

Fusión Lan-Tam y libre competencia



Susana Jiménez

Economista senior de
Libertad y Desarrollo

La consulta admitida por el TDLC podría dañar la institucionalidad de la libre competencia y es una amenaza para futuras fusiones.

EL TRIBUNAL de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) admitió a tramitación una consulta sobre la fusión de las aerolíneas Lan y Tam, presentada por terceros. Esto podría ocasionar un daño a la institucionalidad de la libre competencia y es una amenaza para futuras operaciones de ese tipo. Además, constituye un duro golpe a la labor hecha por la Fiscalía Nacional Económica (FNE).

Chile ha optado por un sistema en el cual no es obligatorio consultar las operaciones de fusión. La última modificación a la ley introdujo la posibilidad de que la solicitud de consulta frente a una fusión fuera presentada por la FNE, en representación del interés colectivo en materias de libre competencia. Además, permitió que la FNE llegara a un acuerdo extrajudicial con las partes si así lo ameritaba, sujeto a posterior aprobación del TDLC.

La ley estableció que podría efectuar la consulta, además de la FNE, quien tuviera "interés legítimo" en ella. Se había entendido hasta ahora en nuestro sistema jurídico -como lo prueba la historia de la ley- que tenían legítimo interés las partes involucradas en la operación. Parlamentarios y el propio Ejecutivo estimaron que otorgar legitimidad activa a terceros ajenos a operaciones de concentración sería perjudicial para el sistema, por el riesgo de permitir a cualquiera entorpecer acciones económicas legítimas, con finalidades no siempre asociadas a la protección de la libre competencia.

En este caso se dio precisamente esta situación. Un tercero no involucrado en la operación presentó la consulta, que fue acogida a tramitación por el TDLC. Tal situación contradice el espíritu del procedimiento, cual es que el tribunal conozca y se pronuncie respecto de las operaciones de concentración, otorgando así seguridad jurídica a quienes participan de la operación.

El TDLC rechazó, además, el acuerdo extrajudicial de la FNE con una de las partes, con motivo de la consulta. Esto, de prosperar, tendría consecuencias igualmente nefastas, porque pasaría a llevar las atribuciones asignadas a la FNE, que tras un arduo trabajo logró un acuerdo exhaustivo y beneficioso para la competencia y los consumidores del mercado. De paso, se invalidaría un proceso legal que pretendía acortar los plazos involucrados en la operación, dando garantías de resguardo de la libre competencia y que, de todos modos, debía ser visado por el TDLC. En este caso, el acuerdo contemplaba importantes compromisos de la empresa fusionada en favor de la competencia, incluyendo aspectos que iban bastante más lejos de las posibles medidas de mitigación que pudiera imponer el TDLC en un proceso de consulta.

Las consecuencias de este caso son significativas. No sólo quedan en entredicho la institucionalidad y los procedimientos que deben velar por la libre competencia, sino que se impone un costo altísimo para el libre emprendimiento. ¿Quién podría decidir no iniciar un proceso de consulta, si cualquier tercero puede forzarlo? ¿Y quién podría embarcarse en un proceso de negociación con la FNE para llegar a un acuerdo extrajudicial si no cuenta con el reconocimiento por parte del TDLC? Se corre el riesgo de terminar con un sistema en que todos acaban consultando, con el consecuente atochamiento de actividad en el TDLC y la dilación aun mayor en operaciones de fusión que, en su mayoría, son totalmente legítimas.