

Santiago, 28 de mayo de 2021

VISTOS:

1. El documento de fecha 4 de diciembre del año 2020, correlativo de ingreso N°04110-20 ("**Notificación**"), que notificó a esta Fiscalía Nacional Económica ("**Fiscalía**" o "**FNE**") la operación de concentración consistente en la adquisición de la participación accionaria de Naturgy Inversiones Internacionales S.A. Agencia en Chile ("**NII Agencia**") en Compañía General de Electricidad S.A. ("**CGE**") y de todas las participaciones accionarias de NII Agencia y CGE Magallanes S.A. (junto con NII Agencia, los "**Vendedores**") en CGE Servicios S.A. por parte de State Grid International Development Limited ("**SGIDL**", junto los Vendedores, las "**Partes**") ("**Operación**").
2. La resolución de esta Fiscalía, de fecha 17 de febrero del año 2021, que dio inicio la investigación relativa a la Operación bajo el rol FNE F255-2020 ("**Investigación**") de conformidad al inciso 3° del artículo 50 del DL 211, según se define más adelante.
3. La resolución del Fiscal Nacional Económico y el correspondiente informe elaborado por la División de Fusiones de esta Fiscalía ("**Informe**") que aprobó en forma pura y simple la Operación ("**Resolución**") de conformidad al artículo 54 letra a) del DL 211, ambos de fecha 31 de marzo del año 2021, publicados con fecha 8 de abril del presente año en el sitio web institucional de la FNE.
4. La presentación de fecha 15 de abril del año 2021, correlativo ingreso N°08314-21, por la que don Stefan Omar Larenas Riobó, en su calidad de presidente de la Organización de Consumidores y Usuarios de Chile, Asociación de Consumidores ("**ODECU**" o la "**Recurrente**"), presentó un recurso de reposición administrativo en representación de ODECU en contra la Resolución ("**Reposición**" o "**Recurso**"), en referencia al artículo 59 de la LBPA, según se define más adelante.
5. Las presentaciones de fecha 4 de mayo de 2021, ingresos correlativos N°8616-2021 y N°8620-2021, mediante las cuales las Partes solicitaron fundadamente el rechazo del Recurso.
6. Lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República.
7. Lo dispuesto en los artículos 7° y 9° del Decreto con Fuerza de Ley N°4 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo del año 2007 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Minería del año 1982, Ley General de Servicios Eléctricos ("**LGSE**") y en los numerales 34 y 36 del artículo 3° de la ley N°18.410 que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles ("**SEC**").
8. Lo establecido en los artículos 2° y 10 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia del año 2000 que fija texto refundido,

coordinado y sistematizado de la ley N°18.575, orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado (“**LOCBGAE**”).

9. Lo preceptuado en los artículos 1°, 10, 13, 15, 21, 22, 24, 37 bis, 39, 57 y 59 de la Ley N°19.880 que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado (“**LBPA**”).
10. Lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 39 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo del año 2004 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 del año 1973 y sus modificaciones posteriores (“**DL 211**”) y en su Título IV introducido por la ley N°20.945 del año 2016 que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia (“**Ley 20.945**”).

CONSIDERANDO:

I. Reposición presentada por ODECU contra la Resolución

11. Que la Reposición solicita a esta Fiscalía dejar sin efecto, reemplazar o modificar la Resolución o dictar en su reemplazo una resolución ajustada a Derecho, alegando, en primer lugar, que este Servicio no justificó las razones por las que considera que la aplicación del artículo 7° de la LGSE es competencia exclusiva de la SEC. La Recurrente sostiene que aquella es una norma cuyo bien jurídico protegido sería la libre competencia, por lo que la omisión de su aplicación en la Resolución afectaría al mercado y al interés individual, colectivo y difuso de los consumidores de servicios eléctricos en Chile¹. Lo anterior es ilustrado citando el mensaje e historia de la Ley N°19.940²⁻³ e indicando que sería el legislador quien habría dispuesto que la vulneración de la disposición implicaría, por sí misma, una vulneración a la libre competencia⁴. Como consecuencia de lo anterior, ODECU sostiene que la Resolución no cumple los requisitos mínimos exigidos por la LBPA a toda resolución, al no fundar la falta de competencia –o competencia concurrente de la Fiscalía con la SEC– de conformidad con el artículo 41 de la LBPA⁵.

¹ “La resolución administrativa impugnada no proporciona argumentos de hecho ni de derecho que permitan justificar legalmente la posición de esta agencia, en cuanto a que la aplicación del artículo 7 de la LGSE, cuyo bien jurídico protegido es la libre competencia, no constituye una competencia de la FNE. Al no proporcionar argumentos suficientes, la FNE omite pronunciarse respecto de esta norma y, como consecuencia, elude referirse a un articulado cuya inobservancia podría poner en cuestión la protección a la libre competencia, afectando así no solo al mercado, sino que a la posición del interés individual, colectivo y difuso de los consumidores de servicios eléctricos en Chile”. Reposición, pp. 5 y 11.

² Ley N°19.940, o Ley Corta I, que regula sistemas de transporte de energía eléctrica, establece un nuevo régimen de tarifas para sistemas eléctricos medianos e introduce las adecuaciones que indica a la LGSE.

³ El artículo 7° de la LGSE fue incorporado mediante el artículo 4° de la ley N°19.940 del año 2004 que regula sistemas de transporte de energía eléctrica, establece un nuevo régimen de tarifas para sistemas eléctricos medianos e introduce las adecuaciones que indica a la LGSE. Respecto del argumento de ODECU, Reposición, pp. 6 y ss.

⁴ Reposición, p. 7.

⁵ Reposición, pp. 8 y ss.

12. Que, luego, la Recurrente sostiene que la Resolución omite indicar los recursos que proceden en su contra de acuerdo al inciso cuarto del artículo 41 de la LBPA. Por último, ODECU alega que la Resolución ha sido pronunciada en contravención al deber de coordinación administrativa del artículo 37 bis de la misma norma, el cual demanda a la autoridad la remisión de antecedentes y el requerimiento de un informe para precaver conflictos de normas al dictar un acto administrativo de carácter general que tenga efectos en ámbitos de competencia de otro órgano⁶.
13. Que ODECU fundamenta detentar legitimidad activa para recurrir contra la Resolución atendida su calidad de interesada a la luz del numeral 2° del artículo 21 de la LBPA, toda vez que, no obstante no haber iniciado el procedimiento, representaría derechos que pueden resultar afectados por la Resolución. Adicionalmente, ODECU indica que el objeto de las organizaciones para la defensa de los derechos de los consumidores es la protección, información, educación, representación y defensa de los derechos de sus afiliados y consumidores que así lo soliciten, contando con facultades para la representación del interés individual, colectivo y difuso de los consumidores ante las autoridades administrativas y/o judiciales mediante las acciones y recursos que procedan⁷.

II. Improcedencia de la Reposición atendida la inconciliabilidad de la vía recursiva ordinaria de la LBPA con el procedimiento de control de operaciones de concentración del Título IV del DL 211

1. Que esta Fiscalía considera improcedente el Recurso en virtud de las modificaciones que le fueron introducidas al DL 211 por la Ley 20.945, su historia fidedigna, los principios subyacentes al procedimiento de control de operaciones de concentración y la naturaleza especial del procedimiento consagrado en el Título IV del DL 211, así como por lo dispuesto en la jurisprudencia judicial y administrativa y por las disposiciones de la LOCBGAE y la LBPA. En efecto, una interpretación integral de dichas normas y principios llevan a esta Fiscalía a concluir que, según se fundamenta más adelante, la vía recursiva ordinaria consagrada en la LBPA no es conciliable con el procedimiento administrativo que aprueba una operación de concentración.
14. Que, de conformidad con el artículo 63 N°18 de la Constitución Política, la LBPA establece las bases de los procedimientos que rigen los actos de la Administración del Estado. En particular, conforme al artículo 10 de la LOCBGAE y al artículo 15 de la LBPA, el principio de impugnabilidad determina la procedencia general de los recursos administrativos ordinarios de reposición y jerárquico contra los actos administrativos terminales y aquellos actos de mero trámite cuando hagan imposible continuar el procedimiento o produzcan indefensión, sin perjuicio de la posibilidad de accionar por vía judicial⁸.

⁶ Reposición, pp. 8 y ss.

⁷ Lo anterior de conformidad con los artículos 5 y 8 de la Ley N°19.496 que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Al respecto, Reposición, pp. 3 y ss.

⁸ "Los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley. Se podrá siempre interponer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo y, cuando

15. Que el artículo 1° de la LBPA determina su ámbito de aplicación, señalando que “[l]a presente ley establece y regula las bases del procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado. En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter de supletoria”.
16. Que la LBPA regula un procedimiento general que fija estándares que han de respetarse en cada procedimiento particular, entregando a las regulaciones sectoriales un bloque normativo central, estructura típica, principios y garantías que los configuran⁹. Por su parte, en función del objeto, de la atribución de competencias y/o de los términos o plazos propios de una materia regulada, el legislador puede establecer procedimientos administrativos especiales que regulan la forma en que actúan las diferentes autoridades para el cumplimiento de sus funciones. Así, a los actos que cuenten con regulación legal se deberá aplicar preferentemente lo dispuesto en la norma especial por sobre la regla común de la LBPA¹⁰⁻¹¹.

proceda, el recurso jerárquico, ante el superior correspondiente, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar”. Artículo 10 LOCBGAE. “[P]rincipio de impugnabilidad. Todo acto administrativo es impugnado por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico, regulados en esta ley, sin perjuicio del recurso extraordinario de revisión y de los demás recursos que establezcan las leyes especiales (...)”. Artículo 15 LBPA.

⁹ CORDERO VEGA, Luis. 2015. Lecciones de Derecho Administrativo. Santiago: Legal Publishing, pp. 352 y ss.

¹⁰ En el mismo sentido, BERMÚDEZ, Jorge. 2011. Derecho Administrativo General. 2ª edición. Santiago: Legal Publishing, p. 147. Dentro de los procedimientos donde se ha reconocido la aplicación preferente de la norma especial destaca el procedimiento de evaluación de impacto ambiental de la ley N°18.300, los procedimientos administrativos laborales sujetos a la Dirección del Trabajo y regulados en el título final del Código del ramo, junto con establecidos en el Libro I del Código Tributario para los procedimientos del Servicio de Impuestos Internos.

