

¿CUÁNTO TARDAN LAS INVESTIGACIONES DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA EN MATERIA DE FUSIONES?

¿CUÁNTO TARDAN LAS INVESTIGACIONES DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA EN MATERIA DE FUSIONES?*

Febrero 2020



El presente estudio forma parte de una serie de investigaciones que realiza el Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez (CeCo UAI) para entender y evaluar el desempeño de los organismos de competencia en Chile, en relación a sus funciones de investigación, defensa y promoción de la libre competencia. La primera serie de investigaciones incluye tres estudios separados: la revisión de los tiempos que tarda la Fiscalía Nacional Económica en investigar casos de colusión; la revisión de los tiempos que tarda el mismo organismo en investigar operaciones de concentración; y cuánto demoran el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema en resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, en relación a una serie de variables relevantes del sistema.

I. INTRODUCCIÓN

Este estudio tiene por propósito analizar los tiempos de investigación de la FNE en materia de fusiones, desde que comenzó a operar el sistema de control de operaciones de concentración a la fecha.

A diferencia de la información que la FNE levanta periódicamente en la sección de estadísticas de su sitio institucional, este estudio incorpora variables que no están sistematizadas en nuestro medio. El estudio evalúa el número de operaciones conocidas por la autoridad y el tiempo total efectivo de las investigaciones, desde la presentación de las notificaciones hasta la decisión final de la FNE. También es posible identificar las diferencias de tiempo según etapa de la investigación, el número de ocasiones en que la autoridad ha declarado incompletas las notificaciones y si las operaciones han sido aprobadas de manera incondicionada, sujeta a medidas conductuales o estructurales, o bien derechamente prohibidas.

Evaluar el tiempo efectivo de respuesta de la autoridad en este ámbito resulta clave para el desempeño del sistema. Su diseño descansa en plazos acotados de revisión que la autoridad debe respetar. En efecto, si la autoridad no emite pronunciamiento alguno una vez iniciada una investigación, la operación de concentración se entiende aprobada. Según se explicará en detalle, la única forma en que estos plazos puedan ser extendidos por la FNE tiene lugar al comienzo del procedimiento, al momento de analizar la completitud de las notificaciones, previo a la dictación de la resolución de inicio.

A continuación, se exponen brevemente las principales características del procedimiento de evaluación de operaciones de concentración ante la FNE, especialmente en relación a su funcionamiento y sus plazos. Luego, se explica la metodología utilizada en la investigación; se detallan los resultados de la misma, y, finalmente, se indican las principales conclusiones que fue posible obtener a partir del estudio.

* Se advierte que miembros de CeCo -Felipe Irrazábal, Julio Tapia y Belén Tomic- trabajaron en la Fiscalía Nacional Económica, hace más de un año atrás.

II. DESCRIPCIÓN DEL SISTEMA DE CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

En nuestro país, el control de operaciones de concentración fue establecido por la reforma de 2016 (Ley 20.945) y constituyó un avance regulatorio considerable dentro de nuestro régimen de protección de libre competencia. Entre sus mayores virtudes, la reforma estableció una definición de operación de concentración en nuestra ley, consagró la obligación de notificar para los agentes económicos que sobrepasen ciertos umbrales de ventas anuales, dotó de un procedimiento administrativo que permite la comunicación, intercambio y colaboración entre quienes notifican la operación y la autoridad, y fijó plazos acotados del procedimiento de investigación de la FNE.

En efecto, los plazos de revisión se encuentran establecidos por ley y corresponden a:

- 30 días hábiles¹ (aproximadamente, 40 días corridos) desde la resolución de inicio de investigación, en una primera fase de investigación (**Fase 1**); y
- 90 días hábiles adicionales (aproximadamente, 124 días corridos), en una segunda fase de investigación (**Fase 2**). Esto último sólo sucede si la FNE estima que las operaciones analizadas pueden acarrear riesgos a la competencia y por lo mismo, la investigación necesita más tiempo para llegar a una conclusión.

Si la autoridad no dicta una resolución en el plazo asignado, las operaciones se entienden automáticamente aprobadas.

Una vez iniciada la investigación, la posibilidad de que estos plazos puedan extenderse dependerá siempre de la voluntad de las empresas notificantes. Si las compañías ofrecen medidas de mitigación, el plazo se suspende por 10 días hábiles adicionales si la presentación tiene lugar durante la Fase 1, o por 15 días hábiles adicionales si tiene lugar durante la Fase 2. Los plazos también pueden suspenderse por una vez en cada Fase, por acuerdo entre las partes notificantes y el Fiscal.

