



*120 años*

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO

**Comentarios a Proyecto de Auto Acordado sobre la  
información que debe aportarse en procedimientos no  
contenciosos de control preventivo de operaciones de  
concentración**

**Ricardo Jungmann Davies**

**Director Ejecutivo Centro de Libre Competencia UC**

**María Elina Cruz Tanhnuz**

**Coordinadora de Investigación Centro de Libre Competencia UC**

En este documento, el **Centro de Libre Competencia UC**, de acuerdo a los fines que le son propios como institución de estudio y promoción de la libre competencia en Chile, viene a realizar comentarios y sugerencias al texto del **Proyecto de Auto Acordado sobre la información que debe aportarse en procedimientos no contenciosos de control preventivo de operaciones de concentración** (en adelante, el “Auto Acordado”). Quedamos a disposición del Tribunal ante cualquier pregunta que pueda generarse a partir de este documento.

En primer lugar, debemos señalar que como Centro de Libre Competencia consideramos que la publicación de un Auto Acordado en materia de operaciones de concentración promueve la transparencia y la certeza jurídica en el mercado, y que constituye un claro avance en esta materia. Más aún, en términos de eficiencia, se percibe una excesiva utilización de recursos económicos y tiempo en la etapa de recopilación de antecedentes en los casos de concentraciones, que además constituyen un 20% de la carga de trabajo del TDLC<sup>1</sup>. En consecuencia, la existencia de una directriz emanada del TDLC que contiene la información que debe proporcionarse para fusiones, es en sí misma un excelente indicio del compromiso de la autoridad con la transparencia, certeza y celeridad en estos procesos.

En este trabajo, el Centro de Libre Competencia pretende principalmente entregar una visión internacional comparada sobre cómo se ha tratado el tema de las notificaciones previas a las operaciones de concentración, de modo de que el Tribunal de Defensa de Libre Competencia pueda evaluar aquellos elementos que considere atingentes y relevantes a la realidad chilena. Secundariamente, se realizan algunas sugerencias y consideraciones.

Se revisarán principalmente las jurisdicciones de Estados Unidos<sup>2</sup> y de la Unión Europea<sup>3</sup>, donde es obligatoria la notificación previa de algunas operaciones de concentración.

## I. Filtros

---

<sup>1</sup> Estadísticas del TDLC al 31 de diciembre de 2008.

<sup>2</sup> La notificación previa en esta jurisdicción se hace ante la Federal Trade Commission y ante el Departamento de Justicia.

<sup>3</sup> La notificación previa en esta jurisdicción se hace ante la Comisión Europea.

En este acápite nos referiremos a aquellos requisitos o condiciones de las operaciones de concentración que gatillan la intervención de los organismos antimonopolios por sus potenciales efectos sobre la libre competencia.

En términos generales, en EEUU, se exige que exista notificación previa de acuerdo a los siguientes criterios:

1. Criterio del tamaño de la transacción

La primera etapa consiste en evaluar los activos, acciones, valores u otros que se transfieren en virtud de la operación de concentración<sup>4</sup>:

- Si dicho valor excede los US \$200 millones, debe notificarse previamente la operación y esperarse la decisión de la autoridad.
- Si dicho valor excede los US \$50 y es inferior a US \$200 millones, debe pasarse al siguiente criterio sobre el tamaño de la persona.
- Si dicho valor es inferior a los US \$50, no se debe hacer la notificación.

2. Criterio del tamaño del adquirente o adquirido

Por adquirente o adquirido se entiende que se incluye la “empresa matriz última”, es decir aquella que en definitiva controla al vendedor o comprador.

Los filtros son ventas o activos por US \$100 millones o US \$10 millones.

Existen otros criterios que gatillan notificaciones o excepciones de notificación<sup>5</sup>, pero su tratamiento escapa del objeto de este documento, cuyo principal propósito en este acápite es demostrar que generalmente se han establecido filtros por tamaño de transacciones o de las partes para determinar si una operación de concentración debe ser notificada previamente a las autoridades antimonopolios.

