



REFLEXIONES SOBRE EL MECANISMO DE NOTIFICACIÓN DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EN CHILE

UNA MIRADA DESDE EL SECTOR ELÉCTRICO

Ignacio Allende Santa Cruz y Gonzalo A. Pérez Páez

Reflexiones sobre el mecanismo de notificación de operaciones de concentración en Chile, *una mirada desde el sector eléctrico*¹

Noviembre 2023



Ignacio Allende Santa Cruz

Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Ayudante de la cátedra de Derecho Civil en la misma universidad desde 2023. Se especializa en asesoría corporativa y en el desarrollo, construcción, operación y financiamiento de proyectos de infraestructura, en especial respecto de proyectos de generación y transmisión de energía.



Gonzalo A. Pérez Páez

Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Ayudante de la cátedra de Derecho Civil en la misma universidad desde 2021. Se especializa en litigios y libre competencia.

Abstract: El presente artículo tiene por objeto revisar la implementación del mecanismo de notificación de operaciones de concentración en Chile desde la perspectiva del sector eléctrico nacional; particularmente, en lo relativo a los umbrales según ventas y ciertas herramientas o criterios empleados por la autoridad fiscalizadora en su análisis competitivo. Para ello, se analizarán específicamente los criterios utilizados por la Fiscalía Nacional Económica para la definición del mercado relevante en operaciones de concentración relativas a los segmentos de generación y transmisión de energía eléctrica. Respecto al primero de estos, se aborda la consideración sistemática por la FNE del Sistema Eléctrico Nacional como un único mercado relevante geográfico. Respecto al segundo, se discute la conveniencia de utilizar el VATT para medir la participación de mercado y la consideración de distintas zonas de transmisión de manera agregada a nivel nacional.

I. INTRODUCCIÓN

El sistema de control preventivo obligatorio de operaciones de concentración de Chile es considerado, hoy en día, uno de los mecanismos más eficaces para resguardar la competencia en el mercado. Se trata de una herramienta que permite evitar afectaciones o restricciones a la libre competencia en forma preventiva, es decir, previo a la materialización de una concentración con potencial para afectar perjudicialmente la competencia en el mercado relevante. Sin embargo, ¿es el control preventivo de operaciones de concentración un mecanismo perfecto? El presente trabajo aporta reflexiones, desde la perspectiva del sector eléctrico, respecto al modo en que ha sido implementado este mecanismo en nuestro país, luego de más de 5 años desde su adopción. En particular, se analiza el tratamiento de los umbrales de venta establecidos para la notificación, como también ciertos elementos y herramientas empleados por la Fiscalía Nacional Económica (FNE) en su análisis competitivo, que no toman en consideración las características particulares del mercado eléctrico nacional.

En trabajo se estructura de la siguiente manera: en la sección II; se incluye una breve reseña de las modificaciones normativas al régimen de control de operaciones de concentración y una explicación de las operaciones que deben pasar por este mecanismo, así como los umbrales de ventas conjuntas e individuales que deben reunir los agentes económicos a concentrarse para entrar en el control obligatorio.

¹ Los autores han asesorado a diversas empresas eléctricas en notificaciones de operaciones de concentración ante la Fiscalía Nacional Económica. Entre ellos, han representado a ENGIE Energía Chile S.A. (Rol FNE F329-2022) y a Sociedad Transmisora Metropolitana SpA (Rol FNE F325-2022) y asesorado a China Southern Power Grid International (HK) Co., Limited, una de las empresas que componen el Consorcio Yallique (Rol FNE F303-2021).

La sección III incluye una caracterización de los segmentos que componen el mercado eléctrico nacional. La sección IV incluye un análisis crítico al sistema de control de operaciones de concentración por medio de una revisión de los supuestos de dicho sistema, la aplicación práctica del mismo respecto al mercado eléctrico nacional y la medición de la participación de mercado tanto en el segmento de generación como de transmisión. Finalmente, en la sección V se proporcionan las conclusiones del presente trabajo y se plantea el establecimiento de umbrales diferenciados para distintos mercados y el incentivo a una mayor participación de organismos regulatorios técnicos como auxiliares en la labor de la FNE. Previo a entrar en el análisis propiamente tal, revisaremos aspectos fundamentales del mecanismo de notificación de operaciones de concentración y del mercado eléctrico nacional.

II. SOBRE EL MECANISMO DE NOTIFICACIÓN DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

1. Breve historia del mecanismo de notificación de operaciones de concentración

El actual Título IV *"De las Operaciones de Concentración"* del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, sistematizado y coordinado del texto del Decreto Ley N°211 de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia (DL 211) fue introducido en 2016, a raíz de una serie de recomendaciones y propuestas de diversos sectores políticos y económicos, tanto domésticos como internacionales². En ese sentido, Muñoz Solís señala que *"[l]a doctrina advertía la necesidad de modificaciones que instauraran de manera concreta y clara la labor preventiva que deben cumplir tanto la FNE como el TDLC, rol necesario para una efectiva protección de la libre competencia"*³.

Según ha sido expuesto por Gumucio y Lema, la implementación del sistema de control de operaciones de concentración ha sido paulatina, pudiendo distinguirse diversas etapas que van desde la introducción del actual Título IV del DL 211 en 2016, hasta el aumento de umbrales por parte de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) en 2018⁴. Dentro de estas etapas, los autores destacan la *"dictación de la Resolución Exenta N°667 de la FNE del 24 de noviembre de 2016, que fijó los umbrales de las letras a) y b) del artículo 48 del Título IV del DL 211 ("Resolución de Umbrales") y del Decreto Supremo N°33 del Ministerio de Economía de 01 de marzo de 2017 que aprueba el Reglamento sobre la Notificación de una Operación de Concentración (Reglamento de Notificación)"*⁵, así como también la aplicación práctica del referido sistema de control de operaciones de concentración⁶ que, al 31 de diciembre de 2022 comprendía 338 notificaciones presentadas y resueltas conforme al procedimiento establecido en el DL 211.

2. Operaciones de concentración que deben notificarse

El DL 211 establece en su artículo 48 la obligación de las partes de una operación de concentración de notificar ante la FNE, en forma previa a su perfeccionamiento, las operaciones de concentración que produzcan efectos en Chile y que cumplan determinados requisitos copulativos, a saber:

2 El proyecto de ley despachado por la presidenta Michelle Bachelet en 2015 mediante el Boletín N°9950-03 recogía recomendaciones y sugerencias contenidas en el Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia, así como también recomendaciones contenidas en el Informe del secretariado de la OCDE: Evaluación del régimen de control de concentraciones en Chile, julio de 2014.

3 José Muñoz Solís, "Elementos para el análisis de operaciones de concentración sujetas a control preventivo", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°56 (2021), p. 146.

4 Juan Cristóbal Gumucio y Cristóbal Lema A., "Análisis crítico del nuevo sistema de control de operaciones de concentración" en *Nuevo régimen de Libre Competencia* (Santiago, Rubicón Editores, 2022), pp. 120-122.

