



ADQUISICIONES DE FACEBOOK Y CERTEZA JURÍDICA: REFLEXIONES PARA CHILE

Macarena Alliende y Sofía O’Ryan

Adquisiciones de Facebook y certeza jurídica: reflexiones para Chile

Febrero 2021



Macarena Alliende

Abogada, Universidad de Chile. Becaria de programa internacional de verano en Regulación y Economía en la Universidad de Stanford. Actualmente asociada en DLA Piper Chile.



Sofía O’Ryan

Abogada, Universidad de Chile. LL.M en Libre Competencia en King’s College London. Previamente fue coordinadora de las divisiones antimonopolio y de fusiones en la Fiscalía Nacional Económica. Actualmente Counsel en DLA Piper Chile.

I. INTRODUCCIÓN

Este documento tiene por objeto discutir acerca de los efectos de las decisiones de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y el Tribunal de Defensa de Libre Competencia (TDLC) en operaciones de concentración (OdC) a la luz del debate en EE. UU. sobre el caso de Facebook y la fuerza vinculante de las revisiones por parte de las autoridades de competencia.

El análisis a continuación se enfoca especialmente en como en Chile, a diferencia de EE. UU, el legislador estableció expresamente que las aprobaciones o decisiones de no abrir una investigación de oficio por la FNE acarrearán certeza jurídica para las partes de la OdC. Tal interpretación, sin embargo, podría afectar el deber de la autoridad de defender la libre competencia en los mercados cuando se confunde con un ilícito de neutralización de un competidor. Por ello en ese documento se discute la necesidad de aplicar los principios generales de libre competencia al evaluar esta exención de responsabilidad, especialmente en los casos de adquisiciones que no lleguen a conocimiento de la FNE por el tamaño de la entidad adquirida o la mala fe del adquirente en su calidad de dominante.

II. DEMANDA DE LA FTC A FACEBOOK POR MONOPOLIZACIÓN

En diciembre pasado, la Federal Trade Commission (FTC), y paralelamente, los Fiscales Generales de 48 estados de Estados Unidos, demandaron a Facebook por monopolización¹ en el mercado de redes sociales (en adelante “Caso Facebook”)².

1 En el derecho de la competencia de EE. UU., la monopolización es una conducta sancionable conforme a la sección 2 de la Sherman Act, que corresponde a cuando un actor en el mercado obtiene o mantiene una posición monopólica por medios ilegítimos. Véase: FTC, “Monopolization defined”, última visita: 21 de enero de 2021, <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/single-firm-conduct/monopolization-defined>.

2 Para mayor profundidad al respecto, véase: CeCo, “Los disparos de la autoridad de competencia de EE. UU. contra Facebook”, última modificación: 16 de diciembre de 2020, <https://centrocompetencia.com/claves-para-entender-demandas-contra-facebook/>.

En específico, la demanda de la FTC señala que Facebook incurrió en actos de monopolización a través de una serie de conductas tendientes a obstaculizar, reprimir y disuadir la entrada o expansión de proveedores de redes sociales, entre las cuales se encuentran las adquisiciones de Instagram (2012) y Whatsapp (2014) para neutralizar la competencia que ellos pudieran ejercer, además de la imposición de condiciones anticompetitivas a los desarrolladores externos para integrarse con Facebook mediante su APIs (del inglés *application programming interfaces*). Para efectos de este estudio, nos centraremos en la solicitud de la FTC en relación con las adquisiciones señaladas.

En este contexto, el Caso Facebook es interesante al menos por dos motivos: en primer lugar, porque la demanda señala la existencia de un ilícito derivado de adquisiciones de empresas sujetas al control obligatorio de fusiones vigente en Estados Unidos; y, en segundo lugar, porque la FTC solicitó una de las sanciones más gravosas para conductas unilaterales, que es la desinversión de activos (Instagram y Whatsapp) de la empresa.

Antes de profundizar, es necesario aclarar que las autoridades de libre competencia de EE. UU. no “aprobaron” las adquisiciones de Facebook, sino que cerraron las investigaciones y no iniciaron procedimientos para prohibirlas. En el caso de la adquisición de Instagram, Facebook anunció su plan de adquirir la empresa por más de 1 billón de dólares, en abril de 2012, cuando Instagram tenía dos años de existencia y contaba con menos de 20 empleados. Conforme al procedimiento de notificación obligatoria de OdC, Facebook notificó a la FTC y DOJ (en conjunto “las agencias”) y la FTC cerró la investigación el 22 de agosto de 2012, con una votación unánime³.

En un sentido similar, la adquisición de Whatsapp por parte de Facebook en el año 2014 también fue revisada por la FTC, sin embargo, esta vez las partes se comprometieron a mantener el estándar de su política de privacidad tras la adquisición. La carta enviada por Jessica Rich, la directora del FTC en esa época, señalaba que, en caso de incumplimiento de esta promesa, las partes podrían infringir la regulación de competencia. De esta forma, la investigación de la operación en este caso también fue cerrada, haciendo algunas observaciones⁴.

