

UNIVERSIDAD CATOLICA DE LA SANTISIMA
CONCEPCIÓN
FACULTAD DE DERECHO



Evolución De La Jurisprudencia Chilena en Materia de
Operaciones De Concentración Horizontales

Autor: Marcela Beatriz Araneda Navarro

Profesor Guía: Pablo Millán

Concepción, 2016

A mi papá, que me acompaña siempre.

Índice

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

- 1.- Antecedentes y surgimiento del problema.
- 2.- Problema de investigación.
- 3.- Preguntas de investigación.
- 4.- Objetivo general
- 5.- Objetivos específicos.
- 6.-Supuestos, premisas e hipótesis de la investigación

CAPÍTULO II

- 1.-El Orden Público
- 2.- El Orden Público Económico
- 2.1.- Principios del Orden Público Económico
- 3.-La Libre Competencia Mercantil
- 3.1.- La Libre Competencia Y Competencia Perfecta
- 3.2.- La Libre Competencia Y Competencia Desleal
- 4.- La Libre Competencia En Nuestra Legislación. Bien Jurídico Protegido.
- 4.1.- Regulación de la Libre Competencia.
- 4.1.1.- Evolución de la Regulación de la Libre Competencia en nuestro país.
- 4.2.- Actual Normativa de Defensa de la Libre Competencia

4.2.1- La Fiscalía Nacional Económica

4.2.2.- El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

5.- Conductas Anticompetitivas.

5.1. Las Operaciones de Concentración

5.1.1. Operaciones De Concentración Horizontal

CAPÍTULO III

1.-Jurisprudencia

1.1.- Consulta de la Asociación Chilena de Turismo A.G. sobre operación de concentración LATAM Airlines Group, American Airlines Inc. Y otras. Rol NC-434-2016

1.2.- Consulta de Accionistas Controladores de S.A.C.I Falabella y Accionistas Controladores de Distribución Y Servicio D&S S.A sobre fusión entre S.A.C.I Falabella y Distribución y Servicio D&S S.A

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

Introducción

En Chile, el sistema económico implementado es el Sistema Mixto de Mercado, que es la mezcla entre el sistema de Planificación Central¹ y el Sistema de Libre mercado², debido a que en nuestro país, si bien son los productores y consumidores los que determinan qué cosas producir, cómo producirlas y en qué cantidades, el Estado de igual manera interviene, regulando algunas materias y desarrollando también actividades empresariales.

Dentro de nuestro sistema económico entonces, la libre competencia es fundamental. Esta según el profesor Domingo Valdés Prieto, opera toda vez que existe una disputa o una forma de enfrentamiento entre dos o más personas por una determinada cosa³, y de acuerdo con Don Carlos Ruiz-Tagle Vial “la noción de libre competencia se traduce en una noción negativa o que tiene un gran contrapeso negativo, es decir, la libre competencia se verifica cuando no existen prácticas desleales; tales como el monopolio, el monopsonio, el oligopolio, entre otras.”⁴

Es en este contexto, en donde encontramos el gran tema a analizar en esta tesina; las operaciones de concentración horizontal.

A lo largo de esta investigación desarrollaremos el Orden Público Económico, su concepto y principios, para luego dirigirnos a la Libre Competencia Mercantil y su regulación en nuestro ordenamiento. Es en relación a lo anterior que llegamos a analizar las conductas anticompetitivas que atentan en contra de la libre competencia, dentro de las cuales existen las operaciones o acuerdos de concentración u integración horizontal.

¹ En el Sistema de Planificación Central las autoridades son las que deciden qué producir, cómo producir y para quién producir. Es el Estado el que toma todas las decisiones.

² En el Sistema Libre de Mercado las decisiones sobre qué producir, cómo producir y para quién producir son tomadas por las empresas y los consumidores de manera privada. Las empresas producirán aquellos bienes y servicios que son rentables y para los que existe una demanda, mientras que los consumidores podrán elegir lo que compran dentro de sus posibilidades económicas, mientras que la intervención del estado es mínima y se reduce a velar para que productores y consumidores puedan cumplir libremente sus funciones económicas.

³ VALDÉS PRIETO DOMINGO. Libre Competencia y Monopolio. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2006. 80 p.

⁴ RUIZ-TAGLE VIAL, Carlos. Curso de Derecho Económico. 1ª Ed. Santiago. Librotecnia, 2010. 212 p.

Hablaremos del marco legal aplicable a estas operaciones, las facultades, atribuciones y deberes que tienen tanto el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como la Fiscalía Nacional Económica y sus procedimientos, entrando a analizar si éstos son o no suficientes para una adecuada protección a la libre competencia mercantil.

CAPITULO I

1.- Antecedentes y surgimiento del problema:

La Libre Competencia es aquella situación de un mercado en la que dos o más agentes económicos ofrecen y demandan bienes o servicios similares, es decir, sustituibles entre sí, sin que ninguno tenga poder por sí solo para influir en el precio de dichos bienes o servicios.

A raíz de esto, nace el Derecho de la libre Competencia que, como su nombre lo indica, es una rama del derecho público que regula y ordena los mercados, sancionando las prácticas anticompetitivas y creando las condiciones para intercambios eficientes. Si bien se parte dejando a los mercados ordenar y regularse libremente, es necesaria la intervención del estado para que este funcione correctamente, sancionando y reprimiendo las conductas más graves.

Es aquí donde la ley faculta expresamente a órganos con competencia en la materia para investigar, obtener medios de prueba e imponer castigos a quienes han atentado en contra de la libre competencia.

El objeto de la libre competencia será entonces 1.-Proteger el bienestar de los consumidores. 2.- Promover una asignación eficiente de los recursos. 3.- Proteger el proceso competitivo.

En esta materia, la ley en Chile sanciona *“cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”* art.3º inc.1º DL 211.

Según Jorge Witker, estos ilícitos anticompetitivos pueden clasificarse de la siguiente forma. En primer lugar, los acuerdos horizontales o colusivos. En segundo lugar los acuerdos verticales o “integraciones”. En tercer lugar, las concentraciones por efecto de las fusiones o adquisiciones de empresas. Finalmente, las prácticas predatorias.

La Fiscalía Nacional Económica entiende por operaciones de concentración, las fusiones, las adquisiciones de acciones, las adquisiciones de activos, las asociaciones y, en general, los actos y convenciones que tienen por objeto o efecto que dos o más empresas económicamente

independientes entre sí pasen a conformar una sola empresa, a tomar decisiones en forma conjunta o a integrar un mismo grupo empresarial.

El mismo órgano entiende por Concentración horizontal, aquella en que las empresas involucradas son competidoras actuales o potenciales en un mercado relevante dado será aquella en que las empresas involucradas son competidoras actuales o potenciales en un mercado relevante dado.

2.-Problema de Investigación:

En la economía de mercado, estos acuerdos o concentraciones son muchas veces positivos, favorables y necesarios para el desarrollo de una sana economía de mercado, sin embargo, cuando este acuerdo permite que un grupo de empresas actúe en conjunto para lograr alguno de los atributos del monopolio, tales como el aumento de precios, limitación de rendimientos, prevención de la entrada al mercado o de la innovación, etc., este acuerdo se considera negativo, ya que afecta a la libre competencia en el mercado, y pasa a conformar un ilícito

Es por este último caso que es importante analizar las potestades que tiene el Estado en orden a lograr impedir las conductas que vulneran la libre competencia.