¹¹ La Contraloría General de la República (“**Contraloría**” o “**CGR**”) se ha pronunciado en repetidas oportunidades precisando los límites a la regla de supletoriedad de la LBPA. En particular podemos citar: a) Dictamen N°33.255 del año 2004: “*Ahora bien, para una adecuada solución a la interrogante planteada, debe hacerse presente que, tal como puede advertirse, en los preceptos antes reseñados de Ley N°18.962, se configuran procedimientos administrativos especiales, toda vez que este ordenamiento legal regula pormenorizadamente, en sus distintas fases, el sistema de acreditación y de registro de la respectiva institución de educación superior, conducentes a la dictación de un acto administrativo terminal que sanciona el reconocimiento oficial del Estado que se otorga a la nueva entidad de estudios superiores*” [...] “*Atendido lo anterior, los procedimientos a que se refiere la presentación, no se rigen por las normas de Ley N°19.880 -pues se trata de procedimientos especiales previstos en otra ley-, debiendo añadirse que tampoco cabe, respecto de la materia consultada, la aplicación supletoria de esta preceptiva*”; b) Dictamen N°3.825 del año 2005: “*Al respecto, los recurrentes sostienen, en síntesis, que atendido el carácter supletorio de Ley N°19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de la Administración del Estado, como el citado artículo 14 no indica la forma en que debe computarse el plazo de 150 días que dicha norma establece, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 25 del texto legal recién citado, el cual previene que a falta de norma expresa, los plazos de días establecidos en esa ley son de días hábiles, entendiéndose que son inhábiles los días sábados, domingos y festivos*” [...] “*Al respecto debe considerarse que según lo expresado por esta Contraloría General en su Dictamen N°33.255, de 2004, la aplicación supletoria de Ley N°19.880 a los procedimientos especiales sólo procede en la medida que resulte conciliable con la naturaleza de los mismos, ya que el objetivo de dicho cuerpo normativo es suplir los vacíos del procedimiento existente, sin afectar el normal desarrollo de las etapas o mecanismos contemplados por el precepto especial*” [...] “*Precisado lo anterior, cabe consignar que Ley N°18.892, General de Pesca y Acuicultura, y el Reglamento de Concesiones Y Autorizaciones de Acuicultura, aprobado por Decreto N°290, de 1993, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Subsecretaría de Pesca, en los Títulos VI y III, respectivamente, han regulado específicamente la forma de solicitar una concesión de acuicultura, todo ello conducente a la dictación de un acto administrativo terminal*. En el mismo sentido, Dictamen N°11.564 del año 2007; Dictamen N°27.163 del año 2009 y Dictamen N°81.089 del año 2021.

17. Que, en este sentido, la supletoriedad de la LBPA opera en distintos grados o con distintas intensidades dependiendo de la existencia, desarrollo y completitud del procedimiento especial que estuviere consagrado en una regulación sectorial. En particular, se entiende que la LBPA suple la normativa que regula el procedimiento especial en la medida en que sea conciliable con los objetivos y características propias y específicas que dicho procedimiento especial contempla para el cumplimiento de la finalidad particular que le asigna la ley¹².
18. Que, al respecto, la jurisprudencia administrativa ha dispuesto que la aplicación supletoria de la LBPA procede bajo determinados supuestos, señalando que *“procederá en cuanto ella sea conciliable con la naturaleza del respectivo procedimiento especial, toda vez que su objetivo es solucionar los vacíos que éste presente, sin que pueda afectar o entorpecer el normal desarrollo de las etapas o mecanismos que dicho procedimiento contempla para el cumplimiento de la finalidad particular que le asigna la ley”*¹³.
19. Que, respecto del régimen recursivo ordinario, la Contraloría ha resuelto que *“el recurso de reposición previsto en la ley N°18.575, y regulado en la ley N°19.880, constituye un resguardo mínimo contemplado con la finalidad de garantizar que las personas no queden desprotegidas frente a las resoluciones de la autoridad administrativa que puedan afectarlas, pero que no cabe cuando se trata de procedimientos reglados por la ley en los cuales, como ocurre en la especie, ya se han contemplado medios específicos de impugnación”* (énfasis añadido)¹⁴.

¹² Así, un primer grado de supletoriedad de la LBPA, el más intenso, opera cuando el legislador no haya regulado un procedimiento especial o un régimen jurídico aplicable a un acto administrativo; un segundo grado de supletoriedad de la LBPA, de intensidad intermedia, se aplica cuando la normativa sea parcial o abarque parte del régimen jurídico del acto; y un tercer grado de supletoriedad de la LBPA, el menos intenso, opera cuando el procedimiento y régimen jurídico se regule completamente desde su elaboración hasta su extinción y revisión. CORDERO VEGA, Luis. 2015. Op. Cit., pp. 355 y ss. En este mismo sentido, la sentencia CS rol N°62.128 del año 2016 señala en su considerando duodécimo: *“Asimismo conviene destacar que se ha establecido que la aplicación supletoria de la referida ley de Bases de Procedimientos Administrativos, sólo es procedente en la medida que sea conciliable con el objetivo o misión del ente administrativo que lleva a cabo el procedimiento sancionatorio, cuestión que ha sido reconocida por la Contraloría General de la República”*. Al respecto, la doctrina especializada ha sostenido que “[...] De esta manera, la jurisprudencia administrativa ha hecho aplicable una especie de test que debe involucrar la naturaleza y propósitos del procedimiento especial”. LARA ARROYO, José Luis y HELFMANN MARTINI, Carolina. Repertorio Ley de Procedimiento Administrativo, Thomson Reuters, Segunda Ed., Tomo I, 2015, p. 2 (énfasis añadido).

¹³ CGR, dictámenes N°33.255 del año 2004, N°3.825 del año 2005 y N°31.414 del año 2005. De igual manera, *“queda claro que, en primer término, cabe acudir a las disposiciones de la ley especial para determinar las reglas aplicables al procedimiento y, sólo en aquellas situaciones no previstas, acudir a la normativa supletoria. Siguiendo esa línea, es posible reconocer en las distintas disposiciones del Código Tributario una detallada regulación del procedimiento para la determinación de impuestos, tanto en lo relativo a las acciones que deben efectuar los contribuyentes como a la presentación de sus declaraciones de impuestos, declaraciones juradas y pagos provisionales, como a las facultades con que cuenta el Servicio de Impuestos Internos, relativas a las notificaciones de requerimiento de documentación, citaciones, emisión de liquidaciones y giros, tasaciones y otras medidas de fiscalización y correcto cálculo -de las obligaciones tributarias, por lo que no son aplicables al caso las normas ni los principios que rigen el procedimiento administrativo general denunciados por el recurrente”* (énfasis añadido).

¹⁴ CGR dictamen N°9.494 del año 2007. En el mismo sentido, dictámenes N°6.635 del año 2008, N°31.063 del año 2007, N°20.199 del año 2006 y N°12.971 del año 2006. Adicionalmente, el dictamen N°86.712 del año

20. Que, a la luz de lo anterior, debe considerarse que la Reposición se interpone en contra de un acto de esta Fiscalía emanado de un procedimiento administrativo especial de competencia consagrado en el Título IV del DL 211, denominado “De las Operaciones de Concentración”. Dicho procedimiento, que fue introducido en el DL 211 por la Ley 20.945, vigente en esta materia desde junio del año 2017, tiene como propósito que esta Fiscalía analice, en forma previa a su perfeccionamiento, todos aquellos hechos, actos o contratos que califiquen jurídicamente como una operación de concentración y sean notificados a la Fiscalía en cumplimiento de los supuestos previstos en sus artículos 47 y 48 (“**Procedimiento Especial del Título IV**”).
21. Que el Procedimiento Especial del Título IV se compone de diversas etapas. Se inicia con la notificación, esto es, la presentación conjunta de los agentes económicos contratantes de un convenio que constituye una operación de concentración, acompañando la información requerida en el reglamento respectivo¹⁵⁻¹⁶. Desde este momento, la resolución o sentencia que pone término al procedimiento hasta que se encuentre firme en los términos que más adelante se señalarán, los notificantes se encuentran impedidos de materializar la operación notificada¹⁷. Frente a aquella notificación se abre un período de completitud en el que la Fiscalía tiene diez días hábiles administrativos para tomar conocimiento y determinar si la notificación cumple los requisitos previstos en la ley y reglamento. Si la notificación está incompleta, las partes tienen diez días para corregirla y su presentación se entenderá como una nueva notificación. Si, por el contrario, la notificación está completa, el Fiscal Nacional Económico ordenará el inicio de una investigación y comunicará aquello a los notificantes, debiendo publicar además dicha resolución en el sitio web institucional¹⁸.
22. Que, asimismo, el Procedimiento Especial del Título IV establece que, una vez iniciada la investigación, la FNE tendrá un plazo de 30 días hábiles administrativos (“**Fase 1**”) para –en ejercicio de las atribuciones contenidas en el artículo 39 del DL 211– evaluar los efectos de la operación en la competencia utilizando estándares

2015 señala: “en contra del acto aclaratorio o rectificatorio no procede la interposición de recursos administrativos, pues ello permitiría una interposición inorgánica y sucesiva de impugnaciones que desnaturalizarían el sistema recursivo previsto en la preceptiva que rige el procedimiento especial en comento, incorporando nuevas etapas que afectarían y entorpecerían su normal desenvolvimiento. Resulta evidente que una recursividad sucesiva e indefinida es contraria al principio de economía procedimental consagrado en el artículo 9° de la ley N°19.880”. Igualmente, el dictamen N°81.089 del año 2021 dispone: “la aplicación supletoria de la aludida ley N°19.880 procede en cuanto ella sea conciliable con la naturaleza del respectivo procedimiento especial, toda vez que su objetivo es solucionar los vacíos que éste presente, sin que pueda afectar o entorpecer el normal desarrollo de sus etapas. Vale decir, tales procedimientos deben regirse por las normas contenidas en el ordenamiento que les da origen, quedando sujetos supletoriamente a ese cuerpo legal en los aspectos o materias respecto de las cuales la preceptiva especial no ha previsto regulaciones específicas, tal como ocurre en el procedimiento en cuestión (aplica criterio de los dictámenes Nos 39.348, de 2007, y 25.245, de 2012, entre otros)” (énfasis son añadidos).

¹⁵ Incisos 4° y 5° del artículo 48 del DL 211.

¹⁶ Decreto Supremo N°33 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo del año 2017, publicado en el Diario Oficial con fecha 1 de junio del año 2017 que aprueba reglamento sobre la notificación de una operación de concentración.

¹⁷ Artículo 49 del DL 211.

¹⁸ Artículos 50 y 51 del DL 211.

sustantivos que aplica de forma específica a cada caso particular¹⁹. Concluida la investigación en Fase 1, el Fiscal Nacional Económico podrá i) aprobar la operación notificada, pura y simplemente; ii) aprobarla sujeta a condiciones ofrecidas por las partes notificantes; o iii) extender la investigación por un máximo de 90 días adicionales mediante resolución fundada (“**Fase 2**”). A continuación, la FNE emitirá una resolución de término y aprobará la operación notificada –pura y simplemente, o sujeta a las condiciones ofrecidas– si se llega a la convicción de que la operación no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia. De lo contrario, extenderá la investigación si estima que, de perfeccionarse la operación, ésta puede reducirla sustancialmente²⁰. De extenderse la investigación y abrirse un eventual segundo periodo, el Fiscal Nacional Económico podrá i) aprobar la operación notificada, pura y simplemente; ii) aprobarla sujeta a condiciones ofrecidas por las partes notificantes; o iii) prohibirla cuando de los antecedentes de la investigación concluya que cuenta con aptitud para reducir sustancialmente la competencia.