Considerando entonces que la demanda del Caso Facebook versa sobre adquisiciones que se sometieron al régimen de control obligatorio, resulta pertinente contar con una aproximación general sobre dicho procedimiento en EE. UU. y las facultades que tienen las agencias en este contexto.

Tal control previo está recogido en la sección 7A de la Clayton Act, modificada a través de la Hart-Scott-Rodino Act de 1976, en el que se señala que superados ciertos umbrales las partes deben notificar la transacción de forma previa a su materialización a las agencias.

Esta notificación difiere de la extensa entrega de información que caracteriza el procedimiento ante la Comisión Europea y que en gran parte ha sido replicado en nuestra jurisdicción. Se trata de un formulario simple (C4) que debe ser llenado por ambas partes notificantes, reservando la solicitud de mayor información

3 FTC, “FTC Closes Its Investigation into Facebook’s Proposed Acquisition of Instagram Photo Sharing Program”, *Press Releases*, última modificación: 22 de agosto de 2012, <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2012/08/ftc-closes-its-investigation-facebooks-proposed-acquisition>. La investigación no es pública, por lo que los únicos documentos disponibles son las cartas de cierre de la investigación enviadas a ambas empresas, en las que se señala claramente que se reservan los derechos a acciones futuras de ser necesario.

4 FTC, “Letter from Jessica L. Rich, Director of the Federal Trade Commission Bureau of Consumer Protection, to Erin Egan, Chief Privacy Officer, Facebook, and to Anne Hoge, General Counsel, WhatsApp Inc.”, *Letter and Statements*, última modificación: 10 de abril de 2014, <https://www.ftc.gov/public-statements/2014/04/letter-jessica-l-rich-director-federal-trade-commission-bureau-consumer>.

a un segundo llamado (*second request*). De esta manera, una vez recibido el formulario comienza a correr el plazo de 30 días hábiles para que las agencias revisen la información, pudiendo terminar dicha revisión de distintas maneras: (i) solicitud de mayor información a través del *second request* (ii) terminación adelantada (*early termination*) (iii) cierre de la investigación (*closing*); o (iii) ausencia de pronunciamiento dentro del plazo (*run out the clock*). En los tres últimos escenarios las agencias no tienen observaciones y por ende se puede materializar la OdC. Sin embargo, el hecho de que las agencias decidan no tomar medidas no tiene un efecto vinculante en las futuras acciones que las mismas (o los estados) puedan interponer.

Sustancialmente y en línea al análisis que se realiza en Chile, la FTC o el DOJ revisan las notificaciones para determinar si las OdC propuestas podrían disminuir sustancialmente la competencia en el comercio interestatal, violando la sección 7 de la Clayton Act y otras leyes de competencia. Sin embargo, para prohibir una transacción u obtener la aprobación de los remedios negociados con las partes, la agencia revisora debe solicitarlo en un procedimiento judicial.

En este contexto, lo que ocurrió en el caso Facebook es que ninguna de las agencias de libre competencia de EE. UU -ni tampoco terceros- objetaron la adquisición de Instagram ni de Whatsapp. Sin embargo, dada la ausencia de aprobación expresa y que las decisiones de las agencias no tienen fuerza vinculante sobre futuras acciones de las mismas, se ha generado un debate en atención a si sería o no posible revisar estas adquisiciones como anticompetitivas. Académicos de libre competencia como Tim Wu han señalado que habría buenas razones para que las agencias cambiaran de opinión respecto a las OdC, considerando la duración del poder de mercado de Facebook y la evidencia disponible actualmente⁵. Por otra parte, Facebook expresó que la demanda presentada por la FTC y los Fiscales Generales sería “revisionista” y sembraría dudas sobre el procedimiento de control de OdC⁶.

Más allá de las opiniones que merezcan las recientes demandas en contra de Facebook, éstas traen consigo relevantes cuestionamientos en torno a la seguridad jurídica aparejada a los procedimientos de control de OdC, particularmente en relación con el derecho de la libre competencia chileno, donde la ya no tan reciente implementación de un procedimiento de control obligatorio todavía deja muchas cuestiones sin zanjar. En particular, podemos preguntarnos: Si la autoridad de libre competencia revisó la operación y la aprobó, sea emitiendo una resolución o mediante silencio administrativo ¿En qué condiciones puede revisarla? ¿Existe un grado de certeza de que las decisiones tomadas por la autoridad tras un control de OdC implicarán que las mismas no serán escrutadas? ¿Qué define tal certeza? Y en caso de que la autoridad de libre competencia no hubiese iniciado una investigación de una operación de concentración habiendo podido hacerlo ¿Puede perseguirla por constituir un ilícito anticompetitivo?

