

## CONTROL PREVENTIVO DE FUSIONES Y ADQUISICIONES FRENTE A LA LEGISLACIÓN ANTIMONOPOLIOS

*Claudio Lizana<sup>1</sup> y Lorena Pavic<sup>2</sup>*

### RESUMEN

Esta presentación pretende analizar, en primer término, el rol de la legislación antimonopolio como instrumento para asegurar el libre mercado, para luego detenerse en el tema de las fusiones, específicamente en el sistema de control de fusiones de los Estados Unidos de América. Finalmente se refiere al sistema imperante en nuestro país y a la necesidad de establecer un sistema objetivo, claro y efectivo que permita regular las fusiones y adquisiciones con efectos en Chile.

### I. INTRODUCCIÓN

1.1. Durante las últimas tres décadas la legislación antimonopolios ha estado en la agenda de las autoridades de los Estados Unidos y del resto de los países desarrollados. Existe consenso en señalar que la política antimonopolios de un país constituye un pilar fundamental para la existencia de un sistema de libre mercado. Sin embargo, resulta difícil encontrar un equilibrio respecto de cuál es la política antimonopolios adecuada, sobre todo tomando en consideración la vertiginosa evolución de las conductas que podrían atentar contra la libre competencia.

1.2. Si analizamos el caso de las fusiones<sup>3</sup> (entendiendo por estas, en forma genérica, toda estructura cuyo objeto o resultado sea concentrar participación de mercado, sea en forma de fusiones, integraciones, adquisiciones de participaciones accionarias, acuerdos de participación entre competidores y otras), debemos tener presente que cada vez con mayor frecuencia un porcentaje significativo de las fusiones adquieren carácter global (como el caso de la fusión de Glaxo con Smith Klein Beecham o el de General Electric y Honeywell, fusión que fue aprobada en los Estados Unidos de América y rechazada por los organismos antimonopolios de la Comunidad Europea). Esto hace que se haga necesario analizar –en un futuro no muy lejano– la posibilidad de establecer tribunales internacionales o tratados internacionales que fijen procedimientos especiales que permitan uniformar criterios entre varios

<sup>1</sup> Claudio Lizana: Educación: Universidad de Chile; Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard (Master of Laws, LL.M.), 1993; London School of Economics and Political Science (Course, The Politics of Global Finance), 1993. Coautor: "Dumping y Competencia Desleal Internacional", 1995. Profesor de Derecho Económico, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1997.

<sup>2</sup> Lorena Pavic: Educación: Universidad de Chile. Profesora Asistente de Derecho Procesal Clínicas Jurídicas, Departamento de Enseñanza Clínicas del Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1994-1995; Profesora Asistente de Derecho Civil, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1998-1999.

<sup>3</sup> Revista Antitrust, International Merger Control, American Bar Association, Sección Antitrust, volumen 15, número 2, publicada en Chicago, Estados Unidos, primer semestre 2001.

países. Mientras eso no ocurra, dichas fusiones globales deben ser analizadas cuidadosamente por quienes participan en ellas con el objeto de dar cumplimiento a las distintas regulaciones antimonopolios existentes en cada uno de los países en que dichas fusiones vayan a producir efectos. Adjunto encontrarán un anexo que resume brevemente las regulaciones en materia de control de fusiones en 46 jurisdicciones alrededor del mundo, algunas de las cuales analizaremos a continuación con más detalle.

1.3. Claramente, la regulación antimonopolios y, en especial, el control preventivo de fusiones, es un tema de gran importancia a nivel internacional. El número de países que cuentan con una legislación sustantiva en esta materia continúa creciendo. Ejemplo de lo anterior es que en los últimos dieciocho meses, seis países han aprobado regímenes de control de fusiones totalmente nuevos o han revisado en forma profunda los sistemas que mantenían vigentes. Sin ir más lejos, el Gobierno ha señalado que enviará próximamente al Congreso un proyecto de ley que modificará por completo nuestro actual Decreto Ley 211, cuerpo legal que regula los atentados contra la libre competencia, proyecto en que muchos esperan se incluya alguna forma de control preventivo en esta materia.

1.4. Lo anterior, tomando en consideración que tanto en nuestro país como a nivel mundial podemos apreciar una fuerte tendencia a que las empresas se unan y fusionen para competir en mejor forma. En el caso de nuestro país, ejemplos conocemos en abundancia; en el mercado bancario, hace algunos días el Superintendente de Bancos aprobó la fusión del Banco Edwards con el Banco de Chile. En el mercado farmacéutico, el año pasado se fusionaron dos de las más importantes cadenas de farmacia dando lugar a la nueva cadena Salco-Brand.

1.5. En el mercado internacional, en el área tecnológica, se han producido las integraciones más interesantes, como por ejemplo la alianza de AOL con Time Warner y la de Yahoo! con otras empresas del rubro.

1.6. En razón de lo anterior, nos ha parecido interesante analizar en primer término el rol de la legislación antimonopolios como instrumento para asegurar el libre mercado; luego analizando específicamente el tema de las fusiones, revisaremos con detención el sistema de control de fusiones de los Estados Unidos de América que ha servido de base para muchas legislaciones alrededor del mundo, para finalmente analizar de manera breve el sistema imperante en nuestro país y la necesidad de establecer un sistema objetivo, claro y efectivo que permita regular las fusiones y adquisiciones con efectos en Chile.

## II. EL ROL DE LA ECONOMÍA EN LA LEGISLACIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.1. La libre competencia es el bien jurídico que la autoridad y el legislador han definido necesario proteger para el apropiado funcionamiento de los mercados. Sin embargo, para entender con mayor claridad cuál es el sentido y alcance de proteger un bien jurídico como la libre competencia es necesario entender, desde una perspectiva económica, la importancia que tiene para un país, y para la economía mundial en general, la existencia de mercados competitivos y libres.

2.2. Mientras que para los abogados el concepto clave es la “libre competencia”, para los economistas el concepto clave es la “competencia perfecta”. Si bien no son términos idénticos, la comprensión de la importancia de la competencia perfecta nos permite entender de mejor manera la voluntad del legislador de promover la libre competencia.

2.3. Quizás lo primero que puede decirse respecto de la competencia perfecta es que constituye más bien un ideal al que se debe aspirar y no una realidad concreta que se puede encontrar comúnmente. Teniendo eso claro, podemos señalar que un mercado perfectamente

competitivo es aquel donde participan muchos oferentes y muchos demandantes sin que ninguno de ellos sea capaz de influir de manera relevante en los precios. Para los autores<sup>4</sup> existe competencia perfecta en un mercado cuando se reúnen cuatro requisitos copulativos:

- (a) *Atomicidad*. Presencia de gran cantidad de oferentes y gran cantidad de demandantes. Cuando estamos en presencia de muchos oferentes y muchos demandantes ninguno de ellos tiene un poder monopólico y, por lo tanto, no se encuentran en condiciones de influir a través de su conducta en los precios del mercado.
- (b) *Homogeneidad en el producto ofrecido en el mercado*. Esto permite que, al existir productos sustitutos, los oferentes no puedan subir injustificadamente los precios de un determinado bien.
- (c) *Existencia de información perfecta para todos los agentes que participan en el mercado*. Esto asegura la transparencia en el mercado y, en consecuencia, un adecuado proceso de toma de decisiones.
- (d) *Libre entrada y salida al mercado por parte de los agentes económicos* (“libre movilidad de los factores productivos”). Vale decir, que no existan barreras de entrada<sup>5</sup> para una determinada actividad económica.

2.4. Todos los elementos mencionados precedentemente son considerados, en una mayor o menor medida, por los legisladores y por las autoridades antimonopolios al momento de analizar si una determinada transacción que implica la integración horizontal o vertical de compañías atenta o no en contra de la libre competencia.

2.5. Las concentraciones horizontales consisten en uniones entre productores o proveedores de un mismo tipo de bien o servicio y que participan de un mismo mercado. Dicho concepto presenta ciertos matices en el sentido que no se requiere necesariamente que los bienes sean idénticos, sino que basta que puedan ser sustitutos el uno del otro. Estas transacciones pueden tener implicancias positivas y negativas. Dentro de los beneficios de las concentraciones horizontales podemos mencionar las siguientes:

- (i) desarrollo de economías de escalas o de ámbito;
- (ii) especialización de plantas o fábricas productoras;
- (iii) disminución de los costos de producción conducentes a una baja en los precios;
- (iv) disminución de los costos de distribución; y
- (v) aumento de la calidad del producto.

2.6. Pero no siempre las fusiones horizontales serán beneficiosas. Ello explica la existencia en muchos países de normas restrictivas tendientes a evitar los potenciales efectos perniciosos de la transacción. Entre los posibles efectos adversos de una fusión horizontal encontramos:

- (i) excesiva concentración en el mercado, lo que hace de él un ambiente menos competitivo; y
- (ii) posible aumento del “poder de mercado”<sup>6</sup> de la empresa resultante con posterioridad a la fusión. Este quizá es el mayor peligro que pueden presentar las fusiones, ya que si como resultado de ella la empresa resultante logra una alta participación en un mercado, ello puede traducirse en conductas monopólicas por parte de ella. Ejemplos de dichas conduc-

<sup>4</sup> Entre otros N. Gregory Mankiw, *Principios de Microeconomía*, Primera Edición en español, Editorial McGraw-Hill (1998), p. 266 y siguientes; Cristián Larroulet y Francisco Mochón, *Economía*, segunda impresión de la primera edición, Editorial McGraw-Hill (1995), p. 182 y 183.

<sup>5</sup> También debe considerarse a este respecto lo que nosotros denominaríamos “barreras de salida”, esto es, la circunstancia de que puede resultar tan costoso para una determinada empresa –que enfrentada a una competencia monopolística– retirarse de dicho mercado e incursionar en otros. Esta cuestión es muy poco estudiada al momento de analizarse los efectos que una determinada fusión puede tener en la competitividad de un mercado.

<sup>6</sup> Lo que los anglosajones denominan como *market power*.

tas podrían ser un aumento de precios a niveles monopólicos, es decir, un precio no determinado por el juego de la oferta y la demanda, sino por la decisión unilateral de un oferente, generando para este un ingreso monopólico (una ganancia por así decirlo, “injusta”). Lo anterior por la vía de regular la cantidad de bienes que se ofrezcan en el mercado, entregando menos bienes de los que se necesitan y aumentando considerablemente el precio de los mismos dada la demanda de mercado.

2.7. Finalmente, como concepto más general, las fusiones horizontales serán negativas y deben evitarse cuando sean conducentes a potenciar o fomentar un abuso de posición dominante en cualquiera de sus formas, por parte de la empresa resultante de la fusión.

2.8. Frente a la existencia de mercados de competencia imperfecta y a la existencia de prácticas desarrolladas por agentes económicos –atentatorias contra el bien jurídico que se pretende proteger– la autoridad cuenta con diversas alternativas para responder a dichos problemas. Para nuestro análisis agrupamos como lo hacen algunos autores<sup>7</sup>, las respuestas de la autoridad a esta amenaza de la siguiente forma:

- (i) Fomentar la competencia a través de la dictación de leyes;
- (ii) Fomentar la competencia a través de la regulación de la conducta monopólica;
- (iii) Desarrollo de la propiedad pública; y
- (iv) No hacer nada.

*A través de la legislación.* Uno de los mecanismos que tiene a la mano la autoridad para proteger la competencia es la legislación. Con ella el legislador puede establecer claramente el marco ideal en el cual se deben desarrollar los mercados, al mismo tiempo que puede establecer sanciones para las prácticas atentatorias contra la libre competencia. Por medio de este mecanismo, la autoridad puede, por ejemplo, dictar normas que objeten las fusiones entre empresas cuando ellas no sean convenientes para la competencia en el mercado. En la legislación chilena, el mejor ejemplo del uso de este instrumento es el Decreto Ley N° 211 de 1973. Dicho cuerpo normativo es la base del derecho de libre competencia en Chile.

En los Estados Unidos de América, por ejemplo, existe una gran cantidad de normas jurídicas que regulan la materia. Quizás las tres normas más importantes son la Sherman Act, la Clayton Act y la Federal Trade Commission Act. Junto a otros textos legales, establecen los criterios a seguir y otorgan competencia a organismos técnicos para que analicen el desarrollo de los mercados y la realización de potenciales transacciones.

*A través de la regulación.* Para efectos de una mejor comprensión, es preciso no confundir legislación con regulación. Cuando hablamos de regulación, nos referimos principalmente a la labor de la autoridad administrativa o ejecutiva destinada a enmarcar en un ámbito apropiado la conducta de los agentes económicos en mercados no competitivos, en los denominados monopolios naturales.

Este mecanismo de resguardo del mercado no es incompatible con el anterior –la legislación– y es propio de ámbitos en los cuales suele haber un solo oferente por las condiciones propias del mercado. Ello suele suceder en el área de los servicios, como el agua potable, la energía eléctrica y otros.

En este tipo de situaciones lo que hace la autoridad es supervigilar la determinación del precio que se cobra por dicho servicio. Generalmente dicho sector se somete a procesos de fijación de precios o de tarifas a cobrar, con el objeto de evitar que el oferente cobre precios monopólicos por el servicio que otorga. La regulación de la autoridad se constituye, de esta forma, en un mecanismo eficiente para proteger a los consumidores y limitar la posible acción abusiva de un oferente monopólico.

<sup>7</sup> N. Gregory Mankiw, *op. cit.*, pp. 300 y ss.

*A través de la propiedad pública.* En relación a la idea de la autoridad de evitar las conductas monopólicas, surge como alternativa el desarrollo de la propiedad pública. Para nuestro análisis, ello implica que el Estado asuma dentro de sus funciones, el desarrollo de una actividad económica de carácter monopólico, pero otorgando precios considerados por una determinada autoridad central como “justos”. Lo que sucede en este tipo de situaciones es que la autoridad, en vez de regular un monopolio natural, conviene para el caso particular que el Estado asuma un rol de oferente en un mercado con el objeto de evitar que el monopolista natural tenga precios abusivos en el mercado. Ello, sin embargo, no garantiza que el propio Estado no pueda abusar de dicho monopolio natural. Claramente, esta no es una opción razonable en nuestra opinión.

Algunos ejemplos de ello en nuestro país son el servicio de correo y el servicio de trenes. En el pasado, similar situación sucedía en industrias como la de electricidad y la telefonía.

Como indicáramos, para muchos esta alternativa es una posibilidad retrógrada. La mayoría de los economistas prefiere evitar esta forma de acción del Estado, y estima conveniente entregar este tipo de servicios a los privados con un marco regulatorio apropiado. Consideran que los privados serán más eficientes que el sector público, lo que se traducirá en definitiva en un beneficio para los demandantes y para la economía en general<sup>8</sup>.

*No hacer nada.* Opuesto más bien a una forma de promover la competencia y evitar las fallas de ella, el no hacer nada constituye una alternativa posible a considerar.

Hay quienes creen que los defectos de los mercados son menores que los defectos que la legislación y la regulación pueden producir. Por ello, estiman como alternativa conveniente, el no tomar acciones en ese sentido y dejar que el mercado se autorregule.

2.9. Sin embargo, estos elementos de carácter económico serán analizados y sopesados de distinta manera dependiendo de la visión económica que tenga cada país. Vale decir, las decisiones en materia de libre competencia se encuentran teñidas por la visión económica de cada país en esta materia. Para ilustrar este punto, de gran relevancia para entender muchas de las regulaciones que norman esta materia y muchos de los fallos que resuelven casos de integración, tanto horizontal como vertical, nos referiremos brevemente a las visiones de las principales escuelas de economía sobre este aspecto<sup>9</sup>:

#### 2.10. Principales Perspectivas Económicas respecto de las Concentración de Mercado

##### a. Una Perspectiva de “Libre Mercado” (A “*Free Market View*”)

La posición de la escuela de “libre mercado” propone que las fuerzas libres del mercado producen la mejor asignación de los recursos económicos; que los “mejores” ejecutores –esto es, quienes alcanzan los costos más bajos y/u ofrecen el valor más alto a los consumidores– sobrevivirán; que las grandes compañías y los mercados concentrados son a menudo necesarios para promover la innovación tecnológica y producir economías de escala; y que aquellos potenciales “entrantes” se encuentran siempre preparados para entrar al mercado si las empresas en el mercado crecen lenta e ineficientemente o si no son capaces de cumplir con los requerimientos de los consumidores. Esta escuela también sostiene que el mercado opera mejor si se le deja funcionar solo y que la regulación gubernamental de casi cualquier tipo afectará adversamente el funcionamiento de la libre competencia.

##### b. Una Visión “Centrista” (A “*Centrist View*”)

La escuela “centrista” sostiene que el tamaño y distribución de las empresas en el mercado no afecta, generalmente, la intensidad de la competencia en el mercado. Sin embargo, cuando un mercado es altamente concentrado, es más probable que las empresas tiendan a una colusión encubierta y a una interdependencia anticompetitiva. Al igual que los economistas de libre mercado, los centristas estiman que las fusiones casi siempre producen eficiencia. No obstan-

<sup>8</sup> Coincidente con esta postura, en las últimas décadas se han desarrollado fuertes corrientes privatizadoras en economías como la chilena. En la última década, ha sido importante también el desarrollo de las concesiones.

<sup>9</sup> Merger Standards under U.S. Antitrust Laws, American Bar Association, Sección Antitrust law, Monograma 7.

te, pueden llegar a sostener que una “potencial” ley de fusiones se encuentra justificada por la teoría económica. Basados en sus conclusiones relativas a mercados altamente concentrados, una ley de fusiones –desde su visión de teoría económica– debiera centrarse en la posibilidad de que una fusión podría producir o probablemente tendería a producir, un mercado altamente concentrado y los efectos de aquello en el mercado relevante.

- c. Una Visión “Estructuralista Moderada” (A “*Moderate Structuralistic View*”)  
La posición de la escuela “estructuralista moderada” postula que un mayor número de competidores efectivos resulta en una mayor presión hacia abajo en el precio, en una mayor diversidad de ideas e innovación y en un mayor incentivo para minimizar costos. También sostiene que un mercado competitivo será más sensible frente los intereses de los consumidores por la vía de traspasar los ahorros de costos al consumidor. A la inversa, estiman que, en un mercado concentrado, las grandes empresas tienden a cobrar precios más altos y obtener utilidades más altas sin traspasar los ahorros de costos a los consumidores. Aquellos que sostienen esta posición podrían favorecer una “potencial” ley de fusiones. Pueden tener visiones que varían acerca de la relevancia de una defensa de la eficiencia. Algunos podrían reconocer realidades sociales y económicas y sacrificar los números hacia economías de escala significativas, mientras otros podrían estar más preocupados con un mayor número de competidores efectivos y, por lo tanto, limitar o eliminar una justificación de economía de escala para una fusión.
- d. Un Punto de Vista “Estructuralista Estricto” (A “*Strict Structuralistic Point of View*”)  
Los “estructuralistas estrictos” creen que la competencia está directa e inversamente relacionada con la concentración. También creen que el ahorro de costos de una empresa individual a través de una fusión usualmente no aumenta la eficiencia o beneficia al público. Al contrario, sostienen que una fusión que aumente la concentración en una industria consolida el poder de la empresa fusionada por sobre las empresas más pequeñas en el mercado, haciéndose más difícil para ellas competir, y a menudo impide las nuevas entradas al mercado haciéndolo menos atractivo a las empresas más pequeñas. Generalmente ven a un gran número de compañías en una industria como una fuerza democrática que dispersa el poder, iguala las oportunidades de negocios y entrega la mejor calidad y los productos de más bajo costo a los consumidores.

### III. DERECHO COMPARADO: ALTERNATIVAS DE PREVENCIÓN Y SANCIÓN DE FUSIONES Y ADQUISICIONES CON EFECTOS ANTICOMPETITIVOS

3.1. Hace algunos años solamente 12 países en el mundo contaban con una legislación antimonopolios. En la actualidad, más de 100 países han adoptado un régimen normativo que regula esta materia. Nuestro análisis del derecho comparado se centrará en el análisis de la Hart Scott Rodino Act por tratarse de una normativa absolutamente novedosa para su época y que ha servido de base para la dictación de normas de similares características en otros países del mundo.

#### ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA<sup>10</sup>

##### 1. *Introducción*

A diferencia de nuestro país, el derecho de libre competencia en los Estados Unidos de América presenta un desarrollo muy importante, en particular, en lo que dice relación con el control preventivo de las fusiones entre sociedades.