23. Que, adicionalmente, el Procedimiento Especial del Título IV contiene reglas que fijan instancias de participación tanto de las partes notificantes como de terceros durante la investigación y antes de la dictación de cualquiera de las antes señaladas resoluciones de término en Fase 1 y Fase 2.
24. Que, por una parte, quienes notifiquen una operación de concentración tienen un rol activo en el marco de la investigación de la FNE y la ley expresamente consagra en su favor diversas prerrogativas en el procedimiento, tales como el derecho que se les comuniquen los riesgos a la libre competencia identificados por la Fiscalía antes de la dictación de una resolución de término que extiende la investigación o que prohíbe la operación en base a los antecedentes de la investigación; a ser oídos durante todo el procedimiento; a manifestar su opinión respecto de la operación y de los antecedentes aportados por terceros; a proponer las diligencias de investigación que estime pertinentes; y a ofrecer las medidas que considere aptas para mitigar los riesgos que la misma pudiese producir²¹.
25. Que, por otra parte, terceros interesados, ajenos a la operación de concentración que se notifica, también tienen un rol activo en el procedimiento, delimitado esencialmente a aportar antecedentes durante todo el desarrollo de la investigación o a dar su opinión respecto de las medidas de mitigación que eventualmente sean ofrecidas por las partes²². Para ello, la normativa dispone la publicación de la resolución de inicio

¹⁹ Al respecto, artículo 54 y 57 del DL 211. En dicho sentido, la Fiscalía ha emitido documentos que explicitan los criterios utilizados para la adopción de sus decisiones con el objeto de “*dar la mayor certeza y generar la mayor predictibilidad que sean posibles sobre el marco conceptual que utilizará la FNE para analizar sustantivamente el impacto competitivo de una operación de concentración horizontal, acotando los espacios de discrecionalidad que el Título IV del DL 211 confiere a la autoridad.*” Fiscalía Nacional Económica. 2021. Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales, p. 2. Disponible en: <<https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/05/Guia-para-el-Analisis-de-Operaciones-de-Concentracion-Horizontales-mayo-VF.pdf>> [última visita: 30.04.2021].

²⁰ Artículo 54 del DL 211.

²¹ Artículo 53 del DL 211.

²² También pueden tener un rol activo en denunciar operaciones de concentración que no fueron notificadas por los agentes económicos, las que pueden ser investigadas por la Fiscalía a la luz del inciso noveno del

de investigación en el sitio web institucional de la FNE como una medida de publicidad. Asimismo, los terceros pueden intervenir en razón de los requerimientos que la Fiscalía efectúe dentro de las facultades de investigación –solicitando información o citando a declarar²³–. Adicionalmente, la ley expresamente contempla su intervención en investigaciones de Fase 2²⁴, instancia en la cual la FNE puede poner en su conocimiento las propuestas de medidas de mitigación que efectúen las partes a fin de recibir retroalimentación respecto de su aptitud para revolver los riesgos identificados en la operación²⁵. En todo lo demás, la norma o bien no contempla la intervención de terceros o bien derechamente la prohíbe, como indica el inciso cuarto del artículo 48 del DL 211 en cuanto señala que “[l]os terceros que no hayan tomado parte en la operación de concentración no podrán practicar la notificación”²⁶.

26. Que, en lo que respecta al régimen de recursos, el Procedimiento Especial del Título IV contempla un régimen especial de impugnación contenido en el inciso final del artículo 57 del DL 211 de titularidad exclusiva y excluyente de las partes notificantes que procede únicamente en el caso que se prohíba la celebración de un determinado acto o contrato que constituya una operación de concentración, al señalar que “[e]n contra de la resolución del Fiscal Nacional Económico que prohíba una operación, el

artículo 48 del DL 211. En este sentido, la evaluación del régimen de operaciones de concentración anterior al Procedimiento Especial del Título IV realizado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (“OCDE”) estableció como pilar básico de un eventual nuevo régimen la delimitación del rol de los terceros en el procedimiento. Así, “[l]os procedimientos actuales en Chile dejan espacio para las acciones oportunistas de terceras partes. Bajo un sistema de control ex ante efectivo, sólo las Partes deberían estar facultadas para iniciar un proceso de análisis de concentraciones mediante una notificación o la autoridad mediante su facultad de oficio. Los derechos de las terceras partes deberían ser limitados a expresar sus opiniones sobre una operación bajo análisis, y a informar a la autoridad de cualquier operación de concentración notificable que no fue notificada”. OCDE. 2014. Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile, p. 110. Del mismo modo se había pronunciado la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia, sosteniendo que: “las operaciones notificadas y aprobadas por la FNE en la primera etapa, no debieran ser objeto de recurso por parte alguna ante el TDLC. En el marco del esquema expuesto, la participación de terceros con interés legítimo en la operación, debería manifestarse en la entrega de antecedentes a la FNE durante el período de análisis de la operación”. 2012. Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia, pp. 26 y 27.

²³ Artículo 39 letras h) y j), según remisión expresa del artículo 52, todos del DL 211.

²⁴ Dentro de la Fase 2 de investigación, junto con la publicación de la resolución que extiende la investigación y dar publicidad al expediente administrativo, la ley señala: “la Fiscalía Nacional Económica deberá comunicar el hecho de su dictación y acompañar su texto o la versión pública del mismo, a las autoridades directamente concernidas y a los agentes económicos que puedan tener interés en la operación. Quienes recibieren tal comunicación, así como cualquier tercero interesado en la operación de concentración, incluyendo proveedores, competidores, clientes o consumidores, podrán aportar antecedentes a la investigación dentro de los veinte días siguientes a la publicación, en el sitio electrónico institucional, de la resolución que ordene su extensión” (énfasis añadido). Artículo 55 del DL 211.

²⁵ Inciso final del artículo 53 del DL 211.

²⁶ En España, la normativa comprende la participación de terceros únicamente en caso que la investigación se extienda –de forma análoga a lo que ocurre en Fase 2 del régimen del Título IV del DL 211–, en cuyo caso los terceros cuentan con diez días para presentar sus alegaciones (ley N°15/2007 del Reino de España). En Argentina, por su parte, el artículo 15 Ley de Defensa de la Competencia señala que “Las concentraciones que hayan sido notificadas y autorizadas no podrán ser impugnadas posteriormente en sede administrativa en base a información y documentación verificada por el Tribunal, salvo cuando dicha resolución se hubiera obtenido en base a información falsa o incompleta proporcionada por el solicitante” (énfasis añadido). Por el contrario, y a diferencia de la regulación nacional, en Brasil sí se permite la impugnación por parte de terceros interesados de las resoluciones en fase 1 ante el Tribunal Administrativo de Defensa Económica, suspendiendo la materialización de la operación (artículo 65 de la ley N°12.529 del año 2011).

notificante podrá promover ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dentro del plazo de diez días, contado desde la notificación de la referida resolución, un recurso de revisión especial, que deberá ser fundado. El artículo 18 N°5 del DL 211 consagra expresamente la competencia del Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“**TDLC**”) para conocer de dicho recurso y el artículo 31 bis del mismo cuerpo legal lo regula extensamente, estableciendo que sólo tienen derecho a intervenir en la audiencia pública aquellos que hubieren aportado antecedentes a la investigación de la FNE, restringiendo además la posibilidad de impugnar las decisiones emitidas por el TDLC al conocer el recurso de revisión especial²⁷.

27. Que, consecuentemente, de lo expuesto resulta evidente que el régimen de control preventivo de operaciones de concentración se configura sobre la base de un procedimiento administrativo de carácter especial, regulado íntegramente en el Título IV del DL 211 desde su inicio a su término y en el cual, específicamente respecto de su régimen recursivo, comprende un medio de impugnación concreto y específico, limitado y circunscrito, que no es conciliable con la vía impugnatoria general consagrada en la LBPA.
28. Que, a este respecto, la historia fidedigna de la Ley 20.945 resulta ilustrativa de la voluntad del legislador de regular de forma cabal el régimen recursivo aplicable al Procedimiento Especial del Título IV. Como se indicó, dicha norma introdujo en dicho régimen un derecho –radicado exclusivamente en las partes notificantes– a solicitar la revisión judicial únicamente respecto de aquellos actos administrativos que supongan el ejercicio por parte de esta Fiscalía de la facultad de prohibir una operación que sea apta para reducir sustancialmente la competencia. Por el contrario, el señalado procedimiento no consagra recursos cuando la Fiscalía aprueba una operación de concentración, ya sea en forma pura y simple o sujeta a condiciones ofrecidas por las partes de la operación²⁸⁻²⁹. Al respecto, tanto la historia de la Ley

²⁷ El control constitucional del régimen de impugnación excepcional y limitado fue revisado por el Honorable Tribunal Constitucional conforme al artículo 93 N°1 de la Constitución Política por tratarse de materias propias de ley orgánica constitucional. Al respecto, sentencia TC rol N°3.130 del año 2016, considerando undécimo.

²⁸ Intervención del Ex Ministro del TDLC señor Radoslav Depolo ante la Comisión de Economía de la H. Cámara de Diputados, contenido en el Informe de la Comisión de Economía de fecha 24 de septiembre del año 2015. En particular, en esa ocasión se señaló: *“el proyecto tal como está redactado, tiene ciertos puntos de decisión en que la Fiscalía Nacional Económica no tiene contrapesos, como ocurre por ejemplo en las operaciones de concentración, cuando la Fiscalía las aprueba o lo hace con condiciones, no hay ningún balance ni chequeo de esa actuación administrativa; no se consagran recursos”*.

²⁹ Siendo el objeto de la solicitud de las partes la autorización de una operación de concentración, la resolución que así lo autoriza mal podría ser objeto de una reconsideración por parte de la Fiscalía a solicitud de las partes notificantes que obtuvieron una resolución favorable a sus intereses. Con todo, para efectos de solicitar aclaraciones y rectificaciones a una decisión, las partes siempre cuentan con la facultad de solicitarlas a esta Fiscalía conforme al artículo 62 de la LBPA. Con fecha 2 de enero de 2019, con motivo de un recurso de reposición interpuesto por las partes de dicha operación buscando enmendar ciertos errores de referencia contenidos en el informe de aprobación pura y simple del rol F152-2018 correspondiente a la investigación caratulada “Operación de concentración entre Daimler AG y Motoren Werke Aktiengesellschaft” emitido con fecha 08 de noviembre de 2018, en definitiva esta Fiscalía dictó resolución conforme al artículo 62 de la LBPA, procediendo a la rectificación de ciertos errores formales incurridos en dicho informe; y, en este mismo sentido, con fecha 15 de enero de 2021 de oficio la FNE dictó resolución relativa a la rectificación y enmienda de ciertos errores formales incurridos en el informe de aprobación pura

20.945 como las referencias tanto locales como comparadas, cuyos principios configuraron el control obligatorio de operaciones de concentración en Chile, son consistentes en determinar estrictamente cual es el rol de terceros en el procedimiento y limitan su intervención en la instancia recursiva³⁰.

