



PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DE CHILE

# Operaciones de Concentración

Unión Europea, Estados  
Unidos, Perú y Chile

PROGRAMA UC | LIBRE COMPETENCIA

LIBRE COMPETENCIA  
EN POCAS  
PALABRAS  
Nº 1/ Abril 2021

## Operaciones de Concentración. Unión Europea, Estados Unidos, Perú y Chile<sup>1</sup>

### 1. ¿QUÉ DEBEMOS SABER SOBRE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN?

En términos generales, las operaciones de concentración (“OC”) consisten en hechos, actos o convenciones a través de los cuales dos o más agentes económicos previamente independientes pasan a formar parte de un mismo control. Estos hechos, actos o convenciones pueden presentar múltiples formas, tales como fusiones societarias, adquisiciones de acciones, derechos o activos, *joint ventures*, etc.

La gran mayoría de los países que tienen legislación de competencia cuentan con una regulación especializada para el control preventivo de los potenciales efectos anticompetitivos de una OC.<sup>2</sup>

Las OC se enmarcan en el ejercicio de la libertad de contratación y derecho de propiedad de los agentes económicos en los mercados. En términos generales, el control de las OC opera *ex ante* y no *ex post* a su perfeccionamiento, usualmente en base a un sistema de notificación en que las partes de una OC presentan el proyecto ante una autoridad especializada que la conoce, analiza y eventualmente aprueba. En algunos países, dicha notificación se torna obligatoria en caso de que la OC alcance ciertos umbrales de ventas predefinidos.

La tarea de los sistemas de control de OC es intentar predecir sus efectos en los respectivos mercados donde toman lugar. Estos efectos pueden clasificarse en: (i) anticompetitivos o (ii) pro-competitivos. A su vez, los efectos anticompetitivos pueden ser: (i) Unilaterales o (ii) Coordinados.

Los efectos unilaterales se configuran cuando la OC tiene por resultado la creación de un agente económico con alto poder de mercado. Esto podría ocurrir si en virtud de una OC un agente económico una posición tal que podría excluir a

sus competidores o explotar sus ventajas en desmedro del bienestar económico.

Los efectos coordinados se configuran cuando la OC afecta las condiciones estructurales del respectivo mercado de un modo tal que aumenta la probabilidad de una interacción no competitiva entre los agentes económicos que operan en él. Esto puede ocurrir especialmente en mercados oligopólicos o altamente concentrados.

Por su parte, los efectos pro-competitivos corresponden a las eficiencias que los agentes económicos pueden alcanzar en virtud de una OC. Estas eficiencias pueden consistir en economías de escala o de ámbito, sinergias en materia de investigación y desarrollo, eliminación de la denominada doble marginalización, entre otros.

Las OC se pueden clasificar en (i) horizontales (entre competidores), (ii) verticales (entre agentes económicos ubicados en distintos niveles de una misma cadena productiva) y (iii) de conglomerado (entre agentes económicos de mercados diferentes pero relacionados).

Junto con aprobar o rechazar una OC, las autoridades de competencia también pueden exigir medidas para eliminar o mitigar sus efectos anticompetitivos. Estas medidas pueden ser ofrecidas por las mismas partes y se clasifican en estructurales (*v.gr.*, desinversión) o conductuales (*v.gr.*, deber de garantizar el acceso a un activo indispensable).

### 2. ¿QUÉ SABEMOS SOBRE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EN EL MUNDO?

A continuación se revisarán brevemente los sistemas de control de OC existentes en la Unión Europea, Estados Unidos, Perú y Chile, destacando sus aspectos sustantivos y/o procedimentales.

#### 2.1. Unión Europea

En la Unión Europea (“UE”) las OC se encuentran reguladas en el [Reglamento Comunitario de Concentraciones](#) del año 2004 (“Reglamento”).<sup>3</sup> Su art. 3.1 establece que tiene lugar una

<sup>1</sup> Documento elaborado por el Programa UC | Libre Competencia, con la colaboración de Pablo Infante Riba y Juan Pablo Iglesias Mujica.

<sup>2</sup> De acuerdo a Whish y Bailey, en el año 2015, de los 130 países con derecho de la competencia, 110 contaban con una regulación de OC (Whish y Bailey, 2015, p. 832).

<sup>3</sup> Reglamento (CE) N°139/2004.

concentración cuando existe “*un cambio duradero del control como consecuencia de: a) la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes, o b) la adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias empresas*”.

Además, la Comisión Europea (“**Comisión**”) ha publicado directrices sobre OC [horizontales](#) y [no horizontales](#) (es decir, OC verticales y de conglomerado).

