

En la práctica, ello implicaría la adopción de un sistema híbrido o mixto de control de concentraciones (en principio, obligatorio por sobre ciertos umbrales, pero al cual puedan también someterse voluntariamente operaciones que no superen tales umbrales), que sería consistente con la evidencia más reciente sobre la materia, de la cual se resumen algunas consideraciones en la Tabla N° 1.

TABLA N° 1

Sistema obligatorio	Sistema voluntario	Sistema mixto
<p>Establece un criterio objetivo (especialmente con un umbral calculado en base a los ingresos agregados de las empresas objeto de la transacción —<i>turnovers</i>—), para determinar si una concentración debe o no ser consultada.</p> <p>Consecuencia: otorga mayor certidumbre a los agentes económicos, pues conocerán siempre cuándo deben notificar preventivamente una concentración.</p> <p>Los umbrales son difíciles de establecer, pues existen riesgos de que se ubiquen por sobre o por debajo de lo recomendable, llevando a situaciones de exceso o carencia de información en relación a las operaciones de concentración (sobre-notificación o sub-notificación).</p> <p>La negativa de una autoridad a analizar preventivamente una fusión, como consecuencia de encontrarse ésta por debajo de los umbrales, puede generar un costo político (pues existirán terceros eventualmente disconformes con la operación, quienes carecerán de una instancia para manifestar su opinión).</p> <p>Se evita el problema de irreversibilidad total o parcial asociado al control <i>ex post</i> (<i>unscrambling the eggs</i>).</p>	<p>No establece un criterio objetivo y deja a las partes la decisión de consultar o no preventivamente, sujeto a un control <i>ex post</i> de la autoridad.</p> <p>Consecuencia: genera situaciones de incertidumbre, pues terceras partes (o la autoridad) pueden demandar a las partes con posterioridad a la materialización de la concentración, exigiendo su reversión total o parcial o la imposición de multas.</p> <p>Al no existir umbrales, esta eventual distorsión desaparece.</p> <p>Normalmente, el interés de terceros de que se revise la operación, da lugar a demandas o solicitudes <i>ex post</i> respecto de la materialización de la concentración, lo que genera incertidumbre y altos costos sociales y privados.</p> <p>Existe el riesgo de que el control <i>ex post</i> sea ineficaz, considerando el problema de irreversibilidad.</p>	<p>Tiene los mismos efectos que un sistema obligatorio en cuanto a la certeza jurídica que otorga, pues las concentraciones que se encuentren bajo los umbrales previamente definidos, no deben consultarse. Sólo se pueden consultar voluntariamente si así lo deciden sus partes, como parte de un incentivo para impedir posteriores demandas de terceros.</p> <p>La eventual distorsión de los umbrales se compensa con los incentivos que pueden derivarse de las notificaciones voluntarias, que pueden llevar a que se consulten operaciones que, sin exceder los umbrales, enfrenen riesgos de demandas posteriores.</p> <p>Se neutraliza el efecto de un mayor costo político derivado de los umbrales, pues la instancia de sujeción voluntaria de la operación de concentración a la autoridad puede permitir a los terceros, en una audiencia convocada por la autoridad y vinculante para ellos, manifestar su opinión respecto de la operación.</p> <p>Al igual que en el sistema obligatorio, se evita el problema de irreversibilidad total o parcial de una concentración.</p>

de oficio o por denuncia de terceros, aquellas concentraciones que no se encuentren sometidas al control preventivo obligatorio.

4. Las notificaciones de operaciones de concentración futuras debieran efectuarse a la FNE, en su calidad de representante del interés general en materias de libre competencia⁷⁰.

5. En su aspecto obligatorio, el sistema debiera establecer la obligatoriedad de notificar previamente a la FNE acerca de cualquier operación de concentración que pueda ser *a priori* calificada por el DL 211 como de magnitud relevante para la economía nacional, por superar los umbrales preestablecidos al efecto.

Siguiendo la experiencia comparada, debiera optarse, para las notificaciones obligatorias, por establecer umbrales sobre la base de los *ingresos totales proyectados* o *volumen total de ventas* de la entidad resultante de la concentración (*turnovers*), y no en consideración a las participaciones de mercado de cada entidad —pues ello haría depender el sistema de la definición de mercado relevante que se haga, lo que siempre resulta discrecional y problemático—⁷¹.

Los umbrales debieran establecerse en atención a la realidad de tamaño de los mercados nacionales y debieran ser lo suficientemente altos como para no sobrecargar la revisión obligatoria por parte de las autoridades, o su revisión de concentraciones inocuas, y debieran ser actualizables anualmente por la FNE mediante una resolución administrativa fundada.

