultantes puede ser positiva para el mercado nacional de las telecomunicaciones pues ella reducirá los costos de inversión para proveer los tres servicios en conjunto y, así, permitirá cumplir con una expansión que llevará telefonía y conexión de banda ancha a un número importante de hogares en Chile, que hoy sólo cuentan con un proveedor de infraestructura de redes para satisfacer tales demandas”.

del trabajo se traduce en la práctica en la disminución de empleos que pese a ser un tema que en estricto rigor no debería afectar la decisión del TDLC, argumentar de esa forma podría considerarse “políticamente incorrecto” dado el impacto social que dicha situación generaría en algunos casos.

En relación a lo ya señalado, creo pertinente citar la postura sostenida por el Instituto Libertad y Desarrollo que dispone que *“si la fusión entre dos empresas tiene como objetivo obtener el tamaño mínimo eficiente de escala, entonces, potencia la eficiencia en los mercados y los consumidores se ven beneficiados con menores precios gracias al ahorro de costos de producción”*⁹² (el subrayado es propio).

Por otra parte, al igual que en las economías de densidad, el tema a analizar es cómo traducimos estos ahorros en beneficios para el mercado, o dicho de otra forma, de qué manera nos aseguramos que los beneficios obtenidos no se transformen en un elemento que pudiera atentar contra los principios de la LC, producto de la posición dominante que las partes involucradas adquieran post-fusión.

Al respecto, creo que existen dos factores que permiten sostener que los beneficios derivados de los ahorros provenientes de una operación de

⁹² LIBERTAD Y DESARROLLO. Las virtudes de la competencia y la concentración de los mercados. [en línea] < http://www.lcuc.cl/documentos_down/temas_publicos/TemasPublicos1.pdf > [consulta: 14 de noviembre de 2017].

concentración no serán en consecuencia una amenaza para la LC. En concreto, me refiero a la **estructura del mercado** y el **factor tecnológico**.

6.7 Estructura de Mercado

Tal como fue mencionado con anterioridad, demostrar el ahorro de costos provenientes de una operación de concentración no debiese resultar complicado. A modo de ejemplo, sólo basta con cuantificar el ahorro de todos los costos duplicados que post-fusión dejarán de serlo. Asumiendo la premisa que toda *fusión* luego de su aprobación tendrá como efecto un aumento en el poder de mercado en la empresa resultante, es necesario conocer las barreras de entradas de dicho mercado que nos permitan prever si existe algún riesgo o incentivo de ejercer algún abuso por parte de la nueva empresa producto de la posición dominante lograda.

Es aquí donde la estructura de mercado juega un rol fundamental ya que debido a ciertas características de un mercado determinado, hacen que éste aún con la aprobación de una fusión siga siendo desafiante por lo que la existencia de una empresa incumbente no debería afectar los principios de la LC.

Tal es el caso de la fusión VTR-METROPOLIS, donde de manera expresa el TDLC reconoció un importante ahorro para los consultantes provenientes de la operación en consulta.⁹³

Lo importante a destacar es que pese al enorme nivel concentración de mercado que la empresa resultante obtuvo, el TDLC estimó que la estructura de dicho mercado permitiría en el futuro la entrada de un nuevo actor que pudiera ofrecer un bien sustituto competitivo. Ello, se desprende de las propias palabras del TDLC al momento en que se refirió a la estructura del mercado, esgrimiendo lo siguiente:

“Los aspectos tecnológicos juegan un papel fundamental en la configuración de la estructura del sector de las telecomunicaciones. En primer lugar, la existencia de economías de densidad y economías de escala, tiende a resultar en estructuras concentradas. En segundo lugar, el constante desarrollo de nuevas tecnologías, y en especial la convergencia de éstas, crea condiciones muy dinámicas en los mercados, abriendo la posibilidad de competencia” (el subrayado es nuestro).

⁹³ Resolución N° 1-2004, 48 p. del TDLC, “Las empresas consultantes reducirían sus costos en un monto que ellas estiman sería de 25 millones de dólares anuales en régimen para la escala actual del negocio. De este monto total, más de 10 millones son gastos que se reducen al eliminar una de las redes en aquellos lugares en que existe superposición de redes (apoyo en postes, energía de red, mantención de red, auditoría de clientes, etc). Un monto similar se ahorraría anualmente por eliminación de duplicidades en gastos de administración, publicidad y ventas”.

Como se aprecia, debido a que la estructura de mercado en la fusión en comento poseía factores tecnológicos que permitían mantener un mercado desafiante, el TDLC aprobó la operación pese a que el nivel de concentración que se logró en dicha oportunidad fue altísimo (alrededor de un 90%) en relación a las fusiones anteriores aprobadas por el mismo tribunal.

En este caso en particular, la estructura del mercado estaba determinada principalmente por el factor tecnológico, factor que debido a los tiempos en que vivimos se pronostica que será un aspecto que irá tomando cada vez más relevancia, siendo una herramienta argumentativa de gran utilidad para los consultantes.

6.8 Factor Tecnológico

“Las características tecnológicas de las empresas y de la industria influyen en la estructura de un mercado.”⁹⁴

El factor tecnológico además de operar como un factor que permite mantener un mercado competitivo, también puede constituir en sí mismo una barrera de entrada. Es por ello, que siempre que este factor en un determinado mercado sea apto para mantenerlo dinámico y abierto a la posibilidad de que

⁹⁴ TARZIÁN, M. Jorge y PAREDES, M. Ricardo. Op. Cit. 75 p.

cualquier nuevo actor pueda ingresar sin incurrir en costos hundidos considerables, será una línea argumentativa eficaz para contrarrestar el nivel de concentración que la fusión genere.

Siguiendo con la fusión VTR-METROPOLIS, que a juicio de este trabajo es el mejor ejemplo en donde el factor de la tecnología bien fundado puede llegar a ser un elemento vinculante, me he permitido citar el considerando N° 20 de la resolución en comento, la cual declaró que *“El desarrollo de nuevas tecnologías también podría contribuir a eliminar las barreras de entrada”*.

6.9 Visión de las eficiencias según la regulación del Derecho Comparado y sus similitudes y/o diferencias con el criterio chileno

Existen diferentes normativas del derecho comparado en materia de LC que abordan el tema de las eficiencias desde puntos de vista jurídicos distintos. El objeto de esta sección, es poder determinar las semejanzas y diferencias existentes en comparación a los criterios imperantes en nuestro país.

En concreto, analizaremos la *Horizontal Merger Guidelines*, elaborada en 1992 por la *Federal Trade Commission* en Estados Unidos; la *Competition Act*, elaborada 1986 en Canadá y las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al reglamento del Consejo sobre el

control de las concentraciones entre empresas, elaboradas el año 2004 por la Comunidad Europea.

Estados Unidos

Este país, propulsor tanto de la LC o “*antitrust*” y del Análisis Económico del Derecho en el mundo sin duda es un referente obligado en este tipo de materias. De hecho, cierto sector de la doctrina nacional afirma que “*cuenta con la tradición regulatoria más antigua en la materia y sus disposiciones han sido adoptadas por las legislaciones de diversos países*”⁹⁵.

Ahora bien, en relación a la *Horizontal Merger Guidelines*, guía que se utiliza para regular las operaciones de concentración en Estados Unidos, se pueden identificar cuatro puntos que hacen referencia a las eficiencias y que nos permiten comparar el criterio utilizado en dicho país en relación al nuestro.

En primer lugar, la sección N° 4 de dicha normativa, nos entrega un marco general de cómo son tratadas y valoradas las eficiencias, al declarar que:

⁹⁵ WITKER, Jorge. 2000. Derecho de la Competencia en América. Chile, Fondo de Cultura Económica. 84 p.