29. Que el régimen recursivo contemplado en el Procedimiento Especial del Título IV obedece a un diseño institucional que tiene por objeto que esta Fiscalía pueda determinar –sobre la base de un análisis jurídico y técnico– si una operación de concentración puede o no deteriorar de forma sustancial las condiciones competitivas del mercado analizado³¹⁻³². Al requerirse que ciertas operaciones deban estar sujetas a una autorización previa, lo que se pretende es prevenir daños a los consumidores, evitando que los agentes económicos, al perfeccionarlas, consoliden estructuras que les puedan otorgar poder de mercado³³.
30. Que el procedimiento instaurado involucra un análisis específico que debe ser eficaz, veloz y predecible, transparente en sus criterios y colaborativo entre las partes notificantes y la FNE³⁴. El hecho que la ley contemple la suspensión de la operación notificada mientras pende su revisión y decisión por parte de la Fiscalía³⁵ es el fundamento, como contrapartida, de la celeridad exigida en el procedimiento y explica

y simple del rol F253-2020 correspondiente a la investigación caratulada “Adquisición de control en Bodenor Flexcenter S.A. por parte de Fondo de Inversión Independencia Rentas Inmobiliarias”.

³⁰ Exposición del Ministro de Economía, Fomento y Turismo señor Luis Felipe Céspedes ante la Comisión de Economía de la H. Cámara de Diputados, contenido en el Informe de la Comisión de Economía de fecha 24 de septiembre del año 2015. En particular: “[e]n todo caso, terceros distintos de los agentes económicos que sean parte en la operación no podrán efectuar notificaciones, ni llevar a cabo acciones estratégicas que tengan por objeto paralizar una operación de concentración, sin perjuicio de su derecho de aportar antecedentes a la investigación que lleve a cabo la FNE”. En el mismo sentido, Informe Comisión Asesora Presidencial para la Libre Competencia, Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile de la OCDE y Comisión Europea, véase pie de página N°26 de esta Resolución.

³¹ Ver pie de página N° 18.

³² El análisis se realiza en virtud del estándar de reducción sustancial de la competencia por el que “la Fiscalía procurará determinar si una Operación cuenta o no con la aptitud para reducir sustancialmente la competencia en un determinado mercado. En específico, una Operación tendrá dicha aptitud si se concluye que, de materializarse, otorgaría, reforzaría o incrementaría, o podría otorgar, reforzar o incrementar, la capacidad de la entidad resultante para, por sí misma o en conjunto con otros, deteriorar significativamente las condiciones competitivas a la luz del mercado respectivo en comparación con la situación que existe en ausencia de la Operación”. Fiscalía Nacional Económica. 2021. Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales, p. 5 y 6. Disponible en: <<https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/05/Guia-para-el-Analisis-de-Operaciones-de-Concentracion-Horizontales-mayo-VF.pdf>> [última visita: 30.04.2021].

³³ “[L]a autorización controla el ejercicio de una actividad sujeta a la libre iniciativa y presidida por la libertad de empresa, con el fin de verificar su compatibilidad con el interés general y, en su caso, introducir las adaptaciones que sean necesarias... la razón de ser del control previo de la actividad, en unos casos, es su potencial dañoso (para tercero o para interés general) y, en otros la intensidad de uso que comporta”. LAGUNA DE PAZ, Juan Carlos.2006. Navarra: Thomson/Civitas, pp. 36 y 37. En igual sentido, sentencia TC rol N°1413 del año 2009, considerando octavo.

³⁴ “Los procedimientos de control deben asegurar que las concentraciones sean analizadas de manera eficaz, efectiva, predecible y oportuna en todas las etapas del proceso de análisis. Las normas procesales aplicables al análisis de concentraciones deben ser transparentes y disponibles al público”. OCDE. 2014. Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile, pp. 102 y ss.

³⁵ Artículo 49 del DL 211.

el diseño institucional del régimen de recursos del Procedimiento Especial del Título IV analizadas en la presente resolución³⁶.

31. Que, en definitiva, el Procedimiento Especial del Título IV consagra un control *ex ante* de ciertas operaciones de concentración que, a la luz de los principios de celeridad y economía procedimental consagrados en la LBPA, ordena la intervención de esta Fiscalía a efectos de resguardar la libre competencia en los mercados con el objeto de ponderar el impacto de la operación en los consumidores. No obstante, si bien el Procedimiento Especial del Título IV está diseñado sobre la base de la intervención del Estado a través de la FNE en ciertas operaciones respecto de las cuales suspende en el tiempo su perfeccionamiento, mientras se encuentre pendiente resolución firme de autorización³⁷, también busca que esta intervención estatal no tenga un impacto innecesario en el desarrollo de actividades económicas lícitas en nuestro país, lo que se logra entregando seguridad jurídica a los usuarios sobre los plazos involucrados para el eficiente desenvolvimiento de los negocios³⁸ y resguardando el ejercicio de los derechos fundamentales de los distintos agentes económicos que quedan sujetos al procedimiento³⁹⁻⁴⁰.

³⁶ "(...) Desde la perspectiva de la política de competencia, la mayoría de las operaciones son en términos de competencia neutrales e incluso, procompetitivas al fomentar el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. Estas concentraciones son legales y la política de competencia no debería eliminar los incentivos de las empresas para efectuar este tipo de operaciones (...) La disuasión ocurre, por ejemplo, cuando los procedimientos del control de concentraciones son demasiado pesados, inciertos o extensos: las empresas pueden desistir de continuar su proyecto de concentración o de hacerlo público". OCDE. 2014. Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile, pp. 10 y 56.

³⁷ Conforme el artículo 49 del DL 211, el que señala que "Los agentes económicos que proyecten concentrarse no podrán perfeccionar las operaciones de concentración que hubieren notificado a la Fiscalía Nacional Económica, las que se entenderán suspendidas desde el acto de su notificación hasta que se encuentre firme la resolución o sentencia que ponga término definitivo al procedimiento correspondiente".

³⁸ "Con el objeto de dotar a nuestro sistema de defensa de la libre competencia de un régimen de control de operaciones de concentración que otorgue garantías a todos los actores involucrados, que resuelva en forma transparente y predecible los casos que lleguen a su conocimiento y que transmita seguridad jurídica a quienes pretenden llevar a cabo importantes proyectos de negocios, con esta iniciativa nos hacemos cargo de las recomendaciones formuladas por la OCDE, proponiendo que Chile adopte los mejores estándares y prácticas en la materia. (...) Las reglas contenidas en dicho título dan cuenta de todos los aspectos necesarios para cumplir con los estándares que requieren la protección de la libre competencia y el desenvolvimiento eficiente de los negocios". Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley 20.945. Informe de la Comisión de Economía del Senado, pp. 11 y ss.

³⁹ "Las autoridades y funcionarios de los órganos de la Administración del Estado deberán actuar por propia iniciativa en la iniciación del procedimiento de que se trate y en su prosecución, haciendo expeditos los trámites que debe cumplir el expediente y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar a su pronta y debida decisión"; "[l]a Administración debe responder a la máxima economía de medios con eficacia, evitando trámites dilatorios". Artículos 7° y 9° de la LBPA. En el mismo sentido, pie de página N°38.

⁴⁰ No obstante, es necesario considerar que el régimen de control de operaciones de concentración contempla otros mecanismos que implican para la FNE una reconsideración de la autorización conferida respecto a una operación de concentración. En primer lugar, tal como dispone la Guía de Competencia y el inciso sexto del artículo 48 del DL 211, respecto de operaciones de concentración que sean aprobadas por la FNE y sufran de modificaciones sustanciales – que afecten o hagan variar el análisis sustantivo que haya efectuado la FNE en la forma prevista en el Título IV del DL 211, requiriendo un análisis diverso – las partes deberán informar ese hecho a este Servicio. La FNE evaluará si puede o no ser considerada la misma operación de concentración, o si alteran las medidas acordadas, en cuyo caso ordenará iniciar una nueva investigación. En segundo lugar, el artículo 32 del DL 211 dispone que, una vez materializada una operación de concentración, es posible calificar como contrarios a la libre competencia dichos actos o contratos en virtud de nuevos antecedentes.

32. Que, así, un pilar fundamental del régimen de control de operaciones de concentración en Chile es la celeridad o velocidad que debe necesariamente tener dicho control preventivo y, especialmente, la necesidad de dar rápido despacho a aquellas transacciones que no presentan riesgos competitivos⁴¹, de manera tal de entregar la mayor certeza jurídica posible a partes que desean concentrarse dentro del proceso de autorización. De tal forma, conforme a los términos del artículo 49 del DL 211, de darse procedencia a recursos de terceros dentro del Procedimiento Especial del Título IV, éstos podrían eventualmente paralizar el perfeccionamiento de una operación de concentración aprobada por la Fiscalía con el sólo hecho de su intervención, yendo más allá de lo prescrito en el artículo 57 de la LBPA, que requiere petición fundada del interesado para dar lugar a la suspensión, en casos excepcionales. Con ello, se estaría menoscabando justamente los objetivos y principios de celeridad y certeza jurídica que fundan el procedimiento. Al respecto, resulta ilustrativo que la historia de la Ley 20.945 le otorga especial relevancia a la necesidad de celeridad en la tramitación de operaciones de concentración⁴²⁻⁴³.
33. Que, finalmente, es necesario considerar que los objetivos y principios subyacentes al Procedimiento Especial del Título IV son el fundamento de la modificación legal que perfeccionó el sistema de libre competencia en Chile. En efecto, el sistema voluntario de notificación de operaciones de concentración ante el TDLC, que regía con

⁴¹ En particular, señala que “[c]on respecto a las operaciones que deben someterse a la revisión de la FNE, se debiera establecer un conjunto etapas y plazos que permitan a la agencia dar una rápida tramitación a los casos que no presentan riesgo competitivo y analizar en más detalle, aquellos que sí poseen una mayor complejidad. En una primera etapa, con un plazo no superior a 30 días, la FNE debiera resolver si aprueba la operación sin condiciones o bien requiere de antecedentes adicionales para examinar en mayor profundidad la operación”. Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia de julio del año 2012. Disponible en: <https://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2012/07/INFORME-FINAL-ENTREGADO-A-PDTE-PINERA-13_-07-12.pdf> [última visita: 30.04.2021], p. 25.

En el mismo sentido, “[l]a revisión de fusiones es costosa tanto para las empresas interesadas como para la agencia revisora. Estos costos involucran recursos humanos y físicos empleados en el análisis económico y legal de la fusión. Las partes generalmente presentan pruebas (informes) los cuales deben ser revisados por personal calificado de las agencias. Además, existe un costo asociado al tiempo que se atrasa la consumación del negocio”. GONZÁLEZ, Aldo y HUNEEUS, Federico. 2015. Hacia un sistema de control preventivo de fusiones para Chile. Trabajos de Investigación en Políticas Públicas. Departamento de Economía. Universidad de Chile. Disponible en: <https://econ.uchile.cl/uploads/publicacion/44ba469a7897db85c00b6a1ba0394f2e7b98c_e20.pdf> [última visita: 30.04.2021], p. 6.

⁴² Intervención del Ex Fiscal Nacional Económico, señor Felipe Irrazábal, ante la Comisión de Economía de la H. Cámara de Diputados, contenido en el Informe de la Comisión de Economía de fecha 24 de septiembre del año 2015. En particular se señala: “[e]l Fiscal declaró que certeza y rapidez son las “palabras mágicas”. Certidumbre, en un sistema basado en parámetros objetivos, y que tiene que ser rápido, incluso asumiendo que puede haber errores en relación al análisis que se haga, pero el peor error es que el sistema sea lento” (énfasis añadido).

