

CARIOLA DIEZ PEREZ-COTAPOS

& CIA LTDA
A B O G A D O S

CONTENIDO

INDEMNIZACIÓN POR
PERJUICIOS DERIVADOS DE
ILÍCITOS ANTICOMPETITIVOS
/ PRIMEROS PRECEDENTES
EN MATERIA DE LIBRE
COMPETENCIA

GUÍA PARA EL ANÁLISIS
DE OPERACIONES DE
CONCENTRACIÓN

CORTE SUPREMA REVOCA
DECISIÓN DEL TRIBUNAL
DE DEFENSA DE LIBRE
COMPETENCIA SOBRE
FUSIÓN TERPEL - ENEX

PRINCIPALES CASOS
RESUELTOS O INICIADOS ANTE
EL TDLC DESDE SEGUNDO
SEMESTRE DE 2012

Editor
Juan Cristóbal Gumucio

Si usted tiene consultas sobre los artículos incluidos en este boletín o necesita mayor información sobre algunos de los temas, por favor contactar a Juan Cristóbal Gumucio por email a jcgumucio@cariola.cl o directamente en Av. Andrés Bello 2711, piso 19, Santiago, Chile. Tel.: (+562) 2360-4000 Fax: (+562) 2360-4030.

Cariola, Díez, Pérez-Cotapos & Cia. Ltda. - Todos los derechos reservados.

Se autoriza la reproducción de textos íntegros y no alterados de cada informe, siempre que se individualice a Cariola, Díez, Pérez-Cotapos & Cia. Ltda. como titular de todos los derechos de autor.

La información y opiniones contenidas en este boletín son por la naturaleza del mismo, de carácter general y su aplicación a un caso concreto debe contar con asesoría legal.

Para cambiar detalles de su suscripción o incluir una dirección de correo electrónico en el listado de distribución de este boletín, por favor envíe un correo electrónico con su nombre, compañía y dirección de correo electrónico a suscribe@cariola.cl

Para remover su dirección de correo de nuestro listado, por favor contestar a remover@cariola.cl

Libre Competencia

N° 47 - Agosto 2013

INDEMNIZACIÓN POR PERJUICIOS DERIVADOS DE ILÍCITOS ANTICOMPETITIVOS / PRIMEROS PRECEDENTES EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA

En estos últimos meses se han gatillado dos grandes hitos respecto a la factibilidad de indemnizar en sede civil a aquellas personas naturales o jurídicas que se han visto perjudicadas por ilícitos anticompetitivos; nos referimos al “Caso Farmacias” y al “Caso Chiletabacos”.

CASO FARMACIAS: DEMANDAS COLECTIVAS

Luego que la Corte Suprema ratificara las multas impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) en el “Caso Farmacias”, el Servicio Nacional de Protección al Consumidor (SERNAC) interpuso, en febrero del presente año, una demanda colectiva contra Salcobrand, Fasa y Cruz Verde con el objeto que éstas compensen a los consumidores que se vieron dañados por los sobreprecios pagados durante más de 3 meses producto de la colusión ocurrida entre diciembre de 2007 y marzo de 2008.

Sin perjuicio que en una primera instancia el 10° Juzgado Civil de Santiago declaró admisible la demanda colectiva, con fecha 10 de mayo de 2013 el tribunal acogió los recursos de reposición interpuestos por las tres demandadas, dejando sin efecto la resolución que había declarado admisible la demanda del SERNAC, puesto que ella “*resulta tan poco clara que hace ilusoria la protección al interés colectivo y difuso de los consumidores*”, señalando además que las acciones de clase no proceden para perseguir la responsabilidad respecto de ilícitos antimonopólicos, sino que sólo en aquellos casos expresamente señalados en la Ley de Protección al Consumidor.

El fallo fue apelado por el SERNAC, y actualmente se encuentra a la espera de ser conocido por la Corte de Apelaciones de Santiago.

Es importante destacar que ésta es la primera vez que se interpone una demanda colectiva respecto de un ilícito de libre competencia, por lo que habrá que esperar lo que decida la Corte de Apelaciones a fin de tener claridad en cuanto a la factibilidad que consumidores perjudicados por ilícitos de competencia puedan acceder colectivamente a una reparación civil.

En la misma línea, el 25 de julio del presente año la Organización de Consumidores y Usuarios, (ODECU) interpuso otra demanda colectiva contra las tres cadenas farmacéuticas para exigir la indemnización de los consumidores afectados por la colusión de precios.