En Europa, la ley establece normas similares, aplicándose la notificación sólo a aquellas concentraciones que tengan dimensión comunitaria. Se entiende que existe dimensión comunitaria en los siguientes casos:

---

<sup>4</sup> La evaluación monetaria es compleja y debe seguir las reglas establecidas en la ley.

<sup>5</sup> Como por ejemplo adquisición de acciones con derecho a voto valoradas entre US \$100 millones y US \$500 millones; superiores a US \$500 millones; entre 25% y 50% de las acciones con derecho a voto de un emisor si se valoran en más de US \$1 billón; y 50% de las acciones con derecho a voto de un emisor si se valoran en más de US \$50 millones.

- a) si volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 5.000 millones de euros, y
- b) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 250 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en un mismo Estado miembro<sup>6</sup>.

Es decir, los criterios para determinar los filtros en la Unión Europea y en EEUU son similares en el sentido de que ambos utilizan variables referidas a volúmenes de negocios y tamaño.

Consideramos que la determinación de este tipo de filtros –en el contexto de sistemas con notificación previa obligatoria- presenta claras ventajas para la certeza jurídica y transparencia en el mercado. Sin perjuicio de ello, debemos postergar la discusión sobre la conveniencia de establecer un sistema obligatorio de notificación previa de operaciones de concentración, ya que se desvía del propósito del Proyecto de Auto Acordado.

## **II. Dos etapas en la investigación**

Los estándares internacionales establecen dos etapas para la investigación que realizan los organismos antimonopolios en casos de fusiones.

En términos generales, la primera etapa corresponde a un examen simplificado o preliminar, que permita desechar sin mayor trámite aquellas fusiones que no presenten riesgos desde la perspectiva de la libre competencia. De este modo, la segunda etapa sólo es alcanzada por aquellos casos en que el Tribunal estime que existe potencialmente un

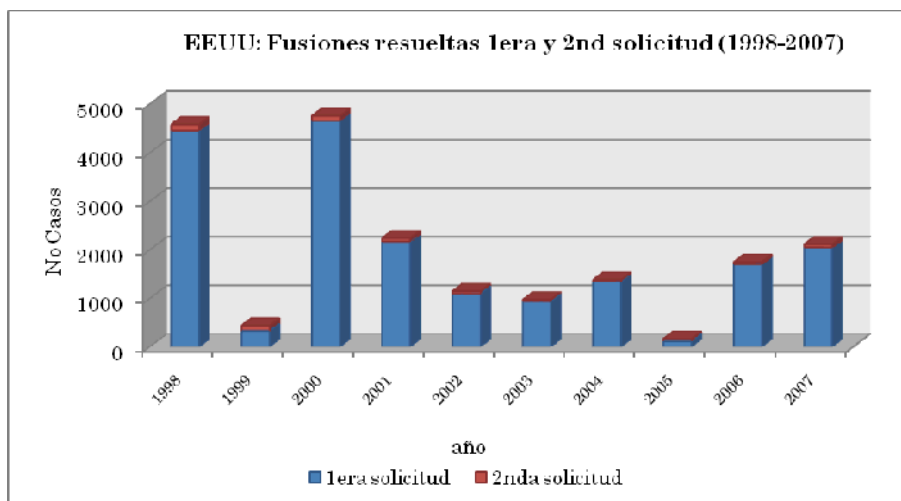
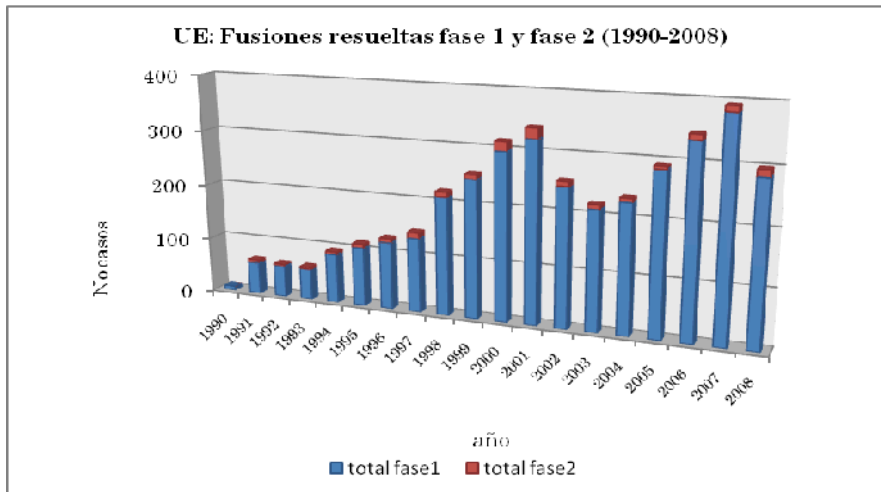
---