La ley crea dos órganos que ejercen potestades públicas para esto: El Tribunal de la Libre Competencia y la Fiscalía Nacional Económica. Ambos creados por el DL 211, dictado en Octubre de 1973, cuya modificación más importante es aquella introducida por la ley nº 19.911 del 14 de Noviembre del 2003, por lo que fue necesario refundir el texto nuevamente en el DFL Nº1 de 2005, del ministerio de Economía.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia conoce y analiza las operaciones de concentración que son sometidas voluntariamente a su conocimiento, por ende, se dice tanto en doctrina como en la jurisprudencia que, de existir un control de fusiones o concentraciones, éste será voluntario y no contencioso, es decir, de personas que han celebrado o van a celebrar un contrato y tienen dudas respecto si puede afectar de alguna manera la libre competencia, lo plantean al Tribunal de defensa de la libre competencia para que este señale los requerimientos propios que debe tener dicho contrato.

3.-Preguntas de Investigación:

Dicho lo anterior, y dada la importancia que tiene el cumplimiento de los objetivos de la Libre Competencia mencionados anteriormente, es cuando surgen las interrogantes; ¿bastará o es suficiente para un correcto control de fusiones u operaciones de concentración, que el análisis por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Fiscalía Nacional Económica sea en virtud de una consulta voluntaria y no contenciosa?. Para la protección de la libre competencia, ¿es suficiente que el procedimiento para conocer de operaciones de concentración sea voluntario?, ¿o será necesario que este se torne obligatorio o mixto?. Las sanciones establecidas para aquellas partes que no consultaron previamente una fusión o concentración que actualmente este lesionando la libre competencia, ¿bastan para evitar que otras lo hagan?

4.-Objetivo General:

Analizar tanto la normativa actualmente vigente en materia de fiscalización de la libre competencia en relación a las operaciones de concentración horizontal, como la aplicación que se ha hecho es ésta en la práctica, en base a la jurisprudencia existente del Tribunal de defensa de la libre Competencia y la Fiscalía Nacional Económica.

5.-Objetivos Específicos:

- 1) Determinar si para el correcto control de operaciones de fusiones u operaciones de concentración horizontal basta que el análisis por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Fiscalía Nacional Económica sea en virtud en una consulta voluntaria y no contenciosa.
- 2) Estimar si es necesario que el procedimiento de fiscalización y análisis de dichas operaciones sea obligatorio o mixto para las partes que la ejecuten.
- 3) Analizar si las sanciones establecidas para aquellas partes que atentaron en contra de la libre competencia con sus prácticas anticompetitivas, son suficientes.

6.-Supuestos, Premisas e Hipótesis de la Investigación:

A través del análisis del control de las operaciones de concentración horizontal, a la luz de lo que ha visto y analizado el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, se estima que si bien, en pro del fomento de la libre competencia, la entrada y la mantención de entidades económicas en el mercado del país, es correcto que estas tengan libertad en cuanto a posibilidades de fusión o concentración, es igualmente necesario un mayor control del procedimiento de análisis y conocimiento por parte de los órganos del estado de las operaciones de concentración, en orden a asegurar mediante este mismo, el cabal cumplimiento de los objetos de la libre competencia y así evitar las conductas anticompetitivas que pudieren llevarse a cabo por falta de fiscalización en virtud de este análisis voluntario y en principio no contencioso por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, pues si bien se logra prohibir las concentraciones consultadas o se fijan ciertos límites, no se sabe con certeza cuantas otras fusiones o concentraciones que aún no son sometidas a su conocimiento, están afectando actualmente la libre competencia.

CAPITULO II

1. El Orden Público

El Orden Público es el orden dentro del estado, es decir, una organización necesaria para el buen funcionamiento de éste. Todas las normas de derecho público, son de orden público, debido a que estas disposiciones tocan no solamente el interés de ciertos individuos sino que al interés general, por lo que deben quedar intocadas⁵.

Según Claro Solar, el orden público es “el arreglo de las instituciones indispensables a la existencia y funcionamiento del Estado y que miran a la constitución, a la organización y al movimiento del cuerpo social, así como las reglas que fijan el estado y capacidad de las personas. En este sentido orden público es sinónimo de orden social”

El orden público también es de suma importancia en el derecho privado, en el sentido de que mediante él, se viene se cierta manera a restringir la autonomía de la voluntad y prohibir aquellas convenciones de los particulares que son contrarias a la mantención de ese orden público.

2. El Orden Público Económico

El Orden Público Económico está definido como “el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regular en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución Política del Estado”⁶, es decir, estos principios permiten la organización económica de nuestro país, respetando siempre la Constitución de la República.

2.1. Principios del Orden Público Económico

Como ya dijimos, el orden público económico es un conjunto de principios y normas que regulan la economía de un país, y en el nuestro, se distinguen, de acuerdo al profesor José Luis Cea, diferentes principios; Principio de la libertad económica, Principio de subsidiariedad, Principio de

⁵COHN y CAPITANT. Curso Elemental de Derecho Civil

⁶CEA, José Luis.

igualdad de derechos y oportunidades, Principio de la discriminación arbitraria, Bien Común y Racionalidad de la Política Económica.

a) Principio de la Libertad Económica: Este principio está consagrado en el artículo 19 número 21 de la Constitución de la República “El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”. De este precepto emana entonces la libertad de empresa, la libertad de emprendimiento y la libertad de desarrollar cualquier actividad económica.

Sin embargo, esta libertad también tiene sus límites, tal y como señala el artículo, estos límites son el orden público, la moral, la seguridad nacional y las normas que regulan la actividad, no pudiendo ser esta, ilícita.

El marco regulatorio de esta libertad sería entonces la ley, debido a que es ella la que indica los requisitos, exigencias o condiciones a las cuales se debe sujetar una persona si quiere dedicarse a ejercer alguna actividad económica.

b) Principio de la Subsidiariedad: Si bien no está explícitamente consagrado en nuestra carta fundamental, éste se deduce del artículo primero, en el cual garantiza a los grupos intermedios “...El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”. Otra disposición aplicable es el artículo 19 número 21 en su inciso segundo del mismo cuerpo legal, que se refiere a la facultad que tiene el estado para desarrollar actividades empresariales y participar en ellas, señalando que el pero de forma excepcional, siempre y cuando una ley de quorum calificado lo permitiese, y en este caso, el estado se sometería a las leyes comunes aplicables a los particulares.

c) Principio de la Igualdad de derechos y Oportunidades: Este principio, consagrado en el artículo 1 de la Constitución Política de la república, estando está presente siempre y cuando las normas aseguren el igual y libre acceso a todos los interesados, no pudiendo discriminar en virtud del sexo, raza, posición social u otra casusa similar.

