

Guía	Comentario	Observación
<u>I.1. Marco analítico</u>	Contrafactual y planes de expansión de los competidores	
	<p>Se señala que, de acuerdo con la Guía, al analizar las operaciones de concentración, la FNE tomará en cuenta los planes de expansión que proyectaban las partes que se concentran, pero que no se tomaría igualmente en cuenta los planes de expansión de los competidores de las partes que se concentran, cuestión que se sugiere incluir.</p>	<p>En la Guía se afirma que <i>“Por regla general, el análisis que se hace de una operación de concentración busca comparar los niveles de competencia de un escenario en que intervienen las empresas que buscan concentrarse y el que tendría lugar tras la concentración”</i>.</p> <p>Cuando dos empresas se concentran, lo habitual es que las operaciones reemplacen los planes de expansión de las empresas involucradas. Por lo mismo, es usual que los planes de expansión de las empresas concentradas integren el contrafactual, pero no el escenario proyectado. En cambio, los planes de expansión de los competidores, cuando sean suficientemente probables y oportunos, están contemplados en el escenario proyectado con o sin fusión.</p>
	Carácter de las Resoluciones del TDLC	
	<p>Se sostiene que, de acuerdo con la Guía, quienes ejecuten o celebren operaciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, o que tiendan a producir dichos efectos <i>“sin contar con una resolución aprobatoria...”</i>. El comentario afirma que el término <i>aprobatoria</i> sugiere que se trata de un procedimiento de autorización, por lo que proponen cambiar aprobatoria por favorable.</p>	<p>Acogido.</p>
	Competidor potencial	
	<p>Sugiere puntualizar qué entiende la FNE por competidor potencial, agregando que, en el extremo, cualquiera puede ser considerado un competidor potencial.</p>	<p>Acogido. Ver nueva nota al pie número 4.</p>

	<p>Se señala que el objetivo de determinar la existencia de “competidores potenciales” no debiese ser determinante para dar inicio a una investigación o para intervenir un proceso de concentración, sino que sólo para una caracterización del mercado en caso que exista concentración.</p> <p>El comentario sugiere tratar a los potenciales entrantes del modo en que asertivamente, según estima, lo hace la guía de los Estados Unidos de Norteamérica al tratar lo que llama “<i>rapid entrants</i>” como partícipes del mercado (§ 5.1).</p>	<p>Los competidores potenciales pueden ejercer presión competitiva actual sobre los incumbentes, y su remoción puede disminuir los niveles de competencia en el mercado, de ahí que se prevea la posibilidad de iniciar investigaciones en relación a la adquisición de competidores potenciales. El punto, en cualquier caso, ha sido tratado con mayor detalle en la versión final de la Guía.</p> <p>En cuanto a la referencia a la Guía de EE.UU., parece pertinente recordar que la misma contempla (como, por lo demás, lo hace la gran mayoría de las Guías) la posibilidad de evaluar como operaciones de concentración la adquisición o fusión con un competidor potencial (ver § 1, § 5.3.)</p>
	Eficiencias y constricciones competitivas	
	<p>Sugiere aclarar el concepto de constricciones competitivas utilizado en la página 8, que se emplea para definir cuándo una operación otorga, refuerza o incrementa el poder de mercado. Agrega que una entidad fusionada que alcanza eficiencias a partir de una operación de concentración podría interpretarse que enfrenta menores constricciones competitivas, sin que ello quiera decir que reduce la competencia u otorga poder de mercado.</p>	<p>Es precisamente por ello que al análisis del eventual aumento de poder de mercado y sus posibles efectos se añade una evaluación de los contrapesos a los riesgos, entre los cuales se encuentran las eficiencias de la operación.</p> <p>De todos modos, la disminución de constricciones competitivas se entiende como la disminución de intensidad competitiva, tal que permita afectar alguna de las variables competitivas, y no como la posibilidad de tener mayores ganancias. El contexto en el que término es utilizado aclara suficientemente el significado que se le da.</p>
	Posibilidad de que una operación contravenga las disposiciones del DL 211	