<sup>6</sup> Igualmente una concentración que no alcance los umbrales establecidos tendrá dimensión comunitaria cuando (artículo 1.3 del REGLAMENTO (CE) No 139/2004 DEL CONSEJO de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas):

- a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 2 500 millones de euros;
- b) en al menos tres Estados miembros, el volumen de negocios total realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros;
- c) en al menos tres Estados miembros contemplados a efectos de la letra b), el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 25 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros, y
- d) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en la Comunidad en un mismo Estado miembro.

peligro para la libre competencia en el mercado relevante. Asimismo, resulta importante destacar que –como se explica más adelante- cada una de estas etapas lleva adscrita un plazo determinado para el actuar de la autoridad competente.

La experiencia Europea y la experiencia de EEUU demuestran que este elemento ha resultado ser un filtro efectivo, como lo señalan los gráficos que se presentan a continuación<sup>7</sup>:



A partir de estos gráficos resulta bastante claro el hecho de que en EEUU y la Unión Europea, la gran mayoría de las investigaciones sobre fusiones se resuelven en su primera etapa de tramitación, evitándose así un doble gasto de recursos de las autoridades antimonopolios y de las partes involucradas en la operación.

<sup>7</sup> Elaboración propia con información obtenida de la estadísticas de la Unión Europea y estadísticas de EEUU contenidas en el Informe Anual de la Federal Trade Commission 2007.

La división de la investigación en dos etapas -una preliminar y otra más compleja- va acompañada por al menos dos factores fundamentales:

1. Información solicitada

En cuanto a la información solicitada a las partes a nivel internacional, -para la primera etapa de la investigación- se establece la obligación de proporcionar exclusivamente la información esencial de la operación consultada<sup>8</sup>.

De este modo, si la autoridad posteriormente considera que los antecedentes preliminares demuestran que no existe un riesgo relevante para la libre competencia, informará su opinión favorable. En caso contrario, procedería a solicitar mayor información a las partes de la operación.

2. Plazos para investigar

En la Unión Europea y en EEUU existen plazos transcurridos los cuales -si no existe una decisión por parte de las autoridades antimonopolios- la operación se tiene por aprobada.

En la Unión Europea los plazos son de 25 días hábiles para la primera etapa (pudiendo ser ampliado a 35 días hábiles) y de 90 días para la segunda etapa (pudiendo ser ampliado a 105 días). El Artículo 10. 6 de la regulación europea señala<sup>9</sup>:

***Si la Comisión no ha adoptado una decisión con arreglo a las letras b) o c) del apartado 1 del artículo 6 o a los apartados 1, 2 o 3 del artículo 8 en los plazos fijados, respectivamente, en los apartados 1 y 3 del presente artículo, se considerará que la concentración ha sido declarada compatible con el mercado común...***

En EEUU los plazos son de entre 15-30 días hábiles para la primera etapa (pudiendo ser ampliado) y de 30 días para la segunda etapa (pudiendo ser ampliado).