De esta manera, el Caso Facebook es relevante porque además de ilustrar el vuelco que está enfrentando el derecho de la libre competencia, al exigir nuevos marcos analíticos para atender a las particularidades de las plataformas digitales⁷ y a los gigantes tecnológicos (*big tech*), que pueden derivar en regulaciones especiales, supone preguntarnos por la delgada línea entre un análisis *ex ante* de riesgos horizontales potenciales y

5 Tim Wu, “Three things the press keeps getting wrong about the Facebook antitrust case”, *Superwuster* (10 de diciembre de 2020), <https://superwuster.medium.com/three-things-the-press-keeps-getting-wrong-about-the-facebook-antitrust-case-1916a5f103d4>.

6 Facebook, “Lawsuits Filed by the FTC and the State Attorneys General are Revisionist History”, última modificación: 9 de diciembre de 2020, <https://about.fb.com/news/2020/12/lawsuits-filed-by-the-ftc-and-state-attorneys-general-are-revisionist-history/>.

7 En términos generales, la OCDE ha compilado estudios en torno a estos desafíos: OCDE, “Digital Economy, Innovation and Competition”, última visita: 21 de enero de 2021, <https://www.oecd.org/competition/digital-economy-innovation-and-competition.htm>.

un análisis *ex post* de monopolización por neutralización de un competidor, y las facultades que tienen las autoridades de competencia para solicitar sanciones cuando los riesgos pudieron preverse en un análisis de control de OdC previo.

III. ¿PODRÍA OCURRIR UN CASO FACEBOOK EN NUESTRO SISTEMA DE LIBRE COMPETENCIA?

a. Breve contexto: Régimen de control operaciones de concentración en Chile

Con la reforma introducida el año 2016 mediante la Ley N° 20.945, se transfirió la competencia para revisar OdC desde el Tribunal de Defensa de Libre Competencia (TDLC) a la Fiscalía Nacional Económica (FNE), la que realiza una revisión administrativa en dos fases y sólo eventualmente interviene el TDLC en caso de interposición de un recurso de revisión.

De esta forma, en nuestro país el análisis de OdC se realiza de manera preventiva con la escasa excepción de aquellas operaciones que, sin superar los umbrales establecidos, sean conocidas de oficio por la autoridad⁸. Esto implica que en la gran mayoría de los casos el procedimiento de evaluación es un análisis previo a la materialización del acuerdo (*ex ante*) sin que el mismo se pronuncie sobre conductas pasadas o diferentes a la OdC notificada.

Desde la perspectiva de la política de libre competencia, el control *ex ante* o preventivo permite identificar los riesgos anticompetitivos presentes en las OdC en un determinado mercado, antes de que estos efectos se vuelvan una realidad y sea difícil volver al estado previo al de su materialización (lo que se conoce en inglés coloquialmente como *unscramble the eggs*, o en español 'sacar los huevos a la tortilla'). Si bien este análisis presenta problemas respecto al uso del contrafactual, su regulación otorga mayores garantías, certezas y transparencia al sistema, lo cual justifica su implementación, según se reconoce expresamente en el mensaje de la Ley 20.945⁹.

En atención a la finalidad de esta reforma, cabe preguntarnos cuáles son en definitiva las garantías y certezas que tienen las partes notificantes en virtud del pronunciamiento de la FNE respecto de una OdC en los distintos escenarios contemplados en el Decreto Ley N° 211 (DL 211).

b. Operaciones de concentración y certeza jurídica en Chile ¿Qué derechos otorga el artículo 32 del DL 211?

La primera pregunta es si las partes de una OdC pueden obtener un grado de certeza jurídica respecto al control realizado por las autoridades de libre competencia. Para poder contestar esto, hay que atender al texto del artículo 32 del DL 211, en cuya versión actual señala: "Los actos o contratos ejecutados o celebrados de acuerdo con las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, o de acuerdo con las resoluciones de la Fiscalía Nacional Económica para el caso de las operaciones de concentración, no acarrearán responsabilidad alguna en esta materia, sino en el caso que, posteriormente, y sobre la base de nuevos antecedentes, fueren calificados como contrarios a la competencia por el mismo Tribunal, y ello desde que se notifique o publique, en su caso, la resolución que haga tal calificación. (...)".

8 Conforme al artículo 48 del DL 211, las operaciones que no superen los umbrales y no sean objeto de notificación voluntaria por parte de los agentes económicos que proyectan concentrarse, pueden ser conocidas por la FNE de oficio, dentro del plazo de un año desde el perfeccionamiento de dicha operación. Tal investigación, se lleva a cabo en conformidad al artículo 39 letra a) del DL 211.

9 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 20.945*, 300, <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/5311/>.