	<p>Según la Guía, una operación infringe o puede infringir las disposiciones del DL 211 cuando otorga, refuerza o incrementa el poder de mercado. Un comentarista señala que en su <i>“opinión y conforme a nuestra Constitución y legislación actual, no es posible que una operación de Concentración suponga en sí misma per se una infracción a las normas de libre competencia, salvo que una ley lo regule así expresamente”</i>.</p>	<p>En primer lugar, de acuerdo con nuestra legislación resulta anticompetitivo todo hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia o que tienda a producir dichos efectos. El listado de conductas contenido en el artículo 3° del DL 211 no se refiere a las operaciones de concentración, pero es un punto absolutamente pacífico que tal listado no tiene carácter taxativo. En este sentido, en la medida en que una operación de concentración constituya un hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia o que tienda a producir dichos efectos, la misma será contraria a la legislación de competencia.</p>
		<p>En cuanto a las críticas de constitucionalidad, cabe recordar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 19 n° 21 de la CPR, se asegura el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que respete las normas legales que la regulan. En este sentido, la FNE entiende que las operaciones de concentración que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia o que tiendan a producir esos efectos vulneran las normas legales que regulan la actividad económica, y por tanto no constituyen un ejercicio legítimo del derecho a desarrollar cualquier actividad económica. Ahora, como determinar qué operaciones infringen la normativa de libre competencia –que, insistimos, regula toda actividad económica– suele ser una cuestión compleja, nuestra legislación ofrece a los particulares la opción de obtener seguridad jurídica respecto de la adecuación de una operación proyectada con el bien jurídico libre competencia, empleando para ello el mecanismo contemplado en el artículo 18 N° 2 del DL 211.</p>

	<p>Agrega luego que <i>“La forma en que la Guía en Consulta Pública entiende a las operaciones de concentración, contraviene lo antes dicho, toda vez que lleva implícita la declaración de que toda concentración, por el hecho de significar necesariamente un aumento en el poder de mercado de las empresas concentradas, atenta contra la libre competencia”</i>.</p>	<p>En seguida, en cuanto a que <i>“toda concentración, por el hecho de significar necesariamente un aumento en el poder de mercado de las empresas concentradas, atenta contra la libre competencia”</i>, no podemos sino atribuir el comentario a una errada comprensión del concepto poder de mercado.</p>
	<p>Según el comentario, <i>“la única forma de que una operación de concentración en si misma infrinja las disposiciones del DL 211 sería aquella en que las empresas que participan de tal operación y que por tanto ven incrementado su poder de mercado, tengan por fin único y exclusivo abusar de éste una vez obtenido...”</i>.</p>	<p>Según opinión de esta Fiscalía, ni las disposiciones del DL N° 211 ni la reiterada jurisprudencia y práctica de nuestros Tribunales permite concluir en forma alguna que el análisis de operaciones de concentración consista en determinar si el fin único y exclusivo de las partes en una operación de concentración es abusar del poder de mercado que con ella eventualmente obtienen.</p>
	<p>Señalan que el ejercicio de un poder de mercado tampoco es sancionable per se por el DL 211; lo que la ley sanciona es el abuso de dicho poder.</p>	<p>La Guía no sostiene, en sentido alguno, que el ejercicio del poder del mercado con que cuente una empresa sea una conducta contraria a la legislación vigente. Aún más, es lo que cualquier agente racional está supuesto a hacer en tales circunstancias.</p> <p>Lo que la guía afirma en cambio, es que las operaciones de concentración que restrinjan, impidan o entorpezcan la libre competencia, o tiendan a producir dichos efectos resultan contrarias al DL 211, tal como sucede con cualquier otro hecho, acto o contrato que se ejecute o celebre. En este orden de cosas, una operación que otorgue o tienda a otorgar poder de mercado (sea porque tal es el resultado de la supresión de la competencia entre las partes, sea porque los incentivos a competir de los actores del mercado se reducen), puede constituir un hecho, acto o contrato contrario a la libre competencia.</p> <p>Como sucede con algunos comentarios anteriores, el error consiste en equiparar posición de dominio y</p>

		<p>poder de mercado, en entender que el enunciado genérico del artículo 3° se reduce a las conductas luego enumeradas y en entender que el control de concentraciones se reduce exclusivamente a prevenir los atentados enumerados en tales literales.</p>
<u>I.2. Análisis</u>		
I.2.1. Caracterización de la operación	Concepto de operación de concentración	
	<p>Dos comentarios sugieren introducir una definición más acabada de operación de concentración, agregando, entre otras cosas, cuándo pueden constituir operaciones de concentración para efectos del análisis un <i>joint venture</i>, la adquisición de activos o de porcentajes minoritarios en la participación de una empresa.</p>	<p>La nueva Guía establece la siguiente definición de Operación de Concentración: <i>“En términos generales, las operaciones de concentración son actos o convenciones que tienen por objeto o efecto que dos o más entidades económicas independientes entre sí pasen a conformar una sola entidad, a tomar decisiones en forma conjunta o a integrar un mismo grupo empresarial.”</i>, señalando luego que <i>“La FNE entiende por operación de concentración o concentración, las fusiones, las adquisiciones de acciones, las adquisiciones de activos, las asociaciones y, en general, los actos y convenciones que tienen por objeto o efecto que dos o más empresas económicamente independientes entre sí pasen a conformar una sola empresa, a tomar decisiones en forma conjunta o a integrar un mismo grupo empresarial”</i>.</p> <p>La definición que entrega la Guía se refiere al cambio de incentivos que se opera cuando, mediante algún arreglo contractual, dos entidades económicas que actuaban de forma independiente alinean sus incentivos para maximizar de manera conjunta sus beneficios. Dicha definición se fundamenta en conceptos económicos.</p> <p>No se intentó realizar un catálogo de los mecanismos legales mediante los cuales puede producirse el cambio de incentivos mencionado, en parte debido al régimen</p>