---

<sup>8</sup> Para más información sobre el tipo de información que se solicita en la segunda etapa de la investigación véase el Anexo denominado Model Request for Additional Information and Supplementary Material, documento de la Federal Trade Commission que tiene por objeto entregar directrices sobre este tema.

<sup>9</sup> REGLAMENTO (CE) No 139/2004 DEL CONSEJO de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas

Nótese que en ambas legislaciones los plazos empiezan a contarse desde que se ha recibido la **información completa** de la operación.

En este sentido, consideramos importante formular algunas consideraciones sobre la realidad chilena. La legislación en Chile contiene trámites y procedimientos especiales para los casos en que se formulan consultas al TDLC. En esencia, la ley exige que en 15 días se publique la decisión de iniciar un procedimiento y se notifique a la Fiscalía Nacional Económica para que ésta emita un informe y –en el plazo de los 30 días posteriores- el TDLC debe llamar a una audiencia pública para recabar la opinión de terceros<sup>10</sup>. En otras palabras, en el caso chileno, la ley pone un piso mínimo de 45 días para el procedimiento de las consultas, por lo que el plazo que podría establecerse para la primera etapa de la investigación no puede ser inferior a este piso.

A esto deben agregarse las estadísticas del TDLC sobre causas no contenciosas<sup>11</sup>:

---

<sup>10</sup> En conformidad al artículo 31: *El ejercicio de las atribuciones a que se refieren los números 2) y 3) del artículo 18, así como la emisión de los informes que le sean encomendados al Tribunal en virtud de disposiciones legales especiales, se someterán al siguiente procedimiento:*

*1) El decreto que ordene la iniciación del procedimiento se publicará en el Diario Oficial y en un diario de circulación nacional y se notificará, por oficio, a la Fiscalía Nacional Económica, a las autoridades que estén directamente concernidas y a los agentes económicos que, a juicio exclusivo del Tribunal, estén relacionados con la materia para que, en un plazo no inferior a quince días hábiles, éstos y quienes tengan interés legítimo puedan aportar antecedentes.*

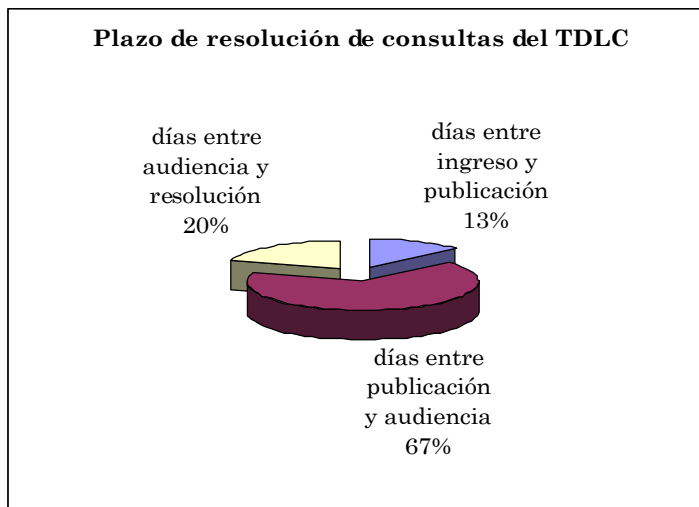
*2) Vencido el plazo anterior, el Tribunal deberá citar a una audiencia pública, la cual se llevará a efecto dentro del plazo fatal de treinta días contado desde la notificación, la que se practicará mediante un aviso publicado en el Diario Oficial, para que quienes hubiesen aportado antecedentes puedan manifestar su opinión. Si la materia se refiere, en especial, a una situación regional, la notificación también se practicará mediante otro aviso que se publicará en un periódico local. El Tribunal arbitrará siempre las condiciones necesarias para que todos los intervinientes puedan imponerse del expediente.*