d) Prohibición de la discriminación Arbitraria: Muy relacionado con el principio anterior, nuestra Constitución prohíbe en varios numerales la discriminación arbitraria; el artículo 19 número 24, que trata de la igualdad ante la ley, establece que ni una autoridad podrá establecer diferencias arbitrarias; el artículo 19 número 20, que se refiere a los tributos en proporción a las rentas; la situación del Estado empresario del que ya hablamos; y, lo dispuesto en el artículo 19 número 22, referido a los beneficios que puede establecer la ley, siempre que no signifique discriminación arbitraria.

e) Bien Común: Aplicando este principio, las disposiciones en nuestro texto constitucional las disposiciones referidas a las función social de la propiedad, del artículo 19 número 24; y, las que se refieren a las requisiciones de bienes y el establecimiento delimitaciones al ejercicio del derecho de propiedad durante ciertos estados de excepción.

f) Racionalidad de la Política Económica: Este principio se expresa en; las normas que reservan a la ley la autorización para que el Estado y sus organismos y las municipalidades contraten préstamos, contenidos en el artículo 600, números 7 y 8 de la Constitución; La iniciativa legislativa exclusiva del Presidente de la República en materia económica, de acuerdo al artículo 60 número 14 y artículos 62 y 64 de la Constitución; Las normas con arreglo a las cuales las empresas del Estado y aquéllas en que éste tenga participación puedan contratar préstamos, los que en ningún caso podrán efectuarse con el mismo Estado, sus organismos y empresas, de conformidad a lo establecido en el artículo 60 número 9 del texto constitucional; y por último el objeto dado al Banco Central de Chile, de velar por la estabilidad de la moneda y normal funcionamiento de los medios de pagos internos y externos, y la prohibición que establece la Constitución a este órgano de financiar gasto público, salvo en caso guerra o peligro de guerra.

3. La Libre Competencia Mercantil

La libre competencia mercantil consiste en el derecho de los agentes económicos, de conformidad a los principios y normas del orden público económico para participar en mercados de bienes y servicios que presenten condiciones de plena y real existencia de una concurrencia competencial económica, exenta de cualquier arbitrio que tienda a impedirla, eliminarla, restringirla o entorpecerla, y que aseguren el interés público de mantenimiento de una economía eficiente.⁷

3.1. La libre competencia y competencia Perfecta

En un mercado de competencia perfecta, las empresas carecen de poder para manipular el precio, es decir, ni oferentes ni demandantes pueden aisladamente influir en el precio, calidad, cantidad u otra variable de mercado de los bienes y servicios transados⁸, maximizando el bienestar, resultando en una situación ideal de los mercados de bienes y servicios, donde la interacción de la oferta y demanda determina el precio, debido a que existe un gran número de compradores y vendedores de una mercancía, se ofrecen productos similares, y existe libertad absoluta para los compradores y vendedores.

El modelo de competencia perfecta es usado para estudiar mercados concretos y así determinar las imperfecciones que éstos adolecen. Este modelo es un modelo hipotético y, por ello, no puede constituir un bien jurídico a ser tutelado por una legislación antimonopólica, por ende la doctrina prefiere referirse a mercados competitivos o con algún grado de competencia actual o potencial, antes que a mercados de competencia perfecta.

3. 2. Libre Competencia y competencia Desleal

La competencia desleal tiene lugar toda vez que un competidor, directamente o a través de otra persona, realiza una conducta que se puede caracterizar como un acto de competencia mercantil (apto para obtener desplazamientos de demanda en favor de quien los realiza), que sea indebida

⁷ RUZ-TAGLE VIAL, Carlos. *Curso de Derecho Económico*

⁸ VALDÉS PRIETO, Domingo. *Libre competencia y monopolio*. 1ª edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006

(contraria a la lealtad, a los usos honestos, a la corrección profesional, a las costumbres mercantiles, entre otras fórmulas acuñadas al efecto) e idónea para producir un perjuicio respecto de otro competidor de su mismo mercado relevante.

4. La Libre Competencia en nuestra legislación. Bien jurídico protegido.

El artículo primero del Decreto Ley 211 señala: “La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados. Los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta ley.”

Según el texto transcrito, lo que se quiere proteger es la libre competencia mercantil, y se han elaborado visiones dispares acerca de cuál es el contenido de la libre competencia mercantil. El profesor Domingo Valdés Prieto revisa las principales teorías, que son: i) La autonomía privada; ii) derecho a desarrollar cualquier actividad económica; iii) la justicia distributiva y la igualdad de oportunidades, iv) la protección de los consumidores; v) La eficiencia económica; y vi) La formación de los precios mediante el libre juego de la oferta y la demanda. Hablaremos brevemente acerca de cada uno de estas teorías.

i) La autonomía privada: La libertad a que alude el Decreto Ley 211 es una libertad para competir en los términos que cada persona ha resuelto y que esa resolución no sea perturbada por otro competidor. El porqué de lo resuelto es algo que no interesa a la libre competencia, mientras no resulte de la imposición o abuso de otro competidor, pues será aceptable la interferencia de otros competidores o autoridades públicas en los medios y formas específicas de competir en tanto que ello no contravenga los contenidos de orden público, de la moral y de las buenas costumbres. Sin embargo, es preciso reconocer que, por regla general la libre competencia es manifestación de la autonomía privada en razón de que aquélla, por aplicación del principio de subsidiariedad, deberá estar preeminentemente encomendada a privados y no a empresas públicas del Estado.

ii) Derecho a desarrollar cualquier actividad económica: Anteriormente lo mencionamos como uno de los principios del orden público económico, y señalamos que es una garantía constitucional

contenida en el inciso primero del art. 19, N° 21 de la Constitución Política de la República, inciso que prescribe a la letra: “La Constitución asegura a todas las personas: 21°. El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”. En la libre competencia entonces, el legislador debe preservar ésta, regulando el bien jurídico de modo de no vulnerar la garantía constitucional del art. 19, N° 21, que, como se ha dicho, sirve de fundamento y sustrato a la libre competencia, debiendo cuidar que los preceptos regulatorios de la libre competencia no la supriman ni hagan imposible su ejercicio, puesto que si ello ocurriera no sólo sería contradictorio con la finalidad de tutelar la libre competencia, sino que además vulneraría la garantía constitucional del art. 19, N° 21.

iii) La justicia distributiva y la igualdad de oportunidades: Aquí se plantea que la libre competencia consistiría en una particular forma de justicia distributiva, cuyo objeto sería la igualdad de oportunidades para competir. Ese derecho a competir debe ser preservado y tutelado no sólo respecto de los demás competidores, sino que también respecto de la propia autoridad pública, la que resulta limitada por el principio de la vinculación positiva, el principio de subsidiariedad, el principio de la libre competencia y el principio de restricción al Estado Empresario. De allí que la libre competencia puede ser formulada como una igualdad de oportunidades en el derecho a competir.

iv) La protección de los consumidores: El bienestar de todas las personas partícipes en las diversas fases productivas es una consecuencia indirecta de una buena operatoria del sistema de libre competencia, pero por supuesto no es ésta la única causa del bienestar de todos los partícipes en las diversas fases. Aquí la libre competencia rectamente tutelada beneficia a todos los integrantes de la sociedad civil y, particularmente, a todos los que participan en las actividades económicas que dan lugar a la libre competencia en materia mercantil, sea que intervengan desde el lado de la oferta o bien desde el lado de la demanda y cualquiera que sea la fase productiva respectiva.

v) La eficiencia Económica: Esta es la utilización de los recursos económicos que reporta el máximo nivel de satisfacción posible con los factores y la tecnología dados. La eficiencia económica es indispensable para la satisfacción de las necesidades que experimentamos los seres humanos, siendo generalmente, el resultado de la libertad de competencia, cuando esta última permite la formación del justo precio y el adecuado funcionamiento de los mercados, logrando el bienestar de la comunidad mediante el acceso de esta, al menor costo posible, a servicios de mayor calidad que le puedan ser ofrecidos por los distintos agentes económicos, para la satisfacción de sus múltiples necesidades.

vi) Formación de precios mediante el libre juego de oferta y demanda: La libre competencia descansa sobre la ley económica de la oferta y la demanda que postula una mutua dependencia entre el valor de los bienes económicos, aquí Don Domingo Valdés cree que una descripción del bien jurídico tutelado libre competencia es inadecuada, atendida su alta equivocidad en el orden económico y jurídico, y por ello debe ser desterrada como una alternativa de formulación de aquel bien jurídico.