5 Gumucio y Lema, "Análisis crítico del nuevo sistema de control de operaciones de concentración", 120.

6 Gumucio y Lema, "Análisis crítico del nuevo sistema de control de operaciones de concentración", 121.

Que la suma de las ventas en Chile de los agentes económicos que proyectan concentrarse haya alcanzado, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifique la notificación (Ventas Conjuntas), montos iguales o superiores al umbral establecido mediante resolución dictada por el Fiscal Nacional Económico⁷.

- i. Que, en Chile, por separado, al menos dos de los agentes económicos que proyectan concentrarse hayan generado ventas, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifique la notificación (Ventas Individuales), por montos iguales o superiores al umbral establecido mediante resolución dictada por el Fiscal Nacional Económico.
- ii. Así, las partes de la operación de concentración tendrán que necesariamente notificar a la FNE antes del perfeccionamiento de dicha operación, siempre que tanto las Ventas Conjuntas de ellas como sus Ventas Individuales superen los umbrales establecidos por la FNE.

3. Umbrales establecidos por la FNE

Originalmente, junto con la puesta en marcha del mecanismo de notificación de operaciones de concentración, la FNE estableció un umbral de Ventas Conjuntas de UF 1.800.000 y Ventas Individuales de UF 290.000. Sin embargo, el año 2018, la FNE decidió aumentarlos. Lo anterior se materializó por medio de la Resolución Exenta N°157, de fecha 25 de marzo de 2019, que aumentó el umbral de Ventas Conjuntas a UF 2.500.000 y el de Ventas Individuales a UF 450.000. Esto equivale a un incremento de alrededor de un 40% y 55%, respectivamente.

Cabe tener presente que, respecto del aumento de los umbrales, *“El Fiscal [Ricardo Riesco, ex Fiscal Nacional Económico] explicó que los nuevos montos consideran las prácticas internacionales en la materia y la experiencia acumulada durante los casi dos años que lleva operando el sistema. Respecto al cambio, aseguró que “con estos nuevos umbrales, ninguna de las operaciones que implicaron medidas en el pasado hubiera quedado fuera. Este ajuste permite que ingresen al sistema aquellas operaciones de concentración que realmente tienen la potencialidad de reducir sustancialmente la libre competencia”⁸.*

En consecuencia, el aumento de umbrales respondió a la necesidad de limitar lo más posible las notificaciones de operaciones de concentración que deben ser conocidas por la FNE a aquellas susceptibles de afectar *sustancialmente* la competencia en el mercado relevante respectivo. Por lo anterior, se deja fuera del control preventivo a aquellas operaciones de concentración que, en atención al tamaño de los agentes económicos involucrados medido según Ventas Individuales y Ventas Conjuntas, simplemente carecen de la entidad suficiente para producir efectos relevantes en el mercado a juicio de la propia FNE.

En definitiva, con el aumento de umbrales se busca que las operaciones de concentración que puedan afectar la competencia sean revisadas previo a su materialización y aquellas que no, idealmente no pasen por el control de la FNE. Esa sería la situación ideal, la solución eficiente. Como ha señalado Caviedes, *“En consecuencia, un buen sistema de control de fusiones debe ser capaz de impedir las operaciones anticompetitivas y, al mismo tiempo, permitir las procompetitivas sin imponer costos administrativos excesivos”⁹.*

Ahora bien, a más de 4 años del aumento de umbrales por la FNE ¿ha logrado dicha medida su propósito? Del análisis del número de operaciones de concentración notificadas y revisadas por la FNE, entre los años 2017 y 2022, 210 operaciones han sido aprobadas pura y simplemente¹⁰. En consecuencia, el 89% de las

7 Para efectos de la dictación de la resolución que fija los umbrales se entenderá como equivalente la FNE y el Fiscal Nacional Económico.
8 Fiscalía Nacional Económica, *FNE eleva umbrales que determinan la notificación de operaciones de concentración y abre consulta sobre reglamento del sistema* (2019), <https://www.fne.gob.cl/fne-eleva-umbrales-que-determinan-la-notificacion-de-operaciones-de-concentracion-y-abre-consulta-sobre-reglamento-del-sistema/>.
9 Cristóbal Caviedes Paúl, “Control de fusiones y nueva guía para el análisis de operaciones de concentración: lo positivo, lo que falta y lo que sólo el legislador puede solucionar”, *Revista Ius et Praxis*, N°2 (2014), 2.
10 Información obtenida conforme al buscador de jurisprudencia del Centro Competencia UAI, <https://centrocompetencia.com/jurisprudencia/>.

operaciones de concentración que fueron notificadas a la FNE en dicho periodo constituyen operaciones de concentración que nunca fueron susceptibles de reducir sustancialmente la competencia en sus mercados relevantes respectivos. En lo que respecta al sector eléctrico, para este mismo periodo de tiempo, 15 operaciones¹¹ de concentración han sido notificadas. Todas ellas han sido aprobadas pura y simplemente.

Es importante tener presente al respecto que, según lo expuesto por el ex Fiscal Nacional Económico, el presupuesto anual destinado a la división de fusiones de la FNE va a la baja, lo cual hace especialmente necesario el uso responsable y eficiente de los recursos¹². Lo anterior nos plantea el desafío de reflexionar acerca de los filtros utilizados actualmente para que una operación de concentración sea revisada la FNE.

Las modificaciones normativas recientes —adoptadas en abril de 2023— de la Comisión Europea¹³, en aras de la simplificación de los procedimientos de revisión de concentraciones, dan cuenta que el problema de una excesiva rigurosidad a nivel de control de las autoridades en materia de libre competencia constituye un problema global y generalizado, y no una anomalía propia del caso chileno, que encarece innecesariamente los costos de transacción entre agentes económicos¹⁴.

En los siguientes capítulos, se realiza un análisis crítico de los aspectos en que creemos hay espacio para perfeccionamiento en la implementación del mecanismo de notificación de operaciones de concentración, buscando compatibilizar tres grandes principios, todo esto desde la óptica del sector eléctrico:

- i) La defensa de la Libre Competencia;
- ii) Disminución de los costos de transacción innecesarios; y,
- iii) El uso eficiente de los recursos públicos.

Previo a ello, se expondrá brevemente sobre el mercado eléctrico nacional.

III. SOBRE EL MERCADO ELÉCTRICO NACIONAL

El mercado eléctrico nacional está compuesto por tres segmentos claramente identificables y con sus características distintivas: generación, transmisión y distribución de energía eléctrica. A continuación, haremos una breve caracterización de dichos segmentos, que sirve como contexto general para entender de mejor manera el objeto del presente artículo.

1. Generación

El segmento de generación es aquel cuyo objeto es la producción de energía eléctrica para su inyección al Sistema Eléctrico Nacional (SEN)¹⁵. El parque generador en Chile está compuesto por diversas tecnologías, ya sea

11 FNE, Informes de aprobación Rol F91-2017, Rol F107-2017, Rol F114-2018, Rol F144-2018, Rol F154-2018, Rol F219-2019, Rol F255-2020, Rol F277-2021, Rol F281-2021, Rol F303-2021, Rol F310-2022, Rol F316-2022, Rol F322-2022, Rol F325-2022, Rol F329-2022.