⁴³ En este mismo sentido, “Respuestas a Comentarios de Consulta Pública del Reglamento que detalla los antecedentes que deben acompañarse al notificar una operación de concentración y contempla un mecanismo de notificación simplificada para ciertas operaciones de concentración” del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo que culminó con fecha 28 de Diciembre 2016: “Los antecedentes solicitados son aquellos considerados como mínimos para la realización de un análisis preliminar de las operaciones de concentración notificadas. La razonabilidad tras ello, es permitir a la autoridad contar, desde el inicio del procedimiento, con los elementos que le permitan una evaluación responsable y dentro de los plazos establecidos en la ley, que dan predictibilidad y certidumbre al sistema.” p. 4. <<http://www.participacionciudadana.economia.gob.cl/consultas-ciudadanas-virtuales/reglamento-que-detalla-los-antecedentes-que-deben-acompa%C3%B1arse-al>> [última visita: 26.05.2021].

anterioridad al establecimiento del Título IV del DL 211, era reprochado por los costos procesales que involucraba, el rol no delimitado de terceros y la falta de certeza y seguridad jurídica⁴⁴.

34. Que, a la luz de todo lo expuesto, es razonable sostener que la aplicación supletoria del régimen recursivo ordinario de la LBPA no resulta conciliable con el Procedimiento Especial del Título IV, contrariando la naturaleza y principios subyacentes al régimen de control de operaciones de concentración y entorpeciendo el cumplimiento de su finalidad, por lo que, a juicio de esta Fiscalía, no es procedente la presentación de la Reposición en contra de la Resolución.

III. Improcedencia de la Reposición por falta de legitimación activa de ODECU

35. Que, además, en la Reposición ODECU sostiene que se encuentra legitimada activamente para interponer el Recurso invocando para tales efectos el artículo 21 N°2 de la LBPA, el cual reconoce la calidad de interesados a “[l]os que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte” (énfasis añadido). El numeral invocado habilita para intervenir en el procedimiento administrativo a todos quienes ostenten derechos subjetivos, no meros intereses, quedando autorizados para incorporarse en cualquier etapa del procedimiento, incluso con posterioridad a la dictación de una resolución definitiva.
36. Que, sin embargo, para que proceda reconocer al tercero la calidad de interviniente en razón de dicha norma, es necesario que quien pretende intervenir en el procedimiento acredite la existencia de un derecho subjetivo afectado que resulte identificable y exigible. Aquello no se verifica en la Reposición, puesto que ninguno de los antecedentes aportados por ODECU en el Recurso tiene por objeto demostrar

⁴⁴ Entre las críticas al sistema anterior a la Ley N°20.945, que se sintetizan en el informe de la OCDE. 2014. Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile, podemos mencionar: a) “*El uso y coexistencia de varios procedimientos de carácter general disponibles antes y después de la consumación (como lo son los procedimientos contenciosos y los no contenciosos), han dado lugar a ineficiencias e incertidumbres. Los periodos largos y la incertidumbre en el proceso de análisis pueden tener un efecto intimidatorio e incentivar a las empresas a evitar la notificación, o incluso a no materializar las operaciones (las cuales pudiesen tener efectos procompetitivos)*” (p. 10); b) “*Hoy en día, existe una percepción en la opinión pública de Chile, entre las autoridades y los responsables de las políticas, de que cada operación es un “caso” a ser resuelto a través de un proceso judicial, ya sea antes o después de su consumación. El régimen de control de concentraciones vigente genera una visión negativa o sospechosa, ya que las concentraciones están sujetas al mismo trato que los acuerdos anticompetitivos y los abusos de posición dominante. También fomenta un enfoque contencioso hacia su análisis, sometiendo dichas operaciones a procedimientos inflexivos, permitiendo a terceros a las operaciones promover procedimientos de análisis, y al limitar la intervención de las Partes en una audiencia judicial en la que todos los intervinientes están presentes, incluidos la FNE y terceros*” (pp. 54-55); y c) “*En Chile, las concentraciones pueden ser expuestas por la acción oportunista de terceras partes, ya que el TDLC ha interpretado el artículo 18 (2) de la Ley de Competencia en el sentido de que los terceros con interés legítimo pueden interponer procedimientos de consulta. Sin embargo, un interés privado legítimo no es de interés general, ni está dirigido a la preservación de la competencia. Además, concede a terceras partes la facultad de suspender un proyecto de concentración, a su entera discreción, ya que una consulta ex ante tiene efectos suspensivos sin importar quién presente el procedimiento. A los terceros admitidos al procedimiento del TDLC también se les concede el derecho a impugnar la sentencia del TDLC ante la Corte Suprema, lo que puede retrasar aún más el proceso*” (p. 101) (énfasis añadido).

que sea titular de derechos subjetivos afectados por la Resolución y/o acreditar que ODECU represente a algún tercero que pueda ser titular de dichos derechos, de conformidad con los artículos 21 y 22 de la LBPA y el artículo 5° de la Ley N°19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores⁴⁵.

37. Que, sin perjuicio de lo anterior, es necesario tener presente que las organizaciones para la defensa de los derechos de los consumidores se encuentran habilitadas por ley para la protección del interés de un conjunto determinado o determinable de consumidores, conforme prescribe el artículo 8° de la Ley N°19.495 ya señalada. En ejercicio de dicha facultad, de hecho, y como incluso es de público conocimiento, asociaciones de consumidores han participado en diversos procedimientos en sede de libre competencia, tanto de naturaleza contenciosa como no contenciosa, en instancias judiciales como administrativas. En específico, en diversas investigaciones sujetas al Procedimiento Especial del Título IV, asociaciones de consumidores han aportado antecedentes en investigaciones tanto en Fase 1 como en Fase 2⁴⁶, colaborando activamente, en representación de los intereses de los consumidores, en las investigaciones desarrolladas por esta Fiscalía⁴⁷.
38. Que, no obstante, el artículo 21 de la LBPA legitima para intervenir en un procedimiento administrativo a aquellos terceros *“cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva”* (énfasis añadido)⁴⁸. Consecuentemente, ni aun cuando, pese a no haberlo acreditado de manera alguna en el Recurso, se reconociera a ODECU la representación de intereses colectivos de

⁴⁵ Al respecto, véase: CORDERO VEGA, Luis. 2015. Op. Cit., pp. 386 y ss.

⁴⁶ Así, a modo de ejemplo, asociaciones de consumidores como ODECU o la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios aportaron información en la investigación rol FNE F87-2017 caratulada “Operación de Concentración entre Atlantia SpA y Abertis Infraestructuras S.A.”, y en la investigación rol FNE F81-2017 caratulada “Operación de Concentración entre Time Warner Inc. Y AT&T Inc.”. Adicionalmente, les fue solicitado aportar antecedentes en investigaciones rol FNE F217-2019 caratulada “Adquisición de Cornershop por parte de Uber Technologies, Inc.” y rol FNE F257-2020 caratulada “Adquisición de control en OK Market S.A. por parte de Cadena Comercial Andina SpA y Comercial Big John Limitada”, entre otras.

⁴⁷ Las investigaciones de la Fiscalía en materia de operaciones de concentración constan de un expediente público a fin de obtener la intervención de terceros en Fase 2 y, asimismo, la FNE les solicita activamente antecedentes en sus investigaciones Fase 1 y Fase 2 a la luz de los riesgos de competencia de la operación. Según las recomendaciones de la OCDE. 2014. Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile, p. 110.

⁴⁸ A este respecto, la Sentencia CS rol N°21-547 del año 2014, considerando vigésimo séptimo, señala: *“Que resulta claro que el reclamante se sitúa entre los terceros afectados por el acto administrativo y se ubica particularmente, no entre los titulares de derechos subjetivos afectados, categoría mayormente consistente y jurídicamente distinta- sino que como titular de intereses individuales o colectivos”*. *“En relación a esta materia y a esta distinción, el profesor J.J.S., en sus Apuntes sobre Acto y Procedimiento Administrativo, página 97 ha indicado, siguiendo la doctrina clásica del derecho administrativo chileno y comparado: “El artículo 21 de la ley ha distinguido, a efectos de la legitimación activa procedimental entre derechos subjetivos e intereses” y añade: “Son titulares de derechos subjetivos aquellos que deriven su legitimación de situaciones jurídicas atribuidas directamente por una norma legal o un acto jurídico unilateral o bilateral. Son portadores de un interés legítimo aquellos que sin detentar un derecho subjetivo, se encuentran en una especial situación de hecho de la que reflejamente se derivan ventajas a beneficios para su esfera personal”*. *“De cualquier modo y frente a la duda de si es posible considerar cualquier tipo de interés, es contundente la opinión en la doctrina en orden a que no se trata del mero y simple interés, como el de un ciudadano por el interés en la observancia de la legalidad; ha de tratarse de un interés protegido por el ordenamiento jurídico y que haya de afectarle, sea individualmente o, en su caso, cuando se trate de una afectación colectiva”* (énfasis añadido).

los consumidores, esta Fiscalía considera que la Reposición igualmente sería improcedente por extemporánea. Ello se debe a que ODECU no se apersonó oportunamente en el procedimiento administrativo seguido ante esta FNE, esto es, antes de haberse adoptado por esta Fiscalía la decisión que se pronuncia respecto de todas las cuestiones que han sido planteadas en el procedimiento administrativo⁴⁹⁻⁵⁰, incumpliendo así la carga procesal impuesta a terceros interesados en la LBPA.

39. Que, consecuentemente, esta Fiscalía considera que, sin perjuicio de los demás argumentos expuestos en esta Resolución, la impugnación sería de igual manera improcedente toda vez que ODECU no acreditó la representación de los derechos de los administrados –artículo 21 N°2 LBPA– y, alternativamente, no se apersonó oportunamente durante el procedimiento que dio lugar a la Resolución –artículo 21 N° 3 LBPA–.

IV. Improcedencia de fondo o sustantiva de la Reposición

40. Que, sin perjuicio de las razones anteriores que, por sí mismas, permitirían sostener la improcedencia de la Reposición, resulta pertinente exponer además las consideraciones relativas al fondo de la cuestión alegada, que igualmente llevan a rechazar el Recurso.
41. Que el Recurso alega la supuesta falta de motivación de la Resolución, sosteniendo que no se justifican las razones por las que la Fiscalía considera que la aplicación del artículo 7° de la LGSE es competencia exclusiva de la SEC. A este respecto, tanto el considerando 27° de la Resolución, como la sección IV numeral iii letra d) del Informe de la División de Fusiones recaído en la misma operación, contienen una exposición de los argumentos en los cuales esta FNE fundó y motivó su decisión. En particular, y en lo que respecta a su decisión de remitir los antecedentes a la SEC, se indica que “[l]a interpretación y supervigilancia de la LGSE le corresponde a la SEC. Es dicho organismo el que cuenta con la potestad de adoptar medidas tendientes a corregir las deficiencias observadas en relación con el cumplimiento efectivo de las disposiciones establecidas en la LGSE, según dispone el artículo 9° de la LGSE en consonancia con el artículo 2° y numerales 34 y 36 del artículo 3° de la Ley N°18.410, que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles”⁵¹. Lo anterior es plenamente

⁴⁹ BERMÚDEZ SOTO, Jorge. 2010. Derecho Administrativo General. Santiago: Legal Publishing, pp. 142 y 143.

