

Amicus curiae

Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Santiago Montt Oyarzún, Director del **Centro de Regulación y Competencia**, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, y **Francisco Agüero Vargas**, Investigador del mismo Centro, ambos domiciliados en calle Pío Nono N° 1, Providencia, Santiago, en el caso no contencioso del artículo 39 letra ñ) del DL 211 caratulado *FNE y Lan Airlines S.A.*, Rol AE-03-11, y en el asunto no contencioso del artículo 18 N° 2 del DL 211 caratulado *Consulta de Conadecus sobre operación de concentración LAN Airlines S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A.*, Rol NC 388-11, al H. Tribunal respetuosamente decimos:

I. Sobre el presente *Amicus Curiae*

1. Dada la importancia que tiene para nuestro país el establecimiento de un sistema institucional de control de fusiones y operaciones de concentración que sea eficiente y efectivo, solicitamos al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) tener a bien considerar los argumentos que se desarrollan en este *Amicus Brief*.
2. La institución del *Amicus Curiae* (“Amigos de la Corte”), característica de los procesos de interés público, tiene una larga tradición en el Derecho Angloamericano y en el Derecho Internacional. Esta institución permite que entidades o incluso personas que no son partes en un proceso puedan aportar antecedentes, opiniones y argumentos cuando hay un interés público comprometido, facilitando la labor decisoria del Tribunal¹.
3. No cualquiera puede presentar un *Amicus Brief* (“Presentación Amistosa”). Para no sobrecargar a los tribunales ni interferir en su funcionamiento, quienes hacen una presentación de este tipo deben ser personas o entidades que tengan un interés institucional reconocido vinculado a la materia sometida a discusión (p. ej., entidades públicas, ONGs, profesores, asociaciones gremiales, unidades académicas, etc.).

¹ De acuerdo a la Regla 37(1) de las Reglas de la Corte Suprema de USA, “An amicus curiae brief that brings to the attention of the Court relevant matter not already brought to its attention by the parties may be of considerable help to the Court” (disponible en <http://www.law.cornell.edu/rules/supct/37.html>, última visita 1° de marzo de 2011).

4. En nuestra opinión, la operación de fusión de Lan Airlines S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A. constituye una oportunidad crucial para establecer jurisprudencialmente una interpretación razonable y apropiada del DL 211, de forma de establecer mecanismos eficientes y eficaces de control de fusiones y operaciones de concentración. Una economía competitiva y productiva así lo exige.

5. Los suscritos somos miembros del Centro de Regulación y Competencia (RegCom) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. RegCom se preocupa por el interés público, y para ello “dirige sus esfuerzos a la creación de conocimiento en materia de diseño institucional y regulación social y económica, incluyendo la regulación del mercado conforme a las reglas de la competencia”². En dicha calidad, solicitamos al Honorable Tribunal aceptar la presentación de este *Amicus Brief* y tener presente los argumentos en él contenidos al momento de resolver en definitiva.

II. Panorama general de las fusiones y operaciones de concentración ante el Derecho de la Competencia

a. Las fusiones y operaciones de concentración anticompetitivas como un ilícito de la competencia

6. El DL 211 no hace referencia expresa a las fusiones y/o operaciones de concentración (FYODC). Ahora bien, dicha falta de mención no es obstáculo a que las FYODC, en tanto hechos, actos o convenciones, puedan y deban ser objeto de análisis, regulación y/o sanción por parte del Derecho de la Competencia.

7. Desde una perspectiva jurídico-económica, si bien las FYODC son generalmente pro-competitivas, pueden también en algunos casos ser anticompetitivas.

8. Las FYODC anticompetitivas son típicamente las que se producen entre competidores (fusiones horizontales), sin perjuicio de que las FYODC de naturaleza vertical o de conglomerado puedan también afectar la competencia en ciertos casos. En términos equivalentes a la hipótesis de colusión, las FYODC entre competidores, cuando son anticompetitivas, reducen la eficiencia de los mercados: la nueva entidad comercial tendrá

² Ver <http://www.regcom.uchile.cl/> (última visita, 1° de marzo de 2011).

incentivos para subir el precio, disminuir la calidad y cantidad producida y/o reducir las alternativas de productos disponibles para los consumidores (efectos unilaterales). Además, es posible que aumenten los riesgos de colusión con los competidores restantes o de paralelismo consciente (efectos coordinados).

9. Dado lo anterior, en caso que dos o más firmas lleven a cabo una FYODC anticompetitiva, ello importará necesariamente una infracción al artículo 3° inciso 1°, y posiblemente al artículo 3° inciso 2° literal a), del DL 211³. Las FYODC anticompetitivas constituyen hechos, actos o convenciones prohibidas por la ley. Por las razones indicadas, desde la perspectiva del daño a los mercados, las FYODC horizontales anticompetitivas pueden ser actos o convenciones incluso más graves que la colusión.