1.- *“Las eficiencias pueden también verse reflejadas en beneficios a través de productos nuevos o mejorados, aun cuando éstas no afecten de forma inmediata los precios. Incluso se consideran las eficiencias generadas a través de una fusión que aumente la capacidad una empresa para competir. Sin embargo, una fusión puede tener otros efectos que pueden reducir la competencia y, en última instancia puede hacer que la fusión sea anticompetitiva”.* (el subrayado es propio).

Resulta novedoso lo señalado por la Horizontal Merger Guidelines si la comparamos con nuestra Guía en el sentido de que de manera expresa se reconoce como **eficiencia** el sólo hecho que la empresa incremente su capacidad de competir en el mercado, ya que desde el punto de vista de esta tesis, tanto la FNE como el criterio del TDLC en sus juicios y/o decisiones, exige de forma implícita demostrar con ejemplos concretos los beneficios de la fusión (muchas veces se pone como parámetro los beneficios del consumidor siendo que éste es sólo un factor del mercado). En consecuencia, creo que normativa como esta alude a un análisis jurídico-económico de la operación que con afirmaciones como la subrayada en el párrafo anterior evitan o disminuyen la posibilidad de caer en argumentos políticos.

2.- *“La agencia considera sólo las eficiencias que probablemente puedan ser cumplidas por la fusión propuesta, y que sean poco probable de ser cumplidas*

en ausencia de cualquier propuesta de la fusión u otra manera semejante que tenga efectos anticompetitivos. Estas se denominan eficiencias específicas de la concentración. Sólo las alternativas que en la práctica se dan en el ámbito de los negocios por las empresas fusionadas, serán tomadas en consideración para tomar la decisión. La agencia no insistirá en las medidas que pese a ser menos anticompetitivas, sean meramente teóricas”.

En opinión de este trabajo la disposición citada va en plena armonía con el criterio del TDLC y de la FNE de considerar como eficiencias sólo las que sean inherentes y reales de llevarse a cabo en la operación objeto de análisis. Por otra parte, y sin perjuicio de que en la práctica el TDLC concluya de la misma manera; rescato el punto que de manera explícita se deja de manifiesto que el órgano fiscalizador (Agencia) no propondrá medidas que en función del tráfico jurídico son consideradas teóricas.

3.- *“Las eficiencias son difíciles de verificar y cuantificar, debido a que gran parte de la información de éstas únicamente está en poder de las empresas fusionadas. Por otra parte, las eficiencias proyectadas de forma razonable y de buena fe por parte de las empresas fusionadas, pueden no realizarse. Por consiguiente, las empresas a fusionarse deberán probar las eficiencias planteadas con el fin que la agencia pueda verificar mediante medios razonables la probabilidad y magnitud de cada una de éstas, informándose cómo y cuándo*

cada uno de ellas se lograría (y los costos que implica realizarlas), como cada una ellas mejorará la capacidad de la empresa y sus incentivos para competir, y por qué cada una ellas se consideran inherentes a la fusión. No serán consideradas las eficiencias postuladas que sean imprecisas o meramente especulativas o que no puedan ser verificadas por medios razonables”.

El fragmento citado, va en la mismo sentido que rige en nuestro país con ocasión de la publicación de la Ley 20.945 que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia y el Decreto 33 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que contiene el Reglamento sobre la notificación de una operación de concentración. Ambos documentos serán tratados en el capítulo 8 de esta tesis. De manera preliminar, podemos señalar que en Chile - al igual que Estados Unidos - está establecido que es el consultante quien tiene la obligación de probar e informar las condiciones y eventuales sinergias que se producirán en una eventual fusión.

4.- “La Agencia ha comprobado que ciertos tipos de eficiencias son más propensas a ser reconocidas e importantes que otras. A modo de ejemplo, las eficiencias derivadas de los cambios de producción acerca de las instalaciones que eran de propietarios distintos, y que ahora mediante la fusión permite reducir los costos marginales de producción, tienen más probabilidades de ser verificadas, ser inherentes a la concentración e importantes, siendo menos

probable que hagan a la producción menos competitiva. Otras eficiencias, tales como las relativas a la investigación y el desarrollo, son potencialmente importantes, pero son generalmente menos susceptibles a ser verificadas, pudiendo tener como resultado reducciones anticompetitivas de salida. Sin embargo, otras, como las relativas a las adquisiciones, la gestión, o el costo de capital son menos probable que sean inherentes a la concentración o importantes, o no pueden ser reconocidas por otras razones”.

Por último, el texto citado creo que es una guía apropiada para el consultante respecto a cuáles son o debieran ser las eficiencias que son consideradas por la Agencia. Lo expuesto, otorga una cierta seguridad jurídica para el sector privado dado que antes de presentar una consulta sobre una fusión, los participantes pueden prever de antemano cuales son los parámetros o presunciones de los distintos tipos eficiencias.

EUROPA

La comunidad Europea, a través de las *“Directrices sobre la evaluación de las Concentraciones Horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las Concentraciones entre Empresas”*⁹⁶ establece pautas bastantes

⁹⁶ Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del

similares a la Guía de la FNE. Sin embargo, es conveniente destacar algunos puntos en los que el texto europeo abarca ciertos temas que en nuestro país aún no se identifican con la misma claridad.

Los párrafos a analizar están inmersos dentro del capítulo VIII titulado “*eficiencias*”:

1.- Párrafo N° 78: *“Para que la Comisión pueda tener en cuenta las eficiencias invocadas en su evaluación de la concentración y llegar a la conclusión de que, gracias a las mismas, no hay motivos para declarar la concentración incompatible con el mercado común, las eficiencias deben beneficiar a los consumidores, tener un carácter inherente a la concentración y ser verificables. Estas condiciones son acumulativas”.*

Como se aprecia, la autoridad europea señala 3 requisitos copulativos que deben cumplir las eficiencias para poder tenerlas en cuenta al momento de ponderarlas en una operación de concentración. Estos requisitos son los siguientes: a) Deben beneficiar a los consumidores, b) Deben un carácter inherente a la concentración y c) Deben ser eficiencias factibles de ser verificables.

Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:031:0005:0018:ES:PDF>. [en línea]. [consulta: 14 de noviembre de 2017].

Llama la atención que del análisis expuesto dos de los tres requisitos señalados son similares a los que ha postulado el TDLC en sus resoluciones. A nuestro entender, la diferencia con nuestro sistema radica en que reemplaza el requisito genérico de que la eficiencia no provenga de reducciones anticompetitivas en la cantidad o calidad de los productos y/o servicios ofrecidos que resulten del mayor poder de mercado alcanzado.

En la opinión de este trabajo y en comparación al sistema chileno, establecer de manera expresa que uno de los requisitos de toda eficiencia que se trata de invocar sea que deba beneficiar al consumidor, es a mí entender una medida que extrapola los alcances de la LC. Asimismo, esta norma se contrapone al criterio de la *Federal Trade Commission* que como ya acabamos de ver, sí considera como eficiencia se considera entre otras aristas, el aumento en la capacidad una empresa para competir.

2.- Párrafo N° 83: *“Corresponde a las partes de la concentración presentar a su debido tiempo toda la información pertinente que resulte necesaria para demostrar que no hay alternativas realistas y viables menos anticompetitivas de carácter no concentrativo (por ejemplo, un acuerdo de licencia o una empresa en participación cooperativa) o concentrativo (por ejemplo, una empresa en participación concentrativa o una concentración estructurada de manera diferente) a la concentración notificada que preserven las eficiencias invocadas”*.

La disposición señalada va en armonía con nuestro sistema de LC. Como se verá en el capítulo siguiente, el Reglamento sobre la notificación de una operación de concentración en su artículo 2 N°10, se establece que será el consultante quién deberá aportar determinada información en relación a las eficiencias que está invocando.