Así, de tal artículo es posible concluir que el actuar conforme a lo decidido por los órganos de competencia (en última instancia) sólo puede acarrear responsabilidad cuando tales hechos fueran recalificados como anticompetitivos sobre la base de nuevos antecedentes, constituyendo por ende una exención de responsabilidad. De esta manera, y sin desconocer las complejidades e incertidumbres aparejadas a una evaluación prospectiva¹⁰, está fuera de discusión que el artículo 32 del DL 211 pretende otorgar certeza jurídica a quienes se someten a los procedimientos contemplados en la ley, incluido el Título IV, tal como se ha señalado por el propio TDLC en el auto acordado N°12 del año 2009¹¹ y en diversas decisiones¹².

Ahora bien, tal certeza consagrada en el artículo 32 del DL 211, tiene dos límites claros: (i) que los actos, contratos u OdC hayan sido celebrados de acuerdo con las decisiones del TDLC o de la FNE; y, (ii) que no concurren “nuevos antecedentes” que permitan al TDLC calificar dichos actos o contratos como contrarios a la libre competencia mediante una resolución.

En lo que respecta a la primera limitación, el artículo 3 bis del DL 211 sanciona expresamente a aquél que materialice la OdC en contra de la resolución o sentencia del TDLC o en incumplimiento de las medidas establecidas, siendo evidente que una transacción distinta a aquella aprobada puede acarrear responsabilidad. Asimismo, considerando que el régimen de OdC es un análisis prospectivo, resulta claro que en ningún caso la aprobación de una OdC implica que cualquier conducta anticompetitiva realizada a futuro por la entidad fusionada estaría exenta de responsabilidad¹³. Lo contrario significaría que la FNE estaría facultada para otorgar una exención amplia de aplicación del DL 211 a todo aquel que pasara por el régimen obligatorio o voluntario, y obtuviese un resultado aprobatorio de una operación de concentración. Las hipótesis que se pueden dar en ausencia de esta resolución se desarrollan en el punto c. y d. de esta presentación.

En cuanto a la definición de nuevos antecedentes, el TDLC ha resuelto que éstos deben consistir en “nuevos antecedentes de hecho, jurídicos o económicos, que constituyan un cambio en las circunstancias que se tuvieron a la vista y en consideración al momento de resolver de una determinada forma o de impartir una instrucción”¹⁴.

10 En cuanto a posibles beneficios de revisitar OdCs una vez materializadas, véase Steven C. Salop, “Modifying Merger Consent Decrees to Improve Merger Enforcement Policy.” *Antitrust* 31 (2016), 15, <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2687&context=facpub>.

11 Auto Acordado TDLC N°12/2009, acuerdo tercero: “(...) con el objeto de otorgar a las partes involucradas certeza jurídica acerca del hecho, acto o contrato a realizar, en los términos que lo resuelto no pueda ser cuestionado como contrario a la libre competencia, según lo preceptuado en el artículo 32° del mismo cuerpo legal”.

12 *Consulta sobre fusión entre S.A.C.I Falabella y Distribución y Servicios D&S S.A.*, NC-199-07, Resolución N° 24/2008 (2008), c.8. Dicho criterio ha sido confirmado en: *Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra el Sr. John C. Malone*, C-156-08, Sentencia N° 117/2011, c. 21; *Requerimiento de la FNE contra Sr. John C. Malone*, Rol N° 982-2012, Sentencia Corte Suprema (2012), c. 8; la misma interpretación es usada para determinar la responsabilidad por infracción de las decisiones del TDLC en *Requerimiento de la FNE contra SMU S.A.*, C-279-14, Sentencia N° 147/2015, c. 108.

13 En el mismo sentido que dicha aprobación no significa una validación de las actividades anticompetitivas o ilícitas que pudieran estar realizando las partes de dicha operación de concentración. Dado que la resolución que aprueba se limita únicamente a los efectos -en este sentido más bien de estructura- que puede generar la operación de concentración en análisis.

14 *Consulta sobre aplicabilidad del dictamen N° 1173 de la Comisión Preventiva Central*, NC-30-04, Resolución TDLC N° 8/2005 (2005), c.2. En el mismo sentido, *Solicitud de modificación del dictamen N° 992, de 25 de noviembre de 1996, de la H. Comisión Preventiva Central, sobre uso de los derechos de aguas en el mercado de la generación eléctrica*, NC-113-06, Resolución TDLC N° 18/2006 (2006), c. 3.

En específico, y en virtud de decisiones previas del TDLC respecto del artículo 32 -referidas esencialmente al cambio de circunstancias que vuelven ineficaces ciertas medidas¹⁵- cabe preguntarnos si algunos criterios utilizados podrían extenderse a un caso de recalificación de una OdC como anticompetitiva.