		<p>de consulta voluntaria en que se encuadra el análisis de operaciones, que permite a las empresas evaluar por sí mismas los riesgos de la operación, sin necesidad de que se les entregue un listado taxativo de mecanismos legales que pueden generarlos. Por otra parte, la natural creatividad de los agentes del mercado dificulta la realización de un listado completo.</p> <p>Con todo, para efectos de clarificar el punto, se han introducido algunas variaciones menores a la definición de operación de concentración contenida en la Guía.</p>
<p>I.2.2. Mercado relevante</p>	<p>Críticas a la menor importancia relativa que se otorga a la definición de los mercados</p>	
	<p>Critica que la Guía relativice la importancia de la definición del mercado relevante, pues <i>“dicho análisis es básico para evaluar las condiciones de competencia del mercado en cuestión, puesto que define aspectos tales como participaciones de mercado, concentración y desafiabilidad inherentes y necesarios para todo análisis de competencia”</i>.</p>	<p>La Guía no desconoce la importancia de la definición de mercado relevante. En efecto, señala <i>“la Fiscalía define los mercados relevantes en una amplia mayoría de los casos que analiza, y aun cuando no lo haga considera siempre en algún punto las alternativas con que los consumidores pueden reemplazar los productos ofrecidos por las partes que se concentran”</i>. Sin perjuicio de ello, añade que <i>“La FNE define los mercados relevantes con el objetivo de proveer un marco para el análisis de los efectos competitivos de una operación de concentración”</i> y que <i>“El objetivo último del análisis de las operaciones de concentración consiste en determinar efectos, y no en definir mercados relevantes”</i>.</p> <p>La tendencia a descansar menos en elementos estructurales como predictores del desempeño competitivo del mercado es una cuestión que suscita un relativo consenso. En esa senda, y siguiendo la experiencia nacional y comparada, la FNE estima de la mayor importancia aclarar que el objetivo del análisis es ver los más probables efectos competitivos de una operación, para lo que la estructura de mercado suele</p>

		<p>ser una guía, pero no un fin.</p> <p>Por lo demás, la definición de mercados relevantes es una forma de probar sustitución y competencia entre diversos productos en distintas áreas geográficas. Tal como afirma la Guía, que la FNE –en condiciones especiales– no utilice una definición del mercado relevante no quiere decir en sentido alguno que dejará de considerar sustitución y competencia entre productos.</p>
	Definición del mercado relevante y sustitución desde el punto de vista de la oferta	
	Sugiere considerar la sustitución desde el punto de vista de la oferta como un criterio para la definición del mercado relevante	La nota al pie N°5 de la Guía responde la objeción.
	Herramientas cuantitativas para la definición del o los mercados relevantes	
	Sugieren precisar las herramientas cuantitativas que la FNE anuncia emplear al definir mercados relevantes.	Las herramientas cuantitativas que pueda utilizar la FNE para la definición de mercados relevante pueden variar según la disponibilidad de datos y las particularidades del mercado en que la concentración tenga lugar. De todas formas, las herramientas que se utilicen para este efecto serán aquellas que –dadas las limitaciones del caso– reflejen mejor los principios desarrollados en la guía. Esto puede suponer, pero en caso alguno se agota en, correlaciones de precios, estimación directa de sustitución, análisis de pérdida crítica, experimentos naturales, estudios de mercado realizado en el contexto nacional o para países comparables o jurisprudencia previa nacional o extranjera.
I.2.3. Participaciones de mercado	Periodo a utilizar para medir las participaciones de mercado	
	Sugieren establecer el periodo temporal que es	Acogido.

	considerado para establecer participaciones de mercado en torno a las ventas monetarias.	
I.2.4. Concentración y umbrales	Umbrales fijados	
	Varios comentarios critican los umbrales de concentración fijados para descartar un mayor análisis, la mayoría de los cuales hace hincapié en que las economías pequeñas suelen necesitar de mercados más concentrados para funcionar de modo eficiente.	<p>La presente Guía ha aumentado considerablemente los umbrales en relación a su anterior versión.</p> <p>Asimismo, debe tenerse en consideración que el análisis estructural es una aproximación preliminar a los riesgos anticompetitivos de la operación. Por lo mismo, no debe perderse de vista que la FNE los utiliza para descartar mayor análisis y no suponen, por sí solos, una aproximación terminante a los efectos competitivos de una operación.</p> <p>En fin, la mayoría de los comentarios que aludieron al tamaño de nuestra economía para justificar que nuestros umbrales debiesen ser más altos, hicieron comparación con economías de mayor tamaño y de umbrales similares. Sin embargo, existen también ejemplos de economías de mayor tamaño que la chilena con umbrales, al menos en algunos tramos, inferiores a los fijados por la Guía, como es el caso de Australia, Irlanda, la Unión Europea o el Reino Unido.</p>
	Excepciones a los umbrales	