<sup>10</sup> Ernesto Silva Méndez, *Las Fusiones Horizontales Frente al Derecho de Libre Competencia de los Estados Unidos*, Tesis de Grado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, marzo de 2000.

Especial mención respecto del sistema americano merece el rol que cumplen las agencias e instituciones dependientes del Gobierno Federal tanto en el proceso de creación de normas jurídicas como en la aplicación de las mismas. Conocida es la importancia de instituciones como la Securities and Exchange Commission (SEC), encargada de regular el desarrollo de los mercados de valores y las actividades corporativas; la Food and Drug Administration (FDA), que actualmente cumple un papel relevante en la lucha contra las empresas de tabaco; la Environmental Protection Agency (EPA), reguladora y fiscalizadora en materias medioambientales; la Equal Employment Opportunity Commission (EEOC), agencia que participa activamente en la protección de normas laborales y en luchar contra la discriminación laboral, entre otras. Dentro de este largo listado de instituciones que reconocemos en el sistema de los Estados Unidos, encontramos dos organismos de gran importancia para nuestro trabajo. Se trata del U.S. Department of Justice (“DOJ”) y de la Federal Trade Commission (“FTC”), en adelante también “las Agencias”.

El Gobierno de los Estados Unidos ha dado un fuerte impulso a la labor de estas agencias. El motivo de ello es el convencimiento de que la correcta forma de regular normativamente los diferentes ámbitos de la realidad se logra a través de organismos de alto nivel técnico, con adecuado financiamiento y con capacidad fiscalizadora importante, pero delimitada. Es así que el panorama regulatorio americano presenta un sinnúmero de áreas donde se otorgan facultades regulatorias y jurisdiccionales a instituciones técnicas y especializadas. De esa forma se pretende hacer más eficiente, rápido y efectivo el rol regulador de áreas que necesitan decisiones en cortos plazos.

## 2. Normas legales que regulan la materia

La normativa de los Estados Unidos en materia de libre competencia ha ido cambiando y progresando a través del tiempo. La evolución y desarrollo de la economía y de los mercados han enfrentado a los legisladores a nuevas situaciones no comprendidas en las normas originales, requiriendo adaptación para mantener la eficiencia. Rol destacado ha tenido también la labor de los tribunales en la aplicación –con importantes diferencias de criterio a través del tiempo– de las normas legales respectivas, ya que han ido marcando la pauta de los criterios y tests aplicables a las situaciones concretas. A continuación analizamos las principales normas legales que regulan la materia.

2.1. Sherman Act (15 U.S.C. Sec 1-11). La norma originalmente denominada como “*An Act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies*” (Estatuto para proteger el intercambio y el comercio contra restricciones y monopolios ilegales), y que actualmente es conocida como “Sherman Act”, constituye la norma base del derecho de libre competencia en los Estados Unidos. Con sus ya más de cien años –la norma fue dictada el 2 de julio de 1890–, constituye el pilar fundamental en esta materia.

En su sección primera establece el principio base sobre el cual descansa esta área del derecho; Declara que cualquier contrato, combinación o conspiración que pretenda afectar o restringir la competencia o el comercio entre los Estados (Estados de los Estados Unidos) o con países amigos es ilegal y constituye un delito. En concreto, señala que quienes sean sancionados como culpables de actos de esta naturaleza pueden verse afectados tanto a sanciones económicas como a sanciones penales.

La segunda sección de esta norma se refiere a los monopolios, y señala que el que pretenda o tienda a crear un monopolio, conspire o se combine con otro para monopolizar un área o ámbito de la actividad económica, ya sea dentro de los Estados Unidos de América o en actos con otros países, comete delito y puede ser sancionado con multas en dinero y con penas de presidio.

La cuarta sección de la Sherman Act otorga competencia a los tribunales de justicia para conocer de estas materias. En concreto, la ley da un mandato a las cortes para que prevengan y restrinjan las violaciones a la libre competencia contempladas en las siete primeras secciones de este texto legal. Similar mandato otorga la ley a los fiscales –que cumplen un relevante rol en la estructura judicial norteamericana– para que prevengan y restrinjan las posibles violaciones a la libre competencia.

2.2. Clayton Act (15 U.S.C. Sec 12-27). Bajo el marco básico sobre libre competencia que nos otorga la Sherman Act, y con el objeto de desarrollar en específico temas que no fueron cubiertos por la norma base, surge la “Clayton Act”. Este cuerpo normativo que data del año 1914, y que ha sufrido diversas modificaciones a través de los años, es la norma actualmente aplicable a las fusiones en materia de libre competencia.

En su sección 7, la más importante para nuestro estudio, establece que ninguna persona (incluye todo tipo de sociedades) involucrada en el comercio o la actividad comercial debe adquirir, directa o indirectamente, el total o parte de los derechos, participación de capital o acciones en una sociedad; ninguna persona sujeta a la jurisdicción de la FTC debe adquirir la totalidad o parte de los activos de otra persona involucrada en el comercio o la actividad comercial, cuando en cualquiera de las líneas del comercio (se refiere a acuerdos horizontales, verticales o de conglomerados) o en cualquier actividad que afecte el comercio, *el efecto de dicha adquisición pueda substancialmente lesionar la competencia, o sea tendiente a crear un monopolio.*

En el siguiente párrafo de la ley se señala que no se aplicará la regla antes mencionada cuando la adquisición sea realizada con el solo propósito de realizar una inversión, y no se pretenda hacer ejercicio del derecho a voto de las acciones con el objeto de lesionar la competencia. Dentro de las excepciones o exclusiones, el texto se refiere a que no son ilegales la creación de filiales por parte de una matriz ni la creación de agencias por parte de una institución principal, cuando el efecto de estas creaciones no lesione substancialmente la competencia.

La sección 7A del cuerpo normativo, incorporada en el año 1976 y conocida como la “Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act”, incorpora un nuevo concepto. Se trata de exigir la notificación previa a la realización de una fusión, cuando se reúnan ciertas condiciones. Normativa que por su importancia analizaremos con más detalle a continuación.

2.3. “Celler-Kefauver Ammendment o Antitrust Act”. La enmienda Celler-Kefauver a la Clayton Act en el año 1950 fue una modificación de gran importancia en la regulación de las fusiones. Su importancia reside en al menos tres puntos. El primero de ellos es que amplió el alcance de la Clayton Act a las fusiones verticales que habían sido excluidas en el texto original, que en su sección 7 señalaba que el cuerpo normativo se aplicaba solo a las fusiones que eliminaban la competencia entre las firmas que se fusionaban. El segundo aspecto relevante de esta modificación es que hace aplicable la Clayton Act no solo a las adquisiciones de acciones o derechos en una sociedad, sino también a las adquisiciones de activos de una sociedad. Finalmente, y lo más importante, como consecuencia de lo inmediatamente anterior, esta modificación legal hace aplicable la Clayton Act y las normas para las fusiones a las transacciones entre bancos que anteriormente se entendían excluidas del alcance de la normativa. Con ello, las Agencias se entienden facultadas para analizar y –en caso que corresponda– objetar las transacciones entre bancos.

2.4. “Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act”. Fue esta ley, dictada en el año 1976, la que modificó la Clayton Act con el objeto de establecer el requisito de notificación previa a las autoridades de la intención de realizar fusión. Tal como ya mencionamos al analizar la Clayton Act, dicha modificación implica la facultad de la FTC y el DOJ de analizar la fusión y tomar una determinación. Para que dichos organismos lleven a cabo el



correspondiente análisis, se estableció un período de espera de treinta días –quince en el caso de una Oferta Pública de Adquisición de Acciones– previo a la consumación de la fusión. En todo caso, el plazo puede ser ampliado por un período extraordinario cuando las circunstancias –determinadas en la ley– lo hagan necesario.

2.5. “Federal Trade Commission Act” (15 U.S.C. Sec. 41-59). Tal como mencionábamos anteriormente, la FTC es una de las agencias destacadas creadas por el Congreso de los Estados Unidos de América. La Federal Trade Commission Act determina que los métodos injustos de competencia y las prácticas o actos de engaño en el comercio, o que puedan afectarlo, son contrarios a la ley.

En la sección 5, letra a, número 2 del cuerpo normativo, se establece que la comisión tiene la facultad y el deber de *prevenir a personas naturales o jurídicas (con ciertas excepciones) del uso de métodos injustos de competencia o de prácticas o actos engañosos que guarden relación o afecten el comercio.*

La misma sección 5, pero en su letra b, señala que en caso de que la FTC tenga una razón para creer que cualquier persona (natural o jurídica) ha usado o esté usando cualquier método injusto de competencia, o cualquier práctica o acto engañoso en el ámbito del comercio, debe notificar a dicha persona de tales circunstancias y debe citarla a declarar para día determinado, señalando los cargos que se le imputan. La fecha de la declaración debe ser después de al menos treinta días a contar de la notificación. En esa oportunidad, el afectado tiene el derecho a explicar la causa por la cual en su opinión, la FTC no debe ejercer acciones en su contra. En caso de que, concluida esta audiencia y los respectivos informes, la FTC establezca que el método de competencia o la práctica en cuestión constituye un acto sancionado por la ley, deberá dejar constancia de ello por escrito y deberá ordenar al afectado el cese de dicho método o práctica.

El afectado puede apelar de dicha resolución a la corte de apelaciones –Corte Federal– del circuito correspondiente, para lo cual deberá presentar, en el plazo de sesenta días de notificado de la decisión por la FTC, un escrito solicitando que la decisión quede sin efecto. Será dicha corte la que resolverá de forma definitiva. Eso sí, existe la posibilidad de que la Corte Suprema acoja el caso a tramitación. Aunque no es de interés para nuestro análisis, es menester señalar que la selección y análisis de casos por parte de la Corte Suprema es un proceso complejo y selectivo.

Una vez determinada la situación del respectivo caso, la FTC puede iniciar acciones civiles contra los responsables para reparar los daños que resulten de sus actos.

Ya al finalizar la sección 5, encontramos una norma que resulta muy interesante. Consecuente con su sistema jurídico que permite las negociaciones y transacciones en los ámbitos más diversos, el legislador americano da la facultad expresa y concreta a la FTC para que transe o comprometa cualquier acción civil o penal, siempre que dicha transacción, avenimiento o acuerdo sea acompañado por un documento explicatorio público aprobado por la corte. El objeto de esta norma es dar mayor libertad a un organismo técnico como la FTC para que resuelva los conflictos que se le presenten de la manera que crea más apropiada. Es preciso señalar que el derecho americano ha desarrollado fuertemente el concepto de “*Alternative Dispute Resolution*” (Medidas Alternativas para resolver Disputas). Tanto en la enseñanza que se otorga en las escuelas de derecho en los Estados Unidos de América, como en la labor de los autores y de los jueces, se ve una creciente tendencia a incorporar nuevas formas de solución a los conflictos diferentes a la mera adjudicación resultante de un proceso judicial.

Hay quienes cuestionan, eso sí, que formas tales como la transacción o avenimiento sean posibles en materias tales como el ámbito criminal, que en el caso de los Estados Unidos de América permite a los fiscales transar con los acusados –dentro de cierto marco– la decisión sobre el caso evitando así un juicio. Otra de las críticas –de nuestro interés– se refiere al hecho de que se otorguen facultades para transar a un organismo público como la FTC. En nuestro país –acorde con nuestra tradición jurídica– las acciones que lleva adelante un organismo de tal índole tienen un connotado interés público que no solo interesa a las partes

afectadas. Por ello se estima que el resultado de su acción debe ser una decisión de autoridad y no un mero acuerdo entre partes.

El derecho americano piensa diferente. Convencido de que son los organismos técnicos los mejor preparados par enfrentar estas circunstancias, los dota de herramientas para que desarrollen su actuar. De la misma forma, y en la creencia de que la realidad demuestra que no siempre es la adjudicación o resolución judicial el método óptimo para resolver un caso, se permite a este tipo de organismos el ejercicios de las facultades mencionadas.

2.6. "Bank Merger Act" (12 USCS 1828 (c)). Entre los constantes cambios y adaptaciones a la Clayton Act, encontramos la dictación de la Bank Merger Act. Esta norma constituye el estatuto jurídico aplicable a las fusiones entre bancos en materia de libre competencia.

Dado que los bancos e instituciones financieras se regulan por normas especiales en muchas materias, existían dudas sobre la aplicación de las normas de libre competencia a las transacciones entre tales entidades. En concreto, se sostenía que en caso de que las agencias encargadas de los temas bancarios aprobaran una transacción entre dos bancos, no cabía competencia a las Agencias que velan por la libre competencia para actuar en el caso, por lo que dicha fusión o acuerdo no podría ser objetado.

Para corregir dicho erróneo planteamiento, en el caso Philadelphia, la Corte Suprema estableció que a pesar de que las agencias bancarias aprobaran una transacción, la FTC y el DOJ tenían competencia para analizarla y le eran aplicables los criterios de la Clayton Act para las fusiones horizontales. De esa forma se zanjó la duda. En la actualidad, y luego de sucesivas modificaciones<sup>11</sup>, la normativa es clara y pasamos a describirla a continuación.

En caso que dos instituciones bancarias deseen fusionarse, deben seguir los siguientes pasos:

- (i) dar aviso previo a las agencias bancarias;
- (ii) obtener la aprobación de dichas agencias. Entre tales agencias podemos mencionar: Federal Deposit Insurance Corporation, Comptroler of Currency y Federal Reserve Board;
- (iii) las agencias bancarias deben pedir un informe a la FTC y al DOJ para que se pronuncien sobre los efectos que en la competencia puede tener dicha transacción;
- (iv) las agencias bancarias no podrán aprobar la transacción en dos situaciones:
  - a) cuando la transacción sea tendiente a crear un monopolio, y
  - b) cuando la transacción pueda substancialmente lesionar la competencia. Esta disposición (12 USCS 1828 (c) (5) (b)) es prácticamente una copia de la sección 7 de la Clayton Act, aplicando los mismos niveles de mercado a las transacciones bancarias;
- (v) se procede a un período de espera como en el caso de la Clayton Act; y
- (vi) se establece que en caso que la transacción sea objeto de un proceso judicial por violar ciertas normas de libre competencia (entre ellas la Clayton Act), las cortes deben aplicar los mismos niveles de escrutinio que aquellos que deben usar las agencias bancarias.

Ahora bien, las cortes al analizar una transacción bancaria deben:

1. revisar si la fusión viola o no la sección 7 de la Clayton Act y las normas bancarias antes mencionadas; y
  2. sopesar los perjuicios que provoque la transacción con los posibles beneficios que para el mercado puede tener la fusión en cuestión, para pronunciarse en definitiva.
- Finalmente, interesa referirse a un punto al analizar una fusión entre bancos. Se trata de los niveles de concentración aceptables que se pueden alcanzar con una concentración bancaria en los Estados Unidos de América. Este aspecto fue fuertemente discutido en nuestro país al momento de determinar en la ley de OPAS, que trata la concentración

<sup>11</sup> Esta norma ha sido modificada y actualizada al menos en los siguientes años: 1962, 1965, 1966, 1968, 1969, 1973, 1974, 1978, 1979, 1980, 1982, 1987, 1989, 1990, 1991, 1992, 1994, 1996, 1998, 1999.

bancaria, el nivel de concentración aceptable para la banca. Al discutirse dicha ley se decía que debíamos seguir o imitar los niveles de concentración planteados en los Estados Unidos de América. Sin embargo, dicha opción constituye un camino erróneo, dado que la realidad de este país es muy diferente a la chilena en un elemento esencial. Dicho elemento lo constituye la realidad fáctica de que ningún banco en los Estados Unidos tiene una total cobertura nacional, y menos aún es posible encontrar una transacción entre dos bancos con total cobertura de país. Por ello, las fusiones bancarias están eminentemente marcadas por transacciones de ámbito local, donde el mercado geográfico es especial y por lo tanto difícil de uniformar en un criterio aplicable a todas las transacciones. En Chile, en cambio, cuando hablamos de fusiones bancarias, lo hacemos de instituciones que abarcan casi el país completo. Por lo tanto, nos parece que no debemos limitarnos a imitar los criterios de otros países de realidades tan diferentes, sino que debemos abocarnos a la creación de una norma que se adecue a la situación concreta de nuestro país. En tal sentido, gran utilidad puede tener el uso de indicadores como el HHI que analizaremos a continuación.

### 3. *Rol y criterios de la Federal Trade Commission y el U.S. Department of Justice.*

3.1. Competencia y atribuciones. Tal como mencionábamos anteriormente, especial interés para el análisis de las fusiones tiene la labor que desarrollan dos instituciones propias del sistema de los Estados Unidos de América. Se trata del Departamento de Justicia (“U.S. Department of Justice”) –a través de su División para la Libre Competencia (“Antitrust Division”)–, y la Comisión Federal para el Comercio (“Federal Trade Commission”), agencia creada por el Congreso y que constituye un organismo vinculado al Gobierno Federal del país del norte.

Dado el sistema del “case law” o de precedentes judiciales, que da libertad a los tribunales para resolver, el gobierno trata de unificar criterios e invita a través de criterios guías, a seguir el curso de acción que cree apropiado. Finalmente y lo más importante, los principios guías (“Guidelines”), representan la forma a través de la cual el gobierno busca dar respuesta a los nuevos problemas que presenta la libre competencia y en particular las fusiones horizontales.

3.2. Proceso de elaboración de las normas y regulaciones<sup>12</sup>. Hemos estimado conveniente mencionar algunos de los aspectos más relevantes del proceso de creación de normas regulatorias por parte de las Agencias. Ello, dado que si bien las normas que dicten deben necesariamente ser acordes a las normas legales establecidas por el Congreso, tienen suficiente libertad para normar y para ello deben seguir un especial procedimiento que analizaremos, al menos, brevemente.

Lo interesante de este proceso es que en él participan diversos organismos, incluyendo a la opinión pública en general, que puede hacer sugerencias, comentarios, e incluso, como sucede en muchos casos, negociar abiertamente con las Agencias el contenido de las normas regulatorias que se pretenden aprobar.

El proceso se inicia una vez que las Agencias deciden que es necesario establecer una regulación en un área determinada o mejorar una ya existente. Para ello las Agencias disponen de personal dedicado a analizar la normativa existente y proponer mejoras, al igual que descubrir las áreas o ámbitos donde nuevas normas se hacen necesarias. Si se trata de una norma de relevancia, dicha posibilidad debe haber estado contenida en el programa regulatorio o legislativo de las Agencias. Una vez cumplido ese requisito y tomada la decisión de proponer una norma, las Agencias deben informar de ello a la OMB (“Office of Management and Budget”), organismo de vital relevancia en el proceso de creación de normas por parte de

<sup>12</sup> A este respecto, nos hemos guiado por W. Kip Viscusi, John M. Vernon y Joseph E. Harrington Jr., “*Economics of Regulation and Antitrust*”, second edition, The MIT Press, p. 13 y ss.

las Agencias. Este organismo revisa y analiza el impacto del costo presupuestario que tendrá la posible norma, y analiza también los posibles conflictos de competencia o exceso de atribuciones en relación a otras agencias que podría tener el texto propuesto. Luego de este breve anuncio o notificación a la OMB, corresponde preparar el RIA (Regulatory Impact Analysis) o Estudio del Impacto de la Regulación. Este estudio, que debe ser preparado por las Agencias, constituye un acabado análisis acerca de los costos de la regulación, sus objetivos y los principios sobre los cuales descansa la propuesta o modificación.

Una vez finalizado el RIA debe ser entregado a la OMB para que lo analice en un plazo de sesenta días antes de que la norma propuesta sea publicada en el Federal Register (boletín oficial de publicación para las normas jurídicas que se proponen aprobar y para las ya aprobadas). Del análisis que hace la OMB del RIA surgen tres posibles resultados. El primero de ellos es que el RIA sea rechazado por la OMB, caso en el cual necesariamente deberá iniciarse el proceso normativo nuevamente. El segundo posible resultado es que la OMB esté de acuerdo con el RIA, pero proponga ciertas modificaciones previas a su aprobación. En ese caso se desarrolla un período de negociación secreta entre las Agencias y la OMB que puede llegar a buen o mal término. Quedan excluidos de este proceso secreto el Congreso de los Estados Unidos de América y los Tribunales de Justicia. Finalmente, el tercer posible resultado es que la OMB de su aprobación al RIA, caso en el cual se procede a publicar en el Federal Register el contenido de la "norma propuesta" a la comunidad. La publicación recibe el nombre de NPRM (Notice of Proposed Rulemaking) o Aviso de Proposición de Dictación de una Norma.