El primero de ellos dice relación con el momento que debe considerarse un antecedente como “nuevo”. Al respecto cabe determinar si el hecho será nuevo únicamente si ha ocurrido con posterioridad a la resolución de la FNE, o, si se aceptará que también es nuevo el antecedente que habiendo ocurrido antes de que la FNE conociera de la OdC, haya sido desconocido por la misma. Si bien, en casos anteriores el TDLC ha optado (sin que haya profundizado en las razones) por acogerse a la primera lectura¹⁶, pareciera que tal criterio debiese cambiar al menos en lo relativo al ocultamiento de información. En efecto, resultaría complejo que la FNE desconociera hechos acaecidos, sin que ello se debiera a negligencia o mala fe de las partes notificantes, dada la gran cantidad de información solicitada, tanto mediante el reglamento relativo a la notificación, como durante la investigación misma.

De esta forma, parece ser posible concluir que debiesen entenderse como “nuevos antecedentes” aquellos acaecidos con posterioridad a la resolución de la FNE y todos aquellos que hayan ocurrido previamente cuyo desconocimiento se deba a mala fe de quienes pretenden concentrarse¹⁷.

El segundo criterio tiene que ver con el contenido de estos nuevos antecedentes. Dado el alcance de los casos que a la fecha ha conocido el TDLC, se podría entender que cambios en el mercado o regulatorios podrían ser calificados como “nuevos antecedentes”¹⁸. Sin embargo, en virtud de una interpretación sistemática del procedimiento de control de OdC, los principios administrativos, y las garantías que tienen los investigados, sería difícil fundar su responsabilidad por hechos que no le resultaren imputables de manera culposa o dolosa, en términos similares a lo recogido en gran parte de las jurisdicciones, salvo por algunas excepciones como EE. UU., Israel y Brasil¹⁹. Esta interpretación también pareciera ir en línea con lo señalado por el TDLC en su Sentencia N° 13/2005 al sostener que no puede acogerse una demanda en contra de quien haya actuado en conformidad con una resolución, aunque los antecedentes del mercado hubiesen cambiado²⁰. En caso de acogerse lo contrario, se atentaría directamente contra la finalidad del artículo 32 del DL 211 que es otorgar certeza jurídica a las partes que se someten al procedimiento.

Ambas conclusiones son consistentes con el principio de confianza legítima en la administración (que puede interpretarse como una expresión del principio general de buena fe) que rige al procedimiento administrativo. Así, las partes que han sometido una operación de concentración al procedimiento del Título IV, aportando todos los antecedentes solicitados de forma veraz y oportuna, y han materializado la transacción en los términos en que fue aprobada, tienen una expectativa legítima de que dicha decisión

15 Ejemplos de casos donde el TDLC dio lugar a la modificación de medidas pasadas en virtud del artículo 32 del DL 211 son: *Consulta de SAAM sobre eliminación de restricciones a la integración vertical D.1045*, NC-100-05, Resolución TDLC N° 11/2006; *Consulta sobre participación en futuras concesiones de aeropuertos fiscales*, NC-223-07, Resolución TDLC N° 25/2008; *Consulta de Iberoamericana Radio Chile S.A. y otros sobre participación en concursos públicos para la renovación de concesiones de radiodifusión sonora*, NC- 452-19, Resolución TDLC N° 56/2019.

16 *Bayer Healthcare LLC contra Laboratorio Maver Ltda y otro*, C-175-08, Sentencia TDLC N° 84/2009 (2009), c. 2.

17 En el mismo sentido lo ha señalado la OCDE. Véase: OCDE, *Investigations of consummated and non-notifiable mergers* (2014), 10, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2014\)1&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2014)1&doclanguage=en).

18 Ver *supra*, nota al pie N° 15.

19 OCDE, *“Investigations of consummated and non-notifiable mergers”*, 11.

20 *Demanda de Entel Telefonía Local S.A., en contra de la Subsecretaría de Telecomunicaciones*, Sentencia TDLC N° 13/2005, “de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 (...), no es posible acoger una demanda intentada en contra de quien actuó en conformidad con lo dispuesto por una resolución de la H. Comisión Resolutiva, antecesora de este Tribunal, independientemente de que el criterio establecido en la misma o los antecedentes de mercado en que se basó puedan cambiar.”

no será revisada o cuestionada por antecedentes que no les fueron exigidos, o que son ajenos a la propia operación de concentración, lo cual está garantizado en el texto del artículo 32.

De esta forma, el artículo 32 del DL 211 parece resolver de manera clara que una OdC aprobada en Chile solo puede acarrear responsabilidad si la misma es recalificada por el TDLC como anticompetitiva a la luz de nuevos antecedentes que no se hayan tenido a la vista -a nuestro juicio, siempre que dichos hechos sean atribuibles a las partes notificantes-. De esta forma, en caso de que una OdC hubiese sido aprobada por la FNE y luego, a la luz de nuevos antecedentes, se descubriese que la adquisición tuvo un objeto y un efecto anticompetitivo, entonces tales hechos podrían recalificarse y acarrear responsabilidad. Sin embargo, si tal cambio en las conclusiones deviene de un mejor análisis realizado *ex post*, entonces la FNE, en virtud de dicha certeza jurídica, no debiese poder perseguirlo. Ello pues, el objetivo del art. 32 es precisamente que no pueda perseguirse como un ilícito anticompetitivo la adquisición de un competidor que restrinja o tienda a restringir la libre competencia, si ya fue revisado por la autoridad correspondiente de manera oportuna. Esto es plenamente coherente con la regulación de control de fusiones en la mayoría de las jurisdicciones, con la excepción de EE. UU que tienen la amplia facultad de revisar OdC independientemente del tiempo transcurrido y si ellas fueron revisadas o no desafiadas por una de las agencias.