10. En nuestro Derecho de la Competencia, el H. TDLC puede castigar una FYODC anticompetitiva aplicando una sanción monetaria pertinente luego de tramitar una demanda o requerimiento iniciado por la Fiscalía Nacional Económica (FNE) o por un tercero interesado. Además, de conformidad al artículo 3° inciso 1° y 26 letras a) y b) del DL 211, el H. TDLC puede establecer cualquier remedio, condición o medida necesaria y pertinente para restablecer la competencia de los mercados, incluyendo la desinversión o *divestiture* de todo o parte de los activos involucrados en la operación de concentración (informalmente conocido como *unscrambling the eggs* o “des-revolviendo los huevos”).

b. Respuestas institucionales comparadas al problema de las fusiones anticompetitivas

11. En general, los sistemas legales deben dar respuesta al difícil desafío de diseño institucional que significa, por una parte, no entorpecer el desarrollo y consumación de la gran mayoría de las FYODC (que son pro-competitivas) y, por otra parte, impedir que se lleven a cabo aquellas FYODC excepcionales que perjudican la eficiencia de los mercados. Además, los sistemas legales

³ Previo a la adopción de las *European Community Merger Regulation* de 1989, en Europa se usaron tanto los artículos 101 como 102 para atacar las FYODC anticompetitivas. Por ejemplo, en *BAT and Reynolds v. Commission*, Casos 142 y 156/84, [1987] ECR 4487, ¶¶36-39, la Corte Europea de Justicia consideró que una FYODC anticompetitiva podía constituir una violación del artículo 101. Por su parte, en *Europemballage Corp and Continental Can Co. Inc. v. Commission*, Caso 6/72, [1973] ECR 215, ¶ 26, la Corte consideró que una FYODC anticompetitiva podía constituir un abuso de posición dominante de la firma que antes de la fusión contaba con dominancia.

deben tener especialmente en consideración los tiempos o *timing* de los negocios: la dilación o tardanza en el proceso de autorización de FYODC puede hacer fracasar el negocio propuesto.

12. Dado el enorme riesgo de daño a los mercados y consumidores representado por las FYODC anticompetitivas, resulta habitual en el Derecho Comparado que el Derecho de la Competencia establezca un régimen regulatorio específico *ax ante* para aquellas operaciones que *prima facie* permitan presumir un riesgo anticompetitivo.

13. En Estados Unidos la *Hart, Scott Rodino Act* exige que las FYODC relevantes sean notificadas por las partes en forma previa a las agencias administrativas de la competencia (*Federal Trade Commission* y *Department of Justice*)⁴. Las agencias, enseguida, disponen de un lapso de tiempo para tomar alguna de las siguientes decisiones⁵: (i) no iniciar acciones (“*no further action*”), (ii) solicitar una medida precautoria a los tribunales (“*injunctive relief*”) o, (iii) negociar un acuerdo extrajudicial con los interesados. Dicho acuerdo, antes de quedar firme, es objeto de comentario y análisis público.

14. El sistema Europeo también está estructurado sobre la base de una notificación obligatoria *ex ante* a la Comisión que aplica a las grandes FYODC. *Grosso modo*, ante una notificación se da inicio al siguiente procedimiento: *Fase I*: Recibida la notificación, la Comisión debe optar por alguna de las siguientes alternativas: (i) declarar que la FYODC no cabe dentro del ámbito de la regulación comunitaria, (ii) declarar que la FYODC no implica riesgos para la competencia, (iii) declarar que la FYODC sí representa serios riesgos para la competencia, debiendo pasar el caso a la siguiente etapa; *Fase II*: La Comisión puede resolver, entre otras cosas, y previo tramite de un procedimiento administrativo completo: (i) aprobar la FYODC, (ii) aprobar la FYODC con condiciones, (iii) prohibir la FYODC, (iv) disolver la FYODC en caso de consumación previa⁶. La Comisión puede también decretar medidas cautelares.

⁴ Ver “Introductory Guide I. Hart, Scott, Rodino Act. Premerger Notification Program”, disponible en <http://www.ftc.gov/bc/hsr/introguides/guide1.pdf> (última visita, 1° de marzo de 2011).

⁵ Durante ese lapso de tiempo la FYODC no puede ser consumada.

⁶ Ver European Commission, EU Competition Law. Rules Applicable to Merger Control (Abril 2010), disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/merger_compilation.pdf (última visita, 1° de marzo de 2011).