En otras palabras, una vez iniciada una investigación, la autoridad no tiene control sobre el tiempo máximo del que dispone para revisar las operaciones. Esto se explica porque el diseño legal buscó dotar de previsibilidad al sistema y certidumbre a los agentes económicos que pretenden concentrarse, por la vía de fijar plazos acotados de revisión.

Sin embargo, para no perjudicar la calidad y efectividad de la revisión, el diseño de la reforma contempla el deber de acompañar en la notificación los antecedentes que permitan identificar la operación y evaluar preliminarmente eventuales riesgos a la libre competencia. Estos antecedentes se encuentran enlistados en un Reglamento del Ministerio de Economía² dictado al efecto, que busca justamente que la autoridad tenga la mayor cantidad de antecedentes de las partes para el análisis de la operación.

¹ Para efectos de este procedimiento, “días hábiles” son todos aquellos que no sean sábados, domingos o festivos. En este trabajo, las menciones a “días” (sin especificar que son hábiles) deben entenderse referidas a días corridos.

² Decreto Supremo N° 33 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo que Aprueba Reglamento sobre la Notificación de una Operación de Concentración de fecha 1 de marzo de 2017, publicado en el Diario Oficial con fecha 1 de junio de 2017. Actualmente, este Reglamento se encuentra en revisión. La FNE abrió una consulta pública sobre sus aspectos a mejorar, durante el primer semestre de 2019, pero aún no se han anunciado cuáles serán los antecedentes que dejarían de ser requeridos o las modificaciones que tendría el nuevo reglamento. En todo caso, por tratarse de un decreto supremo, esta definición le corresponde al poder ejecutivo y no a la FNE.

De esta manera, si la FNE estima que no se ha dado cumplimiento al Reglamento, emite una resolución que declara la falta de completitud de la notificación. Luego, las empresas notificantes tienen 10 días hábiles adicionales para subsanar sus errores y complementar la información aportada. Una vez complementada la notificación, la FNE vuelve a tener otros 10 días hábiles para determinar si procede dar inicio a la investigación o si las partes deben complementar nuevamente su notificación. Si la FNE determina que la notificación satisface todos los antecedentes a acompañar, dicta una resolución de inicio de investigación y sólo entonces comenzarán a correr los plazos legales señalados.

Debido a esta característica del inicio del procedimiento, una variable relevante de este estudio fue determinar el plazo extra que tardan los procedimientos ante la Fiscalía por concepto de declaraciones de falta de completitud de las notificaciones. Este tiempo adicional puede variar de investigación en investigación, y depende en último término del criterio de la propia FNE. Dicho de otra forma, es la propia FNE la que declara que existen antecedentes suficientes para dar inicio a la investigación y determina cuándo comienzan a correr los plazos de revisión.

Respecto al término de las investigaciones, estas pueden ser aprobadas de forma pura y simple, ser aprobadas sujetas al cumplimiento de medidas que la autoridad acepta como aptas para mitigar los riesgos detectados en la investigación, o por la prohibición de la operación, cuando la FNE estima que las operaciones reducirán sustancialmente la competencia. En este último caso, las partes notificantes pueden impugnar la decisión ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) a través del *recurso especial de revisión*³.

Obligación de notificar y ajuste de umbrales de notificación

Los agentes económicos tienen la obligación de notificar operaciones de concentración, cuando las empresas sobrepasen los umbrales de ventas fijados por la FNE. En un comienzo, los umbrales fueron fijados por la Resolución Exenta 667 de 2016, pero luego fueron modificados a un umbral mayor, por la Resolución Exenta 157 de 25 de marzo de 2019⁴. En la práctica, no puede descartarse que este elemento haya tenido algún impacto en el menor número de operaciones conocido por la autoridad durante 2019.

Con todo, los agentes económicos pueden notificar voluntariamente sus operaciones, y la FNE puede iniciar de oficio investigaciones en la materia hasta un año después de perfeccionarse, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 48 del DL 211.

3 A la fecha, esto sólo ha sucedido en una oportunidad: Recurso de revisión especial de Ideal S.A. y otro en contra de la resolución de la FNE de 10 de mayo de 2018, Sentencia TDLC N° 166/2018 (2018) en donde el TDLC resolvió aprobar la operación.

4 Actualmente, los nuevos umbrales fueron fijados en **UF 450.000** (US\$ 16,2 millones) en el caso de las ventas individuales y en **UF 2.500.000** (US\$ 90 millones), las ventas conjuntas.

III. METODOLOGÍA

Para la elaboración de este estudio, se revisaron las resoluciones de aprobación y prohibición de operaciones de concentración publicadas por la FNE en su sitio institucional, **desde el día 1 de junio de 2017 (fecha de inicio de la vigencia del nuevo procedimiento) hasta el 15 de enero de 2020**, con sus respectivas resoluciones de inicio⁵.

En base a estos documentos fue posible observar los siguientes parámetros:

- Número de operaciones de concentración revisadas por la autoridad en dicho periodo
- Fecha de presentación de la notificación
- Número de veces en que la FNE declaró la falta de completitud de la notificación
- Fecha de inicio de investigación
- Si existió o no una resolución de extensión del plazo investigación (Fase 2)
- Si se presentaron medidas durante el procedimiento
- Carácter de la resolución de término: si la operación de concentración fue aprobada de manera pura y simple, sujeta a medidas estructurales o medidas conductuales, o bien si la operación fue prohibida
- Para efectos de determinar esto último, se consideraron como medidas estructurales aquellas que involucraron algún remedio de desinversión y se consideraron como medidas conductuales aquellas que no involucraron remedios de desinversión

Deben tenerse en cuenta las siguientes observaciones:

- Respecto al rol F134-2018, en donde la FNE resolvió cambiar la naturaleza de la notificación (de simplificada a ordinaria), sólo fue tomada en cuenta la primera notificación de las partes.
- Por no ser parte del objetivo de este estudio, han sido excluidas todas aquellas resoluciones en donde la FNE determina que la notificación no corresponde a una operación de concentración o se tuvieron por no presentadas las notificaciones (F112-2018, F185-2019, F191-2019, F192-2019, F194-2019, F195-2019, F196-2019 y F198-2019) y aquellos procedimientos de investigación destinados a fiscalizar el cumplimiento de medidas de mitigación (Roles FNE F86-2017, F92-2017, F111-2018, F143-2018, F151-2018, F164-2018, F172-2019, F174-2019, F180-2019 y F205-2019).

5 La revisión se realizó en tres etapas. En una primera se recopiló la información y luego se replicó la información en dos oportunidades mediante pares revisores.

IV. RESULTADOS

En total, 113 operaciones de concentración han sido revisadas por la FNE en el periodo en análisis (1 de junio de 2017 a 15 de enero de 2020) y la gran mayoría ha sido aprobada de manera incondicional (un 87% de los casos)⁶⁻⁷.

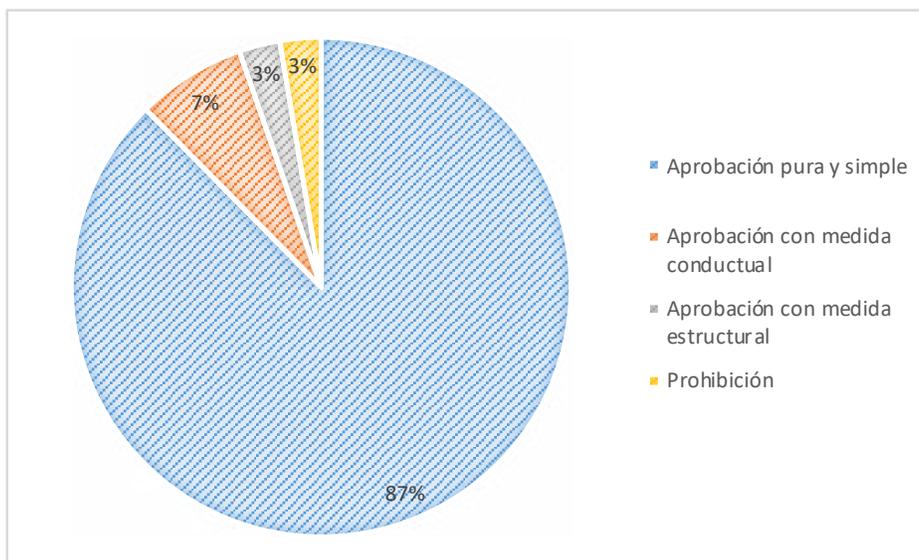
Tabla 1: Número de operaciones conocidas por la FNE y forma de término

Año	Sin medida	Aprobada con medida conductual	Aprobada con medida estructural	Prohibición	Total general
2017*	20	4	3	2	29
2018	52	4	0	0	56
2019	27	0	0	1	28
Total general	99	8	3	3	113

*Sólo considera las operaciones notificadas desde el 1 de junio de 2017 al 31 de diciembre del mismo año
Elaboración propia en base a información pública disponible en www.fne.gob.cl

De las 3 operaciones que fueron prohibidas, una fue el caso *Ideal/Nutrabien* (Rol F90-2017), que fue aprobada con medidas por el TDLC, luego del recurso presentado por las partes. La segunda prohibición, *Santander/Servipag* (Rol F101-2017) del sector bancario y la tercera prohibición, *Red Interclínica/Clínica Iquique* (Rol F178-2019) en el mercado de la salud privada, no fueron impugnadas con posterioridad.

Gráfico 1: Forma de término



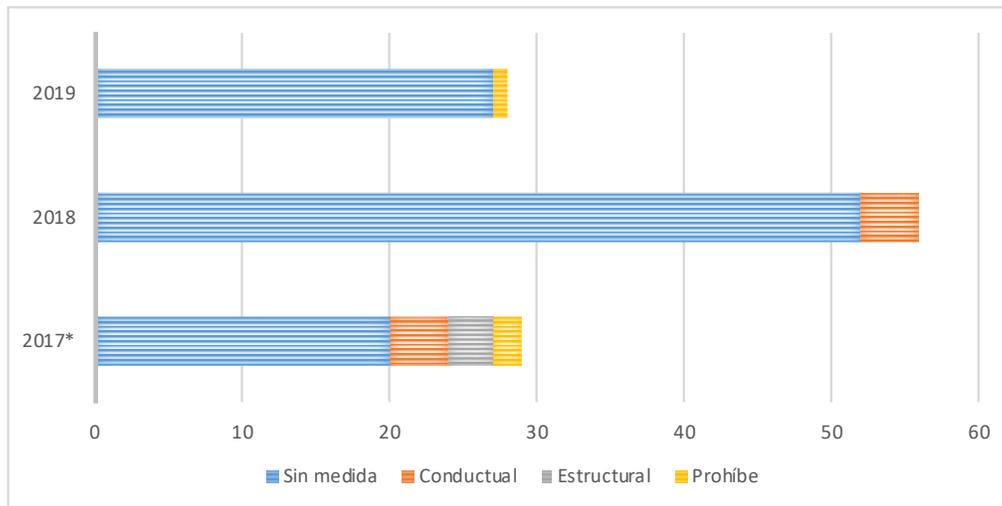
Elaboración propia en base a información pública disponible en www.fne.gob.cl

6 Esta proporción entre fusiones aprobadas sin medidas y aquellas fusiones más complejas no es muy distinta a la de otras jurisdicciones. Por ejemplo, si se tiene en cuenta la estadística de la Comisión Europea para los años 2017 a 2019, la proporción es de un 1% de operaciones prohibidas (5 operaciones en total), 5% aprobadas con medidas y un 94% aprobadas de manera pura y simple (Calculado a partir de la información disponible en: European Commission, <https://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>).

7 Esta información también se encuentra disponible en la sección de estadísticas que actualiza periódicamente el sitio institucional de la FNE, www.fne.gob.cl.

Como se adelantó, la FNE ha conocido de un menor número de operaciones de concentración en 2019, en comparación a los años anteriores, lo que podría atribuirse al ajuste de umbrales que tuvo lugar en marzo de 2019, entre otros factores⁸.

Gráfico 2: Forma de término por año



*Sólo considera las operaciones notificadas desde el 1 de junio en adelante
Elaboración propia en base a información disponible en www.fne.gob.cl

Según pudo observarse, la duración total de una investigación de operaciones de concentración es de **82 días** en promedio⁹, considerando todo el periodo analizado (Tabla 2). Esta cifra incluye el periodo comprendido entre la presentación de la notificación y la resolución de inicio, de las investigaciones resueltas en Fase 1 y Fase 2.

Además, es relevante tener en cuenta que el intervalo que va entre la notificación y la dictación de la resolución de inicio puede variar, dependiendo del número de veces en que la FNE haya determinado que la notificación no se encuentra completa. En promedio, **el tiempo promedio que va entre presentación de la notificación y apertura de investigación ha sido de 30 días**¹⁰, considerando todo el periodo analizado (Tabla 2). Si se consideran sólo aquellas notificaciones declaradas incompletas, el periodo asciende a 41 días promedio.

Tabla 2: Promedio declaraciones de notificación incompleta y días duración de investigación

Año	Promedio N° declaraciones notificación incompleta	Promedio días desde notificación hasta inicio de investigación	Promedio días desde inicio de investigación hasta término	Promedio días total
2017	0,66	27	69	96
2018	0,80	30	47	77
2019	0,89	35	44	79
Total general	0,79	30	52	82

Elaboración propia en base a información pública disponible en www.fne.gob.cl

8 Esta información también se encuentra disponible en la sección de estadísticas que actualiza periódicamente el sitio institucional de la FNE, www.fne.gob.cl.

9 El coeficiente de variación para este plazo fue de 0,77, con una desviación estándar de 64.

10 El coeficiente de variación para este plazo fue de 0,64, con una desviación estándar de 20.

Distinguiendo por la fase en que terminaron las investigaciones, la duración promedio de aquellas aprobadas en Fase 1 fue de 71 días, mientras que las aprobadas en Fase 2 fue de 274 días. Estos plazos incluyen aquellos casos en que fueron ofrecidas medidas de mitigación, presentaciones que tienen el efecto de extender los plazos de investigación. **Tratándose de casos menos complejos, esto es, aquellos aprobados de forma pura y simple en Fase 1, la duración promedio de la investigación desciende a 63 días.**

Tabla 3: Promedio duración de investigación, distinguiendo por fase de término

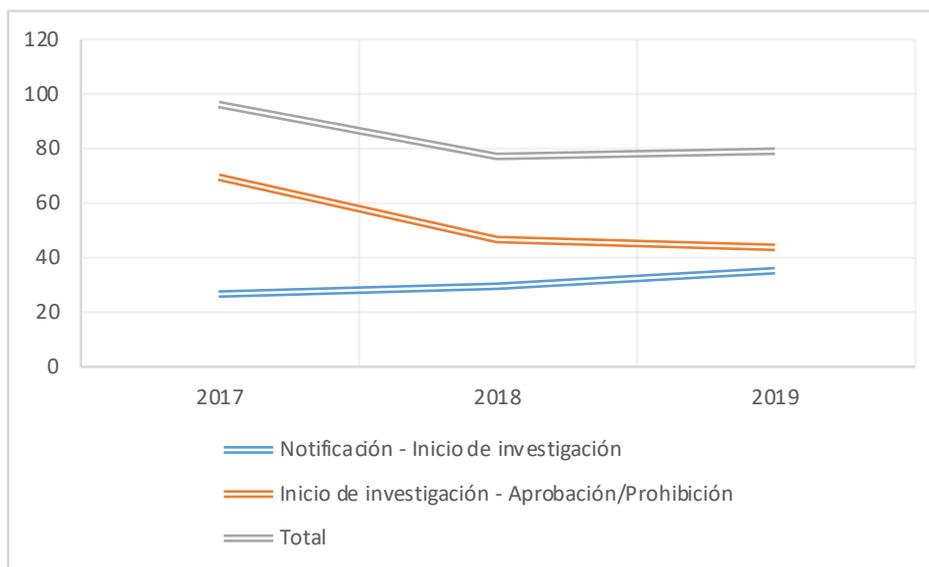
Fase	Número de operaciones	Promedio de días total	Promedio de días aprobadas sin medidas	Promedio de días aprobadas con medidas
Fase 1	107	71	63	152
Fase 2	6	274	239	305
Total general	113	82	67	166

Elaboración propia en base a información pública disponible en www.fne.gob.cl

La investigación más larga duró 311 días (Adquisición de control de Clínica Iquique S.A. por parte de Redinterclínica S.A., Rol F178-2019), desde su notificación el 1 de febrero de 2019 hasta la prohibición de la operación el día 9 de diciembre del mismo año. La investigación más corta duró 14 días (Adquisición de Hormigones Independencia S.A. y Unión de Cementos Rol F129-2018), aprobada de manera pura y simple.

Si se analiza por año, considerando las distintas etapas de la investigación, se puede observar cierta tendencia a la baja en la duración de las investigaciones de la FNE desde la resolución de inicio hasta que se toma una decisión. Sin embargo, el periodo comprendido entre la notificación y la dictación de la resolución de inicio ha experimentado, en promedio, un leve aumento por año, lo que explicaría que –en el global– la duración del procedimiento se haya mantenido relativamente estable. Además, cabe tener en consideración que el número de operaciones conocidas por la FNE en 2019 fue significativamente menor al de los años anteriores, si se tiene en cuenta que el nuevo régimen comenzó a regir recién el 1 de junio de 2017.

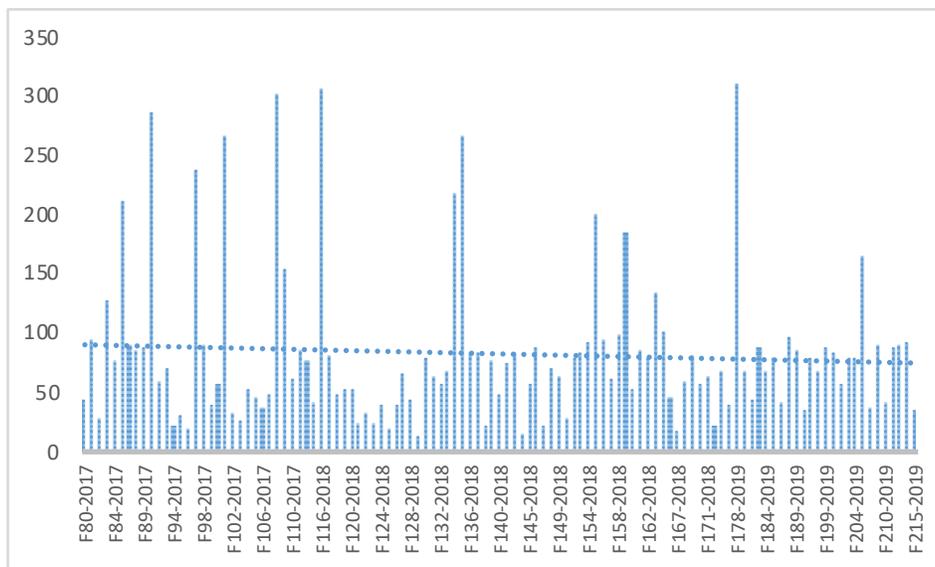
Gráfico 3: Duración promedio por año



Elaboración propia en base a información disponible en www.fne.gob.cl

Observadas en el tiempo, la duración de las investigaciones exhibe una tendencia estable, levemente descendente. El gráfico a continuación ordena las investigaciones por orden cronológico, y cada barra equivale a su duración en días corridos:

Gráfico 4: Duración total desde notificación

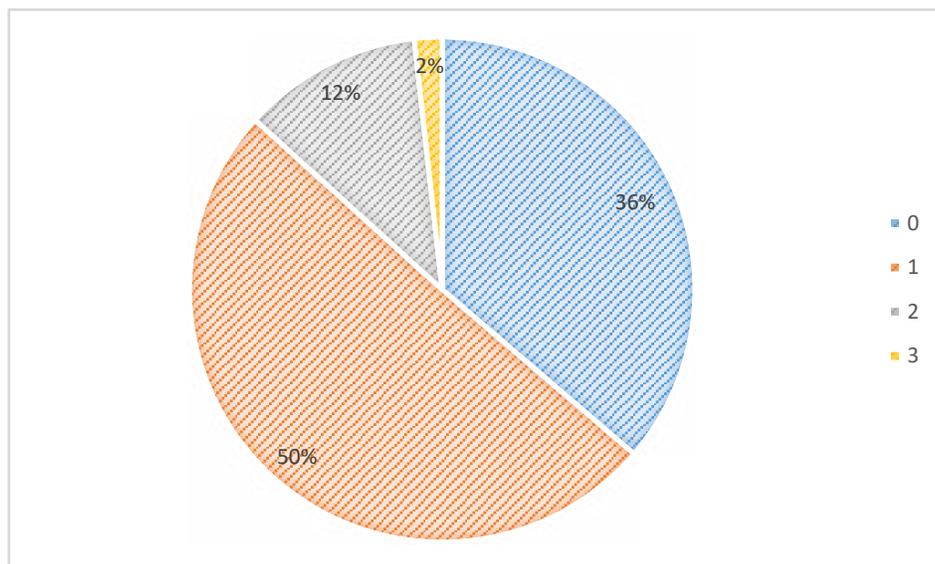


Elaboración propia en base a información disponible en www.fne.gob.cl

Respecto a la declaración de falta de completitud de las notificaciones, de las 113 operaciones de concentración analizadas, la FNE solicitó complementar la información aportada en 72 casos, equivalente a un 64% del total.

En la mayoría de los casos, se declara la falta de completitud de la notificación por una sola vez (50% de las notificaciones), aunque también se han dado casos en que la FNE declara la falta de completitud en dos (12%) y hasta en tres oportunidades (en solo dos casos, equivalentes al 2% del universo revisado).

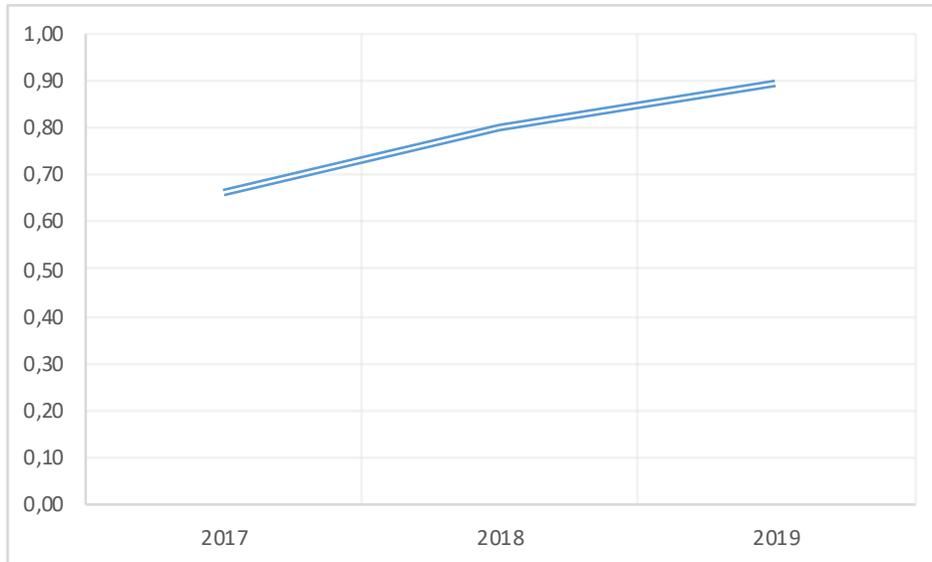
Gráfico 5: Número de solicitudes de información por falta de completitud



Elaboración propia en base a información disponible en www.fne.gob.cl

Analizado en el tiempo, en general se observa un aumento de las resoluciones que declaran la falta de completitud de las notificaciones, pasando de 0,66 a 0,89 en promedio según puede apreciarse en la siguiente figura:

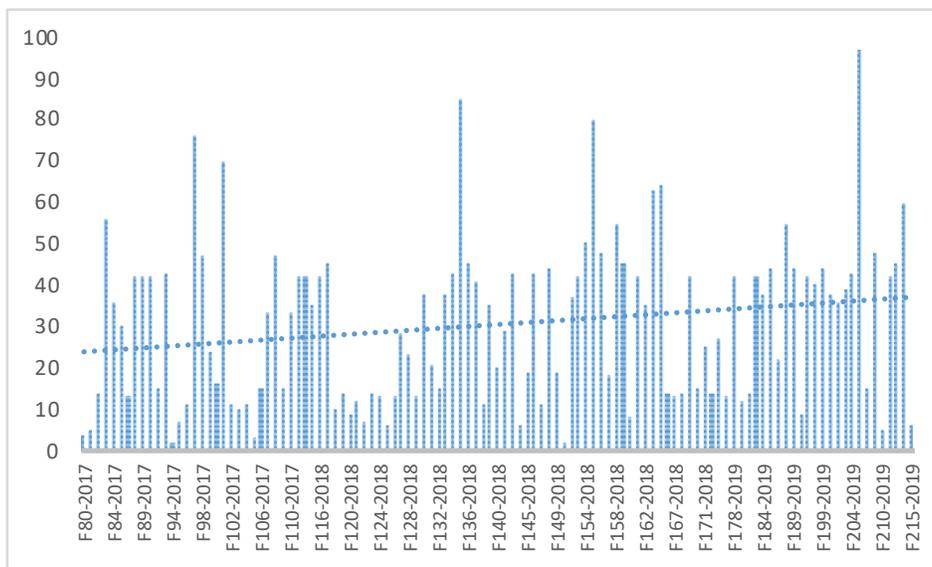
Gráfico 6: Declaraciones de falta de completitud promedio



Elaboración propia en base a información disponible en www.fne.gob.cl

Debido a esta tendencia, el periodo comprendido entre la notificación y el inicio de investigación también ha tendido a ir en aumento, como se analiza en la siguiente gráfica, que muestra las investigaciones por orden cronológico y la duración de este periodo:

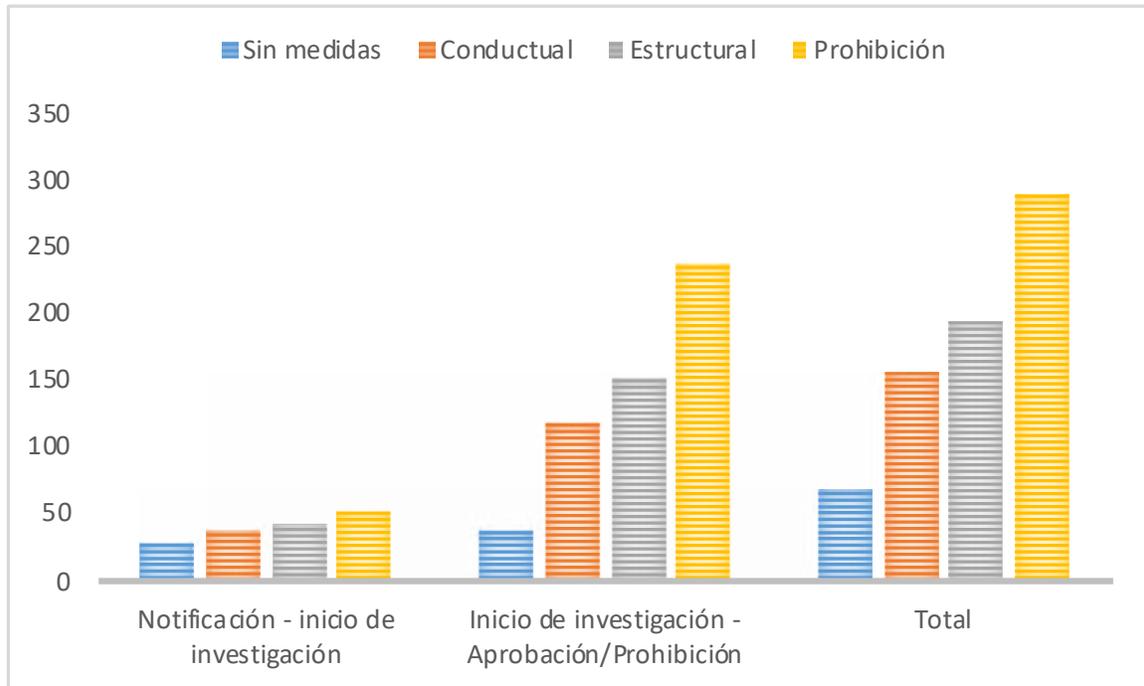
Gráfico 7: Duración desde notificación a inicio de investigación



Elaboración propia en base a información disponible en www.fne.gob.cl

Como ya fue señalado, la presentación de medidas de mitigación tiene el efecto de suspender el plazo de investigación por términos definidos en la ley. Por lo mismo, cuando se ofrecen medidas el tiempo de investigación naturalmente aumentará. Sin embargo, es posible observar que el plazo es mayor, en promedio, cuando las investigaciones han sido aprobadas bajo medidas estructurales en lugar de conductuales, y mayor aun cuando las operaciones han sido prohibidas. Lo mismo vale, en general, para cada una de las etapas de la investigación, con la salvedad de que en el período inicial no se observan diferencias significativas según la forma de término del procedimiento.

Gráfico 8: Duración promedio según forma de término



Elaboración propia en base a información disponible en www.fne.gob.cl

V. CONCLUSIONES

Las conclusiones de este estudio pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

- **113 operaciones de concentración** fueron revisadas por la FNE en el periodo analizado (1 de junio de 2017 a 15 de enero de 2020) y la mayoría fue aprobada de manera incondicional.
- **8 operaciones** han sido aprobadas con medidas **conductuales**, **3** con medidas **estructurales** y **3 fueron prohibidas** por la FNE. La única prohibición conocida a la fecha en virtud del recurso especial de revisión (Ideal/Nutrabien), fue revertida por el TDLC.
- El **número** de operaciones de concentración revisadas al año **ha descendido**. Uno de los factores que podría haber contribuido a este fenómeno es el ajuste de umbrales de venta que realizó la FNE en marzo de 2019.
- La ley estableció plazos acotados de revisión, definiéndolos en 30 días hábiles en Fase 1 (40 días corridos aproximadamente) y 90 días hábiles en Fase 2 (124 días corridos aproximadamente).
- Sin embargo, los tiempos efectivos de las investigaciones de la FNE son mayores, tanto en Fase 1 como en Fase 2. Este fenómeno se explica debido a los propios mecanismos que contempla la ley, que pueden extender los tiempos de revisión: por una parte, la declaración de falta de completitud de las notificaciones declarada por la FNE al comienzo del procedimiento y, por otra parte, la presentación de medidas que depende exclusivamente de las empresas o los acuerdos de suspensión, que requieren la voluntad de la FNE y las partes notificantes.
- La **duración promedio** de una investigación de operaciones menos complejas, que representan **una nula o baja aptitud para reducir la competencia –aprobadas sin medidas en Fase 1–** fue de **63 días corridos desde la presentación de la notificación**.
- En el periodo analizado, **6 operaciones** fueron evaluadas en **Fase 2** y tuvieron una duración promedio de **274 días corridos desde la presentación de la notificación**.
- El tiempo que va **entre la presentación de la notificación y la apertura** de investigación **tuvo una duración promedio de 30 días corridos**, considerando todo el periodo analizado. Si se consideran sólo aquellas investigaciones donde se declaró la falta de completitud de la notificación, el tiempo fue de 41 días corridos promedio.
- **La FNE ha declarado la notificación incompleta** en un 64% de los casos, aunque en su mayoría lo hace por sólo una vez (50%).
- El número de notificaciones declaradas incompletas ha ido aumentando en el tiempo, pasando de 0,66 en 2017 a 0,89 en 2019.
- El tiempo promedio total de investigación se ha mantenido relativamente estable a lo largo del tiempo. En 2017 fue de 96 días corridos, en 2018 de 77 días corridos y en 2019 de 79 días corridos. Sin embargo, el tiempo que transcurre entre la presentación de la notificación y el inicio de las investigaciones ha ido en aumento.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

CentroCompetencia UAI, "¿Cuánto tardan las investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica en materia de fusiones?", *Investigaciones CeCo* (febrero, 2020),
<http://www.centrocompetencia.com/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485,
Las Condes, Santiago de Chile