4.1. Regulación de la Libre Competencia

Ya dijimos que la libre competencia es un medio de asignación de bienes y servicios, que radica su funcionamiento en el libre y espontáneo intercambio de oferentes y demandantes, y hoy en día es el medio más idóneo para lograr la eficiencia económica.

Una de las principales características de la libre competencia es que este libre y espontáneo intercambio consiste en que ninguno de los oferentes y demandantes tiene control sobre el precio, debido a que este está dado por el simple funcionamiento del mercado⁹. Lamentablemente, el libre y espontáneo intercambio no ocurre de manera natural en la práctica, debido a que el comportamiento que les conviene a los oferentes y a los demandantes es ineficiente, o no les conviene de la misma manera a la sociedad.

⁹ GARCÍA MACHMAR, William. *Manual de la Libre Competencia, Tomo I*. 1ª ed. Santiago. Thomson Reuters Puntolex, 2011.

Es por esto que lo que busca la política pública es promover esta libre competencia y también, sancionar las prácticas anticompetitivas.

4.1.1. Evolución de la Regulación de la Libre competencia en nuestro país.

En el año 1959, la ley número 13.305, en su Título V, fue la primera normal que abordó el problema. Este título tenía como epígrafe “Del fomento de la libre competencia comercial e industrial”, sancionando como delitos las prácticas monopolísticas, y el órgano estatal encargado de cumplir con este cometido era la Comisión Antimonopolios. Esta comisión era presidida por un ministro de la Corte Suprema y tenía como secretario ejecutivo al Superintendente de Valores y Seguros, además de funcionar con el mismo personal que la superintendencia mencionada.

Esta ley estableció el ilícito monopolístico como un ilícito penal, además de sanciones administrativas, sin embargo en la práctica no existieron procesos penales, debido a que grandes sectores de la economía dependía del propio estado.

Fue en el año 1963 que la ley número 15.142 modificó el título V, y creó el cargo de Fiscal de la Comisión, cuya función era la de iniciar acciones en áreas que atentaban contra la libre competencia, siendo el antecedente de la actual Fiscalía Nacional Económica.

En el año 1973 se dicta el DL nº 211, que tenía por objetivo sancionar más eficazmente el monopolio, creando una Comisión Preventiva Central y Comisiones Preventivas Regionales, funcionando la primera en Santiago y las segundas en cada región, teniendo el carácter de administrativas. También se creó la Comisión Resolutiva, que estaba formada por cinco miembros y según la doctrina, funcionaba como tribunal y tenía el carácter de judicial

Estas Comisiones tenían atribuciones para resolver consultas del público, dictar normas con alcance general y requerir que la fiscalía investigara atentados a la libre competencia, pero la actividad de persecución propiamente tal, es decir, la para investigar estos atentados y presentar los casos ante la comisión resolutiva pertenecía a la Fiscalía Nacional Económica, que era el órgano administrativo dirigido por un Fiscal Nacional Económico.

La ley tipificaba un delito genérico de atentado contra la libre competencia, con distintas hipótesis más específicas, sin embargo, durante su vigencia no fueron frecuentes los procesamientos de personas en virtud de estos ilícitos, y no se impuso ninguna sanción penal.

El año 2003 se publicó la ley número 19.911 que modificó el DL nº 211, y el cambio fue tal, que se tuvo que refundir el texto nuevamente, y hoy en día la legislación fundamental en materia de Libre Competencia está contenida en el DFL N°1 del año 2005, del Ministerio de Economía.

La nueva ley despenalizó las conductas monopólicas, eliminó las Comisiones antimonopolio, creó el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y mantuvo la Fiscalía Económica.

Actualmente, la modificación al DL nº211 más reciente es la efectuada por la ley 20.945, publicada el 30 de Agosto del 2016, que tiene por objeto perfeccionar el sistema de defensa de la libre competencia.

4.2. Actual Normativa de Defensa de la Libre Competencia.

En nuestro país, el D.L. N 211 del Ministerio De Economía, que como dijimos anteriormente fue refundido por en DFL nº1 de 2005 del Ministerio de Economía, es el estatuto jurídico referido a la defensa de la libre competencia. Actualmente se hace una clara separación de funciones entre los órganos, teniendo por una parte a la Fiscalía Nacional Económica que es la que investiga y previene actos contra la libre competencia y los presenta ante el tribunal, mientras que por otro lado está el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, al cual le corresponde juzgar y establecer normas de carácter general. De ambos organismos y sus funciones hablaremos en el siguiente numeral.

En cuanto a las figuras delictivas o sancionadas, estas se encuentran en el artículo 3 del decreto ley, que señala en su inciso primero “El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso”. En su inciso segundo

nombra cuales son los hechos, actos y convenciones que impiden restringen y entorpecen la libre competencia, o que tienden a producir dichos efectos.

4.2.1. La Fiscalía Nacional Económica

El Título III del DFL n° 1 del 2005 “de la Fiscalía Nacional Económica” en su artículo 33 nos señala que la Fiscalía es un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de todo organismo o servicio, cometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

La función principal de la Fiscalía es la de promover la libre competencia en el mercado e investigar todo hecho, acto o convención que tienda a impedir, eliminar, restringir o entorpecer la competencia económica en los mercados, y en los casos que estime procedente, someter el resultado de sus investigaciones al conocimiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, con el objeto de que éste adopte las medidas adecuadas para evitar o repara los efectos anticompetitivos de los hechos investigados

A su cargo está el Fiscal Nacional Económico, al cual le corresponde ejercer la jefatura superior, representar judicial y extrajudicialmente al servicio, pudiendo también designar Fiscales Adjuntos, que tendrán las atribuciones que el Fiscal Nacional les delegue¹⁰.