15. Es importante señalar que, tratándose de sistemas administrativos *ex ante* (esto es, no jurisdiccional), los regímenes de control de FYODC son habitualmente liderados por agencias administrativas. Incluso en “sistemas bifurcados” – como el chileno, que combinan una agencia administrativa que presenta casos y un tribunal que los resuelve –, la función de control de FYODC es frecuentemente entregada al órgano administrativo y no al judicial (sin perjuicio de la impugnación). Así ocurre en el caso de Australia y Nueva Zelanda, dos países que tienen una estructura bifurcada similar a la nuestra⁷.

c. El problema de ineficiencia de los sistemas *ex ante*

16. Como indicamos, crear un sistema regulatorio que distinga rápida y oportunamente las FYODC que son realmente anticompetitivas constituye un difícil desafío de diseño institucional. Desde una perspectiva de eficiencia, necesariamente hay que hacer *trade-offs* o compromisos entre errores tipo I – obligar a que fusiones competitivas deban solicitar autorización – y errores tipo II – no exigir notificación previa/autorización a fusiones que son anticompetitivas –.

17. El riesgo de los sistemas de notificación previa/autorización obligatoria utilizados en el mundo es que conllevan un número significativo de errores tipo I (falsos positivos): muchos casos de FYODC que eran competitivos son sometidos a un control obligatorio que es largo y costoso. Esto implica un importante costo en términos de eficiencia, incluyendo efectos de enfriamiento (*chilling effects*): fusiones que se habrían desarrollado en una economía productiva, dejan de llevarse a cabo ante los costos y dilación que significa pasar por un control administrativo previo.

18. Las preguntas de diseño institucional se responden en definitiva conforme a un análisis de costo-beneficio particular a cada país: si el sistema obligatorio *ex ante* genera más beneficios que costos, y más beneficios netos

⁷ Ver Australia Competition and Consumer Commission, *Merger Guidelines* (Noviembre 2008), disponible en http://www.accc.gov.au/content/item.php?itemId=809866&nodeId=3a4cf8c822dc673b7de0a525ac267933&fn=222_Merger%20guidelines_FA_WEB.pdf (última visita, 1° de marzo de 2011), y New Zealand Commerce Commission, *Merger and Acquisitions Guidelines* (2003) <http://www.comcom.govt.nz/assets/Imported-from-old-site/BusinessCompetition/MergersAcquisitions/ClearanceProcessGuidelines/ContentFiles/Documents/Mergers-and-AcquisitionsGuidelines-2003.pdf> (última visita, 1° de marzo de 2011).

que un sistema de control voluntario, debe preferirse. De lo contrario, debe mantenerse un sistema de sanción *ex post* –conforme a la regla general del Derecho de la Competencia–, combinándolo con un sistema de consulta voluntaria, que permita a las partes, agencias de la competencia y afectados poder anticiparse a la consumación de las FYODC y obtener un pronunciamiento que otorgue seguridad jurídica. Esto además de la posibilidad de bloquear temporalmente la consumación de las FYODC por la vía de la dictación de medidas cautelares por parte del órgano competente.

III. Fusiones y operaciones de concentración en el Derecho de la Competencia Chileno

a. Silencio del DL 211 y las herramientas generales contempladas en la ley

19. En Chile no hay un sistema regulatorio general, obligatorio y *ex ante* para el control de FYODC⁸. Éstas se rigen por las reglas generales contenidas en el DL 211. Las empresas son libres para realizar las FYODC, sin perjuicio de la aplicación *ex post* del DL 211: si la fusión es anticompetitiva, serán sancionadas de acuerdo al artículo 3° inciso 1° o inciso 2° literal a) según lo indicado más arriba. Con ello, nuestro sistema ha optado por correr más riesgos de errores tipo II.

20. Pero, además, el DL 211 cuenta con dos mecanismos procesales que pueden ser utilizados para articular un control eficiente y eficaz, no-obligatorio y *ex ante* de FYODC, que sea beneficioso tanto para las empresas como para los consumidores nacionales: la consulta establecida en el artículo 18 N° 2⁹ y los acuerdos extrajudiciales de la FNE contemplados en el artículo 39 letra ñ) del DL 211¹⁰.

⁸ Sí hay sistemas regulatorios especiales, como ocurre, por ejemplo, en materia de distribución eléctrica (Art. 46, Ley General de Servicios Eléctricos), servicios de agua potable y alcantarillado (Art. 64, Ley General de Servicios Sanitarios) y medios de comunicación social (Art. 38, Ley de Libertad de Opinión e Información).

⁹ Artículo 18 N° 2 del DL 211:

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: ... 2) Conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos.

¹⁰ Artículo 39 inciso 2° letra ñ) del DL 211:

21. En efecto, dos empresas que planean fusionarse pueden evitar el riesgo de una condena posterior bajo el DL 211 (sin perjuicio de lo que diremos más adelante) por la vía de utilizar los mecanismos señalados. Asimismo, la FNE y las firmas afectadas y terceros afectados que tengan un interés legítimo no tienen por qué esperar a que la FYODC anticompetitiva se materialice para ejercer los requerimientos y demandas del DL 211. Pueden también iniciar los mecanismos indicados, dando lugar a un control *ex ante*, no voluntario para las partes por cierto, de la operación en cuestión (aunque, ciertamente, las firmas afectadas y terceros afectados no pueden iniciar el procedimiento del artículo 39 letra ñ) del DL 211).

