

COMENTARIOS "GUÍA PARA EL ANÁLISIS DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN  
FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA" ("GUÍA")

Nicole Nehme Zalaquett

22 de junio de 2006

---

## Estructura presentación

---

### I. CONCENTRACIONES Y FUSIONES

### II. SITUACIÓN ACTUAL EN CHILE

### III. GUÍA DE FUSIONES. TEMAS RELEVANTES

#### A. Procedimiento

1. Reserva del procedimiento
2. Emisión de acto administrativo decisorio final
3. Valor y procedimiento de puesta en conocimiento voluntaria de antecedentes de fusión ante FNE
4. Fusiones internacionales
5. Posibilidad de negociación y coordinación en el trabajo empresas-FNE

#### B. Criterios para el análisis de operaciones de concentración

1. Definición de Operación de Concentración
  - Noción de control. Precisiones
  - Ámbito de aplicación. Conceptualización de operaciones de concentración
  - Control exclusivo y control común
2. Mercado relevante ("MR")
  - Objetivo de definición de MR
  - Sustituibilidad de la oferta
3. Entrada al mercado
  - Requisitos entrada
  - Barreras de entrada y costos de entrada
  - Instalaciones esenciales

---

## Estructura presentación

---

- I. CONCENTRACIONES Y FUSIONES
- II. SITUACIÓN ACTUAL EN CHILE
- III. GUÍA DE FUSIONES. TEMAS RELEVANTES
  - A. Procedimiento
  - B. Criterios para el análisis de operaciones de concentración
    - 4. Participaciones de mercado y concentración (índices y umbrales)
    - 5. Análisis de potenciales efectos de una operación de concentración
      - Buscando sistematicidad en los conceptos
      - Test de obstáculo significativo para competencia efectiva
      - Ejercicio de poder de mercado
    - 6. Eficiencias. Carga de la prueba

---

## Concentraciones y Fusiones (1)

---

### I. CONCENTRACIONES Y FUSIONES

- Modificación de la estructura y/o control de empresas implicadas: a nivel de propiedad, gestión, dirección
- **Concentración** concepto más amplio que el de fusión: independencia jurídica no se cuestiona, pero hay control común / sociedades del grupo no actúan según interés propio sino interés del conjunto del grupo
- **Fusión** forma más acabada de concentración. Completa desaparición de un sujeto en lo jurídico y económico.

---

## Situación actual en Chile (1)

---

### II. SITUACIÓN ACTUAL EN CHILE

- No existe regulación expresa de fusiones y concentraciones. Materia discutida en historia de la ley. Se evitó regulación expresa a priori por (i) dificultad de fijar criterio; (ii) desincentivo a actividad económica
- No existe sistema obligatorio y predeterminado de control de operaciones de concentración por el TDLC. Hasta antes de la Guía, se entregaba control a discrecionalidad de las partes y la autoridad
- Sin embargo, el TDLC ya ha expresado que pueden someterse a su consideración sobre base procedimiento no contencioso (art. 18): Telefónica/BellSouth. También cabe procedimiento contencioso iniciado por demanda
- Art. 3 inc. 1°: “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 17 K, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que puedan disponerse en cada caso.”

---

## Situación actual en Chile (2)

---

- **Ventajas de solicitar voluntariamente autorización previa del TDLC:**
  - ✓ Ausencia de responsabilidad ulterior por los mismos hechos
  - ✓ Imposibilidad de procedimientos paralelos
  - ✓ Intangibilidad de decisión aprobatoria del TDLC (fallo C. Suprema 2005, se limita a revisar condiciones impuestas por TDLC)
  - ✓ No aplicación multas
  
- **Guía de Fusiones Ilena vacío.** Define criterios relevantes para análisis de operaciones de concentración. Otras ventajas.

---

## Temas relevantes Guía de Fusiones FNE (1)

---

### III. TEMAS RELEVANTES GUÍA DE FUSIONES

#### A. PROCEDIMIENTO

##### 1. Reserva procedimiento

- Contradictorio con espíritu transparencia Guía de Fusiones
- Reserva limitada a información estratégica calificada por empresas (art. 42 DL 211)
- Consistencia con entorno constitucional y reglamentario [1]
- Jurisprudencia reciente TDLC. Mayo 2006. Requerimiento Isapres

##### 2. Emisión de acto administrativo final

- Guía no señala si procedimiento administrativo concluye en acto administrativo que dé cuenta de opinión fundada de la FNE
- Necesidad de certeza

---

## Temas relevantes Guía de Fusiones FNE (2)

---

3. **Valor y procedimiento de puesta en conocimiento voluntaria de antecedentes de fusión ante FNE**
  - Necesario precisar procedimiento, valor de opinión final de la FNE y posibilidad de que el informe que evacue la FNE ante el TDLC sea divergente con opinión entregada en procedimiento administrativo ante la misma FNE
  
4. **Fusiones internacionales**
  - Precisar procedimiento (cooperación con otras autoridades, mecanismos de evaluación de efectos económicos de la operación, etc.)
  