Es en este momento cuando se abre un plazo que va de treinta a noventa días para la discusión y comentarios públicos sobre la NPRM. En ese período se dan importantes discusiones, se ejercen fuertes presiones y el lobby que se desarrolla reviste caracteres importantes.

Tal como en muchos de los ámbitos del derecho de los Estados Unidos de América, la posibilidad de desarrollar negociaciones y transacciones se aplica también, aunque en menor medida, al proceso de creación de normas jurídicas por parte de las Agencias. Para dar un ejemplo, en el caso de la regulación medioambiental, son muy diversas las partes interesadas, a saber, grupos ecologistas, empresarios, vecinos de lugares afectados, la autoridad, por nombrar solo algunos. La agencia responsable en este caso, la EPA (Environmental Protection Agency), trata de acordar una norma con todas las partes interesadas, definiendo sus prioridades y estableciendo los puntos en los cuales está dispuesta a ceder. De esa forma invita a los diversos actores involucrados a acordar un texto conveniente para todos, ya que si no es así, la agencia dictará la norma de acuerdo a sus exclusivas convicciones. El objetivo de hacer participar a los involucrados activamente en el proceso normativo produce un gran beneficio al momento de aplicar la norma, dado que quienes tienen el deber de cumplirla han acordado sus términos y han concurrido con su aprobación a la dictación de la misma. De esa forma se evitan normas que generen conflictos sociales y políticos que hacen más compleja la aplicación de una política del Estado a través de normas jurídicas.

Volviendo al procedimiento de regulación propiamente tal, una vez transcurrido el plazo de treinta a noventa días para que la opinión pública participe a través de comentarios, sugerencias o críticas, las Agencias se abocan a la redacción del texto final. En él se incluirían, si así se estima conveniente, las sugerencias, comentarios, negociaciones y otros que se hayan producido en ese período.

Finalizado el texto y previo a su publicación en el Federal Register, debe ser enviado a la OMB para que apruebe, rechace o haga comentarios para introducir modificaciones. Con la aprobación dada por la OMB, se procede a la ya mencionada publicación. Aunque no siempre es necesario, en esta etapa del proceso correspondería el análisis del texto por parte del Congreso.

Normalmente, con treinta días de posterioridad a la última revisión correspondiente, la norma comienza a producir efectos y a ser objeto del análisis y aplicación por parte de los Tribunales de Justicia a los casos concretos.

### 3.3. "Guidelines" o criterios impartidos por la FTC y el DOJ para las fusiones<sup>13</sup>.

**3.3.1. Naturaleza y finalidad de los criterios guías.** Probablemente para muchos los "Guidelines" impartidos por las Agencias encargadas de velar por la libre competencia en los Estados Unidos de América, constituyen uno de los aspectos más interesantes de analizar en la normativa de antitrust. La razón de lo anterior se debe a que a través de esta forma de regulación encontramos la clara evolución y desarrollo que presenta la legislación norteamericana a lo largo de los años. Una de las ventajas de otorgar facultades reguladoras y normativas a las Agencias, constituye el hecho de que pueden ir evolucionando y adaptándose rápidamente a las nuevas circunstancias que presente la realidad económica.

Tanto ha sido así, que en los últimos treinta y dos años se han dictado ya más de cinco cuerpos regulatorios solo en materia de fusiones. No todos han sido completamente nuevos, sino más bien modificaciones a Guidelines anteriores, pero igual reflejan el afán de constante adaptación de la normativa a la realidad del mercado. A la vez podemos señalar que con el desarrollo de los años las Agencias han ido promoviendo una creciente especialización en sus normas. Ello se refiere, por ejemplo, al hecho que los Guidelines originales se referían a todo tipo de fusiones. Hoy, en cambio, existen Guidelines específicos para las fusiones horizontales.

Pero la labor legislativa de las Agencias a través de principios-guías es mucho más amplia, y abarca diferentes ámbitos de regulación que exceden de forma importante el tema de las fusiones.

Quizá uno de los cambios más interesantes que presentan estos Guidelines constituye el uso de un nuevo índice de mediación de la concentración del mercado, el "Herfindahl-Hirschman Index" o "HHI".

"*Herfindahl-Hirschman Index*" o "HHI". Este índice de la concentración del mercado se obtiene sumando la participación de mercado –elevada al cuadrado– de cada una de las entidades que participan en él. A modo de ejemplo, revisemos el HHI en un mercado con ocho empresas y en el cual sus componentes participan de la siguiente forma: A=20%, B=20%, C=15%, D=15%, E=10%, F=10%, G=5% y H=5%. El HHI en este caso será el siguiente:  $20^2 + 20^2 + 15^2 + 15^2 + 10^2 + 10^2 + 5^2 + 5^2$ , lo que es igual a 1.500. Mientras mayor sea la concentración del mercado, mayor será el HHI, dado que al sumar –elevadas al cuadrado– cifras altas, se obtendrá como obvia consecuencia un alto HHI. Lo opuesto sucede si el mercado tiene una baja concentración. Por ejemplo, si en un mercado participan cincuenta empresas y cada una de ellas tiene un 2% del mercado, el HHI será solo de 200, mientras que en un mercado con cuatro agentes, cada uno de los cuales posee un 25% de la participación del mercado, el HHI será de 2.500.

Clarificado el concepto del HHI, podemos analizar lo dispuesto por los Guidelines de 1982 en relación con las fusiones que serán objetadas en función de la concentración del mercado.

En primer lugar, los Guidelines establecen que, en general, –salvo excepciones–, no serán objetadas las fusiones en los siguientes casos:

- (i) cuando el HHI posterior a la fusión sea inferior a 1.000;
- (ii) cuando el HHI posterior a la fusión sea entre 1.000 y 1.800, y la variación sufrida en el HHI por la fusión sea inferior a 100; y
- (iii) cuando el HHI posterior a la fusión sea superior a 1.800, pero la variación sufrida por el HHI atribuible a la fusión sea menor a 50.

Siguiendo en su desarrollo, los criterios guías establecen que en rangos superiores a los mencionados, es decir, HHI posterior a la fusión por sobre 1800, es más alta la probabilidad de que el DOJ objete la transacción a que la apruebe. Cuando se trate de transacciones que se

<sup>13</sup> El texto de los Guidelines de 1992 –que salvadas las modificaciones de 1997 rige en la actualidad– puede encontrarse en Thomas D. Morgan, *op. cit.*, p. 885 y ss., Apéndice B. Lo mismo puede encontrarse en los servidores de LEXIS-NEXIS, DOJ y FTC.

encuentren en el rango intermedio, es decir, en las cuales el HHI posterior a la fusión varía entre 1.000 y 1.800 se aplica el siguiente criterio: cuando la variación en el HHI es superior a 100, existe alta posibilidad de objeción a la fusión por parte del DOJ, aun cuando la agencia también considerará en su análisis otros factores tales como la libertad de entrada al mercado (barreras de entrada) en cuestión y la posibilidad de acuerdos oligopólicos o monopolísticos entre los agentes económicos con posterioridad a la fusión.

Mas alta aún es la posibilidad de acción por parte de la agencia en casos de mercados de alta concentración. Cuando el DOJ se enfrente a casos de alta concentración –se entiende por tales cuando el HHI posterior a la fusión es superior a 1.800– hay que distinguir:

- (i) si la variación en el HHI atribuible a la fusión varía entre 50 y 100, el DOJ considerará para su decisión el HHI posterior a la fusión, la variación del mismo y otros factores relacionados a la libertad de entrada al mercado y a la posibilidad de acuerdos contrarios a la libre competencia entre las empresas del mercado con posterioridad a la fusión; y
- (ii) si la variación en el HHI atribuible a la fusión es superior a 100, la objeción por parte del DOJ será el evento más probable y no serán incluidos necesariamente en el análisis los demás factores mencionados en el número anterior.

Pero además de los índices de concentración antes mencionados, los Guidelines de 1982 presentan una nueva figura muy interesante. Se trata de una disposición relacionada a la entidad más grande de un mercado, o más bien, a la entidad que mayor participación tiene en el mercado. La norma señala que el DOJ puede proceder –si así lo estima conveniente según su análisis– a objetar la fusión de cualquier empresa que participe del mercado en al menos un 1% con la empresa líder de participación en el mercado, cuando esta última tenga una participación de mercado de al menos un 35% y sea –su participación en el mercado– aproximadamente el doble de la segunda empresa en el ámbito. Para el caso en mención, de la empresa más grande, el DOJ debe tener en consideración un factor adicional al momento de tomar su decisión. Dicho factor lo constituye la libertad o factibilidad de entrada a dicho mercado.

*Criterios guías de 1984.* Probablemente el mayor cambio que presenta la revisión a los principios guías de 1982, efectuada el año 1984, guarda relación con la importancia que se le asigna a la concentración del mercado como factor de determinación de objeción a la fusión.

En los Guidelines anteriores, la concentración del mercado era lejos el más fuerte elemento para determinar la conveniencia o inconveniencia de una fusión. Lo era así casi sin contrapeso. Sin embargo, la revisión de los Guidelines estableció que el DOJ no debe objetar las fusiones basándose exclusivamente en la concentración del mercado, sino que ese debe ser el punto de partida de un análisis mucho más completo y complejo que incluye muchos más factores. Se establece, por ejemplo, que el DOJ no debe oponerse a una fusión –a pesar de que los índices de concentración del mercado sean muy altos– cuando del análisis de otros factores se puede determinar que no es probable que la mencionada fusión lesione la competencia.

Pero por otra parte, señala que en casos en que el HHI posterior a la fusión sea superior a 1.800 y la variación atribuible a la fusión exceda de 100, factores diferentes al grado de concentración, pueden ser considerados en el análisis solo en casos extraordinarios.

*Criterios guías de 1992.* Los criterios guías actualmente en vigencia presentan importantes cambios en el tratamiento de las fusiones horizontales en el derecho de los Estados Unidos de América.

En el ámbito formal hay dos cambios que son relevantes. El primero de ellos es que estos Guidelines se refieren exclusivamente a las fusiones horizontales, y no a las fusiones en general como era anteriormente. Este punto es muy importante en el sentido de que demuestra un avance en la especialización alcanzada por los organismos encargados de velar por la protección de la libre competencia. El segundo cambio en el aspecto formal guarda relación con quienes dictan estas normas. En el caso de los Guidelines de 1992, encontramos que ellos son emitidos en conjunto por el DOJ y la FTC, a diferencia de los demás Guidelines, dictados exclusivamente por el DOJ. Esta decisión es una clara muestra de la intención de los organis-

mos encargados de proteger la libre competencia, de unificar criterios y coordinar aún más su actividad para aumentar la eficiencia y profundidad de su análisis. Como dato anecdótico, este hecho constituye la primera vez que dos agencias que comparten competencia sobre antitrust emiten un cuerpo normativo de esta importancia en conjunto.

Respecto del contenido de los criterios guías de 1992, a continuación desarrollamos un completo análisis de sus disposiciones.

Si bien la normativa de 1992 mantiene el concepto de poder de mercado o abuso de posición dominante que mencionamos al analizar los criterios de 1982 y 1984, introduce un cambio importante en relación a los posibles efectos adversos de dicho poder de mercado. Los criterios guías establecen que tiene igual importancia los abusos de poder dominante, ya sea a través de acciones conjuntas entre agentes de un mercado o ya sea a través de acciones individuales llevadas a cabo por una empresa en particular.

Sin lugar a dudas, en estos Guidelines el nivel de concentración del mercado presenta menor importancia que en sus ediciones anteriores. Los Guidelines ya no se limitan a señalar que las fusiones cuyo resultado sea un nivel de concentración de mercado alto pueden ser objetadas, sino que con mayor profundidad, desarrollan una serie de elementos destinados a analizar el posible efecto adverso de una alta concentración en un mercado.

Siendo más concretos, podemos señalar que los criterios guías determinan un proceso de análisis de cinco pasos a seguir para determinar si la fusión horizontal propuesta es probable que tenga efectos adversos para la competencia en ese mercado.

Los cinco pasos o elementos de análisis son los siguientes:

- (i) definición del mercado, medición de la participación de sus integrantes, para finalmente establecer el nivel concentración;
- (ii) análisis de los efectos de la fusión para la libre competencia;
- (iii) efectos en las barreras de entrada y salida al mercado;
- (iv) beneficios y eficiencias de la fusión; y
- (v) excepción de la empresa insolvente y división insolvente.

*Criterios guías de 1997.* Con fecha 8 de abril de 1997 las Agencias –otra vez en conjunto– entregaron a la opinión pública una modificación a los criterios guías del año 1992. Tal como mencionábamos al analizar los principios guías anteriores, la modificación de ellos se refiere a un tema en exclusivo: la consideración de la eficiencia y beneficio que puede generar la fusión para los oferentes de los bienes, para los consumidores y para el mercado en general.

Las Agencias establecen que considerarán como beneficio o eficiencia proveniente de una fusión solo aquella eficiencia que es alcanzada con la fusión propuesta y que no sería alcanzada sin la fusión o sin otra medida alternativa que pueda producir efectos negativos para la competencia del mercado. Ese tipo de eficiencia se denomina *eficiencia específica propia de la fusión*.

Se señala en esta reforma que las partes potenciales de la fusión deben acreditar y demostrar la existencia de la *eficiencia específica propia de la fusión*. Cuando dicha *eficiencia específica propia de la fusión* sea verificada por las Agencias, pasará a ser una *eficiencia reconocida*.

Para finalizar el análisis de la normativa norteamericana, quisiéramos detenernos un segundo en analizar la “Hart- Scott-Rodino Act”.

3.3.2. Cuando entró en vigencia la Hart-Scott-Rodino Act (“HSR”) en 1976, dicha normativa fue descrita como uno de los cambios más importantes en la regulación antimonopolios de dicho país desde la dictación del Clayton Act en 1914, y tenían razón. La notificación previa de las fusiones o “*premerger notification*” bajo la HSR ha cambiado la forma en que los organismos antimonopolios llevan a cabo el control de las fusiones en los Estados Unidos de América.

3.3.3. Para entender los antecedentes que dieron origen a la dictación de la HSR debemos remitirnos al debate surgido en el caso de los Estados Unidos contra El Paso Gas Natral Co.

Dicho caso fue iniciado por el Gobierno norteamericano en aplicación de la Sección 7 del Clayton Act, en contra de la compra –ya materializada– de Pacific Northwest Pipeline Corp. (“PNW”) por El Paso, un potencial competidor. PNW ya contaba con una línea de suministro desde Nuevo México hasta Northwest Pacific y deseaba vender su exceso a los consumidores de California donde El Paso era el único suministrador de gas, razón por la cual El Paso decidió adquirir dicha compañía. Una vez materializada la compra, el Departamento de Justicia norteamericano cuestionó dicha adquisición. Luego de siete años de juicio, la Corte Suprema ordenó a El Paso deshacerse de PNW (*divestiture*) “sin demora”. Dicha división tomó otros diez años en materializarse, por lo que tomó más de 17 años para que el gobierno pudiera efectivamente resolver el problema que para la libre competencia presentaba dicha adquisición.

3.3.4. Además de los importantes costos en abogados, contadores y consultores se estima que El Paso obtuvo US\$10.000.000.– en utilidades cada año en que la transacción antes mencionada estuvo siendo investigada ante los Tribunales de Justicia.

3.3.5. En este escenario, se produjeron muchas adquisiciones o fusiones con corto aviso o *midnight mergers* mucho antes que las autoridades pudieran contar con información suficiente para solicitar fuesen investigadas. Durante el período 1956-1971 el gobierno denunció 167 fusiones pero solo en 50 solicitó medidas precautorias. Vale decir, un 70% de las fusiones consideradas peligrosas o cuestionables no eran detectadas a tiempo como para solicitar medidas precautorias.

3.3.6. El Congreso se dio cuenta que el promedio de tiempo que tomaba para los organismos antimonopolios resolver un caso de fusiones o adquisiciones era de cinco a seis años. Durante dicho tiempo, la compañía adquirente retenía parte importante de las utilidades ilegales y otros beneficios de la compra, y los efectos anticompetitivos de dicha transacción producía efectos importantes en el mercado, los otros competidores y los consumidores.

3.3.7. Otro problema importante era la dificultad de dividir una compañía que ya se había fusionado. En el fondo, se trata de separar “huevos revueltos” (*unscramble the eggs*). Una vez que la fusión ha producido sus efectos y las operaciones de las compañías involucradas se han integrado, se hace casi imposible dividir en forma eficiente los activos involucrados (marcas, tecnología, recursos humanos, sistemas de marketing, etc.).

3.3.8. En este escenario surgió la HSR que entregó a la Federal Trade Commission (“FTC”) y al Departamento de Justicia un sistema de notificación previo de fusiones en virtud del cual las partes involucradas debían entregar información básica que permitiera a las autoridades realizar una revisión preliminar de dichas transacciones y determinar si se requerían nuevas revisiones (o solicitudes de información adicional). En el fondo, entregó a las autoridades antimonopolios una herramienta efectiva para conocer de este tipo de transacciones con anterioridad a su materialización, permitiéndoles aplicar la Sección 7 del Clayton Act, que se refiere a aquellos actos que pueden potencialmente afectar la libre competencia, en forma eficiente.

3.3.9. En efecto, en la actualidad la gran mayoría de las fusiones investigadas son informadas y revisadas con anterioridad a su materialización. Los consumidores se benefician porque las transacciones con efectos anticompetitivos son investigadas antes que estas produzcan sus efectos. Las partes involucradas en la fusión se benefician porque las investigaciones son más expeditas y eficientes. Por ejemplo, durante el año calendario del 2000, AOL y Time Warner lograron negociar en forma exitosa con Estados Unidos de América (y con la Comunidad Europea) la aprobación –con ciertas restricciones– de la fusión de ambas compañías.

3.3.10. Sin embargo, la eficiencia y rapidez se deben en gran parte a la serie de incentivos que el Congreso estableció para que las partes involucradas presentaran todos los anteceden-



tes requeridos por la autoridad antimonopolios. En efecto, el tiempo de espera para materializar la fusión (*waiting period*) comienza a correr solo una vez que las partes involucradas han presentado todos los antecedentes e información requerida por la autoridad. Lo anterior genera un espíritu de cooperación que no se produce en las investigaciones iniciadas con posterioridad a la materialización de la transacción objeto de la investigación.

3.3.11. Para analizar los efectos de la HSR, hemos elegido un cuestionario<sup>14</sup> propuesto por el señor William J. Baer, Director del Bureau of Competition de la Federal Trade Commission. Según Baer las tres preguntas esenciales que deben realizarse para analizar los beneficios de cualquier regulación antimonopolio son las siguientes:

- (a) ¿produce dicha regulación una real diferencia para los consumidores y el público en general (incluyendo la comunidad empresarial)?;
- (b) ¿constituye dicha regulación una carga que impide el normal funcionamiento de los negocios?; y
- (c) ¿es dicha regulación lo suficientemente flexible y previsoras para lidiar con los cambios del mercado?

3.3.12. *¿Produce dicha regulación una real diferencia para los consumidores, quienes pagan impuestos y el público en general (incluyendo la comunidad empresarial)?* Claramente, los consumidores se ven beneficiados con la notificación previa de las fusiones. En primer lugar, porque la solución es mucho más rápida. En algunos casos dichas transacciones son abandonadas por las partes. Cuando se llega a un acuerdo, la resolución de la autoridad requiere pronta solución a los eventuales efectos anticompetitivos de dicha transacción. En segundo lugar, las soluciones pueden ser mucho más efectivas. Acuerdos previos a la fusión permiten a la autoridad estructurar soluciones con antelación y proteger los bienes que deberán dividirse. Ejemplo de lo anterior es lo ocurrido en el caso Hoechst/Marion Merrell Dow. En 1995, la Comisión bloqueó aspectos importantes de esta transacción y le permitió a los consumidores ahorrar US\$ 30.000.000 anuales en medicamentos con prescripción médica. Se trataba de la compra por parte de Hoechst AG de Marion Merrell Dow Inc. ("MMD") creando la tercera firma farmacéutica a nivel mundial. Dicha fusión generaba serios problemas antimonopolios respecto de cuatro tipos de medicamentos con prescripción médica con ventas anuales por sobre US\$ 1.25 billones. Entre los consumidores afectados se encontraban personas con hipertensión, arteriosclerosis y tuberculosis. La Comisión llegó a un acuerdo con ambas compañías en el sentido de que debían desinvertir en dichos cuatro mercados. En efecto, en el mercado del diltiazem utilizado por millones de pacientes que sufren de alta presión arterial, la medida dio como resultado el lanzamiento de un nuevo producto dentro del plazo de un año, a precios significativamente más bajos.

