



Informe comparado en derecho de la libre competencia

Eduardo Escalona¹

¹ Abogado asociado, estudio Philippi, Yrarrázaval, Pulido & Brunner.

I. ASPECTOS GENERALES

1. Marco normativo aplicable:

- i. **EE.UU.:** *Sherman Antitrust Act (1890)*, *Federal Trade Commission Act (1914)* y *Clayton Antitrust Act (1914)*, sin perjuicio de las leyes federales y estatales de libre competencia.
- ii. **UK:** *Competition Act 1998* y *Enterprise Act 2002*.
- iii. **Unión Europea:** Tratado de la Comunidad Europea (TCE 1957) y Reglamento Comunidad Europea N°1/2003.
- iv. **Canadá:** *Competition Act (1889)*.
- v. **Australia:** *Trade Practices Act (1974)* actualmente denominada *Competition and Consumer Act (CCA)*.
- vi. **Chile:** *Decreto Ley N° 211 (1973)*.

2. Determinación de mercado relevante, según normativa y jurisprudencia relevante:

- i. **EE.UU.:** La definición de mercado tiene dos componentes en los cuales se da la competencia, el mercado relevante del producto, en el que se identifican los bienes o servicios que compiten entre sí, y el mercado relevante geográfico, que identifica el área en la cual se lleva a cabo la competencia del producto. La importancia de determinar el mercado relevante, radica en determinar si los demandados serán o no capaces de obtener poder de mercado o poder monopólico, en el caso bajo análisis. La Corte Suprema estadounidense ha señalado que deben analizarse los bienes sustitutos del producto, excluyéndose aquellos en que una variación razonable del precio, implica un cambio de solo algunos compradores.² Respecto del mercado geográfico se entiende que hay que estarse a la realidad comercial, así bajo ciertas circunstancias el mercado geográfico puede englobar la nación entera, pero bajo otras, solo una pequeña área. Para la determinación específica de tal mercado se utiliza en general el test de monopolista hipotético o SSNIP.
- ii. **UK:** La determinación del mercado relevante se realiza fijando aquellos productos o servicios que son sustitutos de aquel analizado, lo que sirve de base para la realización del test del monopolista hipotético o SSNIP. Cabe hacer presente que al momento de determinar el mercado relevante se

² Times-Picayune Publ' g Co. v. United States, 345 U.S. 594, 612 n.31. (1953)

tiene en consideración aquellas decisiones tomadas anteriormente por la *Office of Fair Trading*, por la *Competition Commission* y por la Comisión Europea.

- iii. **Unión Europea:** Al igual que en UK, la Unión Europea usa el test del monopolista hipotético o SSNIP. Siguiendo esa línea pone especial hincapié en 3 variables: la sustituibilidad de la demanda, sustituibilidad de la oferta y competencia potencial.
- iv. **Canadá:** El mercado relevante se analiza desde la perspectiva del producto y desde la perspectiva geográfica. En cuanto al producto, se analizan los bienes sustitutos en el mercado respectivo y en cuanto al área geográfica, se determina según si los consumidores están o no dispuestos a adquirir el producto de vendedores ubicados a mayor distancia. (El SSNIP también es un criterio utilizado al momento de la determinación específica del mercado que se trata).
- v. **Australia:** La sección 4E de la CCA, señala que el concepto de mercado incluye aquellos bienes y servicios que son sustitutos de, o bien complementarios de, aquellos bienes y productos bajo análisis. Es decir pone un especial énfasis en la sustituibilidad. Además, señala que por mercado se entiende en Australia, independiente de que por la naturaleza de la situación deba ser analizado local o regionalmente.
- vi. **Chile:** Se entiende que conforman el mercado relevante el producto o grupo de productos respecto de los cuales no se encuentran sustitutos suficientemente próximos. Este se entiende delimitado por el área geográfica dentro de la cual sea probable ejercer poder de mercado respecto del producto o grupo de productos relevantes.³

II. AUTORIDADES

1. Quiénes son:

- i. **EE.UU.:** *Federal Trade Commission* (FTC), División Antimonopolios del Departamento de Justicia (en adelante “las agencias”), cortes federales y estatales.
- ii. **UK:** *Office of Fair Trading* (OFT), *Competition Commission* (CC), *Competition Appeal Tribunal* (CAT), *Court of Appeal* y *House of Lords*.
- iii. **Unión Europea:** Comisión Europea, Tribunal Europeo de Primera Instancia y Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

³ FNE. Guía interna para el análisis de Operaciones de Concentración Horizontales, 2006.

- iv. **Canadá:** La Oficina de Competencia (*Competition Bureau*), el Tribunal de la Competencia, Abogado General de Canadá y cortes federales y provinciales.
- v. **Australia:** *Australian Competition and Consumer Commission* (ACCC) y *Australian Competition Tribunal* (ACT). También participan el *Commonwealth Director of Public Prosecutor* (CDPP), las cortes federales y el *National Competition Council*.
- vi. **Chile:** *Fiscalía Nacional Económica* (FNE), *Tribunal de Defensa de la Competencia* (TDLC) y Corte Suprema.

2. Funciones:

i. Recibir denuncias:

1. **EE.UU.:** Las agencias en materia de libre competencia pueden recibir denuncias de particulares y realizar de oficio investigaciones que llevan a establecer denuncias.
2. **UK:** Las denuncias las recibe la OFT de particulares con interés legítimo o podrá iniciar investigación de oficio.
3. **Unión Europea:** Las denuncias las recibe directamente la CE, y al igual que en el caso de UK estas podrán ser hechas sólo por particulares con interés legítimo o bien podrá iniciarse por investigación de oficio.
4. **Canadá:** El Tribunal de la Competencia está facultado para recibir denuncias ya sea de particulares o del Comisionado de Competencia. (Persona a cargo de la Oficina de Competencia que recibe también denuncias de particulares).
5. **Australia:** La ACCC tiene competencia para recibir denuncias e iniciar investigaciones de oficio.
6. **Chile:** Tanto la FNE como el TDLC pueden recibir denuncias de quien tenga interés legítimo.

ii. Autorizar operaciones de concentración y actuaciones:

1. **EE.UU.:** Las cortes federales o estatales son las que tienen competencia para conocer operaciones de concentración que han sido desafiadas por la agencias, por el abogado general del estado o por particulares y para establecer los remedios pertinentes.

2. **UK:** Conoce en primera instancia la OFT, decisión que es recurrible ante la CC. En caso que se considere la fusión como relevante según la *Enterprise Act 2002*, sección 3 capítulo 1, artículo 23, la OFT deberá remitir el expediente a la CC.
 3. **Unión Europea:** Las concentraciones con dimensiones comunitarias deberán ser pre-notificadas a la CE. Se podrá apelar de la resolución para ante la Corte de Primera Instancia.
 4. **Canadá:** El Tribunal de la Competencia tiene competencia para autorizar fusiones que han sido impugnadas por la Oficina de Competencia, o bien para aprobar los acuerdos presentados por esta y las partes de la fusión.
 5. **Australia:** La principal función del Tribunal de la Competencia es conocer de las apelaciones en materia de aprobación de operaciones de concentración emitidas por la ACCC. También resuelven solicitudes de autorización de fusiones directamente y puede establecer medidas de mitigación.
 6. **Chile:** Las operaciones de concentración son conocidas y aprobadas por el TDLC.
- iii. Atribuciones en materia de detección de carteles:
1. **EE.UU.:** La División Antimonopolio tiene competencia exclusiva para conocer de ofensas en materia de carteles que sean constitutivas de responsabilidad criminal. Existen abogados de la División dedicados a perseguir delitos (el *Assistant Attorney General*, *Deputy Assistant Attorney General* y el *Director of Crime Enforcement*) quienes trabajan conjuntamente con las *Attorney's Offices*, oficinas encargadas principalmente de litigación. Tienen facultades especiales de investigación como la de solicitar ciertos antecedentes bajo sanciones de obstrucción de la justicia en caso de no ser entregados, solicitud de órdenes de allanamiento, entre otros.
 2. **UK:** La OFT podrá: pedir información o documentos específicos a los particulares; entrar a los negocios y buscar información en relación a las investigaciones que actualmente realicen. (los detalles de los poderes de investigación están detallados en la guía de la OFT "Powers of investigation")⁴.

⁴ OFT (2004): "*Power of investigation*" disponible en:
http://www.oft.gov.uk/shared_oft/business_leaflets/ca98_guidelines/oft404.pdf.

3. **Unión Europea:** La CE podrá solicitar información, entrar en los locales e inspeccionarlos, examinar documentos y archivos y obtener copias, sellar los locales o archivos durante un periodo determinado y solicitar explicaciones sobre hechos o documentos.
 4. **Canadá:** La Oficina de Competencia, una vez investigadas las conductas de conspiración relativas a carteles las deriva al órgano persecutor canadiense (*Public Prosecution Service of Canada*), el que decidirá que conductas denunciará ante las cortes criminales. En materia de otros acuerdos entre competidores, que no caen dentro de las ofensas *per se* pero que puedan restringir sustancialmente la competencia, se puede perseguir la responsabilidad civil a través de acciones iniciadas por el Comisionado de Competencia ante el Tribunal de la Competencia. En este caso no se permiten acciones de particulares.
 5. **Australia:** El CDPP determina que conductas va a perseguir como delitos de cartel. En esta tarea lo aconsejan la ACCC y las directrices de la *Prosecution Policy of the Commonwealth*. Además puede otorgar inmunidad a los denunciantes de carteles que cumplan con los requisitos establecidos.
 6. **Chile:** La FNE, dentro de sus atribuciones de investigación en materia de carteles, puede allanar recintos públicos o privados, registrar e incautar toda clase de objetos o documentos e interceptar comunicaciones, para lo cual se requiere aprobación del TDLC y luego autorización de un Ministro de Corte de la Apelaciones que corresponda.
- iv. Métodos de cumplimiento o *enforcement*:
1. **EE.UU.:** Las autoridades encargadas de que se cumpla la ley son las agencias en materia de libre competencia. En materia de operaciones de concentración el encargado de velar por el cumplimiento de los remedios establecidos es el Asesor General (*General Counsel's Office*) quien colabora y supervisa a la División Antimonopolios. Si esta detecta el incumplimiento de los remedios acordados para la operación se pueden deducir acciones tanto civiles como criminales. Por último, en materia de carteles existen acuerdos bilaterales de cooperación y coordinación con Canadá, Australia, Alemania, la Comunidad Europea, Japón y México, entre otros, que tienen por objeto regular el intercambio de información entre las agencias, coordinación de investigaciones paralelas y discusión de cuestiones relativas a actividades de cumplimiento.

2. **UK:** La autoridad encargada de perseguir que se cumpla la ley es la OFT, quien podrá entre otros: instruir a que se terminen aquellos actos que violan la legislación de competencia; imponer medidas provisionales a fin de resguardar la competencia y el procedimiento durante el curso de una investigación; aceptar compromisos propuestos por las partes, los cuales son vinculantes; e imponer sanciones económicas. Es la misma OFT quien vigilará su cumplimiento de cualquier medida impuesta por esta o por la CC.
3. **Unión Europea:** La para asegurar el cumplimiento de la normativa de libre competencia y de las decisiones adoptadas por los diferentes órganos, la CE podrá practicar las siguientes medidas: solicitar toda la información que crea necesaria de las empresas o asociaciones de empresas; recabar declaraciones; acceder a todos los locales, terrenos y medios de transporte de las empresas y asociaciones de empresas; examinar los libros y cualquier otra documentación profesional, cualquiera que sea su soporte material; hacer u obtener copias o extractos en cualquier formato de dichos libros o de la documentación; colocar precintos en cualquiera de los locales y libros o documentación de la empresa durante el tiempo y en la medida necesarios para la inspección; solicitar a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o de la asociación de empresas explicaciones sobre hechos o documentos relativas al objeto y la finalidad de la inspección y guardar constancia de sus respuestas.
4. **Canadá:** Las principales autoridades encargadas del cumplimiento de la ley de libre competencia son la Oficina de Competencia y el Tribunal de Competencia. En materia de operaciones de concentración, la Oficina de Competencia deberá velar por el cumplimiento de los remedios para lo cual podrá entrevistar a los directores o empleados de las empresas fusionadas. En caso de que exista algún conflicto relativo a la interpretación de un remedio, la Oficina solicitará al Tribunal de la Competencia que lo aclare. Por último, si no se cumplen los remedios, la Oficina de Competencia podrá desafiar la operación ante el Tribunal por daños sustanciales a la libre competencia. En materia internacional se han firmado acuerdos de cooperación con Nueva Zelanda, Australia, México, entre otros. Además el tratado de Ayuda Mutua en Asuntos Criminales (*The Mutual Legal Assistance on Criminal Matters Treaty*) suscrito con Estados Unidos permite a los agentes persecutores utilizar poderes de investigación en representación de la otra jurisdicción.

5. **Australia:** Las principales autoridades encargadas del cumplimiento de la ley de libre competencia son la ACCC y el Tribunal de la Competencia. En materia de operaciones de concentración la ACCC debe velar por el cumplimiento de los remedios a los que una operación quedó sujeta. Para esto tiene facultades para solicitar la revocación o alteración de medidas en caso de que cambien las circunstancias tenidas a la vista al momento de otorgar la autorización. En materia internacional, la ACCC participa activamente de la *International Competition Network* y ha firmado acuerdos de colaboración con varias naciones.
6. **Chile:** Las autoridades encargadas de velar por el cumplimiento de la ley son la FNE y el TDLC. En materia de operaciones de concentración es la FNE la que debe fiscalizar que se cumplan las medidas de mitigación o remedios establecidos y en caso de incumplimiento deducir un requerimiento ante el TDLC. En materia de promoción de la libre competencia, la FNE ha celebrado acuerdos de cooperación con Canadá, EE. UU. México, España, entre otros.

III. ÓRGANOS JURISDICCIONALES

1. Quiénes pueden presentar un caso:

- i. **EE.UU.:** Es necesario distinguir entre: (a) gobierno federal: el caso puede ser presentado por el Departamento de Justicia o la FTC, (b) gobiernos estatales: el caso es presentado por el Abogado General, y (c) los particulares pueden presentar casos tanto en las cortes federales como estatales.
- ii. **UK:** Puede ser iniciado por particular interesado o de oficio por la autoridad.
- iii. **Unión Europea:** Puede ser iniciado por particular interesado o de oficio por la autoridad.
- iv. **Canadá:** Puede ser iniciado por particulares y por el Comisionado de Competencia.
- v. **Australia:** Aunque los particulares pueden establecer denuncias, la ACCC es la principal encargada de denunciar los atentados contra la libre competencia.
- vi. **Chile:** Puede ser iniciado por un particular o por la FNE.

2. Quién conoce y resuelve los casos:

- i. **EE.UU.:** Cortes federales y estatales.

- ii. **UK:** Conoce y resuelve la OFT y dicha decisión puede ser apelada ante el CAT. Posteriormente, si se le otorga permiso puede recurrir ante la *Court of Appeal* y luego ante la *House of Lords* y eventualmente llegar a la TJUE.
- iii. **Unión Europea:** Conoce y resuelve la CE y la decisión será revisable por el TJUE.
- iv. **Canadá:** el Tribunal de la Competencia tiene autoridad para conocer causas, presentadas por el Comisionado o particulares que digan relación con negativas a contratar, fijaciones de precios, ventas atadas, cláusulas de contratación exclusorias y otras restricciones al mercado.
- v. **Australia:** Cortes federales.
- vi. **Chile:** El TDLC conoce y resuelve los casos y la decisión es revisable por la Corte Suprema.

3. Elementos destacables del proceso:

- i. **EE.UU.:** El proceso se rige por las leyes procesales civiles y criminales federales.
- ii. **UK:** La revisión judicial en UK es innecesariamente amplia, con independencia que en la práctica la gran cantidad de recursos procesales disponibles no sean de libre acceso. El diseño recursivo, a nuestro parecer, es extremadamente amplio y ello puede conllevar a dilación y pérdida de tiempo y dinero.
- iii. **Unión Europea:** Antes de adoptar las decisiones, la CE ofrecerá a las empresas o asociaciones de empresas sometidas al procedimiento instruido por la Comisión la oportunidad de manifestar su opinión con respecto a los cargos que les sean imputados por la Comisión, con lo cual se les da la posibilidad, luego de haberse desarrollado el procedimiento, de aportar información útil al proceso.
- iv. **Canadá:** Las reglas del procedimiento las establece un Tribunal Superior de la provincia o la Cortes Federales.
- v. **Australia:** El proceso se rige por las leyes procesales civiles y criminales federales.
- vi. **Chile:** El Decreto Ley 211 establece reglas de procedimiento tanto para causas contenciosas como para los casos de consultas.

4. Aplicación de la regla *per se* o bien la regla de la razón:

- i. **EE.UU.:** Al tenor de la sección 1 de la Ley Sherman se ha entendido que la fijación del precio mínimo de reventa es ilegal *per se* no así la fijación del precio máximo de reventa que debe analizarse según la regla de la razón, en base a jurisprudencia reciente.⁵
 - ii. **UK:** Se aplica mayoritariamente la regla de la razón, no encontramos caso alguno en que se haya aplicado la regla *per se*.
 - iii. **Unión Europea:** No existe verdadera claridad, si bien de la interpretación de la norma se desprende que en algunos casos se podría aplicar la regla *per se*, los tribunales han sido vacilantes al momento de aplicar dicha regla o la de la razón.
 - iv. **Canadá:** Actualmente la manipulación de licitaciones constituye un ilícito *per se*, al igual que ciertas conductas constitutivas de colusión reguladas en el artículo 45. Hasta el año 2009, la fijación del precio de reventa también era considerada una conducta anticompetitiva *per se*.
 - v. **Australia:** Aplicación de la regla de la razón.
 - vi. **Chile:** Aplicación de la regla de la razón. No existen conductas que sean constitutivas de un hecho ilícito *per se*.
5. Recursos que proceden contra la sentencia definitiva y quién conoce:
- i. **EE.UU.:** Proceden recursos de apelación que se conocen por las cortes de apelaciones federales.
 - ii. **UK:** Contra la resolución de la OFT procede apelación ante el CAT, sobre esta decisión si se le otorga puede llevarse el asunto ante la *Court of Appeal* y posteriormente ante la *House of Lords* quien dicta una resolución la cual a su vez puede ser revisada por el TJUE.
 - iii. **Unión Europea:** En caso de apelación, de la decisión de la CE conocerá el TJUE.
 - iv. **Canadá:** Proceden recursos de apelación que se conocen por las cortes de apelaciones federales o provinciales.
 - v. **Australia:** La apelación en caso de fusiones la conoce el Tribunal de Competencia. En caso de sentencias por prácticas anticompetitivas tienen competencia las cortes de apelaciones federales.

⁵ Leegin Creative Leather Products Inc. c. PSKS Inc. dba Kay's Klosset, 551 U.S. 877. (2007)

- vi. **Chile:** Contra la sentencia del TDLC procede el recurso de reclamación del cual conoce la Corte Suprema.

IV. OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN (FUSIONES Y ADQUISICIONES)

1. Normativa que regula el control de las operaciones de concentración:

- i. **EE.UU.:** Sección 7 de la *Clayton Act*, Secciones 1 y 2 de la *Sherman Act*, Sección 5 *FTC Act*, Ley Hart-Scott-Rodino (1976) *Horizontal Merger Guideline* y *Non-horizontal Merger Guideline*.
- ii. **UK:** *Enterprise Act 2002*.
- iii. **Unión Europea:** Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo o Reglamento Comunitario de Concentraciones, Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al reglamento del Consejo y Directrices sobre la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al reglamento del Consejo sobre el control de concentraciones entre empresas.
- iv. **Canadá:** Artículo 91 y siguientes de la *Competition Act* y *Merger Enforcement Guideline* (octubre 2011.)
- v. **Australia:** Sección 50 CCA. y *ACCC Merger Guidelines* (noviembre 2008).
- vi. **Chile:** *Guía interna para el análisis de Operaciones de Concentración* de la FNE. (octubre 2006)

2. Tipos de regímenes de notificaciones según país (voluntario, obligatorio o mixto):

- i. **EE.UU.:** La *Horizontal Merger Guideline* establece ciertos criterios, relativos a la concentración de mercado, para determinar cuando las agencias van a revisar la operación por riesgos a la libre competencia. Así, cuando a consecuencia de la operación se produzca una concentración moderada (variación del índice HHI en más de 100 puntos) o bien alta (variación del índice HHI entre 100 y 200 puntos) la operación caerá bajo el escrutinio de las agencias. Cuando la variación del HHI supera los 200 puntos se presume que la empresa resultante adquirirá poder de mercado, la que podrá ser rebatida por las partes. Por su parte, la Ley H-S-R establece tres criterios para determinar cuando se requiere notificar previamente a la agencias para llevar a delante la operación. Los criterios se conocen como: el test del

comercio, test del tamaño de las partes y test del tamaño de la transacción.⁶ Presentada la notificación la ley establece un “periodo de espera” para el estudio de los antecedentes. Si realizado el estudio, las agencias deciden no desafiar la transacción, igualmente podrán hacerlo el abogado general del estado o los particulares en caso de considerarla contraria a la libre competencia. Las agencias además están facultadas para negociar acuerdos con las partes que permitan establecer los remedios tendientes a evitar los efectos anticompetitivos de la fusión. Estas negociaciones dan lugar a los llamados “Decretos de Consentimiento” y pueden ser acordados durante el periodo de investigación de las agencias o bien, una vez desafiada la transacción. Los particulares, competidores a las partes de la operación, también pueden desafiar la transacción en caso de que se produzcan daños derivados de los efectos anticompetitivos de la misma. Por último, el abogado general del estado también tiene autoridad para desafiar una operación que dañará sustancialmente la competencia en ese territorio. La Asociación Nacional de Abogados Generales tiene su propia *Horizontal Merger Guidelines* (promulgada en 1993) la que ha ido convergiendo con los criterios establecidos en las guías de las agencias. En general los abogados generales actúan conjuntamente con las agencias federales, sin perjuicio de que podrán desafiar una operación o bien, negociar remedios con las partes de forma independiente.

UK: Tienen régimen voluntario de consultas⁷, deberán notificar y deberán consultar a la OFT cuando la empresa tiene un volumen de negocio de más de 70 millones de libras esterlinas, o cuando ambas empresas funcionen en el mismo mercado y la suma de sus participaciones sea de 25%. En ese mismo sentido si la fusión es clasificada como relevante por la OFT esta derivará el caso para que lo conozca la CC, quien a la vez funciona como órgano revisor de las decisiones de la OFT.⁸

- ii. **Unión Europea:** Tiene un régimen obligatorio, en el cual deberán consultar todas aquellas fusiones que tengan carácter de comunitario. Tendrán carácter comunitario aquellas empresas que reúnan las siguientes características:

⁶ Así por ejemplo, el test del tamaño de las partes establece ciertos umbrales de ventas netas anuales tanto para la empresa adquiriente como adquirida. Superados estos, y cumplidos los demás criterios se hace necesaria la notificación. Véase *ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments (6th. Ed.2007) Chapter 3 – Mergers and Acquisitions*.

⁷ OFT (2008): *Mergers - jurisdictional and procedural guidance Draft guidance consultation document*, parágrafo 4.2.

⁸ “In cases where the merger is not notified to the OFT, but where the OFT learns of it through another route, the OFT will consider whether to investigate the case by sending the acquiring party or parties an enquiry letter. In making a decision whether to send an enquiry letter, the OFT will consider whether the case in question is one in which there is any OFT526con 43 prospect that its duty to refer may arise. Such own initiative investigations (not dependent on prior notification) are likely to be commenced by the OFT where it has reasonable grounds to believe a relevant merger situation (as defined under the Act) exists and where substantive competition concerns may be raised.” OFT (2008): *Mergers - jurisdictional and procedural guidance Draft guidance consultation document*, parágrafo 4.13.

- Su volumen de negocio total de ambas empresas supere los 5.000 millones de euros.
- El volumen de negocios total a escala comunitaria hecho por al menos solo una de las partes supere los 250 millones de euros.
- Salvo que cada una de las partes realice más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en un mismo Estado miembro⁹.

Conocerá en primera instancia la CE, posteriormente y por medio de la apelación, podrá conocer el TJUE.

- iii. **Canadá:** Las fusiones se analizan de acuerdo a si la competencia se verá o tenderá a verse sustancialmente disminuida en el mercado relevante. Esto es, si las partes de una fusión podrán ejercer poder de mercado a gran escala o no después de completada la operación. La Oficina de Competencia no impugnará la fusión, por preocupaciones de abusos unilaterales, si la participación de mercado de las empresas post-fusión es menor al 35%. En materia de prácticas concertadas, no se impugnará la fusión si la concentración de mercado de las 4 principales empresas no supera el 65% o si la participación de las empresas fusionadas no supera el 10%. En caso contrario, la Oficina de Competencia puede negociar directamente con las partes los remedios para la fusión en cuyo caso el “Acuerdo” es presentado ante el Tribunal para su aprobación. Este puede rechazarlo si considera que los remedios no son suficientes. Además, la Oficina de Competencia puede presentar una solicitud ante el Tribunal para que se rechace la fusión si considera que esta disminuirá sustancialmente la competencia. Por último, este organismo tiene la facultad de presentar una petición ante el Tribunal para temporalmente prevenir que las partes se fusionen hasta que decida si impugnará o no la fusión.

En caso de ciertas operaciones en las cuales se traspasan ciertos umbrales específicos en cuanto al tamaño de la empresa considerando sus filiales y el tamaño de la transacción (requisitos que se miden en ingresos anuales en, desde, y hacia Canadá) y caen además dentro de las 5 categorías descritas, existe un sistema de notificación obligatoria de la fusión.¹⁰

- iv. **Australia:** Si bien no existe un procedimiento de notificación obligatoria, esto no impide que la ACCC pueda iniciar una investigación por su propia cuenta. Sin perjuicio de lo anterior, las directrices de la Comisión indican que la notificación se debe hacer con amplia anticipación, en caso de fusiones en que los productos de las empresas sean sustitutos o bien complementarios y después de la fusión esta pase a detentar una cuota de mercado superior al 20% en el mercado relevante.¹¹ Actualmente las partes de una operación de

⁹ Véase Reglamento N° 139/2004, artículo 1.

¹⁰ Véase artículo 108 y siguientes de la Ley de Competencia canadiense.

¹¹ Sin perjuicio de que la recomendación para notificar una operación de concentración está dada precisamente por el carácter de sustitutos o complementos de los productos de las empresas que se fusionan

concentración tienen tres vías para obtener la valoración respecto de la misma. En primer lugar existe la aprobación informal (*informal clearance*) en la cual se solicita a la ACCC un pronunciamiento respecto de si la operación presenta riesgos bajo la sección 50 del CCA que pudiera detener la fusión. En segundo lugar, existe la aprobación formal (*formal clearance*) para la cual se presenta una aplicación ante la ACCC. La ACCC va a conceder la aprobación sólo si tiene la convicción de que la operación no va a disminuir, o tender a disminuir sustancialmente la competencia. En tercer lugar, existe el sistema de autorización de concentración (*merger authorization*) en el que las partes presentan una solicitud directamente ante el Tribunal de Competencia, el cual autorizará la operación según los beneficios que conlleve esta para el público debiendo solicitar previamente un informe a la ACCC.

- v. **Chile:** No existe un sistema de notificación obligatorio, las consultas son voluntarias y sobre ellas se pronuncia el TDLC, debiendo la FNE presentar un informe sobre la operación consultada. Las consultas pueden ser iniciadas por terceros distintos a las partes de la operación, ya sea la FNE u otra entidad. Según la guía de la FNE, esta descartará un análisis de la operación cuando no se sobrepasen determinados umbrales de concentración de acuerdo al índice HHI. Una vez analizada la operación, el TDLC puede autorizar, rechazar o bien autorizar la operación sujetándola a medidas de mitigación.

3. Efectos de los regímenes de control de fusiones:

- i. **EE.UU.:** Obtenida la autorización para llevar adelante una operación de concentración, esta se entiende hecha de conformidad a la ley y no puede ser atacada con posterioridad, salvo se de un incumplimiento de los remedios establecidos por las autoridades.
- ii. **UK:** Obtenida la autorización, la operación de concentración se puede realizar y no se pueden volver a revisar los efectos particulares de la misma.
- iii. **Unión Europea:** En caso que se apruebe una concentración por la CE se entiende que no infringe la ley, y salvo que no se cumplan los remedios impuestos en la autorización, esta operación de concentración no podrá ser atacada por infringir el derecho de competencia.

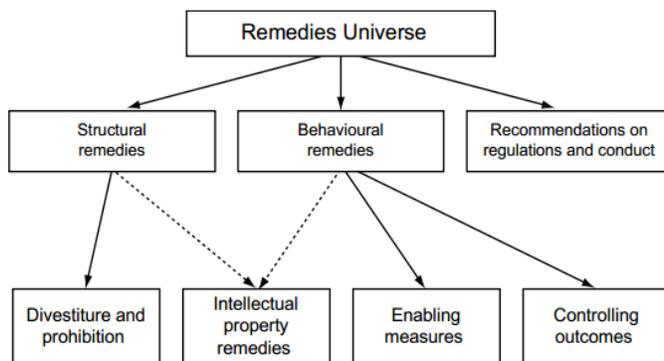
y por el 20% de participación post fusión en el mercado relevante, la ACCC ha establecido ciertos umbrales de concentración para entender cuando puede darse un daño sustancial a la competencia. Al respecto ha señalado que operaciones en que el índice HHI no supere los 2000, o bien sea superior pero con un delta inferior a 100, no generan preocupaciones en materia de libre competencia. Ahora bien, los umbrales de concentración se analizan en junto con los demás factores establecidos en la Guía de Fusiones.

- iv. **Canadá:** Obtenida la autorización para llevar adelante una operación de concentración, esta se entiende hecha de conformidad a la ley y no puede ser atacada con posterioridad, salvo se de un incumplimiento de los remedios establecidos por el Tribunal de Competencia.
- v. **Australia:** Obtenida la aprobación o autorización la operación se entiende hecha de conformidad con la ley y no puede ser atacada con posterioridad. En el caso de la aprobación formal, la operación no podrá ser objeto de una acción posterior ante el Tribunal. Sin embargo, la aprobación puede ser revocada, o bien sustituida por una nueva, en caso de no cumplirse con alguno de los remedios establecidos en ella o en caso de un cambio de las circunstancias que se tuvieron a la vista para otorgarla.
- vi. **Chile:** Obtenida la autorización para llevar adelante una operación de concentración, esta se entiende hecha de conformidad a la ley y no puede ser atacada con posterioridad, salvo se de un incumplimiento de los remedios establecidos por las autoridades.

b. Remedios:

- i. **EE.UU.:** En general, la doctrina de las agencias distingue entre los que son los remedios estructurales y los de conducta entendiéndose que existe una amplia variedad de remedios atendidos las distintas formas de operaciones que existen. Así, comúnmente se clasifican como remedios estructurales: desinversión de ciertos activos, desinversión de una entidad comercial existente, desinversión de activos intangibles o derechos, entre otros. Dentro de los remedios de conducta caben: disposiciones tendientes a evitar la difusión de información por ejemplo en el caso de fusiones verticales, en el mismo caso son comunes también las provisiones no discriminatorias en cuanto a accesos y términos comerciales que se negocien con otras empresas aguas abajo, concesiones de licencias obligatorias, prohibiciones de determinadas prácticas contractuales, etc. En algunos casos los remedios más efectivos son los llamado “remedios híbridos” que incluyen remedios estructurales y de conducta. Además las cortes han señalado que en escoger un remedio efectivo es necesario considerar el tiempo en el que deberá hacerse efectivo, establecer quienes serán compradores potenciales y la posibilidad y condiciones de monitoreo posterior.¹²
- ii. **UK:** Los remedios que se pueden aplicar en la UK son similares en caso que se apliquen por la OFC o por la CC. Esta última explica sus facultades por medio del siguiente esquema:

¹² Véase Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies, Department of Justice, Antitrust Division. Junio 2011.



13

- iii. **Unión Europea:** No hay mayor detalle legal respecto a las condiciones que puede imponer la CE con el fin de autorizar la concentración, entendiéndose que posee amplias facultades. Sin embargo, puede sancionar hasta con un 10% del volumen del negocio total anual a escala mundial cuando no cumplen la orden de suspender la ejecución de una fusión mientras la Comisión lo examina, o cuando consuman una fusión que ha sido prohibida por la Comisión. La Comisión puede también imponer el pago periódico de penas de hasta el 5% del volumen de negocios total medio diario a nivel mundial por cada día que dure la infracción. Se pueden imponer multas de hasta el 1% del volumen de negocios total mundial, como por ejemplo cuando entregan información engañosa o incorrecta. Si se realiza una fusión anticompetitiva, la Comisión puede solicitar se disuelva dicho acto y además imponer medidas para restablecer las condiciones de competencia efectiva.
- iv. **Canadá:** En el caso de una fusión ya realizada el Tribunal puede ordenar la disolución de la fusión o bien la venta o liquidación de ciertos activos. En el caso de una fusión consultada el Tribunal puede ordenar no proceder con la fusión o bien no proceder con parte de la fusión. En los caso de negociación con la Oficina de Competencia esta puede ordenar una desinversión parcial o completa, terminación de contratos con características exclusorias, entre otros.
- v. **Australia:** La ACCC puede aprobar una operación de concentración sujetándola al cumplimiento de ciertas condiciones tendientes a reducir o eliminar las preocupaciones en materia de competencia. Los partes, en caso de disconformidad pueden solicitar al Tribunal que las revise. En el caso de una autorización de concentración el Tribunal también puede autorizar la operación con condiciones específicas tendientes a asegurar que los beneficios de esta superen la disminución de la competencia.

¹³ Competition Commission (2008): "Merger remedies", disponible en: http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep_pub/rules_and_guide/pdf/cc8, p. 12

- vi. **Chile:** La FNE, una vez identificados los posibles riesgos de abusos unilaterales y de coordinación, puede proponer remedios específicos a la operación. El TDLC, por su parte, tiene amplias facultades para establecer los remedios a los que quedará sujeta la operación.

V. DELACIÓN COMPENSADA O LENIENCY POLICY

1. Requisitos:

- i. **EE.UU.:** Se distingue entre dos tipos de indulgencias. El “tipo A” tiene los siguientes requisitos: a) que las agencias no han recibido información previa sobre el ilícito, es decir, requiere ser el primero en denunciar la conducta ilícita, b) la empresa requiere terminar inmediatamente su participación en la conducta ilícita, c) la empresa debe cooperar durante toda la investigación de manera completa y continuada, d) la denuncia debe ser un acto de la empresa, no se considera de la empresa si es la denuncia de alguno de sus empleados, e) la empresa deberá restituir, de ser posible, y f) la empresa no debe haber sido el líder u originador de la conducta ilícita, ni tampoco debe haber forzado a otros a participar en ella. En el caso del “Tipo B” de haberse ya iniciado la investigación se requiere: a) ser el primero en acercarse a las agencias y denunciar la conducta, b) las agencias no deben tener evidencia contra la empresa que pueda resultar en una convicción sustancial, y los demás requisitos señalados anteriormente. Por último, es posible también solicitar inmunidad individual en caso de que la persona actúe a nombre propio y no en representación de la empresa y las agencias no hayan recibido aun información del ilícito de una fuente distinta.¹⁴
- ii. **UK:** Para recibir el beneficio completo debe ser el primero en delatarse, esto debe hacerse posteriormente al inicio de la investigación, pero con anterioridad a la presentación del pliego de cargos. Reciben la mitad del beneficio aquellos que no llegan primero a delatarse y lo hacen con anterioridad a la presentación de cargos o aquellas empresas que no cumplen con todos los requisitos anteriormente señalados.
- iii. **Unión Europea:** La empresa beneficiaria debe ser la primera en brindar información y elementos de prueba que, a juicio de la Comisión, permitan efectuar una inspección oportuna orientada sobre el presunto cartel; o que determine la existencia de una infracción del artículo 101 del Tratado de la CE en relación al presunto cartel. Además de ello, desde el momento en que presente su solicitud, la empresa cooperará verdadera, completa,

¹⁴ Véase *Corporate Leniency Policy*, Department of Justice. Agosto 1993.

permanente y diligentemente durante todo el procedimiento con la Comisión.¹⁵

- iv. **Canadá:** a) Solo el primero en acercarse a la Oficina de Competencia podrá gozar de inmunidad por ofensas en materia de carteles. El resto de los investigados que coopere podrá obtener rebajas en sus penas, b) para que la Oficina de Competencia presente la petición de inmunidad ante el órgano persecutor canadiense (*Public Prosecutor Service*) se requiere que el individuo o la empresa haya dejado de participar en el cartel y se declare culpable, c) se requiere que la cooperación con la investigación sea completa, veraz y oportuna, y d) el solicitante no debe haber forzado o otros a cometer actos ilícitos.¹⁶
- v. **Australia:** a) solo el primero en acercarse a la ACCC tiene acceso a la inmunidad, b) el solicitante debe cooperar de forma completa, es decir no puede retener información, sincera y expedita, c) el solicitante no puede haber sido el líder del cartel o haber forzado a otros para que se unieran, y d) debe haber cesado o cesar en la comisión de la conducta. En caso de que otras personas quieran cooperar, sin ser las primeras en acercarse a la ACCC, sus penas civiles y penales pueden verse rebajadas.¹⁷
- vi. **Chile:** Para acceder a los beneficios de la delación compensada se debe (i) proporcionar antecedentes veraces, precisos y comprobables, (ii) abstenerse de divulgar la solicitud de este beneficio hasta que la FNE formule requerimiento o archive los antecedentes, y (iii) poner fin a su participación en la conducta de manera inmediata.

2. Efectos:

- i. **EE.UU.:** En el caso del “Tipo A” se concederá inmunidad automática a todos los directores, oficiales y empleados de la empresa que reconozca su actuar ilegal. En el caso del “Tipo B” se podrán otorgar las mismas inmunidades que en el “Tipo A” o bien, una reducción de las penas.
- ii. **UK:** Se podrá reducir hasta el 100% de la sanción, solo en caso que se hayan cumplido los requisitos anteriormente señalados y con discrecionalidad de la OFT.

¹⁵ Unión Europea (2006) “Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel” 2006/C 298/11, Arts. 8 y 12.

¹⁶ Véase *Bureau’s Immunity Program under the Competition Act*. agosto 2009.

¹⁷ Véase *ACCC Immunity Policy Interpretation Guideline*, julio 2009 y *Prosecution Policy of the Commonwealth*

- iii. **Unión Europea:** Respecto de la primera empresa que aporte valor añadido significativo se le reducirá la multa entre 30%-50%, a la segunda empresa 20%-30%, y a las siguientes empresas que aporten valor añadido significativo se les beneficiará con una reducción de hasta el 20%.¹⁸
- iv. **Canadá:** Es el órgano persecutor quien decide si se concede o no la inmunidad. Respecto de las multas, la Oficina de Competencia solicitará, para el primero en acercarse, una rebaja del 50% de la multa que se habría recomendado, para el segundo se solicitará una multa rebajada en un 30% y para los restantes dependerá de la colaboración otorgada por cada uno.
- v. **Australia:** Al cumplir estos requisitos se asegura la inmunidad frente a sanciones civiles, por procesos instruidos por la ACCC. Respecto de la inmunidad para sanciones penales, es la CDPP quien la determina siguiendo los mismos principios aplicados por la ACCC.
- vi. **Chile:** Cumplidos los requisitos, el primero en aportar los antecedentes a la FNE podrá acceder a la exención de la multa. Para poder acceder a una reducción, los demás interesados deberán aportar antecedentes adicionales a los acompañados por el primer aportante. Sin bien la delación compensada es una herramienta eficaz para detectar casos de colusión y ha tenido un gran éxito tanto en Estados Unidos como en Europa dado el aumento significativo en las denuncias de colusión desde su implementación¹⁹, hacemos la prevención de que en Chile dicha herramienta no está funcionando adecuadamente. Lo anterior se debe a que si bien la ley exime de la pena de multa, no otorga inmunidad en materia penal. A propósito del Caso Farmacias, y dado el impacto público del mismo, el Ministerio Público inició acciones contra las cadenas de farmacias alegando la infracción del artículo 285 del Código Penal, el que sanciona, con una pena privativa de libertad, a quien por medios fraudulentos consiguiera alterar el precio natural de un producto. Es decir, quien delata su actuar colusorio quedará exento de la multa aplicable en el ámbito de la libre competencia, pero nada lo exime de la pena de cárcel.

VI. PROGRAMAS DE COMPLIANCE

¹⁸ Unión Europea (2006) "Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel" 2006/C 298/11, Art. 26.

¹⁹ "En Estados Unidos se pasó de una denuncia de colusión al año, a una al mes, y luego de seis meses aumentó a 20 al mes. Aumentaron las denuncias en un 200 por ciento.

En Europa, (...) de los últimos 70 casos de colusión, 67 han sido vía delación compensada. Cuando el sistema se introdujo en España, uno de los últimos países en incorporarla, el impacto fue tan fuerte, que había 10 abogados durmiendo afuera del equivalente a la Fiscalía Nacional Económica, esperando anotarse primeros, el día que comenzaba a regir." Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo constituida en especial investigadora a fin de analizar las últimas denuncias que podrían estar afectando la libre competencia. P 6.

1. **EE.UU.:** Las políticas de cumplimiento se encuentran tratadas en la *Sentencing Guideline*, noviembre de 2011, emitida por la Comisión Sentenciadora de Estados Unidos.²⁰ Esta establece estándares mínimos para cumplir con un programa de *compliance* consistentes en el establecimiento de estándares de conducta y procedimientos de cumplimiento claros y en la participación y responsabilidad de altos ejecutivos de la empresa. Además se requiere de una persona encargada de velar por el cumplimiento del programa y de realizar reportes periódicos a los altos ejecutivos y del establecimiento de un sistema público, que puede incluir formas de anonimato o confidencialidad, para reportar conductas contrarias a la libre competencia. Por último esta debe ser promovida a través de incentivos para su cumplimiento y medidas disciplinarias en caso contrario. Un programa de *compliance* efectivo puede llevar a una reducción de las multas aplicadas.
2. **UK:** El Reino Unido tiene un sitio especial dentro de la *web site* de la OFT dedicado al *compliance*²¹, los cuales recorren la mayoría de los temas relacionados con competencia, desde directorios de sociedades hasta carteles. En las guías se recomiendan 4 pasos para realizar un *compliance* o programa de cumplimiento efectivo: Identificar riesgos, evaluar riesgos, mitigación de riesgos y revisión. De la aplicación de programas de cumplimiento no se generan automáticamente consecuencias positivas para la empresa, tampoco negativas. Sin embargo, en caso que el programa haya sido bien ejecutado puede generar el importe de una sanción pecuniaria.
3. **Unión Europea:** La UE, al igual que UK, tiene un sitio *web* especializado relativo a *compliances* o programas de cumplimiento²², sin embargo, lamentablemente, no tiene el desarrollo que encontramos en la OFT. Los programas de cumplimiento no entregan ningún beneficio formal a aquellos actores del mercado que los implementen.
4. **Canadá:** Las principales recomendaciones en materia de *compliance* están contenidas en el Boletín *Corporate Compliance Program*, de septiembre de 2010, emitido por la Oficina de Competencia. En él se establecen 5 requisitos básicos para considerar un programa de

²⁰ La *United States Sentencing Commission* es una agencia independiente, dentro del poder judicial, formada por ex ministros cuya principal función es establecer políticas y prácticas sentenciadoras para el sistema de justicia criminal federal.

²¹ <http://www.oft.gov.uk/OFTwork/competition-act-and-cartels/competition-law-compliance>

²² http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/index_en.html

compliance creíble a saber; a) apoyo y participación de altos ejecutivos, b) establecimiento de políticas y procedimientos de cumplimiento, c) entrenamiento y educación, d) mecanismos de monitoreo, auditorías y reportes, y e) procedimientos disciplinarios y de incentivos que sean consistentes. La mera existencia de un programa no es suficiente para la recomendación de una rebaja de las penas. Sin embargo, la existencia de un programa creíble que demuestre que las practicas investigadas atentan contra la política de la empresa, puede ser considerado para mitigar las penas.

5. **Australia:** Las principales recomendaciones en materia de *compliance* están contenidas en el documento emitido por la ACCC, *Corporate Trade Practices Compliance Program* de noviembre de 2005. El programa distingue entre cuatro planillas, planillas del nivel 1 al 4, que han sido diseñadas para las empresas según su tamaño y otros elementos. Así por ejemplo, las planillas 3 y 4 se aplican a empresas más bien grandes e implican un mayor número de obligaciones. Cabe destacar dentro de las recomendaciones, la existencia de un oficial que vele por el cumplimiento del programa. Se recomienda también, el entrenamiento de los empleados y la divulgación de estos programas, debiendo revisarse continuamente y reportarse a la junta directiva. La verificación de una cultura de *compliance* en la empresa, que demuestre una implementación exitosa de éste, puede ser considerada al momento de determinar el quantum de las penas.
6. **Chile:** Las principales recomendaciones en materia de *compliance* están contenidas en el documento emitido por la FNE, *Programas de Cumplimiento*, de marzo de 2012. En el se establecen requisitos esenciales para un programa de *compliance* exitoso, (i) un compromiso real de cumplir con la normativa, (ii) identificación de riesgos actuales y posibles, (iii) implementación de mecanismos y procedimientos internos acordes con el compromiso y (iv) participación de gerentes y directores. Además se recomienda el entrenamiento, monitoreo y la indicación de medidas disciplinarias precisas para el caso de un empleado infractor. Si el programa tiene una implementación efectiva, acorde con las características del agente económico en cuestión, la FNE podrá considerar tal hecho para una posible rebaja de la multa solicitada.

VII. TIPO DE SANCIONES

1. Sanciones limitadas a indemnizaciones civiles:

- i. **EE.UU.:** Existen acciones judiciales individuales y colectivas que permiten exigir el triple del valor monetario de los daños sufridos.
- ii. **UK:** Solo permite acciones civiles individuales.
- iii. **Unión Europea:** No existen a nivel comunitario, independiente de las sanciones que se puedan perseguir a nivel de país
- iv. **Canadá:** La ley reconoce el derecho a perseguir una indemnización por los perjuicios causados en caso de actos anticompetitivos ante los tribunales que sean competentes. (Artículo 36 de la Ley de Competencia.) Existen también acciones colectivas limitadas al daño real causado. (Sin indemnizaciones por daños.)
- v. **Australia:** La persona que sufrió algún daño o pérdida por actos realizados en contravención de la CCA, podrá demandar a la persona autora de la contravención para recuperar el monto de su pérdida. (Sección 82) Existen también acciones colectivas.
- vi. **Chile:** La acción de indemnización de perjuicios a la que haya dado lugar la sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá ante el tribunal civil competente.

2. Sanciones penales:

- i. **EE.UU.:** Existen penas privativas de libertad de hasta 10 años y multas de hasta 100 millones de dólares para las empresas.
- ii. **UK:** Existe prisión, además de multas y otras.
- iii. **Unión Europea:** No se contemplan en la regulación.
- iv. **Canadá:** El delito de concertación de carteles se castiga con pena de prisión de hasta 14 años y multas de hasta USD 25 millones. (artículo 45).
- v. **Australia:** El delito de concertación de carteles se castiga con pena de prisión de hasta 10 años y multas de hasta 222.000 dólares australianos.
- vi. **Chile:** No se contemplan en la regulación.

3. Sanciones Administrativas:

i. Multas:

- 1. **EE.UU.:** Una persona puede ser condenada a pagar hasta US 1 millón en caso de cometer actos anticompetitivos.

2. **UK:** La ley no define una sanción en relación a la ganancia bruta del cartel, sin embargo se aplica un máximo de hasta el 10% de la facturación total del cartel y de sus negocios relacionados. La sanción puede recurrirse ante la Corte de Apelaciones de Competencia y ante la Corte de Apelaciones.
 3. **Unión Europea:** Solo a las empresas, no existe responsabilidad personal. Las sanciones son hasta el 30% de las ganancias brutas más un 15-25% extra de carácter disuasorio en la base, y se puede poner una multa máxima de hasta el 10% de la facturación total del cartel y de sus negocios relacionados. La sanción se puede apelar ante la Corte de Primera Instancia y ante la Corte Europea de Justicia
 4. **Canadá:** Una persona puede ser condenada a pagar 10 millones de dólares en caso de cometer un acto anticompetitivo (y hasta 15 millones en el caso de una orden subsiguiente, Artículo 79 de la ley de Competencia).
 5. **Australia:** Multa pagadera a favor del estado atendida la acción u omisión de que se trata, los daños y pérdidas producidas por ésta, las circunstancias en que se llevó a cabo y la conducta previa de la persona (Sección 76 CCA).
 6. **Chile:** Multa a beneficio fiscal por una suma equivalente a 20.000 UTA, en caso de sancionarse un cartel o colusión puede aplicarse una multa de hasta 30.000 UTA.
- ii. Otras (terminación de contratos, disolución de sociedades, etc.):
1. **EE.UU.:** Existen sanciones que pueden consistir en prohibiciones de ciertas conductas por parte de una empresa y otras conocidas como sanciones o remedios estructurales, que son más drásticas, de aplicación más compleja y que por tanto despiertan mayores críticas. Así por ejemplo un tribunal puede ordenar la concesión de licencias de propiedad intelectual y desinversión en otros bienes intangibles, la separación de los niveles de producción y distribución dentro de una misma empresa e incluso la división de una empresa dominante en dos entidades competitivas distintas.²³
 2. **UK:** No tiene dicho tipo de sanciones.

²³ Véase "Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases". Policy Roundtable, OECD, 2006. p 173.

3. **Unión Europea:** Cuando la Comisión se disponga a adoptar una decisión que ordene la cesación de la infracción y las empresas interesadas propongan compromisos que respondan a las inquietudes que les haya manifestado la Comisión en su análisis preliminar, ésta podrá, mediante decisión, convertir dichos compromisos en obligatorios para las empresas.
4. **Canadá:** La *Competition Act* faculta al Tribunal para ordenar la desinversión en activos o derechos, por ejemplo en casos de abuso de posición dominante, siempre que estos sean razonables y necesarios sobrellevar los efectos que produjo esa práctica en el mercado. Sin embargo, la ley hace la prevención de que tales órdenes deben restringir los derechos de los afectados lo menos posible.
5. **Australia:** Inhabilidades para ejercer un cargo de dirección en una empresa por el periodo que se considere apropiado.(Sección 86B CCA)
6. **Chile:** En la sentencia definitiva que adopte el TDLC este podrá ordenar la modificación o término de contratos o acuerdos contrarios a la libre competencia. Además tiene la facultad de ordenar la modificación o disolución de sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubiesen intervenido en actos anticompetitivos.

TEMAS ESPECÍFICOS EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA EN CHILE

I. BREVE RESUMEN DE LAS SANCIONES APLICADAS EN CASOS DE COLUSIÓN

La colusión constituye, unánimemente en la doctrina, en nuestra legislación y en la jurisprudencia tanto del TDLC como de la Corte Suprema, el más lesivo de los atentados a la libre competencia, toda vez que supone suprimir de raíz la incertidumbre y la libre iniciativa propia de los procesos competitivos, reemplazándola por una conspiración entre competidores en perjuicio del bienestar social y de los consumidores.²⁴ Las sanciones aplicables, consistentes en multas a beneficio fiscal, se determinan en atención a (i) beneficio económico obtenido, (ii) la gravedad de la conducta y (iii) la calidad de reincidente del infractor. En Chile, la multa máxima aplicable actualmente para casos de colusión es de 30.000 UTA, desde el aumento que se produjo con la Ley N° 20.361, de 2009.

Por su parte, la ley señala que las multas podrán ser impuestas no sólo a la persona jurídica correspondiente, sino que también a sus directores, administradores y en general a toda persona que haya intervenido en la realización del acto.

En términos generales, los casos en los que el TDLC ha aplicado multas dicen relación con los mercados de transporte, telecomunicaciones salud y retail. Para tener una idea, el año 1995 la Comisión Resolutiva sancionó a las cadenas de farmacias, en ese entonces, Comercial Salco S.A., Farmacias Ahumada S.A., Farmacias Brand S.A. y Sociedad Farmacéutica Cruz Verde, con multas de 2.000 UTM, para las tres primeras, y con multa de 1.000 UTM para el caso de Cruz Verde. En el “Caso Farmacias” resuelto en enero de 2012, la multa aplicada a Farmacias Salcobrand S.A. y Farmacias Cruz Verde S.A. fue de 20.000 UTA a cada una. Dicho cambio sustancial en las multas aplicadas se ha logrado gracias al aumento de las herramientas investigativas con las que cuenta la FNE y del aumento de la cuantía de las penas aplicables que se produjo con la Ley N° 19.911, de 2003, a 20.000 UTA.

En los casos de multas aplicadas a personas jurídicas, estas han tenido como tope 60 UTA en materia de transportes, 200 UTA en materia de telecomunicaciones²⁵, y 6.000 UTA²⁶ en materia de retail, desde la instalación del TDLC (mayo 2004). En los casos de multas aplicadas a personas naturales, las sanciones han variado entre en multas de 1,5 UTM en el caso contra AM Patagonia S.A. y los médicos accionistas de la misma (inicialmente se condenó al pago de 30 UTM por cada uno de los médicos, lo que fue rebajado en la Corte Suprema),²⁷ 200 UTA en el caso de colusión en materia en procesos de licitación de

²⁴ Sentencia 119/2012 TDLC, considerando centésimo nonagésimo quinto. (Caso Farmacias)

²⁵ Hacemos presente que en materia de telecomunicaciones se han aplicado multas más elevadas en casos de abuso de posición dominante como ocurrió por ejemplo en la Sentencia 45/2006 en que se sancionó a la Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. con una multa de 1.500 UTA.

²⁶ Sentencia 63/2008. (La Corte Suprema rebajó las multas de 8.000 UTA a 6.000 para S.A.C.I. Falabella y de 5.000 UTA a 3.750 UTA a Paris S.A.)

²⁷ Sentencia 74/2008 TDLC.

concesiones de radiodifusión²⁸ y 2,5 UTA en caso de colusión de microbuses en Puerto Montt.²⁹

El actual sistema de multas ha sido criticado principalmente porque no resulta disuasivo. Los cambios en la legislación han incluido un aumento en los niveles de las multas pero poco sirven si el TDLC no los aplica. Las multas aplicadas a personas naturales han sido bajas y nunca se ha sancionado por ejemplo a un director o gerente a pagar “de su bolsillo”. Además, se ha discutido sobre la necesidad de establecer un sistema de multas proporcional, ya que una determinada multa puede ser muy baja y por tanto poco disuasiva para una empresa de gran tamaño, pero al mismo tiempo puede causar estragos en una empresa pequeña.

II. BREVE ANÁLISIS DE LA PRUEBA EN CASOS DE COLUSIÓN

La prueba de conductas constitutivas de colusión es compleja. Por lo general, estas conductas tienen un carácter secreto y se desarrollan a través de acuerdos tácitos entre quienes participan, lo que dificulta la obtención de prueba directa. Debido a lo anterior, la prueba en casos de colusión se construye a partir de evidencia directa de algún tipo de comunicación entre las requeridas o demandadas³⁰ y evidencia circunstancial (prueba indiciaria) por la cual se van encadenando una serie de hechos de forma tal que en su conjunto permitan acreditar lo que se quiere probar.

A su vez, en la prueba circunstancial se combinan indicios estructurales, referidos al mercado relevante, como lo serían el número de participantes del mercado, el carácter homogéneo del producto, la transparencia de la información, la simetría en los costos de las empresas, el bajo nivel de innovación, entre otros e indicios conductuales referidos al actuar paralelo o coincidente de las requeridas.

Si bien, existe un caso en que el TDLC acogió el requerimiento dando por acreditada la colusión en una serie de indicios, la Corte Suprema revocó posteriormente la sentencia por considerar que los indicios no eran concluyentes para acreditar fehacientemente la existencia de la colusión (Caso contra las empresas proveedoras de oxígeno líquido Air Liquid Chile S.A. y otras³¹).

En términos generales, la Corte Suprema se ha preocupado de enfatizar el rol de la FNE, órgano al que como parte demandante o requirente de un proceso contencioso le corresponde probar la infracción que acusa, de manera de satisfacer el estándar requerido

²⁸ Sentencia 112/2011 TDLC.

²⁹ Sentencia 116/2011 TDLC.

³⁰ Así por ejemplo, en la Sentencia 63/2008, en el caso conocido como “guerra del plasma”, el TDLC dio por acreditada la existencia de comunicaciones entre las requeridas por los registros proporcionados por las Compañías de Telecomunicaciones, lo que sumado a circunstancias como la duración y tráfico no habitual de estas y el hecho de que fueran efectuadas por ejecutivos de alto rango permitió acreditar que el contenido de tales llamadas decía relación con temas de mayor importancia al de las relaciones comerciales habituales.

³¹ Sentencia 43/2006 TDLC.

para formarse una convicción, aplicando por tanto un estándar probatorio más exigentes que el TDLC.

CHILE EN EL CONTEXTO MUNDIAL

I. Control de Fusiones

En materia de régimen de control de fusiones podemos encontrar dos grandes grupos de países: aquellos que tienen un régimen voluntario y aquellos que tienen regímenes obligatorios.

En el primer grupo, es decir aquellos países con control voluntario se encuentran: Australia, UK y Chile (hay sólo dos más fuera de nuestro listado de trabajo: Nueva Zelandia y, formalmente, Venezuela).

En el grupo de países con control obligatorio se encuentran: USA, Canadá y la Unión Europea.

Chile se encuentra en el grupo de países de consultas voluntarias y la ley no prevé un estándar sobre el cual es recomendable consultar las operaciones de concentración. Sin embargo, la Fiscalía Nacional Económica fijó ciertos parámetros en su Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales, criterios no vinculantes para las empresas formalmente pero en los que se basan los funcionarios de las misma Fiscalía Nacional Económica para desafiar una fusión. Por su parte, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia también ha considerado que no se le aplican los criterios de la referida Guía, pues se trata de una autoridad jurisdiccional independiente.

Según la Guía indicada, la Fiscalía descartará del análisis a aquellas concentraciones que se encuentren dentro de los siguientes parámetros:

- a) Si el índice HHI post fusión es menor a 1000,
- b) Si $1000 < \text{HHI} < 1800$ (el valor de este índice refleja un mercado moderadamente concentrado) y $\Delta\text{HHI} < 100$, y
- c) Si $\text{HHI} > 1800$ (el valor de este índice refleja un mercado altamente concentrado) y $\Delta\text{HHI} < 50$.

II. Fases del Control de Fusiones

Dentro de aquellos países que tienen sistemas de control de fusiones se pueden reconocer aquellos con control de una o dos fases. Los países con una única fase son: Australia, UK y Chile, frente a los países con dos fases que son: USA, Canadá y la Unión Europea. Lo anterior se explica desde el entendido que generalmente al haber dos fases la primera es voluntaria y la segunda es obligatoria, y los países con sólo una fase son los mismos que no tienen notificación obligatoria.

III. Sanciones en Colusión

Si bien se pueden hacer diferentes clasificaciones en relación a las sanciones aplicables a las empresas y a las personas, la principal clasificación es en relación a la existencia de pena de cárcel. Actualmente Chile es parte del grupo de países que no sancionan con pena privativa de libertad a los partícipes de delitos de colusión. Junto a Chile solo encontramos a la Unión Europea, en todos los demás de los modelos consultados, es decir USA, UK, Canadá y Australia sí existe dicha sanción.

En todo caso, la situación de la Unión Europea no da cuenta de un modelo comparable, pues no existe ningún delito sancionable con pena de cárcel en la Unión Europea, pues los Estados miembros no han otorgado facultad sancionadora penal a los organismos *supra* estatales, radicando en cada Estado la decisión de establecer o no sanción penal para los delitos más graves.

IV. Delación Compensada

En nuestro país ha habido dos casos de delación compensada hasta la fecha de este informe:

- El primero de ellos fue en el año 2010 a propósito del requerimiento que hizo la Fiscalía Nacional Económica contra Whirlpool S.A. y Tecumseh Do Brasil Ltda. por colusión en el mercado de compresores herméticos utilizados para la fabricación de refrigeradores. En dicha ocasión, Tecumseh Do Brasil se delató ante la Fiscalía y esta lo hizo presente en el mismo requerimiento con lo cual se le aplicó la exención de la multa.
- El segundo caso se produjo en el año 2011, en el mercado de los buses en la ruta Santiago-Curacaví. Las requeridas fueron las empresas: Pullman, Ruta Curacaví y Atevil, siendo esta última la que se acogió al beneficio de la delación compensada.

De estos casos, tenemos sólo una sentencia reciente, dictada el 14 de junio del 2012 de rol 122/2012 en relación a la colusión entre Whirlpool y Tecumseh Do Brasil. En dicha sentencia se acogió la delación compensada liberándose completamente a Tecumseh Do Brasil a pagar algún tipo de multa y se condenándose a Whirlpool a pagar 10.500 UTA³².

³² A la fecha de este informe no se conoce si la empresa ejercerá una reclamación de esta sentencia ante la Corte Suprema respecto de la sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.