CASO CHILETABACOS: INDEMNIZACIÓN POR RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

Luego que la Corte Suprema, con fecha 10 de enero de 2006, ratificara el fallo del TDLC por el cual sancionó a Chiletabacos por conductas contrarias a la libre competencia consistentes en la imposición de barreras artificiales a la entrada de un nuevo competidor en el mercado de cigarrillos, a saber, Philip Morris Chile, imponiendo una multa, a beneficio fiscal, de 10.000 UTM, (US\$ 785.000 aprox.), esta última dedujo demanda de indemnización de perjuicios en contra de Chiletabacos por los daños sufridos a causa de las conductas objeto de sanción por el TDLC.

El tribunal de primera instancia rechazó la demanda, pero la Corte de Apelaciones y recientemente la Corte Suprema confirmando el fallo de la anterior, condenó a Chiletabacos a pagar US\$ 2,2 millones (48.004,63 UF) a Philip Morris como perjuicios derivados del abuso de posición dominante y conductas exclusorias de la primera en el mercado nacional de los cigarrillos, siendo así el primer precedente donde el máximo tribunal del país se pronuncia sobre perjuicios derivados de atentados contra la libre competencia desde la creación del TDLC.

GUÍA PARA EL ANÁLISIS DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

En octubre de 2012, la FNE lanzó una nueva Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración¹, que tiene por objeto actualizar los criterios con que la FNE evalúa si una operación de concentración entre competidores puede infringir las normas de libre competencia. Además, incorpora un nuevo procedimiento que la FNE aplicará cuando las partes le notifiquen voluntariamente su intención de concentrarse.

1. Criterios sustantivos de análisis de una operación de concentración

En términos amplios, la FNE entiende por operación de concentración los actos y convenciones que tienen por objeto o efecto que dos o más empresas económicamente independientes entre sí pasen a conformar una sola empresa, a tomar decisiones en forma conjunta o a integrar un mismo grupo empresarial.

La FNE sostiene que una operación puede infringir las disposiciones del DL 211 cuando otorga, refuerza o incrementa la capacidad de la entidad fusionada para ejercer poder de mercado, o cuando tienda o pueda tender a ello. Esto importa que el agente económico resultante de la fusión enfrente menores constricciones competitivas de las que enfrentarían por separado las entidades que se concentran, de modo que se podrían generar riesgos para la competencia en el mercado.

De acuerdo con ello, la FNE analiza la operación en cuestión, en primer término, en cuanto al mercado relevante y la participación de mercado de los incumbentes, a efectos de comprobar el grado de concentración existente en el mismo, y los cambios que a este respecto producirá la operación². Así, la FNE descartará un mayor análisis en las operaciones que no sobrepasen ciertos umbrales, y se enfocará en aquéllas que lo sobrepasen. Asimismo, la FNE verifica las condiciones de entrada al mercado de que se trate.

En seguida, la FNE se abocará a examinar los riesgos que se vislumbran de la concreción de la operación. En particular, la FNE los clasifica en riesgos de carácter unilateral, potenciales abusos anticompetitivos en que podría incurrir la entidad fusionada; y coordinados, esto es, el aumento de las probabilidades de que exista colusión o coordinación entre los competidores del mercado. Por último, la FNE revisa las eficiencias esperadas de la operación, las que podrían actuar como contrapeso a los riesgos previamente identificados.

2. Nuevo procedimiento al que la FNE sujetará el análisis de las operaciones de concentración que le sean notificadas voluntariamente.

La Guía incorpora un procedimiento para las partes que deseen notificar a la FNE su intención de llevar a cabo una operación de concentración, el que contempla etapas predeterminadas y plazos específicos de actuación.

La terminación de tal procedimiento puede desembocar en: (i) el archivo de los antecedentes por la FNE, cuando no le vea reparos a la operación; (ii) la suscripción de un acuerdo extrajudicial entre la FNE y las partes, sujeto a posterior aprobación del TDLC; o (iii) la presentación de una consulta ante el TDLC bien por las partes, bien por la propia FNE, cuando ésta estime que la operación podría infringir las normas del DL 211, o cuando la información acompañada por las partes no sea suficiente para descartar riesgos.

¹ Esta Guía viene a reemplazar a las anteriores directrices sobre la materia, que la FNE mantenía vigentes desde el año 2006. Cabe hacer presente que la Guía no es vinculante para el TDLC ni la Corte Suprema, y tampoco altera lo dispuesto en el DL 211.

² Para ello utiliza el Índice de Herfindhal Hirschman (IHH). Conviene hacer notar que la nueva Guía establece un umbral menos exigente que el existente en la Guía anterior.