5. **Suspensión del procedimiento por la FNE**
  - Guía de Fusiones permite a la FNE suspender plazo para evacuar análisis de fusiones cuando se requieren antecedentes complementarios
  - Recomendable limitar hipótesis de suspensión a antecedentes esenciales
  
6. **Posibilidad de negociación y coordinación de trabajo [2]**
  - No se asume posibilidad de “conflictos negociados”
  - Regulación comparada contempla instancia para modificación condiciones de la operación por empresas (presentación de compromisos que deben cumplirse en plazo reducido)
  - Efectos: fortalece atribuciones FNE sin afectar rol fiscalizador, flexibilidad procedimiento, aumenta eficiencia, reduce costos transacción



---

## Criterios para el análisis de operaciones de concentración (1)

---

### A. Definición de operación de concentración

#### 1. Noción de control. Precisiones

- Concepto ambiguo en la Guía. Alusión a control “total o significativo”
- Regulación comparada define control en función de “posibilidad de ejercer una influencia decisiva” (Reglamento (CE) N°139/2004 sobre Control de Concentraciones de Empresas)
- Influencia decisiva implica cambio de control y/o estructura de empresa. Influencia en política comercial, decisiones fundamentales estratégicas y comportamiento competitivo en el mercado relevante

#### 2. Ámbito de aplicación. Conceptualización operaciones concentración

- La Guía no define concentración ni tampoco forma de adquisición de control
- Regulación comparada: cambio duradero del control como consecuencia de (i) fusión de dos o más empresas antes independientes; (ii) toma de participaciones en el capital, compra de activos o contratos que permiten influir decisivamente sobre las tomas de decisión de la empresa [3]

---

## Temas relevantes Guía de Fusiones FNE (2)

---

### 3. Control exclusivo y control común

- Distinción en base a número de empresas que adquieren control.
- Guía regula primera hipótesis, excluyendo supuesto de control común (*joint ventures*)
- Regulación europea califica control común o “empresas en participación” como operación de concentración [4]
- En la regulación de los Estados Unidos, el control conjunto existe cuando una compañía debe manifestar su acuerdo para que otra adopte decisiones claves, ya sea por la estructura societaria de ambas, las mayorías pactadas en materias de administración, la estipulación de vetos, etc.
- Importante llenar el vacío

---

## Temas relevantes Guía de Fusiones FNE (3)

---

### B. El Mercado Relevante.

#### 1. Definición MR

- Doble dimensión MR producto y geográfico
- Guía asume relevancia de definición de MR para identificar compradores que potencialmente enfrentarían poder de mercado. Sin embargo un objetivo esencial de la definición es identificar a competidores de empresas involucradas que tengan capacidad de restringir su comportamiento y evitar que actúen con independencia de presión competitiva efectiva
- Guía define MR del producto en función de sustituibilidad demanda. Debiera considerarse elemento adicional para delimitar MR producto: sustituibilidad oferta [5]. Relevante en cuanto otros proveedores pueden destinar en el corto plazo parte de su producción a servir el mercado sin incurrir en costos sustanciales, en respuesta a pequeños y no transitorios cambios en el precio

---

## Temas relevantes Guía de Fusiones FNE (4)

---

### C. Entrada al mercado de competidores

- ✓ La entrada de competidores - además de probable- debe ser “pronta” y de “alcance suficiente”
- ✓ Relevante precisión conceptual entre costos de entrada y barreras de entrada (ej. Carlton W. D. y Perloff J., 2000)
- ✓ ¿Omisión de referencia a instalaciones esenciales?