3.- Párrafo N° 88: *“Entre las pruebas pertinentes para evaluar las eficiencias invocadas cabe destacar los documentos internos utilizados por los directivos de las empresas para decidir la concentración; las declaraciones de los directivos a los propietarios de las empresas y a los mercados financieros sobre las eficiencias previstas; ejemplos anteriores de eficiencias y de sus ventajas para los consumidores; así como estudios de expertos externos previos a la concentración sobre la naturaleza y el alcance de los aumentos de eficiencia y sobre la probabilidad de que beneficien a los consumidores”.*

La disposición aludida otorga seguridad jurídica a los consultantes ya que de forma expresa se les indica cuales son los antecedentes básicos a presentar en una operación de concentración. Tal como se verá en el desarrollo de nuestro trabajo, el Reglamento sobre la notificación de una operación de concentración detalla el tipo de documento y de información que se debe aportar en un proceso de fusión.

CANADA

La *Competition Act*⁹⁷, en su capítulo VIII titulado “*Materias revisables por el Tribunal*”, aborda el tema de las fusiones. Dentro de dicho capítulo, podemos encontrar la sección N° 93 denominada “*Factores que deben considerarse en relación con la prevención o reducción de la competencia*”.

En la sección en comento, se establecen los parámetros a considerar por el Tribunal para aprobar o rechazar una fusión. Lo particular de este cuerpo legal es que trata a las eficiencias de manera genérica y amplia, específicamente en la sección 96 titulada “***Excepción en los casos de ganancias en eficiencia***”. Lo particular de la *Competition Act* es que valora como eficiencia un factor en nuestro país no es considerado. En concreto, nos referimos al **incremento de las exportaciones**. La sección N° 96 en su inciso segundo dispone:

“Factores que deben considerarse

(2) Para decidir si una fusión o fusión propuesta es probable que logre ganancias en eficiencia ya descritas en subsección (1), el Tribunal tendrá en cuenta si esas ganancias se traducirán en

⁹⁷ Disponible en < <http://laws.justice.gc.ca/eng/acts/C-34/index.html> >. [en línea]. [consulta: 14 de noviembre de 2017].

*(a) un aumento significativo en el valor real de las exportaciones, o
(b) una importante sustitución de productos nacionales por productos
importados”.*

Como se aprecia, un factor importante para considerar una eficiencia como positiva es el incremento en las exportaciones y un fortalecimiento de la producción nacional.

En relación al precepto legal citado, somos de la opinión que es una mirada más liberal que la de nuestro sistema local ya que bajo la hipótesis de la letra (a), esto es, el aumento de las exportaciones, fuese un criterio que sí recogiera la LC chilena, argumentos como el del “campeón nacional” en la fusión de D&S-FALABELLA sí hubiese tenido cabida.

Respecto a la letra (b), creo que independiente del grado de importancia en la decisión final que tenga el contenido de dicha norma para la aprobación o rechazo de una *fusión*, en criterio de este trabajo es una política de *dumping* a favor de la industria canadiense, medida que va totalmente en contra al principal acuerdo internacional de comercio entre los países, a saber, el GATT.

7. CARGA DE LA PRUEBA EN MATERIA DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN⁹⁸

En la actualidad, se tiene claridad respecto al tema que aborda esta sección debido a que tanto el nuevo DL 211⁹⁹ como el Reglamento sobre la notificación de una operación de concentración establecen de manera clara que serán los consultantes quienes tendrán el deber procesal de aportar los antecedentes que funden la fusión que se esté tratando de materializar.

Sin embargo, este tópico no estaba resuelto hace un poco tiempo atrás. De hecho, recomendaciones de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (en adelante indistintamente “OCDE”) – de fecha julio del 2014 denominadas “Evaluación del régimen de concentraciones en Chile” - abordaron

⁹⁸ Las ideas extraídas de esta sección están basadas en el razonamiento expuesto en el texto “Nuevas Tendencias del Moderno Derecho Económico”, Capítulo IV “El principio de la inocencia en las consultas antimonopólicas sobre operaciones de concentración”, VALDÉS P. Domingo. 1° Edición, junio 2014. Legal Publishing Chile. Editores: VALDÉS, P. Domingo y VÁSQUEZ, D.

⁹⁹ Nos referimos al DL 211 desde que fue reformado por la Ley 20.945 “Perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia”. El artículo 48 del DL en sus incisos 4° y 5° disponen lo siguiente:

“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.

A la notificación deberán acompañarse los antecedentes necesarios para identificar la operación de que se trata y a los agentes económicos que toman parte en la misma y su grupo empresarial; los antecedentes que permitan evaluar preliminarmente los eventuales riesgos que la operación notificada pudiere significar para la libre competencia; la declaración de las partes en la que indiquen que, de buena fe, pretenden llevar a cabo la operación que se notifica, y los demás antecedentes que detalle el reglamento dictado por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo”.

indirectamente el tema de la prueba o de la información que se debe aportar en una *fusión*, señalando que ésta debe ser precisa y estar definida de manera previa a fin de facilitar la documentación que será aportada por las partes.

Por consiguiente, los párrafos siguientes tienen por propósito argumentar cuál es la razonabilidad y fundamento legal de que la carga de la prueba recaiga en los consultantes.

En primer término, debemos partir de la base que una *fusión* por parte de los consultantes lleva aparejado el principio jurídico de la inocencia, principio que está presente en cualquier relación entre dos privados. En efecto, el derecho común contempla una presunción legal de buena fe en sus relaciones jurídicas¹⁰⁰.

El principio jurídico de inocencia en materia de LC lo podemos vincular al principio constitucional de desarrollar libremente una actividad económica¹⁰¹. No obstante lo anterior, y en función del resguardo del orden público económico, la ley – a través del DL 211 – le entrega al TDLC la facultad de resguardar la LC,

¹⁰⁰ Artículo 707 del Código Civil dispone “La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria”.

¹⁰¹ Artículo 19 N°21 inciso 1 de la Constitución Política declara lo siguiente:

“La Constitución asegura a todas las personas:

21°.- El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”.

ya sea tanto en el ámbito sancionatorio (e.g. colusión) y/o preventivo (e.g. operación de concentración).

Por otra parte, de la lectura del artículo 18 DL 211, las entidades que pueden aportar antecedentes en un proceso de fusión son los siguientes:

- La FNE.
- Las autoridades públicas directamente concernidas.
- Los agentes económicos que, a juicio exclusivo del Tribunal, estén relacionados con la materia
- Quienes tengan interés legítimo en el proceso, dentro de los cuales podemos incluir a los Consultantes de la operación.

Si el análisis lo dejáramos a este punto y basándonos en la presunción de buena fe entre los privados sería totalmente posible señalar que *“la existencia de mayor concentración es querer lograr el tamaño mínimo eficiente de escala para poder producir. Finalmente, la teoría económica predice otra razón: que la concentración puede ser el premio a la eficiencia”*¹⁰². Tomando en consideración las ideas planteadas; no sería factible cuestionarse lo siguiente: ¿Por qué si estamos frente a un proceso de consulta que es un acto **voluntario**, entre **privados**, amparado en el **principio jurídico de la presunción de inocencia**,

¹⁰² DOMPER, R. María de la Luz, Análisis económico de las operaciones de concentración. Revista Anales de Derecho UC. Temas de Libre Competencia 2 (23): 2007.

son los consultantes quienes estén obligados a aportar antecedentes para demostrar que la transacción a realizar no es contraria a la LC?

En primer término, conviene precisar que no estamos frente a un tema de a quién corresponde la carga de la prueba sino que debemos plantearnos a quién le corresponde ciertos deberes procesales. En dicho sentido, la doctrina es clara en sostener que:¹⁰³

“En procedimientos no contenciosos –como es el caso de las consultas antimonopólicas sobre concentraciones – no procede aludir a la carga de la prueba sino que ha de acudirse a un apotegma jurídico que rige, entre otras materias, la aportación de evidencia: el favor rei. Este apotegma cumple una función análoga a la de la carga de la prueba, en el sentido de que el juzgado, acusado o imputado (reus) no está obligado a aportar evidencia que demuestre la licitud de su actuar, esto es su inocencia.

Esta exigencia de a quien le corresponde, debe aportar la evidencia, ocasionalmente es presentada en términos de a quién incumbe la carga de la prueba, debe producir ésta última. Considerados más general la primera formulación en razón de que existen procedimientos en los cuales no precede

103 VALDES, P. D. y VÁSQUEZ, D. O. 2014. texto “Nuevas Tendencias del Moderno Derecho Económico”. 1º Edición. Legal Publishing Chile p.122-123

*hablar de carga sino que se **deberes procesales**, así como otros procedimientos en los cuales no hay litis, y por tanto, no se contempla un término probatorio (el énfasis es añadido)”.*

En segundo término, estimamos razonable que sean los consultantes quienes sean los que tengan el deber de aportar los antecedentes de una *fusión*, ya que son ellos quienes entienden de mejor manera y poseen mayor información del mercado en donde se desarrollan, por lo que resulta lógico que sean ellos los que acrediten los beneficios de la operación. Esta postura es respaldada por un sector de la doctrina nacional al declarar que *“Las ganancias de eficiencia son difíciles de verificar y cuantificar, mayormente porque hay información asimétrica: las empresas que se fusionan tienen gran parte de la información y no la Fiscalía Nacional Económica o el Tribunal de la Libre Competencia. Por esta razón, el peso de la prueba debe caer en las empresas que se fusionan y las ganancias de eficiencia que se señalen no deberían ser consideradas si son generales, vagas o simplemente especulativas”*¹⁰⁴.

En tercer término, resulta lógico concluir que resulta menos oneroso para los consultantes que para la FNE o terceros intervinientes demostrar los posibles efectos de una *fusión*. Esta postura, va en plena concordancia con uno de los

¹⁰⁴ AGOSTINI, Claudio. 2007. Hacia una política de evaluación de fusiones horizontales. Op. Cit.

criterios doctrinales que se utiliza para determinar la distribución de la carga de la prueba y que puede ser aplicable al ámbito de la LC. En efecto, nos referimos al criterio que plantea que la carga de la prueba se debe distribuir entre las partes en virtud del **principio de la solidaridad**¹⁰⁵.

El criterio de la solidaridad en materia probatoria es aplicable tanto a hechos pasados (e.g. proceso judicial civil) como futuros (e.g. consulta operación de concentración), ya que su fundamento se centra en dos principios, el **interés** y **capacidad de las partes**.

Interés

“Una visión más moderna nos indica que la carga de la prueba le corresponde a la parte que pretende beneficiarse de la norma jurídica en la cual fundamenta una pretensión, defensa o excepción, siendo a ésta la que debe probar el presupuesto de hecho contenido en la norma”¹⁰⁶.

De la cita del profesor Maturana, podemos desprender que si son los consultantes quienes pidan la autorización al TDLC para poder llevar a cabo una

¹⁰⁵ MATURANA, M. Cristián. 2002. Aspectos Generales de la Prueba. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile. 172 p.

¹⁰⁶ Ídem.

operación de concentración, queda de manifiesto un interés explícito por la aprobación de dicho acto. Recordemos que el hecho de consultar al TDLC una operación de concentración antes de llevarla a cabo, funciona también como un mecanismo de prevención para los consultantes ya que en caso que el TDLC rechace dicha operación en la posteridad, el proceso de consulta permite a los consultantes evitarse los costos administrativos asociados a una fusión que luego tendrá que ser disuelta¹⁰⁷.

Finalmente y tomando en consideración todo lo anterior, también correspondería preguntarse ¿Siendo que el proceso de consulta va en directo beneficio para los consultantes. Resulta justo que sea la FNE o los terceros intervinientes los encargados de investigar (junto a los costos que ello implica) que la operación que se pretende llevar a cabo es o no atentatoria contra la LC, tomando en consideración que son los consultantes quienes disponen de los antecedentes e información económica respecto a la operación consultada?

¹⁰⁷ DL 211, artículo 48 inciso 9 DL 211 “*Cuando las operaciones de concentración a que se refiere el inciso anterior no le sean notificadas voluntariamente al Fiscal Nacional Económico, éste podrá, dentro del plazo de un año, contado desde e perfeccionamiento de la operación, instruir las investigaciones que estime procedente de conformidad a la letra a) del artículo 39*”

Capacidad de las partes

Este principio tiene por argumento que la carga de la prueba se debe distribuir a la parte que se encuentra en mejores condiciones para suministrarla, es decir, cuando se llega a la conclusión que debido al “*conocimiento de las circunstancias, el menor costo en la tarea de aportar la prueba, ser el medio que dispone el más adecuado, económico o directo acceso o realización etc.*”¹⁰⁸, permite concluir que es una parte y no la otra, la más adecuada para para rendir la prueba.

En consecuencia, siendo en la práctica que para este tipo de operaciones los consultantes antes de presentar su propuesta de fusión ante el TDLC, han elaborado una serie de informes y antecedentes económicos que justifican su actuar, resulta totalmente ajustado a una lógica económica que sean ellos los primeros en justificar su operación ya que son éstos quienes en teoría conocen de mejor manera el mercado en donde la operación de concentración se llevará a cabo. Además, hay que tomar en cuenta que si los consultantes ya han incurrido en una serie de costos en la elaboración de dichos informes, resultaría totalmente ineficiente que tanto la FNE como los terceros intervinientes incurran

¹⁰⁸ MATURANA, M. Cristián. Op. Cit. 172 p.

en costos de informes que teóricamente deberían llegar a las mismas conclusiones.

Con lo anterior no pretendo dejar la sensación de deba existir una actitud pasiva de la FNE o de los terceros intervinientes en un caso de *fusión*, ya que si luego de la prueba rendida por los consultantes estiman que ésta no es suficiente o que de igual forma se ve amenazado los principios de la LC, no cabe la menor duda que presentarán nuevas antecedentes que vayan en dirección a contravenir la tesis de los consultantes.

En resumen, el profesor Maturana sostiene que el criterio de la solidaridad en el ámbito de distribución de la carga de la prueba “*desemboca en una bien entendida funcionalidad del principio de la cooperación (o de efectiva colaboración)*”.¹⁰⁹

Finalmente, este trabajo es de la opinión que resulta prudente que sean los consultantes quienes demuestren los beneficios de la fusión, ya que tanto para el TDLC como para el mercado en general resulta obvio plantearse la siguiente pregunta: ¿Por qué dos empresas que compiten entre ellas han decidido fusionarse y no seguir creciendo de forma separada vía expansión

¹⁰⁹ Ídem.

comercial? Sin duda, los consultantes son quienes están mejor posicionados para contestar dicha pregunta ya que se puede dar por seguro que el hecho de tomar una decisión tan importante como de fusionarse con otra empresa está fundada en una serie de informes y antecedentes económicos que llevó a tomar tal decisión.

En este sentido, cabe exponer el criterio del TDLC frente al uso de las eficiencias para justificar una fusión, al disponer que éstas deben *“ser inherentes a la operación cuando son consecuencia directa y necesaria de la misma, y cuando no pueden alcanzarse en un grado similar por otro medio que tenga menores efectos anticompetitivos”*¹¹⁰

¹¹⁰ Considerando N° 241, Resolución N° 24-2008 del TDLC, fusión D&S-FALABELLA.

8. COMENTARIOS SOBRE EL AUTO ACORDADO N°12-2009 DEL TDLC, LA LEY N°20.945 QUE “PERFECCIONA EL SISTEMA DE LA LIBRE COMPETENCIA” Y REGLAMENTO SOBRE LA NOTIFICACIÓN DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN.