Tomando como referencia algunas regulaciones vigentes en el extranjero, aplicadas a economías de tamaños comparables a la chilena —según se detalla en el Anexo de este artículo—, se propone en principio que el umbral que se considere para Chile sea del rango de un equivalente a 40 millones a 50 millones de dólares de los Estados Unidos de América; esto es, que cuando los ingresos totales proyectados o el volumen total de ventas estimadas (ambos en el mercado nacional) de la entidad resultante de la concentración sea igual o superior a un valor

⁷⁰ Experiencias en este sentido ya se han introducido en el régimen chileno. En efecto, con ocasión de la Ley N° 20.361, las notificaciones preventivas establecidas en la Ley N° 19.733, sobre Libertad de Información y Opinión, fueron trasladadas desde el TDLC a la FNE.

⁷¹ Vid, a modo de ejemplo, United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *FTC v. Whole Foods Market Inc.*, 16 de agosto de 2007, pp. 9-10.

(iii) los procedimientos de control de concentraciones son fuertemente técnicos en sus análisis y contenidos, por lo que la Corte Suprema probablemente actuaría con *deferencia* en una eventual revisión, de manera que su intervención tendría la desventaja de afectar los plazos y aumentar la incertidumbre del proceso, sin un necesario correlato de modificación real de las decisiones —de hecho, hasta la fecha, la Corte Suprema no ha revocado decisiones del TDLC en materia de análisis de operaciones de concentración—; (iv) ayudaría a la seguridad jurídica que el sistema requiere y a su celeridad, el que la decisión final sea adoptada por el TDLC, sin posibilidad de revisión ulterior, y, (v) un proceso de este tipo sin participación de la Corte Suprema, sería consistente con las lógicas de la reforma procesal civil en curso, que excluye la intervención de esa Corte en los procedimientos de tipo no contencioso.

La resolución del TDLC —o en su caso de la Corte Suprema para la primera opción—, que apruebe una concentración pura y simplemente o sujeta a condiciones, tendría efecto de cosa juzgada, salvo cuando se acredite posteriormente que dicha aprobación haya sido obtenida mediante la entrega de antecedentes falsos (lo que supone una modificación para hacer más estricta la hipótesis de cosa juzgada aparente del actual artículo 32 del DL 211).

IV.3.3. *Opción de que las partes de una operación de concentración que así lo deseen, puedan someterla voluntariamente al procedimiento de notificación antes descrito*

Con el objeto de incentivar la notificación de concentraciones que se encuentren debajo del umbral previamente definido, pero que puedan generar para sus partes contingencias antimonopolios con posterioridad a su materialización, se recomienda que la autorización otorgada por la FNE a una concentración voluntariamente notificada confiera una presunción de validez o inmunidad, impidiendo que posteriormente se pueda reclamar en su contra (salvo en la hipótesis de antecedentes falsos señalada *supra*). Ello podría materializarse a través de la obtención de un certificado de compatibilidad que la autoridad emita a las partes y que otorgue inmunidad a la operación.

Por su parte, para aquellas operaciones que no se notifiquen voluntariamente, se podría establecer un mecanismo conforme al cual, sólo dentro de los seis meses siguientes a la materialización o anuncio

de la concentración, la FNE pueda iniciar una investigación de oficio o por denuncia de algún tercero. Transcurrido ese lapso sin que existiera una investigación, se otorgaría el mismo efecto de inmunidad a la operación, como si ésta hubiese sido notificada preventivamente. Un período razonablemente corto, como el sugerido, cumpliría adecuadamente con la función de entregar certeza, a la vez que constituiría un nuevo incentivo a la notificación voluntaria de aquellas operaciones que las partes pudieran estimar como potencialmente sujetas a una objeción *ex post* por parte de terceros.

IV.3.4. *Confidencialidad de los antecedentes*

Todos los antecedentes que la FNE reciba en el marco de las concentraciones Fase I y II se debieran presumir confidenciales cuando se refieran a información comercial sensible, y se debieran encontrar amparados por el artículo 42 del DL 211. Sin perjuicio de lo anterior, dentro del plazo en que la FNE deba notificar al TDLC su decisión en la Fase II, las partes de la operación deberían elaborar versiones públicas de tales antecedentes, con el objeto de que ellas puedan ser revisadas por terceros antes de la audiencia pública.

En este caso, el TDLC sólo podría solicitar que determinados antecedentes confidenciales sean completados por las partes, pero no podría levantar la confidencialidad, salvo en caso que la FNE y las partes acepten esa publicidad.