12 Centro Competencia UAI, *Día de la competencia FNE 2022: Balance del Fiscal y Nuevas Tendencias en Fusiones* (2022), <https://centrocompetencia.com/dia-de-la-competencia-fne-2022/>.

13 Nos referimos al nuevo Reglamento de ejecución por el que se aplica el Reglamento (CE) N°139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas y deroga el Reglamento (CE) N°802/2004 de la Comisión; la Comunicación sobre la tramitación simplificada de determinadas operaciones de concentración; y la Comunicación sobre la remisión de documentos a la Comisión. Las reformas incluyeron una ampliación de los tipos de concentraciones susceptibles de acogerse al procedimiento simplificado, una agilización la revisión de operaciones de concentración —tanto simplificadas como no simplificadas—, así como una simplificación del proceso de notificación mediante la posibilidad de presentar las notificaciones por medios electrónicos en lugar de papel.

14 Centro Competencia UAI, *La Comisión Europea simplifica su proceso de revisión de operaciones de concentración* (2023), <https://centrocompetencia.com/la-comision-europea-simplifica-su-proceso-de-revision-de-operaciones-de-concentracion/>.

15 Para efectos de este artículo se comprenden dentro del SEN el antiguo Sistema Interconectado Central (SIC) y el antiguo Sistema Interconectado del Norte Grande (SING), que concentra el 99,32% de la capacidad instalada total del país a agosto 2023. No nos referiremos a los sistemas medianos, definidos en el artículo 173 de la Ley General de Servicios Eléctricos como aquellos "sistemas eléctricos cuya capacidad instalada de generación sea inferior a 200 megawatts y superior a 1.500 kilowatts", entre los que se encuentra el Sistema de Aysén (SEA) y el Sistema de Magallanes (SEM), entre otros.

térmica, solar, hidroeléctrica, eólica, o geotérmica¹⁶. La generación de electricidad “opera bajo el supuesto de la libre competencia y con libre acceso a las redes de transmisión y distribución para comercializar su producción”¹⁷. Es decir, existe un régimen de acceso abierto que permite la libre entrada de actores a este segmento del mercado. Las empresas generadoras pueden participar en el *mercado spot*¹⁸, o bien, a través de contratos de suministro para el abastecimiento de clientes libres o regulados, mediante los denominados contratos de suministro de energía y potencia (“PPA”, por sus siglas en inglés¹⁹). La coordinación y programación de las empresas generadoras en particular, y del SEN en general, corresponde por ley al Coordinador Eléctrico Nacional (Coordinador).

2. Transmisión

El segmento de transmisión “corresponde a aquellas instalaciones con tensión superior a 23 kV con libre acceso y calificadas como de servicio público^{20/21} y que permiten “comercializar la producción de las empresas de generación de modo que los clientes sean abastecidos (...)”²². En definitiva, el segmento de transmisión permite el transporte de energía eléctrica desde las unidades generadoras hacia las zonas de distribución o clientes libres en que dicha energía será retirada del SEN y, en última instancia, consumida.

Este segmento se encuentra, a su vez, dividido en subsegmentos: transmisión nacional, transmisión zonal, sistemas de transmisión dedicados, sistemas de transmisión para polos de desarrollo y sistemas de conexión internacional. Cada segmento de transmisión de servicio público constituye un monopolio natural²³, razón por la cual se trata de mercados regulados. Incluso, existe una obligación de giro exclusivo para las sociedades que operan en dicho segmento, conforme al artículo 7 de la Ley General de Servicios Eléctricos (LGSE).

3. Distribución

Finalmente, el segmento de distribución de electricidad es aquel “destinado esencialmente a entregar el suministro a clientes regulados dentro de una zona territorialmente identificable que le permite el desarrollo de sus actividades, así como el emplazamiento de su infraestructura y adaptaciones necesarias”²⁴. Se trata de un servicio público prestado en una zona de concesión determinada. Al igual que en la transmisión, el segmento de distribución posee características de monopolio natural, siendo un mercado regulado y existiendo asimismo obligación de giro exclusivo para las sociedades que posean concesiones de servicio público de distribución de electricidad.

IV. ANÁLISIS CRÍTICO AL ACTUAL SISTEMA DE NOTIFICACIÓN DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

A continuación, elaboramos un análisis del funcionamiento que ha tenido el sistema de notificación de operaciones de concentración, enfocado en las operaciones que involucran empresas que participan del mercado eléctrico nacional.

16 Unidad de Monitoreo de la Competencia del Coordinador Eléctrico Nacional, *Informe Monitoreo de la Competencia en el Mercado Eléctrico 2022* (2023), <https://www.coordinador.cl/wp-content/uploads/2023/04/Informe-Monitoreo-2022.pdf>, 8.

17 Mauricio Olivares Araya, *Simetría. El mercado eléctrico nacional: historia, coordinación, regulación e institucionalidad* (Santiago, Editorial Universidad de Santiago de Chile, 2020), 55.

18 El mercado principal en el que participan las empresas generadoras de energía se denomina *mercado spot* o Mercado de Corto Plazo, que de acuerdo al Capítulo 2 del Título IV del Decreto Supremo N° 125 de 2017 del Ministerio de Energía que aprueba el Reglamento de la Coordinación y Operación del Sistema Eléctrico Nacional, dice relación con la compra y venta de energía entre generadores en función del costo marginal de la generación de energía. Para ello, el Coordinador Eléctrico Nacional valoriza las inyecciones y retiros que hacen los distintos generadores en orden a cumplir con los compromisos con sus clientes de acuerdo al costo que tiene para el sistema la generación de una unidad adicional de energía eléctrica. A este ejercicio mensual se le denomina balance de inyecciones y retiros, el cual es realizado por el Coordinador Eléctrico Nacional y consiste en la valorización de las inyecciones de energía de las empresas, respecto de sus retiros.

19 “PPA” son las siglas de lo que en inglés se denominan “Power Purchase Agreements”.

20 Se excluyen del concepto de servicio público las líneas dedicadas, las cuales de todas formas tienen obligación de acceso abierto, pero más limitada. Dicha distinción escapa del alcance del presente trabajo.

21 Olivares Araya, *Simetría. El mercado eléctrico nacional: historia, coordinación, regulación e institucionalidad*, 61.

22 Ídem.

23 Unidad de Monitoreo de la Competencia del Coordinador Eléctrico Nacional, *Informe Monitoreo de la Competencia en el Mercado Eléctrico 2022* (2023), <https://www.coordinador.cl/wp-content/uploads/2023/04/Informe-Monitoreo-2022.pdf>, 17.

24 Olivares Araya, *Simetría. El mercado eléctrico nacional: historia, coordinación, regulación e institucionalidad*, 63.

1. Las operaciones de concentración pueden ser beneficiosas para la libre competencia

Existe muchas veces un sesgo por el que intuitivamente se tiende a asociar las operaciones de concentración con conductas anticompetitivas y que, al incrementarse la participación de mercado de un determinado actor en el mercado relevante, necesariamente ello afectará de manera negativa la competencia en dicho mercado. Especialmente, en lo que refiere a mercados digitales, en el último tiempo, el análisis a nivel europeo ha tendido a partir de una premisa de sospecha en relación a las operaciones de concentración, independiente de las participaciones de mercado de los agentes objeto de la operación²⁵. Sin embargo, como ha señalado Coloma Ríos, ***“las operaciones de concentración son positivas para el desarrollo de una sana y vigorosa economía de mercado, pues en muchos casos permiten incrementar la eficiencia de las empresas a través del aprovechamiento de sinergias y ahorros de costos. Esto, a su vez, redundará en beneficios para los consumidores cuando dichas eficiencias les son efectivamente traspasadas”***²⁶.