---

## Temas relevantes Guía de Fusiones FNE (5)

---

### D. Participaciones de mercado y concentración

- **Cálculo de participación de mercado.**
  - ✓ Adecuado no adoptar como regla imperativa índice Herfindahl-Hirschman [7]
  
- **Umbral de concentración y participación de mercado**
  - ✓ Guía de Fusiones: No se cuestionará fusión si participación de mercado de empresas resultante es  $< 35\%$ .
  - ✓ No se funda razonabilidad de estándares. No se consideran particularidades de cada industria
  - ✓ Regulación comparada: cuota de mercado considerable ( $> 50\%$ ) puede constituir presunción de posición dominante, pero no es el único factor relevante a considerar y es evidentemente dependiente de estructura del mercado [8]

---

## Temas relevantes Guía de Fusiones FNE (6)

---

### E. Análisis de potenciales efectos de una operación de concentración

- Falta sistematicidad en la Guía (abuso posición dominante, posible colusión, eliminación o restricción sustancial de competencia)
- Ejercicio poder de mercado: no sólo alza de precios
- Un posible test de efectos
  - ✓ UE realiza test sustantivo para determinar efectos anticompetitivos.
  - ✓ Así, se pretende evitar que las operaciones de concentración creen o reafirmen una posición dominante que entorpezca de forma significativa la competencia efectiva (“obstáculo significativo para la competencia efectiva”)
  - ✓ Efectos no coordinados se definen como eliminación de “gran parte de la presión competitiva sobre una o varias empresas, que en consecuencia dispondrán de un poder de mercado incrementado sin tener que recurrir a un comportamiento coordinado”
  - ✓ Efectos coordinados se definen como un cambio en “la naturaleza de la competencia de tal manera que resulte mucho más probable que empresas que previamente no coordinaban su comportamiento pasen a coordinarse y a subir sus precios o a perjudicar por otros medios la competencia efectiva. Una concentración también puede facilitar o hacer más estable o efectiva la coordinación entre empresas que ya se coordinaban antes de la concentración” [9]

---

## Temas relevantes Guía de Fusiones FNE (7)

---

### F. Poder de contrapeso

- La Guía se refiere al poder de mercado de la demanda
- Precisar que el poder de negociación de la demanda contrarrestaría los efectos negativos de la operación de concentración sólo en la medida que el poder de negociación se mantenga incólume después de que la operación de concentración se materialice

---

## Temas relevantes Guía de Fusiones FNE (8)

---

### G. Eficiencias. Carga de la prueba

- La Guía sostiene tajantemente que la carga de la prueba de ganancias en eficiencias corresponde a empresas interesadas: *“las partes involucradas deberán demostrar la naturaleza, magnitud y probabilidades de ganancias de eficiencias y si tales ganancias son mayores que los efectos anticompetitivos”*
- La imposición a las partes involucradas de la carga de la prueba de la eficiencia supone que FNE asume que, en ausencia de la tal prueba, no estimaría o no consideraría la existencia de tales eficiencias
- Mirada parcial de las operaciones de fusión. Inconsistente con espíritu de la Guía, el DL N°211 e incluso orden público económico
- Mirada más consistente debe asumir que fusiones pueden suponer en paralelo y en forma indivisible algunos efectos potencialmente anticompetitivos pero también eficiencias económicas. FNE debe tratar el análisis y ponderación de ambos efectos de la misma manera, de forma integrada y carga de la prueba en lo que se refiere a ambos efectos debe ser compartida



---

## Anexos

---

- [1] El entorno constitucional y reglamentario de publicidad, dado entre otras materias por: (i) el nuevo artículo 8 de la Constitución Política de la República; (ii) la derogación del Decreto Supremo N° 26 del año 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que conformaba el Reglamento sobre el Secreto o Reserva de los Actos y Documentos de la Administración del Estado (“Reglamento sobre Secreto”), sobre cuya base se dictó en su momento la Resolución Exenta N°5 de la FNE, que determinó los actos, investigaciones y documentos de la FNE afectos a reserva o secreto; y (iii) el Dictamen N° 49.883 de la Contraloría General de la República, de fecha 4 de octubre de 2004 que reafirma la necesaria publicidad de los procedimientos administrativos.
- [2] “(...) las partes pueden intentar modificar la concentración a fin de resolver los problemas de competencia observados por la Comisión y de este modo obtener la decisión de compatibilidad de su concentración. Tal modificación puede proponerse y llevarse a cabo con anterioridad a una decisión de compatibilidad. No obstante, es más frecuente que las partes presenten compromisos a fin de hacer la concentración compatible con el mercado común en un plazo específico tras la decisión de compatibilidad.” (par.5, Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento (CEE) n° 447/98 de la Comisión).
- [3] “Se entenderá que se produce una concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de: 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 otras empresas.” (art. 3.1., Reglamento Comunitario de Concentraciones). Se agrega que: “Se entenderá que han adquirido el control las personas o empresas: a) que sean titulares de esos derechos o beneficiarios de esos contratos, o b) que, sin ser titulares de dichos derechos ni beneficiarios de dichos contratos, puedan ejercer los derechos inherentes a los mismos.” (art. 3.3 Reglamento (CE) N°139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de concentraciones de empresas ).

