



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

JULIO, 2021

LIBRE COMPETENCIA¹ Y REMEDIOS EN OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

**PROGRAMA UC - LIBRE
COMPETENCIA**

**LIBRE COMPETENCIA EN POCAS
PALABRAS - N°9**

1 DOCUMENTO ELABORADO POR EL PROGRAMA UC | LIBRE COMPETENCIA, CON LA COLABORACIÓN DE PILAR VIÑUELA.

1. INTRODUCCIÓN

El Título IV del Decreto Ley 211 de 1973 (“DL 211”), denominado “De las Operaciones de Concentración”, regula el control preventivo de las operaciones de concentración económica en Chile, estableciendo que las operaciones de concentración deberán ser notificadas a la Fiscalía Nacional Económica (“Fiscalía” o “FNE”). En dicho contexto, las llamadas “medidas de mitigación” de riesgos o “remedios” son sumamente relevantes cuando una operación de esta índole conlleva riesgos para la competencia.

El presente artículo tiene como finalidad instruir al lector para que entienda qué son estas medidas, qué tipos existen, cómo se tramitan ante la Fiscalía y cómo son tratadas en Brasil, Perú, EEUU y la Unión Europea.

2. ¿QUÉ SON LOS REMEDIOS O MEDIDAS DE MITIGACIÓN DE RIESGOS DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN?

Una de las funciones de un sistema de control de Operaciones de Concentración es proveer un mecanismo que remueva la anticompetitividad afectando lo menos posible las eficiencias y la libertad económica.

De conformidad al artículo 57, letra c), del DL 211, “el Fiscal Nacional Económico deberá prohibir la operación notificada, cuando concluya que la misma cuenta con aptitud para reducir sustancialmente la competencia”. A su vez, el artículo 53, inciso tercero, del mismo cuerpo legal, señala que “el notificante tendrá siempre derecho a ofrecer al Fiscal Nacional Económico las medidas que estime aptas para mitigar aquellos riesgos que la operación notificada pudiere producir para la libre competencia”.

De los preceptos citados anteriormente, se desprende la relevancia de las “**medidas de mitigación**” o “**remedios**”, los cuales, además de ser condiciones exigidas a los agentes económicos para la aprobación de una operación de concentración, según el borrador de la “Guía de Remedios” de la FNE, “*implican un compromiso con la obtención de un resultado concreto, cual es la eliminación de los problemas de competencia detectados*” (2).

Una vez entendido el concepto de remedios en materia de Operaciones de Concentración, cabe preguntarse, ¿Cuáles son las condiciones básicas que deberán exhibir las medidas de mitigación ofrecidas por las partes? Al respecto, la FNE, en su “Guía de Remedios” del año 2017, expresó las siguientes exigencias (3):

1. Efectividad: Las medidas ofrecidas por las partes deben ser suficientemente idóneas para impedir que la operación de concentración económica reduzca sustancialmente la competencia.

2. Factibles de implementar, ejecutar y monitorear: La factibilidad de implementación y de ejecución requieren la evaluación de, por ejemplo, que potenciales compradores no generen mayores riesgos de competencia. La medida ofrecida debe otorgar certeza respecto de la posibilidad de administración tanto para los agentes económicos, como para la autoridad. Por su parte, la factibilidad de monitoreo es exigida, ya que, por el contrario, si las partes que pretenden llevar a cabo la operación, no ofrecen mecanismos suficientes y sencillos de monitoreo a la FNE, la medida será considerada como una mera declaración de *intenciones carente de fuerza vinculante* (4).

2 Fiscalía Nacional Económica (2017), “Guía de Remedios”, Borrador para consulta pública, p. 5.

3 Fiscalía Nacional Económica (2017), “Guía de Remedios”, p. 5-6.

4 Fiscalía Nacional Económica (2017), “Guía de Remedios”, p. 5.

3. Proporcionalidad: La medida debe ser proporcional al riesgo detectado. Por un lado, debe ser lo suficientemente exigente para remediar el riesgo y, por el otro, no debe exigir más de lo necesario para mitigar el problema. En este sentido, la FNE preferirá aquella medida que sea menos gravosa entre las alternativas propuestas.