En el artículo 39 del Decreto ley n°211, se vuelve a recalcar la independencia de autoridades y de tribunales antes los cual actúa la Fiscalía, y se señalan las atribuciones y deberes que tiene el Fiscal Nacional Económico, a los cuales nos referiremos brevemente a continuación;

a) El Fiscal puede instruir las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones a la ley, debiendo notificar al afectado, sin embargo, podría no hacerlo siempre que se someta a control judicial, debido a que debe contar con la autorización del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

¹⁰ Artículo 34 Decreto Ley 211

El fiscal también puede, con conocimiento del Presidente del Tribunal, disponer de investigaciones que se instruyan de oficio o en virtud de denuncias tengan el carácter de reservadas, y también se permite que, el fiscal disponga de oficio o a petición del interesado, que ciertas piezas del expediente sean confidenciales, mientras tengan por objeto proteger la identidad de quienes hayan efectuado declaraciones o aportado antecedentes en conformidad a la cooperación eficaz o delación compensada o que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular, o resguardar la eficacia de investigaciones de la Fiscalía¹¹.

Se autoriza también a, en casos graves y calificados de investigaciones destinadas a acreditar acuerdos colusorios expresos o tácitos o prácticas concertadas¹², que el Fiscal Nacional solicite, mediante petición fundada, ciertas medidas intrusivas que la ley expresamente enumera. Esta facultad está sujeta a control judicial preventivo, ya que debe contar con la aprobación del Tribunal de Defensa de la libre Competencia, y la autorización del Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago que corresponda de acuerdo al turno. Estas medidas están expresamente señaladas en el artículo 39 letras n) y siguientes del decreto ley.

b) Otra función es aquella que le permite actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en el orden económico, ante el Tribunal de la Libre Competencia y los tribunales de justicia, pudiendo ejercer todos los deberes y atribuciones que le correspondan en esa calidad¹³.

c) Requerir del Tribunal de Defensa de la libre Competencia el ejercicio de cualquiera de sus atribuciones y la adopción de medidas preventivas con ocasión de las investigaciones que a fiscalía se encuentre ejecutando¹⁴ (art.39 letra c),

d) Velar por el cumplimiento de los fallos, decisiones, dictámenes e instrucciones que dicten el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o los Tribunales de Justicia, en las materias a las cuales se refiere la ley.

¹¹ Artículo 39 letra a) Decreto Ley 211

¹² Artículo 39 letra n) Decreto Ley 211

¹³ Artículo 39 letra b) Decreto Ley 211

¹⁴ Artículo 39 letra d) Decreto Ley 211

e) Emitir informes que solicite el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en aquellos casos en que el Fiscal no tenga calidad de parte (art.39 letra e), suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones, con el objeto de cautelar la libre competencia en los mercados¹⁵.

f) El Fiscal también podrá hacer una serie de requerimientos a organismos de la administración pública y particulares, según señalan los artículos 39 letras h) y j) del Decreto Ley, tales como solicitar colaboración de funcionarios de estos organismos¹⁶.

g) Requerir de cualquier oficina, servicio o entidad que pongan a su disposición los antecedentes que estime necesarios para sus investigaciones¹⁷, y requerir de los organismos técnicos del Estado los informes que estime necesarios¹⁸.

h) Aparte de las anteriores funciones señaladas, el Fiscal también tiene facultades de administración del servicio, pudiendo en virtud de éstas ejecutar y celebrar toda clase de actos y contrato sobre bienes, contratar servicios de peritos o técnicos, celebrar convenios o memorándum de entendimiento con otros servicios públicos y universidades, en materias de cooperación recíproca, convenir con otros servicios públicos y organismos del Estado las transferencia electrónica de información, y las demás que señalan las leyes¹⁹.

En cuanto a las materias de su competencia, la Fiscalía investiga, en primer término, el abuso de posición dominante, entendiéndose por éste a la situación en que una empresa está en condiciones de controlar el mercado pertinente de un bien o servicio o de un determinado grupo de bienes o servicios, englobándose prácticas comerciales restrictivas de la competencia, en la que una empresa que tiene poder de mercado desarrolla acciones destinadas a impedir o restringir la competencia²⁰, analizando los precios abusivos, la discriminación arbitraria de precios, los precios

¹⁵ Artículo 39 letra ñ) Decreto Ley 211

¹⁶ Artículo 39 letra f) Decreto Ley 211

¹⁷ Artículo 39 letra g) Decreto Ley 211

¹⁸ Artículo 39 letra k) Decreto Ley 211

¹⁹ Artículo 39 letras i), k), l), m), o) Decreto Ley 211

²⁰ Fiscalía Nacional Económica. FNE. Disponible en http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/10/unctad_0001_2002.pdf. Fecha de consulta 15 de Diciembre 2016

predatorios, la denegación de venta o compra de bienes y servicios, las ventas o contratos vinculados, la imposición de precios, la imposición de barreras de entradas, entre otros.

En segundo término analiza las restricciones a la competencia, entre las cuales puede mencionar a las colusiones o acuerdo, las restricciones horizontales, las restricciones verticales, la integración vertical y la integración horizontal.

En tercer lugar analiza las situaciones relativas a la competencia desleal. En cuarto y último término investiga a las situaciones relativas a las operaciones de concentración²¹, siendo éste último el tema a analizar con mayor profundidad en los siguientes numerales.

4.2.2. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un 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 competencia²².

Tiene su sede en Santiago²³ y está integrado por cinco ministros, de los cuales, quien lo preside debe ser abogado y cuatro profesionales universitarios expertos en materias de libre competencia, dos abogados y dos licenciados o con post grados en ciencias económicas. En la designación de estos ministros interviene el Presidente de la República, el Banco Central y la Corte Suprema²⁴.

El tribunal funciona a lo menos tres días a la semana, con un quorum mínimo de tres miembros, y los acuerdos se adoptan por simple mayoría, dirimiendo el voto de quien presida en caso de empate²⁵.

En cuanto a las atribuciones y deberes del Tribunal de la libre Competencia, estos están señalados en el artículo 18º del decreto ley 211, que siempre estarán abocadas a conocer, corregir y

²¹ RUIZ-TAGLE VIAL, Carlos. Curso de Derecho Económico. 1ª Ed. Santiago, Chile. Librotecnia, 2010

²² Artículo 5º del Decreto Ley 211.

²³ Artículo 8º Decreto Ley 211.

²⁴ Artículo 6º Decreto Ley 211.

²⁵ Artículo 9º del Decreto Ley 211.

sancionar las actitudes que atenten contra la libre competencia, siendo las principales las siguientes;

a) Conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones al Decreto Ley 211.

b) Conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos.

c) Dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella.

d) Proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas.

e) Las demás que le señalen las leyes.

De lo anterior podemos decir entonces, que el Tribunal de defensa de la Libre Competencia tiene tanto funciones Jurisdiccionales como Funciones Administrativas o no contenciosas. El procedimiento contencioso se encuentra regulado en los artículos 19 al 30 del Decreto Ley 211, inclusive y aplicándose supletoriamente los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil, en todo aquello que no sea incompatible. Mientras que el no contencioso se encuentra regulado en el artículo 31 del Decreto Ley 211.

5. Conductas Anticompetitivas.

El artículo 3º del Decreto Ley 211 señala que “el ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en terminar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores.

b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.”