El Caso Facebook nos lleva a preguntarnos por el límite de esta interpretación, considerando las diferencias entre el sistema estadounidense y el nuestro, ya que las agencias no aprobaron expresamente la OdC. Por ello, las siguientes dos subsecciones tratan de las hipótesis en las que la FNE no se pronuncia sobre el fondo de una OdC.

c. ¿Hay certeza jurídica en ausencia de aprobación expresa?

Si el Caso Facebook ocurriese en Chile, y las partes la hubiesen notificado a la FNE, esta se vería obligada a pronunciarse en virtud del artículo 54 del DL 211. Dada esta obligación, el legislador reconoció expresamente que ante la ausencia de pronunciamiento de la FNE una vez transcurridos los 30 o 90 días hábiles adicionales para pronunciarse sobre una OdC notificada, opera el silencio administrativo positivo, entendiéndose ésta aprobada en los términos ofrecidos por el notificante.

La pregunta jurídica relevante que surge es si dicho silencio administrativo positivo tiene los mismos efectos que una resolución expresa de la FNE respecto de la certeza jurídica consagrada en el artículo 32 del DL 211. En otras palabras, si la FNE no se pronuncia sobre una operación de concentración, dando lugar al silencio administrativo positivo, ¿Se genera para las partes el efecto de que los hechos, actos o convenciones que realicen en conformidad a dicho silencio administrativo los exima de responsabilidad?

Lo primero que hay que tener a la vista es que el silencio administrativo positivo, según el artículo 66 de la Ley 19.880 que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado produce los mismos efectos que una resolución expresa de la administración. Así, si bien el artículo 32 del DL 211 hace mención a las “resoluciones” de la FNE, dado que se refiere a los efectos que tendrán las mismas (de exención de responsabilidad) entonces, no cabe sino entender que dicho silencio también está comprendido en el artículo 32, y, por tanto, en virtud de la misma certeza jurídica, tal OdC no debiese poder impugnarse sino en virtud de nuevos antecedentes.

En este sentido, si las OdC de Facebook se hubiesen notificado en Chile y la FNE no se hubiese manifestado expresamente dentro del plazo legal, ésta se habría entendido aprobada en los términos informados por las

partes, generado los efectos del artículo 32 del DL 211. Esto implicaría que dichas adquisiciones solo podrían acarrear responsabilidad a la luz de nuevos antecedentes, en los términos discutidos *supra*.

d. ¿Hay certeza jurídica en casos de OdC no notificables?

Respecto de todas las OdC que no cumplan los requisitos estipulados en los artículos 47 y 48 del DL 211, la FNE tiene un plazo de un año contado desde el perfeccionamiento de la operación para iniciar investigación en virtud del art. 39 letra a) del mismo texto legal. ¿Qué pasaría, entonces, si una OdC no superase los umbrales, y la FNE no hubiese hecho uso de sus facultades de investigación de oficio?

En principio pareciera ser que tal facultad de la FNE prescribe al cabo de un año desde dicho perfeccionamiento. Ello es coherente con la implementación de un sistema de umbrales que pretende capturar las OdC que pudieran ser más dañinas al mercado²¹. Así mismo ha sido sostenido por la historia de la ley, donde queda de manifiesto que el artículo 48 y el plazo establecido para iniciar una investigación de oficio, pretende, tanto como el artículo 32, otorgar certeza jurídica a quienes se concentran²².

Así, una interpretación estricta implicaría que transcurrido un año desde materializada una OdC bajo los umbrales, la misma está consagrada y no puede ser impugnada por la FNE, bajo ningún supuesto -dado que en ausencia de revisión inicial no se podrían siquiera invocar nuevos antecedentes-. Lo anterior pareciera de toda lógica cuando se trata de una OdC bullada como lo fue Facebook/Whatsapp o Facebook/Instagram, pero levanta más dudas respecto de aquellas que o no han tenido cobertura suficiente o han sido ocultadas conscientemente por quienes fueron parte de las mismas. Tal interpretación, entonces, debiese ser capaz de aceptar excepciones.