	<p>Diversos comentarios critican las reglas que hacen excepción a los umbrales, señalando –entre otras cosas– que carecen de objetividad y restan certeza.</p>	<p>Las excepciones que contempla la Guía a los umbrales son concretas y, en opinión de la FNE, no restan certeza al análisis de operaciones de concentración. Por otra parte, el análisis estructural es una aproximación preliminar a los riesgos anticompetitivos de la operación que solo puede servir para descartar mayor análisis si es que no existen otras características evidentes en el mercado que hagan presumir que los cambios en los índices de concentración no reflejan el cambio de incentivos competitivos de las empresas.</p> <p>En fin, cabe mencionar que las legislaciones comparadas que han establecido umbrales sustantivos consideran casi en todos los casos la posibilidad de revisar las operaciones que caen bajo los mismos si es que concurren determinadas circunstancias.</p>
	<p>Sugiere que la excepción a los umbrales basada en indicios o evidencia pasada de coordinación responde a meras sospechas, que podrían vulnerar la presunción de inocencia.</p>	<p>En primer lugar, las decisiones que tome la FNE siguiendo la Guía no son (ni pueden en sentido alguno ser) disposiciones que obliguen, declaren o nieguen posiciones jurídicas de terceros. Las opiniones de la FNE no pueden declarar culpable o inocente a sujeto alguno. Esto es reservado en nuestro ordenamiento institucional a los Tribunales.</p> <p>En segundo lugar, el criterio señalado hace excepción a un umbral establecido para descartar mayor análisis, por lo que los resultados de su utilización (desarrollar un mayor análisis) menos aún podrían suponer una vulneración a la presunción de inocencia.</p>

		Por último, la evidencia que provee, por ejemplo, el comportamiento oligopolístico en un determinado mercado, puede constituir información de la mayor importancia a la hora de analizar los posibles efectos de una operación de concentración en un determinado mercado y, por tanto, la FNE no puede pasarla por alto sin comprometer la función que la ley le encomienda.
I.2.5. Condiciones de Entrada al Mercado	Barreras a la entrada	
	Señala que no hay consenso en la literatura respecto de que las economías de escala y los costos hundidos representen barreras a la entrada, representando más bien costos necesarios para desafiar a los incumbentes. Se recibió un comentario similar al anterior, pero negando la falta de consenso, y afirmando que “ <i>la gran mayoría de la doctrina</i> ” contradice la visión de la Guía. Dicho comentario cita al efecto a un autor nacional. Otros comentarios señalan que la definición de barreras de entrada empleados en la Guía resulta demasiado amplia.	Como afirma uno de los comentarios (y niega otro), no existe consenso en la literatura respecto a si las economías de escala y los costos hundidos representan barreras a la entrada, siendo las dos definiciones más difundidas la de Joe Bain (1956) ¹ y la de George Stigler (1968) ² . La primera, define las barreras de entrada en términos de sus efectos (la posibilidad de los incumbentes de mantener rentas sobre normales), definición que por lo general considera las economías de escala y los costos hundidos como barreras de entrada. Lo anterior por cuanto son características de la industria que por sí solas o combinadas con otras características pueden permitir a los incumbentes mantener rentas sin incentivar entradas al mercado. Por otra parte, la definición de George Stigler busca definir las barreras de entrada por sus características principales, antes que por sus consecuencias. Así, las define en términos de las ventajas competitivas de las firmas incumbentes respecto a las entrantes, lo cual

¹ La definición de Bain, se podría traducir del siguiente modo: “Una barrera de entrada es cualquier ventaja competitiva de las firmas establecidas en una industria por sobre potenciales entrantes, lo que se refleja en que las firmas incumbentes puedan elevar sus precios por encima de los niveles competitivos sin atraer nuevas empresas a entrar en el industria”.

² La definición de George Stigler, se podría traducir del siguiente modo: “Una barrera de entrada es un costo de producción (en algún o todos los niveles de producción) que debe ser financiado por firmas que intentan entrar a una industria pero que no incurrieron las firmas ya establecidas”.