Según la norma transcrita, encontramos como primera conducta atentatoria contra la libre competencia, los acuerdos horizontales o colusivos, que permiten a un grupo de empresas actuar conjuntamente para lograr alguno de los atributos del monopolio, y señalamos como algunas de las principales manifestaciones de éstos la Colusión, el Acuerdo de Precios y la Manipulación de Licitaciones²⁶. También encontramos los acuerdos verticales, que son aquellos mediante los cuales se monopolizan etapas contiguas del proceso productivo, y se manifiestan principalmente a través

²⁶ Artículo 3º letra a) decreto ley 211

de la denegación de venta, los Acuerdos de Exclusividad, las Ventas atadas y la imposición de Precios²⁷. En tercer lugar encontramos las prácticas predatorias o competencia desleal, que se realizan con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante, que se expresa en la fijación y determinación de precios²⁸. Por último encontramos a las Concentraciones, que son aquellos actos jurídicos por medio de los cuales una o más empresas buscan detentar mayor parte del mercado relevante de un bien o servicio, entrando en éste concepto las fusiones y adquisiciones.²⁹

5.1. Las Operaciones de Concentración

Fusión, en nuestro Derecho Mercantil, es la reunión de dos o más sociedades en una sola que sucede en todos sus derechos y obligaciones y a la cual se incorporan la totalidad del patrimonio y accionistas de los entes fusionados³⁰, y en el derecho antimonopólico se considera sinónimo de la noción de concentración.

Estas concentraciones engloban una gran cantidad de prácticas mercantiles, que se caracterizan 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 o activos cuya propiedad o control se hallaba en poder de competidores, traduciéndose en la reducción del número de competidores.

Estos actos jurídicos son en un principio legítimos, pues pueden tener como causa la mera eficiencia económica, siendo el resultado de una sana y libre competencia, sin embargo, hay fusiones y concentraciones que ponen en riesgo la libre competencia, las que pueden ser sancionadas u objeto de medidas o condiciones por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

²⁷ Artículo 3º letra b) Decreto Ley 211

²⁸ Artículo 3º letra c) Decreto Ley 211

²⁹ GARCÍA MACHMAR, William. Manual de la Libre Competencia, Tomo I. 1ª ed. Santiago. Thomson Reuters Puntolex, 2011.

³⁰ VALDÉS PRIETO DOMINGO. Libre Competencia y Monopolio. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 2006. 530 p.

El Decreto Ley 211 no contempla normas jurídicas que específicamente regulen las concentraciones, sino que contempla el tipo universal antimonopólico, sin embargo este tipo se ha aplicado en procesos sancionatorios y en procedimientos administrativos consultivos de operaciones que corresponden a estas prácticas, cuya parte esencial es acreditar que la operación de concentración perjudica la libre competencia, colocándola en peligro o lesionándola efectivamente, esto precisamente por lo que dijimos anteriormente; las fusiones y concentraciones no son esencialmente antijurídicas, ya que no todas vulneran la libre competencia, debido a que muchas veces provocan eficiencias de tal magnitud que se acepta esta obtención de poder de mercado, mientras se monitoree a la entidad resultante de la fusión.

De esto se deduce entonces, que estas operaciones son por regla general el resultado de un lícito ejercicio de la libertad de competencia mercantil, y en la medida que éstas puedan provocar riesgos a libre competencia que puedan ser evitados o disminuidos a través de medidas impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el ejercicio de sus potestades públicas para absolver consultas, tales operaciones deberán ser aprobadas.

Respecto de éstas, el Tribunal deberá efectuar un análisis para determinar si hay probabilidades o si existen las posibilidades de colusiones monopólicas o abusos de posición dominante. Normalmente estas operaciones llegan al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia antes de su perfeccionamiento, sea porque las propias partes o los interesados la someten a consulta o porque la Fiscalía Nacional Económica la formula de oficio en representación de la Nación.

Las Operaciones de concentración se pueden clasificar a su vez de verticales, horizontales y concentración de conglomerado. Las primeras son aquellas en que las empresas involucradas operan en distintas etapas de la producción o distribución de un bien o servicio, generalmente con carácter de proveedoras y clientes entre sí, mientras que las operaciones de concentración horizontal son aquellas en que las empresas involucradas son competidoras actuales o

potenciales en un mercado relevante dado, y por último las operaciones de concentración de conglomerado son aquellas que no tienen el carácter de horizontal ni de vertical.³¹

5.1.1. Operaciones De Concentración Horizontal

Definidas ya en el numeral anterior, debemos señalar que nuestro sistema no contempla la obligatoriedad de la consulta por eventuales operaciones de concentración, sin embargo la Fiscalía Nacional Económica ha dictado una Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales.

Esta Guía nos señala que las operaciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, o que tiendan a producir dichos efectos, infringen las disposiciones del Decreto Ley N° 211. Por ende, quienes ejecuten o celebren dichas operaciones sin contar con una resolución favorable emitida por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia podrán ser sancionados con multas y/o una o más de las medidas que el mismo cuerpo legal establece, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que puedan decretarse respecto de esas operaciones, tal como se regula en los artículos 3 y 26 del Decreto Ley 211. El artículo 18 número 2 del mismo decreto ley, por su parte, faculta al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para conocer de aquellas operaciones de concentración que puedan infringir la normativa de libre competencia, esto es, que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o que puedan tender a producir dichos efectos, otorgando al Tribunal la facultad de fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales operaciones.

Para la Fiscalía Nacional Económica, una operación infringe o puede infringir las disposiciones del Decreto Ley 211 cuando otorga, refuerza o incrementa, o puede otorgar, reforzar o incrementar la capacidad de la entidad fusionada, por sí sola o en conjunto con otras, para ejercer poder de mercado, o cuando tienda o pueda tender a ello. El análisis que hace la fiscalía entonces es comparar los niveles de competencia de un escenario en que intervienen las empresas que buscan concentrarse y el que tendría lugar tras la concentración, analizando para esto si la operación

³¹ Fiscalía Nacional Económica, Guía para el análisis de Operaciones de Concentración. 2012.

constituye efectivamente una concentración, definiendo el mercado relevante³², los participantes del mercado, identificando el nivel de concentración de la participación en el mismo y los cambios que en tales niveles provoque la operación de concentración analizada, las condiciones de entrada al mercado, los efectos sobre la competencia y por último, los contrapesos a los efectos.

Con todo lo expuesto anteriormente entonces, es que ya tenemos los conocimientos necesarios para analizar jurisprudencia que diga relación con las Operaciones de Concentración Horizontal.

³² Se entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado.

CAPITULO III

1. Jurisprudencia

1.1 Consulta de la Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G. sobre operación de concentración LATAM Airlines Group, American Airlines Inc, y otras. Rol NC-434-2016

La Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G.³³, haciendo uso de la función consultiva del Tribunal de defensa de Libre Competencia³⁴ Con fecha 5 de Agosto del 2016, ingresa al Tribunal la consulta sobre la operación de concentración LATAM Airlines Group, American Airlines, Iberia Líneas Aéreas de España S.A. Operadora Unipersonal y British Airways P.L.C., para solicitar su revisión y manifestar su rechazo, aduciendo que la materialización de esta, causaría graves perjuicios para la competencia, afectando al mercado de turismo del país, a las agencias de viajes, a los operadores turísticos y a los consumidores.

El tribunal, con fecha 10 de Agosto del 2016 da inicio al procedimiento contemplado en el artículo 31 del decreto ley, publicándose en el Diario Oficial y en el sitio de Internet del Tribunal y se notifica, 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, están relacionados con la materia, para que puedan aportar antecedentes.