⁵⁰ El artículo 24 de la LBPA señala que la ‘decisión definitiva’ debe adoptarse dentro de 20 días desde que se certifique que el asunto se encuentra en estado de resolverse, mientras que el inciso cuarto del artículo 39 de la LBPA dispone que contra la resolución definitiva proceden recursos. Así, la expresión ‘resolución definitiva’ no equivale a ‘resolución firme’. En dicho sentido, “[e]l recurso tiene por sí solo el efecto de iniciar un procedimiento de revisión, de modo que la autoridad a quien se dirige está en el deber de resolverlo, conforme a las reglas generales. El procedimiento iniciado por el recurso es distinto, aunque conexo con aquel en que ha recaído la decisión impugnada”. VALDIVIA OLIVARES, José Miguel. 2018. Manual de Derecho Administrativo. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 289.

⁵¹ Informe, p. 43, nota al pie 276.

concordante y consistente con decisiones anteriores de la Fiscalía, según recuerda la misma Reposición⁵².

42. Que esta Fiscalía estima oportuno tener presente que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, exigiéndose una habilitación previa para obrar y quedando impedidos, so pena de nulidad de sus actos, de asumir otra autoridad o derechos de los que expresamente se les hayan conferido por la Constitución y las leyes, según disponen los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental. En igual sentido, el artículo 2° de la LOCBGAE establece que los órganos de la administración del Estado someterán su actuar a la Constitución y a las leyes, debiendo actuar dentro de su competencia y sin contar con más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. En consecuencia, la validez de la actuación de la administración supone que la declaración de voluntad que se expresa en el acto administrativo emana de un órgano que actúa dentro de la esfera de su competencia, es decir, que cuenta con la aptitud o facultad de obrar en el ejercicio de las atribuciones que la ley le entrega⁵³, lo que constituye un presupuesto y límite de la actividad lícita de la Administración⁵⁴⁻⁵⁵.
43. Que, en particular, el artículo 2° del DL 211 dispone que corresponderá a la Fiscalía –y al TDLC– dar aplicación a la citada ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados, siempre en la esfera de sus respectivas atribuciones⁵⁶⁻⁵⁷. En

⁵² Al respecto, Informe rol FNE F91-2017 de investigación caratulada “Adquisición de TerraForm Power y otros por Orion US Holdings 1 L.P”, Informe rol F219-2019 de investigación caratulada “Adquisición de control de Electrans S.A. y otros por parte de Chilquinta Energía S.A, y adquisición de control en Chilquinta S.A. por parte de State Grid International Development Limited” y Reposición, pp.8 y ss.

⁵³ SILVA CIMMA, Enrique. 1992. Derecho Administrativo chileno y comparado. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 4ª edición, p. 47.

⁵⁴ La Contraloría General de la República ha señalado reiteradamente la aplicabilidad y vigencia del principio de juridicidad, señalando: “*En virtud del principio de juridicidad consagrado en los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental, los órganos del Estado deben actuar dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley, sin que puedan atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias (...) otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes*”. Dictamen N°93.380 del año 2021. La competencia, a su vez, se determina normativamente a partir de factores como el territorio, la materia, el grado o la jerarquía y el tiempo; en particular, la materia entrega a determinados asuntos como propios un órgano en virtud de su objeto o contenido, permitiendo la especialización de funciones entre los distintos órganos y servicios. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. 1981. Curso de Derecho Administrativo I. Navarra: Civitas. 19ª edición, p. 555.

⁵⁵ A su vez, la competencia puede ser exclusiva, compartida, concurrente, sustitutoria o indistinta. La competencia exclusiva implica que el órgano que la detenta es el único que puede ejercer la atribución o potestad; la compartida entrega la atribución a varios órganos en distintas etapas del procedimiento – regulación, ejecución o control–; la concurrente conlleva la que se atribuye a órganos distintos en una misma materia bajo títulos jurídicos diferentes; la sustitutoria comprende aquella competencia que permite la actuación de un órgano sólo en defecto de la actuación de otro; y la indistinta implica que uno o más órganos actúan en un plano de igualdad, sin un procedimiento que las integre. Al respecto, CORDERO VEGA, Luis. 2015. Ob. Cit, p. 199.

⁵⁶ La normativa establece que corresponde al Fiscal Nacional Económico instruir investigaciones respecto de hechos, actos o convenciones que, en los términos definidos por la ley, puedan constituir un atentado a la libre competencia y requerir del TDLC el ejercicio de sus atribuciones. Artículo 39 a) y c) del DL 211.

⁵⁷ Adicionalmente, dentro de las competencias del Fiscal Nacional Económico se encuentran actuar como parte ante el TDLC y los tribunales de justicia en representación del interés general de la colectividad en el orden económico; adoptar medidas preventivas con ocasión de las investigaciones; velar por el cumplimiento de sus propias resoluciones; emitir los informes que solicite el TDLC; solicitar la colaboración, información, antecedentes o citar a declarar a los organismos públicos, a los particulares, a las entidades o personas que

particular, en aplicación del Procedimiento Especial del Título IV, el DL 211 establece que corresponde a la Fiscalía la instrucción de investigaciones a partir de la notificación obligatoria o voluntaria de operaciones de concentración por parte de agentes económicos, los que somete al procedimiento especial que detalla y respecto del cual tiene facultad para autorizar o prohibir el perfeccionamiento de las operaciones que le sean notificadas⁵⁸.

44. Que si bien el DL 211 es una regulación de general aplicación a todos los mercados y agentes económicos, ello no implica –a diferencia de lo que sostiene la Reposición– que la aplicación y/o ejecución de disposiciones cuyo objeto sea la promoción o defensa de la libre competencia contenidas en otra normativa sea, necesariamente, de competencia concurrente de este Servicio, especialmente cuando está ejerciendo las atribuciones emanadas del Título IV de dicho cuerpo normativo⁵⁹. Así, a la luz del principio de legalidad, en el marco de dicho procedimiento la FNE previene que el perfeccionamiento de una operación de concentración pueda reducir sustancialmente la competencia, siempre en el marco de sus atribuciones legales, sin que le sea lícito –en ningún caso– arrogarse facultades distintas a aquellas expresamente otorgadas por la ley.
45. Que, por el contrario, al examinar el diseño institucional de otros órganos sectoriales se observa que ellos efectivamente actúan en protección del bien jurídico libre competencia en el ejercicio de sus facultades regulatorias legalmente conferidas⁶⁰⁻⁶¹.

podrían tener conocimiento de hechos objeto de investigaciones; suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados; proponer fundadamente la dictación, modificación o derogación de preceptos legales o reglamentarios que estime necesarios para promover o contrariar a la libre competencia; entre otras comprendidas en el artículo 39 del DL 211 y normas especiales.

- ⁵⁸ A la luz de lo anterior, se tiene que la atribución de competencias realizada por el DL 211 a la Fiscalía es de naturaleza funcional, abarcando todos asuntos relativos a la promoción y defensa de la libre competencia en los mercados en la esfera de sus atribuciones de acuerdo a la ley. Artículo 1° y 2° DL 211.
- ⁵⁹ CORDERO VEGA, Luis. 2015. Ob. Cit., p. 199. Asimismo, es conveniente tener presente que “[l]a libre competencia es un bien jurídico protegido de aquellos denominados públicos, que dice relación con el funcionamiento de un sistema que promueve una forma de orden social mediante la cual se armoniza el ejercicio de la libertad de competencia mercantil por parte de todos los ciudadanos que la ostentan. Esta armonización se logra por la vía de limitar estas libertades (...) y de esta forma se tutela que todos y cada uno de los ciudadanos interesados en ello puedan ejercitar adecuadamente su libertad de competencia mercantil”. VALDÉS PRIETO, Domingo. 2006. Libre Competencia y Monopolio. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 188.
- ⁶⁰ Por ejemplo, la Unidad de Monitoreo de la Competencia al interior del nuevo Coordinador Eléctrico Nacional, cuya tarea es monitorear las condiciones de competencia del mercado eléctrico con objeto de garantizar su coordinación e informar actuaciones que podrían constituir atentados a la competencia. “*Con 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*”. Artículo 72-10 LGSE (énfasis añadido).
- ⁶¹ A la Dirección de Compras y Contratación Pública le corresponde velar y promover la máxima competencia dentro de sus procedimientos de compra de la Administración. “*Son funciones del Servicio las siguientes: g) Promover la máxima competencia posible en los actos de contratación de la Administración, desarrollando iniciativas para incorporar la mayor cantidad de oferentes. Además, deberá ejercer una labor de difusión hacia los proveedores actuales y potenciales de la Administración, de las normativas, procedimientos y tecnologías utilizadas por ésta*”. Artículo 30 de la ley N°19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios (énfasis añadido).

⁶². A mayor abundamiento, este diseño institucional existe en términos similares, en algunas jurisdicciones comparadas de referencia⁶³.

46. Que, en específico –y según fue explicitado en la Resolución e Informe–, en materia eléctrica la ley entrega a la SEC la fiscalización y supervigilancia del cumplimiento de las disposiciones normativas relativas a la generación, producción, almacenamiento, transporte y distribución de electricidad⁶⁴, habilitándola para adoptar las medidas tendientes a corregir las deficiencias que observare, aplicando e interpretando las disposiciones legales y reglamentarias⁶⁵. A su vez, el artículo 9° de la LGSE señala de forma expresa que “*La aplicación de la presente ley corresponderá a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, en adelante la Superintendencia, sin perjuicio de las atribuciones conferidas a la Comisión Nacional de Energía, en adelante la Comisión; a las Municipalidades y al Ministerio de Energía*”.

⁶² En el sector de telecomunicaciones, la normativa sectorial establece en relación con el acceso o conexión de todo concesionario de servicios intermedios que prevea servicios de larga distancia internacional a la red telefónica que “*Asimismo, cada infracción a lo establecido en el inciso segundo del artículo 24 bis se considerará como una violación a la libre y sana competencia y será sancionada con multa no inferior a 1.000 UTM ni superior a 5.000 UTM, sin perjuicio de las indemnizaciones a que tengan derecho el o los concesionarios de servicios intermedios de larga distancia que sean afectados por el acto discriminatorio*” Inciso tercero del artículo 36 bis de la Ley 18168, Ley General de Telecomunicaciones. Asimismo, establece que será un árbitro arbitrador dirime respecto de un posible bloqueo vertical de insumos entre competidores en materia de libre acceso de proveedores de servicios de cable, internet o telefonía. “*En caso de esgrimirse, respecto de las instalaciones de acceso al edificio o condominio, falta de capacidad o de disponibilidad para el ingreso de otros proveedores de los referidos servicios, el o los nuevos proveedores interesados deberán ofrecer alternativas de solución o de mitigación de riesgos, en cuyo caso el proveedor existente sólo podrá oponerse acreditando plausibilidad de afectación de sus servicios. En caso de desacuerdo entre las partes, sea por motivos técnicos o económicos, las controversias que se susciten serán resueltas por un árbitro arbitrador designado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 232 del Código Orgánico de Tribunales. El árbitro estará obligado a fallar en favor de una de las proposiciones de las partes, y podrá en su caso establecer condiciones para materializar el acceso requerido. Sus honorarios serán de cargo de aquel proveedor cuya alegación sea totalmente desestimada o, en caso contrario, por partes iguales entre los intervinientes*”. Inciso segundo del artículo tercero transitorio de la ley N°20.808 que protege la libre elección en los servicios de cable, internet o telefonía.

