



Universidad De Chile

Facultad De Derecho

Departamento De Derecho Procesal

DISEÑO INSTITUCIONAL Y RECURSOS JUDICIALES DEL RÉGIMEN DE CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

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

Vicente Fleischmann Wigodski

Profesor Guía:

Jesús Ezurmendia Álvarez

Santiago, Chile

2021

AGRADECIMIENTOS

A mi mamá, Jacqueline, por mostrarme lo que es la vida académica, inspirarme todos los días y ser un apoyo incondicional en este proceso de licenciatura.

A Javi, por su ayuda y soporte durante toda la carrera, sobre todo, en periodos de mucho stress y ansiedad.

A mis amigos de la Facultad. Sin el lindo grupo que formamos en el patio, esta carrera hubiese sido muy distinta, y probablemente no hubiese llegado tan lejos.

A Mako, por su compañía en las largas noches de este proceso.

Al profesor Jesús Ezurmendia por sus enseñanzas sobre la cotidianidad y literatura jurídica, por su metódica guía y sus comentarios.

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN	v
INTRODUCCIÓN	1
Capítulo I: DISEÑO DEL RÉGIMEN DE CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN	4
1.1. Historia del Régimen de Control de Operaciones de Concentración	8
1.2. Reforma al Sistema	11
1.2.1. La necesidad de un modelo administrativo para el control de fusiones	14
1.2.2. Informe OCDE	15
a) Parte 2 Sección 2 del Informe	16
b) Parte 2 Sección 4 del Informe	17
1.2.3. El Mensaje Presidencial que inició la tramitación de la Ley N° 20.945	21
1.3. Fiscalía Nacional Económica	23
1.4. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	27
1.5. La Corte Suprema como defensora de la Libre Competencia	30
Capítulo II: RECURSOS JUDICIALES DEL SISTEMA DE CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN	33
2.1 Concepto y Derecho al Recurso	33
2.1.1. Recursos en Libre Competencia	35
2.2 Recurso de Revisión Especial	36
2.2.1 Concepto	36
2.2.2 Naturaleza Jurídica	37
a) Historia de la Ley N° 20.945	37
b) Jurisprudencia	39
2.3 Recurso de Reclamación	43
2.3.1. Concepto	43
2.3.2. Naturaleza Jurídica	43
a) Normativa vigente	44
b) Historia de la Ley N° 20.945	47
c) Historia de la Ley N° 19.911	50
d) Jurisprudencia	52

e) Doctrina _____	55
2.3.3. Reforma al recurso de reclamación _____	60
2.4. Conclusiones _____	63
Capítulo III: RÉGIMEN DE CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EN LOS ESTADOS UNIDOS _____	65
3.1. Institucionalidad _____	65
3.2. Procedimiento de Control de Operaciones de Concentración _____	68
3.2.1. Procedimiento Litigioso Administrativo _____	73
3.2.2. Procedimiento Litigioso Judicial _____	75
3.4. Recursos _____	79
3.5. Comparación sistema chileno y estadounidense _____	83
Capítulo IV: RÉGIMEN DE CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA _____	85
4.1. Institucionalidad _____	86
4.2. Procedimiento de Control de Operaciones de Concentración _____	88
4.3. Recursos _____	94
4.4. Comparación sistema del europeo, americano y chileno _____	98
CONCLUSIONES _____	100
BIBLIOGRAFÍA _____	103
Doctrina _____	103
Jurisprudencia _____	110
Legislación _____	111

RESUMEN

En el presente trabajo se busca dar una visión general del régimen de control de operaciones de concentración que instaló la Ley N° 20.945 agregando el Título IV al Decreto Ley N° 211 de 1973. Se hace una revisión de las instituciones que intervienen en el procedimiento de notificación, su rol y ámbito de revisión del asunto. Junto con ello, se realiza un estudio detallado de los dos recursos que fueron otorgados a este procedimiento, a saber, el recurso de revisión especial ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y el recurso de reclamación ante la Corte Suprema.

Además, se realiza un paneo general de las instituciones, procedimientos y recursos existentes en el control de fusiones a nivel federal en los Estados Unidos y a nivel comunitario en la Unión Europea. En ello, se hace especial énfasis en la construcción de los procedimientos administrativos y judiciales, y del estándar de revisión que tienen las cortes a la hora de conocer los recursos en contra de la decisión administrativa. Para el cumplimiento de estos objetivos, se hizo una revisión de las fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinales del medio nacional y comparado, además de la historia fidedigna de la normativa chilena.

El trabajo sostiene que el diseño institucional y la construcción de los recursos siempre debe tomar en cuenta la especialización y experticia del órgano que ha tomado la decisión inicial y del órgano que revisará dicha decisión. En ese sentido, la orientación es que, a mayor especialización del órgano adjudicador, menor debe ser el ámbito de control del órgano revisor en las materias en que el primero está especializado. Para ello, recomendamos la aplicación de un estándar de revisión de deferencia administrativa.

Palabras clave: operaciones de concentración, diseño institucional, revisión judicial, deferencia, recursos, libre competencia.

INTRODUCCIÓN

El control de las operaciones de concentración ha ido aumentando su importancia en las distintas jurisdicciones en que se valora la libre competencia. Hace no mucho tiempo, no existía una regulación sistemática e integral para controlar estos negocios, sino que se fiscalizaban por la autoridad bajo el mismo paradigma de los otros ilícitos antimonopólicos. Esta situación es problemática puesto que muchas veces las fusiones tienen importantes diferencias con los otros ilícitos, como que las empresas no buscan generar un hecho antijurídico, sino más bien pretenden hacer crecer a sus negocios dentro del marco de lo legal. Así también estas operaciones pueden generar eficiencias que sean traspasables a los consumidores. Por ello, las autoridades no pueden juzgar una concentración con el mismo procedimiento y estándar con que sancionan los otros ilícitos contenidos en el Decreto Ley N° 211.

En la misma línea, el estudio de las operaciones de concentración por las agencias de competencia implica un análisis prospectivo, intentando vislumbrar cual será la situación futura del mercado si las empresas se unen o no, por lo que siempre hay un margen de incertidumbre en el razonamiento. Para disminuir esta incerteza futurista, el control de las fusiones ha sido delegado por los legisladores a agencias altamente calificadas y especializadas, como lo sería la Fiscalía Nacional Económica en Chile, la *Federal Trade Commission* en EE. UU. o la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea en la Unión Europea.

En la presente memoria intentamos dar una visión general del entramado institucional que creó la Ley N° 20.945 con la incorporación del Título IV al Decreto Ley N° 211 y los recursos establecidos en el procedimiento de notificaciones obligatorias. Para esto, se hará un análisis de la historia de las últimas leyes que han modificado sustancialmente el ordenamiento de libre competencia, informes de órganos internacionales y lo que ha dicho la jurisprudencia y la doctrina nacional en torno a estos asuntos.

Además, damos cuenta de la institucionalidad, procedimientos y el sistema recursivo asociado a las fusiones en el ordenamiento federal de los EE. UU. y el régimen comunitario de la Unión Europea. En Chile, la jurisprudencia, la doctrina y el legislador siempre han estado atentos

a lo que sucede en estas dos jurisdicciones en materia de libre competencia, por lo que la elección de estas tiene que ver con la cercanía natural que ha tenido nuestro medio con el país norteamericano y la Comunidad Europea. Desde nuestra primera ley antimonopolios hasta la actualidad siempre hemos mirado el ejemplo estadounidense y europeo con detención y admiración, intentando incorporar sus elementos positivos y útiles a nuestro ordenamiento. Junto con ello, es interesante observar el control de fusiones nacional con una visión comparada para comprender la forma en que se construyó, reconocer similitudes que nos permitirían un mejor entendimiento de ciertas situaciones que resultar curiosas y visualizar las cuestiones que nos quedan pendientes.

El foco principal del estudio está, como ya se dijo, en los mecanismos de impugnación que tienen los tres sistemas de control de fusiones, en cuanto creemos que estos son parte fundamental de la construcción del modelo de *enforcement* que se quiera plasmar en las instituciones y procedimientos. En ese sentido, son los recursos y sus ámbitos de revisión los que dibujan cuan amplia o restringida será la competencia que los distintos órganos puedan ejercer por sobre la decisión discrecional que toman las agencias de competencia.

El objetivo de esta memoria es servir de guía para estudiantes y litigantes que busquen introducirse en los regímenes de control de fusiones en Chile y el mundo comparado, logrando una comprensión acabada de los sistemas recursivos que tienen a su disposición los notificantes, y el ámbito de revisión que pueden ejercer los tribunales en el control de las decisiones de las agencias administrativas de libre competencia. Para ello, utilizaremos una estructura de cuatro capítulos y una sección de conclusiones según describimos en lo que sigue.

El primer capítulo (I) trata el diseño institucional que se le ha otorgado al control de fusiones en Chile, haciendo una revisión histórica de los factores que llevaron a la necesidad de una reforma establecida por la Ley N° 20.945 y el rol que juegan los diversos órganos que participan en el procedimiento.

El segundo capítulo (II) realiza un análisis exhaustivo de los recursos que el procedimiento contempla: la revisión especial ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la reclamación ante la Corte Suprema. En este, se estudian fuentes normativas, jurisprudenciales

y doctrinarias con el objetivo de desentrañar la definición y naturaleza jurídica de ambos, con especial énfasis en el estándar de revisión que tienen los dos tribunales que los conocen.

En el capítulo tercero (III) se estudia brevemente el régimen de control de fusiones de los EE. UU. a nivel federal, haciendo una revisión de su institucionalidad, procedimientos y recursos con especial énfasis en la distinción entre el procedimiento administrativo y el judicial.

El cuarto capítulo (IV) trata del régimen de control de operaciones de concentración del ordenamiento comunitario de la Unión Europea, realizando, al igual que en el capítulo anterior, un breve estudio de sus instituciones, procedimientos administrativos y los recursos judiciales. En ese estudio, hay una fijación especial por el estándar de revisión que han tenido el Tribunal General y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como los dos órganos judiciales llamados a realizar un control de la decisión administrativa, con sus debidas diferenciaciones por su instancia y funciones.

Finalmente, realizamos una sistematización de las conclusiones que se dieron en los cuatro capítulos, constatando la relevancia que implicó desarrollar un estudio comparado de las instituciones ligadas al control de las operaciones de concentración.

Capítulo I: DISEÑO DEL RÉGIMEN DE CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

El diseño de una institución jurídica es fundamental para alcanzar sus objetivos. No es una cuestión azarosa ni neutra,¹ sino más bien un tema de larga reflexión y análisis en torno a los fines que persigue y el alcance del control de las instituciones al que se quiera apuntar.² Hablar de diseño institucional no es solo comentar sobre la orgánica y formalidades de las instituciones, sino más bien, hay que entenderlas desde adentro, considerando su historia, desarrollo, su interacción con otras instituciones jurídicas y económicas,³ haciendo especial énfasis en sus prácticas. Utilizando la misma analogía de CRANE, estudiar el diseño institucional no es solo mirar los planos como un arquitecto, sino como un ingeniero evaluando su efectividad y firmeza.⁴

En materia de Libre Competencia los objetivos del legislador son claros: incentivar la actividad económica, limitar el ejercicio abusivo del poder de mercado, controlar el sistema económico,⁵ mandar a los agentes económicos a operar de forma autónoma y eficiente y, sobre todo, proteger el bienestar de los consumidores.⁶

Las operaciones de concentración son definidas por el artículo 47 del Decreto Ley 211 de 1973 que fija las normas para la defensa de la libre competencia,⁷ como un *“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 (...)”*. VALDÉS explica que la noción de fusión en el derecho de la competencia es mucho más amplia que en el derecho

¹ Richard H Thaler y Cass R Sunstein, *Un pequeño empujón (nudge): el impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad*, 2018, 17; Cass R Sunstein, *Paternalismo libertario: ¿Por qué un empujoncito?*, 2017, 16.

² Luis Cordero y Javier Tapia, “La revisión judicial de las decisiones regulatorias: Una mirada institucional”, *Estudios Públicos*, n° 139 (21 de diciembre de 2015): 11, <https://doi.org/10.38178/cep.vi139.185>.

³ Daniel A. Crane, *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement* (Oxford University Press, 2011), XIII, <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195372656.001.0001>.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*, xv.

⁶ “The principal antitrust ideologies (...) agree that protection of consumer welfare is antitrust’s ultimate purpose.” Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution* (Cambridge, MA: Harvard Univ. Press, 2008), 31.

⁷ En adelante, DL 211 o Ley de Competencia, indistintamente.

mercantil.⁸ En este último las fusiones se refieren a la unión de dos o más patrimonios sociales bajo una misma personalidad jurídica que las sucede en todos sus activos y pasivos.⁹ Por el otro lado, la concentración del derecho de la libre competencia se caracteriza por

“estar constituidas por uno o más hechos, actos o convenciones cuyo objeto consiste en alcanzar eficiencias en una actividad empresarial mediante la adquisición de participaciones sociales (accionariales y no accionariales) o activos en general cuya propiedad o control se hallaba en poder de competidores (...) mediante la cual se reduce el número de competidores o se restringe de alguna forma la competencia mercantil entre competidores en uno o más mercados relevantes.”¹⁰

En términos simples, una operación de concentración que levanta una cierta preocupación para las autoridades de competencia se verifica cuando dos empresas que tienen una participación de mercado considerable –definida por umbrales de ventas o utilidades– se unen, sea que una adquiera una cantidad de acciones que le permita ser controladora de otra, que adquiera activos de otro, fusionándose o asociándose de cualquier manera que forme un agente independiente y con funciones permanentes en el tiempo.¹¹ Esta situación podría potencialmente generar una gran concentración económica en uno o más mercados, siendo perjudicial para la competencia por posibles riesgos de coordinación y/o unilaterales,¹² por lo que debe ser controlada por el órgano competente. Las definiciones van cambiando en cada jurisdicción, pero el elemento transversal es la pérdida de independencia; los agentes que antes actuaban de forma autónoma entre sí ahora toman decisiones conjuntas.¹³

La doctrina ha clasificado las operaciones de concentración a través de la relación que tienen los agentes que cesan en su independencia. Así, se identifican tres tipos de fusiones: i) horizontales, ii) verticales y iii) de conglomerado. Las primeras son operaciones entre actuales o

⁸ Domingo Valdés, *Libre competencia y monopolio*, 1. ed (Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 530.

⁹ Juan Esteban Puga, *La sociedad anónima y otras sociedades por acciones en el derecho chileno y comparado*, Segunda edición actualizada y aumentada (Santiago [Chile]: Editorial Jurídica de Chile, 2013), 711–12.

¹⁰ Valdés, *Libre competencia y monopolio*, 531.

¹¹ DL 211, Artículo 47.

¹² Fiscalía Nacional Económica, “Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración”, octubre de 2012, 8, <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>.

¹³ “Fusiones | CeCo”, 24 de marzo de 2021, <https://centrocompetencia.com/fusiones/>.

potenciales competidores, es decir, que actúan en un mismo mercado relevante.¹⁴ Estas son las que generan mayor preocupación en las agencias de competencia por su aptitud para producir una gran concentración del mercado en que participan, y con ello riesgos de coordinación, como por ejemplo, eliminar competidores, restringir la oferta y aumentar los precios.¹⁵ Las operaciones verticales son las que tienen como protagonistas dos agentes que actúan en etapas distintas de una misma cadena de producción como proveedor o cliente,¹⁶ por ejemplo, una empresa que fabrica ropa adquiere a la empresa que le suministra la tela de algodón.¹⁷ Por último, las fusiones de conglomerado son las que no son horizontales ni verticales,¹⁸ siendo una definición residual.¹⁹

Las operaciones de concentración tienen una especial dificultad para las autoridades de competencia que no se presenta en otros ilícitos anticompetitivos, dado que estas no son *per se* atentatorias a la libre competencia, pues también pueden generar eficiencias productivas potencialmente traspasables a los consumidores.²⁰ Entre estos efectos positivos se encuentran alcanzar una economía de escala, permitiéndoles a las empresas reducir sus costos de producción, lo que podría generar un aumento en la cantidad producida, disminución de precios y ampliación de la oferta, todos efectos que son beneficiosos para el consumidor.²¹ Por el otro lado, podrían ser aptas para crear efectos anticompetitivos en uno o varios mercados, como barreras de entrada,

¹⁴ Fiscalía Nacional Económica, “Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales”, mayo de 2021, 2, <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/05/Guia-para-el-Analisis-de-Operaciones-de-Concentracion-Horizontales-mayo-VF.pdf> (Sujeta a consulta pública a la fecha de consulta 22 de mayo de 2021).

¹⁵ Timothy M Hurley, “The Urge To Merge: Contemporary Theories on The Rise of Conglomerate Mergers in the 1960s”, *JOURNAL OF BUSINESS* 1 (2006): 196.

¹⁶ Robert H. II Swennes, “Three Theories of Potential Competition under Section 7 of the Clayton Act: Reaching the Conglomerate Merger”, *Tulane Law Review* 49, n° 1 (1975 de 1974): 141.

¹⁷ U.S. Department of Justice y The Federal Trade Commission, “Vertical Merger Guidelines”, 30 de junio de 2020, 1, https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/us-department-justice-federal-trade-commission-vertical-merger-guidelines/vertical_merger_guidelines_6-30-20.pdf.

¹⁸ Hurley, “The Urge To Merge: Contemporary Theories on The Rise of Conglomerate Mergers in the 1960s”, 187 “A conglomerate merger, the focus of this Article, is often defined generally as a merger where the relationship between the two parties is neither horizontal nor vertical”.

¹⁹ La más reciente y connotada fusión de conglomerado fue entre Uber y Cornershop, en que la Fiscalía aprobó de forma pura y simple la operación. FNE, Resolución de Aprobación Operación de Concentración Uber y Cornershop, 29 de mayo de 2020, disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/06/aprob57a_F217_2020.pdf

²⁰ Fiscalía Nacional Económica, “Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales”, 5.

²¹ “Fusiones | CeCo”.

disminución la innovación, aumentos de precios,²² practicas exclusorias y abusivas que terminarán causando perjuicio a los consumidores.²³

Dado que estas operaciones pueden ser tanto beneficiosas como perjudiciales para el mercado y los consumidores, deben ser tratadas con especial cautela por las agencias de competencia para encontrar un equilibrio en que no se prohíban todas las operaciones, pero estableciendo un claro estándar para limitar sus efectos negativos.²⁴ A nivel comparado, como así también en Chile, dicho estándar de prohibición está dado por la “aptitud para reducir sustancialmente la competencia” (o SLC, por sus iniciales en inglés).²⁵ Además, es importante comprender que el estudio para evaluar los efectos de la convención requiere de un análisis prospectivo, es decir, que mira los efectos de eficiencia pro competitiva y los anticompetitivos hacia el futuro, por lo que requiere de una investigación técnicamente especializada para poder predecir el comportamiento futuro de la empresa.²⁶

Lo descrito previamente sobre las operaciones de concentración da cuenta de que no es cualquier institución a la que se le puede encargar el control de dicha materia, sino que debe ser una con altos niveles de profesionalismo, especialización y experticia. El diseño institucional debe ser consciente de ello, y encargar todo el procedimiento relativo al control de fusiones a órganos que tengan las competencias y aptitudes necesarias para aprovechar lo beneficioso que puede ser una concentración, así como también lograr determinar cuáles pueden ser perjudiciales para el sistema de libre mercado.

²² TDLC, 27 de noviembre de 2018, Sentencia Rol N° 166-2018, Considerando 13. Esta operación, que será analizada en profundidad *infra* (Sección 2.2), fue prohibida, entre otras razones, por una tendencia al alza de precios en caso de verificarse la fusión.

²³ Fiscalía Nacional Económica, “Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales”, 17-24.

²⁴ TDLC. Resolución N° 39/2012, considerando 10.1. “En toda operación de concentración debe realizarse un balance entre los riesgos que conlleva ésta para la competencia, y que corresponden a las fuerzas que ejercen presión hacia el alza de precios, y las posibles eficiencias alcanzables mediante la misma, que pueden significar una presión hacia la baja de precios en el mercado.”

²⁵ DL 211, Artículo 57 “(...) el Fiscal Nacional Económico deberá: (...) c) Prohibir la operación notificada, cuando concluya que la misma cuenta con aptitud para reducir sustancialmente la competencia”. “Fusiones | CeCo”. Clayton Act § 18 “*substantially to lessen competition*”. Reglamento (CE) N° 139/2004 “concentraciones que puedan obstaculizar de forma significativa la competencia”.

²⁶ Paula Pera, “OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN DE CONGLOMERADO EN CHILE Riesgos de la concentración económica inter-mercados”, *Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile*, julio de 2016, 28, <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/143973>.

En lo que sigue de este capítulo veremos la historia comparada y chilena del régimen de control de fusiones, para luego analizar que rol juega cada una de las instituciones que intervienen en el proceso, con el fin de ilustrar el funcionamiento del procedimiento de notificación preventivo y obligatorio.

1.1. Historia del Régimen de Control de Operaciones de Concentración

El primer régimen de control de operaciones de concentración fue consagrado en Estados Unidos, en la *Clayton Act* de 1914. Esta ley prohibía, en su sección 18a la adquisición de acciones o participación de un comerciante a otro o de una persona sujeta a la jurisdicción de la *Federal Trade Commission* (FTC) que tengan la aptitud de “reducir sustancialmente la competencia o tiendan a crear monopolios.”²⁷ La ley se hizo necesaria dado que la *Sherman Act* de 1890, al estar destinada principalmente a combatir monopolios y carteles (*trusts*),²⁸ no pudo controlar las cerca de 4.000 empresas que se fusionaron, creando 313 *trusts* que controlaban la economía estadounidense al inicio del siglo XX.²⁹ Esta normativa fue mejorada por la *Celler-Kefauver Act* de 1950, ampliando la redacción de la *Clayton Act* para que entraran a la tipología de la sección 18a no solo adquisiciones de acciones, sino también de activos, para así cerrar una laguna que

²⁷ Clayton Act 1914, §18. “No person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another person engaged also in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly. No person shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of one or more persons engaged in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition, of such stocks or assets, or of the use of such stock by the voting or granting of proxies or otherwise, may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.” Disponible en: https://wps.prenhall.com/wps/media/objects/2352/2409149/Documents_Library/clayton.htm

²⁸ Con la industrialización de los Estados Unidos, por primera vez, compañías o personas naturales comenzaron a acumular una gran cantidad de poder económico y riquezas. Estas empresas o personas fueron denominados “*trusts*”, “una serie de empresas entrelazadas que, aunque parecieran competidoras, eran en realidad monopolios o casi monopolios (...) Desde que la Ley Sherman, aprobada por el Congreso de los Estados Unidos en 1890, se aprobó en gran medida para combatir los *trusts*, la ley de competencia estadounidense se conoció como ley antimonopolio (*antitrust law*), y el nombre se ha mantenido.” C. Paul Rogers III, “A Concise History of Corporate Mergers and the Antitrust Laws in the United States”, *National Law School of India Review* 24, n° 2 (2013): 11.

²⁹ Ralph L. Nelson, “Merger Movements in American Industry, 1895-1956” (National Bureau of Economic Research, 1 de enero de 1959), 71–105, <https://www.nber.org/books-and-chapters/merger-movements-american-industry-1895-1956>.

había dejado la normativa anterior y que había sido intensamente aprovechada por los empresarios norteamericanos.³⁰

La *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* de 1976 agrega una nueva sección a la normativa existente,³¹ la cual insta por primera vez el régimen de control preventivo y obligatorio de las operaciones de concentración para empresas que sobre pasen cierto umbral de ventas anuales o de activos. Esta modificación permite que la agencia de competencia investigue los posibles efectos competitivos previo a que la fusión ocurra, manteniendo a los agentes como independientes con medidas cautelares antes de cualquier resolución firme, evitando así el problema de dividir las entidades ya unidas.³²

En Chile, el régimen de control de operaciones de concentración se encuentra regulado en el DL 211, en el que fue incorporado, a través de la Ley N° 20.945, el título IV “De las Operaciones de Concentración”. Antes de la Ley N° 20.945 publicada en Agosto de 2016, el régimen estaba regulado en el mismo cuerpo normativo antes referido, en sus artículos 18 N° 2, 31 y 32. En estos artículos no se hacía referencia alguna al concepto de operación de concentración, sino que se comprendía dentro de la potestad consultiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia sobre asuntos de carácter no contencioso que pudieran infringir el artículo 3 de la ley a través de un “hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”.³³ Así entonces, había una ausencia de reglas e institucionalidad especialmente dedicada a la materia. Esta carencia de robustez en la institucionalidad de fusiones viene dada desde los inicios de la regulación antimonopólica chilena, con el Título V de la Ley N° 13.305 de 1959 que crea las Comisiones Resolutivas,³⁴ antecedentes directos de lo que hoy es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia,³⁵ las que tampoco tenían una regulación especialmente dedicada a las fusiones. En definitiva, lo que había antes de la Ley N° 20.945 era, en palabras de NEHME y MORDOJ:

³⁰ Rogers III, “A Concise History of Corporate Mergers and the Antitrust Laws in the United States”, 14–15.

³¹ En adelante, *HRS Act*. Disponible en: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-90/pdf/STATUTE-90-Pg1383.pdf#page=15>

³² Rogers III, “A Concise History of Corporate Mergers and the Antitrust Laws in the United States”, 21–22.

³³ Artículo 18 N° 2 DL 211

³⁴ Ley N° 13.305, disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=27399&tipoVersion=0>

³⁵ En adelante, TDLC, Tribunal o Tribunal de la Competencia, indistintamente.

“(…) una tradición jurisprudencial que, basada en la interpretación del TDLC (y antes la Comisión Resolutiva) ha hecho de las normas que contemplan la consulta voluntaria sobre la consistencia con el DL 211 de hechos, actos o contratos por celebrarse —artículos 18 N° 2, N° 31 y N° 32—, ha revisado ex ante, por vía no contenciosa, operaciones de concentración para determinar, en base a su aptitud real para afectar la libre competencia, su aprobación, rechazo, o aceptación sujeta a condiciones. La aplicación de esas normas se ha acompañado de un desarrollo normativo, dado a través de Autos Acordados dictados por el TDLC.”³⁶

El hecho de que no haya existido una institucionalidad técnica y un procedimiento especialmente dedicado al control de fusiones generaba ciertos problemas prácticos y sistémicos para el orden económico nacional. En el periodo anterior al 2017,³⁷ Chile tenía un régimen semi-voluntario, lo que significa que el Tribunal conocía, por un lado, de las consultas que realizaban las partes de la operación de forma voluntaria, la Fiscalía Nacional Económica o terceros ajenos a la operación.³⁸ Este último aspecto generaba que una parte importante de los recursos de la División de Fusiones y Estudios de aquella agencia se dedicara a monitorear la prensa con el fin de encontrar operaciones anunciadas o consumadas que pudieran merecer su atención para un estudio y posterior consulta.³⁹ Además de las consultas, la FNE o cualquier interesado podían demandar en contra de una operación consumada por infringir el artículo 3 del DL 211, obligando a las partes a informar su acuerdo.⁴⁰ Este, y otros problemas fueron evidenciando que el procedimiento de control de fusiones chileno requería de una reforma estructural, a la cual nos referiremos en la siguiente sección.

³⁶ Benjamín Mordoj y Nicole Nehme, “Diseños institucionales de control de concentraciones. Análisis y propuestas”, *Estudios Públicos*, n° 125 (14 de enero de 2012): 101–2, <https://doi.org/10.38178/cep.vi125.315>.

³⁷ Aunque la reforma fue publicada en Agosto del 2016, el capítulo IV “De las Operaciones de Concentración” entró en vigencia en julio del 2017, por mandato del artículo 1° de las disposiciones transitorias de la ley 20.945. La vigencia del capítulo estaba sujeta a condición y plazo suspensivo, en concreto, 6 meses después de la publicación de la Resolución Exenta N° 667 de fecha 24 de noviembre de 2016.

³⁸ En adelante, FNE o Fiscalía, indistintamente.

³⁹ Secretariado OCDE, “Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile”, 2014, 74, véase nota 174.

⁴⁰ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, “Historia de la Ley N° 20.945” (2016), 9, <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5311/>.

1.2. Reforma al Sistema

Como se dijo previamente, el procedimiento de notificación voluntaria de fusiones contenía varios problemas que sólo podían ser subsanados por una reforma legislativa.⁴¹ De esta forma, la doctrina y organismos internacionales identificaron las siguientes deficiencias que nos gustaría comentar: la excesiva demora del procedimiento, la carencia de umbrales que le permitieran a los agentes saber cuándo es buena idea someter su operación al control de la autoridad, la posibilidad de que se requiriera la disolución de la entidad resultante luego del acuerdo celebrado, la falta de un tipo específico para sancionar las operaciones anticompetitivas, y un procedimiento eminentemente jurisdiccional.

Los plazos que tenía el procedimiento de consulta al TDLC eran problemáticos puesto que ignoraban las dinámicas del mercado y los negocios. Los procedimientos duraban, en la práctica, entre 188 a 761 días hábiles (de 6,2 a 25 meses), cuando se llegaba a sede de reclamación ante la Corte Suprema.⁴² Estos tiempos parecen excesivos considerando que el tiempo que toman en latitudes comparadas está entre los 25 y 120 días hábiles.⁴³ Estos plazos hacían imposible que las empresas aprovecharan las eficiencias que pudieran generar las operaciones. Además de esto, las partes podrían estar implementando *clean teams* u otros resguardos de *due diligence* para evitar imputaciones de actuación coordinada mientras que pende la resolución del Tribunal,⁴⁴ lo que implica realizar grandes gastos de dinero por periodo prolongado de tiempo.⁴⁵

Si bien la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración dictada por la FNE en 2012 avanza en diversas materias con el fin de darle mayor certeza a este procedimiento, se quedaba corta en ese mismo objetivo al no dar una clara respuesta a la pregunta de a quiénes si la

⁴¹ Cristóbal Caviedes, “Control de fusiones y nueva guía para el análisis de operaciones de concentración: lo positivo, lo que falta y lo que sólo el legislador puede solucionar”, *Ius et Praxis* 20, n° 2 (2014): 359, <https://doi.org/10.4067/S0718-00122014000200010>.

⁴² Secretariado OCDE, “Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile”, 125–26.

⁴³ Mordoj y Nehme, “Diseños institucionales de control de concentraciones. Análisis y propuestas”, 115.

⁴⁴ Los *clean teams* son un grupo de personas no pertenecientes a las partes de la operación (usualmente, consultores externos), que operan bajo ciertos protocolos para obtener y analizar información confidencial, competitiva y sensible relacionada a las partes de una operación de concentración, mientras que la operación no sea consumada o aprobada por la agencia reguladora. “Compensation Force: Clean Teams: An Emerging Tool for M&A Integration”, accedido 18 de abril de 2021, https://www.compensationforce.com/2006/10/clean_teams_an_.html.

⁴⁵ *Ibid.*

operación es susceptible de ser notificada o no, a través de umbrales de ventas netas anuales o utilidades netas anuales.⁴⁷ Lo que intentan decir los umbrales es que, sobre cierta cantidad de ventas o utilidades, es posible que dicha fusión contenga un riesgo competitivo, por lo que es una “buena idea” que se sujete a un procedimiento de control por la agencia de competencia porque, recordemos, en esta época no había obligatoriedad alguna de notificar a la FNE.⁴⁸

El TDLC no tenía la potestad de prohibir preventivamente una fusión si consideraba que era ilícita por infringir el artículo 3 de la Ley de Competencia. En cambio, el tribunal tenía dos formas de proceder: i) podía establecer condiciones o medidas para que la operación se celebrara y no hubiera riesgo para la competencia o,⁴⁹ ii) podía “dejar” que la operación se verificara y esperar a que la FNE o un tercero interpusiera un requerimiento para que la dejara sin efectos por ser contraria al artículo 3. Esta segunda posibilidad es claramente atentatoria contra el principio preventivo y la economía procesal. Entonces, este mecanismo permitía que se consultara por operaciones ya consumadas, lo que produce un problema si fueran eventualmente declaradas ilícitas, pues significaría tener que deshacer el acuerdo,⁵⁰ dividir las entidades fusionadas con sus activos y pasivos involucrados en la operación, cuestión que es prácticamente irrealizable.⁵¹

En caso de que la Fiscalía hallara una fusión anticompetitiva consumada, no tenía una tipología específica para solicitar su sanción ante el TDLC por la ejecución de ese acuerdo, sino que debía sujetarse al tipo general del artículo 3 DL 211.⁵² Esto generaba dos problemas: el primero tiene que ver con que la Fiscalía tendría que subsumir la conducta de las partes de la operación en un tipo extremadamente general y de textura abierta, como lo es el “cheque en blanco” del artículo 3 del DL 211,⁵³ debiendo acreditar que la operación pone en peligro o lesiona la libre

⁴⁷ *Ibid*, 363–64.

⁴⁸ *Ibid*.

⁴⁹ Valdés, *Libre competencia y monopolio*, 537.

⁵⁰ Así mismo lo declara la Comisión Resolutiva en el Caso Lan-LADECO en la Resolución N° 445 de 10 de agosto de 1995 en Luis Montt (coord.) y Nicolás Stitchkin, *Ley antimonopolios*. Jurisprudencia Comisión Resolutiva 1995-1997, tomo ix, p. 54.

⁵¹ Einer Elhauge y Damien Geradin, *Global Competition Law and Economics*, Hart Publishing, vol. Primera edición (Portland, Estados Unidos, 2007), 800. Caviedes, “Control de fusiones y nueva guía para el análisis de operaciones de concentración”, 358.

⁵² Valdés, *Libre competencia y monopolio*, 535–41.