Las operaciones que quieren implementar las líneas aéreas antes dichas son dos; Una entre LATAM y American Airlines para los vuelos entre América del Sur y Estados Unidos o Canadá, y otra entre LATAM, Iberia y British Airways para los vuelos entre América del Sur y Europa. Estos acuerdos o alianzas, las denominaron "Joint Business Agreement".

³³ La asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G. es el principal organismo de la industria a través del cual se representan los intereses gremiales de las agencias de viajes (tradicionales y online) y de los operadores de turismo en nuestro país.

³⁴ "El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: b) Conocer, a solicitud de quienes sean parte o tengan interés legítimo en los hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse distintos de las operaciones de concentración a las que se refiere el Título IV, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de esta ley, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos." Artículo 18 letra b) Decreto Ley 211.

Un Joint Business Agreement, en la práctica es equivalente a una fusión de activos con reparto de utilidades, en virtud del cual los socios definen de manera conjunta sus precios, itinerarios, la capacidad de asientos, y la distribución de utilidades, independiente de quien transporte al pasajero entre otros. Se señala en el escrito de la consulta que este Joint business Agreement tendrá en la práctica los mismos efectos que una operación de concentración, toda vez que por la vía de un Joint business Agreement se pretende generar una forma de fusión encubierta a nivel internacional en mercados altamente concentrados desde un punto de vista de Chile, teniendo como principal objetivo intentar eludir la revisión de una fusión por parte de las autoridades de la libre competencia.

La Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G señala que los acuerdos que se pretenden implementar en la práctica tendrían los mismos efectos que una fusión, debido a que es una alianza entre compañías que ya detentan una alta participación en el mercado, que sólo se ampliaría con la aprobación de los acuerdos. Se señala que LATAM y American Airlines alcanzarían un 78% de participación de mercado, y LATAM con Iberia alcanzarían un 64% de participación de mercado, y con estos altos niveles de participación en un mercado donde ya existen múltiples barreras de entrada, se hace prácticamente imposible el ingreso de nuevos competidores. Estas operaciones, a juicio del consultante, permitirán a LAN eliminar su principal competencia en ambas rutas, debido a que American Airlines e Iberia, son las dos compañías que más eficientemente le compiten en la actualidad, mientras que British Airways recién anunció su entrada a la ruta Chile-Europa (a partir de Enero del 2017), eliminando entonces la presión competitiva de esta compañía incluso antes de que la misma haga el ingreso al mercado.

Se señala también que de ser aceptados estos acuerdos, se produciría un grave daño al turismo receptivo y al turismo interno nacional, ya que desincentivará el viaje de los extranjeros a nuestro país, debido al alto costo que implicaría llegar, bajando entonces los visitantes y repercutiendo en el turismo interno, produciendo graves perjuicios a las agencias de viaje y tour operadores independientes que operan en el país, debido a que deberán enfrentarse a un poderoso agente de negociación, que lo será LATAM y sus socios, que tendrá todo tipo de incentivos para abusar de su

posición de dominio. Mediante estas operaciones se producirían graves perjuicios a los consumidores finales, ya que LATAM al excluyendo su competencia o reduciéndola, podrá aumentar sus precios. Finalmente señalan que se deben rechazar estos acuerdos debido a que no existen medidas de mitigación suficientes ni efectivas para prevenir o paliar los graves efectos anticompetitivos que dichos acuerdos tendrían en el mercado, las que en todo caso serían imposibles de fiscalizar y muy fáciles de eludir por los miembros de esta nueva alianza.

Dándose inicio al procedimiento, y se hacen parte interviniente CONADECUS³⁵, la Fiscalía Nacional Económica, LAN Cargo, Correos de Chile y la Asociación Gremial de Empresarios Hoteleros de Chile, pudiendo aportar antecedentes hasta el 4 de Noviembre del 2016.

Por su parte, LATAM Airlines Group se defiende, y al aportar antecedentes también busca demostrar los beneficios que tienen las operaciones consultadas, señalando que no generan riesgos anticompetitivos, si no que al contrario, estos Joint Business Agreement producirán eficiencias e importantes beneficios para los consumidores, debido a que existirán tarifas más bajas, mayor oferta y mayor transporte de pasajeros, más conectividad, mejores itinerarios y mejor calidad de servicios. Asimismo, estos beneficios desmienten la alegación del consultante en el sentido de que las operaciones consultadas afectarían a las agencias de viajes y tour operadores en Chile, debido a que las mejores condiciones que los Joint Business Agreement conllevan para los consumidores aumentará la demanda de viajes y servicios anexos desde y hacia Chile, lo que significaría mejores oportunidades para todos.

Se señala también que la cooperación mediante estos tipos de acuerdo ha tenido y sigue teniendo un creciente desarrollo a nivel global, ampliándose a nuevas áreas geográficas, como el acuerdo de Joint Business Agreement para los tráficos de Europa-China entre el grupo Lufthansa y Air China o el reciente acuerdo de Joint Business Agreement Europa- Asia Pacifico entre el grupo Lufthansa y Singapore Airlines, que se encuentra en proceso de revisión por las autoridades de competencia correspondiente. Impedir entonces que se celebren los acuerdos sometidos a consulta, implicaría dejar a Chile y a LATAM fuera de esta tendencia mundial y probar a sus

³⁵ Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile.

consumidores de los beneficios que ella conlleva. Otro punto importante que señala LATAM es que en los mercados Chile-Europa y Chile-Norteamérica, la entrada es abierta y actualmente compiten aerolíneas de todas las alianzas.

Con todo entonces, LATAM afirma que como consecuencia de concretarse estos Joint Business Agreement, las aerolíneas competirían de manera más vigorosa para desarrollar formas más efectivas de vender y distribuir sus productos y servicios, trayendo beneficios a todos los participantes del mercado, incluyendo pasajeros, agencias de viajes y distribuidores de servicios turísticos.

Durante el plazo para aportar antecedentes, es que la Fiscalía Nacional Económica entregó su pronunciamiento. Dicho pronunciamiento podía tener tres caminos; El primero podía ser apoyar el acuerdo tal cual está; Otro camino era apoyarlo, pero con ciertas mitigaciones o resguardos; mientras que el tercer camino era rechazarlo de plano. La Fiscalía Nacional Económica decidió rechazarlo de plano.

La Fiscalía Nacional Económica señala que de materializarse el Joint Business Agreement, debido al alto grado de integraciones de fusiones y la alineación de incentivos resultante, las partes dejarían de comportarse como agentes económico independientes. Con un efecto equivalente a la de una operación de concentración, aunque sin las eficiencias y ahorros en costos que podrían esperarse de una fusión.

Como conclusión, la Fiscalía Nacional económica estima que el principal argumento de las eficiencias presentado por las partes serían plausibles, sin embargo, con los antecedentes no se ha logrado determinar su real magnitud e inherencia, por ende le recomienda al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que rechace las operaciones sometidas a consulta, estimando que, conforme pudo identificar, las operaciones de concentración implican una serie de riesgos potenciales para la libre competencia, y con los antecedentes obtenidos en el curso de las investigaciones administrativas no se ha permitido concluir que los mismos sean compensados por las eficiencias que señalan las partes, y afirmando también que no hay medidas de mitigación que

podieran compensar los efectos negativos que podrían traer la materialización de los acuerdos sometidos a consulta, debido a que preliminarmente no existen a disposición remedios estructurales que permitan solucionar adecuadamente los riesgos de la operación.