Un aspecto particular del sistema de control de OC de la UE es la división de competencias entre la Comisión y las autoridades de competencia de los países miembros. La primera sólo revisa aquellas OC que tengan una ‘dimensión comunitaria’, aspecto fijado en base a los volúmenes de negocios a nivel internacional y europeo (art. 1 del Reglamento), consistiendo así en un sistema de ‘ventanilla única’ para los agentes económicos que participen en los mercados de la UE y satisfagan estos requisitos.

Las OC que tengan una dimensión comunitaria deben ser notificadas a la Comisión para su posterior aprobación. Esta rechazará la OC si ella es “*susceptible de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común*” (art. 2.2 del Reglamento). Esta decisión puede ser impugnada ante el Tribunal de Justicia de la UE.

Respecto a los *joint ventures*, el Reglamento los trata como OC en la medida que estos “*desempeñen de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma*” (art. 3.4 del Reglamento).

Otro aspecto interesante del sistema de control de la UE es el estándar para considerar cuándo una OC puede obstaculizar de forma significativa la competencia: cuando crea o refuerza una

“*posición dominante colectiva*”, dado que ello “*aumenta la probabilidad de que las empresas puedan coordinar su comportamiento y subir los precios, incluso sin necesidad de concluir un acuerdo o de recurrir a una práctica concertada*”.<sup>4</sup>

## 2.2. Estados Unidos

La sección 7 de la *Clayton Antitrust Act* de Estados Unidos, dictada en 1914, establece en términos generales que ninguna persona involucrada en el comercio puede adquirir acciones u otros activos de otra persona si “*los efectos de tal adquisición reducen sustancialmente la competencia o tienden a crear un monopolio*”.<sup>5</sup>

Si la Comisión de Comercio Federal (“**FTC**”, por sus siglas en inglés), o la división especializada en derecho de la competencia del Departamento de Justicia del gobierno (“**DOJ**”, por sus siglas en inglés) estiman que una OC reduce la competencia, deben presentar una acción judicial ante una corte de distrito federal solicitando su bloqueo. A su vez, la decisión de esta corte puede ser apelada ante la Corte de Apelaciones del respectivo distrito y luego –aunque no es muy frecuente– puede ser impugnada ante la Corte Suprema de Estados Unidos.

La FTC, en conjunto con el DOJ, han publicado guías en materia de OC [horizontales](#) (“**Guía HM**”, por sus siglas en inglés)<sup>6</sup> y [verticales](#), así como también en materia de [notificaciones pre-OC en base a umbrales de volúmenes de negocios](#).

Como es usual, el enfoque principal recae sobre las OC horizontales. La Guía HM establece como principio básico que no se debe permitir que las OC “*creen, incrementen o afiancen el poder de mercado, o que faciliten su ejercicio*”.<sup>7</sup> Asimismo, la guía reconoce que el incremento del poder de mercado puede generar efectos unilaterales y efectos de coordinación.

Luego, la Guía HM establece recomendaciones en materia de tipos y fuentes de pruebas, en consideración a su capacidad para predecir el

<sup>4</sup> Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales, 2004/C 31/03, párrafo 39.

<sup>5</sup> Traducción libre del original: “*the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly*”.

<sup>6</sup> FTC y DOJ, *Horizontal Merger Guidelines*, 2010.

<sup>7</sup> Guía HM, p. 2.

escenario post OC (*v.gr.*, pruebas de efectos actuales y pruebas de comparación).

En materia de concentración de mercado, la Guía HM utiliza el índice HHI como herramienta de análisis. Así, las OC que resulten en un nivel de concentración post OC de tipo ‘moderado’ (1.500 - 2.500 HHI) y con un delta HHI<sup>8</sup> mayor a 100, merecen un escrutinio significativo por parte de la autoridad. Por otro lado, respecto a las OC que resulten en un nivel de concentración de tipo ‘alto’ (más de 2.500 HHI) con un delta HHI mayor a 200, se presume –de manera refutable– que incrementarían el poder de mercado.<sup>9</sup>

Como otros aspectos a destacar, la Guía HM también analiza los efectos unilaterales de las OC en materia de innovación. Por ejemplo, si una de las firmas objeto de la OC se encontraba desarrollando un nuevo producto para competir con el de la otra firma objeto de la OC, la OC podría reducir los incentivos para continuar con los esfuerzos de innovación.<sup>10</sup>