---

## Anexos

---

- [4] El control exclusivo se ha definido como: “La adquisición de control exclusivo supone la posibilidad de controlar el proceso de toma de decisiones de la empresa en cuestión, ya sea en tanto que el propietario (la Junta de Accionistas) ya sea en tanto que gestor de la misma (los órganos de administración y/o de vigilancia) en muchos supuestos, esta situación de control único deriva, en la práctica, de la adquisición de una mayoría absoluta del capital social y de los derechos de voto de la sociedad adquirida, que a su vez suele traducirse en la posibilidad de nombrar a una mayoría de los miembros del consejo de Administración.” Tratado de Derecho de la Competencia, J.M. Beneyto y J. Mailló, Bosch, Casa Editorial S.A., 2005, Tomo I, p.645. En cuanto al control conjunto, la regulación europea dispone que los joint ventures o la constitución de “empresas en participación” constituyen una operación de concentración: “La creación de una empresa en participación que desempeñe de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma constituirá una concentración en el sentido de la letra b) del apartado 1.” (art. 3.4. del Reglamento Comunitario de Concentraciones).
- [5] A modo ilustrativo, la Comunicación de la Comisión (97/C 372/03) sobre MR señala: “Supply-side substitutability may also be taken into account when defining markets in those situations in which its effects are equivalent to those of demand substitution in terms of effectiveness and immediacy. This requires that suppliers be able to switch production to the relevant products and market them in the short term without incurring significant additional costs or risks in response to small and permanent changes in relative prices. When these conditions are met, the additional production that is put on the market will have a disciplinary effect on the competitive behaviour of the companies involved. Such an impact in terms of effectiveness and immediacy is equivalent to the demand substitution effect. These situations typically arise when companies market a wide range of qualities or grades of one product; even if for a given final customer or group of consumers, the different qualities are not substitutable, the different qualities will be grouped into one product market provided that most of the suppliers are able to offer and sell the various qualities under the conditions of immediacy and absence of significant increase in costs described above. In such cases, the relevant product market will encompass all products that are substitutable in demand and supply, and the current sales of those products will be summed to calculate the total value or volume of the market. The same reasoning may lead to group different geographic areas. When supply side substitutability would imply the need to adjust significantly existing tangible and intangible assets, additional investments, strategic decisions or time delays, it will not be considered at the stage of market definition.” (Énfasis agregado).
- [6] “The ‘small but significant and non transitory’ increase in price is employed solely as a methodological tool for the analysis of mergers: it is not a tolerance level for price increases.” (sección 1.0 Merger Guidelines EEUU de 1992).

---

## Anexos

---

[7] “El grado de concentración global de un mercado también puede proporcionar información útil sobre la situación de la competencia. Para medir el grado de concentración, la Comisión aplica a menudo el Índice Herfindahl-Hirschman (IHH) (17). El IHH se calcula sumando los cuadrados de las cuotas de mercado de cada una de las empresas presentes en el mercado. El IHH otorga proporcionalmente un mayor peso a las cuotas de mercado de las empresas más grandes. Aunque lo ideal es incluir a todas las empresas en el cálculo, la falta de información sobre empresas muy pequeñas puede carecer de importancia ya que éstas apenas influyen en el IHH. Mientras que el nivel absoluto del IHH puede dar una indicación inicial de la presión competitiva en el mercado tras la concentración, un cambio en el IHH (denominado «delta») es un indicador útil del cambio en el grado de concentración del mercado directamente derivado de la fusión.” (par. 16, Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas 2004/C 31/03)

[8] “Según jurisprudencia reiterada, las cuotas de mercado extraordinariamente elevadas -superiores al 50%- pueden probar por sí mismas la existencia de una posición dominante. Sin embargo, otros competidores más pequeños pueden ejercer una presión competitiva suficiente si, por ejemplo, tienen la capacidad y el incentivo de aumentar sus suministros. Una concentración en la que participe una empresa cuya cuota de mercado se mantenga tras la fusión por debajo del 50 % también puede plantear problemas de competencia si se tienen en cuenta otros factores como el número de competidores, su fortaleza, la existencia de restricciones a la capacidad o el grado de sustituibilidad de los productos de las partes que se van a fusionar. Así, en diversos asuntos, la Comisión ha considerado que determinadas concentraciones que daban lugar a empresas con cuotas de mercado situadas entre el 40 % y el 50 %, y en algunos casos incluso por debajo del 40 % creaban o reforzaban una posición dominante.” (par. 17, Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas 2004/C 31/03 , énfasis agregado)

[9] Pár. 21, Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas 2004/C 31/03.