		<p>comúnmente no permite considerar a las economías de escala y a los costos hundidos como barreras de entrada, si es que dichas características o dificultades de entrada también las debieron enfrentar los incumbentes al momento de entrar.</p> <p>Al respecto, esta Fiscalía considera que, en el contexto de la Guía, el análisis de las condiciones de entrada al mercado se utiliza para evaluar si existe probabilidad de entrada en un plazo acotado, no siendo suficiente contrapeso a los riesgos anticompetitivos el hecho que, eventualmente, dichos efectos puedan disiparse en un plazo extenso.</p> <p>De este modo, importa más al análisis de la FNE si las economías de escala y los costos hundidos pueden retardar o impedir una entrada que discipline a los incumbentes en el corto plazo, que la discusión teórica de si constituyen o no barreras a la entrada.</p> <p>Por lo hasta aquí dicho, y sin que ello pueda bajo ningún respecto interpretarse como una opción de la FNE por la definición de Stigler, se ha decidido tratar las economías de escala como factores que pueden alterar las condiciones de una entrada oportuna y suficiente, y no como una barrera a la entrada propiamente tal. Así, por ejemplo, la existencia de economías de escala puede potenciar el efecto de barreras de entrada como la lealtad de marca.</p> <p>Respecto a los costos hundidos, éstos serán considerados en el análisis de la FNE como barreras de entrada por cuanto la magnitud de los mismos afecta el nivel de eficiencia del mercado, permitiendo a los incumbentes mantener rentas sobrenormales debido a dicha ventaja respecto a sus potenciales competidores, lo cual es consistente con la definición de barrera de entrada adoptada en la Guía.</p>
--	--	--

	Tiempo	
	Se comentó desde dos perspectivas el plazo de 2 años establecido por la FNE como un umbral tolerable para una entrada oportuna. Por un lado, se señaló que en la experiencia de otras agencias el establecimiento de plazos a este respecto habría resultado muy específico, restando flexibilidad para adaptarse a las condiciones del caso. Por otro, se señaló que la introducción de este plazo no se habría justificado suficientemente.	El plazo de dos años establecido en la Guía tiene por objeto ilustrar que la posibilidad de entrada suficiente a un mercado sólo podrá atenuar los riesgos identificados por la FNE en la medida en que dicha entrada tenga un grado de inminencia comparable con aquéllos. Evidentemente, el plazo referido podrá ser mayor o menor dependiendo del tipo de producto, la dinámica del mercado y la naturaleza del riesgo identificado. Por eso la enunciación del plazo se acompaña de la frase “En principio”.
I.2.6. Efectos sobre la competencia	Riesgos ex ante y conductas sancionables ex post	
	Un comentario critica la referencia que hace la Guía a que los riesgos coordinados incluyan conductas que no necesariamente serían reprochables en por el derecho de la libre competencia en otros escenarios, señalando que habría un efecto anticompetitivo no sancionable ex post.	Hay que distinguir. Como señalamos en la Guía, y reiteramos en respuesta a un comentario anterior, las operaciones de concentración pueden, como hechos, actos o convenciones que son, impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o tender a producir esos efectos. Por lo mismo, su ejecución o celebración puede ser contraria a las normas de la libre competencia. En opinión de esta Fiscalía, el texto legal no exige que el impedimento, la restricción o el entorpecimiento sean sancionables como conductas autónomas (que el control de concentraciones sólo ayudaría a prevenir), sino tan solo que la ejecución o celebración de unos hechos, actos o convenciones produzcan esos efectos o (aún más claro) los tiendan a producir.
	Un comentario sugiere elevar el estándar para dar por acreditados los riesgos de coordinación, señalando que se estará en presencia de los mismos cuando haya una alta probabilidad de colusión. Lo anterior es justificado aludiendo a las facultades intrusivas con que cuenta la	El comentario, como otros respondidos anteriormente, entienden el control de operaciones de concentración exclusivamente como una forma de prevenir la posterior realización de las conductas descritas en los literales del artículo 3 del DL N° 211, obviando que las

	FNE para detectar carteles, y en la existencia del mecanismo de delación compensada.	operaciones de concentración pueden, como hechos, actos o convenciones que son, impedir, restringir o entorpecer, ellas mismas, la libre competencia, o tender a ello.
	Factores a analizar al evaluar efectos coordinados	
	Sugieren agregar a los factores de análisis de efectos coordinados la entrada, innovación, expansión y poder de la demanda. Asimismo, sugiere considerar otros criterios recomendados por la ICN.	Agregado.
1.2.7. Contrapesos a los efectos		
	Eficiencias	
	Un comentario critica que la Guía exija a las partes acreditar las eficiencias, en parte porque supone compartir información detallada, la que las partes no querrán compartir si la operación puede ser eventualmente no aprobada.	Si la operación de concentración es motivada por eficiencias que se alcanzan y no por aumento del poder de mercado, es normal que las empresas recurran a consultores para que evalúen las ganancias de la operación. Lo anterior efectivamente podría significar un perjuicio para las empresas en caso de no realizarse la operación, e incrementa los riesgos de colusión en el mercado, razón por la cual dicho traspaso de información debe ser acotado a la evaluación que se realiza.
	Sugieren equiparar el estándar probatorio de los efectos anticompetitivos y de las eficiencias, agregando que hoy los estándares no son comparables.	La Fiscalía exige un mismo estándar para riesgos y eficiencias: alcanzar una convicción razonable de la probabilidad de ocurrencia de unos y otras. Ahora bien, los medios para alcanzar dichos estándares varían según la naturaleza de aquello que se evalúa: mientras las eficiencias suelen ser fácilmente verificables por medios cuantitativos; los riesgos pueden ser cuantificados con precisión solo en ocasiones. Por lo mismo, cuando no puedan acreditarse cuantitativamente, la FNE probablemente descartará