⁶³ Dicho diseño institucional no es extraño, sino que existen jurisdicciones comparadas con regímenes mixtos, donde el regulador sectorial y el de competencia comparten atribuciones en la protección de este último bien jurídico. Por ejemplo, Reino Unido, el regulador sectorial financiero –la *Financial Conduct Authority (“FCA”)* – tiene asignadas competencias concurrentes con la agencia de competencia, la *Competition and Markets Authority (“CMA”)*, en materia de protección del bien jurídico libre competencia en su ámbito sectorial. En efecto, la FCA tiene dentro de sus tres objetivos operacionales, “*el promover la efectiva competencia, en interés de los consumidores*”. Véase CMA. 2019. *Memorandum of Understanding between the Competition and Markets Authority and the Financial Conduct Authority – Concurrent Competition Powers*. En el mismo sentido operan, a modo ilustrativo, los Países Bajos, en el ámbito del derecho del consumidor y competencia, Japón y México, en el ámbito de las telecomunicaciones y competencia, entre otros. Véase ALEXIADIS, Peter y DA SILVA PEREIRA NIETO, Caio Mario. 2019. *Competing Architectures for Regulatory and Competition Law Governance*. European University Institute. Disponible vía web en: [https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/63285/Competing Architectures for Regulatory and Competition Law Governance.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/63285/Competing_Architectures_for_Regulatory_and_Competition_Law_Governance.pdf?sequence=1&isAllowed=y) [última consulta: 19.05.2021].

⁶⁴ Artículo 2° de la ley N°18.410 que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.

⁶⁵ Artículo 3° N°34 y 36 de la ley N°18.410 que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. En virtud de dichas facultades, la entidad fiscalizadora ha interpretado el alcance del artículo 7 LGSE. En dicho sentido, Oficio Ord. N°13.201 de la SEC del año 2011 frente a consulta de Sociedad Austral de Electricidad S.A.; N°1.113 del año 2017 de la SEC por solicitud realizada por Parque Eólico Los Cururos Limitada; N°11.762 de la SEC del año 2017 en virtud de la consulta realizada por la empresa Besalco Energía Renovable S.A.; y N°14.112 de la SEC del año 2017 por el que accede a la solicitud de reconsideración del criterio informado mediante el Oficio Ord. N°11.762.

47. Que, por su parte, el régimen de control obligatorio de operaciones de concentración está radicado en esta Fiscalía, la que efectúa un análisis técnico a la luz de estándares sustantivos aplicados en forma específica a cada caso particular⁶⁶. En efecto, el estándar de *reducción sustancial de la competencia* –previsto en los artículos 54 y 57 de dicha ley– exige a la FNE proyectar aquellos comportamientos que, de perfeccionarse la operación, podrían ser desplegados por los notificantes y tener la aptitud para deteriorar en forma sustancial la competencia en los mercados analizados. Se trata de un examen que necesariamente varía a la luz de las condiciones particulares de cada operación, analizándose en el caso concreto su sustancialidad y la probabilidad de concreción del daño a la competencia, sobre la base de criterios previsible y explicitados por la Fiscalía⁶⁷.

⁶⁶ Al respecto, artículo 54 y 57 DL 211. En dicho sentido, OCDE. 2014. Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile, pp. 12, 114 y ss. A su vez, la historia de la ley N°20.945 que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia señala: “[e]l estándar sustantivo vigente contemplado en el inciso primero del artículo 3° de la Ley de Defensa de la Libre Competencia consistente en que el hecho, acto o convención “impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”, debe dar paso a uno más preciso para el caso de las operaciones de concentración, en las cuales resulta más difícil concluir su carácter anticompetitivo producto del balance entre eficiencias pro competitivas y riesgos anticompetitivos que es necesario realizar”. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la ley N°20.945, p. 56.

⁶⁷ Tanto en las guías internas –Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales (“Guía”), p. 5 (actualmente vigente y cuya sección procedimental fue derogada el año 2017) y Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales, mayo de 2021, actualmente sujeta a consulta pública–, así como en la jurisprudencia administrativa de esta Fiscalía en materia de operaciones de concentración. Dicho examen es uno más estricto que el existente antes de la Ley 20.945, donde aplicaba el artículo 3° del DL 211 que suponía “un análisis equilibrado que evalúe tanto eficiencias pro-competitivas como riesgos anticompetitivos” de las operaciones de concentración que se sometían a su conocimiento, evitando la materialización de aquellas que en definitiva deriven, por ejemplo, en un alza en los precios, en una disminución de la cantidad o de la calidad de los productos involucrados o en la afectación de variables competitivas adicionales que sean relevantes para competir en un determinado mercado involucrado. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la ley N°20.945, p. 63.

A este respecto, la noción del test “reducción sustancial de la competencia” tiene un amplio desarrollo en la doctrina y jurisprudencia, administrativa y judicial, que ha ido evolucionando conforme la *lex artis* de la ciencia económica ha ido progresando. A este respecto, el TDLC ha señalado: “se debe tener presente que este sistema de control de operaciones de concentración supone un análisis prospectivo que busca predecir efectos futuros, cuyo estándar aplicable es la reducción sustancial de la competencia (tal como lo explicita el art. 54 del D.L. N°211). Este estándar sustantivo específico se debe aplicar tanto por la FNE como por este Tribunal al resolver una operación de concentración [...] La reducción sustancial de la competencia” es utilizada, con diversas denominaciones, en la mayor parte de las jurisdicciones comparadas. En términos generales, una operación de concentración que produce una reducción significativa de la competencia conlleva un efecto adverso en los consumidores y debe, por tanto, ser rechazada. Con todo, más allá de este aserto, la concreción del estándar requiere siempre de la construcción de alguna “teoría del daño” que describa “los posibles cambios que surjan de la fusión y compare cualquier efecto en rivalidad y daño esperado a los consumidores con la situación posible de surgir sin la fusión” [...] “Por ello, el estándar de decisión suele, en los hechos, variar en intensidad de jurisdicción en jurisdicción. Una muestra de ello es que, para aminorar la incertidumbre regulatoria, las autoridades de competencia suelen dictar lineamientos generales de decisión, como hizo la FNE en su hoy derogada “Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración”. TDLC, sentencia N°166/2018, voto de los ministros señores Saavedra y Tapia. El concepto es amplio para abarcar la natural evolución del análisis técnico que mide el impacto competitivo de las operaciones de concentración, dentro de un marco conceptual que, en esencia, no difiere sustancialmente entre las jurisdicciones que cuentan con un régimen obligatorio de control de operaciones de concentración. En efecto, la ausencia de rigidez en el concepto se demuestra en que recientemente la Fiscalía ha lanzado a consulta una nueva Guía de Análisis de Operaciones de Concentración Horizontal, que actualiza los criterios empleados según la evolución del análisis y tendencias actuales en la materia, véase: <<https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/05/Guia-para-el-Analisis-de-Operaciones-de-Concentracion-Horizontales-mayo-VF.pdf>> [última visita: 12.05.2021].

48. Que la existencia de ciertos umbrales de concentración –medidos tanto en porcentajes como bajo el Índice Herfindahl - Hirschman–⁶⁸ no determina en forma absoluta las conclusiones a las cuales esta Fiscalía puede arribar en materia de análisis de operaciones de concentración, sino que constituye un punto de partida del análisis de los efectos de la operación a fin de determinar la aptitud de una operación de concentración de provocar una reducción a la competencia de carácter sustancial caso a caso⁶⁹.
49. Que, en este sentido, los umbrales de concentración contenidos en el artículo 7° de la LGSE, –independiente de si éstos fueron o no establecidos originariamente sobre la base de consideraciones de competencia–, bajo ningún respecto pueden predeterminar el análisis sustantivo que debe realizar esta Fiscalía de una operación de concentración en el sector eléctrico, al tenor de las disposiciones del Título IV del DL 211.
50. Que de lo anterior se tiene entonces que, la mera transgresión de una prohibición y/o de un umbral de concentración sectorial –como los contenidos en el artículo 7° de la LGSE⁷⁰– y las consecuencias formales de dicho incumplimiento son ajenas a la competencia que la ley entrega a la Fiscalía en el marco del control preventivo de operaciones de concentración⁷¹.

⁶⁸ Fiscalía Nacional Económica. 2012. Guía, p. 13.

⁶⁹ El Índice Herfindahl-Hirschman ha sido consistentemente aplicado como punto de partida o primer filtro del análisis de competencia por esta Fiscalía a la hora de proceder al análisis sustantivo de operaciones de concentración, como puede observarse en la jurisprudencia administrativa de este Servicio respecto de operaciones de concentración, tanto en relación con el Título IV del DL 211, como previo a su entrada en vigencia, siendo expresamente indicado en la Guía, p. 5 (actualmente vigente y cuya sección procedimental fue derogada el año 2017) y ratificado en el borrador de Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales, mayo de 2021 (actualmente sujeto a consulta pública).

En este sentido, “[l]a CMA no aplica ningún umbral respecto de las participaciones de mercado, el número de competidores restantes o cualquier otra medida para determinar si una pérdida de competencia es sustancial. La CMA decidirá si una pérdida de competencia es sustancial según el estándar legal aplicable” (traducción libre: “[t]he CMA does not apply any thresholds to market share, number of remaining competitors or on any other measure to determine whether a loss of competition is substantial. The CMA will decide whether a loss of competition is substantial under the applicable legal standard”). Autoridad de Competencia y Mercados de Reino Unido, CMA. 2021. Merger Assessment Guidelines, p. 7.

⁷⁰ En particular, en materia eléctrica la Fiscalía ha aplicado igualmente un estándar sustancial respecto de eventuales ilícitos competitivos y remitido los antecedentes a la SEC a objeto de que determine y sancione posibles incumplimientos normativos, al ser la autoridad competente para ello a la luz del artículo 9 de la LGSE. Así, “no obstante poder verificarse indicios de una eventual posición dominante en el caso de la central Guacolda, al constituir ésta una central pivotal del sistema eléctrico, dicha circunstancia no es suficiente, por sí sola, para determinar una conducta de abuso [...] [q]ue en este caso específico, la falta de indicios de un posible ilícito anticompetitivo no excluye que la misma conducta pueda ser cuestionada en cuanto a su adecuación a las normas sectoriales que establecen obligaciones respecto de las declaraciones que deben realizar las empresas eléctricas, por lo que se considera adecuado remitir los antecedentes del caso, para su análisis, a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, autoridad fiscalizadora sectorial”. Informe rol FNE rol N°2591-2019 de investigación caratulada “Denuncia sobre licitación de servicios de recolección de residuos sólidos domiciliarios en La Florida”, considerando cuarto y décimo octavo.

