

CONTENIDO

CONTROL DE FUSIONES ¿VOLUNTARIO?

LA DURACIÓN DEL PROCESO DE CONSULTA DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ANTE EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

EFICACIA EN LA INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN DE LOS CARTELES- EL QUE DELATA PRIMERO GANA

LANZAMIENTO DEL LIBRO “LA LIBRE COMPETENCIA EN EL CHILE DEL BICENTENARIO”

PRINCIPALES CASOS INICIADOS O RESUELTOS ANTE EL TDLC DURANTE EL AÑO 2011

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. Teléfono: (+56-2) 360-4000 Fax: (+56-2) 360-4030.

Cariola, Diez, 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, Diez, 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°29 - Septiembre 2011

CONTROL DE FUSIONES ¿VOLUNTARIO?

- La legislación chilena ha optado por un control de fusiones de carácter voluntario sin que exista una regulación específica aplicable a las operaciones de concentración. Sin embargo, existen situaciones en que terceros, distintos de las partes contratantes, someten a consulta la operación, suspendiéndola hasta la dictación del fallo.

En Chile, el control previo a la realización de una operación de concentración es, por regla general, de carácter voluntario, mediante una consulta ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”).

Excepcionalmente, una consulta previa será obligatoria cuando una ley especial o sectorial lo determine en ese sentido, o exista una medida precautoria impuesta anteriormente.

En todo caso, si no se consulta una operación, existe el riesgo que respecto de una operación ya realizada, la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) o un tercero quieran impugnar la transacción mediante un procedimiento contencioso, alegando que la operación atenta contra la libre competencia.

- (i) En relación a operaciones futuras o por celebrarse, el escenario más común es aquel donde las partes voluntariamente someten la transacción para la revisión y aprobación del TDLC, en forma previa a su perfeccionamiento. Una vez sometida la operación a consulta, el TDLC tramita dicha consulta como un procedimiento no contencioso, donde pueden aportar antecedentes terceros que posean un interés legítimo en el tema debatido. Durante el tiempo que dure la consulta (que en promedio tarda aproximadamente ocho meses), las partes no deben ejecutar la operación de concentración (Auto Acordado N°5).

- (ii) En algunos casos, ha sido la FNE o un tercero quien somete a conocimiento del TDLC una operación proyectada. Una modificación legal del año 2009 habilitó a la FNE a consultar operaciones de concentración futuras. En cuanto a terceros, el TDLC resolvió este año (LAN-TAM), en un fallo dividido, que aquellos que demuestren interés legítimo estarían habilitados para consultar. Estas consultas han suspendido la transacción.
- (iii) La ley también permite alcanzar un acuerdo extrajudicial con la FNE sobre una operación de concentración, que luego debe ser aprobado por el TDLC. Existe sólo un caso (LAN-TAM) donde se ha seguido esta vía, pero el TDLC no aceptó revisar el acuerdo por existir una consulta previa.
- (iv) Otra alternativa es aquella donde las partes voluntariamente consultan al TDLC, una vez realizada la operación. En el último año, ha habido dos casos al respecto donde se ha seguido esta vía (COPEC por toma de control de Terpel y Fusión entre SMU y Supermercados del Sur).

LA DURACIÓN DEL PROCESO DE CONSULTA DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ANTE EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- Los procesos de control de operaciones de concentración pueden demorar alrededor de 8 meses (ante el TDLC) a un año (incluyendo la Corte Suprema), lo que puede ser un factor relevante al momento de decidir consultar o no.

Uno de los principales factores que se toma en consideración al momento de determinar si someter o no a conocimiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) una operación de concentración es el tiempo que tomará obtener una resolución definitiva que permita materializar la transacción.

De acuerdo a lo dispuesto en la normativa de libre

competencia, existen ciertas etapas del procedimiento cuyos plazos se encuentran determinados en la propia ley. Además, deben sumarse aquellos que no se encuentran expresamente regulados en la ley, como el plazo para la publicación de la resolución, el plazo para aportar antecedentes adicionales que sean solicitados por el TDLC, el plazo para la dictación de la resolución final por parte del TDLC y la duración del proceso ante la Corte Suprema.