3.3.13. Por otra parte, la comunidad empresarial también se ha visto beneficiada con la implementación de la HSR. En primer lugar, se fijó un rallado de cancha. Los agentes económicos tienen certeza jurídica respecto de qué transacciones se encuentran afectas a una revisión previa y a una posible medida precautoria; ya no se encuentran sujetas a la suerte de los criterios imperantes en un momento determinado. Asimismo, la HSR le da a las partes mayor certeza de los plazos. La HSR impone apretados plazos para la autoridad que efectúa dicha revisión. Más aún, en el caso de no existir solicitud de antecedentes adicionales el tiempo de espera para materializar la transacción no supera los 30 días. Por otra parte, la existencia de un procedimiento establecido, claro y uniforme facilita la planificación de negocios. Por ejemplo, si una compañía desea cerrar el negocio antes de final del año por razones tributarias, analizará sus tiempos tomando en cuenta la notificación previa que debe realizar en

<sup>14</sup> [www.ftc.gov/speeches](http://www.ftc.gov/speeches). Servidos Oficial de la Federal Trade Commission "Reflections on 20 Years of Merger Enforcement under the Hart-Scott-Rodino Act".

virtud de la HSR. Finalmente, cabe destacar que dentro de los mecanismos establecidos en la HSR está la posibilidad de negociar un acuerdo entre la autoridad y las partes involucradas. Este mecanismo ha sido utilizado cada vez con mayor frecuencia, especialmente porque la autoridad se ha dado cuenta que en muchos casos no es necesario deshacer todo el negocio para evitar los efectos anticompetitivos del mismo. Algunos autores han asimilado esta normativa a los seguros. La aplicación de la HSR introdujo ciertos costos a las fusiones y adquisiciones, pero protege como contrapartida a los competidores de pérdidas mucho mayores en el evento de verse involucrados en transacciones que impliquen concentraciones de mercado importantes con efectos anticompetitivos.

3.3.14. Finalmente, nos parece interesante mencionar que el Departamento de Justicia y la FTC han obtenido una importante fuente de financiamiento a través de los pagos que deben hacer las partes interesadas para efectuar notificaciones previas de las fusiones. Por ejemplo, durante el año 1999, US\$ 220.000.000 en contribuciones permitieron financiar el 100% de las actividades de dichas agencias, tanto represivas como preventivas.

3.3.15. *¿Constituye dicha regulación una carga que impide el normal funcionamiento de los negocios?* Los requisitos de la HSR aparecen como razonables de acuerdo con el objetivo que buscan cumplir. Si bien es cierto que la normativa de la HSR no es simple, esto se debe a que busca cubrir una gran variedad de transacciones y dejar fuera aquellas que se encuentran fuera del alcance de la norma. Cumplir con dicho objetivo requiere de mucho detalle y precisión. En este sentido la Federal Trade Commission se ha preocupado de hacer dicha normativa accesible para los agentes económicos mediante la dictación de guías y respuestas formales e informales a una serie de consultas presentadas por las compañías. Si una compañía envuelta en una futura fusión tiene dudas respecto de la aplicación de la HSR, existe un importante *staff* de especialistas dispuestos a resolver telefónicamente cualquier duda en este respecto.

3.3.16. Por otra parte, la determinación de cuál será la autoridad competente para investigar (la Federal Trade Commission o el Departamento de Justicia) conocido como *clearance* se ha reducido de 17 días a 10 días. Asimismo, ambas agencias han uniformado las formalidades para solicitar requisitos adicionales con el objeto de ser consistentes entre sí. En razón de lo anterior la solicitud de documentos se redujo en un 40%.

3.3.17. Finalmente, durante los últimos años se han extendido las excepciones aplicables a la HSR. En 1979 se eximieron una serie de transacciones de muy poca monta. Luego, en marzo de 1996 se eximieron ciertas transacciones que implicaban transferencia de activos en el curso ordinario de los negocios; la adquisición de cierta clase de bienes inmuebles; la adquisición de aceite o reserva de gas por US\$ 500.000.000 o menos y la adquisición de valores cuyo valor se encuentra representado solamente por aquellos bienes exentos. Dichas adquisiciones, por regla general, no afectan la libre competencia. Finalmente, cabe destacar que en diciembre de 2000, se aprobó subir el límite de las transacciones sujetas a notificación previa de US\$ 15.000.000 a US\$ 50.000.000. El límite de US\$ 15.000.000 se mantuvo por 20 años y ya parecía obsoleto para muchos observadores.

3.3.18. *¿Es dicha regulación lo suficientemente flexible y previsor para lidiar con los cambios del mercado?* Finalmente y en relación con la última pregunta mencionada, cabe destacar que mirando hacia atrás, la HSR ha evolucionado, ajustándose a las necesidades de los nuevos tiempos. Se han reducido las demoras en el procedimiento, se han reducido las solicitudes de información adicional y se han extendido las exenciones a la aplicación de dicha normativa.

3.3.19. En este mismo sentido, cabe destacar las siguientes medidas recientemente adoptadas por la Federal Trade Commission: (a) en el caso de *divestitures*, la Federal Trade Commission ha

accedido a contar con un comprador claramente identificado propuesto por las partes y aprobado por dicha entidad. Esto aminora las preocupaciones que las partes involucradas en la transacción investigada podrían tener de no contar con un futuro comprador interesado en adquirir la parte del negocio de la que deben deshacerse; (b) asimismo, se ha buscado definir apropiadamente los negocios o productos de los que las partes involucradas deben despojarse. En muchos casos no se trata de todo el negocio sino que de una parte poco sustancial del mismo.

3.3.20. Finalmente y para entender la verdadera dimensión de la HSR, cabe destacar que durante los últimos años el número de fusiones y adquisiciones en los Estados Unidos de América y en el resto del mundo ha aumentado en forma significativa. Durante el año 2000, el valor total de las fusiones y adquisiciones alcanzó solo en los Estados Unidos de América a US\$ 1.4 trillones. En efecto, el valor de dichas transacciones superó en 14 veces las del año 1992.

3.3.21. Sin embargo las autoridades antimonopolios norteamericanas no están preocupadas por el aumento de las notificaciones (producto fundamentalmente por la explosión de las M&A), sino más bien por el número de casos que ya sea por ignorancia, error, negligencia o dolo no cumplen con dicha notificación.

3.3.22. En un principio, la Federal Trade Commission asumió una posición bastante flexible respecto de quienes infringían las normas del HSR. Por regla general, si se lograba probar que la infracción ocurrió por un error de buena fe y se trataba de la primera infracción, por regla general no se imponían multas sino más bien se enviaba a la parte involucrada una carta de aviso.

3.3.23. Sin embargo, en la actualidad la FTC ha asumido una posición más estricta. La FTC ha indicado que está preparada para aplicar multas a quienes infrinjan dicha normativa, dependiendo de las circunstancias. Las multas pueden llegar a un máximo de US\$ 11.000 por día de incumplimiento y existe la posibilidad de solicitar la enajenación de los activos o acciones adquiridas. Cabe tener presente que para muchas compañías, la pérdida de credibilidad ante las autoridades antimonopolios puede ser tanto o más serio que la imposición de multas.

#### IV. LEGISLACIÓN ANTIMONOPOLIOS EN CHILE

4.1. *Normas Generales.* El Decreto Ley 211 de 1973 ("DL 211") es el estatuto legal que rige la materia en nuestro país y, por lo mismo, es conocido como la "Ley Antimonopolios". El art. 1° del DL 211, complementado por el art. 2°, establece en términos genéricos las conductas que atentan contra la libre competencia. Tales conductas constituyen un ilícito penal y administrativo<sup>15</sup>. Dichos preceptos, como se verá, son amplios (no hay una definición

<sup>15</sup> **Artículo 1°.** El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convenio que tienda a impedir la libre competencia dentro del país en las actividades económicas, tanto en las de carácter interno como en las relativas al comercio exterior, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados.

Cuando el delito incida en artículos o servicios esenciales, tales como los correspondientes a alimentación, vestuario, vivienda, medicina o salud, la pena se aumentará en un grado.

**Artículo 2°.** Para los efectos previstos en el artículo anterior se considerarán entre otros, como hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia, los siguientes: (a) Los que se refieren a la producción, tales como el reparto de cuotas, reducciones o paralizaciones de ellas; (b) Los que se refieren al transporte; (c) Los que se refieren al comercio o distribución, sea mayorista o al detalle, tales como el reparto de cuotas o la asignación de zonas de mercado o la distribución exclusiva, por una sola persona o entidad, de un mismo artículo de varios productores; (d) Los que se refieran a la determinación de los precios de bienes y servicios, como acuerdos o imposición de los mismos a otros; (e) Los que se refieran a la libertad de trabajo o a la libertad de los trabajadores para organizarse, reunirse, o negociar colectivamente, como los acuerdos o actos de empresarios, sindicatos u otros grupos o asociaciones, tendientes a limitar o entorpecer el libre curso de negociaciones colectivas dentro de cada empresa o los que impidan o entorpecen el legítimo acceso a una actividad o trabajo, y (f) En general, cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia.

de “libre competencia”) y lo suficientemente vagos como para que la tarea de fijar criterios sobre esta materia le haya correspondido a los dictámenes y resoluciones que las autoridades antimonopólicas han dictado para tales efectos. Por eso, siempre es necesario revisar precedentes al tiempo de analizar una situación que pudiera atentar contra la libre competencia en un mercado determinado.

4.2. El Delito de Monopolio: Consideraciones Generales y Características. Artículo 1° y 2° del DL 211: Cabe hacer presente, asimismo, las principales características y los criterios y ámbitos de aplicación del tipo penal establecido en el Artículo 1°, inciso primero del DL 211 (complementado por el Artículo 2° de dicho cuerpo legal), denominado “delito de monopolio”.

4.3. Como ya indicáramos, el Artículo 1°, inciso primero del DL 211 es la norma base sobre la que se estructura la tipificación de las conductas anticompetitivas. Esta norma expresa que: “El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que *tienda a impedir la libre competencia* dentro del país en las actividades económicas, tanto en las de carácter interno como en las relativas al comercio exterior, será penado con presidio menor en cualquiera de sus grados.”

4.4. Según se desprende del artículo citado anteriormente, bajo el DL 211 no es necesario que el hecho, acto o convención respectivo produzca efectivamente una restricción o perjuicio a la libre competencia, siendo suficiente que tal hecho, acto o convención *sea capaz o tienda* a producir dichos efectos. Esto es, tal ilícito constituye lo que la doctrina califica como “delito de peligro”.

4.5 Lo anterior se complementa y relaciona con el Artículo 17° letra a) N° 5 y el Artículo 2° del DL 211. Este último señala, de manera meramente enunciativa, algunos atentados contra la libre competencia y establece en su letra f) una figura residual amplia que abarca prácticamente toda la gama de conductas atentatorias en contra de aquella. Efectivamente, dicho precepto considera, entre otros, como hechos, actos o convenciones que tienden a impedir la libre competencia, los siguientes: “*En general, cualquier otro arbitrio que tenga por finalidad eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia*”.

4.6. Cabe destacar, por otro lado, que en nuestra legislación no existe la obligación de notificar previamente a las autoridades antimonopolios una fusión o integración. Las autoridades antimonopolios actúan normalmente ya sea a petición de un tercero que lo requiera o de las partes interesadas (normalmente en este último caso, cuando solicitan un pronunciamiento a la Comisión Preventiva Central), o bien, a requerimiento del Fiscal Nacional Económico que puede iniciar una investigación al respecto.

4.7. Es interesante considerar que siempre existe la posibilidad de recurrir ante la Comisión Preventiva Central para solicitar a esta un pronunciamiento respecto de una potencial fusión. Sin embargo, nuestra experiencia en este tema es que tal Comisión ha sido bastante conservadora al momento de tener que aprobar tales transacciones.

4.8. Por otro lado, las probabilidades de que haya efectivamente un tercero interesado en disputar la legalidad de la fusión, o bien, que dicho Fiscal inicie una acción destinada a impedir que la fusión se perfeccione (o que esta se deje sin efecto), es una circunstancia que debe analizarse cuidadosamente, especialmente considerando que si desde un punto de vista “político” (y ya no estrictamente desde la perspectiva del derecho antimonopolios), el mercado de que se trate tiene una alta visibilidad pública, en cuyo caso el riesgo de que el análisis estrictamente antimonopólico se desvirtúe por consideraciones de índole política es relativamente alto (como sería el caso, a mi juicio, de la investigación existente sobre la “Fusión del Banco Santiago y del Banco Santander”).

4.9. Determinar si hay terceros competidores de los conglomerados involucrados en una fusión dispuestos a entorpecer o impedir la transacción propuesta puede ser un elemento importante para determinar tales probabilidades.

4.10. *Carácter penal y administrativo del tipo.* En base a lo señalado en el número 4.1 anterior, puede afirmarse que la tipificación de los hechos o actos contrarios a la libre competencia reúne dos características esenciales. En primer lugar, se trata de una **tipificación abierta y amplia** (i.e. no se define qué debe entenderse por atentados a la libre competencia). En segundo término, goza de **un doble carácter**, pues cumple al mismo tiempo la función de tipo penal y la de tipo sancionatorio administrativo.

4.11. *Tipificación abierta y amplia.* Dados los términos amplios de la ley, ha sido la *jurisprudencia* la encargada de completar el contenido de esta tipificación. Para hacerlo, ha contado con un importante grado de discrecionalidad, toda vez que se ha visto en la necesidad de crear criterios para sancionar las restricciones o atentados a la libre competencia. Al respecto, cabe señalar que las Comisiones, *si bien tienen en cuenta la doctrina contenida en fallos anteriores, no están obligadas a respetarlas en lo sucesivo, pudiendo en consecuencia variar su posición de un caso a otro* (lo que se ve reafirmado por el hecho de que la Comisión Resolutiva aprecia los antecedentes y las pruebas respectivas en conciencia).

4.12. *Doble Carácter.* El hecho de que el DL 211 se asiente sobre un principio de imputación penal no quiere decir que la aplicación de la ley deba fundarse siempre y exclusivamente en la existencia de un delito. Al contrario, lo usual es que el DL 211 se aplique por los órganos antimonopolios en sede administrativa, ejerciéndose la acción penal solo en casos extremos. El ejercicio de la acción penal constituye solo un instrumento extraordinario para la aplicación de la ley antimonopolios. La razón en virtud de la cual el DL 211 no cumple su función penal parece ser bastante simple: las facultades y sanciones de carácter administrativo contenidas en el DL 211 serían en principio suficientes y se bastarían por sí solas para proteger la libre competencia en el país. Tanto es así que las únicas sanciones aplicadas a lo largo de la vigencia del DL 211 han sido las que contemplan su Artículo 17 y no las del Artículo 1°.

4.13. *Jurisprudencia Relevante.* Como señalamos anteriormente, ha sido la jurisprudencia la que se ha encargado en Chile de precisar el contenido amplio de las conductas contenidas en el Artículo 1° del DL 211. Para hacerlo, ha contado con un importante grado de discrecionalidad, ya que se encuentra facultada para obrar en conciencia y no está vinculada por sus propias decisiones anteriores. En efecto, y por no existir en nuestro país una normativa específica que regule las integraciones horizontales y verticales, ha sido la jurisprudencia la que en forma bastante desordenada ha ido estableciendo ciertos criterios para analizar estos casos.

4.14. No obstante lo anterior, de las resoluciones y dictámenes pronunciados por las autoridades antimonopolios en Chile, podemos desprender una serie de principios que se repiten consistentemente en varios de ellos y que nos permiten establecer ciertos criterios generales que estas mismas autoridades aplican a casos en que se genera una concentración de mercado.

4.15. *Análisis de los Principales Criterios para Evaluar la Fusión.* Los siguientes aspectos deben tomarse en consideración al momento de analizar los efectos que una fusión podría acarrear dentro de un determinado mercado relevante:

(a) *Mercado Relevante. Concentración y Segmentación.* La definición de los mercados relevantes involucrados y la determinación del grado de concentración presente en ellos son algunos de los elementos de análisis más importantes para los efectos de predecir el comportamiento que las autoridades antimonopolios podrían tener frente a un determinado hecho, acto o convención.

Las autoridades antimonopolios chilenas han considerado tradicionalmente que dentro de aquellos mercados que tienen el carácter de regulados, existe necesariamente un menor riesgo de abuso de posición dominante que un determinado oferente pudiese pasar a detentar como consecuencia de una concentración producto de una fusión.

En todo caso, se debe tener presente que las autoridades antimonopolios son libres para determinar cuál es el mercado relevante sobre el cual deban hacerse los análisis pertinentes y en esto debe estarse siempre sujeto a criterios de razonabilidad que justifiquen el considerar una u otra perspectiva.

- (b) *Sustituibilidad del Producto*. Íntimamente vinculado con la determinación del mercado relevante y su grado de concentración, está el tema de la sustituibilidad del producto en cuestión. En efecto, productos que son fácilmente sustituibles por otros que prestan el mismo beneficio permiten extender el concepto de mercado relevante a fin de incluir dichos otros productos similares.

En todo caso, se trata fundamentalmente de una cuestión de hecho que se puede sustentar mediante estudios acerca del comportamiento de los consumidores dentro del mercado que se intenta caracterizar.

- (c) *Características de la Demanda. Elasticidad de la Demanda*. A este respecto, es importante analizar el comportamiento de la demanda en el mercado relevante de que se trate y su sensibilidad a cambios en la oferta respectiva.

Según el criterio de nuestras autoridades antimonopolios, mientras más elástica es la demanda por un determinado producto, más se reduce el riesgo de abuso de posición dominante en un mercado relevante.

- (d) *Barreras de Entrada*. La existencia o inexistencia de barreras de entrada es un importante elemento para determinar los alcances de un caso de integración horizontal desde la perspectiva del derecho antimonopolios. La inexistencia de barreras legales o naturales de entrada al mercado relevante para eventuales futuros competidores, ha sido normalmente considerado por las autoridades antimonopolios como un elemento que permite justificar, o más bien, no sancionar casos de integraciones horizontales propuestos o llevados a cabo. Ello, dado que el riesgo de que se incurra en abusos de posición monopólica es bastante menor cuando se percibe que a dicho mercado pueden entrar nuevos competidores en el futuro.

En este sentido, debe tenerse presente lo fallado por nuestras autoridades antimonopolios en el caso de la fusión de Ladeco y Lan Chile, ya que no cabe duda que el mercado de la aviación comercial interna en Chile era un mercado con importantes grados de concentración, regulación y con altos requerimientos de inversión y, sin embargo, ha sido un mercado al cual se han incorporado nuevos competidores.

- (e) *Expectativas de Crecimiento del Mercado*. Muy vinculado al tema anterior, un mercado que es percibido por las autoridades antimonopolios como un mercado en crecimiento y con una futura expansión permitiría justificar más fácilmente una determinada integración horizontal, dado que en esas circunstancias es probable que nuevos competidores ingresen al mercado a competir con el oferente integrado.

- (f) *Justificación Comercial para una determinada fusión. Aprovechamiento de Economías de Escala o Economías de Ambito*. En muchas integraciones horizontales, las razones económicas o políticas que sirven de fundamento o guía para realizar tal fusión son muchas veces elementos fundamentales o decisivos para los efectos de analizar las expectativas de éxito de una fusión en el caso de que sea objeto de controversia ante las autoridades antimonopolios. Razones económicas y comerciales legítimas como el aprovechamiento de economías a escala, de ámbito, o la necesidad de enfrentar mercados altamente competitivos, son justificaciones que han sido estimadas como razonables para llevar a cabo una integración horizontal.

En definitiva, serán estas las razones que las autoridades antimonopolios apreciarán con detención para los efectos de aprobar o no una determinada integración. Si resulta evidente que el único interés es pasar a detentar una posición monopólica y, eventualmente,

abusar de dicha posición dominante subiendo los precios o estableciendo otro tipo de arbitrios abusivos a la libre competencia, es probable que las autoridades antimonopolios decidan rechazar la integración horizontal de que se trate.