3. TIPOS DE REMEDIOS QUE PUEDEN OFRECER LAS PARTES

Debido a la particularidad de cada operación de concentración, las medidas de mitigación ofrecidas por los notificantes dependerán del riesgo específico detectado, siendo en consecuencia evaluadas por la Fiscalía caso a caso. Pese a ello, conforme a la Guía de Remedios anteriormente citada, los remedios pueden ser clasificados de la siguiente manera:

Medidas de desinversión:

a. Medidas de desinversión de activos a un comprador adecuado: Mediante la enajenación de parte de los activos tangibles e intangibles de las partes, se busca la aparición de un nuevo agente económico (adquirente) que restablezca la presión competitiva perdida por la operación.

b. Medidas de desinversión que tienen por objeto remover vínculos entre competidores: Se busca la enajenación de las participaciones minoritarias que tengan los agentes de una operación en empresas competidoras con el fin de disminuir los riesgos coordinados que puedan producirse.

Otras medidas de mitigación: Por regla general, pretenden la modificación de la conducta futura de las partes que pretenden llevar a cabo una operación de concentración. Dentro de estas medidas se encuentran:

a. Medidas cuasi-estructurales que

intentan incidir en la estructura de mercado afectado (por ejemplo, obligaciones de acceso y licenciamiento);

b. Medidas conductuales propiamente tales, que implican la prohibición de celebrar actos o contratos (por ejemplo, exclusividades, descuentos condicionales, ventas atadas y empaquetamientos);

c. Obligaciones de no traspaso de información al interior de los agentes económicos que se concentran y sus filiales (“muralla china”);

d. Remedios que promueven la regulación del poder de mercado.

e. Otras medidas conductuales de índole complementaria, por ejemplo, relacionadas al comprador del paquete de desinversión.

4. PROCEDIMIENTO DE ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS DE MITIGACIÓN

El procedimiento de aprobación de una operación de concentración ante la FNE consta de 2 fases:

1) Fase I: contemplada en el artículo artículo 54 del DL 211.

2) Fase II: regulada en artículo 57 del DL 211.

De acuerdo a los lineamientos otorgados por la FNE en su “Guía de Remedios”, las medidas podrán ser ofrecidas en cualquier momento del procedimiento, hasta antes del vencimiento de los plazos establecidos para la Fase II, mediante un escrito que detalle las medidas de mitigación propuestas, la forma en la que se pretenden implementar y los plazos pretendidos para ello, así como también elementos que permitan a la Fiscalía realizar el “análisis de

efectividad, factibilidad y proporcionalidad” (5).

Como aspectos generales, la Guía de la FNE sigue el modelo utilizado por la Unión Europea según el cual las propuestas de medidas de mitigación son de iniciativa exclusiva de las partes y su actuar deberá demostrar buena fe, celeridad, ser de manera coordinada entre sí y colaborativa con la FNE. Además de aquello, la presentación de medidas de mitigación conlleva lo siguiente:

- Estándar para aceptarlas varía dependiendo de la fase: En Fase I, solo podrán ser aceptadas cuando los riesgos resulten fácilmente identificables y los remedios sean suficientemente comprensivos y claros para asegurar a la FNE que abordan adecuadamente todos los posibles problemas de competencia planteados por la operación.
- Suspensión de plazos como consecuencia de la presentación de medidas.

Finalmente, si tras el análisis, la FNE dicta una resolución aprobatoria, ello querrá decir que se ha llegado a la convicción de que las medidas de mitigación ofrecidas son suficientes para que la operación no sea apta para reducir sustancialmente la competencia. Luego las medidas aprobadas serán:

- Vinculantes para las partes; y
- En caso de incumplimiento, se dará aplicación a las sanciones contempladas en el artículo 26 del DL 211.

5. TRATAMIENTO DE LOS REMEDIOS EN EL MUNDO

5.1. Unión Europea.

Cuando se trata de medidas de mitigación,

la regulación de la Unión Europea es bastante similar a la nuestra. En primer lugar, al igual que en Chile, los remedios solo pueden ser propuestos por las partes y ello se encuentra expresamente establecido en la Comunicación de la Comisión, relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) n° 802/2004, la cual dice: “La Comisión no está en situación de imponer unilateralmente ninguna condición a una decisión de autorización, excepto únicamente sobre la base de los compromisos de las partes”. (6)

Por otra parte, y al igual que el modelo utilizado en nuestro país, cuando una operación de concentración ha sido aprobada con condición de cumplir con los remedios propuestos, la Comisión tiene el deber de supervisar aquel cumplimiento.