Finalmente, otro aspecto interesante de la Guía HM es la adopción de la defensa de la empresa en crisis (*failing firm*). La guía establece que es improbable que una OC que involucre a una empresa en crisis incremente el poder de mercado, en la medida en que se cumplan ciertos requisitos asociados a la insolvencia calificada y buena fe de la empresa en cuestión.<sup>11</sup> Como se ha señalado en la doctrina, en estos casos la autoridad debería comparar el escenario post OC, con el escenario pre OC, pero considerando en este último caso que la empresa en crisis ya salió del mercado.<sup>12</sup>

### 2.3. Perú

El 7 de enero de 2021 se promulgó en Perú la [Ley N° 31.112](#) que establece el control previo de OC. Dicha ley estableció por primera vez en Perú un régimen general de control previo de OC (anteriormente solo existía un control de OC en el sector eléctrico).

El artículo 5 de esta ley define lo que se entiende por OC: “*Es todo acto u operación que implique una transferencia o cambio en el control de una empresa o parte de ella. Dichas concentraciones pueden producirse a consecuencia de las siguientes operaciones:*

- a. *Una fusión de dos o más agentes económicos, los cuales eran independientes antes de la operación (...).*
- b. *La adquisición por parte de uno o más agentes económicos, directa o indirectamente, de derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, ejercer el control sobre la totalidad o parte de uno o varios agentes económicos.*
- c. *La constitución por dos o más agentes económicos independientes entre sí de una empresa en común, joint venture o cualquier otra modalidad contractual análoga (...)*
- d. *La adquisición por un agente económico del control directo o indirecto, por cualquier medio, de activos productivos operativos de otro u otros agentes económicos”.*

Las OC que deben notificarse en forma previa y obligatoria al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (“**Indecopi**”) son aquellas que cumplen con los siguientes requisitos copulativos: **(i)** que impliquen un cambio de control permanente (ejercicio de influencia decisiva y continua en un agente económico); **(ii)** que tengan efectos en Perú (nexo geográfico); y **(iii)** que alcancen o superen los umbrales legales.

El artículo 6 de la ley fija los umbrales que deben concurrir copulativamente: **(i)** el valor de las ventas o de los ingresos brutos anuales o del valor de activos del ejercicio fiscal anterior de todas las empresas involucradas en la operación, producidas en Perú, sea igual o mayor a aproximadamente US\$ 144 millones; y **(ii)** el valor de las ventas o de los ingresos brutos anuales o del valor de activos del ejercicio fiscal anterior de al menos dos empresas involucradas en la operación, producidas en Perú, sea igual o mayor a aproximadamente US\$ 22 millones.

<sup>8</sup> El ‘delta HHI’ corresponde a la diferencia entre el índice HHI antes y después de la OC.

<sup>9</sup> Guía HM, p. 19. Estos umbrales del índice HHI difieren de los establecidos en las directrices de control de concentraciones

horizontales de la UE (ver párrafos 19-20, Directrices sobre la evaluación de concentraciones horizontales, 2004/C 31/03).

<sup>10</sup> Guía HM, p. 23.

<sup>11</sup> Guía HM, p. 32.

<sup>12</sup> Motta, M. (2015), pp. 237-238.

El procedimiento administrativo de control de OC es llevado a cabo por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi. Si la Comisión determina que la OC no plantea un alto riesgo contra la libre competencia, el procedimiento concluye en primera fase, en un plazo máximo de 30 días hábiles. De lo contrario, se da inicio a la segunda fase, que tiene un plazo máximo de 90 días hábiles, prorrogables por 30 días hábiles adicionales.

Asimismo, la ley contempla la posibilidad de que el Indecopi evalúe de oficio una OC que no supere los umbrales establecidos, en ciertos casos que existan indicios razonables para considerar que la OC puede generar una posición de dominio o afectar la competencia efectiva en el mercado relevante. Esta facultad del Indecopi no tiene un plazo fijo asociado.

El estándar de decisión es amplio y está orientado a evitar una “restricción significativa de la competencia”.

La Comisión podrá tomar tres decisiones: **(i)** aprobar la OC sin condiciones; **(ii)** aprobar la OC con condiciones; **(iii)** rechazar la OC. Existe la posibilidad de apelar esta decisión ante el Tribunal del Indecopi, que resuelve en segunda y última instancia.

#### 2.4. Chile

La defensa de la libre competencia en Chile se regula en el [Decreto Ley N° 211 de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción \(“DL 211”\)](#).

Una de las modificaciones más relevantes al DL 211 se produjo con la publicación de la ley 20.945 del año 2016. Esta ley introdujo un nuevo Título IV al DL 211, denominado “*De Las Operaciones de Concentración*”, que en esencia estableció un nuevo y sistematizado régimen de control de OC.