Una forma de invocar tales excepciones, podría decir relación con el espíritu del artículo 48 inciso noveno y del artículo 32 del DL 211 de otorgar certeza jurídica sin que sea posible inferir que pretenden premiar a quien de mala fe haya ocultado la información de la operación o haya incurrido en un ilícito para adquirir a su competidor. Así, al menos resultaría razonable que en caso de que un actor dominante del mercado mediante un acto o convención adquiriese a otro con el fin de neutralizarlo para mantener o incrementar su posición monopólica, la FNE invocara el artículo 3 del DL 211 sin limitarse por el artículo 48 del mismo texto legal para investigarlo. Lo anterior, parece ir en línea con la interpretación que ha tenido la OCDE a este respecto al señalar que del hecho de que algunas transacciones no sean sometidas al escrutinio de un régimen de control obligatorio de fusiones, no implica que las mismas escapen de todo examen de libre competencia, pudiendo ser perseguidas por los ilícitos generales²³.

Sin embargo, dada la limitación existente de un año para abrir investigación que tiene la FNE y su objeto de dar certeza jurídica, en nuestro ordenamiento pareciera sensato acogerse a la interpretación señalada sólo si la FNE no hubiese abierto investigación dentro de dicho periodo por hechos fuera de su control. Así, si por ejemplo el actor dominante ocultase información para que la FNE no conociera de cierta adquisición, o realizara una serie de adquisiciones de actores de menor tamaño (especialmente en el caso de *nascent acquisitions*) cuyas ventas fueran tan menores que difícilmente llegasen a conocimiento de la FNE y no constituyeran OdC sucesivas ni interrelacionadas, entonces pareciera coherente con el deber de la FNE de

21 Así se ha interpretado por la Resolución Exenta FNE N° 667, c.4 y la Resolución Exenta FNE N° 157, c.5 de la FNE, que la modifica.

22 Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 20.945*, 10: "Asimismo, el plazo de un año resulta absolutamente razonable para conferir certeza jurídica a los agentes económicos involucrados en la operación. (...)".

23 OCDE, "*Investigations of consummated and non-notifiable mergers*", 9.

promover y defender la libre competencia, el perseguir tales adquisiciones. Distinto sería si, por ejemplo, se tratase de una OdC bullada con importante cobertura periodística.

Ahora bien, aun cuándo acogiéramos la tesis de que podrían conocerse casos que no han llegado a conocimiento de la FNE, todavía quedaría un obstáculo complejo de superar, pues si la FNE persiguiera este acto en sede judicial (en virtud del artículo 3 del DL 211), subsiste la posibilidad de que el TDLC se declare incompetente para conocer el asunto.

Lo sostenido aquí no obsta que, a diferencia del artículo 32, el artículo 48 inciso noveno sólo limita a la FNE para actuar, lo que no impediría que terceros persiguieran un ilícito anticompetitivo derivado de la adquisición²⁴ transcurrido el año desde su perfeccionamiento, pasando a regirse por los plazos de prescripción generales, es decir tres años.

IV. DIFERENCIA ENTRE UN ILÍCITO DE NEUTRALIZACIÓN DE UN COMPETIDOR Y UNA ODC CON RIESGOS HORIZONTALES

Considerando que la FTC ha calificado la conducta de Facebook como una monopolización a través de conductas exclusorias entre las cuales se encuentran adquisiciones de competidores con el fin de neutralizarlos, debemos primero entender el alcance de dicho ilícito. *Monopolization* no es más que aquella conducta del dominante para alcanzar o mantener su posición en el mercado de manera anticompetitiva, es decir, no *"in the merits"*. Dicha conducta en nuestro sistema estaría comprendida en el artículo 3 letra c) y en el inciso primero del mismo artículo del DL 211. Generalmente para su configuración se requiere poder monopólico o dominancia, incurrir en una conducta que permita mantener o expandir tal posición (de naturaleza exclusoria) y que exista causalidad entre la conducta y la mantención o extensión del poder monopólico.

Cabe preguntarnos, entonces, cuál es la diferencia entre este ilícito y una adquisición de un competidor, actual o potencial, que reduce la competencia en el mercado. ¿No es acaso la neutralización de un competidor precisamente lo que debe estudiar, de manera prospectiva, la autoridad al momento de realizar un análisis de los efectos de la operación de concentración?

Pareciera de la esencia de un control *ex ante* el poder revisar los posibles efectos horizontales que una operación podría generar a futuro. Actualmente incluso se ha discutido y desarrollado en mayor profundidad diversas teorías de riesgos alrededor de un competidor potencial, como lo es la *nascent acquisition*, referida a la adquisición de empresas que aún no han alcanzado su desarrollo dentro de un determinado mercado -y, por lo mismo, muchas veces con ventas bajo los umbrales- y su derivada *killer acquisitions*, teoría de daño que implica la compra para cerrar o no continuar con la producción de determinado producto²⁵.