CORTE SUPREMA REVOCA DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LIBRE COMPETENCIA SOBRE FUSIÓN TERPEL - ENEX

Con fecha 2 de enero del año 2013, la Excm. Corte Suprema revocó la decisión del Tribunal de Defensa de libre Competencia (“TDLC”) que declaró como contraria a las normas de libre competencia la adquisición de los activos de Organización Terpel Chile S.A. por parte de la Empresa Nacional de Energía Enex S.A., autorizando así la realización de la operación bajo ciertas medidas de mitigación.

El presente caso es la primera oportunidad en que la Corte Suprema revoca una decisión negativa del TDLC en materia de consulta sobre fusiones y adquisiciones y establece una serie de criterios para el análisis de operaciones de concentración. Así, la Corte establece por una parte, que el TDLC tiene la facultad de pronunciarse negativamente respecto de una operación sometida a consulta y por otra que dicha facultad no debe ejercerse en términos tales, que el análisis prospectivo sobre los efectos de una operación de concentración en el mercado, se constituya en establecimiento de presunciones infundadas respecto de potenciales riesgos contra la libre competencia.

La operación entre Enex y Terpel había sido inicialmente prohibida por el TDLC -en una decisión dividida-, al estimar que *“la desaparición de un rival importante sumada a la baja probabilidad de que sea reemplazado en un plazo razonable por otro, a juicio de este Tribunal, hará decrecer la intensidad de la competencia en los mercados afectados, por lo que no se justifica la aprobación de la operación consultada”*, estimando además la existencia de un potencial riesgo de colusión entre los actores del mercado.

Conviene tener presente que en el mercado de la distribución de combustibles líquidos, hasta antes de la operación entre Enex y Terpel participaban cuatro grandes empresas, siendo la principal Copec con alrededor de un 50% del mercado. Producto de la operación de concentración, Enex aumentaría su participación de mercado alrededor de un 25%, quedando como segundo actor del mercado y con una red de cerca de 490 estaciones de servicios a lo largo del país.

Tal factor fue determinante para que la Corte Suprema revocara la decisión y autorizara la fusión, toda vez que estimó que la existencia de un nuevo actor fuerte en el mercado, podría constituir un contrapeso relevante al liderazgo de Copec e inyectar mayor competencia, factor que haría improcedente considerar riesgos asociados a la operación como lo planteó el TDLC. Como sostuvo la Corte, que el mercado de los combustibles líquidos sea concentrado y competitivo en nada

obsta a que sea un mercado competitivo.

En el parecer de la Corte, la premisa contraria *“no puede ser considerada como de real significación, pues según ya se ha dejado claramente establecido no es factible para las empresas que pretenden fusionarse adquirir una relevancia que signifique acercarse siquiera al 50% de Copec”*.

En relación a la forma de analizar los potenciales riesgos para la libre competencia en los procesos de integración, la Corte Suprema sostuvo de modo categórico que la estimación de riesgos para la libre competencia en procesos de consultas por operaciones de concentración debe realizarse a partir de evidencia concreta de los mismos, de tal forma que no es posible ex ante presumir una conducta que finalmente derive en un ilícito contra la libre competencia.

Para la Corte, tal tipo de análisis *“involucra presumir sin antecedentes concretos el ánimo de coludirse, y al estar en esta instancia cumpliendo con la función consultiva, no corresponde que el tribunal ejerza en ésta su potestad sancionatoria, extraña a un procedimiento no contencioso como el conocido, toda vez que no existe conducta que por esta vía deba ser reprimida”*.

Como consecuencia de lo anterior, y estimando la Corte que la operación podría generar beneficios para la libre competencia y podría significar un aumento de la competencia en el sector, revoca por primera vez una decisión del TDLC que rechazaba una operación de concentración, fijando las mitigaciones y condiciones para ser llevada a cabo.

PRINCIPALES CASOS RESUELTOS O INICIADOS ANTE EL TDLC DESDE SEGUNDO SEMESTRE DE 2012

CONTENCIOSOS

(i) Resueltos

1. **Demanda de Laboratorio Recalcine S.A. contra Roche Chile Ltda.:** Corte Suprema ratificó en julio de 2013 la sentencia del TDLC donde se rechazó la demanda por supuestos actos tendientes a impedir la introducción del medicamento Reditux.
2. **Requerimiento de la FNE contra Telefónica Móviles de Chile S.A. y otros.:** Corte Suprema rechazó en julio de 2013 recurso de revisión presentado por Entel contra sentencia del TDLC que condenó a Entel, Movistar y Claro, al pago de 3000 UTA por crear barreras artificiales a la entrada de los Operadores Móviles Virtuales.