Así, en general, los plazos promedios considerando las principales etapas del procedimiento son:

- 28 días entre la presentación de la consulta y su publicación en el Diario Oficial.
- 158 días entre la publicación de la consulta y la audiencia pública.
- 54 días entre la audiencia pública y la dictación de la resolución.

Considerando tales estadísticas, en promedio la tramitación de una consulta ante el TDLC (desde su ingreso hasta la dictación de una resolución) toma alrededor de 8 meses. A ello debe sumarse eventualmente, el tiempo que toma la resolución de un eventual recurso de reclamación ante la Corte Suprema, de aproximadamente 4 meses, con lo que el tiempo que finalmente demora la aprobación de una operación de concentración es de 1 año en promedio, considerando la tramitación de la causa ante el TDLC y la Corte Suprema.

Ahora bien, dicho periodo puede ser aumentado, si alguna de las partes o intervinientes del proceso, acuden al Tribunal Constitucional solicitando la declaración de inconstitucionalidad de alguna norma aplicable a la resolución de la consulta y el Tribunal Constitucional decide la suspensión del procedimiento de consulta mientras tramita el recurso de inaplicabilidad. Dicha alternativa, si bien, excepcionalísima, en caso de prosperar puede alargar el proceso de consulta hasta por 3 a 6 meses más.

Por ello, puede resultar decisivo analizar la duración del proceso para tomar la decisión de si consultar o no la operación de concentración ante el TDLC.

EFICACIA EN LA INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN DE LOS CARTELES- EL QUE DELATA PRIMERO GANA

- Con la entrada en vigencia de la Ley 20.361 a mediados del año 2009, se introducen dos grandes instituciones en materia de libre competencia dirigidos especialmente a la persecución y sanción de los acuerdos colusorios. La primera, llamada delación compensada, cuya finalidad es incentivar a un agente coludido a delatarse a cambio del beneficio de exención total o parcial de multa y, la segunda, las nuevas herramientas investigativas de la FNE que hacen más real y factible la detección por parte de esta institución antimonopolios de estos acuerdos y su eventual sanción por el TDLC.

La Ley 20.361, publicada el 13 de julio de 2009, introdujo dos grandes instituciones en materia de libre competencia destinadas a hacer más efectiva la persecución y sanción de los carteles: La delación compensada y las nuevas herramientas investigativas de la FNE.

La Delación Compensada

La delación compensada, regulada en el nuevo artículo 39 bis del DL 211, tiene por objeto incentivar que aquel de los competidores que ha celebrado un acuerdo colusorio con algún o alguno de los restantes agentes económicos, denuncie su actuación a la FNE a cambio de verse eximido total o parcialmente de la multa aparejada a esta conducta.

Para acceder al beneficio de reducción de la multa, el delator deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- (i) Reconocer haber celebrado un acuerdo colusorio.
- (ii) Proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que constituyan un aporte efectivo para el esclarecimiento de la colusión y la determinación de los demás responsables.
- (iii) Deber de reserva del hecho de haber delatado hasta decisión de la FNE de requerir o archivar.
- (iv) Haber cesado en la conducta colusoria inmediatamente

- después de haber solicitado el beneficio.
- (v) No haber sido el organizador de la conducta colusoria coaccionando a los demás a participar en ella.

En el caso de querer optar por el beneficio de exención total de multa, el delator además debe ser el primero en denunciar el cartel ante la FNE.

La delación compensada ya ha sido puesta en marcha en nuestro país al menos en dos ocasiones en sendos juicios hoy pendientes ante el TDLC (Tecumseh Do Brasil Ltda. y Atevil Mecánica Diesel S.A).

Nuevas Herramientas Investigativas de la FNE

Para dotar de mayor efectividad el trabajo investigativo de la FNE en materia de carteles se le han otorgado un conjunto de facultades intrusivas, similares a las existentes para la realización de investigaciones en materia penal. Tales facultades son fundamentalmente:

- i) **Allanar y descerrajar** recintos públicos o privados.
- ii) **Registrar e incautar** toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia del cartel.
- ii) Autorizar la **interceptación** de toda clase de comunicaciones (telefónicas, vía correo electrónico, etc.).
- iii) Ordenar a cualquier **empresa de comunicaciones** que otorgue copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ellas.