⁵³ La expresión “cheque en blanco” fue utilizada por Frank H. Easterbrook a propósito de la Sherman Act en EE. UU., y se ha utilizado comúnmente para referirse a la tipología abierta y general que contienen las legislaciones

competencia,⁵⁴ en circunstancias de que en las fusiones es complejo determinar su carácter anticompetitivo dado sus posibles efectos de eficiencia.⁵⁵

El segundo problema es que no tendría una sanción apropiada vinculada a la calidad del injusto que se está cometiendo, sino que debían aplicarse las sanciones del artículo 26 literales a), b) o c), los cuales no fueron pensados especialmente para la materia, sino que fueron creadas para ilícitos como la colusión, juzgados en procedimientos contenciosos.⁵⁶ En los hechos, para lograr aplicar una multa, la FNE debía llevar la operación a un procedimiento contencioso, debiendo solicitar la sanción y logrando que el TDLC concluya que la concentración presentada genera efectos anticompetitivos.⁵⁷ Las fusiones no deben tratarse de la misma forma que los otros ilícitos antimonopólicos, puesto que, aunque obtengan, mantengan o aumenten su poder de mercado, lo que puede ser *a priori* sancionable, también es posible que generen efectos beneficiosos que puedan ser transferidos a la sociedad civil.⁵⁸

Por el otro lado, VALDÉS plantea que no es necesario reformar el sistema de libre competencia para establecer un control expreso a las fusiones,⁵⁹ puesto que el régimen planteado no consideraría cada mercado relevante con sus características distintivas y esenciales.⁶⁰ Señala que un determinado nivel de concentración en el mercado no supone un correlativo poder de

antimonopolio en sus primeros artículos para sancionar actos, contratos o hechos que sean contrarios al libre comercio, como el artículo 3 de nuestro DL 211 y el artículo 1 de la Sherman Act. Frank H. Easterbrook, “Workable Antitrust Policy”, *Michigan Law Review* 84, n° 8 (agosto de 1986): 1702, <https://doi.org/10.2307/1288943>. Jorge Grunberg Pilowsky, “Regla per se para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores: un problema regulatorio aparente”, *Investigaciones CeCo*, febrero de 2020, 13.

⁵⁴ Valdés, Libre competencia y monopolio, 535.

⁵⁵ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 20.945, 12.

⁵⁶ Mordoj y Nehme, “Diseños institucionales de control de concentraciones. Análisis y propuestas”, 108.

⁵⁷ Secretariado OCDE, “Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile”, 50.

⁵⁸ Valdés, Libre competencia y monopolio, 536.

⁵⁹ Valdés se refiere a Proyecto de Ley que “Regula fusiones y tomas de control de empresas”, en Boletín No 3618-03, en que se proponía agregar un artículo 3 bis al DL 211 que señalara “Sin perjuicio de lo establecido en esta ley, todo proyecto u operación de concentración de empresas deberá obtener un pronunciamiento previo y favorable del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia cuando: 1.- Como consecuencia de la operación se adquiriera o se incrementara una cuota igual o superior al 30 por 100 del mercado nacional, o de un mercado geográfico definido dentro del mismo, de un determinado producto o servicio, o;

2. El volumen de ventas global en nuestro país del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 20.000 millones de pesos, siempre que al menos dos de las empresas realicen individualmente en Chile un volumen de ventas superior a 3.500 millones de pesos. (...)” Disponible en: <https://www.bcn.cl/laborparlamentaria/wsgi/consulta/verParticipacion.py?idParticipacion=1800633> (accedido el 25 de abril de 2021).

⁶⁰ Valdés, Libre competencia y monopolio, 539.

mercado o que puedan generar un efecto nocivo debiendo ser prohibidas,⁶¹ por lo que el análisis debe comprender todos los elementos propios de un mercado relevante.⁶² Critica también la demora que podría significar darle la facultad de investigar las fusiones a la FNE, y que el TDLC ya conoce de demasiados asuntos, considerando que es un tribunal especialísimo, como para otorgarle un control de todas las operaciones que cumplan ciertos requisitos.⁶³

Sin perjuicio de lo anterior, creemos que esta crítica es, en parte, acertada puesto que en los términos en que se pretendía plantear el control de fusiones por el Boletín N° 3618-03, este hubiese generado una sobre notificación y un eventual análisis carente de sentido por no contar con un criterio discrecional como el de “reducción sustancial de la competencia”. Sin embargo, creemos que otorgarle la facultad de investigar las operaciones a la FNE es muy positivo, puesto que al ser una agencia administrativa los plazos y procedimientos podrían ser totalmente razonables, como veremos en la sección que sigue.

1.2.1. La necesidad de un modelo administrativo para el control de fusiones

A pesar de que el procedimiento fuera conocido a través de la potestad consultiva del TDLC, este era eminentemente jurisdiccional y litigioso, lo que implicaba una lógica de rivalidad entre las partes de la operación y la FNE, dificultando el acceso a la información necesaria para el óptimo y cabal conocimiento del hecho, acto o contrato. Este modelo no permitía que las partes durante el procedimiento supieran cómo les estaba yendo, sino que debían presentar un pliego de medidas de mitigación de forma unilateral, y esperar a que el TDLC se pronunciara a través de una resolución que aprobaba o rechazaba tajantemente lo ofrecido y la fusión.⁶⁴ El modelo adjudicatorio falla en poder sopesar ciertos detalles y sensibilidades que pueden darse en circunstancias competitivas en que hay un aumento del poder de mercado, pero también hay eficiencias resultantes de ese incremento. ¿Hay una infracción a la competencia en ese caso?

⁶¹ *Íbid*, 532 y 540.

⁶² *Íbid*, 540.

⁶³ *Íbid*.

⁶⁴ Mordoj y Nehme, “Diseños institucionales de control de concentraciones. Análisis y propuestas”, 116–17.

La judicatura podría enfrentar este problema poniendo en una balanza los efectos positivos y negativos generados por una operación, pero esta aproximación es posible que genere problemas de desinversión cuando las eficiencias no superen con creces las ineficiencias, pues nadie querría arriesgarse a cruzar un poco la línea y ser sancionado.⁶⁵ En la práctica del modelo adjudicativo no hay espacio para grises, la conducta viola la regla siendo firmemente penada, o no la viola, quedando libre de sanción.⁶⁶ “Este duro dualismo no deja un término medio para soluciones legales prácticas a los problemas relacionados al poder de mercado.”⁶⁷

En el derecho comparado la aproximación utilizada para estos procedimientos es la administrativa, pues según señala CRANE, el modelo administrativo es caracterizado por su énfasis en la resolución de conflictos y no en la búsqueda de responsabilidades, llegando, por lo general, a soluciones negociadas e informales,⁶⁸ por lo que es lo ideal para la institucionalidad en estudio. En este sentido, el modelo administrativo proporciona flexibilidad procesal, lo que permite que la autoridad fije reuniones con las partes con cierto grado de libertad, la posibilidad de negociar durante el proceso medidas de mitigación, la chance de declarar el procedimiento como confidencial,⁶⁹ todo esto con el fin de facilitar la colaboración entre los involucrados en el control de fusiones y obtener soluciones conjuntas.

1.2.2. Informe OCDE

Junto con las críticas de la doctrina respecto del régimen de operaciones de concentración chileno, hubo un informe de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico,⁷⁰ requerido por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo que también dio cuenta de las principales falencias que tenía el sistema de libre competencia nacional en esta materia, y propuso algunas “recomendaciones para su mejora de conformidad con los estándares de la OCDE y las mejores prácticas internacionales.”⁷¹

⁶⁵ Crane, *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*, 97–100.

⁶⁶ *Ibid.*, 101.

⁶⁷ *Ibid.* Traducción propia.

⁶⁸ *Ibid.*, 103.

⁶⁹ Caviedes, “Control de fusiones y nueva guía para el análisis de operaciones de concentración”, 370–71.

⁷⁰ En adelante, la “OCDE” o la “Organización” indistintamente.

⁷¹ Secretariado OCDE, “Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile”, 3.

En cuanto a la creación del título IV del DL 211, la influencia de la OCDE es manifiesta si consideramos que tanto en el mensaje presidencial de la Ley N° 20.945, como a lo largo de toda la historia legislativa, hay referencias expresas al informe de julio de 2014 preparado por la Organización.⁷³ Es por esto, que parece relevante compartir sucintamente los principales problemas que fueron identificados y recomendaciones entregadas, como un insumo necesario para comprender la forma en que se construyó el actual diseño institucional en la materia.

El informe se divide, en lo más general, en dos partes. La primera, se aboca a caracterizar el funcionamiento del régimen de operaciones de concentración en esa época. En la segunda, que es la que nos parece más importante, se identifican las principales problemáticas del sistema y se establecen recomendaciones para la adopción de un régimen “más efectivo, eficaz y transparente.”⁷⁴ Sin perjuicio de que el mismo informe declara que las recomendaciones son interdependientes, por lo que en una eventual reforma deben ir de la mano, nosotros analizaremos las secciones 2 y 4 por ser las que tienen mayor relación al diseño institucional y las críticas que hemos expuesto *supra*.⁷⁵

a) Parte 2 Sección 2 del Informe

La sección 2 se refiere a la falta de un marco legal especializado para las operaciones de concentración, lo que generaría una inseguridad jurídica para autoridades, empresas, consumidores y la sociedad en general.⁷⁶

A nivel de autoridades, se presentan dos problemas derivados de que tanto el TDLC, como la FNE, regulaban este procedimiento a través de Autos Acordados y Guías (*soft law*), respectivamente. El primer problema, tendría que ver una cuestión de constitucionalidad, puesto que en ausencia de normas de rango legal, las autoridades han emitido normativa de jerarquía *infra*-legal que podría considerarse que va más allá que la ley, siendo posible su cuestionamiento

⁷³ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 20.945, 8–9, 55–73, 97–102, 138–88, 232, 248, 308. Esto será estudiado en detalle en la Sección 1.2.3.

⁷⁴ Secretariado OCDE, “Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile”, 53.

⁷⁵ Sección 1.2.

⁷⁶ Secretariado OCDE, “Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile”, 59.

en los tribunales por vulneración del principio de legalidad y tipicidad que debe regir la potestad sancionatoria de la Administración.⁷⁷ El segundo problema tendría relación con un riesgo de incompatibilidad de la normativa de las autoridades, toda vez que estas son de carácter autónomo e independiente, por lo que sus pronunciamientos podrían ser contradictorios.⁷⁸

A nivel de las empresas, “la falta de normas vinculantes claras bajo las cuales las operaciones deben ser analizadas, los plazos del proceso, y las normativas sustantivas aplicables” pueden generar problemas de “sobre notificación” o de “baja notificación”.⁷⁹ Las empresas más dispuestas a tomar riesgos podrían verse disuadidas de informar su acuerdo o negocio a la autoridad competente, generando que haya operaciones anticompetitivas que queden fuera del control de concentraciones (bajo control).⁸⁰ Esto podría afectar gravemente la competencia en los mercados y a los consumidores por existir una empresa que ejerza abusivamente su gran poder de mercado.⁸¹ Por el otro lado, las empresas más conservadoras y precavidas podrían abandonar proyectos que sean potencialmente beneficiosos para los consumidores por razones de eficiencia o innovación, o bien podrían incurrir en una “sobre notificación”, avisándole a la autoridad fusiones que no tienen ninguna aptitud para dañar el mercado, malgastando tiempo y recursos de la empresa y de la autoridad en analizar dichos acuerdos (sobre control).⁸² Es por esto, que los agentes económicos necesitan señales claras para saber si su operación debe ser notificada, comunicación que comúnmente se da a través de los umbrales.⁸³

b) Parte 2 Sección 4 del Informe

En cuanto a la sección 4, esta realiza una crítica de las facultades de análisis de la FNE y el TDLC en el contexto de un procedimiento general de libre competencia, y no uno especializado para el control de fusiones. En ese sentido, la Organización señala que tener un procedimiento general para el análisis de las concentraciones plantea problemas de legalidad, transparencia,

⁷⁷ *Íbid.*

⁷⁸ *Íbid.*

⁷⁹ *Íbid.*, 60–61.

⁸⁰ *Íbid.*

⁸¹ *Íbid.*

⁸² *Íbid.*

⁸³ Caviedes, “Control de fusiones y nueva guía para el análisis de operaciones de concentración”, 363.

efectividad y eficiencia.⁸⁴ El análisis que había en la época anterior a la Ley N° 20.945 no era simplificado ni predecible, dado que existían múltiples procedimientos por los cuales la autoridad podía conocer de una operación de concentración de forma separada, simultánea o sucesiva; a través de una consulta planteada por las partes o la FNE al TDLC, una acción contenciosa ante el TDLC por infracción al artículo 3, o por una presentación para el análisis del Fiscal Nacional.⁸⁵

El procedimiento tampoco tenía una distinción de fases, como sí lo hacían muchos regímenes comparados, en donde las operaciones que no son problemáticas son resueltas en una primera fase de análisis reducido y rápido, mientras que las potencialmente anticompetitivas pasan a una segunda etapa de estudio con mayor detención.⁸⁶ Lo anterior, sumado a que no habían plazos determinados ni razonables, generaba que las partes no tuvieran claridad de cuánto duraría la consulta o el contencioso, pudiendo durar incluso más de un año, independiente de si la operación implicaba serias preocupaciones de competitividad, o no.⁸⁷

Otra deficiencia identificada por la Organización es que no existía un procedimiento especializado para la imposición de condiciones para eliminar los riesgos anticompetitivos que pudiera tener una operación.⁸⁸ Dada la multiplicidad de procedimientos que ya señalamos, también había varios caminos para imponer condiciones como un acuerdo extrajudicial entre la FNE y las partes que debía someterse a aprobación del TDLC, por conciliación judicial entre la Fiscalía y las partes en un procedimiento contencioso ante el Tribunal, o por una resolución del Tribunal que imponga medidas luego de un procedimiento consultivo o contencioso.⁸⁹

El procedimiento de consulta por las partes es el más utilizado, pero no permite la negociación, acuerdo o conciliación en torno a las condiciones, ni la proposición de las partes de medidas de mitigación, es decir, las condiciones solo pueden ser impuestas unilateralmente por el

⁸⁴ Secretariado OCDE, “Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile”, 96.

⁸⁵ *Íbid.*

⁸⁶ *Íbid.* Un ejemplo de un procedimiento bifásico es el de la Unión Europea, el que veremos con detención en el Capítulo IV: RÉGIMEN DE CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

⁸⁷ *Íbid.*, 96 y 99.

⁸⁸ *Íbid.*, 97.

⁸⁹ *Íbid.*

TDLC.⁹⁰ Esto genera que las partes no puedan anticipar el resultado de la consulta,⁹¹ y que las medidas puedan no ser las más idóneas para mitigar los efectos anticompetitivos, toda vez que quienes mejor conocen el mercado en que se inserta la operación y las medidas para mitigar los efectos negativos sobre este son los mismos actores de ese mercado.⁹² Además, desincentiva a las partes a consultar al TDLC, y considerando la alta probabilidad de que queden inconformes, se estaría incentivando a que recurran de reclamación ante la Corte Suprema.⁹³

El proceso carece de una activa y fluida comunicación entre el Tribunal y las partes, la cual es fundamental para el éxito del análisis. La ausencia de un proceso colaborativo y la resolución unilateral del TDLC explica la gran cantidad de reclamaciones promovidas por las partes.⁹⁴ De esta forma, el análisis de operaciones de concentración se daba en un contexto de agencia judicial y adjudicatoria, y no administrativa, que es el modelo ideal según señalamos *supra*.⁹⁵

Frente a estos problemas de carácter procesal, la OCDE plantea una solución que vale la pena mencionar por ser relevante en el régimen que instauró la Ley N° 20.945: se recomienda establecer un procedimiento de dos etapas. La primera etapa permitiría analizar y aprobar rápidamente operaciones que no presenten mayores preocupaciones competitivas a la autoridad, o que pueden solucionar sus problemas fácilmente con la aplicación de medidas.⁹⁶ La segunda fase sería para operaciones que requieran un estudio más detallado y detenido por ser muy complejas o plantear problemas competitivos.⁹⁷

La Organización indica que este procedimiento bifásico puede consagrarse de dos formas. La primera opción sería que la primera fase sea ante la FNE, y la segunda ante el TDLC. La segunda opción es que ambas fases sean conocidas por la FNE, pero que puedan revisarse judicialmente ante el TDLC. La primera opción permite que la Fiscalía actúe como un primer

⁹⁰ *Íbid.*

⁹¹ *Íbid.*, 98.

⁹² Incluso considerando que los jueces del TDLC son juristas y economistas, según dispone el artículo 6 inciso 1 letra b).

⁹³ Secretariado OCDE, “Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile”, 98.

⁹⁴ *Íbid.*

⁹⁵ Sección 1.2.

⁹⁶ Secretariado OCDE, “Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile”, 2014, 102.

⁹⁷ *Íbid.*

filtro, pudiendo aplicar medidas de mitigación bajo ciertas condiciones y sin poder prohibir una fusión, y que el TDLC sea quien decida en casos más complejos o con problemas que requieran de un estudio con detención,⁹⁸ como es el caso de los Estados Unidos, según veremos *infra*.⁹⁹ Esta opción estaba en línea con lo planteado por el presidente del TDLC, TOMÁS MENCHACA, en su Cuenta Pública de 2013.¹⁰⁰ Sin embargo, la misma Organización señala que el Tribunal ha tendido a manejar las fusiones como un tribunal adjudicativo, mientras que el control de operaciones requiere de un procedimiento abierto y colaborativo con las partes, especialmente en Fase II donde se necesita gran cantidad de información que es difícil de obtener por cuenta del Tribunal.¹⁰¹

La segunda opción implica que la Fiscalía tendría competencia exclusiva en el conocimiento y análisis de las operaciones, tanto en Fase I como en Fase II, pudiendo aprobar pura y simplemente o con condiciones en la Fase I, y en la Fase II, aprobar en alguna de estas dos modalidades, o prohibir la concentración.¹⁰² Por su parte, el TDLC tendría amplias facultades de revisión de las decisiones de la FNE.¹⁰³

Esta opción permite aprovechar todos los beneficios aparejados a que el análisis de la fusión esté a cargo de una agencia administrativa, a la vez que se garantiza el derecho a recurrir ante un tribunal altamente calificado en controversias de competencia. Se debe recalcar que el Informe no hace referencia alguna a la posibilidad de que la decisión del revisor pueda impugnarse ante la Corte Suprema. La relevancia de esto radica en que ni las mejores prácticas internacionales, las Recomendaciones sobre Concentraciones de la OCDE o las Prácticas Recomendadas para Procedimientos de Notificación de Concentraciones de la Red Internacional de Competencia (ICN, por su sigla en inglés), como fuentes principales del informe, recomiendan tener un segundo revisor que sea generalista. Un análisis *in extenso* de este rasgo de nuestra institucionalidad se realizará *infra*.¹⁰⁴

⁹⁸ *Ibid*, 105.

⁹⁹ Sección 3.2. Procedimiento de Control de Operaciones de Concentración

¹⁰⁰ TDLC, “Novena Cuenta Pública del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, 13 de mayo de 2013, 13.

¹⁰¹ Secretariado OCDE, “Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile”, 105.

¹⁰² *Ibid*, 105–106.

¹⁰³ *Ibid*, 106.

¹⁰⁴ Nota al profesor: aún no sé si esta referencia será al 1.5 o al 2.3, depende cómo queden esas dos secciones.

1.2.3. El Mensaje Presidencial que inició la tramitación de la Ley N° 20.945

La reforma del sistema de control de fusiones es iniciada por el mensaje de la Presidenta MICHELLE BACHELET al Congreso Nacional con el que inicia el proyecto de ley que modifica el DFL N° 1 de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL 211, de 1973, a través del Boletín N° 9.950-03 ingresado el 19 de marzo de 2015.¹⁰⁵ Este proyecto busca modificar y complementar la Ley de Competencia en una amplia variedad de materias, entre las cuales se incluye la creación del Título IV denominado “De las operaciones de concentración”,¹⁰⁶ por lo que crea todo un nuevo procedimiento para estas.

Haciendo una primera revisión del mensaje presidencial, la influencia del Informe de la OCDE es clara y explícita, dado que se transcribe la conclusión más importante a la que llega la Organización:

*“La principal conclusión de este informe es que el actual régimen de control de operaciones de concentración carece de transparencia, seguridad jurídica y predictibilidad, elementos claves para un eficaz sistema de control de concentraciones. Las principales razones de la situación actual en Chile son: la falta de disposiciones legales para el control de concentraciones, la carencia de criterios jurisdiccionales claros, el que el control esté sujeto a procedimientos generales antimonopolios que no fueron diseñados para tales fines y la ausencia de facultades específicas entre la FNE y el TDLC”.*¹⁰⁷

Junto con la anterior, hay otra referencia expresa en el mensaje de la Presidenta que se refiere a ciertos objetivos de la creación del Título IV, que serían:

“dotar a nuestro sistema de defensa de la libre competencia de un régimen de control de operaciones de concentración que otorgue garantías a todos los actores involucrados, que resuelva en forma transparente y predecible los casos que lleguen a su conocimiento y que

¹⁰⁵ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 20.945, 3.

¹⁰⁶ *Íbid*, 8 y ss.

¹⁰⁷ *Íbid*, 8. Secretariado OCDE, “Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile”, 7.

transmita seguridad jurídica a quienes pretenden llevar a cabo importantes proyectos de negocios, con esta iniciativa nos hacemos cargo de las recomendaciones formuladas por la OCDE, proponiendo que Chile adopte los mejores estándares y prácticas en la materia.”

En cuanto a la parte procedimental de la reforma, que es lo que más interesa a este estudio, la propuesta contempla establecer un conjunto de reglas claras para que el procedimiento sea eficiente, transparente, previsible y colaborativo.¹⁰⁸

Se propone un régimen bifásico, con una primera etapa en que la FNE determine si la operación requiere ser investigada detalladamente por eventuales riesgos anticompetitivos en un plazo de 25 días, y una segunda fase en que la misma autoridad, en un plazo de 90 días, “podrá investigar y analizar en profundidad la operación”.¹⁰⁹ Al término de la Fase I el Fiscal Nacional deberá tomar una de tres alternativas: i) aprobar pura y simplemente la operación cuando considere que la operación no es apta para reducir sustancialmente la competencia; ii) aprobar la operación sujetándola a las medidas ofrecidas por las partes notificantes, cuando llegare a la convicción de que la operación no reduciría sustancialmente la competencia cuando se ajuste a las medidas o; iii) extender la investigación a Fase II cuando estime que si aprueba de forma pura y simple, o sujeta a las medidas ofrecidas por los notificantes, la operación podría llegar a reducir sustancialmente la competencia.

En caso de que el procedimiento se extienda, la FNE puede tomar nuevamente las dos primeras alternativas, o bien prohibir la operación cuando concluya que la operación es apta para reducir sustancialmente la competencia.¹¹⁰ Sólo en contra de esta última resolución los notificantes podrían promover un recurso de revisión especial para ser conocido ante el TDLC.¹¹¹ En contra de la sentencia del Tribunal, se propone que no proceda recurso alguno, salvo el de queja ante la Excelentísima Corte Suprema cuando el Tribunal de Competencia cometa faltas o abusos graves.¹¹²⁻¹¹³

¹⁰⁸ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 20.945, 11.

¹⁰⁹ *Íbid.*

¹¹⁰ *Íbid.*, 12.

¹¹¹ *Íbid.*

¹¹² *Íbid.*

¹¹³ En adelante, la Corte Suprema o la Corte, indistintamente.

El procedimiento que propone la reforma está claramente inspirado en la segunda opción que recomendó la OCDE,¹¹⁴ al otorgarle a la FNE la facultad exclusiva de analizar y estudiar las operaciones notificadas, tanto en Fase I como en Fase II, y delegar sólo en el TDLC el control judicial de dicha decisión administrativa. La discusión relativa al control judicial que se dio en el Congreso en el contexto de esta reforma será analizada *infra*, cuando se estudien los recursos judiciales del régimen.¹¹⁵

En lo que al Título IV respecta, el proyecto de ley del ejecutivo es aprobado casi integralmente por el Congreso. Los cambios que se le hacen al régimen propuestos dicen relación con ampliar plazos, precisar que las operaciones controladas son las que se realizan en Chile, modificar la publicidad por la reserva del expediente de Fase I, y otras cuestiones secundarias.¹¹⁶ En donde sí hay un cambio sustancial entre el proyecto y lo promulgado es en el último inciso del artículo 31 bis sobre el recurso de revisión especial, permitiendo que la resolución del TDLC sea impugnada vía reclamación.¹¹⁷

1.3. Fiscalía Nacional Económica

La Fiscalía Nacional Económica es el órgano administrativo independiente y descentralizado encargado de proteger y promover la libre competencia en toda la actividad comercial y productiva del territorio nacional.¹¹⁸ Para cumplir con su cometido, la Fiscalía investiga, entre otras materias, “las concentraciones que afecten o puedan afectar el funcionamiento eficiente de los mercados y el bienestar del consumidor.”¹¹⁹

Además de la facultad de investigar las operaciones potencialmente atentatorias contra la eficiencia de los mercados, la FNE puede iniciar persecuciones por infracciones a la Ley de Competencia,¹²⁰ actuar como parte ante el TDLC representando el interés general de la

¹¹⁴ Secretariado OCDE, “Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile”, 105–6.

¹¹⁵ Secciones 2.2 y 2.3.

¹¹⁶ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 20.945, 17–27; 988–97.

¹¹⁷ Este cambio y sus efectos serán analizados detalladamente en la Sección 2.3.

¹¹⁸ “Fiscalía Nacional Económica”, accedido 11 de marzo de 2021, <https://www.fne.gob.cl/nosotros/fne/>.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ DL 211, Artículo 39 letra a).

colectividad,¹²¹ emitir informes solicitados por el Tribunal,¹²² realizar estudios de mercado,¹²³ proponer modificaciones legales y reglamentarias al Presidente de la República,¹²⁴ entre otras facultades enumeradas en el artículo 39 del DL 211. En este sentido, la FNE es un órgano especializado en la persecución e investigación de atentados contra la libre competencia.¹²⁶

La FNE es una agencia altamente calificada, integrada por profesionales del derecho y la economía que trabajan organizados por divisiones, entre ellas, la División de Fusiones. Esta área es la encargada de investigar los negocios que se presentan para su conocimiento por las firmas que pretenden fusionarse, siendo una facultad exclusiva del órgano llevar a cabo dicha investigación, tanto en Fase I como en Fase II.¹²⁷

En lo concreto, el procedimiento del control de fusiones es iniciado, normalmente, por una notificación voluntaria u obligatoria que hacen las partes a la Fiscalía,¹²⁸ mostrándole un acuerdo o plan de negocios que pretenden realizar. Las partes saben en qué casos están obligadas a notificar gracias a la señal que les ha otorgado la Fiscalía a través de los umbrales de ventas y utilidades que han sido publicados mediante Resolución Exenta N° 157 de fecha 25 de marzo de 2019 por mandato del artículo 48 letras a) y b).¹²⁹

A partir de esta presentación, el Fiscal Nacional tiene un plazo de 10 días para determinar si la notificación está completa, ordenando el inicio de la investigación, o es incompleta, solicitándole a las partes que la complementen.¹³⁰ Luego de esto, la División de Fusiones investiga

¹²¹ DL 211, Artículo 39 letra b).

¹²² DL 211, Artículo 39 letra e).

¹²³ DL 211, Artículo 39 letra p).

¹²⁴ DL 211, Artículo 39 letra q).

¹²⁶ Pedro Molledo, “El Diseño Institucional de Control de Fusiones”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho, diciembre de 2017, 9, <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/159590>.

¹²⁷ “Fiscalía Nacional Económica | CeCo”, 31 de marzo de 2021, <https://centrocompetencia.com/fiscalia-nacional-economica/>.

¹²⁸ DL 211, artículo 48 incisos 3° y 7°. Además, se contempla en el artículo 48 inciso 8° la posibilidad de que la Fiscalía comience de oficio una investigación.

¹²⁹ FNE, Resolución Exenta N° 157 de 2019, disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/03/Resoluci%C3%B3n-exenta-157.pdf>. Esta Resolución adapta los umbrales establecidos inicialmente por la Resolución Exenta N° 667 de 2016, disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1097051>

¹³⁰ DL 211, artículo 50.

de acuerdo con los antecedentes que presentan las partes y los recabados por la misma agencia en utilización de las facultades otorgadas por el artículo 52 del DL 211. Pasados 30 días de investigación, el Fiscal Nacional deberá tomar una de tres actitudes frente a la operación: i) aprobarla pura y simplemente; ii) aprobarla sujeta a condición de que se cumplan las medidas ofrecidas por las partes o; iii) extender la investigación hasta por un máximo de 90 días, lo que iniciaría la Fase II.¹³¹ De acuerdo con lo establecido en los artículos 51 y 55 inciso 3º, la Fase I es reservada. Si las partes ofrecen medidas de mitigación en esta etapa, hay una suspensión por 10 días hábiles del plazo de 30 días hábiles.¹³²

Durante la segunda etapa del procedimiento, la Fiscalía podrá ejercer las mismas facultades investigativas otorgadas por el artículo 52, en virtud del artículo 56. Así, entonces, esta parte del procedimiento no es más que un plazo extra de 90 días hábiles para realizar una investigación más extensa y detallada atendido los riesgos aparejados a la fusión. Si las partes presentan medidas de mitigación en esta etapa, el procedimiento se suspende por 15 días hábiles.¹³³ De esta manera, la Fase II tiene dos diferencias fundamentales con la que la precede: i) el carácter público del expediente, salvo que se disponga por el Fiscal que ciertas partes sean confidenciales a petición del interesado o de oficio,¹³⁴ y ii) que el artículo 57 letra c) le permite a la Fiscalía, luego de esta detallada investigación, prohibir la operación notificada.

Veremos en capítulos siguientes que no todas las agencias de competencia tienen la facultad de prohibir una operación de concentración,¹³⁵ por lo que esto implica una particularidad destacable de nuestro ordenamiento. En ese sentido, el legislador ha depositado gran confianza en la FNE, permitiéndole restringir un derecho fundamental, como lo son el de libre desarrollo económico y de asociación.¹³⁶ Sin duda, para llegar a esa conclusión la Fiscalía debe haber realizado un estudio pormenorizado de todos los riesgos que implica la fusión, las medidas de mitigación ofrecidas por las partes, y si estas permiten morigerar los efectos de las primeras. Por

¹³¹ *Íbid*, artículo 54.

¹³² CentroCompetencia UAI, “¿Cuánto tardan las investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica en materia de fusiones?”, *Investigaciones CeCo*, febrero de 2020, 3.

¹³³ *Íbid*.

¹³⁴ DL 211, artículo 55 inciso 3º.

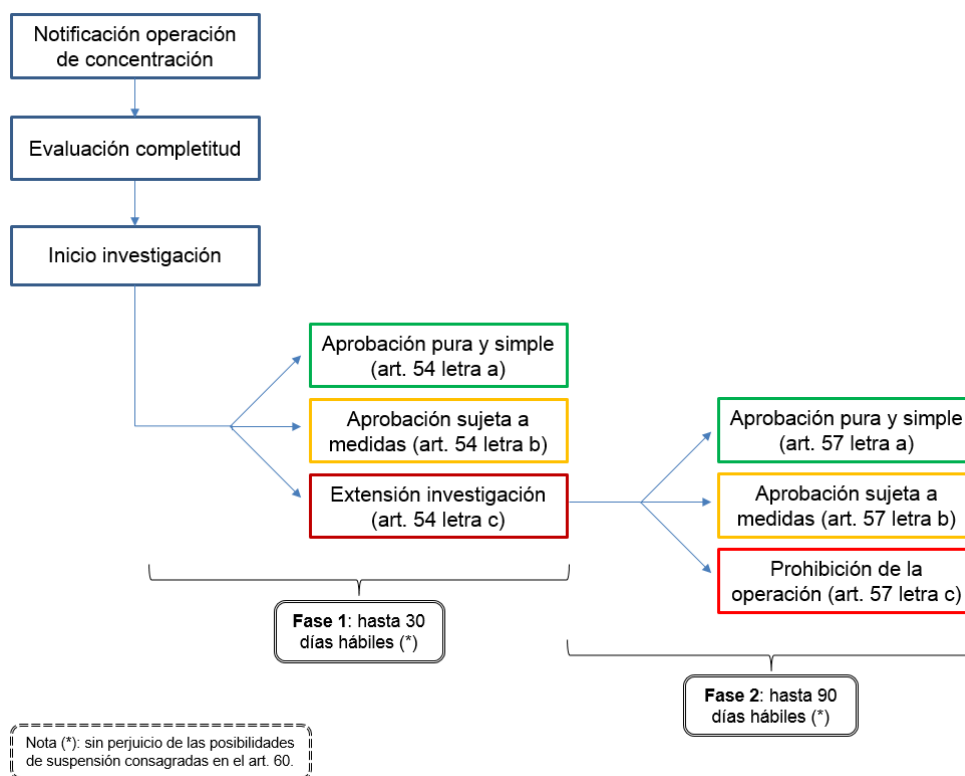
¹³⁵ Sección 3.2. Procedimiento de Control de Operaciones de Concentración

¹³⁶ Constitución Política de la República, Artículo 19 N° 21 y 15, respectivamente.

ello, la oportunidad de prohibir se le concedió solo luego de la investigación de Fase II, y no en una Fase I, cuyo objetivo es meramente despejar rápidamente las operaciones que no signifiquen grandes riesgos a la competencia.

La Figura N° 1 a continuación ilustra lo descrito sobre el procedimiento llevado a cabo frente a la Fiscalía.

Figura 1 – Resumen Procedimiento ante la FNE¹³⁷



Como ya se mencionó anteriormente, la forma de construir y pensar las instituciones de un ordenamiento es una cuestión conlleva un importante razonamiento. Y en dicho proceso de reflexión no hay un afán de neutralidad del legislador, sino que se busca implementar y proteger una política pública con objetivos determinados,¹³⁸ en este caso, la eficiencia de los mercados.