24 En este sentido lo ha interpretado también el expresidente del TDLC Tomás Menchaca, quien en la medida prejudicial contra Wenco, invoca, entre otras prácticas anticompetitivas, la adquisición de competidores por parte de Wenco para neutralizarlos. La decisión del TDLC al respecto, aún está pendiente. Véase: *Medida prejudicial preparatoria de exhibición de documentos solicitada por Contenedores San Fernando SpA. a Wenco S.A.*, C-415-2020.

25 Para mayor entendimiento al respecto, puede verse: CeCo, "Killery nascent acquisitions: una amenaza más allá de los mercados digitales", última modificación: 10 de junio de 2020, <https://centrocompetencia.com/killer-y-nascent-acquisitions-una-amenaza-mas-alla-de-los-mercados-digitales/>.

Estas teorías no son nuevas ni desconocidas. La misma FTC en *Illumina Inc./Pacific Biosciences of California, Inc.* señaló que la operación era anticompetitiva por ser una conducta que pretendía mantener su monopolio de manera ilícita extinguiendo a PacBio como una amenaza competitiva *naciente*²⁶. En este caso, la FTC se opuso a la fusión en sí misma por ser anticompetitiva, pero además por constituir una conducta de monopolización. En el Caso Facebook utilizó un argumento muy similar al sostener que la adquisición de Whatsapp por Facebook neutralizó a Whatsapp como amenaza directa²⁷.

De esta manera, el límite entre una y otra conducta parece muy delgado, descansando quizás la mayor diferencia, en que un análisis es *ex ante* y otro *ex post*. La similitud se exagera cuando analizamos las sanciones solicitadas por la FTC. Si bien la disolución y enajenación de una sociedad está contemplada dentro del abanico de sanciones que se pueden imponer ante un ilícito anticompetitivo conforme el art. 26 del DL 211 en Chile, esta constituye una de las sanciones más costosas y difíciles de implementar cuando los negocios ya se han integrado²⁸, lo que lleva en muchos casos, a optar por remedios conductuales por resultar más viables y devolver la competitividad del mercado de mejor manera (por ejemplo, con una medida de interoperabilidad).

Es cierto que en la práctica, de la sola lectura del artículo 3 del DL 211, una conducta exclusoria como la señalada pareciera caer dentro del tipo, sin embargo, realizando una lectura orgánica de la regulación se desprende que en Chile existiría una limitación para una persecución de este tipo de conductas, sea que la OdC ya se haya conocido por la FNE o que haya transcurrido el año en el cual la misma podía investigar de oficio, con las posibles excepciones que hemos señalado a lo largo de este documento.

Así, a la luz de nuestra legislación, pareciera ser que la adquisición de un competidor con fines exclusorios debiese preliminarmente ser revisada en el procedimiento de control de OdC obligatorio, evaluándose no sólo la intencionalidad o incentivo de incurrir en una conducta anticompetitiva, sino también los potenciales efectos (horizontales en naturaleza) de dicha adquisición -los que debiesen inferirse de acreditarse intención seria de eliminar o neutralizar a un competidor, por ejemplo, a través de correos electrónicos-. Salvo que con posterioridad acaecieran nuevos antecedentes (en los términos señalados *supra*) que dieran cuenta de la naturaleza anticompetitiva de la OdC.

De lo que no cabe duda es que, para invocar el ilícito anticompetitivo, se debe acreditar que la adquisición tuvo por objeto alcanzar o incrementar dicha posición dominante y en la práctica permitió alcanzarla (tuvo efectos), no siendo suficiente la mera adquisición que dio lugar a dicho poder de mercado sin incurrir en una conducta anticompetitiva, la que sólo podría desafiarse bajo la luz del análisis de OdC.

Cabe hacer presente que ambos análisis (*ex ante* y *ex post*) son de suma complejidad, debiendo en un caso proyectarse a futuro el crecimiento de la compañía y el desarrollo del mercado, mientras en el otro, imaginar el presente de la compañía y el mercado sin que la misma hubiese sido adquirida por la dominante. Estando

26 Federal Trade Commission, *Illumina Inc./ Pacific Biosciences of California, Inc.*, https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/d9387_illumina_pacbio_administrative_part_3_complaint_public.pdf.

27 Federal Trade Commission, *FTC v. Facebook, Inc.*, 7, <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/191-0134/facebook-inc-ftc-v>.

28 Así lo reconoce el TDLC al referirse a las medidas de desinversión en caso de OdC ya materializadas en *Consulta de SMU S.A. sobre los efectos en la libre competencia de la fusión de las sociedades SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A.*, NC-397-11, Resolución TDLC N° 43/2012, c.7.9.: "todo lo cual puede resultar muy costoso, tanto para las empresas involucradas en la operación en cuestión como desde un punto de vista social". Lo anterior, sin perjuicio de reconocer que, en caso de un procedimiento contencioso, las sanciones serían aún más graves.



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:

Macarena Alliende y Sofía O’Ryan, “Adquisiciones de Facebook y certeza jurídica: reflexiones para Chile”,
Investigaciones CeCo (febrero, 2021),

<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