*3) Si las autoridades, organismos o personas referidos en los números anteriores no informaren en los plazos que el Tribunal les fijare al efecto, éste podrá prescindir del informe.*

*4) De oficio o a petición del interesado, el Tribunal podrá recabar y recibir los antecedentes que estime pertinentes.*

*Las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal en las materias a que se refiere este artículo, podrán ser objeto del recurso de reposición. Las resoluciones que fijen condiciones que deban ser cumplidas en actos o contratos podrán también ser objeto del recurso de reclamación.*

<sup>11</sup> Fuente: [www.tdlc.cl](http://www.tdlc.cl) en *Causas no contenciosas terminadas en resolución (duración en días corridos)*



El gráfico precedente muestra la proporción del tiempo que se toma el TDLC en cada etapa de la investigación de casos no contenciosos. Como puede apreciarse, dos tercios del tiempo están concentrados en la etapa que transcurre entre la publicación de la investigación y la audiencia pública.

La duración total promedio desde el ingreso de la consulta hasta la dictación de la resolución es de 225 días corridos, lo cual nos daría un eventual techo máximo para la fijación del plazo total de la consulta. La razón de esto es simple: se busca incrementar la certeza jurídica y crear incentivos para que partes consulten aquellas operaciones sobre cuyos efectos sobre la libre competencia tengan dudas. En consecuencia, la vía de la consulta debe ser más conveniente para las partes (en términos de certeza) que el procedimiento “ordinario” de la consulta, por lo que debe fijarse un plazo inferior a lo que normalmente demoran las mismas.

En otras palabras, puede ser conveniente analizar si se deben establecer ciertos plazos máximos para la investigación de operaciones de concentración, transcurridos los cuales dichas operaciones se tengan por aprobadas si no existe un pronunciamiento de parte del TDLC. No obstante lo anterior, previamente habría que resolver si el TDLC cuenta con facultades suficientes como para adoptar este tipo de medidas, o bien, si se requeriría de modificaciones legales.

En todo caso, el plazo exacto debería ser fijado considerando la estructura y carga de trabajo del TDLC, sin perjuicio de lo cual legalmente existe un tope mínimo de 45 días y convencionalmente existe techo máximo de 225 días corridos. Por ello, de acogerse esta idea, cualquiera sean los plazos que se fijen, deben estar enmarcados en este rango.

### III. Preclusión del derecho a solicitar información

Consideramos que sería conveniente señalar que la información requerida por el Auto Acordado no precluye el derecho del TDLC para solicitar más información si así se estimara conveniente para el progreso de la investigación.

### IV. Partes que deben presentar la información

En legislaciones como la europea, se detallan las partes que deben proporcionar la información en los casos de notificaciones previas de fusiones. Específicamente, esta legislación señala:

*Las concentraciones que consistan en una **fusión** en el sentido de la letra a) del apartado 1 del artículo 3 o en la **adquisición de un control conjunto** en el sentido de la letra b) del apartado 1 del artículo 3 **deberán ser notificadas conjuntamente por las partes intervinientes** en la fusión o en la adquisición del control conjunto. En los **demás casos**, la notificación deberá realizarla la **persona o empresa que adquiera el control** de la totalidad o de partes de una o varias empresas<sup>12</sup>.*

Creemos que sería importante, aunque de ningún modo fundamental, que el TDLC analizara la conveniencia de establecer una norma similar a la europea para clarificar más el Auto Acordado. En todo caso, esta disposición se encuentra estrechamente vinculada a la definición de operaciones de concentración, tema que será tratado a continuación.