22. El principal beneficio de estos dos mecanismos, consulta y acuerdo extrajudicial, es que la fusión consumada de conformidad con la aprobación del H. TDLC goza, en ambos casos, del fuero de seguridad jurídica reconocido en el artículo 32 del DL 211:

Los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia, sino en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la libre competencia por el mismo Tribunal, y ello desde que se notifique o publique, en su caso, la resolución que haga tal calificación¹¹.

23. En nuestra opinión, según indicamos, el citado fuero también abarca los procesos del artículo 39 literal ñ). En efecto, la FYODC contenida en un

Serán atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico: ... ñ) Suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones, con el objeto de cautelar la libre competencia en los mercados.

El Tribunal tomará conocimiento del acuerdo en una sola audiencia, sin forma de juicio, convocada especialmente al efecto, dentro del quinto día hábil de recibidos los antecedentes, durante la cual podrá escuchar alegatos de las partes comparecientes al acuerdo. El Tribunal deberá aprobar o rechazar el acuerdo en un plazo máximo de quince días hábiles, contados desde la fecha de la audiencia. Estas resoluciones una vez ejecutoriadas serán vinculantes para las partes que comparecieron al acuerdo y en su contra sólo procederá el recurso de reposición.

¹¹ Ver también N° 3 del Autoacordado N° 5 del TDLC, de 22 de julio de 2004:

[E]l procedimiento no contencioso tiene precisamente por objeto obtener de este Tribunal un pronunciamiento orientado a otorgar o a denegar a la parte consultante la certeza jurídica que establece el artículo 19 del DL 211 [pre-reforma de la Ley 19.911]...

acuerdo extrajudicial aprobado por el H. TDLC constituye un “acto o contrato ejecutado o celebrado de acuerdo con las decisiones del Tribunal”. Si bien el inciso 2° del literal ñ) del artículo 39 dispone que las resoluciones del TDLC que aprueban acuerdos extrajudiciales “serán vinculantes para las partes que comparecieron al acuerdo”, ello aplica a las obligaciones contenidas en los acuerdos extrajudiciales aprobados, las que ciertamente sólo pueden ser exigibles a las partes.

24. Si bien tradicionalmente se ha entendido que el efecto de seguridad jurídica que emana del artículo 32 es fruto de un procedimiento de consulta, la norma utiliza la expresión *decisiones*, no restringiéndola a las *resoluciones* que resultan de un proceso de consulta. Y, debe notarse que, cuando el legislador del DL 211 ha querido restringir su aplicación a algún acto específico del H. Tribunal, así lo ha hecho expresamente: por ejemplo, el artículo 31° hace referencia a *resoluciones e informes* y el inciso 5° del artículo 20 habla de *sentencia definitiva*.

25. Finalmente, debe notarse que los dos mecanismos señalados no poseen una naturaleza *jurisdiccional* sino meramente administrativa (“asuntos no contenciosos”)¹². Esto implica que los actos de la FNE y del H. TDLC en este ámbito son actos administrativos, que deben ser analizados como actos regulatorios de gravamen (limitadores de derechos) y no como actos de sanción. También implica que las reglas y principios del Derecho procesal civil y, eventualmente del penal, se aplican con importantes matices (ej., el acuerdo extrajudicial no es un equivalente jurisdiccional).

b. La consulta del artículo 18 N° 2 del DL 211 y el problema de las medidas cautelares automáticas

26. Tal como indicamos, una primera institución contemplada en el DL 211 que puede ser utilizada para controlar FYODC *ex ante* es la consulta del artículo 18 N° 2, tramitada de acuerdo al artículo 31 de la misma ley.

27. El uso de la consulta del artículo 18 N° 2 tiene amplio respaldo en la jurisprudencia del H. TDLC. Entre los casos que ha conocido el Tribunal por esta vía se cuentan la consulta de Liberty Comunicaciones de Chile Ltda. (Fusión VTR-Metrópolis Intercom) (NC 02-04), Telefónica Móviles S.A. (Fusión Bellsouth-Telefónica Móvil) (NC 01-04), Proyecto Aysén (NC 134-

¹² Ver *infra* nota al pie 21.

2006), Fusión ING AFP y Bansantander AFP (NC 205-07), D&S Falabella (NC 199-07) y Anagra S.A. y SQM Comercial S.A. (NC 339-09).

28. En los procesos sub-lite la discusión se ha centrado en torno a si terceros, en particular CONADECUS, tienen o no legitimación activa en los procedimientos de consulta. En nuestra opinión, el problema no es uno de legitimación activa, pues el artículo 18 N° 2 señala que la solicitud de consulta la puede formular “quien tenga interés legítimo” y las asociaciones de consumidores ciertamente tienen un interés legítimo en tanto entidades encargadas de defender los intereses de los consumidores¹³.