<sup>13</sup> DL 211, artículo 48: “(...) a) *Que la suma de las ventas en Chile de los agentes económicos que proyectan concentrarse haya alcanzado, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifique la notificación, montos iguales o superiores al umbral establecido mediante resolución dictada por el Fiscal Nacional Económico.* b) *Que en Chile, por separado, al menos dos de los agentes económicos que proyectan concentrarse hayan generado ventas, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifique la notificación, por*

En términos generales, el régimen de control de OC establece un sistema de control *ex ante* de carácter administrativo ante la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”), con la posibilidad de revisión judicial ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) y, eventualmente, también ante la Corte Suprema.

El artículo 47 del DL 211 define el concepto de ‘operación de concentración’ como “*todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos que no formen parte de un mismo grupo empresarial y que sean previamente independientes entre sí, cesen en su independencia en cualquier ámbito de sus actividades mediante alguna de las siguientes vías:*

- a) *Fusionándose, cualquiera que sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión.*
- b) *Adquiriendo, uno o más de ellos, directa o indirectamente, derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, influir decisivamente en la administración de otro.*
- c) *Asociándose bajo cualquier modalidad para conformar un agente económico independiente, distinto de ellos, que desempeñe sus funciones de forma permanente.*
- d) *Adquiriendo, uno o más de ellos, el control sobre los activos de otro a cualquier título.”*

Las partes de una OC deberán notificarla de forma obligatoria a la FNE cuando se cumplan los siguientes supuestos:

- (i)** debe tratarse de una OC en los términos del artículo 47 del DL 211; y,
- (ii)** la operación debe alcanzar o superar los umbrales copulativos de ventas establecidos en el artículo 48 del DL 211.<sup>13</sup> Dichos umbrales están fijados desde el 25 de marzo de 2019 en la [Resolución Exenta N° 157 de la FNE](#).<sup>14</sup>

*montos iguales o superiores al umbral establecido mediante resolución dictada por el Fiscal Nacional Económico.”*

<sup>14</sup> Las operaciones de concentración que no alcancen los umbrales establecidos en el artículo 48 del DL 211 podrán igualmente ser notificadas voluntariamente a la FNE previo a su perfeccionamiento. Estas notificaciones realizadas de forma voluntaria se sujetarán a las mismas reglas que las obligatorias. Ahora bien, sin perjuicio de que el régimen de control de

Es importante tener presente que las partes que notifican una OC a la FNE no podrán perfeccionarla antes de que se encuentre firme la resolución o sentencia que dé término al procedimiento respectivo.

Para determinar cuándo estamos en presencia de una OC, la [Guía de Competencia](#) se encarga de explicitar los criterios y lineamientos para determinar cuáles son los hechos, actos o convenciones que califican como OC en los términos del artículo 47 del DL 211.

Para determinar si las partes de una operación superan o no los umbrales copulativos de ventas, se deberá tomar en cuenta la naturaleza de la operación y, por tanto, qué hipótesis del artículo 47 del DL 211 aplica. Es así como el artículo 48 detalla, dependiendo del literal del artículo 47 que corresponda, las entidades del grupo empresarial de cada parte que deberán ser consideradas al momento de calcular si se alcanzan los umbrales de ventas.<sup>15</sup>

Asimismo, la FNE también ha buscado otorgar mayor certeza a los agentes económicos en cuanto a los elementos que deben tener en cuenta a la hora de calcular dichas ventas, para lo cual ha publicado la [Guía Práctica para la Aplicación de Umbrales de Notificación de Operaciones de Concentración en Chile](#).

Los artículos 54 y 57 del DL 211 consagran el estándar de análisis que efectúa la FNE al controlar las OC que se le notifican. En efecto, el artículo 54 establece que la FNE podrá extender su investigación en caso de considerar que la operación “*puede reducir sustancialmente la competencia*” y el artículo 57 dispone que la FNE prohibirá la operación cuando aquella cuente con “*aptitud para reducir sustancialmente la competencia*”.

---

operaciones de concentración es uno que funciona esencialmente de forma preventiva (*ex ante*), excepcionalmente y por un periodo de tiempo limitado, la FNE puede revisar una operación de concentración de manera *ex post* (es decir, después de que la misma haya sido perfeccionada). Para ello resulta necesario que se cumplan los supuestos establecidos en el inciso noveno del artículo 48 del DL 211.