⁷¹ “Con todo, dado que el procedimiento de control de operaciones de concentración evalúa si una operación resulta apta para reducir sustancialmente la competencia, la decisión que esta Fiscalía adopte no releva a los sujetos obligados de su deber de dar cumplimiento a los resguardos conductuales y estructurales impuestos por el Dictamen N°1280, o de solicitar la adecuación o modificación de dicha decisión ante el TDLC. Asimismo, en caso de verificarse un incumplimiento de las obligaciones vigentes, la FNE, compelida por la atribución y el deber de velar por el cumplimiento de las decisiones del TDLC, perseguirá la

51. Que, en consecuencia, tanto la Resolución como el Informe que la sustenta analizan cabalmente los efectos que el perfeccionamiento de la Operación podría causar en la competencia, evaluando posibles riesgos horizontales y verticales consecuencia de los eventuales cambios en los incentivos y habilidades de las Partes, a la luz del estándar legal de consagrado en el artículo 54 del DL 211, antes descrito⁷². En específico, cabe reiterar que en el marco de la investigación esta Fiscalía consideró y ponderó expresa y debidamente los posibles efectos competitivos que se producirían en razón de la integración vertical de SGIDL, resolviendo fundadamente que dicha circunstancia no resultaría apta para reducir sustancialmente la competencia al no implicar una modificación del escenario competitivo en los mercados relevantes afectados⁷³.
52. Que, adicionalmente, ODECU sostiene que esta Fiscalía habría omitido indicar en la Resolución recurrida los recursos que proceden contra la Resolución. Al respecto, y sin perjuicio de los argumentos que se señalarán en el acápite IV de esta resolución –en lo que respecta a la inconciliabilidad del régimen recursivo ordinario de la LBPA con el Título IV del DL 211–, cabe señalar que en virtud del principio de no formalización contenido en el inciso segundo del artículo 13 de la LBPA, esta Fiscalía descarta la existencia de un posible efecto invalidante al no haberse producido un perjuicio al interesado como se confirma, justamente, en el hecho de la presentación de la Reposición⁷⁴.
53. Que, finalmente, la Recurrente alega que este Servicio habría infringido el deber de coordinación del artículo 37 bis de la LBPA, que demanda a la autoridad la remisión de antecedentes y el requerimiento de un informe para precaver conflictos de normas al dictar un acto administrativo de carácter general que tenga efectos en ámbitos de competencia de otro órgano. Al respecto, esta Fiscalía descarta su incumplimiento por ser improcedente su aplicación a este caso atendida la naturaleza del acto impugnado. En específico, la obligación en la citada norma constituye un mecanismo de coordinación preventivo para regulaciones susceptibles de incidir en ámbitos

responsabilidad de los sujetos obligados en sede contenciosa". Informe rol FNE F135-2018 de investigación caratulada "Adquisición de las acciones de Grupo Empresas Navieras, SAAM Puertos y Ransa Comercial en Terminal Puerto Arica por Inversiones Neltume e Inversiones y Construcciones Belfi S.A.", p. 40.

⁷² Sección IV Informe y Resolución considerandos décimo segundo y siguientes.

⁷³ Así, de las relaciones verticales entre las Partes se descartaron riesgos de (i) sabotaje entre generación y transmisión –dado que CGE no cuenta actualmente con centrales de generación y considerando la baja participación de SGILD–; (ii) asimetría de información y bloqueo de clientes en generación y distribución –ya que el sujeto activo de dicha conducta ya contaría con dicha información previa Operación y al existir actores más relevantes que podrían contrapesar a las Partes–; y (iii) bloqueo de insumos en generación distribuida y distribución –considerando que los pequeños medios de generación distribuida no serían competidores de las Partes atendida la regulación de los precios de inyección de energía–. Informe, pp. 40 y ss.

⁷⁴ "En cuanto a que la resolución en análisis no habría dado cumplimiento a lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 41 de la ley N°19.880, al omitir la expresión de los recursos que contra la misma procedan, es necesario indicar que, con arreglo a lo prescrito en el artículo 13, inciso segundo, del mismo ordenamiento, dicha omisión no reviste el carácter de vicio esencial que incida en la validez de ese acto administrativo". Al respecto, Contraloría General de la República, dictamen N°26.829 del año 2018. En igual sentido, dictámenes N°43.471 del año 2009, 78.393 del año 2010, 63.513 del año 2014, 66.289 del año 2016 y 30.874 del año 2017.

sectoriales que sean de competencia de distintas autoridades, lo cual aplica respecto de actos administrativos de carácter general⁷⁵.

54. Que, por el contrario, debe tenerse presente que la Resolución no constituye un acto de carácter general, sino uno de alcance particular. En definitiva, se trata de una autorización administrativa en el marco del Procedimiento Especial del Título IV que declara –como resultado de una investigación– que la operación notificada carece de aptitud para reducir sustancialmente la competencia y cuya dictación permite a las Partes perfeccionarla⁷⁶. En consecuencia, se trata de un título habilitante para materializar una determinada transacción que constituye un acto singular cuyos destinatarios se encuentran identificados⁷⁷ y respecto del cual no es aplicable el deber de coordinación descrito en la Reposición.
55. Que, sin perjuicio de lo anterior, durante la Investigación esta Fiscalía sostuvo variadas reuniones y efectuó diversas solicitudes de información tanto a la SEC⁷⁸, como al Coordinador Eléctrico Nacional y la Comisión Nacional de Energía⁷⁹⁻⁸⁰. Lo anterior, con el objeto de informar y consultar respecto de las implicancias y efectos de la Operación analizada a la totalidad de las autoridades sectoriales intervinientes en los mercados analizados. Dichos antecedentes fueron exhaustivamente evaluados

⁷⁵ El inciso primero del artículo 37 bis de la LBPA señala: “Cuando un órgano de la Administración del Estado deba evacuar un acto administrativo de carácter general que tenga claros efectos en los ámbitos de competencia de otro órgano, le remitirá todos los antecedentes y requerirá de éste un informe para efectos de evitar o precaver conflictos de normas, con el objeto de resguardar la coordinación, cooperación y colaboración entre los órganos involucrados en su dictación”. Vale mencionar que el precepto del artículo 37 bis se ha entendido principalmente aplicable a la dictación o modificación de reglamentos. Al respecto, VALDIVIA OLIVARES, José Miguel. 2018. Manual de Derecho Administrativo. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 179 y 180. Contraloría General de la República, dictamen N°30.956 del año 2018 y 5.732 del año 2020. El primero de ellos señala: “debe precisarse que en la emisión del referido decreto supremo, al tratarse un acto administrativo de carácter general que tiene impacto en los ámbitos de competencia de otro órgano, como lo es el Ministerio de Hacienda, pues esta materia repercute en el financiamiento de los beneficios de seguridad costeados en un porcentaje por el Estado, corresponde que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 37 bis de la ley N°19.880, en el sentido de requerir informe a las entidades pertinentes para efectos de evitar o precaver conflictos de normas, con el objeto de resguardar la coordinación, cooperación y colaboración entre los órganos involucrados en su dictación, lo que se verificará al momento del trámite de toma de razón”. El segundo, a su vez, señala: “Al respecto, es necesario señalar que no se ha dado cumplimiento a lo señalado en el referido artículo 37 bis de la ley N°19.880, en orden a plasmar la valoración del anotado informe en el decreto en estudio, por lo que se cursa el presente acto administrativo en el entendido de que la autoridad emisora tuvo conocimiento y ponderó lo manifestado por la Superintendencia de Seguridad Social, debiendo esa cartera de Estado, en lo sucesivo, dar cabal cumplimiento al indicado precepto legal”.

⁷⁶ LAGUNA DE PAZ, Juan Carlos. 2006. Navarra: Thomson/Civitas, pp. 36 y 37. En igual sentido, Sentencia TC rol N°1413 del año 2009, considerando octavo.

⁷⁷ BERMÚDEZ SOTO, Jorge. 2010. Op. Cit., p. 115.

⁷⁸ Reunión de fecha 23 de febrero del año 2021 sostenida con la SEC, junto con los Oficios Ord. N°234 y 672 de fechas 18 de febrero y 25 de marzo del año 2021.

⁷⁹ Una diligencia de investigación usualmente ejercida por la FNE especialmente en el análisis de operaciones de concentración cuyos mercados involucrados se encuentran sujetos a regulación sectorial. Artículo 39 letras f) y g) DL 211.

⁸⁰ Al respecto, reuniones sostenidas con fecha 16 de diciembre del año 2020 y 19 de enero del año 2021 con el Coordinador Eléctrico Nacional; reuniones sostenidas con fecha 19 y 25 de enero del año 2021 con la Comisión Nacional de Energía. En igual sentido, Oficio Ord. N°233 Coordinador Eléctrico Nacional de fecha 18 de febrero del año 2021 y Oficio Ord. N°232 Comisión Nacional de Energía de fecha 18 de febrero del año 2021.

y ponderados por esta Fiscalía en la Investigación, según da cuenta expresamente tanto la Resolución como el Informe⁸¹.

RESUELVO:

- 1°.- **SE RECHAZA** en todas sus partes el recurso de reposición administrativo deducido con fecha 15 de abril del año 2021 contra la resolución de esta Fiscalía de fecha 31 de marzo del año 2021, por la que se aprueba de forma pura y simple la Operación analizada en la Investigación, en atención a los considerados contenidos en la presente resolución.
- 2°.- **NO HA LUGAR** a la solicitud contenida en el primer otrosí de la Reposición atendiendo que, en virtud de las consideraciones expuestas, no concurren los supuestos de hecho que podrían hacer procedente la suspensión de acuerdo al artículo 57 de la LBPA.
- 3°.- **NOTIFÍQUESE** a las Partes de la Operación y a don Stefan Omar Larenas Riobó, en su calidad de representante de ODECU, de la presente resolución enviando copia íntegra de la misma mediante carta certificada.
- 4°.- **PUBLÍQUESE.**

Rol FNE F255-2020.

RICARDO
WOLFGANG RIESCO
EYZAGUIRRE

Firmado digitalmente por
RICARDO WOLFGANG
RIESCO EYZAGUIRRE
Fecha: 2021.05.28 11:38:32
-04'00'

**RICARDO RIESCO EYZAGUIRRE
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO**

FLV

⁸¹ Así consta de hecho en el Informe de Aprobación rol FNE F255-2020, "Adquisición de control por parte de State Grid International Development Limited en NII Agencia en Compañía General de Electricidad S.A. y otros", p. 1., donde se señala expresamente: "En el marco de la Investigación, esta División efectuó diversas diligencias, entre las que se encuentran solicitudes de información realizadas a las Partes; a las autoridades sectoriales intervinientes en el mercado como son el Ministerio de Energía, la SEC, la CNE y el Coordinador, según se define infra; a empresas distribuidoras, generadoras y transmisoras de electricidad; a fabricantes y Transformadores ECM ; a empresas de ingeniería eléctrica; a clientes de las Partes y a asociaciones gremiales del sector eléctrico. Adicionalmente, en el expediente de Investigación constan diversas declaraciones de los actores antes identificados". Además, en el marco de la investigación la División de Fusiones de esta Fiscalía citó a prestar declaración a las autoridades sectoriales (SEC, Comisión Nacional de Energía y Coordinador Eléctrico); a empresas generadoras de electricidad; a empresas distribuidoras de electricidad; a fabricantes y comercializadores de Transformadores y ECM; a una asociación gremial y a una empresa de ingeniería eléctrica.