- (g) *Comportamiento Predecible después de la fusión.* Como queda de manifiesto de la jurisprudencia emanada de nuestras autoridades antimonopolios, la concentración de mercados no es atentatoria a la libre competencia *per se*, sino que es necesario, para evaluar los efectos de la misma, que exista la posibilidad cierta de que la entidad resultante de la fusión aumente sus precios y/o empeore sus productos o servicios o los beneficios que obtenían los consumidores previo a la fusión, luego de haberse perfeccionado la respectiva integración, abusando de la posición adquirida de principal oferente dentro del mercado relevante de que se trate. En efecto, si dichas autoridades tuvieran el convencimiento de que con ocasión de la fusión no se van a aumentar de manera unilateral los precios ni que se va a llevar a cabo ninguna otra clase de prácticas abusivas, es entonces muy probable que la fusión no sea objetada. En este sentido, será importante demostrar que una determinada fusión no dejará a la entidad fusionada en una posición de tal predominio dentro del mercado relevante que le haga fácil alterar de manera unilateral el libre juego de la oferta y la demanda dentro del mismo.

#### V. TEMA BANCARIO EN CHILE

5.1. Sin perjuicio de lo señalado precedentemente en relación con el control preventivo de las fusiones y adquisiciones en nuestro país, nos parece necesario analizar en forma separada la modificación introducida a la Ley General de Bancos por la Ley N° 19.705, publicada en el Diario Oficial con fecha 20 de diciembre de 2000.

5.2. La Ley N° 19.705 incorpora el artículo 35 bis a Ley General de Bancos, normativa que establece que en ciertos casos de concentraciones bancarias se requiere autorización previa de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (la "Superintendencia").

5.3. El artículo 35 bis de la Ley General de Bancos exige a los bancos o a las personas o grupos controladores, según corresponda, solicitar una autorización previa especial a la Superintendencia cuando pueda resultar una *participación significativa* de un banco o grupo de bancos en el mercado, a consecuencia de alguno o varios de los siguientes actos:

- (a) Fusión de bancos, sea que se efectúe por las normas generales que señala el artículo 99 de la Ley N° 18.046 sobre sociedades anónimas, o por la regulación especial del artículo 49 N° 11 de la Ley General de Bancos;
- (b) Adquisición de la totalidad del activo y pasivo de un banco por otro;
- (c) Adquisición de una parte sustancial del activo y pasivo de un banco por otro. Se entiende por sustancial aquella igual o superior a una tercera parte del valor de contabilización de los mismos, según se desprende de la cita que la ley hace al artículo 138 de la Ley General de Bancos;
- (d) Toma de control de dos o más bancos por una misma persona o grupo controlador. Se entiende que este caso comprende la toma de control de un banco por una persona o grupo que controla ya otro; y
- (e) Aumento sustancial de participación de uno de los bancos controlados por una misma persona o grupo. Se entiende así cuando el controlador adquiere la mayoría o los dos tercios de las acciones, en su caso.

5.4. En definitiva, se requiere que independientemente de la forma en que se produzca la concentración bancaria (de acuerdo con lo señalado en el numeral 5.3. precedente), EL BANCO ADQUIRENTE O EL GRUPO DE BANCOS RESULTANTE ALCANCEN UNA PARTICIPA-

**CIÓN SIGNIFICATIVA EN EL MERCADO.** El artículo 35 bis dispone que la Superintendencia determinará, mediante norma general, los elementos y antecedentes que deberán considerarse para estimar cuando una participación de mercado es significativa, incluyendo un porcentaje de participación a partir del cual se harán aplicables las normas de dicho artículo.

5.5. De acuerdo con la Circular N°3.099 de la Superintendencia, el o los bancos o sus respectivos controladores que deseen efectuar alguno de los actos referidos en el numeral 5.3 precedente, deberán solicitar a la Superintendencia una autorización previa especial, cuando la participación en el mercado después de realizarse la operación proyectada, **RESULTE MAYOR DE UN 15%**. Es decir, la Superintendencia ha estimado que cualquier concentración por sobre el 15% del mercado bancario constituye una participación de mercado significativa. De acuerdo con la Circular antes mencionada, la participación de mercado resultará de obtener el porcentaje que representan las colocaciones totales del banco o grupo de bancos resultantes, sobre las colocaciones totales del sistema.

5.6. Para pronunciarse sobre las operaciones cuyo resultado sea una participación de mercado superior a 15%, la Superintendencia tomará en cuenta, entre otros, los siguientes antecedentes del banco o del grupo de bancos en el mercado:

- (a) Evaluación de la gestión y solvencia;
- (b) Categoría de riesgo otorgada por una empresa evaluadora que figure en la nómina a que se refiere el artículo 78 de la Ley General de Bancos, en su caso;
- (c) Cumplimiento de la normativa; y
- (d) Puntualidad y calidad de la entrega de información a este organismo fiscalizador. Esos antecedentes son sin perjuicio de los relativos al requisito de solvencia para los accionistas que tengan una participación significativa en el capital de un banco, de acuerdo con los artículos 28 y 36 de la Ley General de Bancos.

5.7. Asimismo, cabe mencionar que la Superintendencia en la Circular N° 3.099 hace la siguiente distinción:

- (a) Cuando se trate de una fusión de dos o más bancos y la participación de mercado resultante supere un 15% y no exceda un 20%; y
- (b) Cuando se trate de una fusión de dos o más bancos y la participación de mercado supere el 20% o cuando se trate de cualesquiera de los otros casos contemplados en la ley que supere un 15% de la participación de mercado, con independencia de si excede o no el 20%.

5.8. En el primer caso, la autorización se concederá condicionada a que el banco resultante mantenga un porcentaje no inferior a un 10% entre el patrimonio efectivo y los activos ponderados por riesgo, por el tiempo que señale la Superintendencia, que no podrá ser inferior a un año.

5.9. En el segundo caso, la Superintendencia resolverá según cada caso y podrá condicionar la autorización al cumplimiento de una o más de las siguientes exigencias para el o los bancos, según sea el caso:

- (a) Que el patrimonio efectivo deba ser superior al 8% de sus activos ponderados por riesgo, con un límite de un 14%;
- (b) Que la reserva técnica que establece el artículo 65 de la ley General de Bancos sea aplicable desde que los depósitos y demás sumas a que se refiere esa norma excedan de una vez y media su capital pagado y reservas; y
- (c) Que el margen de préstamos interbancarios establecido en el artículo 84, N° 1, inciso penúltimo de la Ley General de Bancos, se rebaje al 20% del patrimonio efectivo.



5.10. La Superintendencia podrá imponer total o parcialmente las exigencias antes señaladas mediante resolución fundada y asimismo limitar su aplicación en relación al monto o porcentaje que contiene cada letra precedente. Podrá también modificar las exigencias que haya impuesto, siempre que la modificación signifique una reducción de sus efectos.

5.11. De acuerdo con el artículo 35 bis, *la Superintendencia solo podrá rechazar una solicitud de autorización, mediante resolución fundada y previo informe favorable del Consejo del Banco Central de Chile*, adoptado por la mayoría de sus miembros en ejercicio. El informe referido en el inciso anterior deberá ser evacuado dentro del plazo de diez días hábiles desde que se solicite, plazo que se entenderá prorrogado en el caso que contempla el artículo 19, inciso tercero, de la Ley Orgánica del Banco Central.

5.12. De acuerdo con la Circular 3.099, dicho informe no procederá en el caso contemplado en el artículo noveno transitorio de la Ley N° 19.705. Dicho artículo dispone que cuando el Banco Central de Chile acuerde efectuar una enajenación de acciones con sujeción a la ley N° 19.396, o mantenga acciones en uno de los bancos objeto de la fusión, toma de control, o del aumento sustancial de participación accionaria, no procederá el informe de dicha entidad y la Superintendencia se pronunciará por sí sola sobre la solicitud.

5.13. En cualquier caso, la Superintendencia deberá pronunciarse en un plazo máximo de 60 días. Las resoluciones denegatorias que dicte la Superintendencia podrán reclamarse con sujeción al artículo 22 de la ley General de Bancos (recurso de reclamación ante la Corte de Apelaciones correspondiente).

#### BIBLIOGRAFÍA

1. American Bar Association, Section of Antitrust Law, revista *Antitrust, International Merger Control*, volumen 15, número 2. Publicada en Chicago, Estados Unidos de América el primer semestre de 2001.
2. American Bar Association, Section of Antitrust Law, *Vertical Restraints of Trade and Restrictive Distribution Practices, Antitrust Fundamentals*, publicada en Washington D.C. el 28 de marzo de 2001.
3. American Bar Association, Section of Antitrust Law, Monograph 7, *Merger Standards under U.S. Antitrust Laws*, 1981.
4. Cristián Larroulet y Francisco Mochón, *Economía*, segunda impresión (1996) de la Primera Edición, Editorial McGraw-Hill, 1995.
5. D.G. Goyder, *EC Competition Law*, Tercera Edición, Oxford University Press Inc., Nueva York, 1998.
6. Ernest Gelhorn y William E. Kovacevic, *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, Cuarta Edición, West Publishing Co., 1994.
7. Ernesto Silva Méndez, *Las Fusiones Horizontales Frente al Derecho de Libre Competencia de los Estados Unidos*, Tesis de Grado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, marzo de 2000.
8. Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and its Practice*, Hornbook Series, West Publishing Co., 1994.
9. Luis Montt D., *Ley Antimonopolios*, Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolio desde 1981 hasta 1997, Tomos I a IX, Editorial Jurídica ConoSur.
10. N. Gregory Mankiw, *Principios de Microeconomía*, Primera Edición en español, Editorial McGraw-Hill, 1998.
11. Richard A. Posner, *Antitrust Law, and Economic Perspective*, The University of Chicago Press.
12. Ricardo Paredes M., *Jurisprudencia de las Comisiones Antimonopolios en Chile*, en investigación para el proyecto TAL III de la Fiscalía Nacional Económica.

13. W. Kip Viscusi, John M. Vernon y Joseph E. Harrington Jr., *Economics of Regulation and Antitrust*, Segunda Edición, The MIT Press, Cambridge, Inglaterra.

## INTERNET

1. [http://www.bellboyd.com/newsletters/hart-scott-rodino\\_prememerger.asp](http://www.bellboyd.com/newsletters/hart-scott-rodino_prememerger.asp) memorándum preparado por el Estudio Bell, Boyd & Lloyd.
2. <http://www.choate.com/HartScottRodinoReform.html>, memorándum preparado por el Estudio Choate Hall & Stewart.
3. [http://www.ffhsj.com/cmemos/313721\\_rule.htm](http://www.ffhsj.com/cmemos/313721_rule.htm), memorándum del Estudio Fried, Frank, Harris, Shriver & Jacobson.
4. <http://www.ftc.gov/bc/hsr/hsrvaluation.htm>, página oficial de Federal Trade Commission de Estados Unidos.
5. <http://ftc.gov/speeches/other/hsrspeec.htm>, página oficial de Federal Trade Commission de Estados Unidos, Reflections on 20 years of Merger Enforcement under the Hart-Scott-Rodino Act.
6. <http://www.mwe.com/news/pts0201a.htm>, memorándum preparado por el Estudio MW & E.
7. <http://www.strook.com>, memorándum preparado por el Estudio Stroock & Stroock & Lavan.
8. <http://www.tht.com/pubs/SearchMatchPub.asp?ArticleID=476>, memorándum preparado por el Estudio Testa, Hurwitz & Thibeault.
9. <http://www.usdoj.gov>, servidor oficial del Department of Justice de Estados Unidos.
10. [http://www.uschamber.org/\\_Political+Advocacy/Issues+Index/Legal+Reform/Antitrust+Reform/Har.../default.htm](http://www.uschamber.org/_Political+Advocacy/Issues+Index/Legal+Reform/Antitrust+Reform/Har.../default.htm), página oficial del U.S. Chamber of Commerce.
11. <http://www.weil.com/wgm/innews.nsf>, memorándum preparado por el Estudio Weil, Gotshal & Manges.

## ANEXO 1

*Jurisprudencia Chilena Sobre Integraciones Horizontales.*

1. Participación simultánea de Telefónica España S.A. (“Telefónica España”) en Compañía de Teléfonos de Chile S.A. (“CTC”) y en Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A. (“Entel”): Dictamen de la Comisión Preventiva (en adelante también “CP”) N° 735/240, de fecha 19 de abril de 1990.

- (a) *Los Hechos.* Telefónica España era la propietaria del 48% del capital accionario de CTC (referida en esta sección como la “Transacción”), una compañía que controla en Chile casi el 95% del mercado de la telefonía local. Al mismo tiempo, Telefónica España era también la propietaria del 20% del capital accionario de Entel, compañía líder en Chile en servicios de telefonía de larga distancia. Adicionalmente, y en virtud de un pacto de accionistas celebrado con una subsidiaria del Banco Santander, Telefónica España estaba en condiciones de controlar otro 10% del capital de Entel.
- (b) *Cuestiones planteadas.* Telefónica España consultó a la CP si su participación simultánea en CTC y Entel restringiría o no la libre competencia dentro de sus mercados de conformidad al D.L. 211.
- (c) *Resolución.* El dictamen 735/240 de la CP estableció que la participación simultánea de Telefónica España en CTC y en Entel restringía la libre competencia bajo el D.L. 211, y que, en consecuencia, Telefónica España debía optar entre mantener su inversión en CTC o en Entel, pero no en ambas compañías. Los fundamentos de esta decisión fueron los siguientes: (i) el mercado de las telecomunicaciones en Chile era extremadamente imperfecto desde el punto de vista de la competencia, el cual, a consecuencia de su imperfección, era de difícil regulación y supervisión, (ii) el mercado de las telecomunicaciones en Chile era servido, de manera muy relevante, por solo dos operadores: CTC en comunica-

ciones locales, y Entel en comunicaciones de larga distancia. A fin de garantizar la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, especialmente respecto de la posible aparición de barreras de entrada para nuevos competidores y de la supervivencia de los competidores existentes de CTC y Entel, era necesario que ambas actuaran con absoluta independencia una de la otra, (iii) la importante participación de Telefónica España en CTC, la cual le permitía controlar las operaciones de la segunda, y su simultánea participación en Entel, implicaba la introducción de enormes barreras de entrada al mercado de los servicios de larga distancia, ya que existía el riesgo de que CTC, constituyendo un monopolio natural en la telefonía local, pudiera discriminar contra los competidores de Entel en el mercado de los servicios de larga distancia. De acuerdo con los argumentos de la CP, este riesgo existía, en primer lugar, debido a que una acción discriminatoria podría reportarle beneficios económicos a Telefónica España, aun en el caso de que no controlara de manera alguna las decisiones de Entel, y, en segundo lugar, debido a que la tecnología y los recursos administrativos de que disponía la autoridad a la época de este dictamen, no podían garantizar la no discriminación en las interconexiones telefónicas ni en la elección de los *carriers* de larga distancia, y (iv) un actuar discriminatorio por parte CTC en favor de Entel podía resultar altamente inconveniente debido a que los avances tecnológicos podrían permitir que en el futuro el mercado de la larga distancia, donde Entel todavía tenía un poder monopólico, pudiera llegar a ser más competitivo, con claros beneficios para los usuarios en términos de nuevos y mejores servicios y de una reducción sustancial de las tarifas, y que ese proceso podría verse seriamente dañado por este actuar discriminatorio.

2. Adquisición de Inforsa por parte de la Compañía Manufacturera de Papeles y Cartones ("CMPC"): Dictamen N° 584/1200, de la Comisión Preventiva, de fecha 27 de noviembre de 1986.

- (a) *Los Hechos*. CMPC (la mayor empresa chilena manufacturera de papel celulosa) estaba participando en una licitación pública para la adquisición del 66,58% de las acciones emitidas por Industrias Forestales S.A. (gran empresa forestal y maderera), de sus filiales y de Papeles Sudamérica S.A. (conjuntamente "Inforsa"). La mencionada adquisición por parte de CMPC (referida en esta Sección y en la Sección siguiente como la "Transacción"), implicaría que CMPC adquiriría una importante participación de mercado respecto de la industria forestal y de productos y subproductos madereros (conjuntamente los "Productos")<sup>16</sup>.
- (b) *Cuestiones planteadas*. CMPC consultó a la Comisión Preventiva si la Transacción restringía o limitaba la competencia conforme al DL 211.
- (c) *Resolución*. Conforme al dictamen de la CP, la Transacción restringía la competencia porque permitía a la CMPC concentrar: (i) el 100% de la capacidad de producción de papel para periódicos, (ii) un 85% de la participación de mercado respecto de cartón corrugado, y (iii) una porción importante de la capacidad productiva de "otros tipos de papel" (tales como cartulina, papel para impresión, etc.)
- (d) *Voto disidente*. De acuerdo al voto disidente, la Transacción no restringía ni limitaba la competencia porque: (i) el objetivo de la Transacción era fortalecer la presencia de los Productos pertinentes en los mercados internacionales y no monopolizar el mercado nacional, (ii) la Transacción contemplaba un compromiso de CMPC de vender sus acciones en una de sus filiales a una empresa extranjera, evitando así la concentración de la capacidad de producción de papel para periódicos, (iii) la Transacción no implicaría una monopolización del mercado del "otros tipos de papel" y del cartón corrugado, porque CMPC no tenía el poder para controlar efectivamente el manejo o la demanda de materias

<sup>16</sup> Los productos incluidos en el dictamen son (i) recursos forestales, (ii) celulosa, (iii) papel para periódico, (iv) cartón corrugado, (v) otros tipos de papel, y (vi) papel de envolver.

primas o insumos importantes para producir tales productos, (iv) incluso después de la Transacción, CMPC continuaría enfrentando y compitiendo tanto con (x) los productores nacionales, incluyendo aquellos de productos sustitutos, como con (y) los importadores, (v) existirían competidores potenciales, tales como compañías de celulosa, que podían entrar al giro de CMPC respecto de cartón y papel, sustituyendo así la producción de CMPC, y (vi) en caso de que cambiaran las condiciones del mercado, y CMPC incurriera en un abuso de posición dominante, la Comisión Resolutiva tiene las facultades para desconcentrar el sector.

3. Adquisición de Inforsa por parte de la CMPC (recurso ante la Comisión Resolutiva): Resolución de la Comisión Resolutiva (en adelante también "CR") N° 243, de fecha 15 de diciembre de 1986.

- (a) *Hechos y cuestiones planteadas.* Idem Sección anterior. CMPC interpuso un recurso ante la CR, impugnando así el dictamen 584/1200 referido en la sección anterior.
- (b) *Resolución.* De acuerdo con el dictamen 243 de la CR la Transacción no restringía ni limitaba la competencia porque: (i) las ventajas chilenas para las inversiones en industria forestal y maderera, y la apertura del país a nuevas inversiones tanto nacionales como extranjeras en dicho sector, tal como lo demuestran el interés de compañías como Copech-Shell, British American Tobacco, Carter Holt y Fletcher Challenge, hacen de Chile un mercado abierto a la competencia en el sector pertinente, (ii) los acuerdos y obligaciones de CMPC de vender una de sus filiales a una compañía extranjera, permitían con una certeza razonable evitar la concentración de la capacidad productiva de papel para diarios<sup>17</sup>, (iii) la utilización de insumos y materias primas importados para la producción de cartón corrugado, como asimismo la ausencia de barreras para la entrada de nuevos competidores que manufacturen tal producto, asegura la posibilidad de la competencia respecto de tal producto, (iv) la presencia de productos que puedan servir como sustitutos de cartón corrugado también implica la mantención de la competencia a tal respecto, (v) la existencia de competidores nacionales e importaciones respecto del "otro papel" y la ausencia de barreras para la entrada de nuevos competidores que manufacturen tales productos, asegura que la competencia se mantendrá respecto de tales productos, (vi) "el asunto determinante respecto de la competencia es el comportamiento de las compañías dentro del mercado y no el hecho de que sean de propiedad de una o varias personas", y (vii) los mercados de los productos altamente transferidos de madera, celulosa y papel están regidos en gran medida por precios internacionales.
- (c) *Criterios.* De acuerdo al dictamen 243 de la CR, los siguientes elementos deben tenerse en cuenta para determinar si la adquisición de una participación importante del mercado a través de la compra de una compañía o de una serie de compañías constituye una violación del DL 211:
- (i) El comportamiento de las compañías dentro del mercado, independientemente de que estas sean propiedad de una o más personas;
  - (ii) Las ventajas competitivas de la economía chilena respecto de los productos y mercados pertinentes;
  - (iii) Las condiciones específicas de la transacción, especialmente respecto de cualesquiera cláusulas o acuerdos que garanticen la desconcentración futura o la transferencia de la propiedad o del control de las capacidades productivas;
  - (iv) La competencia y apertura dentro de los mercados respecto de los insumos y materias primas para manufacturar los productos, incluyendo la posibilidad de importar tales insumos y materias primas;

<sup>17</sup> Nótese que la apelación de CMPC contenía el compromiso de esta a efectuar dicha venta. La decisión de la CR ordenó que CMPC efectuara dicha venta dentro de los próximos 12 meses de dictada dicha resolución.