		<p>las eficiencias, cuestión que no necesariamente sucederá respecto de los riesgos. Ahora, lo anterior no se debe a que los estándares sean diversos, sino a que la posibilidad de acreditarlos cuantitativamente no es simétrica.</p>
	<p>Demostrar el traspaso de eficiencia a los consumidores es una cuestión compleja, y como exigencia resulta cuestionable toda vez que el aumento en la eficiencia productiva constituye igualmente una ganancia social por el menor uso de recursos escasos.</p>	<p>La Guía no exige la demostración del traspaso de las eficiencias a los consumidores. Por el contrario, cuando señala que asignará mayor valor a las reducciones de los costos de naturaleza variable es porque presume que dichos ahorros son finalmente traspasados a los consumidores en la forma de un desplazamiento de la curva de costos marginales hacia abajo (sin perjuicio de que dicho efecto puede verse revertido con el desplazamiento hacia la izquierda de la curva de ingresos marginales, como consecuencia de los riesgos detectados).</p> <p>Al igual que la mayor parte de las agencias de competencia en el mundo, la FNE adscribe al modelo de bienestar del consumidor. Lo anterior significa que la única variable de decisión en relación a una operación de concentración es si aquélla redundará en mayores precios, menos variedad o menor innovación de cara a los consumidores. Lo anterior resulta particularmente aplicable en una economía abierta, donde no existe seguridad de que las eficiencias productivas asociadas a una concentración sean reinvertidas dentro del país, requisito esencial para que se cumpla el supuesto de la pregunta.</p>
	<p>Sugiere agregar criterio temporal al determinar si las eficiencias son o no inherentes a la operación.</p>	<p>El examen respecto de si una eficiencia resulta inherente a la operación implica determinar si la misma puede ser adquirida de una forma menos lesiva para la competencia que la operación de concentración que se</p>

	analiza. Como se señala en la Guía el análisis es de “probabilidad” y no de “posibilidad”, y el elemento tiempo de materialización es uno de los factores que se toman en consideración para determinar la misma.
Sugieren agregar eficiencias dinámicas como contrapesos a los riesgos.	Remítase a lo afirmado en el punto I.2.7. de la Guía, que identifica las condiciones bajo las cuales la FNE considera las eficiencias dinámicas como contrapesos a los riesgos
El tratamiento que hace la guía de los ahorros de costos fijos invocados como eficiencias <i>“discrepa de la doctrina económica que entiende que toda disminución en la función de costos de una empresa producto de mayores eficiencias trae aparejada una rebaja en los precios a consumidor final, incluso la disminución en los mal entendidos costos fijos”</i> .	<p>La afirmación anterior implica una mirada de largo plazo, lo que no se condice con lo explicitado en la Guía en cuanto a que el análisis de los potenciales efectos asociados a una operación de concentración es, primordialmente, de corto plazo.</p> <p>Lo anterior, por cuanto una autoridad de competencia no puede tolerar un perjuicio inminente de los consumidores en aras de un beneficio potencial de largo plazo, a menos que se demuestre que aquel excede con creces el perjuicio identificado.</p> <p>En ese contexto, las reducciones de costos fijos no se entenderán como una eficiencia traspasable a los consumidores, salvo el caso de mercados donde la competencia dinámica sea muy fuerte y existan claros incentivos de las empresas de competir a través de inversiones.</p>
Empresa en crisis	