IV.3.5. *Desincentivos para litigantes temerarios*

Para garantizar la eficiencia y celeridad de los procedimientos de Fase II que lleguen al TDLC, debieran contemplarse mecanismos de disuasión —multas o sanciones procesales eficientes— para los terceros intervinientes que ante el TDLC desarrollen conductas de obstrucción del procedimiento o de deslealtad procesal.

ANEXO

Monto de los umbrales existentes en algunos regímenes
comparados de control de operaciones de concentración
(actualizado a dólares de Estados Unidos)

País	Monto de umbral que hace obligatoria notificación previa de concentración. (Montos aproximados)**	Factor de interés*
1 Austria	(i) Si las partes conjuntamente alcanzaron ingresos por más de US\$433 millones a nivel mundial, durante el último año fiscal; o, (ii) si las partes conjuntamente alcanzaron ingresos por más de US\$ 43 millones en el mercado nacional***; se exceptúan operaciones en que sólo una parte alcanzó ingresos nacionales por más de US\$7,2 millones y las restantes partes no superan conjuntamente los US\$ 43 millones de ingresos a nivel global.	PCR (PIBPC: US\$ 40,978)
2 Bélgica	(i) Si las partes conjuntamente alcanzaron ingresos por más de US\$ 144 millones en el mercado nacional; y al mismo tiempo, (ii) al menos dos de las partes tuvieron ingresos por más de US\$ 57,7 millones en el mercado nacional.	PCR (PIBPC: US\$ 36,834) TP (11 millones)
3 Colombia****	(i) Si los activos combinados en Colombia de las partes exceden un valor de US\$28 millones; o, (ii) si los ingresos operacionales combinados de las partes exceden los US\$28 millones .	AL
4 Eslovaquia	(i) Si las partes conjuntamente alcanzaron ingresos por más de US\$66,2 millones a nivel mundial, durante el último período contable; y al mismo tiempo, (ii) al menos dos de las partes tuvieron ingresos, cada uno, por más de US\$ 20,1 millones en el mercado nacional, durante el último período contable. O, (iii) al menos una de las partes tuvo ingresos por más de US\$ 27,4 millones en el mercado nacional, durante el último	PCR (PIBPC: US\$ 23,197)

- período contable; y al mismo tiempo, (iv) otra parte alcanzó ingresos por más de US\$66,2 millones a nivel mundial, durante el último período contable.
- 5 Holanda (i) Si las partes conjuntamente alcanzaron ingresos por más de US\$163 millones a nivel mundial, durante el último año fiscal; y al mismo tiempo, (ii) al menos dos de las partes tuvieron ingresos por más de **US\$ 43,3 millones** en el mercado nacional, durante el último año fiscal. TP (16.6 millones)/ PCR (PIBPC: US\$ 41,691)
- 6 Hungría (i) Si los ingresos netos del Grupo Empresarial exceden, a nivel nacional, un valor de US\$81,5 millones; y al mismo tiempo, (ii) si los ingresos netos combinados de al menos dos las partes, a nivel nacional, excedieron los **US\$2,7 millones**. PIBPC: US\$ 19,501
- 7 Israel (i) Si las partes conjuntamente alcanzaron ingresos por más de US\$44,2 millones a nivel nacional, durante el último año fiscal; y al mismo tiempo, (ii) al menos dos de las partes tuvieron, cada uno, ingresos por más de **US\$ 3 millones** en el mercado nacional, durante el último año fiscal. PCR (PIBPC: US\$ 30,347)
- 8 Polonia (i) Si los ingresos netos de los Grupos Empresariales exceden, a nivel mundial, conjuntamente un valor de US\$1,500 millones; o, (ii) si los ingresos netos de los Grupos Empresariales exceden, a nivel mundial, conjuntamente un valor de **US\$72 millones**. PIBPC: US\$ 19,887
- 9 Portugal (i) Si las partes conjuntamente alcanzaron ingresos netos por más de US\$ 216,5 millones durante el año fiscal previo; y al mismo tiempo, (ii) al menos dos de las partes tuvieron ingresos por más de **US\$ 2,9 millones** en el mercado nacional. PCR (PIBPC: US\$ 23.078) /TP (10,6 millones)
- 10 República Checa (i) Si las partes conjuntamente alcanzaron ingresos por más de US\$78,2 millones a nivel nacional, durante el último período contable; y al mismo tiempo, (ii) al menos dos de las partes tuvieron ingresos PCR (PIBPC: US\$ 25,525)

netos, cada uno, por más de US\$13 millones en el mercado nacional, durante el último período contable. O, (iii) al menos una de las partes tuvo ingresos netos por más de US\$ 78,2 millones en el mercado nacional, durante el último período contable; y al mismo tiempo, (iv) otra parte alcanzó ingresos por más de **US\$78,2 millones** a nivel mundial, durante el último período contable.