- (v) Las barreras para la entrada de nuevos competidores a los productos y mercados pertinentes (o la ausencia de tales barreras);
- (vi) La existencia de productos sustitutos de los productos pertinentes (o la ausencia de tales sustitutos);
- (vii) La existencia de competidores nacionales o extranjeros (importaciones) respecto de los productos pertinentes (o la ausencia de tales competidores);
- (viii) La transferibilidad y existencia de precios internacionales de mercados para los productos pertinentes y para sus materias primas (esto es, la capacidad para fijar, manejar o controlar los precios).

4. Fusión de Manufacturas de Cobre S.A. ("MADECO") con Nibasco Ltda. ("Nibasco"): Dictamen 247/488 de la CP, de fecha 10 de junio de 1980.

- (a) *Los hechos.* MADECO y Nibasco, dos compañías de la industria y mercados metalúrgicos, consultaron a la CP respecto de su eventual fusión (referida en esta Sección como la "Fusión").
- (b) *Cuestiones Planteadas.* Si la Fusión restringiría la competencia dentro de los mercados pertinentes de acuerdo al DL 211.
- (c) *Resolución.* El dictamen 247/488 estableció que la Fusión no restringiría la libre competencia de acuerdo al DL 211 porque: (i) su presencia en los mercados pertinentes (oferta y demanda) era mínima, (ii) existía una serie de otros productores, (iii) existían productos sustitutos disponibles, (iv) no existían patentes o procesos exclusivos, y (v) existían otras alternativas disponibles para los clientes o consumidores afectados.

5. Adquisición por parte de Lan Chile S.A. ("LAN") de la mayoría de las acciones de Líneas Aéreas del Cobre S.A. ("LADECO"): Resolución de la CR N° 445, de fecha 10 de agosto de 1995.

- (a) *Los hechos.* LAN, la principal línea aérea de Chile, decidió adquirir la mayoría de las acciones de LADECO, la cual, a su vez, era la segunda línea aérea de nuestro país (referida en esta sección como la "Transacción"). De acuerdo con la información proporcionada, si la Transacción era llevada a cabo, podía implicar que el holding LAN-LADECO pasara a controlar el 85% del mercado de transporte aéreo chileno, tanto nacional como internacional (referido en esta sección como el "Mercado Relevante").
- (b) *Cuestiones planteadas.* LAN consultó a la CR si la Transacción restringiría o impediría la competencia dentro de sus mercados de conformidad al DL 211. La CR decidió que, en orden a resolver este asunto, los hechos relevantes que debían ser probados en el proceso eran los siguientes: (i) si la Transacción produciría efectos restrictivos en el Mercado Relevante, ya fuera en relación con las tarifas, la frecuencia de los vuelos, o de cualquier otra manera, (ii) si la integración de LAN y LADECO, como consecuencia de la Transacción, implicaría una mejor y más eficiente utilización de los recursos de ambas compañías, y (iii) si la situación económica de LAN y LADECO mejoraría como consecuencia de la Transacción.
- (c) *Resolución.* La Resolución 445 de la CR estableció que la Fusión no restringiría la libre competencia bajo el D.L. 211 porque: (i) el D.L. 211 no prohíbe ni castiga la existencia de compañías que tengan una posición dominante en un mercado determinado. Lo que el D.L. 211 sanciona es el abuso en que tales compañías puedan incurrir basadas en su posición dominante, (ii) la Transacción implicaría una más eficiente utilización de los derechos de tráfico aéreo de ambas compañías, permitiéndoles no incurrir en costos dobles que pudieran resultar de la promoción de dos líneas aéreas diferentes en cada ruta aérea, (iii) la legislación chilena garantiza el derecho de acceder libremente al Mercado Relevante a cualquier persona o compañía, así como la libre competencia en el mismo, (iv) sin perjuicio de que LAN y LADECO conjuntamente controlarían el 85% del Merca-

do Relevante, la presencia de National Airlines, que controlaba el 15% restante y había mostrado un crecimiento sostenido en el mercado de los vuelos nacionales, era un factor importante para mantener la libre competencia en el Mercado Relevante, (v) el Mercado Relevante era competitivo y operaba en condiciones de apertura, transparencia y desregulación, bajo un fuerte proceso de expansión, el cual, a través de un aumento en la oferta y una reducción de los precios, presumiblemente expandiría el Mercado Relevante, (vi) la integración de LAN y LADECO originaría economías de escala, las que harían el negocio más eficiente, produciendo una reducción de costos que al final debería traspasarse a los usuarios, y (vii) no había información para creer que, solo debido a la Transacción, la libre competencia en el Mercado Relevante se vería restringida o impedida.

6. Fusión de Hucke Industrias Alimenticias S.A.C. y Fábricas de Confites y Galletas MacKay S.A.: Dictamen N° 229/170 de la CP, de fecha 2 de octubre de 1979.

- (a) *Los hechos*. Hucke y MacKay, dos compañías de la industria y mercado de los confites, consultaron a la CP respecto de su eventual fusión (referida en esta sección como la "Fusión").
- (b) *Cuestiones planteadas*. Si la Fusión restringiría la competencia dentro de sus mercados de conformidad al DL 211.
- (c) *Resolución*. El dictamen 229/170 estableció que la Fusión alteraría, reduciéndola, la libre competencia de acuerdo al DL 211 porque: (i) significaría la creación de un poder productor de galletas que concentraría más del 75% de la producción nacional, (ii) no existían otros productores, ni en tamaño ni en número, capaces de competir con este poderoso oferente.

7. Adquisición de las acciones de la sociedad Hucke Industrias Alimenticias S.A.C. por la sociedad Fábricas de Confites y Galletas MacKay S.A.: Resolución N° 86 de la CR, de fecha 22 de octubre de 1980.

- (a) *Los hechos*. Hucke y MacKay, dos compañías de la industria y mercado de los confites, consultaron a la CR respecto de su pretensión de operar conjuntamente en dicho mercado, mediante la adquisición por parte de la segunda de la mayoría de las acciones de la primera (referida en esta sección como la "Fusión").
- (b) *Cuestiones planteadas*. Si la Fusión restringiría la competencia dentro de sus mercados de conformidad al DL 211, tal como lo había considerado previamente el Dictamen N° 229/170.
- (c) *Resolución*. La resolución N° 86 de la CR estableció que la Fusión no restringiría la libre competencia bajo el DL 211 porque: (i) la Fusión tenía por objeto principal aumentar la capacidad instalada de producción de las sociedades, a fin de cubrir el futuro aumento estimado del consumo de galletas fundamentalmente, y mejorar la calidad y cantidad de la producción nacional, incluso permitiendo la exportación de estos bienes, (ii) en los rubros de chocolates y confites existía una serie de productores en el mercado con una capacidad productiva importante y que podría aumentar con la importación, (iii) no obstante concentrarse más del 77% de la producción nacional de galletas en manos de estas dos sociedades, existía una cantidad importante de galletas importadas que entraban al país y que podían, por precio y calidad, competir con las nacionales, ampliando considerablemente el mercado en cuestión.
- (d) *Criterios*. Conforme a la resolución N° 86 de la CR, los elementos a tener en cuenta para determinar si una adquisición de una porción importante de un mercado a través de una fusión constituye una violación o una contravención al DL 211, son los siguientes:
  - (i) El examen del mercado potencialmente afectado en un sentido amplio, esto es, comprendiendo en él no solo la producción interna del bien de que se trate, sino también la importación que del mismo se haga, como ocurre en la especie.
  - (ii) Que la incidencia que tenga en el mercado nacional el producto o bien que se importa esté vinculada con la posibilidad real y efectiva de que ese producto o ese bien puedan llegar al mercado en condiciones competitivas.

- (iii) Que cualquier abuso que en materia de precios que pudiera cometerse por parte de una empresa con participación mayoritaria en el mercado, pueda ser reprimido con posterioridad a su comisión por la autoridad en uso de sus facultades legales.
  - (iv) Los objetivos y condiciones específicos de la fusión.
- (e) Voto disidente. De acuerdo al voto disidente, la Fusión restringiría la libre competencia porque: (i) examinar el mercado en un sentido amplio, esto es, comprendiendo en él no solo la producción interna del bien, en este caso las galletas, sino también la importación que del mismo se haga, hace perder todo el sentido de la Ley Antimonopolios, ya que cualquier empresa que fuera la única productora de un bien en Chile, al tener la libre competencia del resto de las empresas extranjeras del rubro, estaría libre de ser considerada monopólica, (ii) que los productos importados deben pagar fletes, seguros y derechos de importación, con lo cual su costo sube en un porcentaje que representa una desventaja frente al producto nacional.

8. Fusión de las compañías de alimentos Ideal S.A. y Cena: Dictamen N° 504/1224, de fecha 7 de noviembre de 1985.

- (a) *Los hechos.* Ideal S.A. y Cena, dos compañías de la industria y mercado alimenticio, consultaron a la CP respecto de su eventual fusión (referida en esta Sección como la "Fusión").
- (b) *Cuestiones planteadas.* Si la Fusión restringiría la competencia dentro de sus mercados de conformidad al DL 211.
- (c) *Resolución.* El dictamen 504/1224 de la CP estableció que la Fusión no restringiría la libre competencia bajo el DL 211 porque: (i) según el estudio de las líneas de productos y áreas de distribución, existía una serie de productores en el mercado con una capacidad productiva similar, (ii) el mercado pertinente era elástico y existían productos sustitutos, (iii) el objetivo de la Fusión era la racionalización de costos (es decir, no la monopolización de la producción o la distribución), y (iv) la Fusión no implicaba la creación de un poder dominante capaz de controlar los precios o volúmenes de producción en el mercado respectivo.
- (d) *Criterios.* Conforme al dictamen 504/1224 de la CP, los elementos a tener en cuenta para determinar si una adquisición de una porción importante de un mercado a través de una fusión constituye una violación o una contravención al DL 211, son los siguientes:
  - (i) La existencia de otros productores/ofertantes respecto de los productos y mercados pertinentes;
  - (ii) La existencia de productos sustitutos y la elasticidad del mercado;
  - (iii) Los objetivos y condiciones específicos de la fusión; y
  - (iv) La capacidad de la compañía fusionada para controlar precios y volúmenes de producción.

9. Adquisición de activos de la sociedad Productos Lácteos Ltda. "Prolac" por la sociedad Nestlé S.A.: Dictamen N° 571/885 de la CP, de fecha 3 de septiembre de 1986.

- (a) *Los hechos.* Nestlé Y Prolac, dos compañías de la industria y mercado de los productos lácteos (fundamentalmente helados), consultaron a la CP respecto de la pretensión de la primera de proceder a la adquisición de los activos de la segunda (referida en esta sección como la "Adquisición"). Prolac fabricaba helados que eran comercializados bajo la marca "Chamonix", y postres y yogures bajo la marca "Yely", a la vez que Nestlé comercializaba helados bajo la marca "Savory".
- (b) *Cuestiones planteadas.* Si la Adquisición restringiría la competencia dentro de sus mercados de conformidad al DL 211.
- (c) *Resolución.* El Dictamen N° 571/885 de la CP estableció que la Adquisición no restringiría la libre competencia bajo el DL 211 porque: (i) Nestlé Y Prolac solo eran competido-

res en el mercado de los helados (Nestlé no participaba en el mercado de los yogures y postres a base de leche) y, en conjunto, solo tendrían una participación de un 49% en dicho mercado, (ii) no existían barreras significativas para entrar a este mercado, (iii) en dicho mercado operaban dos importantes industrias (Bresler y L.B.) que podrían competir con Savory a un nivel semejante y un gran número de pequeñas empresas, incluidas las artesanales, que contribuían a regular el mercado, (iv) para los efectos de determinar el mercado relevante debían considerarse, también, bebidas y otros productos sustitutos del helado, y (v) tal Adquisición no tiene influencia en el número de poderes compradores de leche en la zona central.

10. Adquisición del 100% de los derechos sociales de la sociedad Productos Químicos y Alimenticios Borden Ltda. por la sociedad Molinos y Fideos Luchetti S.A.: Dictamen N° 583/1141 de la CP, de fecha 20 de noviembre de 1986.

- (a) *Los hechos.* Luchetti Y Borden, dos compañías de la industria y mercado de los productos alimenticios (fundamentalmente fideos y pastas), consultaron a la CP respecto de la pretensión de la primera de proceder a la adquisición del 100% de los derechos sociales de la segunda (referida en esta sección como la “Adquisición”). Borden fabricaba y comercializaba pastas bajo la marca “Adria”.
- (b) *Cuestiones planteadas.* Si la Adquisición restringiría la competencia dentro de sus mercados de conformidad al DL 211.
- (c) *Resolución.* El Dictamen N° 583/1141 de la CP estableció que la Adquisición no restringiría la libre competencia bajo el DL 211 porque: (i) la industria chilena de fideos y pastas tiene, desde muy antiguo, una estructura en la que dos empresas –Luchetti y Carozzi– producen más del 80% de la producción nacional, siendo el 20% restante producido por cerca de 40 empresas medianas y pequeñas, (ii) como consecuencia de la adquisición, Luchetti quedaría con una participación similar a la de Carozzi, que ha sido su tradicional competidora, y (iii) no existían barreras significativas para entrar a este mercado.

11. Adquisición de la mayoría de las acciones de la sociedad Lechera del Sur S.A. por la sociedad Nestlé Chile S.A.: Dictamen N° 880/790 de la CP, de fecha 20 de octubre de 1993.

- (a) *Los hechos.* Por resolución del Fiscal Nacional Económico, se decretó iniciar de oficio una investigación relativa a la compra de la empresa Lechera del Sur S.A. por Nestlé Chile S.A., en atención a que esta operación concentraría significativamente el mercado de los productos lácteos en el país y, eventualmente, el poder comprador de leche fluida al productor en la X Región.
- (b) *Cuestiones planteadas.* Si la Adquisición de más del 92% de Lechera del Sur por parte de Nestlé, no consultada previamente a los Organismos Antimonopolios, restringiría la competencia dentro de sus mercados de conformidad al DL 211.
- (c) *Resolución.* El Dictamen N° 880/790 de la CP estableció que la Adquisición no restringiría la libre competencia bajo el DL 211 porque: (i) la posición de Nestlé en el mercado de los productos elaborados derivados de la leche, si bien se vería mejorada, carecería de importancia en la mayoría de los productos, por la participación de otras empresas de la competencia, (ii) si bien Nestlé mejoraría su posición de comprador de insumos, especialmente en la provincia de Llanquihue, la existencia de otras empresas compradoras de leche en la provincia, serviría como alternativa ante posibles actitudes monopsonicas que pudieren originarse, y (iii) la Adquisición no produciría, a nivel nacional, una concentración en la compra de leche fluida y producción de sus derivados en términos de significar un atentado contra la libre competencia.



12. Adquisición del total de las acciones de la sociedad Proacer por la sociedad Moly-Cop: Dictamen N° 946/539 de la CP, de fecha 20 de septiembre de 1995.

- (a) *Los hechos.* Sphere International Limited y C.R.A. Limited, ambas sociedades que constituyeron la Sociedad chilena de productos Chilenos de Acero (Proacer) ; y Moly-Cop solicitan el pronunciamiento de la CP, en cuanto a que Sphere International y C.R.A. Limited desean vender su capital accionario en Proacer a Moly-Cop, de tal forma de absorber una empresa a la otra o fusionarse.
- (b) *Cuestión planteada.* Si la adquisición de acciones de Proacer por parte de Moly-Cop, que reuniría una oferta conjunta del 95% de la producción nacional de bolas de acero para la molienda, produciría efectos contrarios a la libre competencia en relación al DL 211.
- (c) *Resolución.* La CP aprueba la fusión de ambas empresas. Expresa que si bien esta es una elevada cuota de mercado, no se produciría en este caso una posición dominante susceptible de ser ejercida abusivamente, toda vez que existen una serie de factores que intervienen en el mercado regulando el precio y evitando que cualquier productor nacional de bolas de acero se comporte como monopolista. Estos factores son: (i) El carácter oligopsonico de la demanda, que se manifestaría en un fuerte poder de negociación en favor de las empresas mineras adquirentes en detrimento de los proveedores nacionales, quienes deben aceptar las condiciones de suministro exigidas por las mineras. (ii) Ausencia de barreras a la entrada de nuevos competidores. (iii) La incidencia de las importaciones. Las condiciones de competencia externa y la evolución de las importaciones asegurarían un grado razonable de competencia en el mercado nacional, sin que la reunión de las consultantes origine un efecto negativo sobre la competencia, al verse enfrentadas constantemente a precios competitivos, dado el carácter transable del producto en cuestión.

13. Adquisición de acciones de la sociedad Alimentos Golondrina S.A. por Lefersa Alimentos S.A.: Dictamen N° 952 de la CP, de fecha 11 de octubre de 1995.

- (a) *Los hechos.* Lefersa Alimentos S.A. celebró un contrato de promesa de compra del 50% consolidado de las acciones de Alimentos Golondrina S.A. estableciéndose como condición para la celebración del contrato de compraventa prometido, la aprobación de dicha adquisición por parte de la CP.
- (b) *Cuestión planteada.* Si la adquisición del 50% de las acciones de la sociedad Alimentos Golondrina S.A. por parte de Lefersa Alimentos S.A. es legítimo al tenor de lo dispuesto por el DL 211. La participación de mercado que adquirirían las empresas fusionadas alcanza a un 66,07% del mercado de la levadura, y a un 69,3% en el caso de la levadura seca.
- (c) *Resolución.* La CP aprueba la adquisición de los activos consultada. En su análisis considera diversos factores: (i) la estructura de la oferta en el mercado del producto, (ii) estructura de la demanda, (iii) presencia o ausencia de barreras de entrada a nuevos competidores, (iv) la incidencia de las importaciones.

14. Adquisición de activos de la sociedad Gueflokong Limitada por parte de la sociedad Punta de Lobos S.A.: Dictamen N° 1042 de la CP, de fecha 17 de julio de 1998.

- (a) *Los hechos.* Punta de Lobos S.A. y Gueflokong Limitada, ambas empresas productoras de sal, solicitan el pronunciamiento de la CP en relación a la adquisición de activos de esta última empresa por parte de la primera.
- (b) *Cuestión planteada.* Si la adquisición de los activos de Gueflokong transgrede las normas del DL 211.
- (c) *Resolución.* La CP aprueba la fusión de ambas sociedades en atención a: (i) el pequeño volumen que representa la producción de Gueflekong en el mercado de la sal para consumo humano, (ii) la existencia de otros productos nacionales, (iii) la inexistencia de barreras a la entrada, (iv) que la sal es un bien transable internacionalmente.

15. Fusión de las cooperativas pisqueras Capel y Control: Dictamen N° 1048, de fecha 30 de octubre de 1998.

- (a) *Los hechos*. Cooperativa Pisquera Elqui Ltda. (Capel), y Cooperativa Agrícola Control Pisquero Elqui y Limarí (Control), solicitaron a la CP un pronunciamiento favorable para proceder a fusionarse.
- (b) *Cuestiones planteadas*. Si la fusión de las antedichas empresas que reuniría en conjunto el 98% de la oferta de pisco, es legítima en relación a las normas de libre competencia contenidas en el DL 211.
- (c) *Resolución*. El Dictamen N° 1048 de la CP estableció que la fusión no restringiría la libre competencia bajo el DL 211, entre otros, por los siguientes motivos: (i) La concentración de mercado, *per se*, no configura una conducta monopólica transgresora de las normas de libre competencia, sino que solo aumenta el riesgo de que dichas conductas se produzcan. (ii) La creación de una nueva empresa de mayor poder económico, augura una mayor posibilidad de desarrollo de la industria pisquera nacional. (iii) Aun cuando la participación en el mercado del pisco es el ya dicho 98%, existen productos alternativos a los que podrían optar los consumidores de bebidas alcohólicas, como lo son el vino, la cerveza y el whisky. (iv) Al decidir, señala que concuerda con el Fiscal Nacional Económico quien establece en su informe que “el hecho de ser cooperativa la nueva empresa resultante, que compra fundamentalmente a sus propios asociados, otorga verosimilitud al argumento de las cooperativas solicitantes en el sentido que no existe riesgo relevante de monopsonio en la entrega de uva pisquera a la cooperativa...” En otras palabras, uno de los argumentos centrales para aprobar esta fusión es la particular forma asociativa que revisten las empresas fusionadas y que previene el riesgo monopólico o de abuso de posición dominante.

