

Los acuerdos extrajudiciales como una alternativa eficiente a la judicialización en materia de libre competencia

En respuesta a la columna de Cristián Reyes: "...Se argumenta que los acuerdos a los que podría llegar la FNE significarían que ciertos asuntos pueden ser resueltos conforme al 'criterio subjetivo de las autoridades de turno' (...) Previendo dicha posibilidad, nuestra institucionalidad de libre competencia estableció un sistema dual, asegurando que las decisiones del órgano administrativo sean revisadas judicialmente por un tribunal especializado..."

Martes, 27 de noviembre de 2018 a las 14:20



Imprimir   

Virginia Rivas

Hace algunos días se publicó en este mismo medio una [columna de opinión del abogado Cristián Reyes](#) que cuestiona la pertinencia del uso de acuerdos extrajudiciales por parte de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) para poner fin a potenciales conflictos o precaver riesgos a la libre competencia en casos de "alta complejidad e impacto".

Lo anterior, a propósito del acuerdo extrajudicial que suscribieron la Fiscalía Nacional Económica y la empresa china Tianqi respecto de su interés por adquirir aproximadamente un 24% de SQM y en virtud del cual se acordaron varias medidas de mitigación de eventuales riesgos a la competencia en el mercado del litio, identificados por la FNE.

El argumento central de dicha opinión sería que la facultad de la FNE para suscribir acuerdos extrajudiciales fue pensada más bien para "asuntos de bagatela" y que su uso en casos como el señalado podría convertir en letra muerta los procedimientos de lato conocimiento contemplados en el Decreto Ley 211, al entregarse la resolución de asuntos relevantes "al criterio subjetivo de las autoridades de turno".

Existen múltiples razones de peso para discrepar con esta visión (incluso ajenas al caso específico de Tianqi). La de mayor importancia es que pretender judicializar la adquisición de un interés minoritario por parte de una empresa extranjera implica desandar el desarrollo más reciente de nuestro sistema de libre competencia y todo el diagnóstico que lo justificó.

En efecto, la reforma que introdujo la Ley N° 20.945 vino a resolver los graves problemas de incertidumbre e innecesaria judicialización que generaban las herramientas que se utilizaban en Chile para efectos del control de fusiones, adquisiciones y concentraciones, a falta de una alternativa institucional. En ese sentido, el informe preparado por la OCDE en 2014 detectó, por ejemplo, la inconveniencia de que prácticamente cualquiera pudiese intervenir en dicho tipo de operaciones mediante la interposición de una consulta ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC); reconoció que los plazos de tramitación de estos procedimientos eran excesivos y afectaban la seguridad jurídica necesaria para el funcionamiento de la economía y evidenció que no se aprovechaban las capacidades de la FNE como órgano más apto y capacitado para someter a análisis tales operaciones. Para subsanar todas esas falencias se determinó la conveniencia de que fuese este organismo el encargado de llevar a cabo dicho control preventivo y se le dotó de herramientas y de un procedimiento acotado para negociar mitigaciones a los eventuales riesgos competitivos que se identificaran.

Pese a no tratarse de una concentración, en el caso de Tianqi las lógicas que debiesen aplicar son exactamente las mismas, ya que los riesgos de una operación de esta naturaleza pueden llegar a ser similares. Frente a una situación de potenciales riesgos competitivos, la entidad más capacitada para sopesarlos y evitar su ocurrencia es la FNE. Esta agencia efectuó un celoso análisis, resolvió que determinadas medidas eran suficientes para contrarrestar los riesgos observados y luego utilizó un acuerdo extrajudicial como medio para poner fin a los potenciales conflictos de forma eficiente y eficaz. Esta solución implicó ponderar adecuada y proporcionalmente los costos de la intervención de la autoridad y los fines de protección perseguidos. Intentar volver a la lógica de la judicialización para casos de esta naturaleza no solo constituiría un despropósito y un retroceso, sino que, además, conllevaría un trato injusto al aplicar estándares de revisión en extremo gravosos a un caso de entidad incluso inferior a la de una operación de concentración.

Por lo demás, la solución de eventuales riesgos competitivos mediante acuerdos extrajudiciales alcanzados entre las agencias de libre competencia y las empresas investigadas no es un arranque de imprudencia ni de creatividad de parte de la FNE. Por el contrario, se trata de un sistema ampliamente utilizado en las jurisdicciones más avanzadas. En Europa, por ejemplo, el Reglamento N° 1 de 2003 estableció la posibilidad de que las empresas infractoras ofrezcan compromisos a la Comisión para poner fin a investigaciones. Valga recordar que en el caso de Tianqi no había siquiera una infracción, sino solo potenciales riesgos teóricos.

Por otra parte, se argumenta que los acuerdos extrajudiciales a los que podría llegar la Fiscalía significarían que ciertos asuntos pueden ser resueltos conforme al "criterio subjetivo de las autoridades de turno". No puedo sino hacer notar la desproporción de una alegación de esa naturaleza. De hecho, previendo dicha posibilidad, nuestra institucionalidad de libre competencia estableció un sistema dual, asegurando que las decisiones del órgano administrativo sean revisadas judicialmente por un tribunal especializado. Este sistema de contrapesos se observa en materia de acuerdos extrajudiciales, ya que el TDLC debe revisar la razonabilidad del examen efectuado por la FNE, pudiendo perfectamente rechazar un acuerdo en caso de que no se proteja efectivamente la libre competencia. Otra cosa muy distinta es que el Tribunal reconozca en la Fiscalía al órgano que se encuentra en una mejor posición para analizar los antecedentes de una operación y diseñar soluciones para un caso concreto.

Finalmente, creo que tanto la FNE como el TDLC han dado pruebas contundentes de su autonomía y capacidad técnica, por lo que una crítica como la deslizada en dicha opinión parecería no tener mayor sustento en los hechos. Todo lo señalado no significa un cheque en blanco para nuestras autoridades, por el contrario, la FNE está llamada a seguir usando su *expertise* para discernir cuándo litigar y cuándo usar soluciones alternativas, como lo hizo con Tianqi.