29. Por otra parte, desde una perspectiva de políticas públicas, el problema tampoco es uno de legitimidad activa. El verdadero problema que ha quedado al descubierto con la consulta iniciada por CONADECUS es la existencia de medidas cautelares automáticas. En otras palabras, lo que en realidad pone en riesgo que el procedimiento de consulta sea en nuestro país un instrumento de control *ex ante* eficiente y efectivo es la existencia de medidas cautelares automáticas.

30. En nuestra opinión, las medidas cautelares decretadas de pleno derecho, es decir, automáticamente, son inconvenientes e incluso discutibles desde el punto de vista constitucional por poner en entredicho el principio del debido proceso (artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República). Las medidas cautelares deben siempre ser el resultado de un juicio o decisión meditada de parte del Tribunal, tomando en cuenta las circunstancias del caso concreto. En otras palabras, debe existir una decisión *de mérito*, que aplique y balancee los ancestrales criterios de *fumus bonis iuris* y *periculum in mora*.

31. Por ello, en nuestra opinión, resulta imprescindible que se revise la medida cautelar automática de suspensión establecida en nuestro Derecho de la Competencia en el N° 3 del Auto Acordado N° 5 de 22 de julio de 2004¹⁴, especialmente tras las modificaciones efectuadas al DL 211 por la Ley N° 20.361. Según el citado Auto Acordado:

¹³ No puede olvidarse que una de las finalidades centrales del DL 211 es la protección de los consumidores. Esta es la comprensión moderna del Derecho de la Competencia.

¹⁴ Es preciso recordar que la dictación de dicho Auto Acordado ocurrió durante la tramitación de una consulta y demandas deducidas por dos empresas de telecomunicaciones respecto de una operación de concentración. Dichas empresas interpusieron recursos en contra del Auto Acordado, los que fueron rechazados por la Exma. Corte Suprema.

[D]esde la fecha de ingreso de la consulta, los hechos, actos o contratos consultados no podrán celebrarse, ejecutarse o concluirse por la parte consultante sin que previamente hayan sido aprobados por el Tribunal y en la forma establecida por éste.

32. Si bien dicha medida automática se estableció en su momento en el entendido que el consultante es siempre una parte del acto o convención, ello no constituye una razón suficiente para definir medidas cautelares automáticas. La normativa general puede invertir la carga de la argumentación y/o de la prueba, pero no establecer medidas cautelares automáticas que prescindan de la audiencia previa o citación y de una opinión meditada del H. Tribunal.

33. Tratándose de una consulta presentada por un tercero (CONADECUS), el H. Tribunal, en la reciente resolución de fecha 28 de enero de 2011, dictada en la causa Rol NC 388-11, habría confirmado la aplicación del mismo criterio relativo a medidas cautelares automáticas. Así se apreciaría del texto de la resolución citada:

Atendido lo dispuesto en el artículo 18 N° 2, en cuanto que el Tribunal sólo podría fijar, al momento de dictar la resolución que ponga término a la presente consulta, las condiciones que deberían ser cumplidas en los hechos, actos y contratos objeto de la misma, suspéndase en el intertanto la operación consultada por CONADECUS.

34. El fundamento de la resolución no nos parece convincente. En ausencia de antecedentes y presunciones fundadas de que una operación de concentración es anticompetitiva, el H. TDLC no debería establecer medidas cautelares automáticas, más aún si el procedimiento fue iniciado por un tercero. Dichas medidas automáticas son inconvenientes –porque permiten conductas estratégicas de terceros, que pueden obstaculizar o al menos retardar la consumación de la FYODC– y constitucionalmente discutibles –porque es una forma de afectación de los derechos de las empresas sin audiencia previa o citación y sin evaluación de los antecedentes del caso–.

35. En nuestra opinión, el simple hecho de que la operación consultada se pueda llevar a cabo, “vaciando” así de sentido el procedimiento de consulta, no debe impulsar al H. Tribunal a establecer medidas cautelares automáticas. En ese caso, el procedimiento de consulta debe simplemente darse por terminado –una forma de “decaimiento del procedimiento”, al no existir los presupuestos fácticos para que pueda concluir en una resolución válida–,

debiendo la FNE o los terceros requerir o demandar la violación respectiva al artículo 3° inciso 1° o inciso 2° literal a) del DL 211.