En el mismo sentido, Walker ha sostenido que, *“While all (horizontal) mergers will have some effect on competition, they can also result in efficiencies in production, transactions costs or research and development”*²⁷. Así, si bien toda concentración afectará necesariamente la competencia, esa afectación puede ser positiva para el mercado.

En definitiva, lo que sucede es que una mayor participación de mercado de un agente económico no necesariamente acarreará un mayor poder de mercado tal que le permita producir efectos negativos en la competencia. El poder de mercado puede ser entendido como la *“capacidad de una empresa (o de un grupo de empresas actuando conjuntamente) de elevar el precio por encima de niveles competitivos, sin que disminuyan sus ventas tan rápido que el aumento del precio no resulte rentable y deba ser revertido”*²⁸. En un sentido similar, la Comisión Europea ha señalado que el poder de mercado es *“la capacidad que tiene una empresa para subir los precios por encima de sus costos marginales de manera rentable”*²⁹. Una mayor participación de mercado es indiciaria de un mayor poder de mercado, pero no existe una relación necesaria entre ambos conceptos.

Un mercado puede ser igual o incluso más competitivo con un menor número de participantes, siempre que dicha reducción en el número de competidores no genere una concentración excesiva de poder de mercado. Por lo tanto, en principio, y previo a que se verifique tal circunstancia, las operaciones de concentración no son per se perjudiciales para la libre competencia.

En consecuencia, es la existencia de verdadero poder de mercado —y no participación de mercado— la que determina la eventual o potencial posibilidad de que un actor afecte con su actuar la competencia en el mercado relevante de que se trate. En el caso del mercado eléctrico nacional, el mercado relevante no solamente estará determinado por el segmento o subsegmento de que se trate, sino que también por otros aspectos, sobre todo en atención al mercado relevante geográfico. Asimismo, existen problemas de integración horizontal/vertical entre empresas que participan en distintos segmentos del mercado que pueden eventualmente afectar la competencia, pese a las prohibiciones legales a dichas integraciones establecidas en la LGSE.

25 Centro Competencia UAI, *Evaluación ex post: 25 años de control de fusiones europeo* (2022), <https://centrocompetencia.com/evaluacion-ex-post-25-anos-fusiones-europeo/>.

26 Fernando Coloma Ríos, “Fijación de Umbrales de Notificación de Operaciones de Concentración en Chile”, FNE fija umbrales para consulta obligatoria de operaciones de concentración, Fiscalía Nacional Económica (2016), https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/umbrales_operaciones_concentracion.pdf, 2.

27 Jill Walker, “Economic analysis in merger investigations”. Global Forum on Competition, OECD (2020), [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2020\)6/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2020)6/en/pdf), 5. La traducción libre de la cita es la siguiente: “Si bien todas las fusiones (horizontales) tendrán algún efecto en la competencia, también pueden resultar en eficiencias en la producción, costos de transacciones o investigación y desarrollo”.

28 William Landes y Richard Posner, “Market power in antitrust cases”, *Harvard Law Review*, Vol. 94, N°5 (1981), 61.

29 Comisión Europea, *Glossary of terms used in EU competition policy* (2002), https://ec.europa.eu/translation/spanish/documents/glossary_competition_archived_en.pdf, 31.

A continuación, se analizan los aspectos que consideramos discutibles del sistema de notificación de operaciones de concentración en el marco del mercado eléctrico nacional.

2. Las ventas no parecen ser el mejor criterio para definir qué operaciones requieren control previo por la FNE

El mercado relevante puede ser entendido como *“un producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado”*³⁰.

Una vez identificado el mercado relevante en materia eléctrica, para efectos de afirmar si una operación de concentración tiene el potencial de ser perjudicial para la libre competencia, un primer punto de partida en el análisis de las autoridades es el cálculo del poder de mercado que gozan los agentes económicos que pretenden fusionarse.

Es aquí donde estimamos existe un problema conceptual en el actual enfoque del mecanismo de notificación basado en umbrales según ventas, atendido que, dependiendo del caso, **las ventas que haya tenido una empresa eléctrica el año anterior no serán representativas de la participación de mercado ni del poder de mercado de dicha empresa**. Es decir, las ventas no son una herramienta adecuada para determinar la posibilidad de afectar la competencia que tenga un actor en el mercado eléctrico nacional.

Si bien en términos generales este criterio puede parecer correcto, en el caso concreto de las empresas eléctricas se produce una distorsión, toda vez que, debido a la estructura del mercado, aun cuando no existan grandes márgenes, las ventas de las partes de la operación probablemente en la mayoría de los casos superarán los umbrales establecidos para su notificación. En este sentido, el problema en el caso del mercado eléctrico nacional viene dado porque, en palabras simples, todos los números son grandes. Las empresas parte de la operación tienen un gran poder económico, los activos de los proyectos objeto de la operación tienen valores elevados, y las sociedades titulares de los proyectos —al menos aquellos que ya se encuentran en operación— tienen ventas cuantiosas. En consecuencia, y como ha ocurrido en la práctica, las empresas eléctricas tienden a cumplir con los umbrales según ventas, lo cual implica que deban necesariamente ser notificadas a la FNE para su revisión, por más baja que sea su participación de mercado.

Prueba irrefutable de lo anterior viene dada por las operaciones de concentración que han sido notificadas en la materia, el análisis que la FNE ha realizado a su respecto y las conclusiones a las que ha arribado para, en definitiva, aprobar todas aquellas operaciones de forma pura y simple en el periodo estudiado³¹. El procedimiento de notificaciones y los umbrales que establecen el criterio para que una operación sea revisada hoy en día implican, en la práctica, que deban ser controladas operaciones que, en nuestra opinión, no afectan en lo más mínimo la competencia en el mercado eléctrico, como a continuación pasamos a exponer.

2.1. El mercado eléctrico nacional es un mercado sumamente regulado

Como hemos venido exponiendo, el mercado eléctrico nacional es un mercado altamente regulado debido a las características de servicio público que tienen la distribución y transmisión de energía y la relevancia que dicho servicio público tiene para la sociedad³².

30 Subgerencia de Planificación del Coordinador Eléctrico Nacional, *Informe Verificación de Posibles Congestiones en Instalaciones de Transmisión Zonal por Inyección de PMGD. Artículo 14° - Norma Técnica de Conexión y Operación PMGD (2023)*, <https://www.coordinador.cl/develop/documentos/estudios-de-planificacion/estudio-de-verificacion-de-congestiones-en-transmision-zonal-por-inyeccion-de-pmgd/2023-estudio-de-verificacion-de-congestiones-en-transmision-zonal-por-inyeccion-de-pmgd/mayo/>, 20.