	Señala que las exigencias para dar por acreditada la defensa de empresa en crisis son demasiado altas. Que no haya sido posible encontrar otros compradores es una cuestión de precio, y que la venta de una empresa a precio de liquidación no asegura que haya un entrante viable en términos competitivos.	El análisis de una operación donde una de las empresas que se fusiona es considerada “empresa en crisis”, implica que el contrafactual para evaluar la operación, es una situación de mercado donde dicha empresa no existe y por lo mismo no compite. Resulta razonable que si se apela a dicho argumento, resulte verificable que la empresa presuntamente en crisis hubiera desaparecido o no habría podido ser adquirida por otra empresa o buscado otra opción que significara un menor riesgo anticompetitivo que la operación.
<u>II. PROCEDIMIENTO</u>	Informes y deber de coherencia	
	Solicitan que FNE declare que guardará en su labor coherencia con informes y opiniones anteriores.	El deber de coherencia e imparcialidad en los informes es un supuesto elemental del trabajo que hace la FNE. Sin perjuicio de lo anterior, las siempre cambiantes condiciones de los mercados, la evolución de los postulados de la teoría económica y los estándares que van siendo fijados por los Tribunales de Justicia, entre otros, son todos factores que reclaman cierta flexibilidad en la labor de la FNE. De esta forma, la Fiscalía no puede garantizar en su Guía que sus apreciaciones no puedan, en ocasiones, reñir con sus decisiones pasadas. Lo que sí debe esperarse, y la FNE se ha comprometido siempre con ello, es que aquellos cambios de opinión que puedan tener lugar se encuentren debidamente fundamentados.
	Incentivos para acogerse al procedimiento	
	Un comentario señala que habrían pocos incentivos para acogerse al procedimiento planteado, pues al mismo habría que sumar lo anterior hay que sumar los que	Comentario considerado para la modificación del procedimiento.

	<p>llaman “fase III”, ante el TDLC, fase que presentaría varias dificultades, pues</p> <ul style="list-style-type: none"> • Plazos también indeterminados • Decisión FNE no es oponible a terceros • Es cuestionable que una operación compleja sea aprobada por el TDLC en el contexto de un procedimiento tan acotado como el que prevé el 39 ñ) 	
	Procedimiento y facultades de la FNE	
	<p>Procedimiento propuesto en la Guía <i>“en algún aspecto, podría considerarse que invade atribuciones del TDLC”</i>.</p> <p>Nuevo procedimiento de la Guía concentra en la FNE más atribuciones de las que ostenta actualmente para evaluar operaciones de concentración. Sostienen que nuevo procedimiento podría interpretarse como un cambio en el ordenamiento institucional vigente, en la medida que sustrae del TDLC el conocimiento de las operaciones (según establece el artículo 18 n°2).</p>	<p>La FNE no está más que obligándose a ejercer sus facultades legales de un modo más previsible. El objeto del procedimiento no es regular el régimen de control de operación de concentraciones vigente, sino otorgar certeza de la forma en que la FNE procederá para formar su convicción en torno a operaciones de concentración, convicción que por ley está llamada a expresar en los procedimientos que se sigan ante el TDLC. Estas cuestiones son desarrolladas en la introducción de la Guía.</p>

	<p><i>“Ahora bien, el TDLC dentro de sus atribuciones, podría consentir en que la FNE revise operaciones que igualmente, en definitiva, quedarán sujetas a una decisión del Tribunal. Parece razonable, no obstante, que la Guía que sirva de orientación a estas actuaciones de la FNE sea explícitamente acordada por el TDLC y, por tanto, sea esencialmente modificable por éste. Ello sería consistente con la atribución del TDLC para dictar instrucciones de carácter general”.</i></p>	<p>La sugerencia de que el procedimiento que sigue la FNE para arribar a su opinión respecto de los efectos competitivos de una operación sea regulado por el TDLC a través de instrucciones generales presenta varios problemas.</p> <p>El primero es que, conforme a la ley, las instrucciones que dicte el TDLC deben ser consideradas <i>“por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren”</i>. En este sentido, la naturaleza del procedimiento variaría necesariamente, dejando de ser una autolimitación de un servicio público en aras de la seguridad jurídica de los particulares, y convirtiéndose en una verdadera regulación de la actividad económica.</p> <p>En seguida, podría involucrar problemas de orden legal, como eventuales conflictos de normas, incompatibilidad entre el rol de la FNE como responsable de velar por el cumplimiento de las instrucciones y su carácter de destinatario de las mismas, entre otros.</p>
	<p>Silencio administrativo</p>	
	<p>Solicitan agregar silencio administrativo para el caso que la FNE no se pronuncie a tiempo respecto de una operación.</p>	<p>Acogido</p>
<p>II.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN</p>	<p>Aplicación del procedimiento a operaciones materializadas o no notificadas voluntariamente</p>	
	<p>Cuestionan que procedimiento sólo sea aplicable a operaciones no materializadas.</p>	<p>El objetivo del procedimiento es otorgar reglas claras que provean incentivos para iniciar un procedimiento colaborativo de evaluación de operaciones de concentración no materializadas. Es por ello que se reconoce un beneficio a quienes voluntariamente se</p>