36. Finalmente, somos de la opinión de que así como las cautelares automáticas no deben contemplarse en nuestro Derecho de la Competencia, el H. Tribunal sí debe ser flexible y dar lugar a una práctica profunda y variada en lo que se refiere al otorgamiento de medidas cautelares (previa audiencia de las partes o con citación¹⁵). Medidas como prohibir la consumación jurídica de la operación, o prohibir la consumación logística de la operación (*hold separate orders*), con o sin nombramiento de interventor, entre otras, debieran estar en el catálogo de medidas que el H. TDLC utilice en estos procedimientos. (Nótese que ninguna de tales medidas tiene naturaleza jurisdiccional¹⁶).

c. Los acuerdos extrajudiciales del artículo 39 letra ñ) del DL 211

37. El segundo mecanismo del DL 211 que puede ser utilizado con fines de control *ex ante* es novedoso y proviene de la reciente reforma al DL 211 introducida por la Ley 20.361. Se trata de la letra ñ) del artículo 39 del DL 211, que permite a la FNE “suscribir acuerdos extrajudiciales... con el objeto de cautelar la libre competencia en los mercados”.

38. La capacidad de la FNE de llegar a acuerdos extrajudiciales de conformidad al artículo 39 letra ñ) del DL 211 dice relación tanto con infracciones ya consumadas al artículo 3° del DL 211 –función *ex post*-sancionatoria del Derecho de la Competencia– como con consultas no-contenciosas (incluyendo aquellas cuyo objeto son FYODC) –función *ex ante*-regulatoria del Derecho de la Competencia–. Si la ley no restringe, no vemos ninguna buena razón interpretativa para limitar esta facultad de la FNE sólo a infracciones contenciosas.

¹⁵ La medida puede otorgarse inicialmente sin audiencia, pero el mantenimiento de la misma debe ser siempre con audiencia concluido el período de citación, debiendo siempre evaluarse seriamente los argumentos y antecedentes aportados por el o los afectados.

¹⁶ El procedimiento administrativo también contempla la posibilidad de que los órganos administrativos adopten medidas cautelares. Ver artículo 32 de la Ley N° 19.880, sobre Procedimientos Administrativos:

Medidas provisionales. Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo podrá adoptar, de oficio o a petición de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la decisión que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello.

39. En otros términos, el tenor de la norma en examen no distingue, ni la restringe a hechos pasados, por lo que es posible concluir que se puede celebrar acuerdos extrajudiciales respecto de hechos futuros. En efecto, la investigación que desarrolle la FNE puede ser respecto de los hechos “*que estime procedentes*” para comprobar infracciones al DL 211 (Art. 39, letra a, DL 211). La historia fidedigna del artículo 39 letra ñ), por lo demás, confirma que la intención del legislador era *desjudicializar* procedimientos ante el H. Tribunal¹⁷.

40. Si bien la jurisprudencia del H. TDLC es escasa en este punto –dos aprobaciones desde 2009–, sí debemos dar cuenta de un acuerdo aprobado por el H. Tribunal que dice relación directa con medidas de mitigación adoptadas como consecuencia de diversas compras de activos de supermercados que imponían cláusulas de no competencia de una duración excesiva (AE 2-2010).

41. La facultad de la FNE de estudiar, analizar y establecer condiciones a las FYODC en el marco del artículo 39 letra ñ) es una herramienta crucial para que nuestro país desarrolle un mecanismo de control de fusiones eficaz y eficiente. Como hemos señalado, en el Derecho Comparado el control de fusiones usualmente queda entregado a órganos administrativos.

42. Esto por cuanto las labores de estudio, análisis y negociación no pueden ser realizadas por un Tribunal con la flexibilidad y efectividad de una agencia administrativa. Así lo reconocen países como Australia y Nueva Zelanda que también tienen un sistema “bifurcado” como el chileno, donde las “fiscalías” –*Australian Competition and Consumer Commission* o ACCC en Australia y *Commerce Commission* o NZCC en Nueva Zelanda¹⁸– deben por regla general presentar sus casos ante un tribunal.

¹⁷ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 20.361 Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Economía, Fomento y Reconstrucción de 2004, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, Julio de 2009, p. 171:

Los representantes del Ejecutivo explicaron que la nueva letra [ñ] pretendía desjudicializar algunos casos de competencia, es decir, permitir llegar a acuerdos extrajudiciales en términos similares a las soluciones alternativas a que puede llegar el Ministerio Público, contando siempre con autorización del Tribunal”.

¹⁸ Cfr. Simon Peart, “Competition law enforcement and governance: Australia and New Zealand” (2010), p. 10, disponible en <http://www.iilj.org/GAL/documents/GALchaptercomplete-Australia-NewZealand.pdf> (última visita, 2 de marzo de 2011).

43. Las limitaciones en términos de flexibilidad, efectividad y eficacia se derivan del hecho que, en términos de diseño institucional, el uso de un tribunal en vez de una agencia administrativa supone privilegiar la justicia procesal (*fairness*) y la ritualidad protectora de los derechos de las partes demandadas, incluso al costo de sacrificar objetivos de política pública. Por definición, un juez no puede hacer cosas que un tomador de decisiones o *policymaker* enérgico sí puede hacer.