¹³⁷ Martín Fischer, “Control de operaciones de concentración: Una primera mirada al sistema que introdujo la Ley 20.945”, *Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho*, 2018, 53, <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/159196>.

¹³⁸ Cordero y Tapia, “La revisión judicial de las decisiones regulatorias”.

Desde ese punto de vista, es clara la intención del legislador de otorgarle el control de todo el procedimiento a un órgano administrativo especializado. Dada la dificultad que supone el estudio de las operaciones de concentración por su análisis comparativo y prospectivo no podía ser otro órgano distinto a la Fiscalía el encargado de la búsqueda de antecedentes y de las conclusiones, pues este es el ente que se ha encargado desde los inicios de la institucionalidad competitiva chilena de investigar los ilícitos antimonopólicos.¹³⁹ Es relevante que sea un órgano de la administración y no la judicatura a quien se le encarga el estudio y negociación del procedimiento por las razones que vimos *supra*.¹⁴⁰

1.4. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

De acuerdo con la definición del artículo 5 del DL 211, el TDLC es el “órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia.” La Ley N° 19.911 terminó de construir la institucionalidad de libre competencia en Chile, al disolver las Comisiones Preventivas y la Comisión Resolutiva Antimonopolio y crear este Tribunal especializado, integrado por abogados y economistas que no forma parte del Poder Judicial.¹⁴¹

Como todo tribunal, el TDLC tiene potestades jurisdiccionales que emanan del artículo 18 N° 1 y 5 del DL 211, por lo que puede decidir en contiendas relacionadas a infracciones a las disposiciones de la Ley de Competencia y substanciar el procedimiento de revisión especial de operaciones de concentración.¹⁴² Así también, el TDLC tiene potestades extra jurisdiccionales, como dictar Instrucciones de Carácter General con efectos sobre particulares (*erga omnes*),¹⁴³ proponer modificaciones legales y reglamentarias al Presidente de la República.¹⁴⁴ Esta amplia

¹³⁹ Patricio Bernedo, *Historia de la libre competencia en Chile: 1959-2010* (Santiago, Chile: Fiscalía Nacional Económica, 2013), 13–21.

¹⁴⁰ Sección 1.2.1

¹⁴¹ TDLC, “¿Qué Hacemos? – Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, accedido 22 de mayo de 2021, https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/que-hacemos/; TDLC, “Estructura Orgánica – Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, accedido 22 de mayo de 2021, https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/estructura-organica/.

¹⁴² DL 211, Artículo 18 N° 5.

¹⁴³ DL 211, Artículo 18 N° 3.

¹⁴⁴ DL 211, Artículo 18 N° 4.

variedad de potestades que detenta el órgano permiten concluir que es un implementador de políticas públicas.¹⁴⁵

Al mismo tiempo, las potestades extrajurisdiccionales que tiene el Tribunal hacen que sea posible caracterizarlo de forma dual, como órgano administrativo y judicial, obteniendo lo mejor de la esfera administrativa, a saber, “su especialización, carácter técnico, composición mixta y facultades normativas y, de los tribunales, su independencia y finalidad de administrar justicia.”¹⁴⁶

En relación a las operaciones de concentración, el Tribunal obtiene su potestad a través del ya mencionado precepto del N° 5 del artículo 18, y también por el inciso final del artículo 57. En este contexto, el Tribunal de la Competencia ejerce sus funciones no como el primer adjudicador –que es la regla general en los procedimientos de libre competencia en Chile–,¹⁴⁷ sino que como un revisor de las decisiones de la Fiscalía. Esta revisión, como veremos *infra*,¹⁴⁸ es bastante amplia, funcionando el Tribunal como una segunda instancia para conocer el asunto. Dado que el TDLC es especializado en materias de competencia,¹⁴⁹ tiene un incentivo a incrementar la discreción mediante la revisión de todos los aspectos de la decisión previa, porque se siente más capacitado para juzgar temas complejos.¹⁵⁰

En lo concreto, el Tribunal solo tiene jurisdicción para revisar las operaciones que hayan sido prohibidas por el Fiscal Nacional y recurridas por las firmas.¹⁵¹ Luego de que el recurso sea promovido, el TDLC ordenará al Fiscal Nacional que remita el expediente en que figura la investigación de Fase I y II, y citará a una audiencia pública, en la que pueden intervenir la parte recurrente, el Fiscal y quienes hubieren aportado antecedentes a la investigación.¹⁵² En base a los

¹⁴⁵ Karim Bianchi et al., “Modifica el decreto ley N° 211, de 1973, que Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia, en lo que respecta al alcance del recurso establecido en contra de las sentencias definitivas dictadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, Pub. L. No. 12.286-03 (2018), 4, <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=12818&prmBOLETIN=12286-03>.

¹⁴⁶ Tomás Menchaca, “Evolución del antiguo al nuevo sistema”, *Revista Anales de Derecho UC. Temas de Libre Competencia 2* (2007): 15. Citado en: Pedro Sepúlveda, “Diseño institucional y revisión judicial en sede de libre competencia”, *Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho.*, 2017, 40.

¹⁴⁷ Sepúlveda, “Diseño institucional y revisión judicial en sede de libre competencia”, 38–39.

¹⁴⁸ Sección 2.2.

¹⁴⁹ Cordero y Tapia, “La revisión judicial de las decisiones regulatorias”, 11.

¹⁵⁰ *Ibid*, 33.

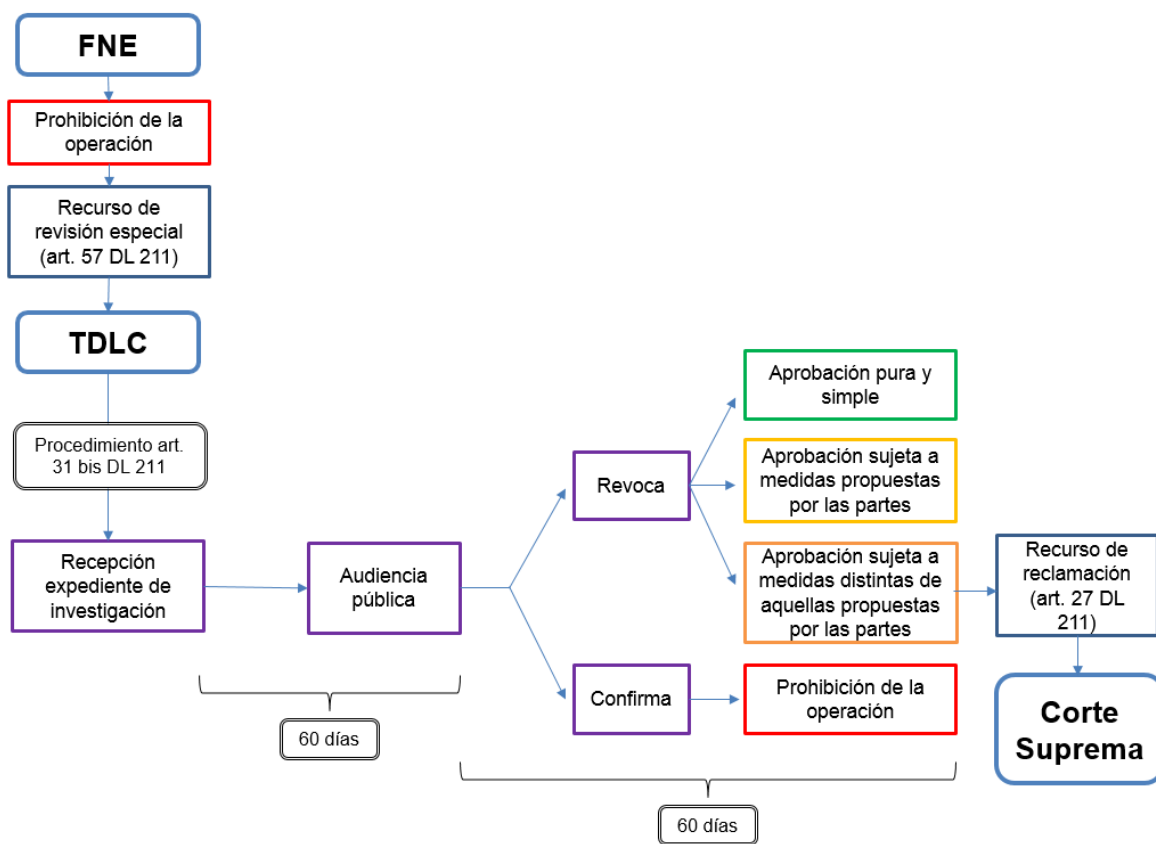
¹⁵¹ DL 211, Artículo 57, inciso final.

¹⁵² *Ibid*, Artículo 31 bis, inciso segundo.

antecedentes que figuran en la investigación, los recabados de oficio y los presentados por las partes en la audiencia a que se refiere el inciso 2º del artículo 31 bis, el Tribunal deberá decidir si aprobar la operación, revocando la decisión de la FNE, o prohibirla, confirmando la decisión de la agencia.¹⁵³

En ese sentido, el Tribunal de la Competencia puede tomar 4 posiciones: i) prohibir la operación, ii) aprobar de forma pura y simple, iii) aprobar sujetándola a las últimas medidas ofrecidas por las partes o, iv) aprobar sujetando a medidas distintas a las que fueron últimamente ofrecidas por las partes. Solo en esta última circunstancia el procedimiento puede continuar a través del recurso de reclamación promovido ante la Corte Suprema. Lo descrito en estos dos últimos párrafos queda ilustrado claramente en la Figura N° 2.

Figura 2 – Resumen de la revisión especial de la decisión de la FNE de prohibir una operación¹⁵⁴



¹⁵³ DL 211, Artículo 31 bis, inciso tercero.

¹⁵⁴ Fischer, “Control de operaciones de concentración: Una primera mirada al sistema que introdujo la Ley 20.945”, 56.

1.5. La Corte Suprema como defensora de la Libre Competencia

La Corte Suprema ha jugado un rol extremadamente relevante en el sistema nacional de Libre Competencia, a través del control de las sentencias definitivas dictadas por el TDLC. En materia de Libre Competencia, si bien el TDLC no es un tribunal que se aloje dentro del Poder Judicial, de todas formas, se encuentra “sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema” según el artículo 5 del DL 211,¹⁹⁰ por lo que el rol del Máximo Tribunal no es, en caso alguno, uno secundario, sino más bien podemos entender que decide cuestiones fundamentales de política pública por ser el superior jerárquico del Tribunal de la Competencia.

Hoy en día, la Corte Suprema es uno de los mayores delimitadores de la actividad económica en el país a través de sus interpretaciones normativas.¹⁹¹ Lo anterior implica que los órganos especializados ya no solo se ven delimitados por el espacio discrecional que sus leyes les otorgan, sino también, por las líneas rojas que demarca la Corte con cada vez mayor frecuencia.¹⁹² Esto también ha sucedido en jurisdicciones comparadas, estableciéndose un “modelo de regulación por litigación”.¹⁹³

La incorporación de la Corte Suprema en nuestro sistema antimonopólico es bastante curiosa, puesto que a través del recurso de reclamación ha podido intervenir en el fondo de los asuntos resueltos por un tribunal especializado en materia económica, cumpliendo un rol de ente regulador de la economía, siendo sus pronunciamientos seguidos atentamente por comerciantes, economistas y abogados del área.¹⁹⁴ Junto con lo anterior, los idearios de creación de la Corte y del Tribunal son completamente distintos. Mientras que la Corte Suprema fue pensada como un tribunal de casación de tradición continental, al cual se le encarga la aplicación de las normas positivas a los casos que se le presentan, el TDLC fue pensado como un órgano de adjudicación

¹⁹⁰ Así también lo establece la Constitución Política de la República, Artículo 82, “La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación (...)”

¹⁹¹ Cordero y Tapia, “La revisión judicial de las decisiones regulatorias”, 54.

¹⁹² *Ibíd.*

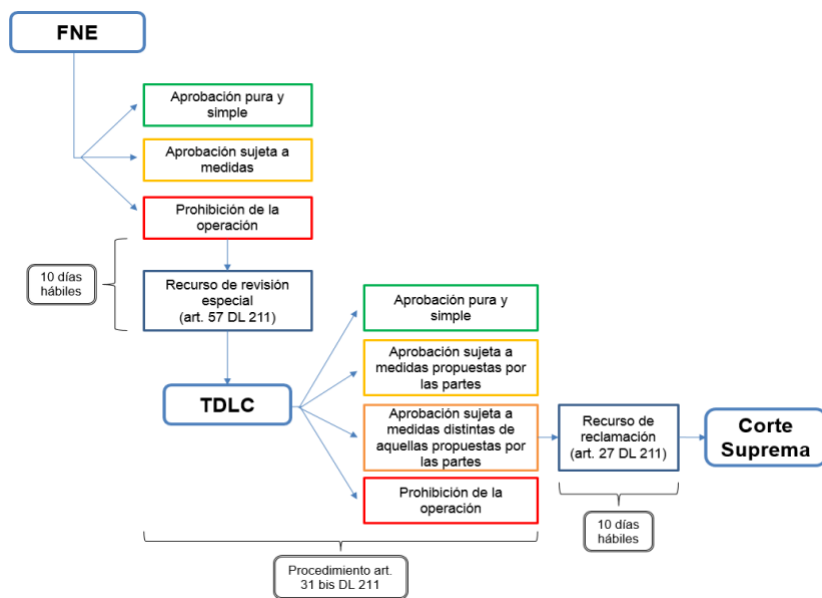
¹⁹³ Cordero y Tapia, “La revisión judicial de las decisiones regulatorias” Véase nota 127.

¹⁹⁴ Lukas Hudson, “Naturaleza del recurso de reclamación en materia de libre competencia: análisis jurisprudencial de acuerdo a la Corte Suprema”, *Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho*, marzo de 2014, 82.

que ejerza su jurisdicción llenando la normativa abierta del DL 211, por lo que funciona con una lógica de creación normativa, inspirada en la doctrina del precedente del *common law*.¹⁹⁵

La competencia de la Corte deriva del artículo 27 inciso segundo, el cual dispone que las sentencias definitivas del TDLC que impongan medidas contempladas en el artículo 26 serán susceptibles de ser impugnadas por la vía del recurso de reclamación para ante la Corte Suprema. El artículo 31 bis inciso final hace aplicable el recurso de reclamación del artículo 27 a la sentencia del TDLC que apruebe una operación de concentración sujetándola a medidas de mitigación distintas a las ofrecidas por las partes, pudiendo ser recurrida por el Fiscal Nacional o por las partes. Este inciso es, en definitiva, el que le da el pase a la Corte Suprema para intervenir en el régimen establecido en el título IV del DL 211. Sobre dicho medio impugnatorio, dedicaremos una sección completa del Capítulo II de esta memoria.¹⁹⁶ Este esquema puede ser ilustrado a través de la Figura N° 3.

Figura 3 – Resumen general del procedimiento de control de operaciones de concentración¹⁹⁷



¹⁹⁵ Jeffrey Rachlinski, “Rulemaking versus Adjudication: A Psychological Perspective”, *Cornell Law Faculty Publications*, 1 de enero de 2005, 529–31, <https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/861>.

¹⁹⁶ Sección 2.3

¹⁹⁷ Fischer, “Control de operaciones de concentración: Una primera mirada al sistema que introdujo la Ley 20.945”, 57.

Como vemos, la consagración normativa de la Corte Suprema como protectora de la libre competencia es extremadamente escueta, siendo regulada principalmente en el artículo 27 de la ley. Esto ha sido así desde la creación de la actual institucionalidad, con la diferencia de que antes se encontraba en el artículo 17 L, incorporado por la Ley N° 19.911,¹⁹⁸ aunque el texto ha permanecido prácticamente inalterado, salvo el último inciso que fue suprimido por la Ley N° 20.361.¹⁹⁹

Lamentablemente, en la actualidad la Corte Suprema no ha conocido ningún recurso de reclamación en materia de operaciones de concentración porque, en los hechos, solo ha habido una revisión especial, el caso Ideal-Nutrabien, que no fue reclamado por las partes ni la Fiscalía.²⁰¹ Así entonces, no podemos hacer un análisis detallado de cómo ha operado prácticamente el rol de la Corte en esta área del derecho de la competencia.

¹⁹⁸ Biblioteca del Congreso Nacional, Ley N° 19.911. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=217122&idParte=8187133&idVersion=2003-11-14>.

¹⁹⁹ Este artículo se refería a un requisito para la parte sancionada de consignar una suma de dinero correspondiente al 10% de la multa impuesta por el TDLC. El requisito no era aplicable cuando era la FNE la que recurría. *Ibid.*

²⁰¹ Este caso será estudiado en profundidad en la Sección 2.2.

Capítulo II: RECURSOS JUDICIALES DEL SISTEMA DE CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

2.1 Concepto y Derecho al Recurso

El recurso es el medio técnico que tiene las partes para impugnar, dentro de un mismo proceso, una resolución. Es un mecanismo dirigido a provocar la revisión de la misma resolución, ya sea por el mismo juez que la dictó, o por otro de superior jerarquía para lograr la subsanación de los errores que aquella pueda adolecer y que le causan agravio a la parte que lo ejerce.²⁰²

En Chile, no existe explícitamente un “derecho a recurrir” las decisiones judiciales o administrativas consagrado constitucionalmente. Sin embargo, se ha interpretado que el derecho al recurso se encuentra dentro de la garantía del derecho al debido proceso establecido en el artículo 19 N° 3 inciso 5 de nuestra Constitución Política de la República, en que se asegura que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”.²⁰³ Si bien la Fiscalía Nacional Económica no es un órgano jurisdiccional,²⁰⁵ sino administrativo,²⁰⁶ se entiende que sobre sus decisiones y procedimientos se imponen las garantías del debido proceso administrativo, teniendo derecho a impugnarlas ante un tribunal independiente e imparcial.²⁰⁷ En cuanto al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia,²⁰⁸ al ser este un tribunal propiamente tal, hay claridad en que proceden recursos en contra de sus decisiones, lo que se materializa con el recurso de reposición y de reclamación del artículo 27 inciso segundo del DL 211.

²⁰² Mario Mosquera y Cristián Maturana, *Los recursos procesales*, 1. ed (Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010), 21. Eduardo J Couture, *Vocabulario jurídico español y latín, con traducción de vocablos al francés, italiano, portugués, inglés y alemán* (Buenos Aires: B de F, 2004), 507.

²⁰³ Andrés Bordalí, “El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno”, *Revista de derecho (Valparaíso)*, n° 33 (diciembre de 2009): 266, <https://doi.org/10.4067/S0718-68512009000200007>. Tribunal Constitucional, 5 de agosto de 2010, Sentencia Rol N° 1.432-2009, considerando decimosegundo, “(...) cabe sostener, en primer lugar, que el derecho al recurso forma parte integrante del derecho al debido proceso (...)”

²⁰⁶ Según fue visto *supra*, Secciones 1.2.1 y 0.

²⁰⁷ Claudio Moraga, “¿Existen en Chile procedimientos administrativos que presentan, también, una naturaleza jurisdiccional?”, *Derecho PUCP*, n° 67 (1 de junio de 2011): 241, <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201102.011>. Cordero y Tapia, “La revisión judicial de las decisiones regulatorias”, 26.

Junto con la interpretación de la doctrina de que existe un “derecho al recurso” contenido en el debido proceso, este derecho también está consagrado en los tratados internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por Chile, los cuales tienen plena aplicación en el ordenamiento nacional debido al artículo 5 inciso segundo de la Constitución.²¹⁰ En cuanto a tratados relevantes, podemos mencionar la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). La primera, en su artículo 25 establece que toda persona tiene derecho a un recurso ante un acto que viole sus derechos fundamentales reconocidos en la constitución, aun cuando sea cometido por personas en el ejercicio de sus funciones oficiales.²¹¹ Por su parte, el PIDCP en su artículo 2.3 obliga a los Estados Parte a garantizar un sistema recursivo efectivo cuando se violen los derechos establecidos en el pacto, entre ellos, derechos de carácter económico.²¹²

Si bien la doctrina clásica concibió que los recursos solo impugnan resoluciones judiciales, ya desde la década de los 60 se ha entendido que los actos y resoluciones administrativas no quedan exentas de control de los tribunales, siendo susceptibles de las más variadas acciones y recursos.²¹³ Ejemplo de ello es el mítico caso “Juez de Melipilla con Presidente de la República”²¹⁴ en que la Corte Suprema resolvió que los jueces civiles eran competentes para conocer de los actos

²¹⁰ Constitución Política de la República, Artículo 5 inciso segundo “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

²¹¹ Convención Americana de Derechos Humanos, Artículo 25.1 “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

²¹² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 2.3 “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial (...)” Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

²¹³ Luis Cordero, *Lecciones de derecho administrativo*, 1ª Edición (Santiago, Chile: Legal Publishing Chile, 2015), 614.

²¹⁴ Corte Suprema, 3 de mayo de 1967, Juez de Letras de Melipilla con S.E. el Presidente de la República. Disponible en: https://derechoadministrativouv.files.wordpress.com/2017/03/juez-de-letras-de-melipilla-con-pdte-de-la-republica_rdj-1967.pdf

administrativos.²¹⁵ Una muestra más cercana a este trabajo es la posibilidad de recurrir ante la decisión de la FNE que prohíba una operación de concentración vía recurso especial de revisión consagrado en el artículo 57 inciso final del DL 211.

2.1.1. Recursos en Libre Competencia

En materia de operaciones de concentración, y en general en libre competencia, es sumamente relevante establecer un debido proceso como una forma de limitar la actuación de la administración, puesto que esta al ser tan especializada y tener tanta asimetría de información con el legislador, su espacio discrecional para la determinación de políticas públicas es muy amplio, por lo que requiere de un mecanismo que lo controle cuando comete abusos o faltas.²¹⁶ Esto es, en definitiva lo que sucede con la FNE, que tiene un amplio espacio de discreción para decidir sobre las operaciones, aunque luego deberá pasar por control de un tribunal especializado (el TDLC) y de otro generalista (la Corte Suprema), los que revisarán si su decisión fue la adecuada.

El legislador chileno ha tomado una correcta decisión política en el diseño institucional al entregarle a un tribunal especializado –el TDLC– una de las etapas de revisión de las decisiones de la FNE en materia de control de fusiones. La razón de esto es que, en la medida que el control de la decisión es realizado por un tribunal técnicamente experto, se ejerce un importante contrapeso a la discrecionalidad de la administración y se fiscalizan sus “exorbitantes” facultades.²¹⁷ Empero, en una segunda instancia de revisión, se le ha entregado a la Corte Suprema una función contralora de la actuación de la Fiscalía y del TDLC, lo que tiene importantes consecuencias en cuanto eficiencia sistemática, las que serán analizadas con posterioridad.

En el análisis que hacen TAPIA y CORDERO sobre la revisión judicial de las decisiones regulatorias, constantemente hablan de la dualidad decisor-revisor, haciendo referencia al TDLC y la Corte Suprema en el área del derecho de la competencia.²¹⁸ En este diagrama el TDLC decide de las diversas cuestiones que son sometidas a su competencia en virtud del artículo 18 del DL

²¹⁵ Cordero, Lecciones de derecho administrativo, 614. Véase nota al pie de página 1354.

²¹⁶ Cordero y Tapia, “La revisión judicial de las decisiones regulatorias”, 26.

²¹⁷ *Ibid.*, 27-30.

²¹⁸ *Ibid.*

211, y la Corte Suprema revisa las sentencias definitivas del anterior a través del recurso de reclamación. En materia de operaciones de concentración, sin embargo, el diseño institucional se construyó de una forma distinta a la planteada por los académicos.

En el caso de las fusiones, el órgano adjudicador primario no es el TDLC, sino que es la FNE. La decisión de la Fiscalía es doblemente controlada, primero vía recurso de revisión especial por el TDLC y luego vía reclamación por la Corte Suprema. En realidad, el TDLC actúa como un controlador de la decisión de la FNE, pero al mismo tiempo como un órgano decisor, ya que puede modificar completamente la decisión tomada en la instancia anterior, según se verá *infra*. De esta manera, el procedimiento de revisión en clave dual queda de la siguiente manera: decisor-revisor/decisor-revisor.

En lo que sigue de este capítulo analizaremos los dos recursos que se le han otorgado al régimen de control de operaciones de concentración: la revisión especial y la reclamación.

2.2 Recurso de Revisión Especial

2.2.1 Concepto

Con la creación de un procedimiento especializado para las operaciones de concentración por la Ley N° 20.945 se hacía necesario dar a los notificantes un mecanismo efectivo para revisar la decisión de la Fiscalía cuando esta llegara a la convicción de que la fusión es apta para reducir sustancialmente la competencia, aun sujetándola a las medidas de mitigación ofrecidas por los notificantes, y por lo tanto la prohibiera. La idea original de la ley mencionada era que esta fuera la única instancia de revisión de la decisión de la FNE, no procediendo recurso alguno en contra de la resolución del TDLC (salvo la queja).²¹⁹ Esto no prosperó, quedando una segunda oportunidad de revisión en el recurso de reclamación, lo que será estudiado *infra*.²²⁰

²¹⁹ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 20.945, 12.

²²⁰ Sección 2.3.2 b)

El recurso de revisión especial es el mecanismo de impugnación que tienen los notificantes en contra de la resolución de la FNE que decide prohibir una operación de concentración por considerar que esta reduciría sustancialmente la competencia.²²¹ En ese sentido, el objetivo de las partes sería enmendar la decisión de la FNE buscando que el TDLC apruebe la operación de forma pura y simple o sujeta a nuevas medidas de mitigación. Este recurso se encuentra establecido en el artículo 57 inciso final; se le entrega la competencia al TDLC para su conocimiento en el artículo 18 N° 5; y su procedimiento se encuentra regulado en el artículo 31 bis del DL 211.²²²

2.2.2 Naturaleza Jurídica

Dado que el recurso fue creado especialmente para el procedimiento de notificación obligatoria de operaciones de concentración, es único en su especie, por lo que no encontramos otro recurso de igual denominación en todo el ordenamiento jurídico. Esto plantea la dificultad de tener que estudiar el recurso desde la historia de la ley y la jurisprudencia, sin poder descansar en una doctrina unificada, como sucede con otros mecanismos de impugnación.

a) Historia de la Ley N° 20.945

El recurso de revisión especial quedó establecido en el artículo 57 de la Ley de la Competencia en los mismos términos en que fue propuesto por el ejecutivo en su proyecto de ley.²²⁴ De la misma forma, el artículo 31 bis, que regula el procedimiento del recurso quedó establecido en la ley con modificaciones muy menores –a lo que este recurso respecta– en

²²¹ DL 211. Artículo 57 inciso final.

²²² El artículo 57 inciso final del DL 211 indica que: “En contra de la resolución del Fiscal Nacional Económico que prohíba una operación, el notificante podrá promover ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dentro del plazo de diez días, contado desde la notificación de la referida resolución, un recurso de revisión especial, que deberá ser fundado”.

El artículo 18 N° 5 del DL 211 dispone que: “El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes:

5) Substanciar, a solicitud exclusiva del notificante de una operación de concentración, el procedimiento de revisión especial de operaciones de concentración, cuando éstas hubieren sido prohibidas por el Fiscal Nacional Económico conforme a lo establecido en el artículo 57;”

²²⁴ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 20.945, 24.

comparación al mensaje presidencial. La mayoría de los cambios tuvieron que ver con establecer los plazos del procedimiento, cuestión que no requiere mayor análisis.²²⁷

En el Primer Trámite Constitucional la Corte Suprema emite un informe a solicitud de la Cámara de Diputados en que hay dos apreciaciones respecto del recurso que son dignas de rescatar. En primer lugar, plantea la interrogante de por qué el recurso en cuestión solo impugna la decisión prohibitiva de la FNE y no se acepta una causal en que la Fiscalía permita la operación, pero sujetándola a medidas que pudieran considerarse como inadecuadas, exageradas y/o imposibles de cumplir por los notificantes, generándoles agravio.²²⁸ De esta forma, según el máximo tribunal, se evitaría la impugnación por la vía del recurso de protección,²³⁰ como lo que ha sucedido en materia medioambiental.²³¹

El Fiscal Nacional Económico de la época, FELIPE IRARRÁZABAL, a propósito de una pregunta del diputado BELLOLIO, responde la misma interrogante que plantea la Corte Suprema. La autoridad indica que la Fiscalía no estará facultada para imponer medidas distintas de las ofrecidas por las partes, por lo que no se da la posibilidad de que se apruebe la operación con medidas ideadas por la FNE ni que los notificantes queden disconformes con las medidas que ellos mismos han propuesto.²³² Si la autoridad de competencia no está de acuerdo con las medidas ofrecidas deberá prohibir la operación.

La segunda indicación que hace la Corte Suprema es que, debido a la terminología utilizada por el mensaje presidencial, la revisión especial podría ser confundida por la apelación.²³⁴ En específico, la Corte se refiere al uso de los conceptos de confirmación y revocación que son

²²⁷ *Íbid.*

²²⁸ *Íbid.*, 36.

²³⁰ *Íbid.*

²³¹ Véase Gabriela Tramón, “RECURSO DE PROTECCION Y TRIBUNALES AMBIENTALES: NUEVO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO AMBIENTAL”, *Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile*, diciembre de 2014, 13–127.

²³² Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 20.945, 83.

²³⁴ *Íbid.*, Historia de la Ley N° 20.945, 36. “Como se aprecia, del análisis comparativo del artículo 57, 18 N° 4 y 31 bis del Proyecto es posible evidenciar un nivel de confusión en orden a si el conocimiento y resolución de la impugnación o reclamo deducido contra la resolución prohibitiva de la Fiscalía, constituye un procedimiento especial jurisdiccional por el que se resuelve el conflicto en única instancia, o si, en concordancia con los conceptos de confirmación y revocación, utilizados en el inciso tercero del artículo 31 bis, se le considera propiamente un recurso de apelación.”

tradicionalmente vinculados al recurso de apelación.²³⁵ Este es un alcance bastante importante para comprender la naturaleza jurídica del recurso, puesto que sería posible decir que la revisión especial es un análogo de la apelación, con todas las consecuencias que ello conlleva.

La acotación que hace la Corte Suprema parece del todo acertada cuando analizamos el procedimiento del recurso de revisión especial establecido en el artículo 31 bis. En este, el TDLC puede solicitar la remisión de todos los antecedentes del proceso de notificación, por lo que conoce todos los hechos de la causa. Así también, el Tribunal puede confirmar la resolución de la FNE de prohibir la fusión, o bien revocarla, permitiéndola. En este último caso, el Tribunal puede aprobar la operación de forma pura y simple, aprobarla sujetándola a medidas ofrecidas por las partes, o incluso aprobarla sujetándola a nuevas medidas que el TDLC estime necesarias. En definitiva, las reglas establecidas en el artículo 31 bis del DL 211 dan cuenta de que el TDLC actúa, de cierta forma, como un tribunal de segunda instancia.

b) Jurisprudencia

Desde la entrada en vigor del título IV del DL 211, solo se ha interpuesto un recurso de revisión especial ante el TDLC, en el caso Ideal–Nutrabien.²³⁶ En el fallo de este caso, el Tribunal hace un largo análisis del recurso en estudio, el que además es muy rico en fuentes comparadas, por lo que es fundamental que lo analicemos para el ejercicio de delimitación jurídica.

El Tribunal indica que el ámbito de revisión del recurso es amplísimo, pudiendo examinar la validez y el mérito de la decisión de la FNE.²³⁷ En el ejercicio de esa revisión, el TDLC puede usar los antecedentes recabados por la investigación de la FNE, pero también puede utilizar información que el mismo obtenga de oficio o a petición de parte, por lo que sus facultades de investigación son muy amplias.²³⁸ Según el Tribunal de la Competencia, esta práctica se encuentra fortalecida por la jurisprudencia comparada, en que los tribunales comunitarios de la Unión Europea pueden controlar la interpretación de la Comisión (el símil de nuestra FNE) en asuntos de

²³⁵ *Íbid.*

²³⁶ TDLC, 27 de noviembre de 2018, Sentencia Rol N° 166-2018.

²³⁷ *Íbid.*, Considerando sexto.

²³⁸ *Íbid.*

carácter económico,²³⁹ lo que tiene mucho más sentido en el caso chileno, dado que el revisor es especializado en materia económica, por lo que no hay razón para creer que este no puede juzgar los argumentos económicos de la decisión de la Fiscalía.²⁴⁰

El TDLC en su sentencia hace el ejercicio de volver a la historia de la Ley N° 20.945 y se refiere a la indicación de la Corte Suprema que citamos previamente.²⁴¹ En ese sentido, los sentenciadores consideran que

“(...) efectivamente este proceso no consiste en un procedimiento especial jurisdiccional donde se resuelve el conflicto en única instancia, sino que se enmarca en el proceso propio de un recurso cuya procedencia sólo exige la concurrencia de una causal genérica, vale decir, que quien notifica una operación de concentración sufra un agravio. El agravio en este caso se concreta cuando la Fiscalía prohíbe la operación de concentración (...)”²⁴²

En definitiva, a lo que respecta la naturaleza jurídica del recurso de revisión especial, podemos decir que es un recurso ordinario de causal genérica, dado que puede ser interpuesto simplemente por existir agravio para las partes notificantes por la prohibición de llevar a cabo la fusión.²⁴³

Recordemos que la doctrina chilena ha definido el agravio civil como la diferencia entre lo pedido al tribunal y lo otorgado por este, siendo esta diferencia perjudicial para las partes.²⁴⁴ De la misma forma, y tal como señala el TDLC, el agravio que fundamenta el recurso de revisión especial está dado por la prohibición de la operación por parte de la Fiscalía,²⁴⁶ siendo entonces,

²³⁹ *Íbid*, Considerando noveno. Como veremos en la sección 4.3. Recurso es relativo, pues dicho control es solo ante errores manifiestos, siguiendo, por lo general, un estándar deferente de revisión.