Link de descarga:

https://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/files/remedies/remedies_notice_es.pdf

5.2. Estados Unidos.

Los remedios y su tratamiento se encuentran en el “Merger Remedies Manual” de septiembre del año 2020, de la División Antimonopolios del Departamento de Justicia. En aquel documento se explicita la idea de que los remedios no deberían implicar una regulación continua del mercado por parte del Estado. Por lo mismo, la Guía expresa su falta de preferencia por aquellos remedios de carácter conductual, ya que se podría restringir el comportamiento pro-competitivo de los agentes económicos.

Otra gran novedad de aquel Manual es que se creó la Oficina de Ejecución y Cumplimiento de Decretos (“ODEC”), la que estará encargada de supervisar el cumplimiento de las medidas aprobadas y su efectividad.

5 Fiscalía Nacional Económica (2017), “Guía de Remedios”, p. 6.

6 Comisión Europea, Comunicación de la Comisión, relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) n° 802/2004 de la Comisión, p. 28.

Link de descarga:

<https://www.justice.gov/atr/page/file/1312416/download>

5.3. Perú.

El 14 de junio del 2021 entró en vigencia la Ley N° 31.112, que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial en Perú. Dicha normativa denota una regulación en materia de remedios o “condiciones”, como se les denomina en nuestro país vecino, algo diferente a la nuestra. Las razones son las siguientes: en primer término, las condiciones pueden ser dictaminadas por la autoridad de competencia o propuestas por las partes. Ello se desprende de la lectura del artículo 7 de la referida ley, el cual establece que *“Si en el procedimiento de control previo se determina que la operación de concentración empresarial podría generar una restricción significativa de la competencia, la Comisión puede realizar las siguientes acciones: Autorizar la operación con condiciones destinadas a evitar o mitigar los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial. Dichas condiciones pueden basarse en los compromisos ofrecidos por los agentes económicos (...)”*. (7)

En segundo lugar, tras la aprobación de una operación de concentración sujeta al cumplimiento de medidas de mitigación, la autoridad establecerá un plazo para revisarla, lo que según el artículo 9 del mismo cuerpo legal, implica que *“la autoridad determina si resulta pertinente mantenerla, dejarla sin efecto o modificarla. Si decide mantenerla o modificarla, establece un nuevo plazo para su revisión”*. (8) Esta figura es distinta a la existente en Chile, ya que la “revisión” de la medida implica la posibilidad de dejarla sin efecto o modificarla, mientras que en la “supervisión” o “monitoreo” del cumplimiento, solo implica la verificación

del cumplimiento efectivo del remedio propuesto por los notificantes.

Link de descarga

<https://busquedas.elperuano.pe/normas-legales/ley-que-establece-el-controlprevio-de-operaciones-de-concen-ley-n31112-1917847-1/>

5.4. Brasil.

La autoridad de Competencia de Brasil (“CADE”), en su “Guía de Remedios Antimonopolio”, dejan ver que siguen un modelo similar al de Perú o del Reino Unido. En primer lugar, los remedios pueden ser determinados e impuestos unilateralmente por las autoridades o propuestos por las partes, en cuyo caso se dará paso a una negociación entre las partes y el CADE.

En segundo lugar, de acuerdo a la Guía de Remedios de Brasil, tras la firma de un Acuerdo de Control de Fusiones, y bajo circunstancias excepcionales fundadas, las partes podrían solicitar a la autoridad eliminar, cambiar o reemplazar las obligaciones contraídas. En cuyo caso, las modificaciones requerirán aprobación judicial. Esta figura resulta diferente al modelo utilizado en Chile, ya que, como se explicó anteriormente, se da la posibilidad de “revisar” las medidas de mitigación impuestas, en vez de limitarse a un mero “monitoreo” de su cumplimiento.

Link de descarga:

<http://en.cade.gov.br/topics/publication/s/guidelines/GuiadeRemdiosAntitrusteEN.pdf>

7 Artículo 7 de la Ley 31.112.

8 Artículo 9 de la Ley 31.112.

REFERENCIAS

CADE (2018), “Guía Remédios Antitruste”.

Comisión Europea, Comunicación de la Comisión, relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) n° 802/2004 de la Comisión (2008).

Decreto Ley 211 <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=236106>

Fiscalía Nacional Económica (2017), “Guía de Remedios”.

Ley N° 31.112 Que establece el control previo de Operaciones de Concentración Empresarial.

US Antitrust Department of Justice (2020, “Merger Remedies Manual”.