44. Este privilegio de la justicia sobre los fines de política pública puede encontrar justificación cuando el Derecho de la Competencia opera *ex post* como una forma de aplicación de sanciones (aunque sea un punto debatido en el Derecho Comparado, dado que frecuentemente se recurre a agencias administrativas para tales propósitos). Pero hay pocos argumentos que justifiquen su uso tratándose de un régimen *ex ante* regulatorio, basado en actos administrativos no sancionatorios.

45. Desde una perspectiva regulatoria, lo atractivo entonces del procedimiento del artículo 39 letra ñ) es que sitúa a la FNE como operador “primario” del sistema de control *ex ante* de FYODC, aprovechando las ventajas institucionales que dicho órgano tiene respecto del H. TDLC. No puede olvidarse que, por una parte, la FNE tiene más personal y recursos y por ende más capacidad de dar respuesta con celeridad, y, por otra parte, que el procedimiento de consulta puede resultar poco flexible a la hora de establecer remedios o medidas de mitigación¹⁹, al menos en comparación con la naturaleza expedita y dialéctica del procedimiento del artículo 39 letra ñ).

46. Ahora bien, esto no significa que la potestad de decisión se desplace en forma definitiva a la FNE. De acuerdo al artículo 39 letra ñ), el TDLC es siempre quien tiene la última palabra frente a los acuerdos logrados por la FNE. Se mantiene así un sistema de pesos y contrapesos y de *accountability*, en el que las decisiones de la FNE son revisadas y controladas por el Tribunal. Este sistema logra así lo mejor de los dos mundos: flexibilidad y efectividad bajo la tuición de la FNE, y justicia y protección de derechos ante el H. TDLC.

47. Cabe agregar que si bien el artículo 39 letra ñ) autoriza al H. TDLC a “escuchar alegatos de las partes comparecientes al acuerdo”, dicha facultad *no*

¹⁹ Ver Francisco Agüero “Rol de las Medidas de Mitigación o Condiciones Impuestas para Aprobar Operaciones de Concentración: Un Análisis Aplicado al Sector Retail” (Santiago, Octubre 2009), disponible en <http://ssrn.com/abstract=1491050> (última visita, 2 de marzo de 2011).

debe interpretarse en el sentido de que “no pueda escuchar alegatos de terceros”, ni menos que terceros no puedan aportar antecedentes, de hecho y de derecho, a ser considerados por el H. Tribunal. El procedimiento del artículo 39 letra ñ) debe realizarse de manera abierta y participativa, como corresponde a los procesos regulatorios en los sistemas jurídico-administrativos democráticos, transparentes y participativos, escuchando la opinión de todos quienes tengan intereses legítimos y estén dispuestos a participar (al menos por escrito)²⁰.

d. Articulación de los procedimientos de consulta (artículo 18 N° 2 del DL 211) y de revisión de acuerdos extrajudiciales (artículo 39 letra ñ) del DL 211)

48. Resulta fundamental reiterar que en los procedimientos de consulta y de revisión de acuerdos extrajudiciales relativos a fusiones, la FNE y el H. TDLC actúan dictando actos administrativos y no actos jurisdiccionales²¹. Ambas instituciones son así, para todos los efectos prácticos, entes reguladores, que no aplican sanciones, sino actos administrativos que imponen gravámenes²². Este punto *teórico* es fundamental para determinar una solución óptima al problema de la articulación eficiente y efectiva de los procedimientos de consulta y de revisión de acuerdos extrajudiciales.

49. En nuestro sistema legal, el artículo 5° inciso 2° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado establece que los órganos públicos “deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y

²⁰ Por ejemplo, en Estados Unidos, los *settlements* entre las agencias y las firmas que buscan fusionarse se someten a un proceso público de *notice and comment*.

²¹ Así lo reconoció recientemente el TC, en la sentencia Rol 1448-2009, de 9 de septiembre de 2010, C. 16°:

Que de la lectura de lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto Ley N° 211 es posible concluir que –en principio– sólo el número uno dice relación con una atribución en que el órgano actúa propiamente como tribunal, ejerciendo jurisdicción, esto es, resolviendo conflictos externos de relevancia jurídica. Los demás numerales no establecen potestades propiamente jurisdiccionales, toda vez que en el ejercicio de ellas el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no conoce de pretensiones procesales originadas en un conflicto de carácter jurídico, sino que por solicitud y no demanda de los interesados, se pronuncia sobre ciertas declaraciones y diligencias que, como es propio en los procedimientos no contenciosos, los particulares no pueden realizar por sí, requiriendo de la intervención de un tribunal al que expresamente se le han encomendado las atribuciones administrativas pertinentes.

²² Esto es, se trata de actos limitadores de derecho, característicos del Derecho regulatorio.

propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones”. Si bien dicha norma no aplica formalmente al H. TDLC, debe utilizarse como principio guía cuando éste realiza actuaciones de carácter administrativo.