²⁴⁰ *Íbid*.

²⁴¹ Véase nota 234.

²⁴² Sentencia Rol N° 166-2018, Considerando décimo. Énfasis agregado personalmente.

²⁴³ *Íbid*.

²⁴⁴ La noción se desprende del Código de Procedimiento Civil, artículo 751, “Toda sentencia definitiva pronunciada en primera instancia en juicios de hacienda y de que no se apele, se elevará en consulta a la Corte de Apelaciones respectiva, siempre que sea desfavorable al interés fiscal. Se entenderá que lo es, tanto la que no acoja totalmente la demanda del Fisco o su reconvencción, como la que no deseche en todas sus partes la demanda deducida en contra del Fisco o la reconvencción promovida por el demandado.” Énfasis agregado personalmente; Cristián Maturana, *Los recursos del Código de Procedimiento Civil en la Doctrina y la Jurisprudencia*, 1a. edición, Tratado de Jurisprudencia y Doctrina (Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2015), cap. IV.

²⁴⁶ Sentencia Rol N° 166-2018, Considerando décimo.

la diferencia entre lo pedido por las partes y lo otorgado por la autoridad. Sin embargo, para configurar el agravio la diferencia debe ser total, pues solo se admite el recurso en contra de la sentencia que prohíbe la fusión, mas no contra la que la autoriza sujeta medidas de mitigación. La razón es lógica, dado que las partes son las únicas autorizadas –en esta etapa del procedimiento– a presentar medidas de mitigación, no hay posibilidad de que estas queden disconformes por la aplicación de condiciones propuestas.

Entonces, según lo señalado por los sentenciadores, por medio de este recurso estos podrán conocer los hechos, el derecho y los fundamentos económicos de la decisión de la FNE de prohibir una fusión, con el fin de confirmar la decisión o revocarla, caso en el cual podrá aprobar de manera pura y simple, condicionándola a las medidas ofrecidas por los notificantes o medidas que él mismo estime convenientes.

El fallo contiene un voto disidente de los Ministros SAAVEDRA y TAPIA que se refiere justamente al ámbito de conocimiento que tuvo el TDLC en la decisión.²⁴⁷ Los Ministros señalan, al igual que como hemos constatado previamente, que el Tribunal otorga al recurso un ámbito amplio de revisión. En opinión de los disidentes, el control debe ser más acotado “debiendo la revisión ser enfrentada con un criterio de deferencia con la autoridad administrativa”,²⁴⁸ por lo que el examen apropiado sería sobre su legalidad, razonabilidad y sujeción al procedimiento legalmente establecido.

En ese sentido, declaran que la revisión de la decisión de la FNE debe ser esencialmente deferente,²⁴⁹ ya que si el legislador le ha otorgado de forma explícita a la administración la facultad de completar la regulación, como lo ha hecho al establecer un criterio amplísimo como lo es la “reducción sustancial de la competencia”, “(...) la judicatura debiera rehusar considerar el mérito legal de la interpretación utilizada en la decisión de la instancia previa”.²⁵⁰ De esta forma, los sentenciadores disidentes consideran que la revisión debe tomar en consideración que la Fiscalía, como decisor, es altamente especializada, por lo que, si bien la experticia de Tribunal le permitiría

²⁴⁷ *Íbid*, voto disidente de los Ministros señor Eduardo Saavedra y señor Javier Tapia.

²⁴⁸ *Íbid*.

²⁴⁹ *Íbid*, considerando décimo segundo del voto disidente.

²⁵⁰ *Íbid*.

un control amplísimo de la decisión, esto no debe ser así para no pasar a llevar la decisión democrática que le ha dado el legislador a un órgano con un amplio espacio discrecional.²⁵¹ La revisión tampoco puede ser tan amplia como para que la FNE termine siendo un mero compilador de hechos.²⁵²

Para los disidentes podría haber un importante perjuicio para el sistema de control de fusiones si se entiende la revisión especial de forma amplia, como lo hizo el voto de mayoría. El uso extendido del recurso en cuestión podría llevar a que el TDLC se pronuncie sobre cuestiones que no fueron discutidas en el procedimiento administrativo, sustituyendo por completo la labor que realiza la FNE.²⁵³ Estos efectos serían completamente nocivos para el diseño institucional especializado que se la ha otorgado al control de operaciones, puesto que toda una etapa quedaría sin sentido ni objeto alguno.

Sin perjuicio de lo estatuido por los jueces disidentes, creemos que la forma en que se creó el recurso de revisión especial por la Ley N° 20.945 es adecuada en cuanto a diseño institucional. Parece correcto que un tribunal especializado en lo económico tenga la facultad de conocer todos los aspectos del procedimiento llevado por una agencia –también especializada– que tiene grandes espacios discrecionales, para así lograr un efectivo control con conocimiento de causa. Sin embargo, creemos, tal como lo plantean SAAVEDRA y TAPIA, que esta facultad debe ser ejercida siempre bajo la perspectiva de la deferencia, entendiendo que el legislador le ha otorgado un ámbito discrecional amplio a la Administración que no debe ser reemplazado por un tribunal, independiente de si este es especializado. En otras palabras, la construcción del recurso de revisión especial se ha quedado corta en su descripción legal, permitiendo que los jueces se otorguen a ellos mismos facultades que le son dadas a la Fiscalía, como es substanciar y evaluar aspectos fácticos y económicos de las operaciones de concentración. Entender el recurso de especial revisión como lo han entendido los sentenciadores de la mayoría desvirtúa los beneficios que presentan el establecer un procedimiento administrativo ante un ente especializado y experto.

²⁵¹ *Íbid*, considerando décimo noveno del voto disidente.

²⁵² *Íbid*.

²⁵³ *Íbid*, considerando vigésimo segundo del voto disidente.

En ese sentido, la propuesta es que esto sea nuevamente pasado por un proceso legislativo, en donde un órgano democráticamente elegido pueda establecer definiciones y márgenes de esta etapa del procedimiento.

2.3 Recurso de Reclamación

2.3.1. Concepto

El recurso de reclamación es el mecanismo de revisión de la potestad jurisdiccional del TDLC y también, de las sentencias de término derivadas de sus potestades extra jurisdiccionales. Este mecanismo impugnativo no ha sido definido legal ni doctrinariamente, no es asimilable a otros de áreas especializadas del derecho pues tiene características diversas,²⁵⁴ ni tampoco existe claridad sobre su contenido y alcance.²⁵⁵ Uno de los pocos pronunciamientos respecto a la naturaleza del recurso deriva de la opinión de la Corte Suprema como respuesta al Oficio de la Cámara de Diputados al momento de crearse el TDLC, en que el máximo tribunal indica que este medio de enmienda es ajeno a los recursos jurisdiccionales, y se vincula más con los procedimientos administrativos, recomendando que se establezca como uno de casación.²⁵⁶ La opinión quizás hace entender las razones del legislador para incluirlo en el régimen de control de operaciones, al ser este, justamente, de carácter administrativo.²⁵⁷

2.3.2. Naturaleza Jurídica

Dado que el recurso de reclamación no ha sido definido ni tampoco utilizado en materia de fusiones, determinar su naturaleza jurídica es sumamente complejo. Por lo tanto, lo delimitaremos a través de la normativa aplicable, el estudio de la Historia de la Ley, y la jurisprudencia en otros asuntos vinculados al DL 211, haciendo las salvedades pertinentes para el

²⁵⁴ Pedro Sepúlveda, “DISEÑO INSTITUCIONAL Y REVISIÓN JUDICIAL EN SEDE DE LIBRE COMPETENCIA”, *Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile*, 2017, 66.

²⁵⁵ Cordero y Tapia, “La revisión judicial de las decisiones regulatorias”, 56.

²⁵⁶ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, “Historia de la Ley N° 19.911” (2003), 35–36, <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/2472/1/HL19911.pdf>.

²⁵⁷ Secciones 1.2.1 y 0.

caso de las operaciones de concentración. La relevancia de este análisis es entender si este recurso es uno ordinario o extraordinario, homologándolo a la apelación o la casación, respectivamente, o bien es un mecanismo *sui generis*, lo que nos permitiría una comprensión más acabada del medio impugnatorio y aplicación de ciertas consecuencias aparejadas a esos dos recursos.

a) Normativa vigente

La reclamación es el aparato de impugnación genérico cuando se trata de sentencias definitivas del procedimiento contencioso, sin embargo, el artículo 27 no da definición alguna de este, limitándose únicamente a entregar el procedimiento aplicable. El TDLC cuando conoce de situaciones generales que podrían constituir infracciones al DL 211, puede imponer una o varias de las medidas establecidas en el artículo 26, las que tienen como objetivo sancionar las conductas y enmendar los actos contrarios a la libre competencia. El recurso de reclamación es el mecanismo que pueden interponer las partes o la FNE para impugnar las sentencias definitivas que impongan o absuelvan la aplicación de estas sanciones.

Ahora, dentro del régimen de notificación obligatorio, si el TDLC conociendo una revisión especial decide revocar la prohibición dictada por la Fiscalía, puede aprobar la operación condicionándola al cumplimiento de otras medidas que él mismo formule y considere adecuadas y suficientes. Sólo en esta hipótesis es procedente el recurso de reclamación según el artículo 31 bis inciso final.²⁶⁰ Por lo tanto, este es el mecanismo que tienen las partes y la FNE para impugnar la decisión del TDLC que aprueba una fusión condicionándola al cumplimiento de medidas propuestas por el mismo Tribunal y no por los notificantes.

Según el último inciso del artículo 27, la interposición de la reclamación no suspenderá el cumplimiento del fallo, esto genera la duda de si es posible que las partes procedan con el acuerdo sujetándose a las medidas impuestas por el TDLC, o si es que este periodo se encuentra dentro de la obligación de no perfeccionar el acuerdo establecida en el artículo 49 y sancionada su

²⁶⁰ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, “Historia de la Ley N° 19.911”, 68.

infracción a través del artículo 3 bis letra b).²⁶² La sentencia del TDLC no impone la carga de celebrar el acuerdo en sí, sino que la obligación es que, en caso de celebrarse la operación, esta se ajuste a las medidas. Por lo tanto, si las partes no ponen en marcha la fusión no estarían infringiendo el artículo 27 *in fine*, y por supuesto, tampoco estarían violando la obligación de no hacer del artículo 49. Por el otro lado, si las partes deciden ejecutar la operación estando la reclamación en curso tampoco habría *gun jumping*, puesto que sí hay un pronunciamiento favorable de parte del TDLC de poder celebrar el negocio sujetándolo a las medidas impuestas por el Tribunal.

Existen algunas diferencias en cuanto a las causales de los distintos “recursos de reclamación”.²⁶³ En primer lugar, el recurso reclamación del sistema de control de operaciones no es uno que intente modificar la aplicación de una sanción entendida como una pena para quienes cometan ilícitos anticompetitivos, sino que intenta modificar una medida puesta como condición por el Tribunal para aceptar la operación. Las medidas tienen una razón de ser diversa y una intensidad en la limitación de derechos considerablemente menor. En ambos casos el Tribunal impone una medida con un fin de política pública –prohibir los hechos o actos contrarios a la libre competencia– pero en uno, el propósito es un castigo frente a un ilícito, mientras que, en el otro, es una medida de mitigación para prevenir un ilícito que afecte la competencia en los mercados.

Además, en el caso de la pena impuesta por el TDLC en su faceta sancionatoria, dado que este órgano posee imperio por expresa disposición del artículo 28 del DL 211, sus sanciones son obligatorias *so pena* de apremio, mientras que las medidas de mitigación no son totalmente obligatorias, sino que son semi-voluntaria, porque las partes podrían no cumplirlas y desistir del negocio si considerasen que estas son muy gravosas o no se alinean con sus objetivos económicos.

En segundo lugar, la causal propiamente tal es mucho más acotada. El recurso del artículo 27 es aplicable a todo tipo de procedimientos contenciosos y no contenciosos conocidos por el

²⁶² Esta infracción ha sido conocida por el derecho comparado como “*Gun Jumping II*”, ocurre “cuando se materializa total o parcialmente una fusión antes de que finalice el período de suspensión que se desencadena al notificar la operación (incumplimiento de la *standstill obligation*)”. “Gun jumping | CeCo”, 3 de mayo de 2021, <https://centrocompetencia.com/gun-jumping/>. Cursivas agregadas personalmente.

²⁶³ También tiene similitudes que no merecen mayor análisis en esta oportunidad, como la legitimación activa para interponer el recurso (las partes y la FNE) y el tribunal competente para conocerlo (la Corte Suprema).

Tribunal, contra las sentencias definitivas que apliquen medidas del artículo 26. En cambio, el recurso del artículo 31 bis inciso final se aplica cuando el Tribunal conoce por vía de revisión especial una operación de concentración, y aplica medidas distintas a las ofrecidas por las partes en su última propuesta.

El recurso del artículo 27 es de aplicación general, pues se puede interponer en una serie de procedimientos distintos y por causal genérica. El recurso del artículo 31 bis es aplicable a un procedimiento especial, y bajo una causal específica –que el TDLC imponga medidas distintas a las ofrecidas por los notificantes–. Entonces, el recurso de reclamación no se contempla para una causal genérica, sino para una causal extraordinaria en el procedimiento de las operaciones de concentración. La Tabla 1 resume la comparación entre las dos clases de recurso de reclamación.

Tabla 1 – Comparación recursos de reclamación del artículo 27 y 31 bis

	<i>Recurso de Reclamación del artículo 27</i>	<i>Recurso de Reclamación del artículo 31 bis</i>
<i>Causal</i>	Genérica, ante la imposición de medidas del artículo 26.	Especial, imposición de medidas distintas a las ofrecidas por los notificantes
<i>Procedimiento en que se aplica</i>	General: procedimiento contencioso y no contencioso del TDLC	Especial: revisión especial de la decisión de la FNE
<i>Objetivo</i>	Revisar la imposición de sanciones	Revisar la imposición de medidas de mitigación
<i>Obligatoriedad de la sentencia recurrida</i>	Obligatoria	Semi-Voluntaria: es posible desistirse de la operación y no cumplir las medidas

Para seguir con nuestra delimitación del recurso de reclamación, es pertinente analizar su alcance, es decir, cuán amplia o restringida es el ámbito de conocimiento de la Corte Suprema cuando lo conoce. En este sentido, se presentan tres opciones: i) que sea un recurso restringido, en donde el máximo tribunal solo conozca cuestiones de derecho, actuando como tribunal de casación; ii) que el tribunal superior tenga una amplia competencia en el asunto, pudiendo

intervenir en cuestiones de hecho, de derecho e incluso en la justificación económica de la sentencia del tribunal *a quo*, actuando como una segunda instancia de apelación y; iii) que la Corte Suprema tenga una competencia intermedia entre las dos alternativas anteriores, esto es, una apelación restringida, en donde pueda conocer cuestiones de hecho y de derecho, pero no de política pública o de argumento económico.

Dado que no contamos con experiencia jurisprudencial con este recurso en materia de fusiones, utilizaremos para esta sección del estudio de la historia de la Ley N° 20.945 que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia y la de la Ley N° 19.911 que crea el TDLC. Además de esta fuente, se utilizarán casos de reclamaciones anteriores a la Ley N° 20.945 que pueden servir para ver cuál ha sido el grado de conocimiento de la Corte Suprema en esta materia.

b) Historia de la Ley N° 20.945

En la historia de la Ley N° 20.945 que –para efectos relevantes a este estudio– establece el artículo 31 bis del DL 211, no se discute mucho sobre el recurso de reclamación, pero las pocas veces en que se repara al respecto se habla sobre el alcance y las causales del recurso, siempre abogando por establecer un mecanismo restringido de revisión de la decisión del TDLC.

En principio, este recurso no estaba previsto de ser establecido, sino que se contemplaba que la decisión del TDLC solo pudiese ser revisada a través del recurso de queja, pues el Mensaje del Ejecutivo disponía lo que:

“En contra de la sentencia que emita el TDLC no procederá recurso alguno, quedando la intervención de la Excm. Corte Suprema limitada al recurso de queja, que opera en forma excepcional para el caso que el Tribunal cometa faltas o abusos graves.”²⁶⁴

Esto supondría dejar la decisión del Tribunal fuera del sistema recursivo jurisdiccional de nuestro ordenamiento, puesto que el recurso de queja es más bien un mecanismo para hacer

²⁶⁴ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 20.945, 12. Énfasis agregado personalmente.

efectiva la potestad disciplinaria de los tribunales superiores de justicia cuando hay una falta o abuso grave por parte de un juez.²⁶⁵ Esto sería problemático, pues no habría posibilidad alguna de controlar el razonamiento jurídico cuando este sea erróneo pero no importe una falta o abuso grave por parte de los decisores.

La segunda cuestión interesante de la Historia de la Ley es que el Fiscal Nacional Económico de la época –FELIPE IRARRÁZABAL– en el Primer Trámite Constitucional ante la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados señala que la idea de las medidas de mitigación es que ellas se originen en las partes de la operación, pues son estas las que más conocen sus empresas y el mercado en que participan o desean participar, por lo que tienen más y mejor información para saber qué condiciones son más eficientes y eficaces para mitigar los efectos anticompetitivos del acto.²⁶⁶ Sin perjuicio de lo anterior, también señala que el TDLC podrá establecer medidas de mitigación que él mismo determine, pero que estas podrán ser recurridas de reclamación ante la Corte Suprema, y recomendó que este recurso sea lo más acotado posible dado que en esta materia las partes privilegian mucho la rapidez en el procedimiento para hacer efectivas sus aspiraciones empresariales.²⁶⁷

“El Fiscal Nacional Económico explicó que (...) el TDLC sí podrá sujetar la operación de concentración a la observancia de medidas que él mismo determine, pero en tal caso los notificantes o la fiscalía podrán recurrir de reclamación ante la Corte Suprema. (...)”

Consultado al respecto, (el Fiscal Nacional) señaló que es conveniente acotar lo más posible las reclamaciones ante el máximo tribunal porque aunque tengan prioridad para su vista y fallo los procedimientos ante éste pueden demorar hasta seis meses, lo cual resulta bastante disruptivo para una empresa que ha manifestado públicamente su intención de fusionarse.”²⁶⁸

Vemos en esta intervención del señor Fiscal una primera reflexión en torno al alcance y duración que debe tener este recurso en su tramitación. Se dice que debe ser un recurso acotado para no extender en demasía un procedimiento que debe ser lo más breve posible, para aprovechar

²⁶⁵ Mosquera y Maturana, *Los recursos procesales*, 381–86.

²⁶⁶ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 20.945, 90.

²⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁸ *Ibid.* Énfasis agregado personalmente.

las eficiencias que se pudieran originar en la fusión. De esta forma, darle un amplio grado de conocimiento al máximo tribunal no sólo podría ser perjudicial por su carácter generalista conociendo cuestiones altamente especializadas, sino que entre más amplia sea su competencia, es posible que tome más tiempo en su decisión por tener que analizar varios elementos. Si se dejara a la Corte Suprema conociendo sólo de los aspectos estrictamente procesales y jurídicos su sentencia podría ser pronunciada más rápidamente, dado que a mayor complejidad del asunto en materia del libre competencia, la Corte ha tendido a tomarse más tiempo a dictar sentencia, así como también se ha visto una tendencia general al alza en dichos plazos desde el 2014.²⁶⁹ Este incremento podría llegar a generar a que las posibles eficiencias que se originaban con la fusión no puedan ser aprovechadas por los notificantes ni traspasables a los consumidores.

Una tercera y última cuestión relevante en la historia de la ley es la que destaca el académico consultado en la Comisión de Economía del Senado en el Segundo Trámite Constitucional, CRISTÓBAL CAVIEDES, quien señala que el recurso de reclamación –en general, no solo respecto de las operaciones de concentración– debe ser reemplazado por un recurso en que sea la misma Corte Suprema la que decida si conoce o no el asunto,²⁷⁰ como lo hace la Suprema Corte de los Estados Unidos a través del *certiorari*.²⁷¹ Lo anterior potenciaría el rol de unificador de jurisprudencia que, supuestamente, se le quiere dar a la Corte, pues llegarían a su conocimiento sólo las contiendas que comprometan el interés general.²⁷²

²⁶⁹ CentroCompetencia UAI, “¿Cuánto tarda el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema en resolver asuntos de libre competencia?”, *Investigaciones CeCo*, febrero de 2020.

²⁷⁰ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 20.945, 366. “2.2. Reclamación ante la Corte Suprema. Siguiendo la misma lógica (de hacer una analogía de los procedimientos en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil al procedimiento de libre competencia ante el TDLC), considero necesario reemplazar el recurso de reclamación del art. 27 ante la Corte Suprema por un recurso extraordinario igual al establecido en el proyecto de Código Procesal Civil. Es decir, se le debería reconocer a la Corte Suprema la facultad para decidir discrecionalmente cuáles causas conoce y cuáles no (*certiorari*). Si se quiere fortalecer el rol de la Corte Suprema como uniformador de jurisprudencia, entonces es imprescindible que no todos los juicios lleguen a ella, sino únicamente aquellos en los que hay un interés general comprometido, tales como los casos de sentencias contradictorias del TDLC. La capacidad de recurrir en toda circunstancia ante los tribunales superiores de justicia para revisar sentencias definitivas no es imprescindible. Por eso se eliminó el recurso de apelación y se restringió el acceso a la Corte Suprema en el nuevo sistema procesal penal, donde los bienes jurídicos del afectado son de incluso mayor relevancia que en sede de libre competencia.”

²⁷¹ Véase la Sección 0.

²⁷² Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 20.945, 366.

Al final, cabe concluir de la historia de la Ley N° 20.945 que la discusión sobre el recurso de reclamación no fue muy exhaustiva, pero que finalmente se terminó estableciendo el recurso en distintos términos a los planteados por el Mensaje Presidencial. Si bien no se hizo reparo alguno en que este fuera un recurso de conocimiento acotado tampoco quedó plasmado en la norma.

c) Historia de la Ley N° 19.911

Es pertinente analizar la historia fidedigna de la presente ley, porque así como crea el TDLC, también instaura diversos procedimientos que giran en torno a este tribunal.²⁷³ En definitiva, esta ley realizó el cambio más importante en cuanto a diseño institucional en materia de libre competencia en Chile, en tanto creó una jurisdicción especializada.²⁷⁴

Una primera cuestión en la tramitación de la Ley N° 19.911 es que, en el Segundo Trámite Constitucional, ante la Cámara de Diputados, el recurso de reclamación es modificado en su denominación a través de una indicación del Ejecutivo por un recurso de nulidad, “para ante la Corte Suprema que procederá por aplicación errónea del derecho, de manera que hubiese influido en forma sustancial en la parte dispositiva del fallo.”²⁷⁶ Evidentemente, la modificación no es una cuestión de mera nomenclatura, sino que importa establecer un recurso extraordinario, limitando la revisión de la Corte solo respecto del derecho, con una causal acotada –que exista una errónea aplicación del derecho que influya sustancialmente en lo dispositivo del fallo–, asemejándose al actual artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.²⁷⁷

²⁷³ El recurso de reclamación no es creado por la Ley N° 19.911, sino por la Ley N° 13.305 incluso antes del DL 211, pero el mayor debate respecto de la naturaleza del recurso está en la historia de la primera, por lo que contribuye elementos interesantes y necesarios para el presente estudio; Ley 13.305 Artículo 175, incisos 7° y ss. de la Ley N° 13.305 (texto original): “Las resoluciones que libre la Comisión declarando que ha lugar o no a la iniciación del proceso respectivo, podrán ser reclamadas ante la Corte Suprema por el interesado y por el denunciante, en su caso. De las reclamaciones conocerá una de las Salas de la Corte Suprema, previa vista al Fiscal. La reclamación deberá hacerse dentro del plazo de 10 días hábiles contados desde la notificación. El recurso será visto en lugar preferente de la Tabla y se fallará en conciencia”. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=27399&tipoVersion=0> Énfasis agregado personalmente.

²⁷⁴ Sepúlveda, “DISEÑO INSTITUCIONAL Y REVISIÓN JUDICIAL EN SEDE DE LIBRE COMPETENCIA”, 71.

²⁷⁶ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 19.911, 348.

²⁷⁷ Sepúlveda, “DISEÑO INSTITUCIONAL Y REVISIÓN JUDICIAL EN SEDE DE LIBRE COMPETENCIA”, 73.

Posteriormente, la Comisión Mixta del Congreso vuelve a denominar el recurso como de reclamación, por lo que se retrocede en cuanto a la certeza en su definición. El Diputado BURGOS realiza una importante intervención en una discusión en sala al respecto, argumentando que atendida la especialidad del TDLC y que la Corte Suprema es un tribunal de casación y generalista, cambiar el recurso de nulidad por el de reclamación significa una regresión.²⁷⁸ Lo correcto entonces sería haberse quedado con el recurso de nulidad para, de esta forma, impedir que la Corte conozca hechos y elementos económicos, y así aprovechar que es un tribunal especializado con experticia el que conoce de estas cuestiones en primera instancia.

El Diputado BUSTOS declara ideas contrarias a las del Diputado BURGOS, señalando que la Corte Suprema debe tener un amplio conocimiento, pudiendo analizar no solo lo jurídico, sino que también los aspectos económicos del asunto controvertido. Sin embargo, señala que el recurso no es propiamente una apelación, aunque el máximo tribunal pueda revisar la sentencia de “primera instancia”.²⁷⁹

Consideramos que la opinión del Diputado BUSTOS no va en línea con la mejor posibilidad de diseño institucional, y genera algunas confusiones. En primer lugar, en línea con lo planteado por BURGOS, no tiene mucho sentido crear un Tribunal especializado y altamente calificado en el área económica si es que luego una Corte sin experticia y generalista podrá conocer y modificar los argumentos que han dado los jueces del TDLC. En segundo lugar, es contradictorio que el Diputado hable de una “primera instancia” y acto seguido diga que no hay propiamente una

²⁷⁸ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 19.911, 567–68. “A mi juicio, la Cámara estuvo en lo correcto al proponer el de nulidad, puesto que con ello buscaba que la Corte Suprema se pronunciara sobre cuestiones que importan infracciones a la aplicación del derecho. Es bueno que exista un tribunal especializado como el que estamos creando porque tiene una característica muy específica: estará integrado por personas que saben del tema. De manera que la instancia superior sólo podrá revocar sus fallos cuando éstos hayan infringido el derecho. Esta instancia superior es la Corte Suprema, tribunal de casación por esencia. Por eso, establecer un recurso de mera reclamación, sin configurar sus causales, me parece un retroceso. Considero que nos equivocamos; deberíamos haber mantenido el recurso de nulidad, porque asegura de mejor forma el imperio del derecho y lo que se busca con la creación de este tipo de tribunales: el ejercicio de la libre competencia, elemento esencial del sistema económico imperante.”

²⁷⁹ *Ibid*, 572. “(...) es bueno que haya quedado el recurso de reclamación de conformidad con los planteamientos que hizo la Corte Suprema, por tener mayor amplitud para analizar no sólo los aspectos de carácter jurídico, sino también los de carácter económico, dado el entramado que puede haber en la resolución por estos ámbitos.

Con el recurso de nulidad, que es muy estricto del punto de vista jurídico, del derecho, parece que dentro de la resolución queda excluida toda consideración de los aspectos económicos básicos. En ese sentido, es mejor dejar un recurso de reclamación un poco más amplio, para que la Corte Suprema tenga la posibilidad de analizar y revisar la sentencia de primera instancia, sin que haya propiamente una apelación.”

apelación. En definitiva, las declaraciones del Diputado no generan seguridad en la definición del recurso, pues señala que es más amplio que una nulidad pero que no es una apelación.

Concluyendo el análisis de la historia de la Ley N° 19.911, es posible decir que el recurso de reclamación queda configurado como una apelación extraordinaria y de causal especial, por lo que la Corte Suprema actuaría como un tribunal de instancia, pero acotado. De la intervención del Fiscal MATTAR, es dable entender que la Corte podría conocer de cuestiones de hecho, de derecho y económicas relacionadas a la fijación de condiciones para la aprobación de una operación de concentración, por lo que su competencia sería amplísima.

d) Jurisprudencia

Para entender verdaderamente cómo ha funcionado este mecanismo de impugnación es fundamental atender a los casos prácticos. Como ya hemos dicho reiteradas veces, este recurso no ha sido utilizado desde que se instauró el control de fusiones del Título IV del DL 211, luego de la Ley N° 20.945. Por eso, analizaremos casos anteriores a la reforma, sobre imposición de medidas en procedimientos no contenciosos.

Los casos relevantes son dos: i) Consulta SUBTEL sobre participación de concesionarios de telefonía móvil en concurso público de telefonía móvil digital avanzado (“Caso 3G”) y ii) Consulta de CONADECUS sobre una operación de concentración de LAN Airlines S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A. (“Caso LAN-TAM”). En el primero, la Corte Suprema se refiere a la naturaleza jurídica del recurso de reclamación y el grado de conocimiento que tiene en los asuntos que son sometidos a su revisión. En el segundo, la Corte limita su conocimiento a elementos de interpretación legal, sin hacer un análisis económico del asunto y utilizando la deferencia como hoja de ruta en su decisión.

Sobre el Caso 3G es pertinente transcribir los considerandos más relevantes de la sentencia para ser analizados:

“QUINTO: Que el artículo 31 del Decreto Ley N° 211, al establecer la procedencia de recurrir de “reclamación” ante la Corte Suprema contra una resolución que imponga condiciones o medidas en un procedimiento no contencioso seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, no precisa la naturaleza jurídica de este recurso de reclamación. Lo anterior trae aparejada la necesidad de fijar el alcance de este medio de impugnación para determinar el ámbito de competencia de esta Corte en el conocimiento del asunto sometido a su jurisdicción;”²⁸³

En el considerando anterior vemos que la Corte comienza dando cuenta de la incerteza normativa aparejada a este recurso, teniendo la labor de generar seguridad respecto del alcance del recurso para autorregular su competencia.

“SEXTO: Que según se desprende de la historia fidedigna del establecimiento del recurso de reclamación (...) la Corte Suprema puede en virtud de este medio de impugnación revisar íntegramente los fundamentos que tuvo en cuenta el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para arribar a su decisión, incluyendo el análisis jurídico y económico que ha permitido arribar a la resolución del asunto de que dicho tribunal conoce;

SEPTIMO: Que, en este sentido, la Corte Suprema puede examinar entonces no sólo las condiciones impuestas en el proceso, sino también la globalidad de la materia del asunto resuelto (...)²⁸⁴

El máximo tribunal en estos dos considerandos, como es de esperarse,²⁸⁵ se atribuye el más alto grado de conocimiento del asunto, pudiendo revisar “la globalidad de la materia”, los argumentos jurídicos y económicos que ha utilizado el TDLC para llegar a su conclusión. De esta forma, un tribunal generalista, como la Corte Suprema, puede conocer íntegramente asuntos relacionados a la adopción de políticas públicas por un tribunal especializado en la materia, como lo es el Tribunal de la Competencia.

²⁸³ Sentencia Corte Suprema. 27 de enero de 2009. Rol 4797-2008. Énfasis añadido personalmente.

²⁸⁴ Íbid.

²⁸⁵ Como dicen Tapia y Cordero, la Corte Suprema es poco deferente simplemente, “porque puede”. En este caso, la Corte se atribuye el mayor nivel de conocimiento, nuevamente, “porque puede”. Cordero y Tapia, “La revisión judicial de las decisiones regulatorias”, 55.

*“OCTAVO: Que, en concordancia con lo antes dicho, del texto del artículo 31 del Decreto Ley N° 211 no se advierte la imposición de limitaciones a la actividad jurisdiccional de esta Corte que ha sido puesta en movimiento a través del recurso de reclamación. El citado precepto legal sólo restringe su procedencia en relación a las resoluciones que son susceptibles del mismo, pero no establece limitaciones que pudiesen afectar a la Corte Suprema en el conocimiento y decisión del recurso. De tal manera, requerida su intervención, ésta puede conocer del asunto en su integridad;”*²⁸⁶

La Corte Suprema resuelve el tema de grado de conocimiento y competencia de forma categórica en esta sentencia indicando que puede conocer el asunto integralmente por no haber restricción al respecto en la norma del artículo 31 –de la misma manera que no existe dicha limitación en el actual artículo 31 bis sobre concentraciones–. De esta forma, la Corte despeja las dudas respecto a la naturaleza jurídica del recurso de reclamación, pues para ella, la reclamación es una especie de apelación, con un amplio conocimiento jurídico y económico, aunque sigue siendo un recurso de carácter especial por no poder interponerse ante cualquier sentencia, sino solo las que impongan medidas.²⁸⁷

Ahora, el Caso Lan-Tam trata de una consulta de la Corporación Nacional de Consumidores de Chile (CONADECUS) sobre la eventual operación de concentración entre estas dos aerolíneas, pidiendo al TDLC evaluar los efectos de la fusión.²⁸⁹ Este último aprueba la operación, pero la sujeta al cumplimiento de 14 medidas de mitigación, algunas de ellas siendo reclamadas posteriormente por las partes. La Corte Suprema rechazó las reclamaciones y confirmó la sentencia del TDLC. El máximo tribunal hace una larga argumentación en torno a la facultad legal que tiene el TDLC para imponer medidas de mitigación innominadas y que esta facultad no tiene límites normativos.²⁹⁰

Lo más relevante es que los sentenciadores señalan que si las medidas están debidamente motivadas, son apropiadas a lo que producirá prospectivamente la fusión y cumplen con su deber

²⁸⁶ Íbid.

²⁸⁷ Sepúlveda, “DISEÑO INSTITUCIONAL Y REVISIÓN JUDICIAL EN SEDE DE LIBRE COMPETENCIA”, 80.