8.1 Auto acordado N°12-2009

El auto acordado denominado “Sobre la información que debe aportarse en procedimientos no contenciosos de control preventivo de operaciones de concentración” - publicado el 20 de marzo de 2008 - fue el primer documento legal en establecer que la obligación principal de aportar los antecedentes pertinentes en una operación de concentración debía recaer en los consultantes. Antes de dicho momento, la normativa de la época no resolvía con claridad el tema generando un intenso debate en materia de LC respecto “a quién le correspondía la carga de la prueba”.

En ese sentido *“Tratándose de los Consultantes es preciso advertir que si bien estos son agentes económicos privados, se hallan alcanzados por el Auto Acordado N°12/2009 del TDLC que transforma la facultad de aportar*

antecedentes en un deber de hacerlo puesto que en caso contrario la consulta habría sido declarada inadmisibles”¹¹¹.

En dicha época, no existía una regulación legal que dirimiera si los consultantes tenían o no la obligación de aportar antecedentes respecto a la operación que se pretendía llevar a cabo. Tal situación fue recogida por el Auto Acordado en cuestión al disponer lo siguiente: *“Que en ausencia de disposición legal que regule la materia, el establecimiento de criterios a este respecto lleva a una más expedita tramitación de los procedimientos, y ayuda a la pronta expedición de las decisiones con que éstos culminan, lo que es beneficioso tanto para las partes de una operación de concentración como para el mercado en general, atendido el dinamismo de los negocios y de las circunstancias económicas en las que éstos se desenvuelven”¹¹².*

Finalmente, el Auto Acordado de la referencia dispuso que serán las personas que pretendan ejecutar, celebrar o concluir una operación de concentración; quiénes deberán los siguientes antecedentes que además tendrán que ser verificables:

¹¹¹ VALDES, P. D. y VÁSQUEZ, D. O. 2014. “Nuevas Tendencias del Moderno Derecho Económico”. Op. Cit. p.150.

¹¹² Auto Acordado N°12 – 2009, TDLC, numeral 6).

- Partes de la operación;
- Descripción de la operación;
- Mercado Relevante;
- Objetivos de la operación;
- Efectos;
- Medidas de mitigación;
- Información relevante;
- Declaración de veracidad;
- Normas de aplicación general.

8.2 Ley 20.945 de 2016

Con la publicación y entrada en vigencia de la Ley 20.945 de fecha 30 de agosto de 2016, se modificó el DL 211 en diferentes pasajes del mismo. En el contexto de este trabajo, la norma aludida en artículo 1 numeral 21 incorporó un nuevo título IV denominado “De las Operaciones de Concentración”.

Antes de analizar los aspectos más importantes del Título aludido, resulta pertinente revisar la historia de la ley a fin de identificar cuáles fueron las motivaciones de la gestión de la ley aludida, y en específico, las motivaciones que originaron la regulación del proceso de una operación de concentración.

En dicho contexto, el mensaje presidencial N° 009-363 de fecha 16 de marzo de 2015 dispuso lo siguiente:

“Un sistema institucional de control de fusiones u operaciones de concentración ha sido considerado como una herramienta indispensable de un régimen eficaz de defensa de la libre competencia. La primera jurisdicción que optó por establecer un control de carácter preventivo y obligatorio de aquellas operaciones más relevantes fue Los Estados Unidos de América, en el año 1976. Con el tiempo, la decisión de contar con un control preventivo y obligatorio se ha ido expandiendo por el mundo y, hoy en día, al inmensa mayoría de los países cuentan con esta clase de normativa”

*“Bajo la ley vigente, Chile no cuenta con un régimen específico para el control de operaciones de concentración. Nuestra institucionalidad, acudiendo a las normas generales y aplicables a toda clase de ilícitos anticompetitivos, ha configurado un control de operaciones de concentración que puede considerarse como **“semi-voluntario”** (el énfasis es añadido).*

8.2.1 Principales aspectos del Título IV “De las operaciones de concentración”

Bajo la perspectiva del presente trabajo, la norma en estudio entrega dos elementos que contribuyen a mejorar el sistema de consulta en materia de LC. Por una parte, entrega las definiciones de “operación de concentración” y “agente económico” y por otra, establece un procedimiento objetivo de cómo llevar a cabo una consulta a raíz de una operación entre dos privados. Ambos elementos, favorecen a la seguridad jurídica de los actores que intervienen en la LC chilena puesto que se está tratando de establecer un marco jurídico claro y objetivo que guie a los consultantes en el evento que una transacción deberá quedar sujeta a aprobación por parte del TDLC antes de su ejecución.

8.2.2 Definición de conceptos

El artículo 47 dispone que *“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.

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.

*Para los efectos de lo dispuesto en este Título, se entenderá por **agente económico** toda entidad, o parte de ella, cualquiera que sea su forma de organización jurídica o aun cuando carezca de ella, que ofrezca o demande bienes o servicios. Se considerará asimismo como un agente económico el conjunto de activos tangibles o intangibles, o ambos, que permitan ofrecer o demandar bienes o servicios” (el énfasis es añadido).*

8.2.3. Procedimiento – principales puntos

Se deberá notificar a la FNE de manera previa a su perfeccionamiento, cualquier operación de concentración que produzca efectos en Chile y que cumpla con los requisitos detallados en el artículo 48 de manera copulativa, los cuales en términos generales, aluden a que los agentes económicos que se van

a fusionar ya sea en conjunto o por separados, superen ciertos umbrales de concentración establecidos en la Resolución N° 667, de fecha 24 de noviembre de 2016 y emitida por la propia FNE.

En conjunto a la notificación aludida, el privado deberá acompañar los antecedentes que sean necesarios que permita a la FNE identificar la operación que se llevará a cabo junto a sus principales estimaciones, proyecciones y/o hechos económicos que sean de relevancia y que permitan evaluar de manera preliminar la existencia de un eventual riesgo contra la LC.

Una vez recepcionado los documentos señalados, la FNE dispondrá de 10 días para determinar que se trata de una notificación completa pudiendo dar paso a examinarla en virtud de las normas legales ya establecidas. En caso de estar frente a una notificación completa, el Fiscal Nacional ordenará que se dicte el inicio de la investigación del caso, debiendo notificar dicha resolución al interesado.

Dentro del plazo de 30 días siguientes a iniciada la investigación, el Fiscal Nacional Económico deberá:

- a) Aprobar la operación notificada en forma pura y simple, si es que llegare a la convicción 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.

En caso de se haya optado por la letra c), el Fiscal Nacional Económico dentro del plazo establecido deberá:

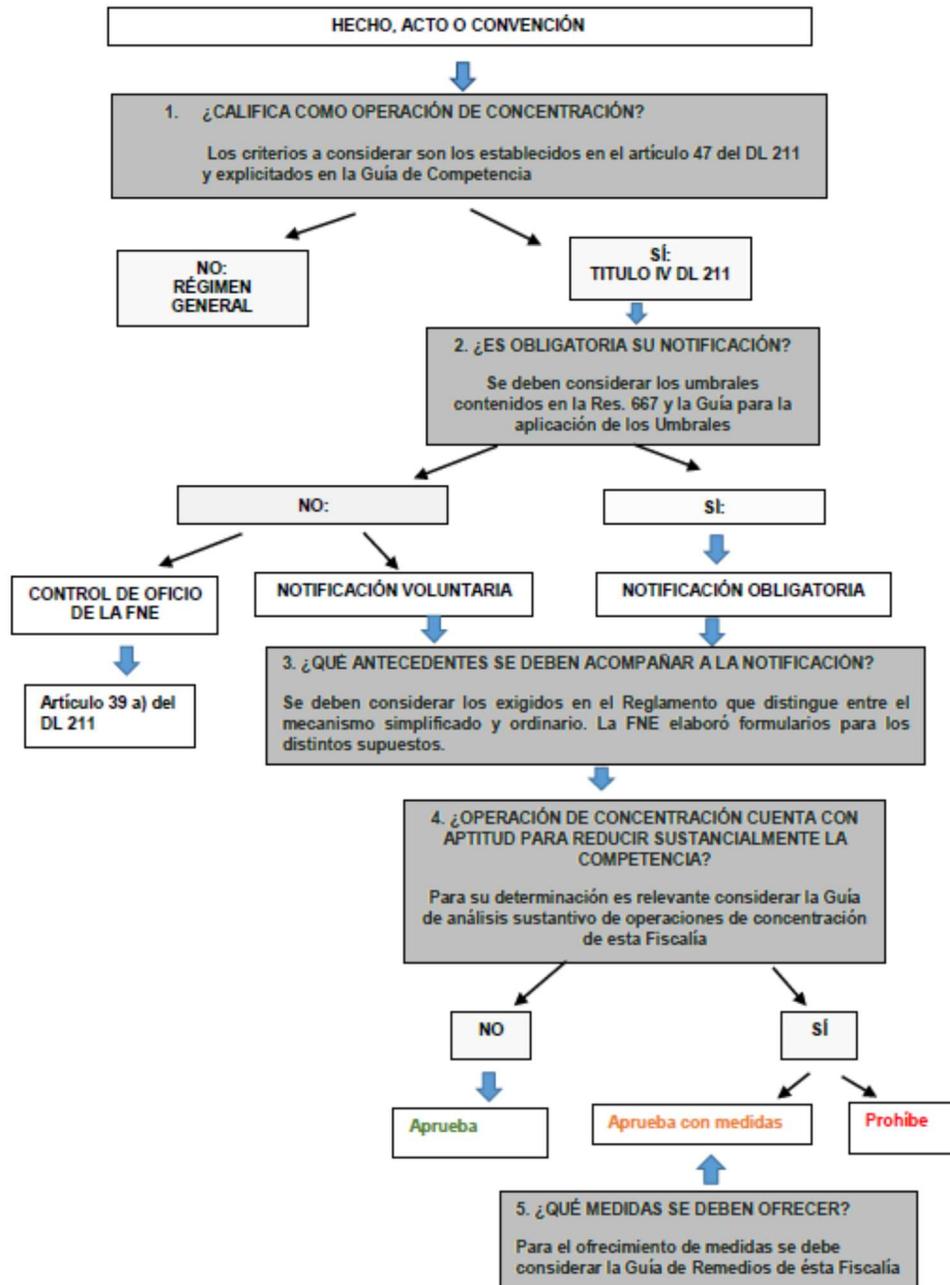
- i) Aprobar la operación notificada en forma pura y simple, si es que llegare a la convicción de que la operación no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia;

- ii) 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
- iii) Prohibir la operación notificada, cuando concluya que la misma cuenta con aptitud para reducir sustancialmente la competencia.

En caso que el Fiscal Nacional Económico no haya adoptado ninguna de las tres medidas recién señaladas, operará el silencio administrativo positivo entendiéndose aprobada la operación consultada. Asimismo, en caso de rechazar una operación de concentración, el o los consultantes podrán promover ante el TDLC un recurso de revisión especial y en última instancia un recurso de queja que deberá ser presentado en la Corte Suprema.

A modo de resumen, se adjunta esquema contenido en la Guía de Competencia que describe las etapas existentes en el control de una operación de concentración en general.

Etapas en el control de operaciones de concentración



8.2.4. Sistema de sana crítica para valorar la prueba (“antecedentes”) en una operación de concentración

El artículo 22 inciso final del DL 211 dispone que *“El Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica”*. A juicio propio resulta lógico el sistema de valorización de la prueba utilizado ya que debemos considerar que las decisiones del TDLC son *ex – ante* a la operación; es decir, se decide sobre “futuras consecuencias”. En base a lo anterior, los antecedentes económicos en este rubro del Derecho son esenciales para toma de la decisión por parte del TDLC, debiendo existir un valoración de la prueba (“antecedentes”) más amplia que el sistema tradicional, a saber, prueba legal tasada.

Sólo a modo de antecedente, cabe mencionar que el hecho de que se falle conforme a la sana crítica ya no es un criterio aislado en nuestra legislación, ya que se puede reconocer una cierta tendencia a que las materias con un mayor componente económico opten por el sistema aludido. Ejemplo de lo anterior es el Tribunal de Propiedad Industrial o los actuales Tribunales Tributarios Aduaneros, los cuales fallan de la misma forma que el TDLC.

8.3 Reglamento sobre la notificación de una operación de concentración

El artículo 48, inciso 5° del DL 211 establece que serán los consultantes que junto con notificar a la FNE de la operación que pretenden llevar a cabo, deberán acompañar los antecedentes necesarios para identificar y contextualizar la transacción en sí misma. Asimismo, el inciso 7° del cuerpo legal citado dispone que un reglamento podrá contemplar una notificación simplificada para operaciones de concentración que cumplan ciertos requisitos.

Pues bien, ambos tipo de notificaciones y su regulación respectiva en relación a qué documentación debe ser aportada está regulado en el presente Reglamento. A continuación, pasamos a revisar los puntos principales de cada tipo de notificación de una manera más resumida.

8.3.1 Notificación para una operación de concentración¹¹³

Se deberá aportar a lo menos la siguiente información:

1. Resumen ejecutivo de la operación de concentración que se pretende realizar.

¹¹³ La descripción completa de la documentación que se debe aportar se puede encontrar en el artículo 2 del Reglamento.

2. Individualización de los agentes económicos que participan en la operación así como de sus representantes y apoderados. Se deberá incluir la descripción de las actividades de dichas personas.

3. La estructura de propiedad y control previa a la operación de concentración que incluya a lo menos una serie de información que en términos generales es la siguiente:
 - a) Listado de los agentes económicos que pertenecen al mismo grupo empresarial.
 - b) Certificado suscrito por representante de cada parte señalando quiénes y en qué calidad administran la sociedad.
 - c) Memoria, balance y estados financieros de las partes o entidades del grupo empresarial según corresponda, respecto de los 3 últimos ejercicios.
 - d) Listado que identifique a los agentes económicos que operen en el mercado relevante objeto de análisis.
 - e) Indicación de otras operaciones de concentración en que hayan intervenido las partes dentro de los últimos 5 años.

4. Descripción de la estructura de concentración y propiedad y control proyectada luego de que dicha operación se lleve a cabo. Se deberá incluir al menos la siguiente información:

- a) Naturaleza jurídica de la operación de acuerdo a lo señalado en el artículo 47 del DL 211.
- b) La estructura de propiedad una vez realizada la operación, comprendiendo la totalidad de las empresas del grupo empresarial que se verán afectadas a raíz de la operación aludida.
- c) Forma y plazo de implementación proyectado para llevar a cabo la operación.
- d) Lista de otros países donde se pretenda notificar la operación. Se deberá señalar si se autoriza a la FNE a compartir la información entregada con otras agencias de competencia.
- e) Hacer alusión a cualquier tipo de sentencia, resolución y/o documento que hubiese establecido una sanción a las partes o entidad empresarial que se vincule a la LC.
- f) Objetivos o razones del negocio.
- g) Monto de la operación.
- h) Aquellos documentos que digan relación con la operación y/o sus efectos en Chile. A modo de ejemplo: Actas de sesiones ordinarias y extraordinarias de accionistas de las partes involucradas.

5. Definición de los mercados relevantes. Este numeral contempla una serie de consideraciones en cuanto a la información a aportar. Lo relevante es

que la letra c) del numeral citado establece un parámetro objetivo de qué se debe considerar por mercado relevante.