31 Ver nota al pie 13 supra.

32 Si bien el segmento de generación de energía no es un mercado regulado por no gozar de características de monopolio natural, sí existe

En efecto, la misma FNE ha reconocido esta circunstancia con ocasión de la revisión de operaciones de concentración entre empresas eléctricas: *“la Fiscalía ha analizado con anterioridad la posibilidad de que una operación que involucre segmentos de generación y transmisión podría provocar riesgos de que la entidad fusionada, aun en el contexto de alta regulación, lleve a cabo un bloqueo, mediante una estrategia de sabotaje”*³³. En dicha ocasión, pese al riesgo de bloqueo mediante sabotaje, la autoridad concluyó recomendar aprobar pura y simplemente la operación, al no tratarse de una concentración apta para reducir sustancialmente la competencia en el mercado.

Por otra parte, la FNE también ha sostenido que *“frente a la existencia [sic] regulación sectorial, el análisis de competencia debe efectuarse, necesariamente, a la luz de la normativa aplicable y así determinar si la regulación es o no capaz de constreñir a la entidad regulada o bien, si o [sic] le confiere algún grado de autonomía para afectar dichas variables y la competencia”*³⁴.

La intensa regulación del mercado naturalmente disminuye los riesgos de que se produzcan limitaciones, restricciones o entorpecimientos a la libre competencia —o hechos, actos o convenciones que tiendan a producir dichos efectos—. Si bien eso no implica que no puedan cometerse infracciones a la libre competencia, ciertamente el riesgo disminuye. Y es justamente ese riesgo disminuido, dado por la regulación del mercado, lo que justifica que el examen competitivo de la FNE se realice ex post y no a priori, pues muy probablemente el examen previo no prenda las alarmas, como ha ocurrido hasta ahora. A continuación, analizamos la jurisprudencia de la FNE en la materia.

2.2. Las operaciones de concentración revisadas por la FNE han sido aprobadas pura y simplemente

Como se mencionó anteriormente, ha habido 15 operaciones de concentración en el sector eléctrico que cumplieron con los umbrales para su notificación, pero aparentemente no se trató de concentraciones peligrosas para la competencia en el mercado eléctrico nacional, habida consideración de la decisión de la FNE en dichos casos. Al respecto, existen dos casos que merecen ser destacados para ilustrar que, a pesar de superarse los umbrales según ventas fijados por la FNE, el análisis competitivo arrojó conclusiones inequívocas en el sentido de que la concentración notificada no era apta para afectar sustancialmente la competencia.

El primer caso es el Informe de aprobación de la FNE de *“Adquisición de control en Alba S.A. y otras por parte de ENGIE Energía Chile S.A.”*³⁵. En dicha ocasión, la FNE concluyó que *“el perfeccionamiento de la Operación implica un aumento de la concentración de mercado por debajo de los umbrales establecidos en la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración de mayo de 2022 de esta Fiscalía (“Guía”), bajo cualquier definición de mercado relevante plausible. Además, no concurren circunstancias especiales contempladas por la Guía que ameriten un análisis más detallado de los efectos de la Operación. Por lo tanto, es posible concluir que la Operación no generaría una reducción sustancial de la competencia en el mercado de generación eléctrica en el SEN, bajo cualquier definición plausible”*³⁶. Así, aun habiéndose superado los umbrales según ventas, la variación del índice de Herfindahl – Hirschman en el mercado de generación de energía eléctrica fue de menos de 6 puntos.

El segundo caso es el Informe de aprobación de la FNE de *“Adquisición de Terraform Power y otros por Orión US Holdings 1 L.P.”*³⁷, donde la autoridad estimó que la operación no generaba cambios en la estructura del

abundante regulación a su respecto, especialmente en la entrada al mercado por medio del régimen de acceso abierto y las solicitudes que en su virtud deben realizarse al Coordinador, así como durante la operación de las plantas conectadas al SEN, que deben informar al Coordinador sus costos variables y se sujetan a la programación de despacho que determina el Coordinador .

33 *Adquisición de control en Alba S.A. y otras por parte de ENGIE Energía Chile S.A.* FNE Rol F329-2022, Informe de aprobación (2022), par. 26.

34 *Adquisición de control en Enel Transmisión Chile S.A. por parte de Sociedad Transmisora Metropolitana SpA*, FNE Rol F325-2022, Informe de aprobación, par. 41.

35 *Adquisición de control en Alba S.A. y otras por parte de ENGIE Energía Chile S.A.* FNE Rol F329-2022, Informe de aprobación (2022).

36 *Adquisición de control en Alba S.A. y otras por parte de ENGIE Energía Chile S.A.* FNE Rol F329-2022, Informe de aprobación (2022), par. 24. Lo destacado es nuestro.

37 *Adquisición de Terraform Power y otros por Orión US Holdings 1 L.P.*, FNE Rol F91-2017, Informe de aprobación.

mercado de generación, debido a que Orión derechamente no participaba en dicho mercado. Por ello, no existía traslape horizontal alguno. Por otra parte, respecto a los riesgos asociados a un traslape vertical producto de la alta participación de mercado que Transelec S.A. tenía en el segmento de transmisión, la FNE concluyó que *“a pesar de que la participación de Transelec es alta, su actuar en el mercado se encuentra altamente regulado en diversas disposiciones legales y reglamentarias. Así, **la regulación, según veremos, hace improbable la materialización de las conductas potencialmente anticompetitivas identificadas**”*³⁸.

Bajo esta lógica, si la regulación sectorial hace improbable la materialización de conductas anticompetitivas en el segmento de transmisión, no parece razonable ni eficiente que una operación de concentración de esa índole haya debido ser notificada en un principio. En este sentido, es poco probable que el análisis de la autoridad hubiera variado en sus conclusiones, al ser improbable la ejecución de ilícitos anticompetitivos en ese caso. Luego, pareciera ser más acertado, en caso de ser necesario, realizar exámenes correctivos de las conductas de las entidades fusionadas, una vez que se materializa la operación.

Lo relevante, a la hora de analizar una operación de concentración, es determinar cómo quedará compuesto el mercado una vez que ésta se perfeccione. Así, se hace patente que nuestro sistema de notificaciones no parece estar aprehendiendo correctamente las características del mercado eléctrico, al encarecer y ralentizar excesiva e innecesariamente estas operaciones. Por tanto, no se ve la necesidad de obligar a efectuar dichas notificaciones, dado que, por el tamaño de los proyectos y la regulación propia del mercado eléctrico, simplemente no tienen la entidad para afectar negativamente la competencia en el mercado relevante.

2.3. ¿Umbrales diferenciados?

Si bien los umbrales han sido fijados por el Fiscal Nacional Económico vía resolución, lo cierto es que ello ha sido realizado en cumplimiento de un mandato legal contenido en el artículo 48 del DL 211. Así, el problema identificado en los párrafos anteriores en cuanto las ventas del año anterior como criterio para gatillar el control preventivo de la concentración, no es un defecto de la autoridad, sino un problema normativo. En virtud de lo anterior, consideramos que un cambio en la regulación podría ser recomendable, en el sentido de otorgar mayores atribuciones a la FNE a la hora de fijar los criterios que activen el control preventivo obligatorio de operaciones de concentración. De esta manera, parece razonable la existencia de umbrales diferenciados determinados por la FNE, que tomen en cuenta las características propias de los distintos mercados que analizan.