Con todo, la Fiscalía señala que si el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, llegase a una convicción distinta, deberá de evaluar la “pertinencia de implementar individual o conjuntamente aquellos remedios conductuales que limiten la capacidad de abuso de las partes en los orígenes y destinos concernidos”.

Este informe o pronunciamiento es fundamental, debido a que es el que, a fin de cuentas, marca decisión final del Tribunal, que se espera para dentro de unos meses.

Por ahora entonces, se está a la espera de la decisión del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, para saber si en definitiva autoriza, rechaza o acepta con modificaciones los dos Joint Business Agreement sometidos a consulta.

1.2. Consulta de Accionistas Controladores de S.A.C.I Falabella y Accionistas Controladores de Distribución Y Servicio D&S S.A sobre fusión entre S.A.C.I Falabella y Distribución y Servicio D&S S.A. ROL NC N° 199-07.

Con fecha 7 de junio de 2007, los accionistas controladores de Falabella y de D&S presentaron a consulta al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el acuerdo de fusión celebrado entre ellos, solicitando se declare que dicha fusión se ajustaba a las normas sobre libre competencia contenidas en el Decreto Ley N° 211.

En su presentación, los accionistas controladores de Falabella y de D&S señalan que, por instrumento privado de fecha 17 de mayo de 2007, acordaron fusionar ambas sociedades, de manera tal que sus accionistas pasarán a serlo de la sociedad absorbente, en una relación de canje de 77% para los accionistas de Falabella y 23% para los de D&S.

Los consultantes afirmaban que, mientras Falabella poseía una reconocida posición en el negocio de tiendas por departamento y en la venta de materiales para la construcción y artículos para el

mejoramiento del hogar, D&S poseía una posición equivalente en el mercado de la venta de abarrotes y alimentos en establecimientos de grandes formatos. Así, ambas empresas habían consolidado una exitosa gestión en mercados distintos, y que combinados podían dar lugar a sinergias y fortalecimientos recíprocos con operaciones en Chile y en el extranjero, lo que permitiría a la empresa fusionada competir eficientemente para proporcionar a los consumidores, en los distintos sectores en que las compañías involucradas participan, una extensa gama de productos y servicios de consumo masivo. Lo anterior, con reducciones de precios, mejoras en cobertura geográfica y aumento en la oferta, replicando así la opción de desarrollo bajo el concepto de retail integrado.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia decide, con fecha 31 de Enero del 2008, no dar lugar lo solicitado por los accionistas controladores de Distribución y Servicio D&S S.A. y de S.A.C.I. FALABELLA y, por tanto, no aprobar la operación consultada, por no ser compatible con la libre competencia, debido principalmente a que la materialización de la operación consultada produciría un enorme cambio en la estructura de mercado, creándose una empresa que sería el actor dominante en el retail integrado y en prácticamente todos sus segmentos y que además tendría la capacidad de traspasar ese poder de mercado a otras áreas de negocio de retail en que decida participar en el futuro. De aprobarse la operación consultada, se produciría una disminución sustancial y duradera en las condiciones de competencia en un mercado que involucra parte muy relevante de las decisiones de consumo de todos los chilenos, con efectos perjudiciales esperados en los precios, la cantidad y la calidad de los productos transados. Por otra parte, se estableció que las eficiencias y sinergias planteadas por las consultantes no fueron suficientemente acreditadas, e incluso que, si se hubiesen demostrado, no cumplirían con los requisitos mínimos para ser aceptadas en un análisis propio del control de concentraciones, puesto que no podrían compensar los riesgos anticompetitivos que generaría la operación consultada en caso de aprobarse. En consecuencia, el tribunal estima que no existen condiciones o medidas de

mitigación que sean suficientes y eficaces para compensar o minimizar riesgos para la competencia que entraña la operación consultada³⁶.

³⁶ Fiscalía Nacional Económica < http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/reso_0024_2008.pdf>
Fecha Consulta 15 de Diciembre del 2016

Conclusiones

Después de analizar el control existente para las operaciones de concentración horizontal, a la luz de las funciones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Fiscalía Nacional Económica, que son en definitiva, los órganos encargados de velar por la Libre Competencia, creemos que, en pro del fomento de ésta, y para la entrada y la mantención de entidades económicas en el mercado del país, es correcto que estas tengan libertad en cuanto a posibilidades de fusión o concentración y por ende estimamos que el procedimiento de fiscalización y análisis de operaciones de concentración que actualmente es voluntario y en principio no contencioso, es suficiente y realmente efectivo, ya que, como pudimos observar, si no son las propias partes las que someten a consulta estas operaciones, como en el caso de D&S y Falabella, son los interesados o los que se podrían ver afectados con estas operaciones los que las sometan a consulta, como en el caso de la Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G. y LATAM.

Estimamos también que de ser obligatoria de esta facultad de consultar una operación específica, se generaría una especie de atasco en la actividad económica o mercantil, acarreando solo daños a nuestra economía y terminando por desincentivar a las entidades económicas a participar en el país.

Cabe señalar también, que la función consultiva o administrativa que desempeña el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que es la que en definitiva se aplica para las operaciones de concentración, no establece sanciones a quien consulta respecto de un hecho, acto o convención ya ejecutado o celebrado que constituye un injusto anticompetitivo, debido a que el Tribunal debe ajustarse a la pretensión administrativa, cuyo objeto es la mera consulta, y no una demanda o requerimiento, al menos que, durante el proceso de consulta, se presente oposición contenciosa, oposición que tiene la aptitud de tornar este procedimiento no contencioso, a contencioso³⁷, pudiendo entonces el tribunal, en virtud de este cambio, establecer sanciones a quienes infrinjan la libre competencia, reafirmando entonces nuestra postura al entregarle a los interesados

³⁷ Auto Acordado nº5/2004 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

herramientas efectivas para perseguir hechos, actos o convenciones que atentan contra la libre competencia.

Bibliografía

“La Constitución Económica”, en Tratado de la Constitución de 1980. CEA José Luis

“Curso de Derecho Económico. Legislación Económica” Tomo I. ASTUDILLO ASTUDILLO, Manuel.

“Curso de Derecho Económico”. RUIZ-TAGLE VIAL, Carlos.

“Nuevas Tendencias del Moderno Derecho Económico” .VALDÉS PRIETO, Domingo, VÁSQUEZ DUQUE, Omar.

“Libre Competencia y Monopolio”. VALDÉS PRIETO, Domingo.

“Manual de la libre competencia”. GARCÍA MACHMAR, William. Tomo I.

Sitio Web T13 <<http://t13.cl/189840>>

Sitio Web Tribunal de Defensa de la Libre Competencia <<http://www.tdlc.cl/tdlc/>>

Sitio Web Fiscalía Nacional Económica <http://www.fne.gob.cl/>

Decreto Ley 211 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción; Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción.