

***GUN JUMPING*, OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN
TRANSFRONTERIZAS Y LOS DESAFÍOS PARA
LA INSTITUCIONALIDAD CHILENA DE LIBRE
COMPETENCIA**

Francisco Caravia Rabi y Juan José García Varas

Gun Jumping, operaciones de concentración transfronterizas y los desafíos para la institucionalidad chilena de libre competencia

Julio 2020



Francisco Caravia Rabi

Ingeniero civil industrial de la P. Universidad Católica de Chile y Magíster en Economía de la Universidad de Georgetown. Jefe de economistas de la División Litigios de la FNE entre el 2010 y 2018. Consultor BID en áreas de libre competencia y regulación.



Juan José García Varas

Abogado de la Universidad de Chile, Master en Derecho por la Universidad de Nueva York (Becario Fulbright). Trabajó previamente en la División de Litigios de la Fiscalía Nacional Económica.

I. INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.945, se introdujo al Decreto Ley N° 211 (DL 211) un sistema de control preventivo y obligatorio para operaciones de concentración. La consagración legal de este sistema constituyó uno de los ejes centrales de dicha ley, y tuvo por finalidad dar respuesta a las recomendaciones efectuadas al Gobierno de Chile por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)¹. A su vez, conjuntamente con el establecimiento de este sistema, y en orden a garantizar su ejecución práctica, el Legislador introdujo el artículo 3° bis al DL 211, que describe diversas hipótesis conductuales cuya ejecución podría menoscabar su funcionamiento. Específicamente, en los literales a) y b) del artículo 3° bis del DL 211, el Legislador consagró las hipótesis infraccionales conocidas a nivel comparado como “*Gun Jumping*”.

En este contexto, durante el año 2018, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) presentó su primer –y hasta ahora único– requerimiento ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) por infracción al literal b) del artículo 3° bis del DL 211². No obstante que este procedimiento contencioso terminó por un acuerdo conciliatorio, igualmente resulta de interés analizar algunos aspectos vinculados al carácter transfronterizo de esta operación de concentración, como son el concepto de “perfeccionamiento” y el rol que podrían cumplir ciertos acuerdos que pretenden aislar los efectos de tal perfeccionamiento respecto de una jurisdicción en específico –conocidos como “*Carve Out Agreements*”–. Es aquí donde la institucionalidad chilena de libre competencia enfrentará ciertos desafíos, principalmente relacionados con la generación de los incentivos adecuados para promover la notificación de estas operaciones transfronterizas, y con la necesidad de continuar fortaleciendo la cooperación internacional entre agencias de competencia.

Así las cosas, una vez superada la crisis sanitaria y económica generada por el Covid-19, se esperan un sinnúmero de operaciones de concentración transfronterizas que generarán efectos en Chile. Con seguridad, respecto de algunas operaciones de concentración, se discutirá la configuración de la infracción contenida en los literales a) y b) del artículo 3° bis del DL 211 y, con ello, se volverán a ventilar conflictos respecto de

1 OCDE, *Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile: Informe del Secretariado de la OCDE* (2014), <https://www.oecd.org/competition/chile-merger-control-2014.htm>.

2 Se hace presente que uno de los autores fue apoderado de la FNE en los autos contencioso *Requerimiento de la FNE en contra de Minerva S.A. y otra*, C-346-2018, mientras que ambos formaron parte del equipo que litigó el caso ante el TDLC.

los aspectos mencionados en el párrafo anterior. Por tanto, el presente artículo tiene por objeto (I) revisar la regulación legal del *Gun Jumping* en nuestro ordenamiento jurídico, (II) analizar dicha infracción en el contexto de operaciones de concentración transfronterizas, para lo cual resultará pertinente referirse a los autos contenciosos *Requerimiento de la FNE en contra de Minerva S.A. y otra*, y (III) enunciar algunos de los desafíos que las operaciones de concentración transfronterizas pueden generar para la FNE sobre el particular.

II. EL MARCO LEGAL DEL CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN Y LA INFRACCIÓN DE *GUN JUMPING* EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Para la OCDE, el control de operaciones de concentración constituye un componente esencial de un sistema de protección de la competencia eficaz³, y puede tener un impacto positivo en el desarrollo de los países, estructurando los diferentes sectores de sus economías, mejorando su desempeño económico, y protegiendo la competencia y sus consumidores⁴. En el caso de Chile, con anterioridad a la reforma introducida por la Ley N° 20.945, la institucionalidad de libre competencia no contaba con un mecanismo de control capaz de satisfacer tales objetivos. En efecto, las operaciones de concentración eran conocidas por el TDLC a través del procedimiento no contencioso consagrado en el artículo 18 N° 2 del DL 211, el que carecía de la “transparencia, seguridad jurídica y predictibilidad”⁵ necesaria para el análisis de este tipo de transacciones. Por dicha razón, a través de sus recomendaciones, la OCDE otorgó a Chile los lineamientos para el establecimiento de un sistema de control de operaciones de concentración transparente y eficaz.

Así fue como el Congreso reformó el DL 211 y, a través de la Ley N° 20.945, instauró un sistema de control preventivo y obligatorio de operaciones de concentración⁶. En específico, se introdujo el Título IV al DL 211 que, en su artículo 47, define operación de concentración como “todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos que no formen parte de un mismo grupo empresarial y que sean previamente independientes entre sí, cesen en su independencia en cualquier ámbito de sus actividades”. Por su parte, el artículo 48 del DL 211 establece los requisitos copulativos que configuran el deber de notificación, mientras que el artículo 49 del mismo cuerpo legal regula lo que comparadamente se conoce como “*standstill obligation*”. Lo anterior significa que, conforme a esta última disposición legal, las partes involucradas en una operación notificada tienen la obligación de no perfeccionarla mientras la FNE no se haya pronunciado a su respecto en conformidad a la ley. Como consecuencia de lo anterior, una vez notificada una operación de concentración la misma se encontrará suspendida desde dicho momento y hasta que se encuentre ejecutoriada la resolución de término dictada en el procedimiento administrativo correspondiente.

3 OCDE, *Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile*, 7.

4 OCDE, *Cross-Border Merger Control: Challenges for Developing and Emerging Economies* (2011), 23, <https://www.oecd.org/competition/mergers/50114086.pdf>.

5 OCDE, *Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile*, 23.

6 De acuerdo al mensaje presidencial que dio inicio a la tramitación legislativa de la Ley N° 20.945, el propósito de la misma a este respecto fue “dotar a nuestro sistema de defensa de la libre competencia de un régimen de control de operaciones de concentración que otorgue garantías a todos los actores involucrados, que resuelva en forma transparente y predecible los casos que lleguen a su conocimiento y que transmite seguridad jurídica a quienes pretendan llevar a cabo importantes proyectos de negocios”. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN), *Historia de la Ley N° 20.945*, 8, <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/5311/>.

En paralelo a la introducción del Título IV del DL 211, el Legislador consideró la necesidad de incorporar “herramientas de aplicación y sanciones adecuadas para garantizar la eficacia del régimen de control de operaciones de concentración”⁷. De este modo, se introdujo al catálogo de conductas infraccionales del DL 211 el artículo 3° bis que, en los literales relevantes para los fines del presente artículo, dispone que “Podrán también aplicarse las medidas del artículo 26, así como aquellas medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que resulten necesarias, a quienes: a) Infrinjan el deber de notificación que establece el artículo 48⁸; b) Contravengan el deber de no perfeccionar una operación de concentración notificada a la Fiscalía Nacional Económica y que se encuentre suspendida de acuerdo con lo establecido en el artículo 49”. Como se adelantó, los literales a) y b) del artículo 3° bis del DL 211 describen la infracción conocida como *Gun Jumping*.

Doctrinariamente, a pesar de que la infracción de *Gun Jumping* no ha sido definida claramente a nivel comparado, es posible señalar que se refiere a la implementación o perfeccionamiento de una operación de concentración con anterioridad a la obtención de un pronunciamiento final por parte de la autoridad competente, ya sea por incumplimiento del deber de notificación y/o del deber de suspensión (*procedural Gun Jumping*)⁹. Asimismo, desde una perspectiva más amplia, esta infracción puede relacionarse con ciertas prácticas implementadas con anterioridad a la autorización correspondiente que, cuando son ejecutadas por competidores, pueden dar lugar a un escrutinio bajo las reglas generales (*substantive Gun Jumping*)¹⁰. La distinción precedente resulta útil puesto que la primera hipótesis constituye una mera infracción formal del sistema de control de operaciones de concentración, que se encuentra regulada en el artículo 3° bis del DL 211; mientras que la segunda, en tanto las partes notificantes sean competidores, puede dar lugar a la aplicación al artículo 3° inciso segundo letra a) del mismo cuerpo legal.

Ahora bien, es dable que una conducta y/o práctica ejecutada por competidores durante el periodo de suspensión pueda gatillar –a priori– la aplicación de ambas normas del DL 211¹¹. Por lo anterior, resulta de interés determinar el límite de la órbita de aplicación del artículo 3° bis letra b) del DL 211 – que describe la infracción al *standstill obligation*¹². El establecimiento de tal límite tiene relevancia a efectos de la determinación de la infracción propiamente tal, con todas las consecuencias que pueden seguirse de tal definición, mas no en cuanto al régimen sancionatorio aplicable de acuerdo al artículo 26 del DL 211.

Para esta finalidad, la jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia puede ser de utilidad. Durante el año 2018, la Corte se pronunció sobre el particular en el caso “Ernst & Young”¹³. En dicha oportunidad, la Corte

7 BCN, *Historia de la Ley N° 20.945*, 12.

8 A nivel comparado, esta conducta es conocida como “*failure to notify*”.

9 James Modrall y Stefano Ciullo, “Gun-Jumping and Merger Control”, *European Competition Law Review* 24, N° 9 (2003), 424.

10 En cuanto a la distinción entre *procedural* y *substantive Gun Jumping*, Stéphane Dionnet y Pauline Giroux, “Gun Jumping”, *Lexis Nexis* (2017), 1, <https://www.skadden.com/insights/publications/2017/02/gun-jumping>.

11 Como bien ha reconocido la OCDE, “las Agencias de competencia son particularmente cautelosas de conductas tales como intercambios de información comercial sensible, el intercambio (o incluso acuerdos) de precios o condiciones comerciales, reparto de clientes, y futuras estrategias de negocios entre competidores. Fuera del contexto de una operación de concentración, estas conductas serían consideradas como infracciones *per se* o por objeto de las reglas en contra de acuerdos anticompetitivos en la mayoría de las jurisdicciones”. OCDE, *Executive Summary of the Roundtable on Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun Jumping* (2018), <https://www.oecd.org/daf/competition/gun-jumping-and-suspensory-effects-of-merger-notifications.htm>. Traducción libre.

12 Respecto del artículo 3° bis letra a) del DL 211, puede señalarse que la determinación de su ámbito de aplicación presenta menos dificultades prácticas que la hipótesis de la letra b). Esto en cuanto el incumplimiento del deber de notificación por parte de empresas competidoras puede dar lugar a la infracción del artículo 3° bis letra a) del DL 211 y del artículo 3° inciso segundo letra a) del DL 211.

13 *Ernst & Young P/S v. Konkurrenserådet*, C-633/16, (GC 31 de mayo, 2018).

delimitó el ámbito de aplicación del artículo 7(1) de la *EU Merger Regulation* (EUMR) –que consagra el *standstill obligation*–. En particular, la Corte consideró que el ámbito de aplicación del mencionado artículo 7(1) se encuentra íntimamente vinculado con el concepto de “concentración” definido en el artículo 3 de la EUMR. De acuerdo a tal regulación, se verifica una concentración cuando se concreta un cambio duradero del control sobre la empresa *target* producto de una operación de tal naturaleza, constituyendo “control” la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre el funcionamiento de tal empresa¹⁴. De este modo, para la Corte, el perfeccionamiento de una operación de concentración en contravención al *standstill obligation* sólo puede verificarse por prácticas y/o conductas ejecutadas por las partes notificantes durante el periodo de suspensión que hayan contribuido al cambio de control de la empresa *target*¹⁵⁻¹⁶. No obstante que la Corte reconoció que cualquier implementación parcial puede caer dentro del ámbito del *standstill obligation*, no toda acción ejecutada en el contexto de una operación de concentración lleva a un cambio de control propiamente tal¹⁷.

Para concluir este apartado, valga señalar que la infracción de *Gun Jumping* ha ido adquiriendo cada vez más relevancia en el derecho comparado puesto que de su efectiva persecución y sanción depende el correcto funcionamiento de un sistema de control de operaciones de concentración. Además, en un contexto dinámico y globalizado como el actual, es sumamente frecuente que este tipo de operaciones tengan efectos transfronterizos y, por lo mismo, deban notificarse en todas aquellas jurisdicciones afectadas que dispongan de un sistema de tal naturaleza. Por ello, y dado el contexto económico actual generado por el Covid-19, en donde los problemas financieros de las empresas puedan incentivarlas a ejecutar conductas constitutivas de *Gun Jumping* –que pueden tener efectos transnacionales–, resulta necesario analizar la infracción en comento a partir de la noción de operaciones de concentración transfronterizas.

III. GUN JUMPING EN EL CONTEXTO DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN TRANSFRONTERIZAS

Una operación de concentración transfronteriza es aquella que se encuentra sujeta a la revisión de los sistemas de control de más de una jurisdicción dado sus efectos multinacionales¹⁸. A su respecto, existen diversos aspectos a ser considerados, teniendo en cuenta su carácter internacional, el hecho de requerir notificaciones simultáneas en más de una jurisdicción, y la posibilidad de que tales notificaciones den lugar a decisiones contradictorias entre agencias de competencia¹⁹⁻²⁰. De esta forma, operaciones de concentración perfeccionadas en cualquier país del mundo y que no sean notificadas a la FNE pueden afectar fácilmente el

14 *Ernst & Young P/S v. Konkurrenserådet*, C-633/16, (GC 31 de mayo, 2018), par. 45.

15 *Ernst & Young P/S v. Konkurrenserådet*, C-633/16, (GC 31 de mayo, 2018), par. 62.

16 Cabe hacer presente que esta decisión de la Corte Europea de Justicia ha sido adoptada por la Comisión Europea al aprobar la fusión entre *Canon* y *Toshiba Medical Systems Corporation*, M.8006/16. Jay Modrall y Violetta Bourd, “Gun Jumping: An overview of EU and national case law”, *Concurrences* (20 de abril, 2020), 5, <https://www.concurrences.com/en/bulletin/special-issues/gun-jumping/>.

17 Modrall y Bourd, “Gun Jumping”, 4.

18 OCDE, *Cross-Border Merger Control*, 22.

19 OCDE, *Cross-Border Merger Control*, 22.

20 Como ejemplo de la factibilidad de existir decisiones contradictorias entre agencias de competencia en operaciones de concentración transfronterizas, puede señalarse el caso de Walmart y Cornershop. Mientras la FNE aprobó pura y simplemente la operación de concentración entre Walmart Chile S.A. y Cornershop (Delivery Technologies SpA), la Comisión Federal de Competencia Económica de México (COFECE) decidió no autorizar la misma operación entre Wal-Mart Internacional Holdings, Inc. (Walmart) y Delivery Technologies, S. De R.L. de C.V. (Cornershop MX).

mercado nacional, con efectos nocivos para la competencia en aquellos casos en que, de acuerdo a nuestro sistema, tales operaciones debiesen ser aprobadas con condiciones o prohibidas; y el mismo no haya sido capaz de detectarla oportunamente.

Recientemente, la OCDE ha indicado que los desafíos para los sistemas de control de operaciones de concentración se volverán más prominentes con motivo de la crisis económica provocada por el Covid-19; y las operaciones de concentración transfronterizas no serán la excepción, por lo cual dicha organización hace un llamado a promover un mayor grado de cooperación entre diversas agencias de competencia a nivel internacional²¹. Por lo anterior, y con el propósito de analizar los desafíos que esta clase de operaciones de concentración puede conllevar para la institucionalidad chilena de libre competencia, en los párrafos siguientes se analizarán los autos contenciosos *Requerimiento de la FNE en contra de Minerva S.A. y otra* (Minerva/JBS). Como se adelantó, Minerva ha constituido el único caso de *Gun Jumping* que la FNE ha presentado ante el TDLC hasta la fecha y, coincidentemente, versó sobre una operación de concentración transfronteriza.

En Minerva/JBS, la FNE imputó a las Requeridas Minerva S.A. (Minerva) y JBS S.A. (JBS) la infracción del artículo 3° bis letra b) del DL 211. Ambas compañías brasileñas se dedican a la producción y comercialización de carne bovina y derivados y, a la fecha de la notificación, contaban con operaciones en diversos países a nivel mundial, dentro de los cuales se encontraban Brasil, Argentina, Paraguay, Uruguay y Chile. Con fecha 14 de julio de 2017, las Requeridas notificaron a la FNE una operación de concentración consistente en la adquisición por parte de ciertas empresas relacionadas a Minerva (Sociedades Adquirentes) del cien por ciento de las acciones de ciertas empresas relacionadas a JBS (Empresas Target)²². En los términos del requerimiento de la FNE, la transacción “fue notificada en Chile por cuanto, en la especie, se cumplían los presupuestos de los artículos 47 y 48 de DL 211, esto es, se trataba de una operación de concentración y las partes notificantes habían superado los umbrales de ventas que hacían obligatoria la notificación”²³. No obstante lo anterior, y encontrándose suspendida la operación en los términos del artículo 49 del DL 211, Minerva y JBS “perfeccionaron la Operación con fecha 31 de julio de 2017, al transferirse la totalidad de los paquetes accionarios de las Empresas Target a las Sociedades Adquirentes”²⁴. Para la FNE, a partir del cierre de la operación en Brasil, “Minerva adquirió la posibilidad de influir decisivamente en la administración de las Empresas Target, respecto de Chile, entendiéndose perfeccionada la Operación, sin que existiese pronunciamiento previo de la FNE y, por tanto, configurándose la infracción imputada”²⁵.

De acuerdo al requerimiento de la FNE, el mismo día en que la operación se cerró en Brasil, Minerva y JBS le informaron de dicha circunstancia y “expusieron los motivos por los cuales habrían decidido proceder al cierre del negocio sin contar con la aprobación de la FNE, dando cuenta además de la implementación de un *Carve Out Agreement* [...] a través del cual, a su juicio, evitarían que la Operación se entendiere perfeccionada respecto de Chile”²⁶. Considerando que el perfeccionamiento de una operación se vincula con la posibilidad de ejercer influencia decisiva sobre un agente económico previamente independiente, la FNE estimó que la

21 OCDE, *Merger control in the time of COVID-19* (2020), 2, <http://www.oecd.org/competition/Merger-control-in-the-time-of-COVID-19.pdf>.

22 La operación de concentración entre Minerva y JBS fue aprobada pura y simplemente por la FNE mediante resolución de fecha 10 de octubre de 2017.

23 *Requerimiento de la FNE en contra de Minerva S.A. y Otra*, C-346-2018, Requerimiento FNE (6 de abril, 2018), 5.

24 *Requerimiento de la FNE en contra de Minerva S.A. y Otra*, C-346-2018, Requerimiento FNE (6 de abril, 2018), 5.

25 *Requerimiento de la FNE en contra de Minerva S.A. y Otra*, C-346-2018, Requerimiento FNE (6 de abril, 2018), 6.

26 *Requerimiento de la FNE en contra de Minerva S.A. y Otra*, C-346-2018, Requerimiento FNE (6 de abril, 2018), 6.

celebración de un *Carve Out Agreement* entre las partes no habría sido capaz de alterar dicha circunstancia²⁷. A mayor abundamiento, la FNE consideró que el *Carve Out Agreement* celebrado por las Requeridas no fue eficaz para reducir los efectos que ellas se habrían propuesto evitar²⁸. Finalmente, desde un punto de vista meramente infraccional, para la FNE serían cuatro los elementos que configuran la hipótesis del artículo 3º bis letra b) del DL 211, a saber: (i) existencia de una operación de concentración, (ii) notificación de la operación, (iii) perfeccionamiento de la operación y (iv) pendencia de su resolución.

Por su parte, cabe mencionar que ambas Requeridas, al momento de contestar el requerimiento de la FNE, arguyeron defensas similares. En términos generales, dichas líneas argumentativas se refirieron a la compleja situación económica y legal experimentada por JBS que hizo impostergable el cierre de la operación en Brasil en el momento en que se efectuó²⁹⁻³⁰, y a la eficacia del *Carve Out Agreement* suscrito entre ellas, que habría impedido su perfeccionamiento respecto de Chile, y suspendido sus efectos hasta la obtención de una resolución aprobatoria firme por parte de la FNE³¹.

Describiendo lo que debe entenderse por *Carve Out Agreement*, JBS expuso en su contestación que “la escisión de una parte de un determinado negocio para llevar adelante una operación sobre el mismo, o la adopción de medidas conductuales que impermeabilicen transitoriamente una jurisdicción específica de una operación con efectos transnacionales, constituyen mecanismos de resguardo de la competencia de amplia utilización a nivel comparado bajo las denominaciones tales como ‘carve-outs’ o ‘ring-fencing’”³². Pues bien, sobre el particular, ambas Requeridas fueron enfáticas en que el *Carve Out Agreement* diseñado e implementado por ellas habría evitado el perfeccionamiento de la operación con relación a Chile. Dicho acuerdo implicó la adopción de diversas medidas conductuales, dentro de las cuales es posible destacar las siguientes: (i) designación de JBS Chile como representante y distribuidor exclusivo de las Empresas Target en Chile; (ii) otorgamiento de facultades amplias y suficientes a JBS Chile para determinar las condiciones de venta de los productos de las Empresas Target en Chile; (iii) distribución y venta de los productos de las Empresas Target sólo a través de JBS Chile, prohibiéndose a Minerva cualquier tipo de participación a este respecto; y (iv) designación de un equipo independiente y autónomo con miras a la implementación del *Carve Out Agreement*.

Como se adelantó, estos autos contenciosos terminaron a través de una conciliación promovida por el TDLC. Conforme a ella, las Requeridas se obligaron a efectuar un pago a beneficio fiscal y reconocieron que, si bien ellas procedieron al cierre de la operación en el extranjero con anterioridad a la obtención de un pronunciamiento por parte de la FNE, no habrían incurrido en una infracción al DL 211. Lo interesante de este caso es que permite poner énfasis en dos aspectos vinculados –directa y/o indirectamente– con las operaciones de concentración transfronterizas. Por una parte, en forma similar a la situación financiera de

27 *Requerimiento de la FNE en contra de Minerva S.A. y Otra*, C-346-2018, Requerimiento FNE (6 de abril, 2018), 6.

28 *Requerimiento de la FNE en contra de Minerva S.A. y Otra*, C-346-2018, Requerimiento FNE (6 de abril, 2018), 6.

29 En este sentido: *Requerimiento de la FNE en contra de Minerva S.A. y Otra*, C-346-2018, (i) Contestación Minerva (1 de junio, 2018), 8 y siguientes; y (ii) Contestación JBS (1 de junio, 2018), 7 y siguientes.

30 De acuerdo a lo expresado por Minerva en su contestación, “JBS estaba involucrada en una serie de investigaciones de corrupción en Brasil que tuvieron como resultado que un juez federal bloqueara la venta de cualquier activo de JBS. Una vez que dicha medida fue desestimada por la Corte Federal y frente a la incertidumbre de Minerva de no poder adquirir los activos, esta [sic] vio forzada a cerrar la Operación”.

31 En este sentido: *Requerimiento de la FNE en contra de Minerva S.A. y Otra*, C-346-2018 (i) Contestación Minerva (1 de junio, 2018), 24 y siguientes; y (ii) Contestación JBS (1 de junio, 2018), 12 y siguientes.

32 *Requerimiento de la FNE en contra de Minerva S.A. y Otra*, C-346-2018, Contestación JBS (1 de junio, 2018), 13.

JBS, la pandemia del Covid-19 ya está causando serias dificultades financieras y económicas para diversos actores económicos a nivel global, que se traducirán en operaciones de concentración transfronterizas que podrán producir efectos en nuestro país. Y, por la otra, es posible asumir que respecto de algunas de dichas operaciones se volverá a discutir la noción de perfeccionamiento, y el rol que cabría a los *Carve Out Agreements* sobre el particular. A este respecto, la FNE fue clara y enfática en cuanto a que “nuestra legislación no contempla mecanismos de exención relativos a casos de *gun jumping* consagrados en las letras a) y b) del artículo 3° bis del DL 211 [...] la aceptación de antecedentes que pretendan justificar la ejecución de estas hipótesis infraccionales tornarían en letra muerta el sistema de control de operaciones de concentración”³³.

Los dos aspectos vinculados a las operaciones de concentración transfronterizas, que se mencionaron en el párrafo anterior, permiten vislumbrar algunos de los desafíos que esta clase de operaciones impondrán a la FNE en lo venidero. En efecto, en cuanto al rol de los *Carve Out Agreements*, si bien es cierto que la posición adoptada por la FNE entrega certidumbre al mercado, resulta necesario preguntarse si ella genera los incentivos suficientes para que operaciones transfronterizas, con eventuales efectos negativos, sean efectivamente notificadas a la autoridad. Si bien es cierto que jurisdicciones como la Unión Europea, Estados Unidos de América y Brasil no aceptan los *Carve Out Agreements*³⁴, también es cierto que tal definición viene sustentada por el tamaño de sus economías, en donde las entidades que planean una operación de concentración deben –necesariamente– notificarlas en tales sistemas como punto de partida. Nuestro país no tiene dicha característica y, por lo mismo, al momento de adoptar una decisión institucional a este respecto no se debe olvidar el rol limitado que juega la economía chilena en el contexto global. Por ello, estimamos que otro acercamiento –más moderado– al tratamiento de tales acuerdos es posible, equilibrando de mejor forma los intereses públicos y privados involucrados. Asimismo, en el contexto económico actual, la cooperación internacional entre agencias debería incrementarse y fortalecerse, con el objetivo de ampliar sus capacidades de detección y, a través del *enforcement* de sus regulaciones de competencia, generar incentivos suficientes para disuadir la ejecución de conductas constitutivas de *Gun Jumping*.

IV. DESAFÍOS PARA LA INSTITUCIONALIDAD CHILENA DE LIBRE COMPETENCIA EN EL CONTEXTO DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN TRANSFRONTERIZAS Y LA INFRACCIÓN DE *GUN JUMPING*

En cuanto a la gravedad de la infracción de *Gun Jumping*, y en el contexto del caso *Altice*, la Comisión Europea señaló que “las compañías que comenten la infracción de *Gun Jumping* e implementan una fusión antes de su notificación o aprobación socaban la efectividad del sistema comunitario de control de este tipo de operaciones. Este es el sistema que protege a los consumidores ... de cualquier fusión que pudiera derivar en precios más altos o una reducción de alternativas”³⁵. En razón de lo anterior, en dicho caso, la Comisión sancionó a los infractores con una de las multas más altas impuestas hasta la fecha por *Gun Jumping*, indicando que “la multa impuesta hoy por la Comisión en contra de *Altice* refleja la seriedad de la infracción y debería disuadir a otras firmas de infringir las reglas comunitarias sobre control de operaciones de fusiones”³⁶. Por su parte, la OCDE se ha pronunciado en el mismo sentido, al señalar que la violación del

33 *Requerimiento de la FNE en contra de Minerva S.A. y Otra*, C-346-2018, Requerimiento FNE (6 de abril, 2018), 13-4.

34 Murad M. Daghlés y Lukas Rengier, “The Wait Is Over – Implementing Cross-Border Corporate Transactions by Carve-Out before Final Merger Control Clearance”, *Allen & Overy* (2017), http://awa2018.concurrences.com/IMG/pdf/carve_out_article.pdf.

35 “Mergers: Commission fines Altice 125 million for breaching EU rules and controlling PT Portugal before obtaining merger approval”, “European Commission (24 de abril, 2018), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_3522. Traducción libre.

36 “Mergers: Commission fines Altice 125 million for breaching EU rules and Controlling PT Portugal before obtaining Merger approval”,

deber de notificación y del *standstill obligation* son ofensas serias, considerando que tales obligaciones se encuentran en el núcleo de los sistemas de control preventivos y obligatorios, como el de nuestro país³⁷.

La racionalidad detrás de la gravedad con que se ha abordado esta hipótesis infraccional es simple. Los costos de prevención de los efectos nocivos generados por una operación de concentración anticompetitiva –a través de un control previo y obligatorio–, son sustancialmente menores que (i) aquellos derivados de la necesidad de perseguir y sancionar conductas ilícitas –unilaterales o coordinadas– en que la entidad concentrada podría incurrir en razón del mayor poder de mercado obtenido con la operación de concentración; (ii) la pérdida de bienestar generada por la propia conducta anticompetitiva en que podría incurrir el agente resultante de una operación de concentración no detectada oportunamente; y (iii) el costo de retrotraer la operación anticompetitiva al estadio anterior a su perfeccionamiento.

Por lo anterior, es que la recomendación a las diversas agencias de competencia de países pertenecientes a la OCDE ha sido la ejecución de labores de *advocacy*, con miras al otorgamiento de certidumbre a los agentes económicos en cuanto al funcionamiento de sus sistemas de control de operaciones de concentración³⁸ y, en específico, respecto de la infracción de *Gun Jumping*. Un buen ejemplo de lo anterior es el caso de la agencia de competencia de Brasil. Durante el año 2016, el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) publicó sus *Guidelines for the Analysis of Previous Consummation of Merger Transaction* y, a través de ellas, precisó aquellas conductas que podrían ser constitutivas de *Gun Jumping*, los procedimientos susceptibles de minimizar los riesgos de incurrir en la infracción, y los criterios relevantes para los efectos de determinar las sanciones para el caso de configurarse aquella³⁹. En este mismo sentido, y considerando la textura abierta de la hipótesis infraccional del artículo 3º bis del DL 211 en su parte pertinente, será trascendental el rol que tendrán la FNE, el TDLC y la Corte Suprema en la determinación de su contenido.

En línea con lo anterior, además de las labores de *advocacy* recomendadas por la OCDE, la definición de una fase de pre-notificación puede tener efectos positivos para el funcionamiento general del sistema y, en mayor medida, cuando dichas operaciones tengan el carácter de transfronterizas dado que, en su contexto, es posible generar los incentivos adecuados para que estas operaciones sean notificadas en Chile. En efecto, una fase de pre-notificación podría constituir la instancia idónea para que las partes notificantes negocien con la FNE la adopción de una serie de obligaciones diseñadas a la medida de la operación específica, que les permita perfeccionarla en el extranjero mientras la autoridad nacional se pronuncia a su respecto. A modo de ejemplo, dentro de las medidas que podrían ser discutidas durante esta fase de pre-notificación, se encuentran las siguientes: (i) Mantención de operaciones comerciales independientes de las partes en cuanto al mercado nacional, a través de la designación de equipos especiales y sujetos a deberes de confidencialidad; (ii) Restricción absoluta en cuanto al acceso a la información sensible de la contraparte en todo lo referido al mercado nacional; (iii) Entrega de informes periódicos a la FNE en cuanto al funcionamiento del mercado con miras a que la autoridad pueda monitorear y fiscalizar el funcionamiento de las partes dentro del mismo. En este sentido, el anuncio efectuado por el Fiscal Nacional Económico en su última cuenta pública, en cuanto a la publicación de un instructivo que formaliza el procedimiento de pre-notificación, podría constituir la instancia idónea para la discusión de medidas como las señaladas previamente, con miras a la generación de incentivos que promuevan y faciliten la notificación de operaciones de concentración transfronterizas⁴⁰.

European Commission (24 de abril, 2018). Traducción libre.

37 OCDE, *Executive Summary of the Roundtable on Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun Jumping*, 1.

38 OCDE, *Executive Summary of the Roundtable on Suspensory Effects of Merger Notifications and Gun Jumping*, 1.

39 CADE, *Guidelines for the Analysis of Previous Consummation of Merger Transaction* (2016), http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guideline-gun-jumping-september.pdf.

40 “FNE publica Cuenta Pública Participativa 2019”, FNE (27 de mayo, 2020), <https://www.fne.gob.cl/fne-publica-cuenta-publica-participativa-2019/>.

Finalmente, otro desafío para la institucionalidad chilena de libre competencia será continuar fortaleciendo la cooperación internacional con otras agencias de competencia. Para un organismo como la FNE, con recursos económicos y humanos limitados, la ausencia de la notificación de una operación de concentración transfronteriza puede afectar negativamente su capacidad de detectarla, mientras que los efectos dañinos de tal operación pueden ser considerables. En este sentido, es dable asumir que algunos agentes económicos, en forma deliberada, puedan tomar la decisión de no notificar una operación de concentración en Chile, cuando los beneficios de su perfeccionamiento inmediato en el extranjero sean superiores a los costos de su notificación local. Por lo mismo, en conjunto con la generación de los incentivos adecuados que promuevan la notificación de esta clase de operaciones de concentración, la cooperación internacional es fundamental. A través de ésta –principal pero no exclusivamente– la FNE podría tomar conocimiento de operaciones de concentración notificadas en otras jurisdicciones mas no en Chile, a pesar de que pudieran tener efectos en nuestro país. Con ello, a través del *enforcement* del artículo 3° o 3° bis del DL 211, la FNE podría generar los incentivos disuasivos necesarios para permitir el adecuado funcionamiento de nuestro sistema de control de operaciones de concentración. Hasta la fecha, la FNE ha suscrito diversos acuerdos de cooperación con diversas agencias de competencia de países como Perú, Brasil, Canadá, Costa Rica, México, Estados Unidos y España, entre otras⁴¹. Al mismo tiempo, la FNE participa activamente en foros internacionales como Comité de Competencia de la OCDE y la *International Competition Network*, así como también, durante los años 2017 y 2019, asumió la presidencia del *Competition Policy and Law Group* del Foro de Cooperación Económica de Asia Pacífico (APEC). Por lo dicho, es posible estimar que el fortalecimiento de estas redes de cooperación internacional pueda contribuir al correcto funcionamiento de nuestro sistema de control de operaciones de concentración.

41 FNE, *Acuerdos de Cooperación*, <https://www.fne.gob.cl/internacional/acuerdos-de-cooperacion/>.

V. CONCLUSIÓN

En el contexto del control de operaciones de concentración, las preguntas fundamentales que es menester responder son si la entidad resultante de ella obtendrá y/o incrementará su poder de mercado por sobre un cierto límite tolerable por el ordenamiento jurídico o, si aquello no ocurre, si producto de la operación el mercado se volverá uno oligopólico, con los peligros de coordinación anticompetitiva que de ello se deriva⁴². Una de las justificaciones de esta clase de análisis prospectivo viene dada por el hecho de resultar menos costoso que los daños que pudieran derivarse de los riesgos unilaterales y/o coordinados provocados por una operación de concentración. Por tanto, la consagración legal de hipótesis de *Gun Jumping* simplemente viene a reafirmar el interés del Legislador por el correcto funcionamiento de un sistema de control como el creado a través de la Ley N° 20.945.

Ahora bien, tratándose de operaciones de concentración transfronterizas, cabe señalar que la capacidad de detección que puede tener una agencia de competencia como la FNE es limitada. Si bien es cierto que la celebración de acuerdos de cooperación con otras agencias de competencia puede permitir a la FNE incrementar su capacidad de detección, ella seguirá siendo restringida. Por lo tanto, lo relevante es que la institucionalidad de libre competencia genere los incentivos adecuados para que tales operaciones se notifiquen a la autoridad. Sin ellos, es previsible que ciertas operaciones de concentración celebradas en el extranjero, y que produzcan efectos –anticompetitivos– en nuestro país, no sean notificadas deliberadamente a la autoridad. Ello, puesto que los beneficios asociados a su perfeccionamiento pueden ser sustancialmente mayores que los costos de una eventual sanción, lo que dependerá, a su vez, de la capacidad de detección de la FNE. Por tanto, considerando los serios riesgos asociados a operaciones de concentración que la autoridad no logre detectar con anterioridad a su perfeccionamiento, es que resulta altamente recomendable la generación de tales incentivos. De ello dependerá, en definitiva, el correcto funcionamiento de nuestro sistema de control preventivo de operaciones de concentración en lo que a operaciones de concentración transfronterizas se refiere.

42 Phillip Areeda, Louis Kaplow y Aaron Edlin, *Antitrust Analysis, Problems, Text, and Cases* (Wolters Kluwer Law & Business, 2013), 764. Traducción libre.



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:

Francisco Caravia Rabi y Juan José García Varas, "*Gun Jumping*, operaciones de concentración transfronterizas y los desafíos para la institucionalidad chilena de libre competencia", *Investigaciones CeCo* (julio, 2020), <http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

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