²⁸⁹ Sentencia Corte Suprema. 5 de abril de 2012. Rol N° 9843-2011.

²⁹⁰ Íbid. Considerandos décimo y duodécimo.

de proporcionalidad, se ajustan a Derecho.²⁹¹ Así, la Corte procede con una posición deferente a lo resuelto por el Tribunal especializado, limitando su revisión al cumplimiento del deber de motivación de la decisión administrativa, dejando de lado el análisis económico de las medidas impuestas en la operación de concentración y respetando la discrecionalidad que tiene el TDLC.²⁹³ Esto es lo ideal cuando nos enfrentamos a una decisión tomada por un especialista y revisada por un generalista.²⁹⁴

Luego del análisis de jurisprudencia queda más clara la naturaleza jurídica del recurso de reclamación. Este es un recurso de conocimiento amplio con causal restringida, como una apelación extraordinaria, en que es posible que la Corte conozca circunstancias de derecho, hecho y económicas, aunque es más conveniente que se limite a las primeras, para aprovechar la experticia y especialización del tribunal revisor. En materia de concentraciones, lo usual ha sido el comportamiento deferente del máximo tribunal,²⁹⁵ por lo que se espera que en el futuro sea esa su línea de actuación.

e) Doctrina

Algunos académicos e integrantes de los órganos de libre competencia han expresado opiniones disímiles que vale la pena reproducir y comentar para estar al tanto de las discusiones que se han dado sobre el recurso de reclamación. Advertimos, desde ya, que estas opiniones en su mayoría se refieren al recurso y el rol de la Corte Suprema en aspectos distintos a las operaciones de concentración.

Para el exministro del TDLC, JAVIER VELOSO, la Corte Suprema “[d]ebiera preocuparse de que se respeten las garantías constitucionales, ya que el tema técnico se entregó, por algo, a un

²⁹¹ *Ibid.* Considerandos trigésimo segundo y trigésimo tercero.

²⁹³ Sepúlveda, “DISEÑO INSTITUCIONAL Y REVISIÓN JUDICIAL EN SEDE DE LIBRE COMPETENCIA”, 116.

²⁹⁴ Cordero y Tapia, “La revisión judicial de las decisiones regulatorias”, 32–33.

²⁹⁵ Esta ha sido la regla general cuando la Corte Suprema conocía de consultas sobre operaciones de concentración. De las nueve causas que ha conocido por esta vía, solo en dos oportunidades ha revocado la decisión del TDLC. Véase TDLC, “Causas No Contenciosas - Bases de Datos”, 2020, https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/estadisticas-causas-2020/.

tribunal especial”,²⁹⁶ por lo que el recurso apropiado para controlar el cumplimiento del debido proceso sería algo más parecido a una casación o nulidad, como lo plantean ciertos parlamentarios en una moción que veremos en la sección que sigue.²⁹⁸ Además, el juez da cuenta de que en ciertas oportunidades, bajo el régimen antiguo de concentraciones, la Corte había impuesto nuevas medidas a operaciones que ya habían sido aprobadas por el TDLC, ejerciendo competencia técnica,²⁹⁹ cuestión que estaría fuera de su experticia y fuera de la función jurisdiccional.³⁰⁰

Por el otro lado, el ex Fiscal Nacional Económico, FELIPE IRARRÁZABAL, ha emitido una opinión favorable al rol del máximo tribunal en materia de libre competencia. La autoridad dijo en 2012 que “[l]a revisión de la Corte Suprema, en lo que es libre competencia, ha sido muy importante y bien necesaria, (...) la posibilidad de que exista una revisión más general es relevante, (...) Tenerla en el sistema chileno de libre competencia es necesario y le da una suerte de conexión a lo que es el sistema jurídico general”,³⁰¹ por lo que valora que sea un generalista el que hace el control jurisdiccional, para darle uniformidad y coherencia al sistema jurídico.

Sin embargo, el ex Fiscal se ha visto favorable a limitar la participación de la Corte para el caso de las concentraciones. Así, cuando se presentaba el Informe de la OCDE en 2014,³⁰² IRARRÁZABAL citó el oficio de 20 de junio de 2002 de la Corte Suprema,³⁰³ a propósito de la discusión legislativa de la Ley N° 19.911, en el cual se planteaba que “[l]os tribunales están facultados para conocer y resolver contiendas judiciales, de modo que pronunciarse sobre materias preventivas que no le son propias va más allá de la (facultad) jurisdiccional por lo que esta competencia debiera serle sustraída (a la Corte Suprema).”³⁰⁵ Así, la misma indica que su competencia radica en conflictos ya consolidados, y no en asuntos preventivos,³⁰⁷ por lo que esta

²⁹⁶ María José Tapia, “FNE: ‘La Corte Suprema es necesaria en materia de libre competencia’”, *Economía y Negocios.*, 14 de septiembre de 2012, <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=100618>.

²⁹⁸ Sección 2.3.3.

²⁹⁹ Tapia, “FNE: ‘La Corte Suprema es necesaria en materia de libre competencia’”.

³⁰⁰ Leonardo Cárdenas, “Autoridades antimonopolio proponen restringir atribuciones de la Corte Suprema”, *La Tercera*, 22 de julio de 2014, <https://www.latercera.com/pulso/autoridades-antimonopolio-proponen-restringir-atribuciones-de-la-corte-suprema/.te>

³⁰¹ Tapia, “FNE: ‘La Corte Suprema es necesaria en materia de libre competencia’”.

³⁰² Este informe fue tratado en profundidad en la Sección 1.2.2.

³⁰³ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, “Historia de la Ley N° 19.911” (2003), 356, <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/2472/1/HL19911.pdf>.

³⁰⁵ Cárdenas, “Autoridades antimonopolio proponen restringir atribuciones de la Corte Suprema”.

³⁰⁷ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, “Historia de la Ley No 19.911” (2003), 356.

misma debería estar de acuerdo en no contemplar un recurso de reclamación en el procedimiento de control de fusiones.

En la misma oportunidad, el presidente del TDLC de la época, TOMÁS MENCHACA indica que el rol de la Corte Suprema debería estarse limitado a “(...) controlar la legalidad de las actuaciones del tribunal, que no se aparte de la ley y que respete las normas del debido proceso (...)”³⁰⁸ puesto que el fondo del asunto en las fusiones se compone de un análisis prospectivo, “(...) lo cual excede por mucho a lo que es la función de un órgano jurisdiccional.”³⁰⁹ Así, la propuesta sería que el máximo tribunal actúe como si estuviera conociendo una casación o una nulidad, de tal forma que se fiscalice un adecuado sometimiento a las reglas de procedimiento y las garantías del debido proceso, lo que está en sintonía con la tesis de especialidad que plantea esta tesis y con el ámbito de control del máximo tribunal europeo, según se verá *infra*.³¹⁰

En la Cuenta Pública del TDLC de 2013, MENCHACA se muestra contrario a un futuro control de fusiones en cuatro etapas: dos ante la FNE, una ante el TDLC y una ante la Corte Suprema.³¹¹ Este es efectivamente el sistema que quedó establecido con la incorporación del título IV al DL 211. Para el jefe del órgano, el ideal sería darle una etapa de pre-notificación muy breve ante la FNE para operaciones que excedan cierto umbral, y que esta decida si debe o no consultar al TDLC.³¹² No se contempla en ese modelo a la Corte, pues su participación sería innecesaria al haber tres filtros para aprobar la operación: i) el umbral de pre-notificación, ii) el análisis de la FNE y, iii) la decisión del TDLC ante la consulta.

En ese sentido, las máximas autoridades de los dos órganos especializados en libre competencia de la época en que se discutía la incorporación de un procedimiento especializado para las fusiones coinciden en que el control de éstas escapa de la función jurisdiccional de la Corte Suprema, y que su rol debería ser más bien de garante de la legalidad del procedimiento.

³⁰⁸ *Íbid.*

³⁰⁹ *Íbid.*

³¹⁰ Sección 4.3. Recursos

³¹¹ TDLC, “Novena Cuenta Pública del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, 13 de mayo de 2013, 12.

³¹² *Íbid.*, 13.

En un comentario de jurisprudencia de una sentencia de la Corte Suprema a propósito de un caso de abuso de posición dominante en que el TDLC evitó pronunciarse sobre el fondo del asunto,³¹³ NICOLÁS CARRASCO declara tajantemente que el recurso de reclamación “genera instancia, es decir un doble grado en el conocimiento de los hechos, el derecho y de las consideraciones económicas resueltas por el H. TDLC.”³¹⁴ Esta afirmación está en línea con lo que hemos concluido en nuestro análisis de jurisprudencia y de la historia de las leyes que establecieron el mecanismo de impugnación.

El autor plantea una opinión disidente en la doctrina de libre competencia, considerando que el recurso de reclamación es absolutamente necesario para el adecuado control del TDLC, por razones de economía procesal y para dar una guía correcta de los incentivos a los abogados y jueces.³¹⁵ El autor plantea que eliminar la reclamación dejaría el procedimiento ante el TDLC como única instancia, lo que generaría múltiples efectos negativos en el proceso,³¹⁶ cuestión que podría ser cierta para todos los procedimientos contemplados en el DL 211,³¹⁷ salvo al que hemos dedicado esta memoria. Como ya lo hemos visto, las partes cuentan con el derecho a recurrir la decisión de la FNE ante el Tribunal de la Competencia, lo que les otorga una adecuada tutela judicial, pues la revisión especial es tan amplia como una apelación, en donde se conoce el asunto en su totalidad. Así entonces, dejar de lado la posibilidad de recurrir de reclamación ante la Corte Suprema en esta particular materia no establecería un régimen de única instancia, sino más bien dejaría un procedimiento con dos instancias, lo que es la regla general en nuestro ordenamiento.

El académico también plantea que se justifica la necesidad de una revisión en segunda instancia dado que en libre competencia hay una probabilidad muy alta de que los errores en las

³¹³ Sentencia Corte Suprema. 5 de diciembre de 2019. Rol 16.604-2018.

³¹⁴ Nicolás Carrasco, “¿Pueden equivocarse los especialistas? Una aproximación a los costos procesales y del error en el recurso de reclamación de libre competencia a propósito de una infracción a al principio de inexcusabilidad. Comentario a la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, de 5 de diciembre de 2019, Ingreso de Corte N° 16.604-2018”, en *Anuario Chileno de Jurisprudencia 2019*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2021), 545, <https://editorial.tirant.com/cl/libro/anuario-chileno-de-jurisprudencia-2019-cristian-lepin-molina-9788413782867>.

³¹⁵ Nicolás Carrasco, “¿Pueden equivocarse los especialistas? (...)”.

³¹⁶ Nicolás Carrasco, “¿Pueden equivocarse los especialistas? (...)”, 554–55.

³¹⁷ Carrasco justamente se refiere al procedimiento contencioso que se encuentra entre los artículos 19 y 29 del DL 211. Decimos “podría ser cierta” puesto que no hemos estudiado dicha posición en profundidad, pues excede los límites de esta memoria.

decisiones del Tribunal generen grandes daños sociales.³¹⁸ Así, sería socialmente deseable que el sistema incurra en mayores costos administrativos para generar una nueva decisión y que no se produzcan importantes daños.³¹⁹ En materia de fusiones creemos que esto no es aplicable por dos razones.

En primer lugar, desde la reforma implantada por la Ley N° 20.945 quedó zanjado que el procedimiento de concentración es un asunto privado, por lo que terceros ajenos al acuerdo no podrán iniciar la consulta.³²⁰ Con ello, podemos decir que en las operaciones de concentración no hay involucrado un interés social o un posible daño a la sociedad demasiado grande. Esto sobre todo considerando que la hipótesis de la reclamación en esta materia es que el TDLC imponga medidas distintas a las ofrecidas por las partes. Llevar a cabo el acuerdo con apego a las medidas impuestas por el Tribunal difícilmente generaría un daño social que justifique como imprescindible el mecanismo de impugnación.

En segundo lugar, como ya dijimos anteriormente, excluir la reclamación en el procedimiento de notificación no implicaría quitarles a las partes su derecho a que sea revisada la decisión de primera instancia, puesto que ello lo pueden hacer a través de la revisión especial. En el caso en que no existiera el recurso ante el TDLC, ahí sí podría decirse que hay un interés social comprometido, puesto que la operación prohibida podría generar eficiencias traspasables en beneficios a los consumidores, por lo que desde esa perspectiva hay una importante justificación al recurso.

En conclusión, hemos visto que la mayoría de la doctrina coincide en que el rol de la Corte Suprema en el procedimiento de control preventivo de fusiones debería estar circunscrito a un control de legalidad y de cumplimiento del debido proceso por parte del TDLC, y no como una “instancia” en que se ejerza un control total de la decisión del Tribunal de la Competencia. Sin embargo, está claro que el recurso ha sido entendido por la Corte como creador de instancia, permitiéndole revisar los asuntos de la forma más amplia posible.

³¹⁸ Nicolás Carrasco, “¿Pueden equivocarse los especialistas? (...)”, 554.

³¹⁹ *Ibid.*

³²⁰ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, “Historia de la Ley N° 20.945” (2016), 10, <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/5311/>; Secretariado OCDE, “Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile”, 100–101.

2.3.3. Reforma al recurso de reclamación

Actualmente se encuentra siendo tramitado un proyecto de ley para modificar el DL 211 en lo que respecta al alcance del recurso de reclamación en contra de las sentencias definitivas dictadas por el TDLC.³²¹ El proyecto es interesante para efectos del estudio que aquí realizamos dado que se trata de restringir las posibilidades de revisión de las decisiones del TDLC y limitar el alcance de la competencia que tiene la Corte Suprema en el conocimiento de estas revisiones, todo esto basado en la concepción de que no es posible que sea una Corte generalista quien decida políticas públicas que han sido encargadas a un Tribunal especializado.³²²

La reforma busca cambiar radicalmente el sistema recursivo actual, modificando el recurso de reclamación en contra de las decisiones jurisdiccionales del TDLC por un recurso de nulidad,³²³ similar al que se ha instalado en los procedimientos penales y laborales. La propuesta es modificar el artículo 27 inciso segundo del DL 211 por el siguiente texto:

“Sólo será susceptible de recurso se (sic) nulidad, para ante la Corte Suprema, la sentencia definitiva que imponga medidas que se contemplan en el artículo 26, como también la que absuelva de la aplicación de dichas medidas. Procederá tal recurso de nulidad cuando, en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución y cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del Derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.”³²⁴

Con esto, la Corte Suprema solo podrá conocer las sentencias del TDLC cuando estas sean impugnadas por haber cometido errores de procedimiento o de aplicación del derecho, por lo que su conocimiento estará restringido a esos aspectos, sin poder conocer los hechos del

³²¹ Bianchi et al., Modifica el decreto ley N° 211, de 1973, que Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia, en lo que respecta al alcance del recurso establecido en contra de las sentencias definitivas dictadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Boletín 12.286-03.

³²² Íbid, 4-11.

³²³ Tal como lo propuso el Ejecutivo en la tramitación de la Ley N° 19.911, indicación que fue aprobada por unanimidad en su momento. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 19.911, 348.

³²⁴ Bianchi et al., Modifica el decreto ley N° 211, de 1973, que Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia, en lo que respecta al alcance del recurso establecido en contra de las sentencias definitivas dictadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 16.

procedimiento ni impugnar la apreciación de elementos de carácter económico. Con ello, se intenta crear un diseño institucional más armónico, en que un tribunal generalista y sin *expertise* esté impedido impugnar las razones de política pública que hayan motivado una sentencia de un órgano especialmente creado y dedicado a la materia, lo que va muy en línea con lo planteado por TAPIA y CORDERO en su trabajo ya citado reiteradas veces,³²⁵ el que además es utilizado para motivar la moción parlamentaria.

El proyecto contiene algunas consideraciones que, a nuestro entender, comprenden errores. En la propuesta se dividen las potestades que tiene el TDLC en jurisdiccionales (las del artículo 18 N° 1) y extra-jurisdiccionales (las de los números 2 al 7 del artículo 18 del DL 211), para luego señalar que el objetivo es modificar solo el medio impugnatorio de las primeras, por lo que el recurso en contra de las sentencias del TDLC vía revisión especial no se encontrarían comprendidas en las causales del recurso de nulidad propuesto.

Los legisladores se contradicen a este respecto, pues primero señalan que las potestades extra-jurisdiccionales son propias de las instituciones encargadas de implementar políticas públicas,³²⁶ luego dicen que no es aceptable que sea la Corte Suprema la que decida las políticas públicas,³²⁷ para terminar diciendo que solo la impugnación de las sentencias emanadas de la potestad jurisdiccional del TDLC debe ser acotada por este proyecto,³²⁸ por lo que en la realidad no estarían limitando el conocimiento de la Corte en las áreas en que realmente se implementan las políticas públicas.

Es evidente que el control de operaciones de concentración, y todo el procedimiento que se estableció para ello, forma parte de una política pública orientada a proteger la libre competencia, la seguridad jurídica, el intercambio económico, la transparencia, la eficiencia y

³²⁵ Cordero y Tapia, “La revisión judicial de las decisiones regulatorias”.

³²⁶ Bianchi et al., Modifica el decreto ley N° 211, de 1973, que Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia, en lo que respecta al alcance del recurso establecido en contra de las sentencias definitivas dictadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 3.

³²⁷ *Ibid*, 4.

³²⁸ *Ibid*, 4–5.

otros objetivos que diversos actores han levantado.³²⁹ Sería absurdo y contrario a los objetivos del proyecto de ley dejar fuera de las causales del recurso de nulidad propuesto y mantener el recurso de reclamación a la imposición de medidas por el TDLC que no hayan sido ofrecidas por los notificantes.³³⁰

Creemos que los legisladores tienen dos alternativas. La primera es incluir la sentencia del TDLC cuando conoce por recurso de revisión especial dentro de las sentencias impugnables por el recurso de nulidad. La segunda opción es eliminar la posibilidad de impugnar aquella sentencia por vía de reclamación, dejando esta etapa del procedimiento como “última instancia”, lo que también ayudaría a que no sea la Corte Suprema la que decida cuestiones de política pública, pero dejaría desamparados a los notificantes y a la FNE en caso de que el Tribunal cometa infracciones al derecho. En este último caso, la sentencia del TDLC podría ser impugnada por una queja, como señalaba el Mensaje Presidencial de la ley 20.945.³³¹

La Corte Suprema, respondiendo del oficio de la Cámara de Diputados en el Primer Trámite Constitucional de esta reforma, da cuenta de otra cuestión que iría en contra de los objetivos del proyecto.³³³ Esto es, que si la sentencia impugnada se declara nula por un vicio de procedimiento y debe volver al Tribunal que la dicta, se produce un problema dado que los jueces que conocieron de la causa anteriormente quedarán inhabilitados. Dada la forma en que está compuesto el TDLC, integrado por cinco ministros titulares y dos suplentes, tendrá que entrar a subrogar un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago,³³⁴ por lo que desaparecería una de las virtudes del procedimiento, que sea conocido por jueces especializados.

³²⁹ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 20.945, 8–12. Secretariado OCDE, “Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile”, 7. Mordoj y Nehme, “Diseños institucionales de control de concentraciones. Análisis y propuestas”.

³³⁰ Lo mismo es señalado por la Corte Suprema en el primer y segundo párrafo de su considerando décimo quinto. Corte Suprema, “OFICIO 21-2019 Respuesta PL 44-2019”, Pub. L. No. 12.286-03 (2019), <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=12818&prmBOLETIN=12286-03>.

³³¹ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 20.945, 12.

³³³ Corte Suprema, OFICIO 21-2019 Respuesta PL 44-2019, Considerando Vigésimo Primero.

³³⁴ DL 211. Artículo 11, inciso penúltimo. “Si por cualquier impedimento, el Tribunal careciere de integrantes titulares o suplentes para formar quórum, se procederá a su subrogación por ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, de acuerdo a lo dispuesto en el Código Orgánico de Tribunales.”

Esta situación, en definitiva, desvirtuaría todos los esfuerzos de diseño institucional que se han puesto en el procedimiento de control de fusiones, toda vez que estarían conociendo “de primera instancia” jueces que podrían no tener experticia en torno a la Libre Competencia, lo que podría generarle agravio a las mismas partes que presentaron el recurso en cuanto a que su causa no es conocida por jueces expertos. A su vez, esto podría generar un incentivo perverso a no recurrir por las partes de la operación, toda vez que si su causa es conocida por jueces inexpertos podría generárseles agravio, lo que podría dar a lugar a otro recurso, lo que generaría un problema de eficiencia en el procedimiento.

Si bien consideramos que el proyecto de ley iniciado por el Boletín 12.286-03 contiene algunos errores que se deben enmendar en el proceso legislativo, creemos que va por un buen camino al buscar hacer del actual diseño institucional en Libre Competencia uno más armónico con sus objetivos y más eficiente al limitar la revisión que puede hacer un tribunal generalista de la decisión de uno especializado y experto.

2.4. Conclusiones

De este capítulo podemos concluir que los dos recursos que se le han otorgado al régimen de control de operaciones de concentración son similares en su alcance. Tanto la revisión especial como la reclamación permiten que el tribunal que es competente pueda conocer el procedimiento de la operación en forma amplia, entendiendo por esto que puede juzgar los elementos fácticos, jurídicos y económicos que sustentan la decisión del órgano anterior. Ambos recursos se plantean entonces, como una apelación extraordinaria, dado que su causal es acotada respecto de la resolución impugnada.

Esto plantea una ineficiencia de diseño institucional, un desajuste, que hace que la virtud de tener un tribunal especializado en nuestro ordenamiento sea neutralizada por existir una Corte generalista que la controla en todo aspecto, funcionando como un tribunal de apelación.

Sin embargo, este control generalista nos acerca a los ordenamientos extranjeros en que la decisión de las agencias de competencia es revisada por un tribunal ordinario, según veremos en los dos capítulos siguientes.

Capítulo III: RÉGIMEN DE CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EN LOS ESTADOS UNIDOS

En este capítulo intentaremos realizar una descripción del funcionamiento de las instituciones estadounidenses del derecho de la competencia que actúan dentro del control de fusiones. Para esto, nos serviremos de estudiar sus instituciones, procedimientos y su sistema recursivo. En esta labor, es relevante mencionar que el tratamiento que haremos de las instituciones americanas no es íntegro ni acabado,³³⁵ puesto que ello tomaría una tesis completa, sino más bien abordaremos una interpretación acotada de éstas, es decir, de los cuerpos gubernamentales que intervienen en los procedimientos de Libre Competencia.³³⁶

3.1. Institucionalidad

En Estados Unidos,³³⁷ los principales órganos administrativos de regulación y fiscalización de la libre competencia a nivel federal son la *Federal Trade Commission* (Comisión Federal de Comercio) y el *Department of Justice* (Departamento de Justicia).³³⁸ Estos dos órganos tienen competencia concurrente para conocer preventivamente el control de las fusiones, por lo que, hasta cierta etapa del procedimiento, actúan en forma conjunta para investigar el negocio y acusar a las partes en caso de que vean un riesgo competitivo.³³⁹ Los gobiernos de cada Estado también tienen competencia para llevar a cabo el *enforcement* de la *Clayton Act*.³⁴⁰ Las partes privadas y organizaciones de consumidores son legitimados para demandar a nivel estatal el

³³⁵ Durante esta sección utilizaremos de forma indiferente los adjetivos “estadounidense” y “americano” por razones de redacción. Debemos señalar que no nos encontramos de acuerdo con la práctica generalizada de los estadounidenses de hacerse llamar “americanos” o que su país se llama “América”, y considerar todo lo que está al sur de México como un continente distinto. Hacemos la prevención de que no existe, actualmente, un sistema de competencia del continente americano, como sí existe en Europa, el cual será tratado en el próximo capítulo.

³³⁶ Daniel A. Crane, *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement* (Oxford University Press, 2011), xii, <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195372656.001.0001>.

³³⁷ En adelante, EE. UU.

³³⁸ En adelante, FTC o la Comisión, y el DOJ, respectivamente.

³³⁹ Giancarlo Piscitelli, “Public Interest in Merger Control Systems in the EU and US: A Comparative Analysis of the Uneasy Relationship between Merger Control and Public Interest”, *European Competition and Regulatory Law Review (CoRe)* 3, n° 4 (2019): 386.

³⁴⁰ William E. Kovacic, Petros C. Mavroidis, y Damien J. Neven, “Merger Control Procedures and Institutions: A Comparison of EU and U.S. Practice”, *The Antitrust Bulletin* 59, n° 1 (marzo de 2014): 72–73, <https://doi.org/10.1177/0003603X1405900104>.

cumplimiento de la ley de fusiones.³⁴¹ Sin embargo, en este trabajo se estudiarán las instituciones y procedimientos a nivel federal.

La FTC es una agencia administrativa autónoma, independiente y bi-partisana dirigida por cinco Comisionados (*Commissioners*) designados por el Presidente con acuerdo del senado por periodos de siete años.³⁴² La misión de la agencia es “[p]revenir las prácticas comerciales anticompetitivas, engañosas o desleales hacia los consumidores; mejorar el nivel de información de las opciones disponibles para los consumidores y aumentar el grado de comprensión del proceso competitivo por parte del público (...)”.³⁴³ De esta forma, podríamos decir que esta agencia es algo así como una integración de nuestra FNE y el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), ejerciendo labores de investigación, fiscalización y educación en torno a la libre competencia y la protección de los consumidores a través del *Bureau of Competition* (encargado de los asuntos como el control de fusiones) y el *Bureau of Consumer Protection*, respectivamente.

Por el otro lado, el DOJ es una agencia administrativa perteneciente al Poder Ejecutivo de los EE. UU., cuya misión es perseguir los delitos civiles y penales ante los tribunales de justicia de nivel federal, ejerciendo la representación del interés general de la nación y asegurar que la administración de justicia sea justa e imparcial para todos los Americanos.³⁴⁴ Así entonces, este Departamento es como nuestro Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, integrándose por diversas ramas, entre ellas, su División Antimonopolios que se encarga de los asuntos de libre competencia.

La División antimonopolios ejerce funciones de prevención y terminación de conductas anticompetitivas a través del ejercicio de acciones civiles y penales ante los tribunales de justicia, la revisión de las fusiones propuestas, analizando su efecto competitivo y desafiando las que importen una amenaza a la competencia, entre otras.³⁴⁵ De esta manera, es posible hacer una

³⁴¹ *Íbid.*

³⁴² “Acerca de la FTC”, Federal Trade Commission, 18 de agosto de 2013, <https://www.ftc.gov/es/acerca-de-la-ftc>.

³⁴³ “Acerca de la FTC”, Federal Trade Commission.

³⁴⁴ “About DOJ”, 16 de septiembre de 2014, <https://www.justice.gov/about>.

³⁴⁵ “Organization, Mission and Functions Manual: Antitrust Division”, 27 de agosto de 2014, <https://www.justice.gov/jmd/organization-mission-and-functions-manual-antitrust-division>.

similitud entre esta División y nuestra FNE, con la diferencia de que esta última depende del Ministerio de Economía, y no del de Justicia, como es el caso americano.

En cuanto a los órganos judiciales, quienes intervienen en el procedimiento son las *U.S. District Courts* (Cortes de Distrito Federal), las *U.S. Courts of Appeals* (Cortes de Apelaciones Federales) y la *Supreme Court* (Suprema Corte de los EE. UU.).³⁴⁶ Estas cortes son todas generalistas, por lo que hay una notoria diferencia con el sistema chileno, en donde uno de los tribunales es especialista en libre competencia (TDLC) y otro es generalista (Corte Suprema).

Explicadas las instituciones que entran en juego en el control de fusiones, es posible decir que el sistema americano es uno bifurcado.³⁴⁷ Desde el punto de vista del DOJ, este órgano solo se encuentra facultado para investigar y acusar los ilícitos, mientras que la función de juzgar y sancionar dichas investigaciones y acusaciones corresponde a los tribunales de justicia federal.

Por el otro lado, la FTC tiene funciones de investigación, acusación y sanción, por lo que es una agencia integrada, con posibilidad de revisión judicial de sus decisiones *a posteriori*. Sin perjuicio de lo anterior, en cuanto a las fusiones, la FTC funciona solo como un investigador y acusador, solicitando una *preliminary injunction* (medida cautelar) ante una Corte de Distrito, para que esta ordene la paralización de los actos que podrían constituir infracciones a la ley de libre competencia estadounidense.³⁴⁸ El tribunal a través de una resolución que otorga la medida precautoria ordena que el negocio no se pueda consumir hasta que finalice el procedimiento administrativo.³⁴⁹

³⁴⁶ Si bien la traducción más apropiada sería Corte Suprema de los EE. UU., en este trabajo hablaremos de la Suprema Corte, para no generar confusiones con la Corte Suprema chilena.

³⁴⁷ Robert S. Schlossberg y American Bar Association, eds., *Mergers and acquisitions: understanding the antitrust issues*, 3rd ed (Chicago, Ill: ABA, Section of Antitrust Law, 2008), 30–35.

³⁴⁸ Cristóbal Caviedes, “Sistema de Control Preventivo de Fusiones en Derecho Comparado”, *Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho*, 2012, 21–23, <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/113019>.

³⁴⁹ *Ibid.*

3.2. Procedimiento de Control de Operaciones de Concentración

Como vimos en una sección anterior,³⁵⁰ el procedimiento de control de fusiones en los EE. UU. está disciplinado por la *Hart Scott Rodino Act* (HRSA) y la *Clayton Act*, las que actualmente se encuentran en el § 18 y 18a del Título 15 del Código de los Estados Unidos.³⁵¹ Estas normas crearon el procedimiento de control de fusiones y la notificación preventiva, respectivamente, lo que transformó el régimen americano de uno de litigación *ex post* a uno de un mecanismo regulatorio *ex ante* que se basa en la negociación entre las partes y las agencias.³⁵² Además de estas leyes, el procedimiento también está regulado por normas de jerarquía reglamentaria, las que deben producir el DOJ y la FTC en conjunto por expresa disposición legal.³⁵³

En términos generales, el procedimiento exige que las operaciones que superen ciertos umbrales determinados legalmente en la § 18a deban ser notificadas a la FTC y el DOJ, conjuntamente. Estos órganos realizarán una evaluación preliminar del negocio en un plazo no superior a 30 días corridos. En ese mismo periodo tendrán que determinar cuál de las dos agencias es la competente para conocer el asunto, proceso denominado “*clearance*”. En caso de que no se encuentren riesgos los órganos permitirán que la operación se consuma, dando término a la primera etapa.³⁵⁴ Dentro del mismo periodo, los órganos podrán solicitar a la persona que notificó información adicional o documentación relativa a la operación.³⁵⁵ En este sentido, el órgano competente puede tomar cuatro actitudes: i) dejar que el plazo venza, ejerciendo un silencio positivo que le permite a las partes realizar el negocio; ii) aprobar la operación de forma pura y

³⁵⁰ Sección 1.1.

³⁵¹ “15 U.S. Code § 18 - Acquisition by One Corporation of Stock of Another”, LII / Legal Information Institute, accedido 30 de mayo de 2021, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/18>.

³⁵² Kovacic, Mavroidis, y Neven, “Merger Control Procedures and Institutions”, 99.

³⁵³ *Íbid.* “The Federal Trade Commission, with the concurrence of the Assistant Attorney General and by rule in accordance with section 553 of title 5, consistent with the purposes of this section— (...)

(2) may— (A) define the terms used in this section; (B) exempt, from the requirements of this section, classes of persons, acquisitions, transfers, or transactions which are not likely to violate the antitrust laws; and (C) prescribe such other rules as may be necessary and appropriate to carry out the purposes of this section.”

³⁵⁴ En el procedimiento americano no hay una distinción técnica entre Fase I y II como lo hay en nuestro procedimiento y en el europeo, sin embargo, se hará esta distinción durante el estudio por motivos metodológicos.

³⁵⁵ *Íbid.* Subsección (e)(1)(A).

simple; iii) aprobar la operación sujetándola a las medidas de mitigación negociadas con las firmas y; iv) solicitar más información a través de un *second request*.³⁵⁶

Comúnmente, dentro de los diez primeros días de la primera etapa, se determinará cuál de los dos organismos llevará a cabo la investigación, distribuyendo la competencia según el área o industria vinculada a la operación.³⁵⁷ Sin perjuicio de ello, no pocas veces las agencias han desperdiciado los 30 días de evaluación de la operación en determinar cuál de las dos es la competente.³⁵⁸ Las disputas surgen más a menudo cuando dos industrias previamente distintas convergen en función de la tecnología, y cada agencia declara tener mayor experticia en esta nueva mezcla de sectores económicos.³⁵⁹ Esta situación ha sucedido suficientes veces como para levantar la pregunta entre la doctrina americana sobre la razonabilidad de una estructura dual de *enforcement*.³⁶⁰

Esta distribución se hace en base al Apéndice A del *memorandum* de acuerdo entre la FTC y el DOJ sobre radicación de la competencia, o en subsidio en base a la experticia de la agencia en torno producto o servicio involucrado en la investigación.³⁶¹ La distribución de la competencia permite realizar la investigación minimizando riesgos de coordinación y de mal uso de recursos públicos. Esta etapa preliminar y de radicación de la competencia queda ilustrada en la Figura 4.

³⁵⁶ FTC Premerger Notification Office, “What is the Premerger Notification Program? An Overview - Guide 1”, marzo de 2009, 11–13, <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/premerger-introductory-guides/guide1.pdf>.

³⁵⁷ Scott Perlman, “Overview of the Merger Review Process”, 9, https://www.mayerbrown.com/public_docs/MergerReviewProcess.pdf.