### V. Definición de Operación de Concentración

Hasta ahora, en este informe hemos utilizado indistintamente los términos “fusión” y “operación de concentración”. Sin embargo, ambos términos son diferentes en su contenido. Así lo señala el Auto Acordado:

*“En general, se entiende por operación de concentración todo hecho, acto o convención, simple o complejo, cualquiera sea su naturaleza jurídica, por medio del cual: (a) una entidad competitiva independiente se fusione o adquiera de manera duradera una influencia decisiva en la gestión de otra entidad competitiva independiente, que deja entonces de serlo; o (b) dos o más de dichas entidades participen conjuntamente en un emprendimiento o*

---

<sup>12</sup> Artículo 4.2 REGLAMENTO (CE) No 139/2004 DEL CONSEJO de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas

*conformen una entidad común, reduciendo así de manera significativa y duradera la independencia competitiva de cualesquiera de ellas”<sup>13</sup>.*

Ya que el TDLC ha optado por dar una definición de operaciones de concentración, sin perjuicio del hecho que ésta se encuentra en la parte considerativa del Auto Acordado, creemos que resulta conveniente indagar más sobre este tema para lograr una definición más acabada sobre lo que se entiende por operación de concentración en el contexto chileno y en el escenario internacional.

Para efectos de la notificación de operaciones de concentración, la Unión Europea define éstas operaciones como:

1. Aquellas en que se produce un cambio duradero del control, sea por la fusión de dos o más empresas (o partes de empresas anteriormente independientes), o por la adquisición del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias empresas.
2. La ley señala que el control resultará de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa; en particular mediante: a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa; b) derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa.
3. Adicionalmente la ley señala que se entenderá que han adquirido el control las personas o empresas que sean titulares de esos derechos o beneficiarios de esos contratos, o que puedan ejercer los derechos inherentes a los mismos<sup>14</sup>.

En EEUU se establece que se aplicará la notificación del Hart-Scott-Rodino a operaciones de concentración vía adquisición de acciones y valores con derecho a voto, de activos no corporativos y de activos en general.

En Chile, creemos que sería conveniente considerar ampliar la definición de operación de concentración contenida en el Auto Acordado, de modo de abarcar toda la gama de

---

<sup>13</sup> Considerando Cuarto PROYECTO DE AUTO ACORDADO SOBRE INFORMACIÓN QUE DEBE APORTARSE EN PROCEDIMIENTOS NO CONTENCIOSOS DE CONTROL PREVENTIVO DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

<sup>14</sup> Artículo 3 REGLAMENTO (CE) No 139/2004 DEL CONSEJO de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas

transacciones relacionadas con operaciones de concentración, o bien, fundamentar las razones por las cuales se ha optado por una definición más restringida.

En el mismo sentido, para fomentar la armonía de disposiciones legales, sería razonable analizar la conveniencia o no de extender el concepto de operación de concentración a todas aquellas definiciones que se hacen en leyes especiales. De este modo, se incorporaría por ejemplo el Artículo 99 de Ley de Sociedades Anónimas, que define la fusión por creación y por absorción<sup>15</sup>.

### Conclusiones

El propósito de este documento ha sido el de entregar una visión general de las perspectivas comparadas que se han adoptado en materia de notificación de operaciones de concentración, así como proponer algunos temas que podrían ser objeto de mayor reflexión relativos al Proyecto de Auto Acordado. En general, consideramos que dicho proyecto significa un avance para la transparencia y certeza jurídica en esta materia. Sin perjuicio de lo anterior, creemos que es importante que -en el futuro- se discuta la conveniencia o inconveniencia de establecer un sistema de notificación previa de operaciones de concentración en Chile. Este debate debiera darse a nivel legislativo y con la participación de los organismos de libre competencia.

---

<sup>15</sup> Artículo 99 Ley 18.046: *La fusión consiste en la reunión de dos o más sociedades en una sola que las sucede en todos sus derechos y obligaciones, y a la cual se incorporan la totalidad del patrimonio y accionistas de los entes fusionados.*

*Hay fusión por creación, cuando el activo y pasivo de dos o más sociedades que se disuelven, se aporta a una nueva sociedad que se constituye. Hay fusión por incorporación, cuando una o más sociedades que se disuelven, son absorbidas por una sociedad ya existente, la que adquiere todos sus activos y pasivos.*