16. Adquisición de las marcas de las bebidas gaseosas pertenecientes a Cadbury Schweppes (“Cadbury”) y toma de control de sus filiales Canada Dry Corporation Limited y CS Beverages Limited por parte de The Coca Cola Company (“Coca Cola”): Resolución N° 609, de fecha 28 de junio de 2001.

- (a) *Los Hechos*. Con fecha 11 de diciembre de 1998 se celebró un contrato de compraventa entre Coca Cola y la empresa Cadbury Schweppes (“El Contrato”), por medio del cual Cadbury transfiere a Coca Cola las marcas y licencias de sus bebidas gaseosas en todos los países en que tiene presencia salvo en EE.UU., Francia, Australia y Sudáfrica, y toma el control de las filiales de Cadbury, las empresas Canada Dry Corporation Limited y CS Beverages Limited. En Chile, dicho contrato significaba que las marcas Orange Crush, Diet Orange Crush, Limón Soda, Ginger Ale y Agua Tónica Canada Dry, que estaban bajo licencia en poder de Ecusa pasaban a manos de Coca Cola.
- (b) *Cuestiones planteadas*. Pepsi presentó una denuncia en contra de Coca Cola por actos contrarios a la libre competencia en el mercado de las bebidas gaseosas en Chile, alegando que el Contrato en celebrado entre Coca Cola y Cadbury constituye un intento de Coca Cola de monopolizar el mercado de las bebidas gaseosas, a través del expediente de aniquilar a su competencia en Chile. Antes de la celebración del Contrato, Coca Cola detentaba una participación de mercado equivalente a un 73,2% siendo su único competidor Ecusa con un 26,6% de participación, después del acuerdo objetado, Coca Cola pasaría a controlar más de un 82% del mercado de las bebidas gaseosas en Chile. En los segmentos de bebidas gaseosas sabor a naranja y en el de los *mixers* la concentración será de un 100%. Por otro lado, se alegó que la concentración excesiva en un mercado no es aconsejable cuando las barreras de entrada son altas. Estas barreras, en el mercado en referencia, están constituidas por la exigencia de inversiones en publicidad que permita posicionar una marca y crear una imagen de la misma, además de requerir tener acceso a amplias redes de distribución. Ecusa interpuso, a su vez, una denuncia fundada también en el Contrato y adicionalmente, en la existencia de contratos de licencia entre Ecusa y

las filiales y subsidiarias de Cadbury. Entre otras argumentaciones, Ecusa expresa que pasaría a depender de Coca Cola, su principal competidor, para los efectos del suministro de concentrados, tecnología, asistencia técnica y planes comerciales.

Embotelladoras Chilenas Unidas S.A, Coca Cola Company, CS Beverages Limited, Canada Dry Corporation Limited y Coca Cola de Chile S.A. presentaron en conjunto una petición en orden a poner término a la avocación de la Comisión fundándose en que las empresas habían llegado a acuerdo en una serie de convenciones con el objeto de garantizar la explotación exitosa y competitiva de los productos licenciados por ellas, basándose en la mantención, a largo plazo, de Ecusa como licenciatario de y embotellador de las bebidas Orange Crush, Ginger Ale Canada Dry, Tónica Canada Dry y Limón Soda Canada Dry, en forma distinta e independiente de los productos embotellados por el sistema Coca Cola.

- (c) *Resolución.* La CR resolvió rechazar las denuncias interpuestas las denuncias presentadas por Pepsi Coca Argentina, PepsiCo. Inc y de Embotelladoras Chilenas Unidas en contra de The Coca Cola Company, Canada Dry Corporation Limited y CS Beverages Limited. Los fundamentos de la decisión fueron los siguientes: (i) En lo concerniente a las aprehensiones basadas en el nivel de concentración del mercado de las bebidas carbonatadas, la CR consideró que los antecedentes del proceso no revelan que, con la ejecución de la operación en cuestión, pueda producirse una aumento de dicha concentración que modifique sustancialmente las condiciones de competencia ya existentes al momento anterior a la firma del contrato de fecha 11 de diciembre de 1998. (ii) Respecto de la situación inmediatamente anterior a la celebración del Contrato, no se comprobaron por los Organismos Antimonopolios situaciones que importaren abusos de la posición que detentaron los competidores dominantes en el mercado relevante bajo análisis. (iii) Los antecedentes aportados relativos a los efectos de la entrada al mercado de marcas propias o distintas a las de renombre o de prestigio, constituyen bastantes presunciones para estimar que tales marcas representan productos que pueden ser catalogados como sustitutos importantes de las marcas establecidas. Estos, sin embargo, no pueden ser considerados como sustitutos perfectos de los productos que conforman la demanda del mercado relevante. Por consiguiente, en lo concerniente a las barreras de entrada en este mercado, las probanzas agregadas por las partes permiten concluir que si bien la entrada de un competidor requiere de altos niveles de inversión, esta situación no impide el ingreso efectivo de nuevos actores o de nuevos productos, sea con marcas nuevas o con marcas o denominaciones existentes en otros mercados. (iv) Se consideró que el contrato de licencia que fue conocido por la Comisión y presentado con fecha 14 de diciembre de 2000, en forma conjunta por Embotelladoras Chilenas Unidas S.A, Coca Cola Company, CS Beverages Limited, Canada Dry Corporation Limited y Coca Cola de Chile S.A., constituye un acuerdo que soslaya de manera eficaz los cuestionamientos respecto del grado de independencia de los competidores y embotelladores en este mercado.

REQUISITOS DE NOTIFICACIÓN DE FUSIÓN INTERNACIONAL

Jurisdicción	Ley Antimonopolios Aplicable	Comisión de Competencia / Organismo Antimonopolios	Ultima fecha de Notificación	Límites sobre la Notificación
ARGENTINA	Ley 25.156 sobre Competencia	Comisión Nacional para la Defensa de la Competencia	Se debe dar aviso dentro de una semana después de la primera fecha entre: (a) el otorgamiento del acuerdo de fusión; (b) la oferta de compra o (c) la adquisición de una participación mayoritaria.	Un volumen combinado de 200 millones de pesos en Argentina o 2,5 mil millones de pesos por todo el mundo.
AUSTRALIA	Decreto sobre Prácticas Comerciales (1974)	Comisión de Competencia y del Consumidor de Australia (ACCC)	No existe ningún requisito obligatorio de informar. Es posible dar aviso en forma voluntaria.	Ninguno. La norma substantiva de revisión es si la operación tiene el efecto o posible efecto de disminuir en forma sustancial la competencia en un mercado importante.
BRASIL	Ley Antimonopolios de 1974 (Nº 8.884)	Consejo Administrativo de la Defensa Económica (CADE) revisa las operaciones que se informan	Aunque la ley estipula que se debe informar después del cierre, la práctica de CADE requiere una presentación dentro de 15 días después de la celebración de un contrato. La Secretaría de Política Económica del Ministerio de Hacienda (SEAE) tiene hasta 30 días para preparar su informe técnico. La Fiscalía Económica del Ministro de Justicia (SDE) tiene 30 días para realizar su investigación de los hechos, seguido de un plazo máximo de 60 días para la evaluación y dictamen de CADE. La operación podrá cerrarse estando pendiente la revisión.	Se requiere la notificación si las entidades fusionadas tienen una participación mínima en el mercado de los productos de un 20%, o si los ingresos brutos por todo el mundo de una de las partes exceden de R\$ 400 millones. Una sucursal, agencia, filial, oficina, agente o representante debe estar domiciliado en Brasil.

*Cabe notar que se encuentra pendiente en Brasil la legislación propuesta que cambiaría en forma radical el sistema de revisión de fusiones.*

CANADÁ	Decreto sobre la Competencia (1985)	Oficina de la Competencia de Canadá	Notificación antes del cierre. Es imposible completar la operación hasta que venzan los plazos legales de espera o se emita una decisión. Los plazos de espera son de 14 días (para la notificación en el formulario	Se requiere la notificación si se cumplen dos requisitos: 1. Las partes tienen activos en su conjunto en Canadá o ingresos brutos por concepto de ventas en, desde o hacia Canadá, en exceso de C\$400 millones
--------	-------------------------------------	-------------------------------------	--	---

corto) y de 42 días (para la notificación en el formulario largo), aunque la Oficina de Competencia podría prorrogar los plazos de espera.

y (2a) Para la adquisición de activos o acciones con derecho a voto de una empresa en marcha, el valor de los activos en Canadá de la sociedad adquirida –o los ingresos brutos por ventas en o desde Canadá generados por esos activos– exceden de C\$35 millones; (2b) Para la consolidación de empresas, los activos en Canadá de la sociedad subsistente o los ingresos brutos por ventas en o desde Canadá que generan esos activos exceden de C\$70 millones; (2c) Para la fusión de dos entidades no constituidas, el valor de los activos en Canadá de la empresa continuadora o los ingresos brutos por ventas que generen esos activos exceden de C\$35 millones. Para adquisiciones de acciones con derecho a voto, la notificación se debe efectuar con la adquisición del 20%, 35% y 50% de las acciones vigentes, según las participaciones anteriores y según sea pública o privada la parte adquirida.

COLOMBIA	Ley 155 de 1959 (Ley Antimonopolios)	División de Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio	Notificación antes del cierre.	Se deben notificar las operaciones que involucran partes que tienen activos 50.000 veces mayores que el sueldo mínimo mensual (aproximadamente US\$6 millones) o una participación de mercado combinado de 25%.
CROACIA	Ley sobre la Protección de la Competencia en el Mercado N <sup>os</sup> 48/95, 52/97 y 89/98	Servicio Croata para la Protección de la Competencia en el Mercado.	Antes del cierre.	Se requiere la notificación cuando (1) el volumen de ventas combinado exceda de 700 millones de kuna o (2) por lo menos dos de las partes tengan un volumen mundial que exceda de 90 millones de kuna. Cuando no sean importantes los efectos en Croacia, las partes podrán solicitar una opinión aconsejando de que la notificación es innecesaria.

Jurisdicción	Ley Antimonopolios Aplicable	Comisión de Competencia / Organismo Antimonopolios	Ultima fecha de Notificación	Límites sobre la Notificación
CHIPRE	La Ley 22(1)/99 sobre el Control de Concentraciones de Empresas	El Servicio de Protección de la Competencia y de los Consumidores, del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo	Se debe efectuar la notificación dentro de una semana de la primera fecha entre (a) el cierre del contrato, (b) la oferta de compra o (c) la adquisición de una participación mayoritaria.	Se requiere la notificación cuando el volumen total de por lo menos dos de las partes exceda de 2 millones de libras chipriotas cada una y por lo menos una de las partes se dedique a la actividad comercial en Chipre y por lo menos 2 millones de libras chipriotas del volumen total provengan de ventas dentro de Chipre.
REPÚBLICA CHECA	Decreto sobre Protección de la Competencia Comercial (Decreto N° 63/1991)	La Oficina Estatal de Competencia Económica.	Se debe efectuar la notificación dentro de 7 días de la celebración de un contrato definitivo.	La participación de mercado de las entidades fusionadas excede de 30% en cualquier mercado importante.
ESTONIA	Código de Comercio; Decreto sobre la Competencia; Norma N° 80 del Ministro de Hacienda titulada "Notificación de la Fusión de Sociedades"	El Consejo de Competencia Estonia	Se debe efectuar la notificación por lo menos un mes antes del cierre.	Se requiere la notificación si el volumen total combinado de las partes excede de 100 millones de Kroons o la participación de mercado de las partes juntas excede de 40%.
HUNGRÍA	La Ley LVII de 1996 que prohíbe las prácticas de mercado restrictivas y desleales (Decreto sobre la Competencia)	La Oficina de Competencia Económica (ECO)	Se debe efectuar la notificación dentro de 8 días de celebrar un contrato definitivo o de la publicación de una oferta de compra. Existe un plazo de espera de 90 días que la ECO podrá prorrogar por un máximo de 60 días adicionales.	Se requiere la notificación cuando (1) las ventas anuales de las entidades fusionadas en Hungría excedan de 10.000 millones de forints y las ventas de la parte adquirida en Hungría excedan de 500 millones de forints, o (2) cada una de por lo menos 2 de las partes de la operación tenga ventas en Hungría en exceso de 500 millones de forints.
INDONESIA	Decreto N° 5 de 1999 sobre la Prohibición de Monopolios y la Competencia Comercial Desleal (vigente a partir de marzo de 2000)	El Comité de Vigilancia de la Competencia Comercial	Se debe dar la notificación dentro de 30 días después de la fusión o adquisición.	Aún no se establecen los límites porque está pendiente la promulgación del reglamento.
ISRAEL	Restricciones de la Ley Mercantil (N° 5748-1989)	La Autoridad Antimonopolios de Israel	Se debe efectuar la notificación por lo menos 60 días antes del cierre de la operación.	Se requiere la notificación si (1) las partes juntas tienen una participación de mercado

en Israel de un 50% o más con respecto a un producto en particular; o (2) los ingresos combinados de las partes en Israel exceden de NIS 150 millones y cada uno de por lo menos 2 de las partes tienen ingresos en Israel en exceso de NIS 10 millones; o (3) una de las entidades es un monopolio antes de la fusión (es decir, la participación que tiene en el mercado para el producto en Israel es más de un 50%).

*Cabe señalar que las cifras de límites de ingresos se modifican periódicamente para reflejar los cambios en el Índice de Precios al Consumidor.*

JAPÓN	La Ley Antimonopolios (Ley N° 54 de 1947) (Revisada 1/1/99)	La Comisión de Competencia Leal de Japón (JFTC)	Se debe notificar a la JFTC antes del cierre; hay un plazo de espera de 30 días para la decisión inicial; la JFTC no puede prorrogar el plazo de 30 días más allá de 60 días, según acuerdo de las partes de la fusión.	Se debe notificar a la JFTC de todas las adquisiciones que involucran una sociedad con activos de un valor mayor que 10 mil millones de Yenes y una sociedad con activos (o ventas generadas por esos activos) superiores a mil millones de Yenes. Se deben notificar las adquisiciones por sociedades extranjeras cuando (a) la parte extranjera adquirente tenga un volumen en Japón en exceso de 10.000 millones de Yenes, y (b) la parte adquirida sea una sociedad japonesa con un total de activos en exceso de mil millones de Yenes o una sociedad extranjera con un volumen en Japón en exceso de mil millones de Yenes. Para las sociedades extranjeras, el volumen en Japón incluye solo ventas efectuadas a través de una oficina, sucursal o subsidiaria directa domiciliada en Japón.
KAZAJSTÁN	La Ley sobre la Promoción de la Competencia y la Restricción de Actividades Monopólicas (1991)	El Comité Antimonopolios	El plazo de espera inicial es de 30 días.	Se requiere la autorización del Comité Antimonopolios antes del cierre de cualquier operación que tendrá por consecuencia una entidad fusionada que posee una participación de mercado superior al 35% en Kazajstán.

Jurisdicción	Ley Antimonopolios Aplicable	Comisión de Competencia / Organismo Antimonopolios	Ultima fecha de Notificación	Límites sobre la Notificación
LATVIA	La Ley sobre la Competencia (1997)	El Consejo de la Competencia	El plazo de espera inicial es de 60 días. Se debe efectuar la notificación dentro de una semana después de adoptado el acuerdo sobre la fusión.	Es obligatoria la notificación cuando (1) el volumen combinado de las partes sea superior a 25 millones de LAT y (2) por lo menos una de las partes tenga una posición dominante en un mercado relevante de productos antes de la operación.
MÉXICO	Ley Federal sobre la Competencia Económica, de 1992	Comisión de Competencia Federal	Se debe notificar a la Comisión antes del cierre de la operación; esta podrá solicitar información adicional dentro de 20 días después de la notificación. Una vez entregada la información adicional, la Comisión tiene 45 días para emitir un fallo.	Se deben informar las fusiones cuando (1) el valor de la operación (es decir la suma más alta entre ingresos o activos combinados) sea 12 millones de veces más que el sueldo mínimo en Ciudad de México (aproximadamente \$ 49 millones), (2) la operación comprenda la adquisición de 35% o más de los activos o acciones de un negocio cuyos activos o ventas excedan de 12 millones de veces el sueldo mínimo o (3) los activos o ventas de las entidades fusionadas por todo el mundo sean más de 48 millones de veces el sueldo mínimo en Ciudad de México (194 millones, aproximadamente) y la fusión incluya la adquisición de activos en México en exceso de 4,8 millones de veces el sueldo mínimo en Ciudad de México (\$ 19 millones). Generalmente, se exige una operación que no involucre la adquisición de activos mexicanos.
NUEVA ZELANDIA	El Decreto sobre el Comercio, de 1986	Comisión de Comercio	No existe obligación de notificación. Es posible dar una notificación voluntaria. No hay fechas límites específicas para la notificación voluntaria, pero se debe dejar un tiempo de revisión antes del cierre.	No es obligatoria la notificación. Las partes podrán dar notificación voluntaria para conseguir una aprobación previa de la operación. En general, hay un "puerto seguro" para operaciones cuya consecuencia es una participación de mercado combinada inferior al 40% o inferior al 60%, cuando el competidor tenga una participación de un 15% o más.