En el caso preciso del mercado eléctrico nacional, podría adoptarse un umbral que tome en consideración, además de las ventas del año anterior —ventas que deben considerar los volúmenes y envergadura propios de la industria—, la participación de mercado de los agentes a concentrarse, y la exhaustiva regulación que existe respecto de los distintos segmentos en que se divide el mercado.

Por último, el mercado eléctrico nacional es un caso especial dada la presencia de un ente regulador experto en el tema que, además, monitorea constantemente la competencia en dicho mercado³⁹. La FNE podría recibir la asistencia del Coordinador en aquellos temas especialmente técnicos propios de la industria eléctrica

38 *Adquisición de Terraform Power y otros por Orión US Holdings 1 L.P.*, FNE Rol F91-2017, Informe de aprobación, par. 33. Lo destacado es nuestro. Transelec S.A. contaba con una participación de 40% en el SIC, medido según longitud de líneas de transmisión.

39 La LGSE en su artículo 72°-10 otorga expresamente al Coordinador la responsabilidad de monitorear la competencia en los distintos sectores que componen el SEN. Al efecto, dicha norma señala que *“[c]on el objetivo de garantizar los principios de la coordinación del sistema eléctrico, establecidos en el artículo 72°-1, el Coordinador monitoreará permanentemente las condiciones de competencia existentes en el mercado eléctrico.*

En caso de detectar indicios de actuaciones que podrían llegar a ser constitutivas de atentados contra la libre competencia, conforme las normas del Decreto con Fuerza de Ley N°1, del año 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, el Coordinador deberá ponerlas en conocimiento de la Fiscalía Nacional Económica o de las autoridades que corresponda.”.

nacional. Habiendo analizado exhaustivamente el criterio de ventas como gatillante de las notificaciones de concentración a la autoridad, a continuación, revisamos ciertos criterios empleados por la FNE para medir la participación de mercado que, a nuestro juicio, merecen ser revisadas.

3. Sobre la forma en que la FNE mide la participación de mercado.

3.1. Segmento de generación: capacidad instalada y mercado relevante geográfico

En las notificaciones de operaciones de concentración en el segmento de generación recientes, la FNE ha medido la participación de mercado de las generadoras según su capacidad instalada, considerando como mercado relevante geográfico al SEN —esto es, el Sistema Interconectado Nacional, que va desde Arica a Chiloé—, que es donde se inyecta la energía generada⁴⁰. Sin embargo, para poder transportar la energía inyectada, es necesario el correcto funcionamiento de los segmentos de transmisión y distribución.

Por otra parte, el Coordinador⁴¹ ha señalado que, atendido que los segmentos de transmisión y distribución gozan de características propias de monopolios naturales y se encuentran altamente regulados, el segmento de generación sería el único en el que existe libertad de entrada al mercado, en virtud del régimen de acceso abierto consagrado en la LGSE. Pese a esta libertad de entrada al mercado, el Coordinador ha hecho presente que, existiendo, por ejemplo, dos plantas de generación separadas por un sistema de transmisión o distribución congestionado, esas generadoras no compiten en el mismo mercado relevante geográfico, por cuanto ***“la capacidad para transmitir energía se encontraría limitada por tal congestión y, por ende, la energía que una unidad generadora inyectare al sur de dicho punto no podría sustituir lo inyectado por un generador al norte de este y viceversa, no pudiendo satisfacer la misma demanda, por lo que pertenecerían, en consecuencia, a diferentes mercados relevantes geográficos”***⁴².

En definitiva, existe una discrepancia en cuanto a la capacidad competitiva de los actores en el segmento de generación, siendo las interpretaciones de la FNE y el Coordinador diversas. Respecto al mercado relevante geográfico en el segmento de generación, la FNE ha interpretado que se trata del SEN, mientras que el Coordinador estima que no debe generalizarse de esa forma, sino que dependerá de la capacidad que exista para transportar la energía generada e inyectada.

Existen elementos que la FNE, como ente encargado de la defensa y promoción de la libre competencia en general, —y no respecto de un mercado en particular— no está tomando en consideración en su análisis competitivo, como son las restricciones de infraestructura que ocurren en la transmisión y distribución de energía, circunstancias ajenas a la generación pero que afectan directamente su comercialización.

Creemos que la participación del Coordinador —un ente técnico experto en el sector eléctrico que además realiza un constante monitoreo de la competencia en tal sector— en la determinación de los criterios para definir la intensidad competitiva en el sector no es solo recomendable, sino que también necesaria para un correcto análisis competitivo en la materia. Independiente de cuál sea la interpretación correcta en cuanto al mercado relevante geográfico en el segmento de generación, podría ser provechoso que la FNE tomara en consideración

40 FNE, Informes de aprobación Rol F91-2017, Rol F107-2017, Rol F154-2018, Rol F219-2019, Rol F255-2020, Rol F303-2021, Rol F310-2022, Rol F322-2022, Rol F329-2022, entre otros.

41 Unidad de Monitoreo de la Competencia del Coordinador Eléctrico Nacional, *Informe Monitoreo de la Competencia en el Mercado Eléctrico 2022* (2023), <https://www.coordinador.cl/wp-content/uploads/2023/04/Informe-Monitoreo-2022.pdf>, 8.

42 Unidad de Monitoreo de la Competencia del Coordinador Eléctrico Nacional, *Informe Monitoreo de la Competencia en el Mercado Eléctrico 2022* (2023), <https://www.coordinador.cl/wp-content/uploads/2023/04/Informe-Monitoreo-2022.pdf>, 20-21.

las recomendaciones u observaciones que el Coordinador —que conoce el mercado eléctrico— haga al respecto. Últimamente, si bien la FNE ha solicitado información y declaraciones a las autoridades competentes en el mercado eléctrico dentro de su proceso investigativo⁴³, la caracterización del mercado aun adolece de imprecisiones que podrían evitarse con una mayor injerencia y una participación activa de entidades como el Coordinador.

3.2. Segmento de transmisión: participación de mercado según V.A.T.T. y agregación de participación zonal

La transmisión en su segmento de servicio público, como hemos adelantado, goza de características de monopolio natural, por lo cual se trata de un mercado regulado. En notificaciones recientes, la FNE ha señalado que el análisis competitivo de operaciones de concentración relativas al segmento de transmisión debe distinguir dos aspectos distintos: competencia *por* el mercado y competencia *en* el mercado. Nos abocaremos a la segunda de ellas.

En cuanto a la competencia *en* el mercado, la FNE ha adoptado dos posturas que no parecen tomar en consideración las características del mercado de transmisión: i) la consideración del Valor Anual de la Transmisión por Tramo (VATT) como herramienta para medir la participación de mercado⁴⁴; y, ii) la consideración de las distintas zonas de transmisión de manera agregada a nivel nacional.