50. La pregunta crucial en este punto es cómo coordinar y articular los procedimientos de consulta y de revisión de acuerdos extrajudiciales a efectos de establecer un Chile un sistema eficiente y efectivo de control *ex ante* de FYODC (punto especialmente relevante cuando la consulta es o puede ser planteada por un tercero). A nuestro juicio y sin negar la importancia del procedimiento de consulta, la solución óptima requiere que el H. TDLC ejerza una amplia discreción a efectos de dar preferencia *en la tramitación* al procedimiento del artículo 39 letra ñ) del DL 211 de conformidad a las reglas que explicamos a continuación.

51. Si el procedimiento del artículo 39 letra ñ) se iniciare con anterioridad o coetáneamente con el del artículo 18 N° 2, entonces resulta conveniente que el TDLC suspenda el procedimiento de consulta del artículo 18 N° 2. Enseguida:

- a. Si el acuerdo extrajudicial es aprobado, entonces el procedimiento de consulta deberá terminarse de forma anticipada. De acuerdo al artículo 40 inciso 2° de la Ley 19.880 – norma que debe servir de inspiración en este punto– el procedimiento administrativo termina por “imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevinientes”, y según explica el profesor Luis Cordero, hay imposibilidad material, entre otras hipótesis, cuando “desaparece el objeto del procedimiento”²³.
- b. Si el acuerdo extrajudicial es rechazado, entonces el procedimiento de consulta deberá continuar con su tramitación de acuerdo a la ley. (Se *espera* además que la FNE presente una consulta o se adhiera a la existente en tales circunstancias).

52. Si se presenta por un tercero una consulta con anterioridad a un eventual acuerdo extrajudicial, lo razonable es que el H. TDLC averigüe con la FNE si tiene o no abierto un proceso de revisión de la FYODC. En principio:

²³ Luis Cordero Verga, *El Procedimiento Administrativo* (LexisNexis, Santiago 2003), p. 132.

- a. Si la FNE no está investigando la FYODC, el H. TDLC debería dar curso al proceso de consulta.
 - b. Por el contrario, si la FNE está investigando la FYODC, entonces el H. TDLC debería suspender la consulta, otorgando un plazo para que la FNE llegue a acuerdo y lo presente a tramitación conforme al artículo 39 letra ñ), aplicándose consecuentemente la regla indicada en el ¶ 51. De no lograrse un acuerdo, la consulta debería continuar su tramitación de conformidad a la ley.
53. Insistimos una vez más en que el H. TDLC puede y debe actuar con flexibilidad. El H. TDLC es aquí, indiscutiblemente, un regulador del comercio²⁴. Los actos y procedimientos administrativos del H. Tribunal deben inspirarse, en principio, en la Ley 19.880 –especialmente en sus principios– y no en los códigos procesales.

IV. Conclusiones: Aplicación de los principios sistémicos explicados anteriormente a los casos de CONADECUS y FNE

54. En nuestra opinión, los casos de consulta de CONADECUS y de acuerdo extrajudicial de la FNE deben necesariamente ser resueltos con un criterio o mirada sistémica. El objetivo es establecer en nuestro país un sistema de control de FYODC que sea eficiente y efectivo.

55. A fin de articular el sistema de revisión de FYODC a que se refiere esta presentación en términos abstractos, solicitamos respetuosamente al H. Tribunal considerar la siguiente solución concreta al caso sub-lite:

- Suspender el procedimiento de consulta iniciado por CONADECUS, sin negar la legitimidad activa de dicha organización ante el artículo 18 N° 2 del DL 211.
- Dejar sin efecto la medida cautelar de suspensión de la operación decretada en la consulta de CONADECUS.

²⁴ Ver en general Santiago Montt *El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio: una mirada desde las políticas públicas* (Documento de Trabajo N° 1, Centro de Regulación y Competencia, Santiago, 2010) Disponible en: <http://www.regcom.uchile.cl/assets/files/Informes%20y%20Papers/Documento%20de%20trabajo%201.pdf> (última visita, 1° de marzo de 2011).

- Dar tramitación preferente al procedimiento del artículo 39 letra ñ) iniciado por la FNE, dando participación en dicho proceso a CONADECUS y a quienes tengan interés legítimo.
- En caso de aprobarse la transacción conforme al procedimiento del artículo 39 letra ñ), dar término al procedimiento de consulta iniciado por CONADECUS.
- En caso de no aprobarse la transacción conforme al procedimiento del artículo 39 letra ñ), continuar la tramitación de la consulta de CONADECUS de conformidad a la ley.

POR TANTO,

**AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA
ROGAMOS:** aceptar a tramitación este *Amicus Brief* y considerar los argumentos contenidos en el cuerpo de la presentación.