		acercan a la FNE para evaluar en conjunto los efectos que puedan seguirse de ellas.
	Sugieren que el ámbito de aplicación sea ampliado a las operaciones investigadas de oficio, en la medida en que éstas no se hayan materializado	Remitirse a la respuesta anterior.
II.2.1. Formas de conclusión del procedimiento		
	Declaración adicional en archivos	
	Sugiere agregar una declaración expresa de que la FNE no consultará ni requerirá ante el TDLC por operaciones cuya investigación se haya archivado, salvo que surgieran nuevos antecedentes que ameritaran un cambio en las conclusiones de la FNE.	La declaración es innecesaria, pues ese es precisamente el significado de una resolución de archivo.
	Acuerdos extrajudiciales y remedios	
	En cuanto a los acuerdos extrajudiciales, <i>“It would be helpful to describe when certain types of settlements may be considered, the possible terms of settlement, and whether structural or non-structural remedies are considered”</i> .	El asunto es tratado en la página 27 de la Guía. El tratamiento de los remedios excede el ámbito que se ha propuesto abarcar en la Guía.
II.2.3. Confidencialidad	Señalan que el plazo de confidencialidad establecido en la Guía es demasiado corto	Considerado
	Sugieren que la confidencialidad de la operación pueda	Parcialmente considerado

	mantenerse mientras la misma no se haga pública ante el mercado, en el caso de que la investigación se archive antes de iniciar la Fase I, y que las partes puedan interrumpir el procedimiento e iniciar la fase I sólo una vez que han hecho pública ante el mercado la operación.	
	<p>En cuanto a la confidencialidad, sugieren, para el caso que la Fiscalía ordene el archivo de los antecedentes finalizada la etapa preliminar, postergar la publicación de la resolución hasta que las partes materialicen la operación, si es que las partes solicitaron oportunamente su confidencialidad y ésta fue otorgada.</p> <p>En el mismo ámbito, proponen que en caso que la FNE decida iniciar la fase I, las partes puedan evitar su publicidad, absteniéndose de llevar a cabo la operación.</p>	Parcialmente considerado
	Señala que la guía trata exclusivamente de la confidencialidad del hecho de la notificación, pero nada dice respecto de la confidencialidad de la información que es aportada.	La confidencialidad de la información aportada se regirá por las reglas generales.
II.2.4. Plazos	Sugiere adaptar los tiempos a las prácticas internacionales (de 6 semanas fase I y 6 meses fase II), de modo dar previsibilidad a las partes, de permitir que los tiempos de aprobación de la operación en Chile coincidan con la aprobación de la misma en el mundo, y de forma tal de permitir a la FNE compartir información con otras agencias en etapas similares del proceso.	Parcialmente considerado. La existencia de un régimen voluntario de notificación, así como la intervención administrativa y jurisdiccional que contempla nuestra legislación hace que los estándares internacionales deban ser adaptados a la realidad local.
II.2.5. Notificaciones y comunicaciones	Sujetar comunicaciones con las partes y solicitudes de antecedentes a ley 19880, en especial art. 17, que establece derechos de las personas frente a la administración (conocer estado de tramitación, saber funcionarios a cargo, eximirse de presentar documentos inconducentes o ya en poder de la administración, acceder a actos administrativos y su motivación, etc).	El procedimiento y la legislación aplicable resguardan suficientemente estos derechos.
II.2. Notificación a la FNE de la intención de concentrarse	Sugieren aclarar qué sucede cuando la notificación de una operación no es una “notificación completa”. No se	Acogido.

	aclara si se otorga plazo a las partes o se entiende no practicada la notificación.	
II.5. Fase 2: evaluación en profundidad de la operación	Criticar que Fase II no tenga plazo, agregando que ninguno de los procedimientos que han sido tomados como referencia por la FNE tienen fases que carezcan de plazos.	Comentario considerado para rediseño del procedimiento
	Sugieren eliminar la Fase II. <i>“y a cambio de ésta, se establezca que una vez concluida la Fase I, si la FNE no archiva la causa, acuda al TDLC o invite a las partes a consultar, a menos que estime que hay una probabilidad razonable de mitigar los efectos anticompetitivos a través de un acuerdo extrajudicial en cuyo caso se dará un plazo de 30 días para alcanzar dicho acuerdo, plazo que podrá ser prorrogado de común acuerdo por las partes y la FNE”</i> .	Comentario considerado para rediseño del procedimiento
ANEXO N° 2: INFORMACIÓN REQUERIDA PARA NOTIFICAR A LA FNE UNA OPERACIÓN PROYECTADA	Sugiere aclarar si la información y los documentos solicitados deben encontrarse en castellano, si es que se requiere traducción, o si basta un resumen en castellano para los documentos que se encuentren en idioma extranjero.	Los documentos podrán remitirse en castellano o inglés, sin perjuicio que la FNE pueda solicitar traducciones adicionales durante el proceso.
	Sugieren agregar cuestiones relativas a la cooperación internacional en materia de control de fusiones.	Acogido