3. **Requerimiento de la FNE contra el Sr. John C. Malone controlador de VTR Banda Ancha S.A.:** Corte Suprema en junio de 2013 aprobó acuerdo conciliatorio, luego que en primera instancia el TDLC multara a John Malone al pago de 4.000 UTA por incumplimiento de una condición previamente impuesta.
4. **Requerimiento de la FNE contra ACHAP A.G y Otros.:** TDLC sancionó en enero de 2013 a ACHAP y un gran número de agencias de publicidad por realizar un boicot colectivo en contra de las licitaciones convocadas por Metro S.A. y Transbank S.A. Actualmente pendiente de revisión en Corte Suprema.
5. **Requerimiento de la FNE contra Hoyts Cinemas Chile y Otros.:** TDLC aprobó en enero de 2013 acuerdo conciliatorio, luego que la FNE objetara la fusión de Hoyts y CineMundo.
6. **Requerimiento de la FNE contra Cía. Chilena de Tabacos S.A.:** Corte Suprema multó en diciembre de 2012 a Chile Tabacos en 20.000 UTM por haber impedido o limitado la comercialización de cigarrillos de sus competidores.
7. **Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Tecumseh Do Brasil Ltda. y otro:** TDLC en junio de 2012 multó a Whirlpool en 10.500 UTA y absolvió a Tecumseh por haberse acogido al beneficio de delación compensada. Actualmente pendiente de revisión en Corte Suprema.

(ii) Iniciadas

1. **Requerimiento de la FNE contra Unilever Chile S.A. y otro:** Procedimiento contencioso iniciado en abril de 2013 por la FNE y otras seis empresas por supuestas prácticas exclusorias consistentes en exclusividades, descuentos condicionales y pagos por espacio en góndolas.
2. **Demanda de Multicaja S.A. y otro contra Banco del Estado de Chile:** Procedimiento contencioso iniciado en diciembre de 2012 por supuesto abuso de su posición dominante en el mercado del producto Cuentarut.
3. **Requerimiento de la FNE contra Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A y otros:** Procedimiento contencioso iniciado en diciembre de 2012 por supuesta celebración de acuerdo de fijación de tarifas al público.
4. **Demanda de Sonda S.A. contra Servicio de Registro Civil e Identificación:** Procedimiento contencioso iniciado en julio de 2012 por supuesta exclusión en proceso de licitación.

NO CONTENCIOSOS

(i) Resueltos

1. **Expediente de Recomendación Normativa Artículo 18 N°4 D.L. N°211 sobre Conferencias Navieras:** TDLC decidió en junio de 2013 no solicitar la derogación de la exención a las normas de libre competencia que beneficia a las conferencias, consorcios y convenios navieros.
2. **Consulta fusión Enex - Terpel:** Corte Suprema aprobó en enero de 2013 la operación estableciendo ciertas medidas de mitigación.
3. **Procedimiento para la dictación de Instrucción General: "Tarifas on-net / off-net" y de las ofertas conjuntas de servicios de telecomunicaciones:** TDLC dictó en diciembre de 2012 una instrucción general estableciendo que sólo se podrán comercializar planes sin diferenciar precios entre una red y otra. Actualmente pendiente de revisión en Corte Suprema.
4. **Consulta de SMU S.A. sobre fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A.:** TDLC en diciembre de 2012 aprobó con condiciones la operación. Actualmente pendiente de revisión en Corte Suprema.
5. **Solicitud de Empresa Portuaria Valparaíso sobre alzamiento de la restricción a la integración horizontal en la licitación del Frente de Atraque N°2.:** TDLC permitió en noviembre de 2012 la participación de la Empresa Portuaria Valparaíso, bajo ciertas condiciones, alzando la restricción a la integración horizontal previa.

Acuerdos extrajudiciales

Acuerdo Extrajudicial entre la Fiscalía Nacional Económica, Nestlé Chile S.A., Nestlé S.A., Pfizer Chile S.A. y Pfizer Inc.: TDLC aprobó en abril de 2013 el acuerdo extrajudicial alcanzado con la FNE como resultado de la operación internacional en la cual Nestlé adquirió el negocio nutricional de Pfizer.

(ii) Iniciados

1. **Expediente de Recomendación Normativa Art. 18 N°4 del D.L. N°211, sobre prestación de Servicios de Telecomunicaciones en Inmuebles sujetos a Régimen de Copropiedad Inmobiliaria:** Procedimiento no contencioso iniciado en junio de 2013, referido a terminar con la exclusividad de servicios de una empresa de telecomunicaciones en el cableado de los edificios.