En primer lugar, la FNE ha analizado la participación de mercado utilizando el VATT como unidad de medida. El VATT está compuesto por la anualidad del valor de inversión del tramo (AVI), más los costos anuales de operación, mantenimiento y administración del tramo respectivo (COMA), ajustados por los efectos de impuestos a la renta (AEIR). Lo anterior se determina conforme establece el Título III del Reglamento de Calificación, Valorización, Tarifación y Remuneración de las Instalaciones de Transmisión contenido en el Decreto N° 10 del Ministerio de Energía del año 2019.

El AVI se calcula a partir de la vida útil de cada una de las instalaciones que componen los tramos, determinada por la CNE, y la tasa de descuento que considera la tasa de rentabilidad, el riesgo de la inversión y un premio por el riesgo. Es decir, el cálculo del AVI —uno de los componentes del VATT— depende de la vida útil y la tasa de descuento de cada una de las instalaciones que componen cada tramo del sistema de transmisión. Dicha tasa de descuento, de acuerdo al artículo 118° de la LGSE, no puede ser inferior al 7% ni superior al 10%. Lo anterior, respecto a las redes ya existentes.

Dichos valores son revisados cada cuatro años por la CNE, de manera que reflejen el valor actual de las redes. Por su parte, para el caso de obras nuevas u obras de expansión de redes existentes, el VATT se calcula en base al AVI ofertado por la empresa que se adjudica las obras de expansión u obras nuevas en el proceso de licitaciones llevado al efecto, sin que, por tanto, aplique lo anteriormente expuesto respecto a las instalaciones ya existentes.

En consecuencia, la vida útil y tasa de retorno varían dependiendo de la instalación respectiva. Esto implica que, para tramos en que existan instalaciones de un tipo⁴⁵, cantidad⁴⁶, vida útil y tasa de retorno determinado, el VATT será completamente distinto a aquel calculado para un tramo en que existan instalaciones de otro tipo, más o

43 Particularmente en operaciones FNE Rol F303-2021 y Rol F325-2022. Ambos roles corresponden a operaciones de concentración entre empresas transmisoras. Sin embargo, y según se explicará en la sección 3.2. siguiente, la forma en que se calcula la participación de mercado no parece ser la más adecuada.

44 *Adquisición de control en Enel Transmisión Chile S.A. por parte de Sociedad Transmisora Metropolitana SpA*, FNE Rol F325-2022, Informe de aprobación (2022). Este criterio también ha sido utilizado en otros casos como FNE Rol F255-2020 y FNE Rol F219-2019.

45 Las instalaciones de transmisión pueden variar en su tecnología, tensión, características físicas, entre otras.

46 Nos referimos a la longitud de las líneas eléctricas y la cantidad de elementos que componen la instalación (cables, torres, subestaciones, alimentadores, etc.).

menos en cantidad, cuya vida útil y tasa de retorno pueden variar. Se trata de factores que varían sustancialmente entre tramos y, por tanto, entre los distintos tramos de los sistemas de transmisión zonal o nacional.

Dicho de otra forma, el VATT se calcula para cada tramo en particular, por lo que el VATT puede variar incluso entre las instalaciones que forman parte de un mismo sistema zonal de transmisión. Lo anterior implica que no es posible hacer una comparación representativa del mercado, a partir del VATT, entre instalaciones de transmisión que sean del mismo tipo, pero se ubiquen en distintas zonas geográficas.

A modo de ejemplo, dos instalaciones de transmisión idénticas en cuanto a sus características físicas, esto es, que gocen de la misma longitud de líneas, misma cantidad de instalaciones de transmisión —subestaciones, transformadores, etc.— y misma capacidad de transmisión, pueden tener un VATT completamente diferente si las instalaciones de una son más antiguas —y, por tanto, tienen una menor vida útil y AVI— que las de la otra.

Lo anterior se traduce en que pueden existir diferentes actores del mercado que transmitan cantidades idénticas de energía, incluso en las mismas zonas geográficas de transmisión, y, sin embargo, a ojos de la FNE, tendrán distintas participaciones de mercado. Por otra parte, la FNE ha incurrido en otra práctica que, en nuestra opinión, no constituye un mecanismo adecuado para medir la participación en el mercado de la transmisión eléctrica y los efectos de una determinada operación en ese mercado en particular.

En efecto, la FNE ha adoptado la participación de mercado geográfico agregada a nivel del SEN como un criterio determinante para la decisión de aprobar o no una operación de concentración notificada, conforme a los artículos 47 y siguientes del DL 211. Esto quiere decir que la FNE exige que se informe la participación de mercado de las entidades notificantes y sus grupos empresariales en los distintos sistemas de transmisión zonal —que son 6 divididos geográficamente⁴⁷— y que dichas participaciones se sumen para así tener una representación de cuánta —supuesta— participación tienen esas entidades a nivel nacional.

Consideramos, sin embargo, que esta metodología es equívoca, pues no representa de forma efectiva la posibilidad que tienen los sistemas de transmisión de afectar la libre competencia en el mercado. Por ejemplo, por una parte, puede ocurrir que una entidad notificante tenga un gran porcentaje de participación —ya sea en base a VATT u otro mecanismo— en una zona de transmisión determinada, pero que no participe —o participe muy poco— en las demás zonas de transmisión. Por otra parte, una empresa puede tener pequeñas participaciones en todas o la mayoría de las zonas de transmisión.

En ambos casos, si agregamos la participación zonal a nivel nacional, tendremos una pequeña participación de mercado. Esto indicaría que, en principio, la operación no presentaría riesgos de afectaciones a la competencia en el mercado. Sin embargo, en nuestra opinión, cuando la participación es elevada en una zona de transmisión específica, existiría la capacidad de afectar la competencia en esa localidad, ya que, al aumentar su poder de mercado, aumenta la posibilidad de ejercer conductas exclusorias que limiten el acceso abierto o conductas anticompetitivas dentro de procesos de licitación, las cuales podrían no ser percibidas por la FNE al considerarse la participación en el segmento zonal agregado a nivel nacional. En contraste con lo anterior, en aquellos casos donde la participación es relativamente pequeña en varias zonas de transmisión, el examen de la FNE no arrojará alertas, sin perjuicio de que aquello puede ser peligroso competitivamente a nivel nacional.

47 El segmento de transmisión zonal se divide geográficamente en seis sistemas: (a) Sistema A incluye las Regiones de Arica y Parinacota, de Tarapacá y de Antofagasta (salvo por su extremo sur); (b) Sistema B, comprende el extremo sur de la Región de Antofagasta, y las Regiones de Atacama y de Coquimbo, así como también la parte norte de la Región de Valparaíso; (c) Sistema C comprende la parte sur de la Región de Valparaíso y el extremo poniente de la Región Metropolitana; (d) Sistema D abarca casi la totalidad de la Región Metropolitana (salvo por sus extremos poniente y sur); (e) Sistema E abarca desde el extremo sur de la Región Metropolitana hasta la Región de la Araucanía; y, finalmente (f) Sistema F abarca las Regiones de Los Ríos y de Los Lagos (salvo por su extremo surorientado).

V. CONCLUSIONES

Si bien el actual mecanismo de notificación de operaciones de concentración constituye una herramienta útil para proteger la libre competencia, desde nuestra perspectiva, merece una revisión en varios aspectos. Lo anterior, toda vez que, dada su rigidez, no sería capaz de incorporar las particularidades de cada mercado al momento de analizar las potenciales afectaciones a la libre competencia.