POLONIA	El Decreto sobre la Neutralización de Prácticas Monopólicas (24 de febrero de 1990)	Oficina para la Protección de la Competencia y de los Consumidores	Las partes deben dar notificación dentro de 14 días del otorgamiento de un contrato obligatorio. Una propuesta de reforma en 2001 reduciría este plazo a 7 días.	Se requiere la notificación cuando el volumen mundial combinado de las partes sea superior a 25 millones de Euros. En 2001, se propone una modificación que aumentaría el volumen mundial combinado a 50 millones de Euros y se eximirían operaciones cuando (1) la parte adquirida tenga ventas en Polonia inferiores a 10 millones de Euros o (2) la participación de mercado de las partes sea inferior al 20% en su total en Polonia.
RUMANIA	Ley sobre la Competencia (21/1996)	Consejo de Competencia	Se debe efectuar la notificación antes del cierre. Con respecto a ofertas de compra, se debe efectuar la notificación dentro de 7 días de recepción de la oferta. El plazo de espera inicial es de 30 días, pero dicho plazo se podrá prorrogar.	Se requiere la notificación para aquellas operaciones en las cuales las ventas combinadas de las partes exceden de 25.000 millones de Lei en Rumania.
FEDERACIÓN RUSA	Decreto sobre la Competencia y la Restricción de la Actividad Monopólica en los Mercados de Productos Básicos, Ley N° 948-1 del 22 de marzo de 1991.	Comité Estatal para la Política Antimonopolios y de Apoyo a Nuevas Estructuras Económicas	Se debe dar aviso previo a la fusión sin que haya una fecha límite específica.  Se debe dar un aviso posterior a la notificación dentro de 15 días de la operación.	Se requiere la notificación previa a la fusión para las fusiones o adquisiciones de acciones, bienes de capital, activos intangibles o derechos de control cuando el valor combinado de activos de las partes sea 100.000 veces más que el sueldo mínimo mensual (US\$300.000 aproximadamente).  Se requiere la notificación después de la fusión para (1) la creación de una empresa lucrativa si los fundadores tuvieran activos combinados de un valor 100.000 veces más que el sueldo mínimo mensual, (2) la fusión o adquisición de acciones, bienes de capital, activos tangibles o derechos de control entre empresas rentables cuyos activos combinados tengan un valor 50.000 veces más que el sueldo mínimo mensual (US\$150.000 aproximadamente), (3) la elección de directores de dos o más compe-

Jurisdicción	Ley Antimonopolios Aplicable	Comisión de Competencia / Organismo Antimonopolios	Ultima fecha de Notificación	Límites sobre la Notificación
				tidores directos, sociedades involucradas en la producción o venta del mismo producto o sociedades cuyos activos combinados tienen un valor 50.000 veces más que el sueldo mínimo mensual.
REPÚBLICA ESLOVACA	Decreto sobre la Protección de la Competencia Económica (Nº 188/1994)	Dirección Antimonopolios	Se debe efectuar la notificación dentro de 15 días de la fecha del acto legal que materializa la concentración.	Es obligatoria la notificación cuando (1) el volumen combinado de las partes exceda de SKK 300 millones y por lo menos dos de ellas tengan un volumen en exceso de SKK 100 millones o (2) la participación de mercado combinada de las partes en Eslovaquia exceda de 20%.
SUDÁFRICA	Decreto Nº 89 sobre la Competencia, de 1998	Comisión de Competencia	Se debe efectuar la notificación dentro de un máximo de 7 días después de la primera fecha entre (1) la suscripción del contrato, (2) el anuncio público de una oferta de fusión o (3) la adquisición por una parte de una participación mayoritaria de otra. Cabe señalar que existen reformas pendientes que podrían modificar estos plazos.	Se requiere la notificación cuando el volumen anual (o activos) de la empresa adquirida excede de 5 millones de Rand en Sudáfrica y ya sea (1) el volumen anual combinado de la empresa adquirente y la empresa adquirida exceda de 50 millones de Rand en Sudáfrica o (2) el volumen anual de la firma adquirente en Sudáfrica y los activos de la empresa adquirida en Sudáfrica excedan de 50 millones de Rand o (3) los activos de la empresa adquirente y el volumen anual de la empresa adquirida, en ambos casos dentro de Sudáfrica, excedan de 50 millones de Rand o (4) el volumen anual de la firma adquirente y los activos de la empresa adquirida, en ambos casos dentro de Sudáfrica, excedan de 50 millones de Rand.
COREA DEL SUR	Reglamento sobre Monopolios y Decreto sobre el Comercio Leal (1980)	Comisión de Comercio Leal de Corea (KFTC)	Se debe presentar la notificación dentro de 30 días del cierre de la operación. Grandes empresas (es decir con ventas o activos en	Las fusiones y las adquisiciones de más del 20% de una sociedad se deben notificar cuando la sociedad adquirente tenga acti-

			exceso de 2 millones de won) deben presentar la notificación dentro de 30 días después que el contrato de fusión entre en vigencia.	vos totales o ventas brutas en exceso de 100.000 millones de won.
SUIZA	Ley Federal sobre Carteles y Otras Restricciones de la Competencia	Comisión de Competencia	Se debe efectuar la notificación antes del cierre. Hay un plazo de espera inicial de un mes (primera etapa) que podrá prorrogarse por otros cuatro meses en caso que se estime necesaria una investigación (segunda etapa).	Es obligatoria la notificación cuando (1) el volumen combinado por todo el mundo exceda de SFr 2.000 millones o el volumen combinado en Suiza exceda de SFr 500 millones y (2) por lo menos dos de las partes tengan por separado un volumen en Suiza en exceso de SFr 100 millones.
TAIWÁN	Ley sobre el Comercio Leal (1981)	Comisión de Comercio Leal de Taiwán (TFTC)	Las operaciones sujetas a notificación deben ser aprobadas antes del cierre. La TFTC tiene dos meses para revisar las operaciones.	Si la operación comprendiera una fusión o adquisición de empresas en Taiwán, entonces la Ley de Comercio Leal requiere la notificación cuando (i) la participación de mercado de las partes juntas exceda de un tercio, (2) la participación de mercado de una de las partes exceda de 25% o (3) el volumen de cualquiera de las partes exceda de NT 5.000 millones. Es posible que se deba dar la notificación de fusiones de sociedades extranjeras si la operación tuviera un efecto razonablemente previsible, sustancial y directo en el mercado taiwanés.
TAILANDIA	Decreto sobre la Competencia Comercial	Comisión de Competencia Comercial	La nueva ley (1999) prohíbe algunas fusiones sin autorización previa de la Comisión.	Aún no se establecen límites máximos – se encuentra en trámite un reglamento que interpreta y pone en práctica la nueva ley.
TUNISIA	Ley N° 95/42 del 24 de abril de 1995	Ministerio de Comercio	Las fusiones de sociedades requieren aprobación previa cuando se cumpla con los límites máximos. Cuando el Ministerio no emita ninguna determinación dentro de 3 meses después de la notificación, se da por aprobado.	Se debe notificar la fusión de sociedades cuando (1) la participación de mercado combinada de las partes exceda del 30% y (2) el volumen combinado de las partes en Tunisia exceda de 3 millones de TND.
TURQUÍA	Decreto sobre la Protección de la Competencia Económica, Ley N° 4054 (1994). Comuni-	Consejo de Competencia de Turquía	Se debe efectuar la notificación antes del cierre. El consejo adopta una decisión dentro de 15 días ya sea para aprobar la fusión	Es obligatoria la notificación de la fusión cuando la participación de mercado combinada en Turquía exceda del 25% o el volu-

Jurisdicción	Ley Antimonopolios Aplicable	Comisión de Competencia / Organismo Antimonopolios	Última fecha de Notificación	Límites sobre la Notificación
	gado N° 1997/1 sobre Fusiones y Adquisiciones.		o someterla a una investigación. Se estima aprobada la operación en ausencia de respuesta dentro de 30 días. En el caso de una investigación, un perito prepara un informe dentro de 30 días de su designación. El Consejo emite un fallo sobre el informe dentro de 10 días después de su presentación. Si el Consejo estimara necesaria investigaciones adicionales, estas se deben llevar a cabo dentro de 6 meses a menos que el Consejo determine que se requiere más tiempo, en cuyo caso podrá prorrogar el plazo por otros seis meses.	men combinado de las partes exceda de TL 25 billones.
VENEZUELA	La Ley de Promoción y Protección del Ejercicio de Competencia Leal (1992), Norma N° 2 (1996)	La Superintendencia para la Promoción y Protección de la Competencia Leal (Procompetencia)	No hay plazos puesto que la notificación es voluntaria.	No existe obligación. Las partes podrán efectuar una notificación voluntaria. Las autoridades tienen jurisdicción para revisar cualquier fusión que exceda de determinados límites (que son relativamente bajos).
UNIÓN EUROPEA	Norma N° 4064/89 del Consejo de la CEE	El Equipo de Trabajo de Fusiones de la Dirección General IV de la CE	Se debe efectuar la notificación dentro de una semana de la primera fecha entre (a) la suscripción del contrato, (b) el anuncio de una oferta pública o (c) la adquisición de una participación mayoritaria aunque la CE a menudo dará más tiempo para la notificación si se le contacta oportunamente. El plazo de espera inicial es de un mes (o seis semanas cuando las partes presenten promesas de acción –como desinversión– como parte de la solicitud). Si se estimara necesaria una investigación, la CE tiene otros cuatro meses para tomar una decisión.	Existen dos tipos de límites: (i) se debe notificar la fusión a la CE cuando (1) el volumen mundial combinado de las partes exceda de 5.000 millones de Euros y (2) el volumen dentro de toda la Comunidad de por lo menos dos de las partes, por separado, exceda de 250 millones de Euros, a menos que más de dos tercios de este volumen se encuentre en un mismo estado miembro. (ii) se debe notificar una fusión a la CE cuando (1) el volumen mundial combinado de las partes exceda de 2.5 mil millones de Euros y (2) el volumen dentro de toda la Comunidad de por lo menos dos de las partes, por separado, exceda de 100 millones

de Euros y (3) en por lo menos tres estados miembros, el volumen combinado de todas las partes excede de 100 millones de Euros, y (4) en cada uno de por lo menos 3 estados miembros identificados en (3) precedente, el volumen de por lo menos dos de las partes exceda por separado de 25 millones de euros a menos que (5) más de dos tercios del volumen de cada una de las partes por toda la Comunidad se encuentre en un mismo estado miembro.

*No se aplican las leyes de control de fusiones de los siguientes países, que son miembros de la Unión Europea o EFTA, a las operaciones que cumplan con los límites máximos de la UE (sujeto a pocas determinadas excepciones). Los requisitos enumerados a continuación se aplican a las operaciones que no cumplan con los límites máximos de la UE.*

AUSTRIA	El Decreto sobre Carteles, de 1988	El Tribunal de Carteles (CC)	Para las notificaciones previa a la fusión, se debe notificar al CC por lo menos 4 semanas antes del cierre. El CC tiene 4 semanas para iniciar una investigación. Se estima aprobada la operación si el CC no inicia ninguna investigación en ese plazo. La investigación según segunda solicitud podría demorar hasta 5 meses adicionales. Para las notificaciones posteriores a la fusión, al CC se debe notificar dentro de un mes después del cierre. No existe plazo fatal para que el CC revise o apruebe la notificaciones posteriores a la fusión.	La notificación es obligatoria cuando (1) el volumen mundial combinado exceda de 4,2 mil millones de ATS (305 millones de Euros); (2) el volumen combinado en Austria exceda de 210 millones de ATS (15,26 millones de Euros); y (3) por lo menos dos de las partes tengan un volumen mundial en exceso de 28 millones de ATS (2,03 millones de Euros).
BÉLGICA	Ley sobre la Protección de la Competencia Económica (1991)	El Servicio de Competencia del Ministerio de Asuntos Económicos	Se debe notificar al Servicio de Competencia dentro de un mes después de la primera fecha entre (1) la suscripción del contrato, (2) la publicación de la oferta de compra o de permuta o (3) la adquisición de una participación mayoritaria. El Consejo de Competencia tiene 45 días para tomar una decisión en la Fase 1. Si se iniciara una investigación en la Fase 2, el Consejo tiene 60 días desde el comienzo de la investigación para tomar una decisión.	Es obligatorio notificar al Servicio de Competencia si el volumen combinado de las entidades excede de 40 millones de Euros en Bélgica y por lo menos dos de las partes tienen por separado un volumen en Bélgica de un mínimo de 15 millones de Euros. Las concentraciones de partes que controlan menos del 25% del mercado relevante se estiman permisibles pero aun se debe notificar cuando se llegue a los límites.

Jurisdicción	Ley Antimonopolios Aplicable	Comisión de Competencia / Organismo Antimonopolios	Última fecha de Notificación	Límites sobre la Notificación
DINAMARCA	Decreto sobre la Competencia, de 1997, con sus modificaciones por el Decreto N° 416 del 31 de mayo de 2000.	El Consejo de Competencia	Se debe presentar la notificación dentro de una semana después de la primera fecha entre (1) la suscripción del contrato, (2) el anuncio de una oferta pública o (3) la adquisición de una participación mayoritaria.	Es obligatoria la notificación cuando (1) el volumen combinado de las partes en Dinamarca exceda de Dkr 3,8 mil millones y el volumen de por lo menos dos de las partes exceda por separado en Dinamarca de Dkr 300 millones o (2) el volumen de una parte en Dinamarca exceda de Dkr 3,8 mil millones y el volumen mundial de por lo menos una de las demás partes exceda de Dkr 3,8 mil millones.
FINLANDIA	Decreto sobre Restricciones de la Competencia (480/1992), con sus modificaciones (303/1998)	Dirección de Competencia de Finlandia (FCA)	Se debe efectuar la notificación dentro de una semana desde: (1) la adquisición de control, (2) la adquisición de operaciones comerciales, (3) la publicación de una oferta pública, (4) la decisión de fusionar o (5) la decisión de establecer una asociación en una junta constitutiva. La Dirección de Competencia tiene un mes para determinar si iniciará otros procesos. En ese caso, la Dirección tiene otros tres meses para revisar la operación y podrá prorrogar ese plazo por otros dos meses. Hasta que no haya decisión, las partes no pueden materializar la operación a menos que sea bajo autorización de la Dirección.	Es obligatoria la notificación cuando (1) el volumen mundial combinado de las partes exceda de Fmk 2 mil millones, (2) el volumen mundial de por lo menos dos de las partes exceda de Fmk 150 millones, y (3) la parte adquirida –o una sociedad de su grupo– opere en Finlandia.
FRANCIA	Ordenanza N° 86-1243 (la Ordenanza de 1986)	Director General de la Competencia; Consejo de Competencia	No existe obligación de notificación (con excepción de ofertas públicas) Es costumbre efectuar una notificación voluntaria cuando la participación de mercado combinada sea importante. Se podrá dar la notificación estando pendiente la negociación de la operación o dentro de 3 meses después de su suscripción.	No existen límites para la notificación obligatoria. La Ordenanza de 1986 se aplica solo cuando las partes tengan una participación de mercado combinada superior al 25% o el volumen antes de impuestos en Francia sea mayor que FFr 7 mil millones, siempre que por lo menos dos de las partes tengan por separado un volumen antes de impuestos en Francia superior a FFr 2 mil millones.

ALEMANIA	Decreto contra Restricciones de la Competencia de 1958 (con sus modificaciones del 1 de enero de 1999).	Oficina Federal de Carteles	Se debe efectuar la notificación antes del cierre y esta se podrá dar incluso antes de la suscripción del contrato de fusión. No es posible cerrar la fusión hasta que se cuente con la aprobación. La Oficina de Carteles emitirá una decisión de primera etapa dentro de 30 días o una decisión de segunda etapa dentro de 4 meses.	Se requiere una notificación previa a la fusión cuando el volumen mundial combinado exceda de DM mil millones y por lo menos una de las partes tenga un volumen en exceso de DM 50 millones en Alemania (sujeto a determinadas excepciones irrelevantes).
GRECIA	La Ley 703/77 sobre el Control de Monopolios y Oligopolios y Protección de la Competencia Leal (modificada por las leyes 2471/98 y 2837/00)	Comisión de Competencia	Se debe efectuar la notificación dentro de 10 días hábiles desde la suscripción de un contrato obligatorio, el anuncio de una oferta pública, o la adquisición de una participación mayoritaria. No es posible cerrar la operación hasta que se otorgue la aprobación. Se deben emitir las decisiones dentro de tres meses de la notificación.	Se requiere la notificación previa a la fusión cuando (1) la participación de mercado combinado de las partes exceda de 35% en Grecia o (2) el volumen combinado de las partes en Grecia exceda de 150 millones de Euros y por lo menos 2 de las partes tengan por separado un volumen en exceso de 15 millones de Euros en Grecia.
ISLANDIA	Ley de Competencia N° 8 / 1993, cuya última modificación se hizo por la Ley 107-2000	Ministerio de Comercio e Industria; Consejo de Competencia	Se debe efectuar la notificación a más tardar una semana después de la primera fecha entre (1) la suscripción del contrato, (2) el anuncio de una oferta pública, (3) la adquisición de una participación mayoritaria. El Consejo de Competencia tiene 30 días para determinar si es necesaria otra investigación y un total de tres meses desde la notificación para emitir cualquier decisión de anular una fusión.	Se aplica la ley de control de fusiones a las fusiones en las cuales el volumen combinado excede de ISK mil millones y por lo menos dos de las partes tienen por separado un volumen mínimo de ISK 50 millones.
IRLANDA	Decreto sobre Fusiones y Adquisiciones (Control) de 1978 - 1996; Decreto sobre la Competencia, de 1991	Ministro de Empresas y Empleo	Se debe efectuar la notificación comercial dentro de 30 días de una oferta posiblemente aceptable. El Ministro tiene 3 meses para emitir una decisión sobre la fusión.	Se requiere la notificación cuando (1) los activos de por lo menos dos de las partes (una de las cuales opera en Irlanda) excedan por separado 10 millones de libras irlandesas o (2) el volumen mundial de dos de las partes (una de las cuales opera en Irlanda) exceda por separado de 20 millones de libras irlandesas. Es obligatoria la notificación cuando el volumen combinado en Italia exceda de 114 mil millones de Liras o el volumen en Italia de la parte adquirida exceda de 71 mil millones de Liras (se reajustan los límites en forma anual).

Jurisdicción	Ley Antimonopolios Aplicable	Comisión de Competencia / Organismo Antimonopolios	Última fecha de Notificación	Límites sobre la Notificación
ITALIA	Ley Nº 287 de 1990, Ley sobre la Protección de la Competencia y del Mercado.	Dirección de la Competencia y del Mercado	Se debe efectuar la notificación antes de la adquisición de una participación mayoritaria. Es posible efectuar la notificación antes del contrato de fusión estando definidos los términos esenciales. Las ofertas públicas se deben notificar en forma simultánea con la notificación a los bolsas de valores.	Es obligatoria la notificación cuando (1) el volumen mundial combinado de las partes exceda de NLG 250 millones y (2) por lo menos dos de las partes tengan por separado un volumen en los Países Bajos en exceso de NLG 30 millones.
HOLANDA	Decreto sobre la Competencia de 22 de mayo de 1997	Dirección de la Competencia	La notificación inicial se da al arbitrio del solicitante, pero se requiere la aprobación antes de cerrar la operación. El Director General (DG) decidirá dentro de cuatro semanas si se requiere un permiso. En caso positivo, se sigue con una segunda fase una vez presentado una solicitud adicional con más detalles. El DG tiene 13 semanas para revisar la solicitud de permiso.	Es obligatoria la notificación cuando (1) el volumen mundial combinado de las partes exceda de NLG 250 millones y (2) por lo menos dos de las partes tengan por separado un volumen en los Países Bajos en exceso de NLG 30 millones.
NORUEGA	Decreto sobre la Competencia, de 1993	Dirección de la Competencia (MCA)	No existe obligación de notificar. Es posible dar una notificación voluntaria.	No existen límites obligatorios. En general, la MCA investigará solo casos en los cuales la participación de mercado combinada excede del 40% o la participación del mercado de los tres partícipes más grandes (incluyendo las partes) excede del 60%.
PORTUGAL	Decreto Ley Nº 371 / 93 del 29 de octubre de 1993	Dirección General de Comercio y Competencia, Ministerio de Comercio; Consejo para la Competencia.	Las partes deben dar la notificación antes del cierre. Hasta no obtener la aprobación, es nula la operación. El Ministerio de Comercio tiene 50 días desde la notificación para determinar si enviará el caso al Consejo para la Competencia. En este último caso, el Consejo tiene 30 días para emitir una opinión y el Ministerio otros 15 días para determinar si se opondrá a la operación.	Se requiere una notificación cuando el volumen anual combinado de las partes sea por lo menos 30 mil millones de Escudos en Portugal o las entidades fusionadas tengan una participación de mercado del 30% o más en cualquier mercado relevante de Portugal.



ESPAÑA	Ley 16/1989 sobre la Defensa de la Competencia, modificada por el Decreto Ley Real Nº 6-2000, "Modificación del Control de Fusiones"	El Servicio para la Defensa de la Competencia (SDC); el Tribunal para la Defensa de la Competencia	Se debe efectuar la notificación antes de cerrar la operación y es necesaria la aprobación antes del cierre a menos que se obtenga una renuncia. Las solicitudes de renuncia se presentan en el momento de la notificación. El Servicio de Competencia debe determinar dentro de un mes si iniciará una investigación. En este último caso, el Tribunal de la Competencia tiene dos meses para emitir un informe no obligatorio al gobierno y este otro mes para decidir sobre la operación.	Se debe efectuar la notificación cuando la operación afecte o pudiera efectuar el mercado español y (1) la participación de mercado combinada de las partes –o la participación de mercado de solo la sociedad más grande– exceda en España del 25% o (2) el volumen combinado de las partes exceda de PTA 40 mil millones en España y por lo menos dos de las partes tengan por separado un volumen en exceso de PTA 10 mil millones en España.
SUECIA	Decreto sobre la Competencia (1993)	Dirección de la Competencia	Se debe efectuar la notificación antes del cierre de la operación. La Dirección de la Competencia tiene 30 días para determinar si iniciará una investigación. Durante ese período, las partes no podrán cerrar la operación.	Es obligatoria la notificación cuando (1) el volumen mundial combinado de las partes exceda de SFK 4 mil millones y (2) por lo menos dos de las partes tengan por separado un volumen en exceso de SFK 100 millones en Suecia.
REINO UNIDO	Decreto sobre el Comercio Leal	Comisión de Monopolios y Fusiones	No existe obligación de notificar. Es posible efectuar una notificación voluntaria. Las fusiones que califican para una investigación podrán referirse a la Comisión de Monopolios y Fusiones hasta 4 meses después de su suscripción.	No existe obligación de notificar. Las fusiones califican para investigación cuando (1) por lo menos una de las empresas se opere en el RU por o bajo control de una persona jurídica constituida en el RU y ya sea (2) el valor bruto de los activos a adquirir exceda por todo el mundo de 70 millones de libras, o (3) las empresas que dejen de ser autónomas como consecuencia de la fusión suministren en su conjunto o adquieran por lo menos el 25% de los bienes o servicios relevantes en el RU o en parte sustancial del mismo.