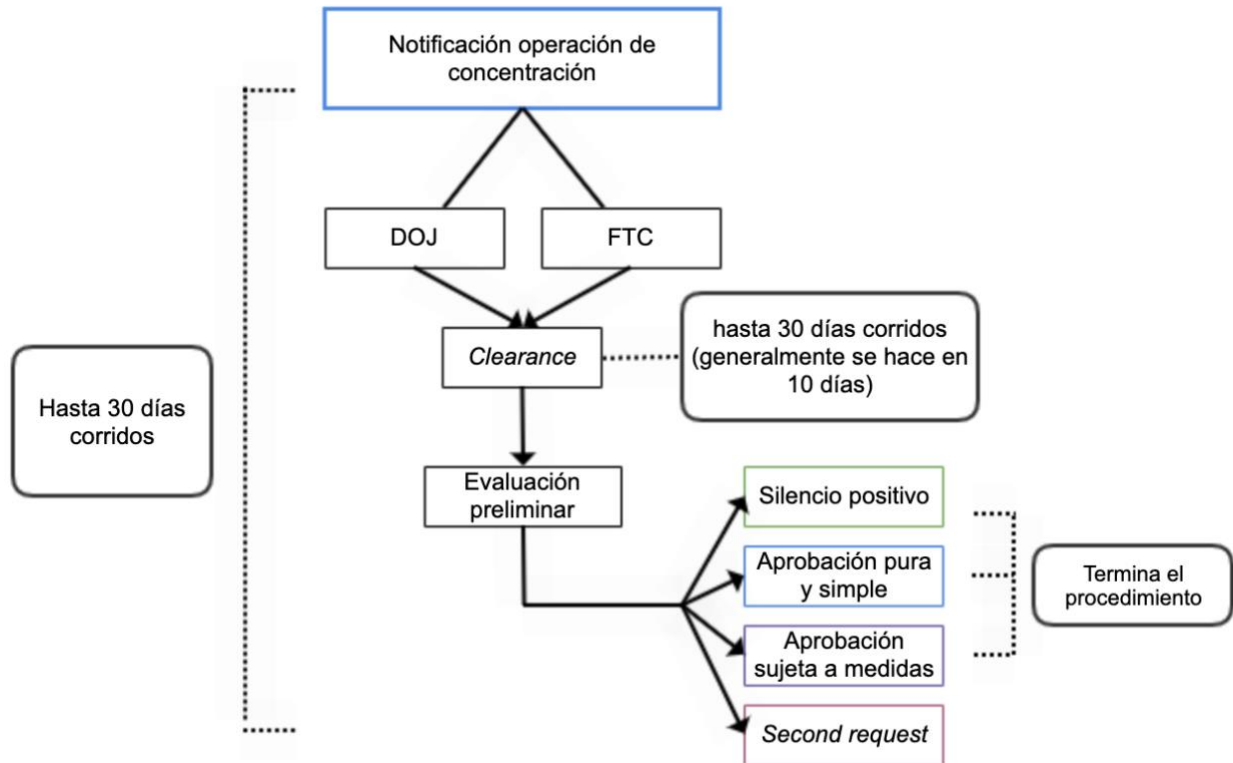
³⁵⁸ Kovacic, Mavroidis, y Neven, “Merger Control Procedures and Institutions”, 103.

³⁵⁹ *Íbid*, 104.

³⁶⁰ *Íbid*.

³⁶¹ FTC y DOJ, “Memorandum of Agreement Between the Federal Trade Commission and the Antitrust Division of the United States Department of Justice Concerning Clearance Procedures for Investigations”, julio de 2007, 3–11.

Figura 4 – Etapa de Evaluación Preliminar



Si cualquiera de los órganos en que quedó radicada la investigación considera necesario pedir a las firmas más información sobre la operación, las agencias pueden realizar un *second request* (segundo requerimiento), dando inicio a un segundo plazo de 30 días corridos para investigar (o 10 días en el caso de que sea una oferta de acciones) desde que la información es entregada por el oficial de cumplimiento de las partes.³⁶² “El término puede ser ampliado por un acuerdo entre la agencia y las partes (...) lo que es muy común en operaciones complejas o controversiales.”³⁶³ Este aumento del plazo solo puede otorgarlo una Corte de Distrito Federal a solicitud de la FTC o el DOJ, según dispone la subsección (g) (2) (B) del § 18a.³⁶⁴ La función de este segundo periodo no es solo otorgarle mayor tiempo al investigador para realizar su análisis, sino también que este sea más acotado y enfocado en los puntos sensibles y riesgosos de la operación, por lo que ese es el tipo de información que es requerida por la autoridad a las partes

³⁶² Kovacic, Mavroidis, y Neven, “Merger Control Procedures and Institutions”, 105.

³⁶³ *Íbid.* Traducción propia.

³⁶⁴ *Clayton Act*, 15 *U.S. Code* § 18a, Subsección (e)(2) y (g)(2)(B).

notificantes, como la estructura interna de las compañías, ventas desagregadas por clientes, líneas de productos, etcétera.³⁶⁵

Las firmas pueden interponer una petición argumentando que la información solicitada es excesivamente acumulativa u onerosa, o es información duplicada. Con el fin de evitar la petición de las partes, los órganos pueden llevar a cabo acuerdos con los afectados por el *second request* en que se pacte la entrega de solo parte de la información requerida, siempre que esta sea suficiente para analizar los riesgos levantados por la autoridad. A falta de este acuerdo, las partes podrán ejercer su derecho a recurrir.

En el caso de que las partes hayan llegado a acuerdo, no hayan recurrido en contra del *request* o su recurso haya sido rechazado, estas deberán entregar la información solicitada por la autoridad. Si esta información es suficiente, satisface la pretensión de la agencia y no se observan riesgos competitivos, la FTC o la DOJ –según quien ha llevado la investigación– podrán realizar un término anticipado del procedimiento, a través de una vista rápida o *quick look procedure*, con lo cual la operación de concentración puede materializarse.³⁶⁶

Por el contrario, si no es posible aplicar el término anticipado, el órgano competente deberá hacer un análisis detallado de los elementos más problemáticos de la fusión en el plazo de treinta o diez días según el caso.³⁶⁷ Luego del análisis de esa información, la autoridad puede tomar cuatro actitudes: i) no pronunciarse dentro del plazo, por lo que una vez vencido se toma el silencio como aprobación de la operación (silencio administrativo positivo); ii) cerrar la investigación, lo que implica la aprobación de la operación de forma pura y simple; iii) aprobar la fusión sujetándola a medidas de mitigación negociadas con las partes y; iv) que el órgano solicite una *preliminary injunction* (medida cautelar) a un *district court* con el objetivo de impedir que el negocio se consume.

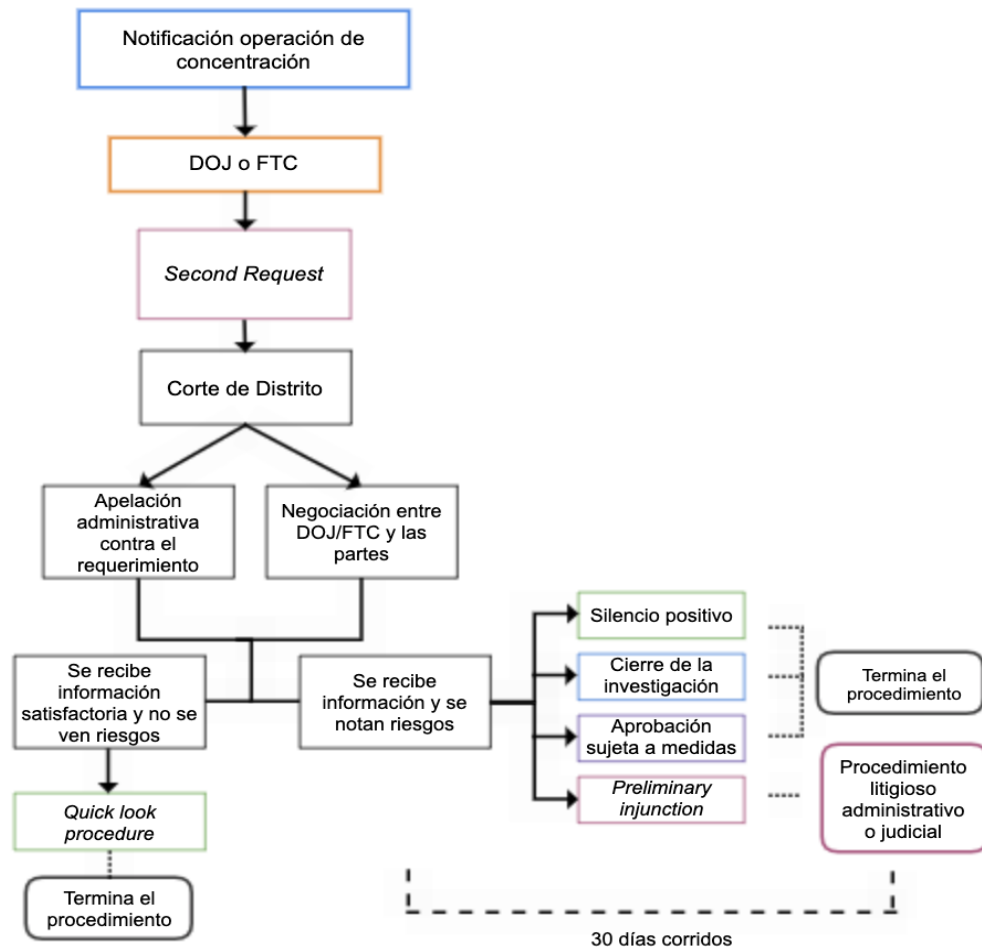
³⁶⁵ FTC Premerger Notification Office, “What is the Premerger Notification Program? An Overview - Guide 1”, 11; Caviedes, “Sistema de Control Preventivo de Fusiones en Derecho Comparado”, 32.

³⁶⁶ FTC Premerger Notification Office, “What is the Premerger Notification Program? An Overview - Guide 1”, 12–13.

³⁶⁷ Caviedes, “Sistema de Control Preventivo de Fusiones en Derecho Comparado”, 32–33.

En el último caso, el asunto se ha tornado litigioso, debiendo resolver administrativa o judicialmente (dependiendo del órgano en que se ha radicado la competencia en el periodo de *clearance*) si la operación será aprobada en forma pura y simple, sujeta a medidas, o si es que se prohíbe.³⁶⁸ Es relevante mencionar que las agencias que investigan la operación no tienen la potestad para prohibir un acuerdo que consideran anticompetitivo, sino que deben someter el caso ante un tribunal, lo que implica una ventaja para las firmas en la etapa de negociación, quienes saben que a fin de cuentas será un tercero imparcial el que juzgue su negocio.³⁶⁹ Esta etapa de solicitud de información e investigación más detallada queda mejor demostrada con la siguiente figura:

Figura 5 – Etapa de Segundo Requerimiento



³⁶⁸ FTC Premerger Notification Office, “What is the Premerger Notification Program? An Overview - Guide 1”, 13; Caviedes, “Sistema de Control Preventivo de Fusiones en Derecho Comparado”, 34.

³⁶⁹ Kovacic, Mavroidis, y Neven, “Merger Control Procedures and Institutions”, 107.

Hasta esta etapa, independiente si la competencia ha sido “despejada” en la FTC o el DOJ, el procedimiento puede ser caracterizado como uno de carácter administrativo por las agencias que lo manejan y la “rivalidad” entre el regulador y los regulados. Sin embargo, este modelo funciona con la constante amenaza de que el procedimiento termine ante un tribunal, lo que permite establecer un procedimiento administrativo con baja intervención de las firmas que buscan fusionarse.³⁷⁰ Esto hace que el sistema americano sea modelado a través de incentivos para el regulador y las partes, que intentarán evitar las molestias que implican un litigio, que por lo general es extenso y costoso, por lo que promoverá acuerdos con los regulados.³⁷¹

3.2.1. Procedimiento Litigioso Administrativo

Si la competencia del procedimiento ha quedado radicada en la FTC, y esta considera necesario interponer una *preliminary injunction* en contra de la operación ante una corte de distrito,³⁷² para que esta sea suspendida, se comienza un proceso litigioso en sede administrativa. Esto quiere decir que el asunto sigue siendo conocido internamente por la misma agencia. Luego de que la corte del distrito ha decretado la medida cautelar, la FTC tiene un plazo de 20 días para interponer una *administrative complaint* (demanda administrativa) ante los *Administrative Law Judges* (Jueces de Derecho Administrativo, ALJ). Estos jueces en realidad son funcionarios de la FTC, sin perjuicio de estar guardada su independencia e imparcialidad gracias a las normas de designación y permanencia en el cargo que los rigen.³⁷³ De todas maneras, estos jueces operan de una forma muy similar a un tribunal contencioso, regidos por el principio dispositivo, por lo que corresponde al acusador y las partes ilustrar el caso y probar los puntos controvertidos.³⁷⁴

³⁷⁰ Kovacic, Mavroidis, y Neven, 57.

³⁷¹ Íbid. Michael G. Egge y Jason D. Cruise, “Practical Guide to the U.S. Merger Review Process”, *Concurrent Review*, n° 1-2014 (1 de febrero de 2014): 4. Sobre las diferencias entre el modelo litigioso y administrativo, y los beneficios de este último, véase la sección 1.2.1.

³⁷² *Federal Trade Commission Act*, 15 U.S. Code § 53 (b). Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/53>; Caviedes, “Sistema de Control Preventivo de Fusiones en Derecho Comparado”, 35–36.

³⁷³ Andrés Bordalí Salamanca, “ORGANIZACIÓN JUDICIAL EN EL DERECHO CHILENO: UN PODER FRAGMENTADO”, *Revista chilena de derecho* 36, n° 2 (agosto de 2009): 215–44, <https://doi.org/10.4067/S0718-34372009000200002>; Caviedes, “Sistema de Control Preventivo de Fusiones en Derecho Comparado”, 36.

³⁷⁴ “Office of Administrative Law Judges”, Federal Trade Commission, 30 de agosto de 2013, <https://www.ftc.gov/about-ftc/bureaus-offices/office-administrative-law-judges>; Caviedes, “Sistema de Control Preventivo de Fusiones en Derecho Comparado”, 36.

El juicio administrativo que se lleva ante los ALJ es bastante similar al procedimiento del contencioso civil en cuanto a sus etapas. Comienza con la presentación de la demanda administrativa, luego la contestación de las partes afectadas, en tercer lugar la audiencia oral ante los ALJ, le sigue la resolución del asunto a través de una *initial decisión* (decisión inicial) ante la cual procede una apelación voluntaria o automática de esa decisión.³⁷⁵ La apelación se resuelve en una audiencia oral que se celebra ante la Comisión, y luego de esta, se decreta la *final decision* (decisión final) en la que la operación podrá ser aprobada de forma pura y simple, sujeta a medidas de mitigación, o prohibida.³⁷⁶

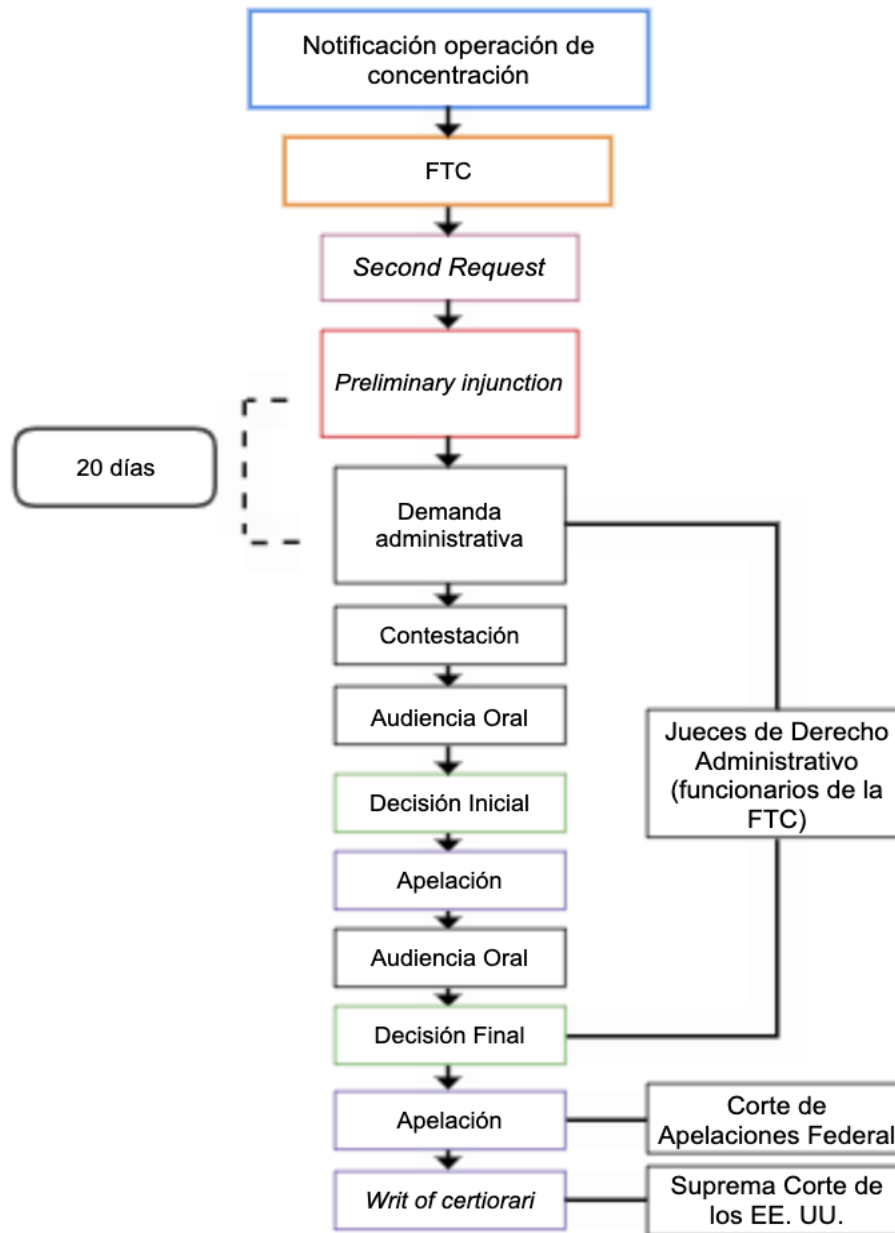
Las decisiones finales de la FTC pueden ser apeladas ante una Corte de Apelaciones Federal, y a su vez, la decisión de esta Corte puede ser impugnada vía *writ of certiorari* (recurso de *certiorari*) ante la Suprema Corte. Esta etapa del procedimiento será analizada en detalle *infra*.³⁷⁷

³⁷⁵ Las partes pueden interponer este recurso, pero la Comisión siempre deberá revisar la decisión por mandato expreso del § 3.52 (a). *FTC Rules*, § 3.52, disponible en: <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/16/3.52>.

³⁷⁶ Caviedes, “Sistema de Control Preventivo de Fusiones en Derecho Comparado”, 37.

³⁷⁷ Sección 0.

Figura 6 – Procedimiento litigioso administrativo



3.2.2. Procedimiento Litigioso Judicial

A diferencia del procedimiento descrito en el apartado anterior, si la competencia de la fusión ha quedado radicada en el DOJ, este deberá presentar ante la Corte de Distrito la medida

cautelar, probando *fumus boni iuris* y *periculum in mora* para que sea concedida.³⁷⁸ Una vez concedida la *injunction* se seguirá el procedimiento civil de carácter general ante la misma Corte, de acuerdo a las *Federal Rules of Civil Procedure* (Reglas Federales de Procedimiento Civil), comenzando con la presentación de una demanda por parte del DOJ en contra de las partes que se quieren fusionar.

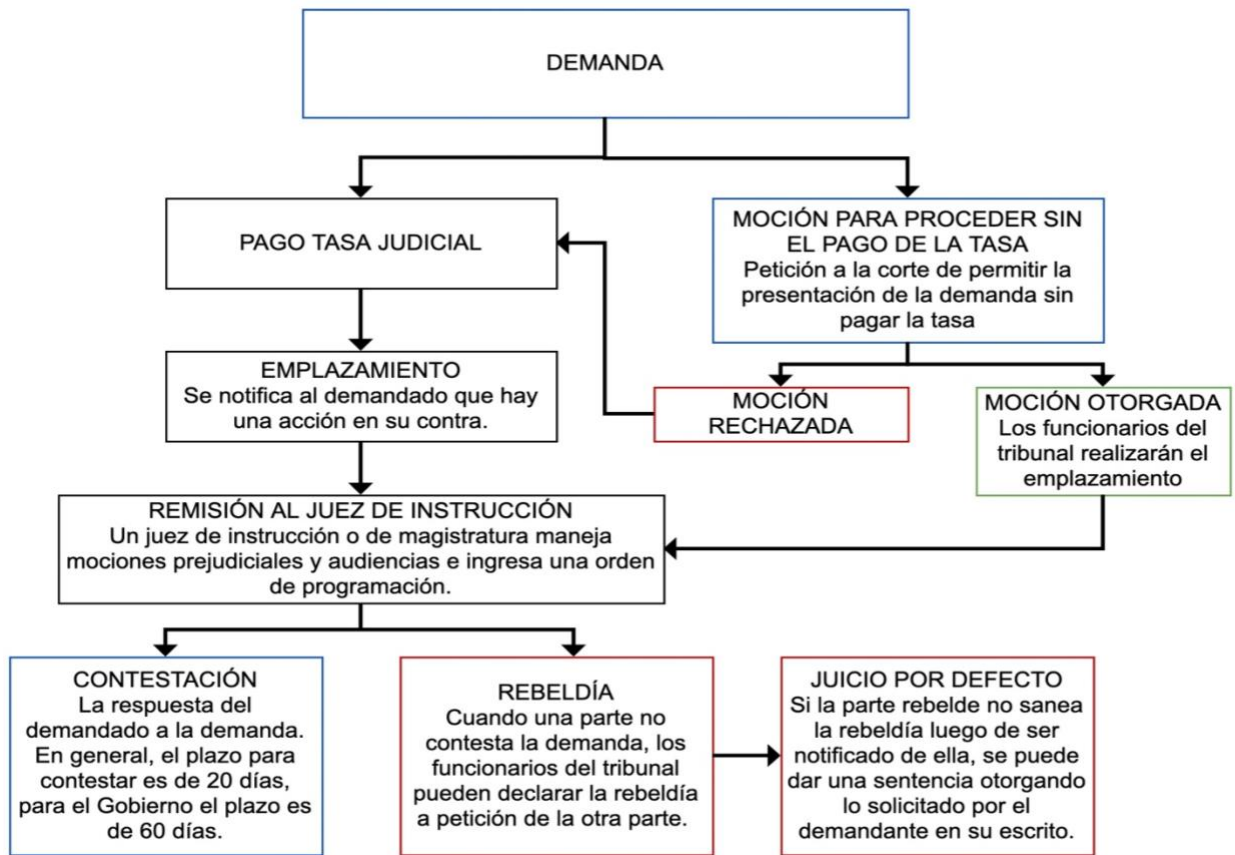
El procedimiento civil federal consiste, a grandes rasgos, en las etapas que ilustran las Figuras 7 y 8. Este procedimiento es bastante similar al juicio ordinario chileno, salvo ciertas diferencias como que no hay réplica ni duplica, se debe pagar una tasa para presentar la demanda, entre otras.³⁷⁹

Parece curioso, a lo menos, que una materia tan especializada como lo son las operaciones de concentración, sea conocida no sólo por un juez generalista, sino que además en un procedimiento ordinario, con una lógica eminentemente adversarial que desconoce los efectos positivos que podría traer una fusión a un determinado mercado. Aquello pone a las firmas y al DOJ en una posición en que deben convencer a un tribunal sobre una cierta tesis, más que buscar la forma en que una operación pueda reducir sus riesgos competitivos y/o compensarlos con las eficiencias que plantea. Junto con lo anterior, en el juicio ordinario los plazos no se ajustan a los tiempos en que operan las empresas para lograr eficiencias.

³⁷⁸ Esta es una importante diferencia con el procedimiento administrativo, en que la FTC solo debe probar *fumus boni iuris*, lo que significa acreditar que hay altas probabilidades de que la fusión infrinja la normativa de competencia. 15 *U.S. Code* § 18a (f). Véase nota al pie 80, Caviedes, “Sistema de Control Preventivo de Fusiones en Derecho Comparado”, 38.

³⁷⁹ Para una comparación integral entre el procedimiento estadounidense y el chileno véase Richard B. Cappalli, “Procedimiento Civil Comparado: Estados Unidos, Chile y Sudamérica”, *Revista chilena de derecho* 19, n° 2 (1992): 221 y ss.

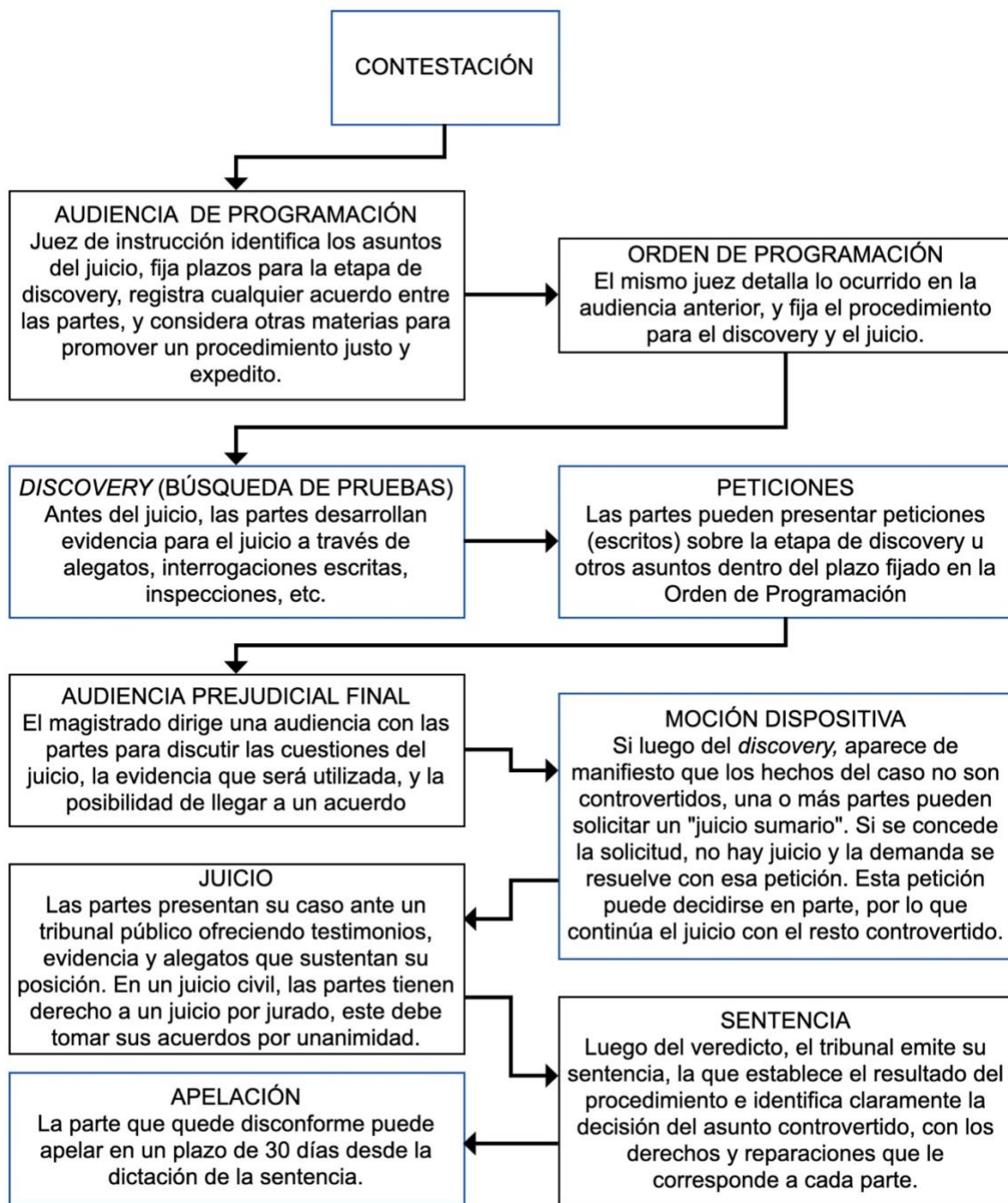
Figura 7 – Procedimiento civil federal de los EE. UU. (desde la demanda hasta la contestación)³⁸⁰



En el cuadro anterior podemos distinguir ciertas cuestiones que no se ajustan al procedimiento de fusiones, por ejemplo, el hecho de poder poner una moción para proceder sin pago de la tasa de litigación. Esta moción podría ser interpuesta por los notificantes con la sola intención de ganar tiempo en el juicio, en circunstancias que dicha moción podría siquiera estar contemplada, considerando que debido a los umbrales de ventas e ingresos es sabido que los actores cuentan con los recursos para litigar.

³⁸⁰ “Civil Case Flowchart”, Middle District of Florida | United States District Court, accedido 20 de junio de 2021, <https://www.flmd.uscourts.gov/civil-case-flowchart> Traducción y elaboración propia.

Figura 8 – Procedimiento civil federal de los EE. UU. (desde la contestación hasta la apelación)³⁸¹



Respecto del cuadro anterior, si bien contiene un procedimiento ordinario y general, es rescatable el hecho de que las partes del litigio puedan participar en la programación de este,

³⁸¹ *Íbid.*

acercando este a una lógica más administrativa que, como vimos, es la ideal para esta clase de asuntos.

Las decisiones de la Corte distrital son susceptibles de apelación ante la Corte de Apelaciones Federal,³⁸² y a su vez, la decisión de ese recurso es susceptible de ser impugnada por el *certiorari* ante la Suprema Corte americana.³⁸³

3.4. Recursos

A grandes rasgos, el procedimiento administrativo y el judicial tienen recursos similares, salvo por la reposición de la que es objeto la decisión del ALJ en el primero de ellos. Luego de esa apelación administrativa, los dos procedimientos tienen los mismos recursos: la apelación ante una Corte de Apelaciones Federal, y un *certiorari* ante la Suprema Corte. Sin embargo, el estándar de revisión judicial es diverso dependiendo de quién revisó la operación, si la FTC o el DOJ. En el primer caso, dado que la FTC es una agencia especializada e integrada por abogados y economistas, los tribunales deberían aplicar la regla *Chevron* y ser deferentes con las conclusiones técnicas, ejerciendo un control de legalidad.³⁸⁴ Cuando la investigación y acusación le corresponde por el DOJ, y la decisión de prohibir la operación emana de una corte de distrito, los superiores jerárquicos no se encuentran sujetos a la regla de deferencia, pudiendo revisar la legalidad, el razonamiento fáctico y económico detrás de la decisión.³⁸⁵

La apelación administrativa a la decisión del ALJ es similar a lo que en Chile conocemos como una reposición, dado que quien conoce es un funcionario de la misma institución que quien emite la sentencia, aunque es por causales justificadas, que se encuentran en subsección (e)(1)(B)(i)(I) y (II) del párrafo 18a.³⁸⁶ Además, quien es competente para conocer el recurso es

³⁸² *Federal Rules of Appellate Procedure*. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/rules/frap>.

³⁸³ *Rules of the Supreme Court of the United States*. Disponible en: https://www.supremecourt.gov/filingandrules/rules_guidance.aspx

³⁸⁴ Caviedes, “Sistema de Control Preventivo de Fusiones en Derecho Comparado”, 39; Stephen G. Breyer et al., *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text, and Cases*, 2006, 251 y ss; *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984). Disponible en: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep467/usrep467837/usrep467837.pdf>

³⁸⁵ Caviedes, “Sistema de Control Preventivo de Fusiones en Derecho Comparado”, 39.

³⁸⁶ 15 *U.S. Code* § 18a.

un órgano distinto dentro de la misma institución, esto porque quien emite la decisión es un ALJ (tribunal interno de la FTC), mientras que el conocimiento del recurso de apelación se le encarga a la Comisión (los cinco comisionados que dirigen la FTC).

En esta revisión, la Comisión considerará las partes del expediente que sean citadas en el recurso o que sean necesarias para resolver el asunto. Así también, está facultada para, “en la medida que lo necesite o desee, de ejercitar todos los poderes que podría haber ejercitado si hubiese hecho la decisión inicial”,³⁸⁷ por lo que la revisión es *de novo*, no está sujeta a los límites de la investigación previa.³⁸⁹ De esta forma, este recurso contiene importantes similitudes con la revisión especial, dado que el revisor es uno especializado en materia de competencia, que puede conocer todos los aspectos de la investigación.

En cuanto a la apelación en contra de la decisión final, esta puede ser interpuesta por las partes o la División de Antimonopolios del DOJ, en un plazo de 30 días desde la dictación de la decisión por la Comisión o la Corte de Distrito, según el caso.³⁹⁰ La FTC no está facultada para apelar en contra de la decisión de los Comisionados.³⁹¹

Dado que esta etapa se inserta en el procedimiento civil ordinario, se aplican las Reglas Federales del Procedimiento de Apelación. De esta forma, quien quiera recurrir debe probar que ha sido sujeto de un perjuicio o agravio por la decisión, sin que haya una causal específica para esta revisión, como sí la hay en Chile. Así, las firmas podrán apelar si su operación es prohibida, o si es aprobada con medidas que no les parecen adecuadas, y por el otro lado, la FTC o el DOJ apelará cuando la operación sea aprobada de forma pura y simple, o sujeta a medidas que no consideren apropiadas para eliminar los riesgos a la competencia.

³⁸⁷ *FTC Rules*, § 3.54. Traducción propia.

³⁸⁹ J. D. Wright y A. M. Diveley, “Do Expert Agencies Outperform Generalist Judges? Some Preliminary Evidence from the Federal Trade Commission”, *Journal of Antitrust Enforcement* 1, n° 1 (1 de abril de 2013): 93, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jns007>.

³⁹⁰ Cappalli, “Procedimiento Civil Comparado”, 250.