El uso de estas facultades se encuentra reservado sólo a investigaciones destinadas a acreditar la existencia de una colusión, y su uso debe ser aprobado por el TDLC y autorizado por un Ministro de la Corte de Apelaciones que corresponda.

La autorización se concederá para que Carabineros o la Policía de Investigaciones realice las actividades señaladas, bajo la dirección de la FNE.

Tales facultades ya han sido utilizadas por la FNE, como por ejemplo en el mercado de buses interurbanos, donde la FNE interceptó comunicaciones telefónicas, o en una asociación gremial, donde incautó computadores.

LANZAMIENTO DEL LIBRO “LA LIBRE COMPETENCIA EN EL CHILE DEL BICENTENARIO”

Con fecha 12 de mayo de 2011, el Ministro Tomás Menchaca Olivares presentó la Séptima Cuenta Pública del Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”). En dicha oportunidad, el Ministro Menchaca lanzó el libro “*La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*”, realizado en colaboración con el Centro de la Libre Competencia de la Pontificia Universidad Católica de Chile. En dicho texto destaca el artículo “*Interrelación Propiedad Intelectual, Competencia Desleal, Protección al Consumidor y Libre Competencia*” de Juan Cristóbal Gumucio Schönthaler, socio del Grupo de Libre Competencia de Cariola Diez Pérez-Cotapos.

PRINCIPALES CASOS INICIADOS O RESUELTOS ANTE EL TDLC DURANTE EL AÑO 2011

CONTENCIOSOS

Resueltos

1. **Demanda de Universidad Católica de Chile Corporación de Televisión contra VTR Banda Ancha (Chile) S.A.** Procedimiento contencioso iniciado en marzo de 2008 y finalizado en abril de 2011, tras alcanzar CHV y VTR un acuerdo conciliatorio.

En curso

2. **Requerimiento de la FNE contra Embotelladora Andina S.A. y Coca Cola Embonor S.A.** Procedimiento contencioso iniciado en abril de 2011, por supuestos abusos de posición dominante para excluir a las llamadas “marcas B”.

3. **Demanda de Laboratorio Recalcine S.A. contra Roche Chile Ltda.** Procedimiento contencioso iniciado en junio de 2011, por supuesto abuso de posición dominante, barreras estratégicas a competidores y actos de competencia desleal en el mercado farmacéutico.

4. **Requerimiento de la FNE contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros.** Procedimiento contencioso iniciado en junio de 2011, por supuestos acuerdos o prácticas concertadas entre las empresas de buses requeridas, de fijación de precios y repartos de mercado respecto de la ruta Santiago-Curacaví y Santiago-Lo Vásquez.
5. **Requerimiento de la FNE contra Empresa de Transportes Rurales Ltda. y Otros.** Procedimiento contencioso iniciado en junio de 2011, por supuestos acuerdos o prácticas concertadas entre las empresas de buses requeridas, para bloquear el acceso de competidores relevantes a diversos terminales del país.
6. **Demanda de Industria de Alimentos Trendy S.A. contra Nestlé Chile S.A.** Procedimiento contencioso iniciado en julio de 2011, por supuesto abuso de posición dominante, barreras estratégicas a competidores y restricciones verticales en el mercado de los helados.

NO CONTENCIOSOS

Resueltos

7. **Consulta de Copec S.A. sobre los efectos en Chile de su participación en la propiedad de Terpel Colombia y medidas de mitigación.** Procedimiento no contencioso iniciado en junio de 2010 y resuelto favorablemente con medidas de mitigación en mayo de 2011.
8. **Consulta de Soprole Inversiones S.A. y Nestlé S.A. sobre operación de concentración.** Procedimiento no contencioso iniciado en noviembre de 2010, referido a un joint venture relativo a productos lácteos líquidos y refrigerados. Finalizó en abril de 2011 tras el retiro de la consulta.
9. **Consulta de Conadecus sobre operación de concentración LAN Airlines S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A.** Procedimiento no contencioso iniciado en enero de 2011 y resuelto con la aprobación de la operación con condiciones en septiembre de 2011 (plazos para recurrir pendientes).