<sup>15</sup> DL 211, artículo 48, inciso segundo: “i. *Tratándose de las hipótesis contempladas en las letras a) y c) del artículo 47, se sumarán las ventas en Chile de los agentes económicos que se fusionan o que se*

No obstante lo anterior, y durante el curso de la investigación, las partes notificantes siempre tendrán derecho a ofrecer a la FNE las medidas que estimen aptas para mitigar los riesgos que la operación pudiese producir, sin que ello implique el reconocimiento de riesgo alguno (DL 211, artículo 53, inciso tercero).

### 3. CASOS IMPORTANTES DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN.

#### 3.1. UE: Caso Siemens / Alstom (2019)

La Comisión Europea rechazó la adquisición de Alstom SA por parte de Siemens AG, ambas vinculadas al mercado de transporte por tren. La discusión estuvo en parte marcada por la intención de las compañías de crear un ‘campeón europeo’ para enfrentar la posible entrada de compañías chinas en Europa. Ver decisión [aquí](#).

#### 3.2. Estados Unidos: AT&T / Time Warner (2018)

La corte federal del distrito de Columbia rechazó la acción interpuesta por el DOJ para bloquear la OC de naturaleza vertical entre AT&T Inc. (activo en el mercado de distribución de contenido televisivo) y Time Warner Inc. (activo en el mercado de creación y programación de contenido televisivo). Un aspecto interesante de la decisión fue la consideración de los cambios tecnológicos que ocurrieron en el mercado por la entrada de las plataformas digitales de *streaming* (v.gr., Netflix, Amazon, etc.). Ver decisión de la Corte [aquí](#).

#### 3.3. Perú

Dado que la ley que creó el sistema de control obligatorio de OC en Perú es de reciente data (7 de enero de 2021), a la fecha no existe un desarrollado acabado de casos en donde se hayan

*asocian, y las de sus respectivos grupos empresariales. ii. Tratándose de la hipótesis contemplada en la letra b) del artículo 47, se sumarán las ventas en Chile del agente económico que adquiere la influencia decisiva, las de todo su grupo empresarial y las del o de los agentes económicos adquiridos. iii. Tratándose de la hipótesis contemplada en la letra d) del artículo 47, se sumarán las ventas en Chile del o de los agentes económicos adquirentes, las de sus respectivos grupos empresariales, y aquellas generadas con los activos adquiridos.”*

analizado los efectos de una OC. En este sentido se pronunció la presidenta del Consejo Directivo del Indecopi, Hania Pérez de Cuéllar, [indicando](#) que “de haberse aprobado una ley de este tipo en el pasado se hubiera podido revisar operaciones ocurridas en mercados que hoy están altamente concentrados como el mercado del oxígeno, por ejemplo”.

#### **3.4. Chile: Ideal / Nutrabien**

Se trata del único caso de control de OC que, luego de la entrada en vigencia de la nueva legislación sobre control obligatorio de operaciones de concentración, fue llevado al conocimiento del TDLC luego que la FNE rechazará la operación. En síntesis, el TDLC resolvió acoger el recurso de revisión especial deducido por Ideal S.A., Foods Compañía Alimentos CCU S.A. y CCU Inversiones S.A., en contra de la resolución de la FNE. Así, el TDLC revocó la resolución de la FNE y autorizó la operación consistente en la adquisición, por parte de Ideal S.A., filial chilena de la sociedad mexicana Grupo Bimbo S.A.B. de C.V., de la totalidad de las acciones de Nutrabien, actualmente de propiedad de Foods Compañía Alimentos CCU S.A. y CCU Inversiones S.A., empresa dedicada a la fabricación, distribución y venta de bizcochos, galletas y productos horneados, comercializados bajo las marcas Nutrabien y Sweetlife. La operación fue aprobada con medidas de mitigación. Ver decisión del TDLC [aquí](#).

#### **3.5. Chile: State Grid / CGE (2021)**

El 31 de marzo de 2021 la FNE aprobó la OC entre State Grid International Development Limited (vinculada a la República Popular China), CGE Magallanes S.A. y Naturgy Inversiones Internacionales S.A. El informe emitido por la División de Fusiones de la FNE contiene aspectos de sumo interés, como el reconocimiento de que el sistema de control de OC chileno excluye consideraciones de interés nacional o público (v.gr., estrategia geopolítica) ajenos a la libre competencia. Ver informe de la División de Fusiones y resolución de aprobación de la FNE [aquí](#).

#### **Referencias**

1. Whish, R., Bailey, D. (2015). *Competition Law*, Oxford University Press, 9th ed.
2. Motta, M. (2009). *Competition Policy*, Cambridge University Press, 12th ed.