³⁹¹ “Merger control in the United States: overview | Practical Law”, accedido 21 de junio de 2021, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-501-2849?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true#co_anchor_a115355](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-501-2849?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true#co_anchor_a115355).

Dado que el recurso establecido es una apelación ordinaria, las Cortes de Apelaciones podrán conocer la totalidad del asunto, estableciendo una nueva instancia. En definitiva, los sentenciadores de segunda podrán juzgar los hechos, el derecho y los argumentos económicos que sujetaron la decisión de las agencias. Sin perjuicio de ello, y como ya comentamos al inicio de esta sección, cuando el procedimiento es llevado por la FTC, dado que esta es una agencia administrativa a la que se le otorgó un alto grado de discrecionalidad por el legislador, los tribunales deben aplicar el estándar *Chevron* de deferencia administrativa y por lo tanto, controlando solo la legalidad de la decisión.³⁹²

Frente a la decisión de la Corte de Apelaciones, tanto la División Antimonopolios, como la FTC y las firmas de la transacción pueden ser apeladas ante la Suprema Corte. Sin embargo, hay que tomar en cuenta una característica fundamental del máximo tribunal americano, que es que tiene competencia selectiva a través del *certiorari*. Por ello, la Corte puede determinar qué causas conoce, concediendo la petición solo por “razones convincentes” a completa discreción del tribunal,³⁹³ pero siguiendo alguna de estas razones: i) resolver un conflicto de interpretación de una ley federal o un pasaje de la Constitución federal; ii) corregir una desviación manifiesta de la forma correcta y usual en que se llevan los procedimientos; iii) resolver una pregunta de ley federal relevante; iv) revisar una decisión de un tribunal estatal final o de una Corte de Apelaciones federal que entra en conflicto con una decisión previa de otro tribunal estatal, de una Corte de Apelaciones federal o de la Suprema Corte.³⁹⁴

La cantidad de casos que llegan a conocimiento de la Suprema Corte es cercana al 2% gracias a este mecanismo de filtración, por lo que la cantidad de casos de libre competencia, y específicamente de fusiones es bastante baja. Algunas de estas decisiones giran en torno a si la *Clayton Act* es aplicable a las fusiones de bancos,³⁹⁵ a los hospitales estatales,³⁹⁶ y que las

³⁹² Caviedes, “Sistema de Control Preventivo de Fusiones en Derecho Comparado”, 39.

³⁹³ Rule 10, Rules of the Supreme Court. “Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons”. Énfasis agregado.

³⁹⁴ Íbid

³⁹⁵ *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321 (1963). Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/374/321/#362>

³⁹⁶ *FTC v. Phoebe Putney Health System, Inc.* (11-1160). Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/supct/cert/11-1160>

operaciones que cubrieran el 30% o más del mercado relevante son inherentemente ilegales por disminuir significativamente la competencia en el mercado.³⁹⁷

Es interesante comentar un estudio empírico realizado por JOSHUA WRIGHT y ANGELA DIVELEY, en el que refutan la tesis que sostiene la mayoría de la doctrina americana –así también esta memoria– en que ampliar el rol de *enforcement* de las agencias especializadas y expertas, y disminuir el ámbito de revisión de los tribunales generalistas por no tener las herramientas adecuadas para manejar casos complejos, generaría mejores decisiones en materia de competencia. Esta doctrina ha sido denominada la “hipótesis de la experticia”.³⁹⁸ El estudio se basa en revisar 718 decisiones de ALJ y las cortes de distrito, constatando si han sido apeladas y revertidas (o no), en el entendido que si una decisión es apelada es porque al menos una de las partes considera que se ha cometido un error del cual es posible convencer a un tribunal superior para que lo resuelva.³⁹⁹

Los resultados arrojan que las decisiones de los tribunales de la FTC son, en general, apeladas un 20% más que las decisiones de las cortes de distrito.⁴⁰⁰ En cuanto a decisiones revertidas por las cortes de apelaciones, las de los ALJ son revertidas un 15% más que las de su par generalista.⁴⁰¹ De esta manera, la hipótesis de la experticia es más bien una falacia que carece de sustento científico y práctico.⁴⁰² El problema radicaría en la inhabilidad de las agencias especializadas de aportar su experticia como un *input* útil para llegar a decisiones de alta calidad, lo que podría estar asociado a una construcción deficiente del diseño institucional de la FTC.⁴⁰³

Ahora bien, el estudio plantea un método que, aplicado en Chile sobre los procedimientos de fusiones, llevaría a resultados contrarios. Desde que se instauró el nuevo procedimiento de control de fusiones con la promulgación de la Ley N° 20.945, solo ha habido una revisión especial conocida por el TDLC, y ninguna reclamación ante la Corte Suprema. De hecho, el 0,56% de las

³⁹⁷ *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 365. Para otros casos véase nota 4 en Scott E. Bohon, “How to Win a Merger Case in the Supreme Court”, *Washington University Law Review* 1974, n° 4 (1 de enero de 1974): 633–51.

³⁹⁸ Wright y Diveley, “Do Expert Agencies Outperform Generalist Judges?”, 85.

³⁹⁹ *Ibid.*, 90–91.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, 94–99.

⁴⁰¹ *Ibid.*

⁴⁰² *Ibid.*, 103.

⁴⁰³ *Ibid.*

decisiones de la FNE que son recurridas.⁴⁰⁴ Esta proporción de impugnación, a los ojos del estudio revisado, permitiría expandir el ámbito de control de la FNE y posiblemente del TDLC, e incluso pensar en suprimir la competencia de nuestro máximo en esta materia. Sin embargo, llegar a estas proposiciones parecería un poco apresurado considerando que no hemos tenido la oportunidad de ver el rendimiento de la Corte Suprema en esta materia.

3.5. Comparación sistema chileno y estadounidense

Haciendo una comparación entre el sistema nacional y el sistema americano en materia de concentraciones, vemos que se presentan ciertas similitudes como también diferencias. En cuanto a los aspectos en común, podemos identificar que en ambos países quienes llevan la investigación de la operación son órganos especializados en libre competencia, integrador por profesionales formados y altamente calificados en Derecho y Economía.

Así también, en ambas jurisdicciones una operación de concentración puede ser vista en varias instancias, en Chile, ante la FNE, el TDLC y por último la Corte Suprema, mientras que en los EE. UU. sería ante la FTC o el DOJ, el ALJ o la Corte de Distrito, la Comisión para el caso en que el procedimiento sea llevado por la FTC, Corte de Apelaciones y finalmente, ante la Suprema Corte. Creemos que esta característica trae un problema fundamental del que ya hemos discurrido previamente, y es que el establecimiento de procedimientos demasiado extensos u ordinarios –en el caso americano– ignora la lógica en que funcionan las empresas y el mercado, la cual está en una constante vorágine cambiante.

Las empresas, en la gran mayoría de los casos, no se fusionan con el objetivo de generar un riesgo competitivo,⁴⁰⁵ sino que, para mejorar ciertos procesos productivos, aumentar su capacidad de producción, entre otros motivos que son legítimos y potencialmente beneficiosos

⁴⁰⁴ Fiscalía Nacional Económica, “Estadísticas División de Fusiones 1er Trimestre 2021”, abril de 2021, <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/05/ESTADISTICAS-DIVISION-FUSIONES-marzo-2021.pdf>.

⁴⁰⁵ Podría considerarse como excepción los casos de compras a posibles competidores en la industria de las Big Tech, como la compra de Facebook a Instagram y WhatsApp, los que evidentemente se realizaron para sacar a competidores del mercado, entre otros casos de los “*Big Four*” GAF A – Google, Amazon, Facebook y Apple. Chris Alcantara et al., “How Big Tech Got so Big: Hundreds of Acquisitions”, Washington Post, accedido 27 de julio de 2021, <https://www.washingtonpost.com/technology/interactive/2021/amazon-apple-facebook-google-acquisitions/>.

para los consumidores. Mantener los procedimientos como se tienen hoy en día, con el riesgo de que puedan llegar a los máximos tribunales de cada país y su demora asociada, no hace más que desincentivar las decisiones de negocios de las firmas más conservadoras.

En cuanto a las diferencias entre Chile y los EE. UU. se destaca el procedimiento parcialmente especializado por el que deben pasar las fusiones en nuestro país.⁴⁰⁶ El procedimiento americano es ordinario y revisado por jueces eminentemente generalistas. Aquello trae consigo problemas que ya hemos mencionado anteriormente, como por ejemplo, un mayor riesgo de sentenciar erróneas dado el alto nivel de complejidad de las fusiones. También está la dificultad para los órganos persecutores y las partes de llegar a soluciones negociadas y óptimas que cumplan con los objetivos de ambos.

Otro punto de distinción es que en Chile no es necesaria la intervención judicial para prohibir una operación, lo puede hacer la FNE sin requerir al TDLC o la Corte Suprema, sin embargo, en los EE. UU. la FTC o el DOJ no tienen el poder de hacer esto, por lo que la participación judicial es absolutamente necesaria.⁴⁰⁷ Aquello tiene que ver, eminentemente con una decisión de confianza del poder legislativo en la Administración. En el caso chileno, se le ha dado la confianza a la Fiscalía para que prohíba ciertos negocios, con su debido control judicial, mientras que los americanos han preferido dejarle dicha decisión directamente a un tribunal.

Basado en dichas similitudes, pero por sobre todo en las diferencias, las que nos parecen de mayor esencialidad desde el punto de vista del diseño institucional, es dable decir que, en esta oportunidad, el legislador chileno se ha apartado de su tradición de mirar hacia Norte América para buscar la solución a sus conflictos, y ha construido un sistema más cercano al de la Comunidad Europea, según veremos en el capítulo que sigue.

⁴⁰⁶ Decimos parcialmente pues, como vimos en la Sección 2.3 el procedimiento de la reclamación es común a otras materias del DL 211, y es revisado por un tribunal generalista como lo es nuestra Corte Suprema.

⁴⁰⁷ Piscitelli, "Public Interest in Merger Control Systems in the EU and US", 389.

Capítulo IV: RÉGIMEN DE CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

En este capítulo intentaremos realizar una descripción del funcionamiento de las instituciones involucradas en el derecho de la competencia de la Unión Europea que actúan dentro del control de fusiones.⁴¹² Para esto, nos serviremos de estudiar sus instituciones, procedimientos y su sistema recursivo. En esta labor, es relevante mencionar que, de la misma forma que en el capítulo anterior, el tratamiento que haremos de las instituciones comunitarias no es integral, puesto que ello tomaría una memoria completa, sino más bien abordaremos una interpretación acotada de éstas.

En el régimen de la Comunidad Europea,⁴¹³ puesto que se trata de una entidad supranacional, hay ciertos asuntos en que se traslapan las jurisdicciones de la Comunidad con la de los Estados partes. Para dirimir este asunto en materia de fusiones, se ha determinado cuáles son las operaciones que tienen un alcance comunitario, por lo que el órgano competente para conocerlos sería la Comisión Europea y excluyéndose la competencia de los órganos de libre competencia de los Estados.⁴¹⁴ De esta manera, siguiendo el principio de la ventanilla única, cuando una concentración tiene dimensiones comunitarias, las partes solo necesitan obtener la aprobación de la CE, no necesitan someterse al análisis de las agencias de competencia de cada Estado en que actúa la empresa.⁴¹⁵

Por ello, el Reglamento Comunitario de Concentraciones N° 139/2004,⁴¹⁶ en su considerando décimo indica que una operación tiene dimensión comunitaria cuando el volumen de negocios de las empresas involucradas supera los umbrales establecidos, y que estas realicen operaciones sustanciales dentro de la Comunidad, independiente de si las empresas tengan o no

⁴¹² En adelante, UE.

⁴¹³ En adelante, la Comunidad.

⁴¹⁴ En adelante, la Comisión o CE indistintamente; Caviedes, “Sistema de Control Preventivo de Fusiones en Derecho Comparado”, 98.

⁴¹⁵ “Merger Control in the EU: Overview”, Practical Law, accedido 28 de junio de 2021, [http://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-578-2386?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](http://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-578-2386?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true).

⁴¹⁶ En adelante, Reglamento de Concentraciones o RCC indistintamente. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A32004R0139>

sus sedes o sus actividades principales dentro de ella. Estos umbrales se encuentran precisados en el artículo 1 del mismo reglamento. Así, si las operaciones superan estos umbrales serán consideradas como comunitarias, por lo que serán conocidas por la Comisión, a menos que dos tercios de los negocios totales llevados por cada una de las firmas sea realizado en uno de los Estados miembro, caso en el cual el órgano competente para conocer la fusión será la autoridad de competencia de dicho Estado. El estudio que aquí realizaremos será del procedimiento a nivel comunitario, haciendo las prevenciones pertinentes cuando la competencia del asunto pueda ser radicada en los órganos de los Estados miembros.

4.1. Institucionalidad

En la Comunidad Europea, al igual que en los EE. UU. y Chile, el procedimiento tiene una etapa administrativa y otra judicial. En la primera etapa, el órgano encargado es la Comisión Europea, a través de la Dirección General de Competencia. En cuanto a los tribunales competentes, estos son, en primera instancia, el Tribunal General,⁴¹⁷ y en segunda instancia el Tribunal de Justicia,⁴¹⁸ ambos son parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La Dirección General de Competencia de la Comisión es una agencia especializada en libre competencia que “aplica directamente las normas de competencia contenidas en los artículos 101 a 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), con el objetivo de que los mercados comunitarios funcionen mejor, asegurando que todas las compañías compitan en igualdad y ajustado a sus propios méritos.”⁴¹⁹ A la interna, la Dirección de Competencia se organiza en directorios según los sectores de la economía (salvo tres directorios horizontales: políticas públicas, carteles y ayudas estatales),⁴²⁰ por lo que cada directorio agrupa algunos

⁴¹⁷ Antes del Tratado de Lisboa de 2009 este tribunal se llamaba “Tribunal de Primera Instancia” por lo que es posible encontrarlo en la literatura por ese nombre o por su sigla en inglés, TFI “El Tratado de Lisboa y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, Text, European Commission - European Commission, accedido 30 de junio de 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/CJE_09_104. En adelante, TG.

⁴¹⁸ En adelante, TJUE.

⁴¹⁹ “Competition”, Text, European Commission - European Commission, accedido 28 de junio de 2021, https://ec.europa.eu/info/departments/competition_en. Traducción propia; Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, disponible en: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>

⁴²⁰ En adelante, DG Comp o Dirección General, indistintamente.

sectores, como por ejemplo, transportes y telecomunicaciones.⁴²¹ A su vez, los directorios según sector se organizan internamente según los instrumentos, ya sea fusiones, antimonopolios o ayudas estatales.⁴²²

La DG Comp es una agencia integrada, lo que quiere decir que concentra facultades investigativas y adjudicatorias en un solo órgano,⁴²³ siguiendo el modelo que ha sido propuesto por CRANE y que hemos analizado *supra*.⁴²⁴ Así, sus resoluciones son revisadas posteriormente por el TJUE solo si las partes las recurren, lo que plantea una diferencia con el régimen americano, en que las agencias no pueden tomar la decisión de prohibir una operación por sí solas, y una clara similitud con el procedimiento chileno. A diferencia de lo que sucede en Chile, la Dirección de Competencia depende de la CE, la cual es la rama ejecutiva de la Unión Europea, esto implica que las decisiones en materia de fusiones son tomadas por el conjunto de los comisarios miembros del Colegio de Comisarios.⁴²⁵

En la práctica, cuando una fusión es puesta en conocimiento de la Comisión, se arma un equipo especializado para el caso. Estos equipos son dirigidos, usualmente, por el jefe de la unidad de fusiones y el director del sector económico asociado a la operación, ambos de la DG Comp. La investigación es llevada a cabo por este equipo, actuando como colaborador el Economista Jefe de la Dirección General y su equipo.⁴²⁶ El jefe de la unidad y el director son los encargados de monitorear al equipo que lleva el caso y de redactar las minutas que resumen la investigación, evidencia recopilada y posibles opciones de decisión que le serán presentadas al Comisionado de la Unión Europea y sus gabinetes.⁴²⁷

En cuanto a los tribunales, estos son de carácter generalista, puesto que conocen de todas las controversias llevadas por el orden comunitario a través de un procedimiento ordinario.⁴²⁸ En

⁴²¹ Kovacic, Mavroidis, y Neven, “Merger Control Procedures and Institutions”, 59; “Leadership and Organisation - Organisation Chart”, Text, European Commission - European Commission, accedido 28 de junio de 2021, https://ec.europa.eu/info/departments/competition_en.

⁴²² *Ibid.*

⁴²³ Caviedes, “Sistema de Control Preventivo de Fusiones en Derecho Comparado”, 94.

⁴²⁴ Sección 1.2.1.

⁴²⁵ Caviedes, “Sistema de Control Preventivo de Fusiones en Derecho Comparado”, 95.

⁴²⁶ Kovacic, Mavroidis, y Neven, “Merger Control Procedures and Institutions”, 59.

⁴²⁷ *Ibid.*, 60.

⁴²⁸ Caviedes, “Sistema de Control Preventivo de Fusiones en Derecho Comparado”, 94.

concreto, el Tribunal General puede conocer de las fusiones si las partes interponen un recurso de “anulación” en contra de la decisión de la Comisión.⁴²⁹ En cuanto al TJUE, este conoce de los asuntos por la vía de la casación en contra de la decisión tomada por el Tribunal General.

En este ámbito del procedimiento vemos una gran similitud con el sistema estadounidense, en que son dos los tribunales competentes para conocer los asuntos luego de que el proceso ha finalizado en sede administrativa. En ambos casos, estos tribunales son generalistas y los recursos son conocidos en procedimientos ordinarios de carácter civil. Esas circunstancias plantean una notoria diferencia con el diseño institucional chileno, en que se le otorga al control de fusiones la revisión por un tribunal y procedimiento especializado en principio, y solo posterior a este el asunto es conocido por un tribunal generalista.

4.2. Procedimiento de Control de Operaciones de Concentración

El procedimiento de fusiones comienza formalmente con la presentación del formulario de notificación por las firmas ante la Dirección General de Competencia en Bruselas. Sin embargo, es usual que las partes se contacten previamente con la CE para discutir aspectos jurisdiccionales y normativos de la notificación, y para determinar la información pertinente a ser entregada frente a los potenciales riesgos de la operación,⁴³⁰ evitando que la notificación sea declarada incompleta.⁴³¹ Iniciar este procedimiento implica una obligación de suspender la operación hasta que la Comisión haya otorgado el permiso para su celebración.

Una vez que la CE reciba una notificación completa, se da inicio a un periodo de 25 días hábiles denominado Fase I en que se analizarán los antecedentes aportados por las partes en el formulario, se contacta a terceros relevantes (consumidores, competidores) para conocer sus opiniones de la operación, y se requerirá a las partes y los competidores que llenen cuestionarios para determinar el mercado relevante.⁴³² En la misma notificación las partes podrán ofrecer

⁴²⁹ *Íbid.*, 110–112.

⁴³⁰ *Íbid.*, 99–100; DG Competition, “Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings”, 20 de enero de 2004, <https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>.

⁴³¹ “Merger Control in the EU”.

⁴³² *Íbid.*

medidas de mitigación para los riesgos competitivos, aunque si lo hacen dentro del periodo de 25 días el plazo se ampliará por 10 días hábiles. El plazo también se ampliará si un Estado miembro le solicita a la CE que le remita el caso.⁴³³

Al final de este periodo y habiendo evaluado los antecedentes recabados, la CE podrá tomar 5 actitudes: i) dejar transcurrir el plazo, lo que implica una aprobación pura y simple (silencio administrativo positivo, no ha sucedido nunca, la autoridad siempre se pronuncia antes del plazo);⁴³⁴ ii) declarar que la operación no tiene alcance comunitario, por lo que le remitirá el caso al órgano competente del Estado miembro correspondiente;⁴³⁵ iii) aprobar de forma pura y simple; iv) aprobar sujetando la operación a las medidas acordadas con las partes y;⁴³⁶ v) continuar con una etapa posterior, denominada Fase II, por tener serias dudas sobre los efectos de la fusión.⁴³⁷ No está muy claro qué significa que la Comisión tenga “serias dudas sobre los efectos”, pero es posible intuir que se refiere a una probabilidad importante de que la operación sea anticompetitiva. Cualquiera de estas decisiones es susceptible de recurso de anulación ante el TG, según veremos *infra*.⁴³⁸ La fase I, hasta la primera decisión de la CE queda ilustrada en la Figura 9.

⁴³³ Caviedes, “Sistema de Control Preventivo de Fusiones en Derecho Comparado”, 102.

⁴³⁴ Reglamento de Concentraciones, artículo 10.6.

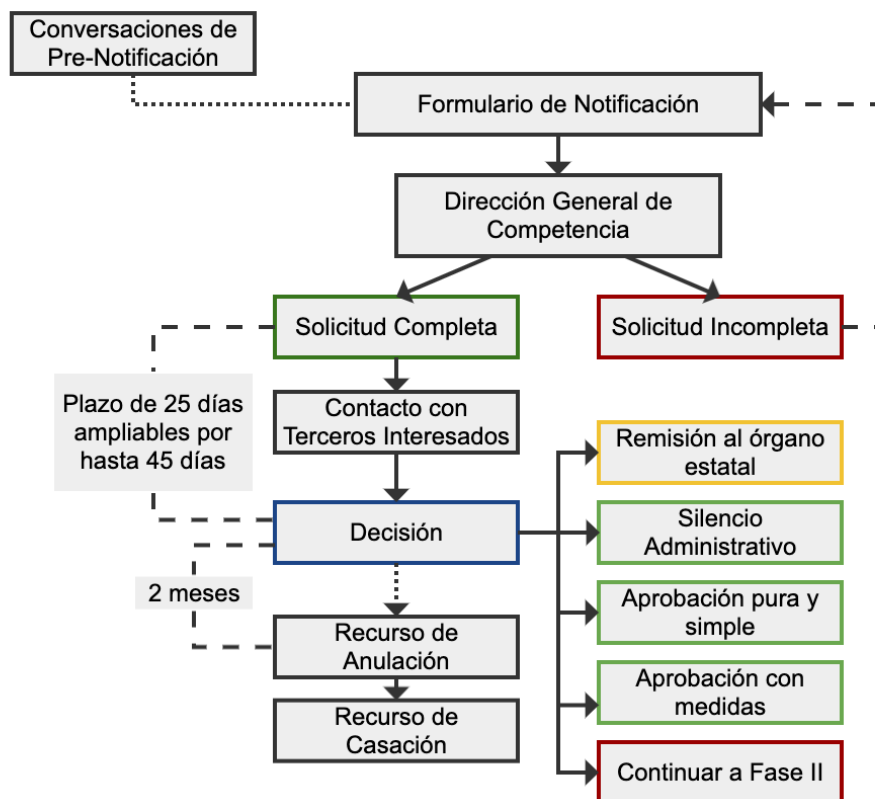
⁴³⁵ *Íbid*, artículo 6.1.a).

⁴³⁶ *Íbid*, artículo 6.1.b) y 8.1 y 8.2.

⁴³⁷ *Íbid*, artículo 6.1.c).

⁴³⁸ Sección 4.3. Recursos

Figura 9 – Fase I del procedimiento europeo



En el caso de que se decida continuar el procedimiento, la CE deberá emitir un pliego de cargos indicando cuáles son los aspectos más sensibles y riesgosos de la fusión, los que serán analizados específicamente en la siguiente fase. En teoría, esta decisión es tomada por el Comisario de la Unión Europea, sin embargo, en la práctica, todas las decisiones de Fase I son delegadas por el Colegio de Comisarios en el Comisionado de la Competencia.⁴³⁹

Antes de continuar con la Fase II, es importante mencionar que la CE ha establecido un procedimiento simplificado para aprobar determinadas fusiones que no presenten mayores riesgos a la libre competencia.⁴⁴⁰ Así también, hay que decir que la inmensa mayoría de las operaciones

⁴³⁹ Kovacic, Mavroidis, y Neven, “Merger Control Procedures and Institutions”, 60.

⁴⁴⁰ Comunicación de la comisión sobre el procedimiento simplificado para tramitar determinadas operaciones de concentración con arreglo al Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo, párrafo 5. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC1214\(02\)&from=FI](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC1214(02)&from=FI)

de concentración son aprobadas en Fase I, siendo 11.626 casos terminados en esta fase, y tan solo 238 terminados en Fase II, lo que corresponde a un 2%.⁴⁴¹

La Fase II comprende un plazo de 90 días hábiles desde que se emite el pliego de cargos hasta que se dicta la decisión final. El plazo puede ser ampliado hasta por 125 días hábiles si lo solicitan las partes, lo acuerdan con la CE (20 días) o si las firmas ofrecen medidas de mitigación antes del día 55 de esta fase (15 días).⁴⁴² En este periodo la Comisión realiza una revisión detallada de los aspectos de la operación que le parecen sensibles y riesgosos para la libre competencia comunitaria. Además, en cualquiera de las dos fases, la CE podrá suspender los plazos (coloquialmente conocido como “detener el reloj”) a través de una decisión formal, con el fin de requerir la producción de información o la realización de una inspección causada, por ejemplo, porque las partes no respondieron un requerimiento de información en el plazo que se les dio.⁴⁴³

El pliego de cargos es siempre notificado a las partes y terceros interesados, para que tengan la información necesaria para emitir sus descargos y observaciones. En estos descargos las partes y terceros pueden plantear todos los argumentos que les parezcan pertinentes, junto con la posibilidad de acompañar documentos, declaraciones de testigos y solicitar la realización (participación, en el caso de que sea un tercero) de una audiencia oral.⁴⁴⁴ Si las partes solicitan la audiencia oral la Comisión está obligada a otorgarla.

La audiencia se realiza con la comparecencia de las partes, representantes de la CE, terceros interesados, los organismos de libre competencia de los estados involucrados y un “Consejero Auditor”. El Consejero tiene como objetivo salvaguardar el ejercicio efectivo de los derechos procesales de las partes involucradas en el procedimiento ante la Comisión como el acceso al expediente y la protección de la confidencialidad, y es el responsable de organizar esta

⁴⁴¹ Directorate-General for Competition, “Merger Statistics: Final Decisions”, 11 de marzo de 2018, <https://data.europa.eu/data/datasets/mergers-statistics?locale=en>.

⁴⁴² Caviedes, “Sistema de Control Preventivo de Fusiones en Derecho Comparado”, 105; Kovacic, Mavroidis, y Neven, “Merger Control Procedures and Institutions”, 89-90.

⁴⁴³ “Merger Control in the EU”.

⁴⁴⁴ Reglamento de Concentraciones, artículo 18.1; Reglamento N° 802/2004 de Aplicación del Reglamento de Concentraciones, artículos 13 a 17. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32004R0802>; Caviedes, “Sistema de Control Preventivo de Fusiones en Derecho Comparado”, 106.

audiencia oral con el fin de cumplir su objetivo.⁴⁴⁵ Este mismo generará reportes que se le entregarán a los Comisionados indicando si se han respetado los derechos procesales en los procedimientos y actuaciones.

Realizada esta audiencia y revisados los antecedentes que figuran en el expediente, la Comisión debe, antes de dictar su decisión final, someter un borrador de esta ante el Comité Consultivo de Concentraciones.⁴⁴⁶ Este comité emitirá una decisión (no vinculante) a través de un dictamen, el que se publica junto con la decisión de la CE.⁴⁴⁷

Pasado ese trámite, la comisión podrá adoptar cuatro actitudes para resolver la operación de concentración: i) silencio administrativo positivo; ii) aprobar la operación de forma pura y simple; iii) aprobar la operación sujetándola a medidas de mitigación impuestas por la CE y;⁴⁴⁸ iv) prohibir la operación por considerar que esta podría obstaculizar de forma significativa la competencia en el mercado comunitario. En este último caso, si las partes consumaron la operación antes de la respectiva pronunciación (cometiendo *Gun Jumping*) la Comisión podrá imponer sanciones, multas y ordenar que la operación sea disuelta.⁴⁴⁹ Esta segunda parte del procedimiento puede verse representada en la Figura 10.

⁴⁴⁵ Kovacic, Mavroidis, y Neven, “Merger Control Procedures and Institutions”, 64–65.

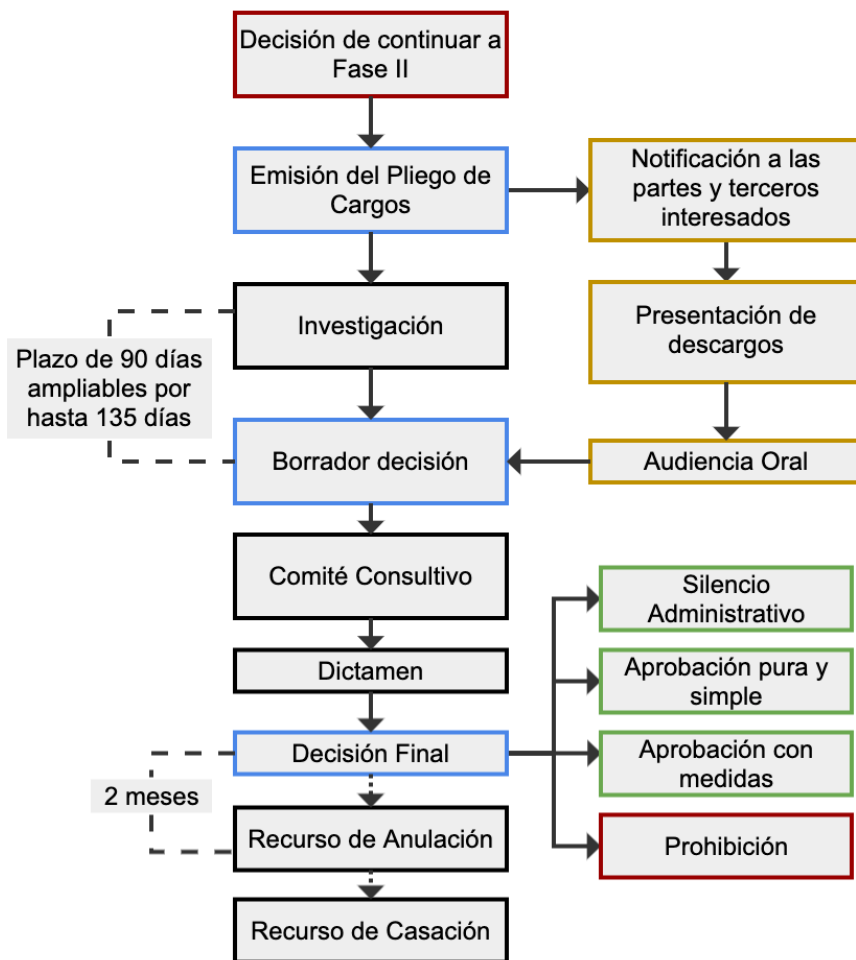
⁴⁴⁶ Este es un órgano compuesto por representantes de los órganos de libre competencia de todos los Estados miembros de la Comunidad Europea. Caviedes, “Sistema de Control Preventivo de Fusiones en Derecho Comparado”, 108.

⁴⁴⁷ Reglamento de Concentraciones, artículo 19.

⁴⁴⁸ Reglamento de Concentraciones, artículo 8.2.

⁴⁴⁹ *Íbid*, artículo 8.4. Esto plantea una diferencia interesante con el procedimiento nacional, en que la FNE tiene que iniciar un procedimiento contencioso (distinto del procedimiento de fusiones) ante el TDLC por incumplimiento del artículo 3 bis para sancionar el *gun jumping*.

Figura 10 – Fase II del procedimiento europeo



Es relevante mencionar que cualquiera sea la decisión que tome la Comisión, esta debe ser fundamentada, es decir, se debe justificar tanto la intervención como la no intervención. Ya que se le ha otorgado la competencia exclusiva a la CE con un amplio espacio discrecional, se ha establecido que tanto las decisiones de aprobar (pura y simplemente o con remedios), o prohibir una operación deben probarse con el mismo estándar, el cual ha sido referido como “un grado de probabilidad suficiente” de que la operación pueda o no obstaculizar de forma significativa la competencia en el mercado común.⁴⁵⁰ Por ejemplo, el Tribunal General ha criticado a la Comisión por “no ser muy convincente” en sus conclusiones puesto que no ha demostrado que “*se basen en un análisis prudente de los estudios independientes o en un conjunto sólido y coherente de pruebas*

⁴⁵⁰ Bo Vesterdorf, “Standard of Proof in Merger Cases: Reflections in the Light of Recent Case Law of the Community Courts”, *European Competition Journal* 1, n° 1 (2005): 19–21.

obtenidas por ella en su investigación de mercado".⁴⁵¹ Sin duda, este estándar de prueba trae aparejado un alto nivel de incertidumbre por ser esencialmente subjetivo y poco claro, cuestión que no será tratada por exceder el presente estudio.⁴⁵²

4.3. Recursos

En el procedimiento europeo de control de fusiones se contemplan dos recursos por medio de los cuales se puede controlar la legalidad de la decisión de la Comisión. Estos son el recurso de anulación ante el Tribunal General, y el recurso de casación ante el TJUE. Las decisiones que pueden ser recurridas son las que se relacionan con la aprobación o prohibición de la operación, relativas a la aceptación de medidas de mitigación y relacionadas con la competencia de la CE para conocer de la concentración.⁴⁵³ En general, se ha dicho que todos los actos que pueden modificar la posición legal de las partes de forma sustancial son susceptibles de ser anulados.⁴⁵⁴

De esta manera, es dable decir que ambos recursos pueden ser interpuestos tanto en contra de una resolución que autorice, como en contra de una que prohíba la operación de concentración. Aquí hay una clara diferencia con el ordenamiento chileno, en el que los recursos solo se pueden interponer únicamente en contra de un tipo de decisiones, las prohibitivas de la FNE o las permisivas con medidas impuestas por el TDLC.