6. El presente numeral especifica qué información se deberá aportar cuando se invoque la letra c) del N°5 (qué entender por mercado relevante) y la letra d) del N°5 (casos distintos a la letra c) pero que de igual manera la operación a llevar a cabo pueda generar una eventual reducción de la competencia de acuerdo a una serie de parámetros objetivos).
7. En el caso que las partes pretendan realizar la operación contemplada en la letra c) del artículo 47 del DL 211¹¹⁴, éstas deberán aportar una serie de antecedentes adicionales.
8. En el caso que las partes pretendan realizar la operación contemplada en la letra d) del artículo 47 del DL 211¹¹⁵, éstas además deberán indicar los activos que se pretenden traspasar, señalando las funciones que éstos cumplen en el proceso productivo.

¹¹⁴ 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:*

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

¹¹⁵ “*d) Adquiriendo, uno o más de ellos, el control sobre los activos de otro a cualquier título”.*

9. Corresponde reproducir de manera íntegra este numeral dado que aborda el tema de las eficiencias. *“En caso de que se pretenda que eventuales eficiencias de la operación de concentración sean consideradas por la Fiscalía Nacional Económica en su análisis, las partes notificantes deberán realizar una descripción de las eficiencias productivas y/o dinámicas que esperan obtener de la operación, cuantificándolas y justificando el plazo en que se considera que concretarán sus efectos, detallando cómo las eficiencias serán traspasadas a los consumidores. Asimismo, deberán expresar las razones por las cuales las eficiencias no hubiesen sido alcanzadas por mecanismos distintos a la operación y acompañar la documentación y antecedentes necesarios que respalden las eficiencias y permitan su verificación”.*
10. Declaración de las partes que indiquen que la operación de concentración se está llevando a cabo de buena fe.
11. Declaración de veracidad, suficiencia y completitud de la información proporcionada.

8.3.2 Notificación simplificada para una operación de concentración¹¹⁶

Tal como señala el título, el DL 211 en su artículo 48 permite efectuar una notificación simplificada de la operación de concentración que se pretende llevar a cabo. En términos prácticos, este tipo de notificación se traduce en una reducción de la información que se debe aportar a la FNE y que ya fue descrita en el numeral anterior. Lo relevante respecto a este tema es determinar qué condiciones deben ocurrir para que las partes puedan solicitar este tipo de procedimiento.

Al respecto, el Reglamento en su artículo 4 dispone que se debe cumplir alguno de los siguientes supuestos:

- a) No debe existir entre las partes y/o entidades del grupo empresarial una superposición vertical ni horizontal, no debiendo ejercer actividades económicas en el mismo mercado relevante (sea del producto o geográfico), como tampoco realizar actividades que estén en mercados verticalmente relacionados en cuanto a su proceso de producción y comercialización.

¹¹⁶ La descripción completa de la documentación que se debe aportar se puede encontrar en el artículo 7 del Reglamento.

- b) Que la participación de las partes y/o entidades del grupo empresarial dado su escasa importancia no resulte apta para reducir la competencia. Se considerará que existe una participación menor cuando se cumplan los siguientes requisitos de manera copulativa:
- i. Las partes de la operación de concentración y los miembros de sus respectivos grupos empresariales no alcancen una cuota conjunta superior al 20% en el mismo mercado relevante.
 - ii. Las partes de la operación de concentración y los miembros de sus respectivos grupos empresariales no alcancen una cuota individual o conjunta del 30% en un mercado relevante verticalmente relacionado con un mercado relevante en el que opere cualquier otra parte de la operación de concentración o bien alguna entidad de su grupo empresarial.

9. CONCLUSIONES

El presente trabajo tuvo por propósito abordar y comentar los principales elementos que deben tenerse en consideración a la hora de decidir celebrar una operación de concentración, no desde un punto de vista netamente teórico sino que a través de los distintos criterios que se han impartido a través del funcionamiento del TDLC. En específico, se abordó el tema de las eficiencias de las cuales puedo concluir lo siguiente:

Revisando la normativa extranjera, me queda la grata impresión de que la LC chilena está en una línea acertada, ya que los razonamientos que son considerados relevantes en nuestro tráfico jurídico – **especialmente en cuanto a las eficiencias** – son concordantes (en términos generales) con el criterio internacional establecido por las distintas agencias, normativa y doctrina. Desde una opinión personal, estimo que nuestro sistema de LC se asemeja más al de Estados Unidos que al de Europa o Canadá, en virtud que el análisis de los factores se enmarca dentro de un contexto jurídico-económico, evitando acercarse a la frontera de los argumentos políticos.

En relación al segundo tema abordado, esto es, la carga de la prueba en materia de LC, soy de la opinión que ha sido un tema que ha evolucionado de manera positiva en nuestro país. En primer lugar, ha quedado demostrado que

al estar frente a un asunto no contencioso no es correcto hablar de “carga de la prueba” sino de “deber procesal”.

En relación a quién debe asumir este deber procesal, el primer avance de dicha materia lo podemos encontrar en el Auto acordado N°12-2009 del TDLC, el cuál estableció que debían ser los consultantes quienes debían aportar los antecedentes que fueren necesarios en una operación de concentración. Posteriormente, y con la publicación de la Ley 20.945 que perfeccionó el sistema de la LC, dio paso al nuevo DL 211, que en su artículo 48 estableció la obligación para los consultantes que pretendan ejecutar una operación de concentración; deberán notificar a la FNE aportando una serie de antecedentes, los cuales están descritos y detallados en el Reglamento sobre la notificación de una operación de concentración. En la perspectiva de este trabajo, el hecho de explicitar que serán las partes de una operación de concentración quienes deberán aportar la información pertinente, permite afianzar un principio que no sólo debe estar presente en una operación de concentración en materia de LC sino en toda rama del derecho, a saber, **seguridad jurídica**.

Finalmente, esta tesis es de la opinión que en Chile contamos con una política de fusiones seria y regulada, que si bien siempre puede ser mejorada; contiene los elementos suficientes para que cualquier actor privado tenga certeza jurídica de los factores a tomar en consideración por parte de la autoridad fiscal

(FNE) u judicial (TDLC). En este sentido, adherimos a la postura de Claudio Agostini quién señala que: *“El objetivo principal de una política de fusiones es diseñar una metodología a ser seguida por las instituciones que deben promover y garantizar la libre competencia. No sólo se trata de sistematizar el análisis para evaluar si una fusión debe objetarse o no, sino también de permitir que los agentes privados puedan anticiparse a las acciones de estas instituciones. En este sentido, una de las ventajas de tener una política explícita es que las empresas que están considerando una fusión enfrentarían un escenario fiscalizador menos incierto”*¹¹⁷ (el énfasis es añadido).

¹¹⁷ AGOSTINI, Claudio. 2007. Hacia una política de evaluación de fusiones horizontales. [en línea]. Centros de Estudios Públicos, Estudios Públicos N° 107. <http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_3979.html> [consulta: 26 de junio de 2016].

10. BIBLIOGRAFIA

Material bibliográfico impreso

- AGOSTINI, Claudio A. “La Organización Industrial del Transporte Aéreo”. Santiago, Junio 2008, Revista de Análisis Económico, vol. 23, N° 1. Universidad Alberto Hurtado.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION. Mergers and Acquisitions. Third Edition. 2008. Section of Antitrust Law.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION. “Antitrust Law Developments”. 6° edition. Aba Publishing. Chicago, Illinois, United States.
- BAKER, Jonathan B. Competitive price discrimination: the exercise of market without anticompetitive effects (comment on Klein and Wiley). 70 Antitrust Law Journal No. 3 (2003). American Bar Association.
- BULLARD, Cuando es bueno incumplir un contrato., 1996. Este artículo apareció originalmente publicado en Ratio Iuris. Revista de los Estudiantes y Bachilleres de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Año 1, N° 1. En: IRARRAZABAL, PH, F. Análisis

Económico del Derecho, Tomo III, Santiago, Universidad de Chile-
Facultad de Derecho, 2006.

- CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. 2016. Ley 20.945: Perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia.
- COLOMA, GERMAN. 2003. Defensa de la Competencia. Argentina – España. Editorial Ciudad Argentina.
- DECRETO LEY N°211 “Fija normas para la Defensa de la Libre Competencia”. Ministerio de Economía, 22 de diciembre de 1973.
- DOMPER, R. María de la Luz, Análisis económico de las operaciones de concentración. Revista Anales de Derecho UC. Temas de Libre Competencia 2; 2007.
- Fiscalía Nacional Económica. Guía para el análisis de operaciones de concentración horizontal. Octubre 2012.
- Fiscalía Nacional Económica. “Guía para la Determinación de la Competencia de la Fiscalía respecto de Operaciones de Concentración Sujetas a Control”. Junio de 2017.

- GONZÁLEZ, Aldo. Barreras de Entrada en el Mercado Aéreo. En: Serie de documento de trabajo N°280 – Departamento de Economía, Facultad de Economía y Negocios – Universidad de Chile.
- MATURANA, Miquel Cristián, Aspectos Generales de la Prueba, Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2002.
- MICROECONOMIA, LEROY, Millar R. y MEINERS, Roger E. 3Edición, McGraw- Hill, 2001.
- MONTT, R. PAULO y NEHME, Z. NICOLE. 2010. Libre Comercio y Retail, un análisis crítico. Santiago, Legal Publishing.
- PRADO P. ARTURO. 2009. “Análisis doctrinal y jurisprudencial de la figura de la fusión en Chile”. Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Pablo Rodríguez Grez, Ediciones Universidad del Desarrollo.
- Reglamento sobre la notificación de una operación de concentración. Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. Marzo, 2017.
- SAPELLI, Claudio, Concentración y grupos económicos en Chile. Estudios Públicos, N°88 (68): 2002

- SCHMALENSSEE, Richard “Sunk Cost and Antitrust Barriers to Entry”, MIT Sloan School of Mgmt, Working paper N° 4457-04, 2004.
- TARZIÁN, M. Jorge y PAREDES, M. Ricardo. Organización industrial para la estrategia empresarial. 2ª ed. México, Pearson Educación, 2006.
- TIROLE, Jean. 1988. “The Theory of Industrial Organization”. The MIT Press Cambridge, Massachusetts London, England. 70th edition. Massachusetts Institute of Technology.
- TRIBUNAL DE LA LIBRE COMPETENCIA. Auto Acordado N°12 – 2009.
- VALDES, Prieto Domingo, Libre Competencia y Monopolio. Santiago, Editorial Jurídica, 2006.
- VALDES, P. D. y VÁSQUEZ, D. O. 2014. texto “Nuevas Tendencias del Moderno Derecho Económico”. 1º Edición. Legal Publishing Chile
- WITKER, Jorge. Derecho de la Competencia en América. Chile, Fondo de cultura económica, 2000.

Material Bibliográfico en línea

- AGOSTINI, Claudio, “Hacia una política de evaluación de fusiones horizontales” <https://www.cepchile.cl/hacia-una-politica-de-evaluacion-de-fusiones-horizontales/cep/2016-03-04/094252.html>
- BACKER B. Jonathan. <https://www.ftc.gov/public-statements/1996/02/product-differentiation-through-space-and-time-some-antitrust-policy>
- BITRAN & ASOCIADOS. Adquisición de AFP Bansander por Parte del Grupo Financiero Holandés ING Análisis Desde la Perspectiva de la Libre Competencia.
http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Bitran_NC%202005-07.pdf
- COMUNIDAD EUROPEA. Reglamento N° 139/2004. 2004. Sobre el Control de las Concentraciones entre Empresas.
<http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=6388>
- COMUNIDAD EUROPEA. Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas. <http://eur->

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:031:0005:0018:ES:PDF.

- Comisión Antitrust de la Comunidad Europea. 2013. “Procedimiento en los acuerdos anticompetitivos”
http://ec.europa.eu/competition/antitrust/procedures_102_en.html
- COMUNIDAD EUROPEA. Publicaciones y leyes. 2011.
http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26073_es.htm
- COMISION FEDERAL DE COMERCIO. Cómo ganan los consumidores cuando los negocios compiten. <http://www.ftc.gov/es/cumplimiento/como-ganan-los-consumidores-cuando-los-negocios-compiten>
- FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE 2006. Commentary on the Horizontal Merger Guidelines.
<https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/commentaryonthehorizontalmergerguidelinesmarch2006.pdf>
- FEDERAL TRADE COMMISSION y U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE 2010.
Commentary on the Horizontal Merger Guidelines.
<https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>

- GALETOVIC, Alexander y SANHUEZA, Ricardo. Un análisis económico de la fusión entre D&S-Falabella.
http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Informe_economico_Galetovic_Sanhueza_NC_199_07.pdf
- GOMEZ-Lobo, Andrés y GONZALEZ, Aldo. 2007. “La relación entre los precios de los alimentos y la concentración de los supermercados en Chile: Evidencia de un modelo dinámico de panel y análisis de los impactos de las fusiones propuestas en la industria”.
<http://www.econ.uchile.cl/uploads/publicacion/fbc60a3f-9950-4f7f-a0fa-e0f165225121.pdf>
- GOMEZ-Lobo, Andrés y GONZALEZ, Aldo, Comentarios al trabajo: “Economías de Escala, Concentración y Precios en la Industria de Supermercados” de los autores Loreto Lira, Magdalena Ugarte y Rodrigo Vergara
http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Informe_economico_Gonzalez_Gomez_Lobo_2_NC%20199_07.pdf
- GOMEZ-Lobo, Andrés, “La eficiencia y la competencia en los procesos de concentración”

http://www.fiscaliaeconomica.cl/descargas/dia_competencia/data/2005/disc_ddlc_2005_ag.pdf).

- INFORME DEL SECRETARIADO DE LA OCDE 2014. Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile.

http://www.oecd.org/daf/competition/Chile%20merger%20control_ESP_nov14.pdf.

- LIBERTAD Y DESARROLLO, Las virtudes de la competencia y la concentración de los mercados.

http://www.lcuc.cl/documentos_down/temas_publicos/TemasPublicos1.pdf

- LIBERTAD Y DESARROLLO, Guía de Fusiones y Concentración: Un análisis riguroso.

http://www.lyd.com/lyd/controls/neochannels/neo_ch3808/deploy/tp-783-guia%20de%20fusiones%20y%20concentracion%20un%20 analisis%20riguroso-11-08-2006.pdf)

- PRIETO, Larraín José Luis, “Algunas sombras, caso D&S- Falabella, resolución que rechazó la fusión”

http://www.lcuc.cl/documentos_down/tercera_jornada/Algunas_sombras_de_la_resolucion_sobre_Fusion_Falabella_D&S.ppt

- P. Rojas + Asociados. Informe Económico Fusión Falabella – D&S.
http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Informe_economico_Patricio_Rojas_NC_199_07.pdf
- SLOAN SCHOOL OF MANAGEMENT MASSACHUSETTS INSTITUTE OF TECHNOLOGY, Clase de repaso nº 3, “Repaso de los Conceptos de Producción y Coste.”
http://mit.ocw.universia.net/15.010/NR/rdonlyres/Global/Sloan-School-of-Management/15-010Fall-2004/D5FF28F7-26B1-412B-8114-1D507744F740/0/pro_and_cost_con.pdf
- U.S DEPARTMENT OF COMMERCE. MINORITY BUSINESS DEVELOPMENT AGENCY. Types of Company Mergers.
<https://www.mbda.gov/news/blog/2012/04/5-types-company-mergers>