* Nomenclatura: (i) “PIBPC”: Producto Interno Bruto per cápita, ajustado a PPP [la referencia utilizada para Chile fue de US\$ 15,866]; (ii) “TP”: tamaño de población; (iii) “AL”: país de América Latina; y, (iv) “PCR”: país de comparación relevante (en paréntesis el indicador que se considera para este último caso).

** Para países miembros de la Unión Europea los umbrales se aplican para aquellas concentraciones que no tengan una dimensión comunitaria, de conformidad con la Regulación (CE) N° 139/2004 sobre Control de Concentraciones [2004].

*** Se estima que en Austria umbrales bajos han llevado a sobre-notificaciones. Christian Herbst, “The Mergers & Acquisitions Review”, 2009, p. 67.

**** En proceso de reforma.

BIBLIOGRAFÍA

- Carmona, Carlos. “Un Nuevo Estadio en la Relación Ley-Reglamento: el Ámbito del Reglamento”. *Revista de Derecho Público* 63 (2002).
- Choe, Chongwoo y Shekhar Chander. “Compulsory or Voluntary Pre-Merger Notification? Theory and Some Evidence”. *Munich Personal Repec Archive* (2009).
- Cordero, Luis. “Lecciones de Derecho Administrativo”, apuntes para la cátedra de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2011.
- Diario Estrategia*. “Fallida Fusión Nestlé-Soprole Abre Debate Sobre Operaciones que Impliquen Alta Concentración”, 7 de abril de 2011.
- . “Tomás Menchaca: Fusión SMU-SDS Podría Ser Retrotraída por el TDLC”, 23 de diciembre de 2011.
- Farrell, Joseph y Carl Shapiro. “Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition”. *The B.E. Journal of Theoretical Economics* 10 (2010).
- Fiscalía Nacional Económica. “Guía Interna Para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales”, octubre 2006, Santiago.
- Fondo Monetario Internacional. “World Economic Outlook Database”, junio 2011.
- González, Aldo. “Fusiones en Chile: ¿Hacia un Sistema de Consulta Obligatoria?”, *Diario Financiero*, 15 de abril de 2011.

- González, Aldo y Daniel Benítez. “Optimal Pre-Merger Notifications Mechanisms. Incentives and Efficiency of Mandatory and Voluntary Schemes”. Policy Research Working Paper N° 4936 (2009), The World Bank.
- Herbst, Christian. “The Mergers & Acquisitions Review”. En Simon Robinson (ed.), Austrian Chapter, *Law Business Research*, 2009.
- Johnson, Ronald y Allen Parkman. “Premerger Notification and the Incentive to Merge and Litigate”. *The Journal of Law Economics and Organization* 7 (1991).
- Lindsay, Alistair y Alison Berridge. *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*. Sweet & Maxwell, 2009.
- Nehme, Nicole. “Sistema Chileno de Defensa de la Libre Competencia: ¿Necesidad de Requerir Autorización Previa para la Aprobación de Operaciones de Concentración?”. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia* 21 (2006).
- Montt, Paulo. “Operaciones de Concentración en el Sector Retail: La Experiencia de EE.UU., la UE y Chile”. En Paulo Montt y Nicole Nehme (ed.), *Libre Competencia y Retail: Un Análisis Crítico*. Santiago: Abeledo Perrot, 2010.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. “Substantive Criteria Used for the Assessment of Mergers”, febrero 2003.
- Tapia, María José y Sandra Novoa. “En Sorpresiva Decisión Dueño de GTD Desiste de la Fusión con Entel”, *Diario La Tercera*, 10 de enero de 2012.
- Schwalbe, Ulrich y Daniel Zimmer. “Law and Economics in European Merger Control”. Oxford University Press, 2009.
- United Kingdom Department for Business, Innovations & Skills. “A Competition Regime for Growth: A Consultation on Options for Reform”, junio 2011, Londres.
- United States Department of Justice y Federal Trade Commission. “Horizontal Merger Guidelines”, agosto de 2010, Washington.
- Whitener, Mark. “Interview with J. Thomas Rosch, Commissioner, Federal Trade Commission”. *Antitrust* 23, 26 de enero de 2009, pp.32-45. □