El artículo 263 del TFUE indica que cualquier persona física o jurídica, afectada directa e individualmente, podrá interponer un recurso ante el Tribunal de Justicia, para que este controle la "legalidad" de los actos de la Comisión. Así también, indica que los recursos deberán interponerse en un plazo de dos meses a partir de la publicación del acto, su notificación al recurrente, o a falta de ello, desde el día en que éste haya tomado conocimiento. Esta disposición abre la puerta para que no sólo los notificantes impugnen los actos de la CE, sino también terceros

⁴⁵¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia C-12/03 P, "Caso Tetra Laval", punto 212. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62003CJ0012&from=EN>; Vesterdorf, 20.

⁴⁵² Para un análisis en profundidad de esta posición y la determinación del estándar de prueba véase Vesterdorf, 25–32.

⁴⁵³ "Merger Control in the EU".

⁴⁵⁴ Vesterdorf, "Standard of Proof in Merger Cases", 10.

interesados, como consumidores y competidores, lo que ha sido confirmado por los tribunales en el caso *Air France* con Comisión.⁴⁵⁵

El Tribunal General tiene competencia para conocer de los recursos de anulación en contra de las resoluciones de la CE con las características ya mencionadas. Este recurso, como su nombre lo indica, solo le permite controlar la legalidad de las decisiones, por lo que podrá i) confirmar la decisión de la Comisión si considera que se ajusta a Derecho, o ii) anular total o parcialmente la resolución si considera que esta contiene vicios de legalidad. En el caso de que la resolución de la CE sea anulada, en todo o en parte, el procedimiento volverá a la Comisión para que se inicie una nueva Fase I y se evalúe la operación en los aspectos afectados por la nulidad, en vista de las condiciones vigentes en el mercado.⁴⁵⁶

No existen disposiciones expresas en el Reglamento de Concentraciones ni en el TFUE respecto del ámbito de revisión que puede ejercer el TG sobre los casos que llegan a su conocimiento a través de la anulación. Por ello, el mismo tribunal ha tenido que construir su estándar de revisión siguiendo los criterios generales del derecho administrativo y los límites que naturalmente le otorga el recurso de nulidad. La descripción clásica del estándar es encontrada en la sentencia del TJUE en el caso *Aalborg Portland* en el cual se indica que:

*“el control que los órganos jurisdiccionales comunitarios ejercen sobre las apreciaciones económicas complejas realizadas por la Comisión se limita necesariamente a comprobar el cumplimiento de las normas de procedimiento y de motivación, así como la exactitud material de los hechos y la falta de error manifiesto de apreciación y de abuso de poder”*⁴⁵⁷

El estándar de control varía dependiendo de si lo que se está revisando es la correcta apreciación de los hechos o la aplicación de la legalidad (control total) o bien si se están revisando

⁴⁵⁵ Tribunal de Primera Instancia (actual Tribunal General), Sentencia T-3/93, *Société anonyme à participation ouvrière Compagnie nationale Air France* con Comisión de la Comunidad Europea, párrafos 51, 67 y 81.

⁴⁵⁶ Reglamento de Concentraciones, artículo 10.5.

⁴⁵⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de los asuntos acumulados C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, *Aalborg Portland Aalborg Portland* y otros con Comisión de la Comunidad Europea, párrafo 279. Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=48825&pageIndex=0&doclang=ES&dir=&occ=first&part=1&cid=23708410>

cuestiones económicas complejas, en donde los tribunales actuarán más restringidos, respetando así la discrecionalidad del órgano administrativo.⁴⁵⁸ No hay una definición muy clara respecto a qué se refiere con “apreciaciones económicas complejas”, pero en el ámbito de la libre competencia, en que el derecho está intrínsecamente entrelazado a lo económico, este estándar deferencial podría, eventualmente, aplicar a una amplia gama de circunstancias, sobre todo considerando la visión más “economicista” que tiene el derecho de la competencia europeo.⁴⁵⁹

En materia de fusiones, es usual que el TG ocupe el estándar del “error manifiesto”, el que implica actuar con gran deferencia frente a la decisión de la Comisión, y a los hechos y fundamentos económicos que la sustenten, a menos que haya un error claro y patente en la aplicación del derecho que exija la intervención judicial.⁴⁶⁰ Sin embargo, la historia no está exenta de casos en que el Tribunal General ha hecho su propio análisis sustantivo del control de la fusión, por ejemplo, definiendo el mercado relevante del producto y geográfico.⁴⁶¹ El mayor escrutinio judicial en estos casos se explica en que, luego de la creación de esta corte, los estándares de revisión se han puesto más estrictos dado que este es casi un tribunal especializado en el área de la competencia.⁴⁶² Además, los jueces se han tornado más exigentes cuando la Comisión sostiene teorías controversiales sobre el escenario contra factual post-fusión.⁴⁶³

En cuanto al Tribunal de Justicia, este es competente para conocer los recursos de casación en contra de las sentencias y autos dictados por el Tribunal General, por lo tanto, este está limitado a conocer de las cuestiones de Derecho de dichas resoluciones.⁴⁶⁴ Este recurso no tiene efecto suspensivo, por lo que la sentencia del TG se seguirá cumpliendo mientras sea tramitado,⁴⁶⁵ sin perjuicio de que las partes pueden solicitar que se suspenda la decisión.

⁴⁵⁸ Vesterdorf, “Standard of Proof in Merger Cases”, 12.

⁴⁵⁹ Firat Cengiz, “Judicial Review and the Rule of Law in the Eu Competition Law Regime After *Alrosa*”, *European Competition Journal* 7, n° 1 (abril de 2011): 141, <https://doi.org/10.5235/174410511795887615>.

⁴⁶⁰ Cengiz, 142.

⁴⁶¹ Véase la nota al pie 63 en *ibid*.

⁴⁶² *Íbid*, 142–3.

⁴⁶³ *Íbid*.

⁴⁶⁴ “Las competencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea | Fichas temáticas sobre la Unión Europea | Parlamento Europeo”, accedido 30 de junio de 2021, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/12/las-competencias-del-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea>.

⁴⁶⁵ *Íbid*.

Como ya se dijo, tanto el TG como el TJUE tienen competencia completa para cuestiones legales.⁴⁶⁶ De hecho, son los tribunales los llamados a realizar la interpretación definitiva de las normas comunitarias, sea que ellas provengan del TFUE o de fuentes secundarias, como lo sería en este caso el Reglamento de Concentraciones, así también, sean normas sustantivas o procesales.⁴⁶⁷ En ese sentido, cuando llega un recurso al conocimiento del TG, los jueces se avocan, en primer lugar, a controlar la legalidad del criterio utilizado por la CE, luego controla la aplicación de dicho criterio.⁴⁶⁸ Solo pasado ese examen, se chequean los hechos sobre los cuales se apoyó la decisión de la Comisión, para finalmente controlar la decisión como tal,⁴⁶⁹ haciendo uso, en esa etapa, del criterio del error manifiesto que comentamos *supra*. En el caso del TJUE, este no realiza un examen factual y económico, por lo que directamente se dedica al control legal e interpretativo.

Según el artículo 16 del Reglamento de Concentraciones los dos tribunales comunitarios tienen jurisdicción plena para conocer los recursos en contra de las decisiones en que se han impuesto multas sancionadoras o coercitivas. En ese ejercicio exclusivo los tribunales podrán anular, aumentar y reducir las multas, ejerciendo un estándar de revisión *de novo*, como si fuese una segunda y tercera instancia de la controversia.

Sin perjuicio de que han sido los mismos tribunales los que han especificado sus ámbitos de control de las decisiones inferiores, creemos que es positivo que, a lo menos, haya una escueta referencia a estos en las normas comunitarias. También es rescatable la forma en que se ha auto-construido el ámbito de revisión el Tribunal General, respetando la autonomía, *expertise* y discrecionalidad de la Comisión Europea, actuando con deferencia sobre los asuntos económicos y fácticos, al mismo tiempo que con un fuerte control de la legalidad del asunto.

⁴⁶⁶ “Merger Control in the EU”.

⁴⁶⁷ Vesterdorf, “Standard of Proof in Merger Cases”, 12.

⁴⁶⁸ *Ibid*, 15.

⁴⁶⁹ *Ibid*.

4.4. Comparación sistema del europeo, americano y chileno

Entre el sistema europeo y el americano es posible establecer ciertas comparaciones interesantes. Por ejemplo, en cuanto a competencia institucional, ambas jurisdicciones le otorgan a agencias especializadas el control –al menos inicial– de las fusiones, lo cual también sucede en Chile. Así también, en ambas conviven, de cierta forma, varias jurisdicciones al mismo tiempo. En los EE. UU. tanto las agencias estatales como las federales son competentes para conocer operaciones de concentración, mientras que, en Europa, si bien las agencias de los Estados miembros tienen alguna participación, la Comisión es competente de forma exclusiva para las operaciones que superan los umbrales establecidos en la normativa comunitaria.

Así como en el régimen nacional, el control de fusiones comunitario también tiene una clara distinción de fases del procedimiento administrativo, las que además tienen similitudes en cuanto a plazos y objetivos de cada una. Por el contrario, en el control de fusiones americano no existe una distinción tan marcada en el procedimiento,⁴⁷⁰ aunque podría colegirse una a partir del quiebre que implica el *second request*.

En Europa y Chile el enfoque del procedimiento es eminentemente administrativo, mientras que en EE. UU. ello sucede únicamente cuando la FTC es la que gana la competencia por sobre la operación. Sin embargo, en las tres jurisdicciones los tribunales que revisan las decisiones de las agencias tienen un rol muy relevante en el procedimiento. Tanto en Chile como en los EE. UU. el primer revisor –el TDLC y las *Courts of Appeal*, respectivamente– tienen la facultad de controlar el mérito y la legalidad del asunto, el TDLC porque se lo ha auto impuesto, mientras que para las *Courts* hay un marco legal que fija el ámbito de conocimiento frente al recurso. En el caso del Tribunal General, el control que este hace es, más que nada, sobre la legalidad del procedimiento administrativo. Sólo frente a errores demasiado grandes y notorios ejerce un control del mérito económico y factual establecido por la Comisión.

Las tres jurisdicciones contienen una doble revisión de la decisión administrativa, en que la última decisión del asunto es tomada, eventualmente, por el máximo tribunal de la jurisdicción,

⁴⁷⁰ Kovacic, Mavroidis, y Neven, “Merger Control Procedures and Institutions”, 58.

el que siempre es generalista. Sin embargo, la diferencia es notoria entre el derecho comparado y el nacional. Si bien en Chile no tenemos experiencia con la Corte Suprema conociendo reclamaciones en el nuevo régimen de fusiones, sabemos que este recurso ha operado como una apelación de la apelación, permitiéndole al tribunal un control completo del asunto. En contraste con ello, tanto en Europa como en EE. UU. los máximos tribunales se encuentran limitados a conocer cuestiones estrictamente jurídicas, lo cual creemos que es el camino que debemos seguir.

CONCLUSIONES

La presente memoria tuvo como objetivo revisar la construcción institucional que tiene actualmente el sistema de libre competencia en Chile. En el primer capítulo, se hizo una revisión histórica del régimen de operaciones de concentración en Chile y el mundo, con especial énfasis en la comprensión de que el mejor modelo que este puede tener es uno administrativo, marcado por la constante y relativamente amistosa vinculación de las firmas notificantes con la autoridad que revisa la operación.

Junto con lo anterior, en el capítulo primero se hizo un análisis de los factores que hicieron imperante la modificación del sistema antiguo de control de fusiones, el que se realizaba por la potestad consultiva del TDLC. Uno de estos fue el informe de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, el que unificó y sistematizó las falencias que tenía este sistema y recomendó uno que quedó plasmado, en términos muy similares, en el mensaje presidencial que dio inicio a la Ley N° 20.945.

Aquella ley terminó de construir el entramado institucional que comenzó a gestarse con la Ley N° 19.911, y en esta finalización, los órganos que participan del control de fusiones quedaron consolidados de la siguiente forma: una Fiscalía Nacional Económica encargada de investigar y decidir sobre la legalidad de las fusiones, un TDLC encargado de revisar –con amplísima competencia– la decisión de esta agencia, y por último, una Corte Suprema de la cual no tenemos experiencia en la materia, pero podemos suponer que su competencia también será amplísima porque “puede”.

En el segundo capítulo, se hizo un estudio detallado de los dos recursos que fueron establecidos para el control de fusiones, a saber, el recurso de revisión especial, y el de reclamación. Sobre ellos se hizo un estudio de su naturaleza jurídica consultando la historia de la ley que los estableció, cómo la judicatura los ha puesto en práctica y los comentarios que diversos sectores de la doctrina han tenido sobre uno de ellos, la reclamación.

Sobre la revisión especial, es posible concluir que esta es una especie de apelación bajo una causal genérica que sería el agravio que le genera a los notificantes la prohibición de la operación. Decimos que esta es una apelación dado el amplísimo ámbito de revisión y la causal definida por el TDLC en el caso Ideal-Nutrabien. En el mismo caso, el voto de minoría establece una posición muy cercana a la de esta memoria, en que, si bien el Tribunal de la Competencia es un órgano especializado en la materia, de todas formas debe guiar su revisión bajo el principio de deferencia frente a un órgano administrativo de gran experticia que se la ha otorgado un amplio espacio discrecional.

Respecto del recurso de reclamación, se concluyó que este también tiene una naturaleza jurídica similar a la apelación, la que le ha sido otorgada por las sentencias de sí mismo. Frente a esto, creemos que va en contra de los objetivos del diseño institucional en el control de fusiones que una Corte generalista pueda revisar la totalidad de la decisión arribada por dos órganos con especialidad económica. En aquel sentido, planteamos que el control que debería ejercer nuestra Corte Suprema debe ser uno de garante de la legalidad y el debido proceso, mas no de un controlador de la justificación económico-jurídica, elementos que, por lo demás, se encuentran intrínsecamente asociados en el derecho antimonopolios.

En el capítulo tercero hicimos una revisión del control de fusiones estadounidense, constatando sus instituciones a nivel federal, los procedimientos administrativos y judiciales y los recursos que pueden ser interpuestos en estos. Además, dimos cuenta de ciertas similitudes y diferencias de este régimen con el nacional, destacando ahí las carencias que tienen ambos en sus sistemas recursivos, los cuales ignoran ciertas lógicas económicas y comerciales de las concentraciones que potencialmente pueden generar eficiencias traspasables a los consumidores.

En el cuarto capítulo nos embarcamos en un estudio de las instituciones, procedimientos y recursos del régimen de control de fusiones de la Comunidad Europea. En este, hicimos un extensivo análisis de las potestades que tienen los dos tribunales que intervienen en el procedimiento, observando detenidamente los estándares de revisión con los que ellos operan. Sobre estos, concluimos que es positiva la construcción que la normativa y la jurisprudencia ha hecho de los recursos ofrecidos a las partes, en el entendido que debe haber un alto grado de

deferencia frente a las materias de *expertise* de la agencia de competencia, en armonía con una intervención más estricta frente a errores en la legalidad. Hacia el final de este capítulo realizamos una comparación entre el sistema europeo, el americano y el chileno, destacando las diferencias que existen entre los procedimientos de doble revisión y su ámbito de control.

El análisis comparado entre Chile, los EE. UU. y la Unión Europea es relevante para el presente estudio dado que el legislador chileno de libre competencia esta constantemente pendiente de lo que sucede en las otras dos jurisdicciones, siendo ambas una gran inspiración para la construcción normativa, doctrinal y jurisprudencial, como hemos evidenciado a lo largo de este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

About DOJ, 16 de septiembre de 2014. <https://www.justice.gov/about>.

Alcantara, Chris, Kevin Schaul, Gerrit De Vynck, y Reed Albergotti. “How Big Tech Got so Big: Hundreds of Acquisitions”. *Washington Post*. Accedido 27 de julio de 2021. <https://www.washingtonpost.com/technology/interactive/2021/amazon-apple-facebook-google-acquisitions/>.

Bianchi, Karim, Harry Jürgensen, Aracely Leuquén, Maite Orsini, y Raúl Soto. Modifica el decreto ley N° 211, de 1973, que Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia, en lo que respecta al alcance del recurso establecido en contra de las sentencias definitivas dictadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Pub. L. No. 12.286-03 (2018). <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=12818&prmBOLETIN=12286-03>.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley No 19.911 (2003). <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/2472/1/HL19911.pdf>.

———. Historia de la Ley No 20.945 (2016). <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/5311/>.

Bohon, Scott E. “How to Win a Merger Case in the Supreme Court”. *Washington University Law Review* 1974, n° 4 (1 de enero de 1974): 633–51.

Bordalí, Andrés. “El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno”. *Revista de derecho (Valparaíso)*, no 33 (diciembre de 2009): 263–302. <https://doi.org/10.4067/S0718-68512009000200007>.

Breyer, Stephen G., Richard B. Stewart, Cass R. Sunstein, y Adrian Vermeule. *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text, and Cases*, 2006.

Cárdenas, Leonardo. “Autoridades antimonopolio proponen restringir atribuciones de la Corte Suprema”. *La Tercera*, 22 de julio de 2014. <https://www.latercera.com/pulso/autoridades-antimonopolio-proponen-restringir-atribuciones-de-la-corte-suprema/>.

Carrasco, Nicolás. “¿Pueden equivocarse los especialistas? Una aproximación a los costos procesales y del error en el recurso de reclamación de libre competencia a propósito de una

- infracción a al principio de inexcusabilidad. Comentario a la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, de 5 de diciembre de 2019, Ingreso de Corte No 16.604-2018”. En *Anuario Chileno de Jurisprudencia* 2019, Tirant lo Blanch. Valencia, 2021. <https://editorial.tirant.com/cl/libro/anuario-chileno-de-jurisprudencia-2019-cristian-lepin-molina-9788413782867>.
- Cappalli, Richard B. “Procedimiento Civil Comparado: Estados Unidos, Chile y Sudamérica”. *Revista chilena de derecho* 19, n° 2 (1992): 203–75.
- Caviedes, Cristóbal. “Control de fusiones y nueva guía para el análisis de operaciones de concentración: lo positivo, lo que falta y lo que sólo el legislador puede solucionar”. *Ius et Praxis* 20, no 2 (2014): 357–74. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122014000200010>.
- . “Sistema de Control Preventivo de Fusiones en Derecho Comparado”. Memoria para optar al grado de Magíster. Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho, 2012. <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/113019>.
- Cengiz, Firat. “Judicial Review and the Rule of Law in the Eu Competition Law Regime After *Alrosa*”. *European Competition Journal* 7, n° 1 (abril de 2011): 127–53. <https://doi.org/10.5235/174410511795887615>.
- CentroCompetencia UAI. “¿Cuánto tardan las investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica en materia de fusiones?” Investigaciones CeCo, febrero de 2020.
- . “¿Cuánto tarda el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema en resolver asuntos de libre competencia?” Investigaciones CeCo, febrero de 2020.
- . “Fiscalía Nacional Económica”, 31 de marzo de 2021. <https://centrocompetencia.com/fiscalia-nacional-economica/>.
- . “Fusiones”, 24 de marzo de 2021. <https://centrocompetencia.com/fusiones/>.
- . “Gun jumping”, 3 de mayo de 2021. <https://centrocompetencia.com/gun-jumping/>.
- Compensation Force: Clean Teams: An Emerging Tool for M&A Integration. Accedido 18 de abril de 2021. https://www.compensationforce.com/2006/10/clean_teams_an_.html.
- Cordero, Luis, y Javier Tapia. “La revisión judicial de las decisiones regulatorias: Una mirada institucional”. *Estudios Públicos*, no 139 (21 de diciembre de 2015). <https://doi.org/10.38178/cep.vi139.185>.
- Cordero, Luis. *Lecciones de derecho administrativo*. 1a Edición. Santiago, Chile: Legal Publishing Chile, 2015.

- Corte Suprema. OFICIO 21-2019 Respuesta PL 44-2019, Pub. L. No. 12.286-03 (2019). <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=12818&prmBOLETIN=12286-03>.
- Couture, Eduardo J. Vocabulario jurídico español y latín, con traducción de vocablos al francés, italiano, portugués, inglés y alemán. Buenos Aires: B de F, 2004.
- Crane, Daniel A. The Institutional Structure of Antitrust Enforcement. Oxford University Press, 2011. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195372656.001.0001>.
- Directorate-General Competition. “Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings”, 20 de enero de 2004. <https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>.
- . “Merger Statistics: Final Decisions”, 11 de marzo de 2018. <https://data.europa.eu/data/datasets/mergers-statistics?locale=en>.
- Easterbrook, Frank H. “Workable Antitrust Policy”. Michigan Law Review 84, no 8 (agosto de 1986): 1696. <https://doi.org/10.2307/1288943>.
- EGGE, Michael G., y Jason D. Cruise. “Practical Guide to the U.S. Merger Review Process”. *Concurrences Review*, n° 1–2014 (1 de febrero de 2014): 1–4.
- Elhauge, Einer, y Damien Geradin. Global Competition Law and Economics. Hart Publishing. Vol. Primera edición. Portland, Estados Unidos, 2007.
- European Commission - European Commission. “Competition”. Text. Accedido 28 de junio de 2021. https://ec.europa.eu/info/departments/competition_en.
- . “El Tratado de Lisboa y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. Text. Accedido 30 de junio de 2021. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/CJE_09_104.
- . “Leadership and Organisation - Organisation Chart”. Text. Accedido 28 de junio de 2021. https://ec.europa.eu/info/departments/competition_en.
- Federal Trade Commission. “Acerca de la FTC”, 18 de agosto de 2013. <https://www.ftc.gov/es/acerca-de-la-ftc>.
- . “Office of Administrative Law Judges”, 30 de agosto de 2013. <https://www.ftc.gov/about-ftc/bureaus-offices/office-administrative-law-judges>.
- Fiscalía Nacional Económica. “Estadísticas División de Fusiones Septiembre 2020”, septiembre de 2020. <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/10/ESTADISTICAS-DIVISION-FUSIONES-septiembre-2020.pdf>.

- . “Estadísticas División de Fusiones 1er Trimestre 2021”, abril de 2021. <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/05/ESTADISTICAS-DIVISION-FUSIONES-marzo-2021.pdf>.
- . “Guía de Competencia”, junio de 2017. <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-competencia-.pdf>.
- . “Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración”, octubre de 2012. <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>.
- . “Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales”, mayo de 2021. <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/05/Guia-para-el-Analisis-de-Operaciones-de-Concentracion-Horizontales-mayo-VF.pdf>.
- . “Nosotros”, Accedido 11 de marzo de 2021. <https://www.fne.gob.cl/nosotros/fne/>.
- Fischer, Martín. “Control de operaciones de concentración: Una primera mirada al sistema que introdujo la Ley 20.945”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho, 2018. <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/159196>.
- FTC Premerger Notification Office. “What is the Premerger Notification Program? An Overview - Guide 1”, marzo de 2009. <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/premerger-introductory-guides/guide1.pdf>.
- FTC, y DOJ. “Memorandum Of Agreement Between The Federal Trade Commission And The Antitrust Division Of The United States Department Of Justice Concerning Clearance Procedures For Investigations”, julio de 2007, 11.
- Grunberg Pilowsky, Jorge. “Regla per se para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores: un problema regulatorio aparente”. Investigaciones CeCo, febrero de 2020, 13.
- Hovenkamp, Herbert. *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*. Cambridge, MA: Harvard Univ. Press, 2008.
- Hudson, Lukas. “Naturaleza del recurso de reclamación en materia de libre competencia: análisis jurisprudencial de acuerdo a la Corte Suprema”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho, marzo de 2014, 229.

- Hurley, Timothy M. “The Urge To Merge: Contemporary Theories on The Rise of Conglomerate Mergers in the 1960s”. *JOURNAL OF BUSINESS* 1 (2006): 185–205.
- Kovacic, William E., Petros C. Mavroidis, y Damien J. Neven. “Merger Control Procedures and Institutions: A Comparison of EU and U.S. Practice”. *The Antitrust Bulletin* 59, n° 1 (marzo de 2014): 55–109. <https://doi.org/10.1177/0003603X1405900104>.
- LII / Legal Information Institute. “15 U.S. Code § 18 - Acquisition by One Corporation of Stock of Another”. Accedido 30 de mayo de 2021. <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/18>.
- Maturana, Cristián. Los recursos del Código de Procedimiento Civil en la Doctrina y la Jurisprudencia. 1a. edición. Tratado de Jurisprudencia y Doctrina. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2015.
- Menchaca, Tomás. “Evolución del antiguo al nuevo sistema”. *Revista Anales de Derecho UC. Temas de Libre Competencia* 2 (2007).
- Middle District of Florida | United States District Court. “Civil Case Flowchart”. Accedido 20 de junio de 2021. <https://www.flmd.uscourts.gov/civil-case-flowchart>.
- Molledo, Pedro. “El Diseño Institucional de Control de Fusiones”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho, diciembre de 2017. <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/159590>.
- Moraga, Claudio. “¿Existen en Chile procedimientos administrativos que presentan, también, una naturaleza jurisdiccional?” *Derecho PUCP*, no 67 (1 de junio de 2011): 231–51. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201102.011>.
- Mordoj, Benjamín, y Nicole Nehme. “Diseños institucionales de control de concentraciones. Análisis y propuestas”. *Estudios Públicos*, no 125 (14 de enero de 2012). <https://doi.org/10.38178/cep.vi125.315>.
- Mosquera, Mario, y Cristián Maturana. Los recursos procesales. 1. ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010.
- Nelson, Ralph L. “Merger Movements in American Industry, 1895-1956”. National Bureau of Economic Research, 1 de enero de 1959. <https://www.nber.org/books-and-chapters/merger-movements-american-industry-1895-1956>.

- Organization, Mission and Functions Manual: Antitrust Division, 27 de agosto de 2014.
<https://www.justice.gov/jmd/organization-mission-and-functions-manual-antitrust-division>.
- Parlamento Europeo. “Las competencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea | Fichas temáticas sobre la Unión Europea”. Accedido 30 de junio de 2021.
<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/12/las-competencias-del-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea>.
- Pera, Paula. “OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN DE CONGLOMERADO EN CHILE Riesgos de la concentración económica inter-mercados”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, julio de 2016.
<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/143973>.
- Perlman, Scott. “Overview of the Merger Review Process”. Presentado en Post Merger Integration Conference, 25 de junio de 2008.
https://www.mayerbrown.com/public_docs/MergerReviewProcess.pdf.
- Piscitelli, Giancarlo. “Public Interest in Merger Control Systems in the EU and US: A Comparative Analysis of the Uneasy Relationship between Merger Control and Public Interest”. *European Competition and Regulatory Law Review (CoRe)* 3, no 4 (2019): 380–91.
- Practical Law. “Merger control in the United States: overview | Practical Law”. Accedido 21 de junio de 2021. [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-501-2849?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true#co_anchor_a115355](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-501-2849?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true#co_anchor_a115355).
- . “Merger Control in the EU: Overview”. Accedido 28 de junio de 2021.
[http://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-578-2386?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](http://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-578-2386?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true).
- Puga, Juan Esteban. *La sociedad anónima y otras sociedades por acciones en el derecho chileno y comparado. Segunda edición actualizada y Aumentada*. Santiago [Chile]: Editorial Jurídica de Chile, 2013.
- Rachlinski, Jeffrey, “Rulemaking versus Adjudication: A Psychological Perspective.” *Cornell Law Faculty Publications* (1 de enero de 2005): 529–54.
<https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/861>.

- Rogers III, C. Paul. “A Concise History of Corporate Mergers and the Antitrust Laws in the United States”. *National Law School of India Review* 24, no 2 (2013): 10–31.
- Schlossberg, Robert S., y American Bar Association, eds. *Mergers and acquisitions: understanding the antitrust issues*. 3rd ed. Chicago, Ill: ABA, Section of Antitrust Law, 2008.
- Secretariado OCDE. “Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile”, 2014, 132.
- Sepúlveda, Pedro. “Diseño institucional y revisión judicial en sede de libre competencia”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho, 2017, 210.
- Sunstein, Cass R. *Paternalismo libertario: ¿Por qué un empujoncito?*, 2017.
- Swennes, Robert H. II. “Three Theories of Potential Competition under Section 7 of the Clayton Act: Reaching the Conglomerate Merger”. *Tulane Law Review* 49, no 1 (1975 de 1974): 139–65.
- Tapia, María José. “FNE: ‘La Corte Suprema es necesaria en materia de libre competencia’”. *Economía y Negocios*. 14 de septiembre de 2012. <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=100618>.
- TDLC. “Causas No Contenciosas - Bases de Datos”, 2020. https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/estadisticas-causas-2020/.
- . “Estructura Orgánica – Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”. Accedido 22 de mayo de 2021. https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/estructura-organica/.
- . “Novena Cuenta Pública del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”, 13 de mayo de 2013, 24.
- . “¿Qué Hacemos? – Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”. Accedido 22 de mayo de 2021. https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/que-hacemos/.
- Thaler, Richard H, y Cass R Sunstein. *Un pequeño empujón (nudge): el impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad*, 2018.
- Tramón, Gabriela. “RECURSO DE PROTECCION Y TRIBUNALES AMBIENTALES: NUEVO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO AMBIENTAL”. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile, diciembre de 2014, 238.

U.S. Department of Justice y The Federal Trade Commission. “Vertical Merger Guidelines”, 30 de junio de 2020. https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/us-department-justice-federal-trade-commission-vertical-merger-guidelines/vertical_merger_guidelines_6-30-20.pdf.

Valdés, Domingo. Libre competencia y monopolio. 1. ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

Vesterdorf, Bo. “Standard of Proof in Merger Cases: Reflections in the Light of Recent Case Law of the Community Courts”. *European Competition Journal* 1, n° 1 (2005): 3–34.

Wright, J. D., y A. M. Diveley. “Do Expert Agencies Outperform Generalist Judges? Some Preliminary Evidence from the Federal Trade Commission”. *Journal of Antitrust Enforcement* 1, n° 1 (1 de abril de 2013): 82–103. <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jns007>.

Jurisprudencia

Corte Suprema. 3 de mayo de 1967. Juez de Letras de Melipilla con S.E. el Presidente de la República. Disponible en: https://derechoadministrativouv.files.wordpress.com/2017/03/juez-de-letras-de-melipilla-con-pdte-de-la-republica_rdj-1967.pdf

———. 27 de enero de 2009. Rol N° 4797-2008

———. 5 de abril de 2012. Rol N° 9843-2011

———. 5 de diciembre de 2019. Rol N° 16.604-2018.

Corte Suprema de los Estados Unidos de América. *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984). Disponible en: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep467/usrep467837/usrep467837.pdf>

———. *FTC v. Phoebe Putney Health System, Inc.* 11-1160 (2011). Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/supct/cert/11-1160>

———. *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321 (1963). Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/374/321/#362>

FNE. 29 de mayo de 2020. Rol FNE F217-2019. Resolución operación de concentración entre Uber y Cornershop.

Tribunal Constitucional. 5 de agosto de 2010. Rol N° 1432-2009

TDLC. 27 de noviembre de 2018. Rol N° 166-2018. Recurso de Revisión Especial en la Operación Ideal-Nutrabien.

———. Resolución N° 39/2012. Consulta de Organización Terpel Chile relativa a la adquisición por parte de Quiñenco S.A. de los activos de las Sociedades Petróleos Transandinos S.A. y Operaciones y Servicios Terpel Limitada.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de los asuntos acumulados C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Caso *Aalborg Portland*. (2004) Disponible en:

<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=48825&pageIndex=0&doclang=ES&dir=&occ=first&part=1&cid=23708410>

———. Sentencia C-12/03 P, Caso Tetra Laval BV. (2005) Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62003CJ0012&from=EN>.

Tribunal de Primera Instancia. Sentencia T-3/93, Caso *Société anonyme à participation ouvrière Compagnie nationale Air France* con Comisión de la Comunidad Europea (1995). Disponible en:

<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=103274&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=23687373>

Legislación

Clayton Act. Disponible en: https://wps.prenhall.com/wps/media/objects/2352/2409149/Documents_Library/clayton.htm

Comunicación de la comisión sobre el procedimiento simplificado para tramitar determinadas operaciones de concentración con arreglo al Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC1214\(02\)&from=FI](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC1214(02)&from=FI)

Convención Americana de Derechos Humanos. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Decreto Ley N° 211 de 1973 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=236106>

Federal Trade Commission Act. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/chapter-2>

Federal Trade Commission Rules. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/16/chapter-I>

Federal Rules of Appellate Procedure. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/rules/frap>.

FNE, Resolución Exenta N° 667 de 2016. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1097051>

FNE, Resolución Exenta N° 157 de 2019. Disponible en: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/03/Resoluci%C3%B3n-exenta-157.pdf>

Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act. Disponible en: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-90/pdf/STATUTE-90-Pg1383.pdf#page=15>

Ley 13.305 que reajusta las remuneraciones de todos los empleados que prestan servicios en Chile, suplementa el presupuesto de la Nación, establece nueva unidad monetaria, concede facultades extraordinarias al Presidente de la República y modifica las leyes que señala. (Texto original). Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=27399&tipoVersion=0>

Ley 19.911 que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=217122>

Ley 20.945 que Perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1094093>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Disponible en: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/rp_es.pdf

Reglamento de Procedimiento del Tribunal General de la Unión Europea. Disponible en: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7040/es/

Reglamento N° 139/2004 del Consejo de la Unión Europea sobre el control de las concentraciones entre empresas. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=celex%3A32004R0139>

[Reglamento N° 802/2004 de la Comisión Europea por el que se aplica el Reglamento \(CE\) N° 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32004R0802](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32004R0802)

Rules of the Supreme Court of the United States. Disponible en: https://www.supremecourt.gov/filingandrules/rules_guidance.aspx

Sherman Act. Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/chapter-1>

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>