En primer lugar, el establecimiento de umbrales fijos con independencia del tamaño de cada mercado hace que haya operaciones que, aun cuando superen dichos umbrales, no necesariamente sean susceptibles de afectar la competencia en un mercado en concreto, considerando las características del mismo. A nuestro juicio, esto supone un aumento innecesario en los tiempos y costos de transacción. Dos operaciones de concentración que involucren empresas con ventas similares pueden tener efectos radicalmente distintos dependiendo de los mercados relevantes en que participen unas y otras. En mercados intensivos en inversión, como los de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica, operaciones que representan un porcentaje muy menor del mercado a nivel nacional deben compulsivamente someterse a este proceso. Una alternativa es que la FNE establezca umbrales diferenciados, que consideren el tamaño e inversiones involucrados en cada mercado.

En el caso del mercado eléctrico nacional, será del caso considerar, además de ventas *ad hoc* al volumen de inversiones propias de la industria, la participación de mercado de los actores a concentrarse en forma previa a la notificación. También debe considerarse, antes del control, el nivel de regulación presente en el mercado, y el alcance que esta tiene para disminuir posibles infracciones a la libre competencia por parte sus participantes.

Asimismo, consideramos que muchas veces la definición del mercado relevante geográfico no es la adecuada. En el caso de la generación eléctrica, la FNE suele considerar al SEN como un solo gran mercado geográfico. Sin embargo, debido a restricciones en la transmisión y distribución de energía, la realidad es que generadoras ubicadas en distintos puntos del SEN no necesariamente competirán entre sí. Mientras existan limitaciones en el transporte de energía eléctrica —ya sea sistemas de transmisión o redes de distribución—, parece más razonable que el análisis competitivo a realizar tome en consideración las directrices y opiniones expertas de la Unidad de Monitoreo de la Competencia del Coordinador.

Lo mismo sucede en el caso de la transmisión, donde la competencia se mide nivel de todo el SEN, sin considerar los subsistemas de transmisión que lo componen. Actualmente, la FNE no parece tomar en cuenta el hecho de que las entidades que participan en la transmisión puedan estar concentradas a nivel regional. Sumado a esto, pareciera ser que, a criterio de esta autoridad, empresas que cuenten con una participación moderada en distintas zonas podrían ser un riesgo para la competencia, aun cuando exista presión competitiva desde los otros participantes de la zona.

Lo anterior nos lleva a concluir que es necesaria una mayor participación de los organismos reguladores especializados del mercado eléctrico en los procesos de notificación. El conocimiento experto del mercado eléctrico ayudaría a hacer un análisis más eficiente de las operaciones de concentración, que permita enfocarse en aquellos puntos más sensibles para la competencia en la industria. En mercados altamente regulados, la búsqueda de la defensa de la libre competencia puede llegar afectar negativamente el desarrollo de estos, poniendo trabas innecesarias a transacciones potencialmente beneficiosas para los consumidores, sin que por ello disminuya la competencia entre los diversos actores del mercado.

Urge incentivar una mayor participación de los organismos técnicos reguladores en los procedimientos de notificación de operaciones de concentración. Particularmente, el aporte de la Unidad de Monitorio de la Competencia del Coordinador, organismo altamente especializado al cual la ley le encarga supervigilar la

competencia del mercado eléctrico nacional, podría sofisticar y agilizar los análisis de la FNE, reduciendo el costo y tiempo de estas operaciones. En palabras de Von Chrismar, *“es necesario que exista un mecanismo de coordinación regulatoria, de manera de evitar decisiones inconsistentes, pronunciamientos incompletos; o incluso falta de certeza por parte de los actores de la industria eléctrica acerca de ciertos temas atendido el no pronunciamiento de las distintas agencias, por falta de coordinación”*⁴⁸.

Esperamos que estas reflexiones sirvan de base para una discusión más amplia. Casos similares al del mercado eléctrico podrían perfectamente darse en otros mercados, como, por ejemplo, el de las concesiones de obras públicas, servicios sanitarios u otros mercados cuyas particularidades podrían no estar siendo reconocidas adecuadamente en el análisis de operaciones de concentración.

48 Andrea Von Chrismar Medina, “Coordinación regulatoria en el sector eléctrico chileno y función de monitoreo de la competencia”, *Investigaciones CeCo* (junio, 2023), <http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>, 6.

BIBLIOGRAFÍA

Caviedes Paúl, Cristóbal: “Control de fusiones y nueva guía para el análisis de operaciones de concentración: lo positivo, lo que falta y lo que sólo el legislador puede solucionar”, *Revista Ius et Praxis*, N°2 (2014), pp. 357-374.

Centro Competencia UAI, Día de la competencia FNE 2022: *Balance del Fiscal y Nuevas Tendencias en Fusiones* (2020), Disponible en: <https://centrocompetencia.com/dia-de-la-competencia-fne-2022/>.

Centro Competencia UAI, *La Comisión Europea simplifica su proceso de revisión de operaciones de concentración* (2023), Disponible en: <https://centrocompetencia.com/la-comision-europea-simplifica-su-proceso-de-revision-de-operaciones-de-concentracion/>.

Centro Competencia UAI, *Evaluación expost: 25 años de control de fusiones europeo* (2022), Disponible en: <https://centrocompetencia.com/evaluacion-expost-25-anos-fusiones-europeo/>.

Coloma Ríos, Fernando: “Fijación de Umbrales de Notificación de Operaciones de Concentración en Chile” (2016). Disponible en: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/umbrales_operaciones_concentracion.pdf.

Muñoz Solís, José: “Elementos para el análisis de operaciones de concentración sujetas a control preventivo”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°56 (2021), pp. 145-184.

Juan Cristóbal Gumucio y Cristóbal Lema A., “Análisis crítico del nuevo sistema de control de operaciones de concentración” en *Nuevo régimen de Libre Competencia* (Santiago, Rubicón Editores, 2022), pp. 119-201.

William Landes y Richard Posner, “Market power in antitrust cases”, *Harvard Law Review*, Vol. 94, N°5 (1981), pp. 937-996 (trad. Valery Vicente Valcárcel y Mario Zúñiga Palomino).

Olivares Araya, Mauricio: *Simetría. El mercado eléctrico nacional: historia, coordinación, regulación e institucionalidad* (Santiago, Editorial Universidad de Santiago de Chile, 2020).

Von Chrismar Medina, Andrea: “Coordinación regulatoria en el sector eléctrico chileno y función de monitoreo de la competencia”, *Investigaciones CeCo* (junio, 2023). Disponible en: <http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>.

Walker, Jill: “Economic analysis in merger investigations”. Global Forum on Competition, OECD (2020) Disponible en: [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2020\)6/en/pdf](chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2020)6/en/pdf).



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:

Ignacio Allende Santa Cruz y Gonzalo A. Pérez Páez, "Reflexiones sobre el mecanismo de notificación de operaciones de concentración en Chile, *una mirada desde el sector eléctrico*", *Investigaciones CeCo* (noviembre, 2023),

<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