

ARTÍCULOS

Idoneidad de las medidas de desinversión en casos ajenos a operaciones de concentración

Suitability of divestiture measures in non-merger cases

Alex León Ramírez 

Egresado de Derecho, Universidad de Chile

RESUMEN El artículo aborda las medidas de desinversión en casos que no están relacionados con operaciones de concentración, destacando su relevancia en el derecho de la competencia. Estas medidas, que tienen un fuerte impacto sobre la estructura del mercado, son menos comunes en procedimientos consultivos y contenciosos en comparación con su aplicación en operaciones de concentración, donde suelen emplearse para mitigar riesgos horizontales. Sin embargo, en casos excepcionales, como los relacionados con abuso de posición dominante o monopolización, se han utilizado con éxito. El artículo también destaca que el objetivo principal de las medidas de desinversión es restablecer la competencia y prevenir la reincidencia de prácticas anticompetitivas. El análisis incluye una discusión sobre la naturaleza jurídica de estas medidas, en el que se plantea que, aunque no son sanciones en sentido estricto, pueden adquirir un carácter sancionatorio en ciertos casos, especialmente cuando se imponen desinversiones totales que limitan de manera significativa los derechos de propiedad de las empresas involucradas. En la mayoría de los casos, sin embargo, se las considera medidas correctivas o preventivas, diseñadas para restaurar el equilibrio competitivo en mercados afectados por infracciones. El artículo concluye que la imposición de las medidas de desinversión debe estar basada en los principios de eficacia y proporcionalidad. Se destaca la importancia de evaluar si existen alternativas menos gravosas que permitan alcanzar los mismos objetivos sin perjudicar excesivamente a los agentes económicos afectados. Por último, este análisis debe ser más restrictivo para aquellos casos que se busque imponer una desinversión total.

PALABRAS CLAVE Libre competencia, desinversión, remedios estructurales, proporcionalidad, eficacia.

ABSTRACT The article addresses divestiture measures in non-merger cases, highlighting their relevance in competition law. These measures, which have a significant

impact on market structure, are less common in consultative and contentious procedures compared to their application in mergers, where they are typically used to mitigate horizontal risks. However, in exceptional cases, such as those involving abuse of dominant position or monopolization, they have been successfully applied. The article also emphasizes that the primary purpose of divestiture measures is to restore competition and prevent the recurrence of anti-competitive practices. The analysis includes a discussion of the legal nature of these measures, suggesting that, while they are not sanctions in the strict sense, they may acquire a punitive character in certain cases, especially when total divestitures are imposed, significantly limiting the property rights of the undertakings involved. In most cases, however, they are considered corrective or preventive measures, designed to restore competitive balance in markets affected by violations. The article concludes that the imposition of divestiture measures must be based on the principles of effectiveness and proportionality. It emphasizes the importance of evaluating whether less burdensome alternatives exist to achieve the same objectives without excessively harming the affected economic agents. Finally, this analysis should be more restrictive in cases where total divestiture is sought.

KEYWORDS Antitrust, divestiture, structural remedies, proportionality, effectiveness.

Introducción

Un gran problema que se ha planteado en el derecho de la competencia ha sido la discusión sobre qué sanciones o remedios aplicar a la diversidad de conductas o riesgos que pueden atentar contra la libre competencia. Una manifestación de la eficacia del derecho de la competencia se encuentra en la prevención de las amenazas y el cese de las infracciones.

El Decreto Ley (DL) 211 tipifica en su artículo 26 un marco general de sanciones que se puede aplicar a infracciones a la libre competencia en sede contenciosa. Además, los artículos 3 inciso primero, 3 bis y 4 bis establecen una regla que permite la aplicación de «aquellas medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que resulten necesarias». Por otro lado, en el caso de los asuntos de carácter no contencioso (o consultivos), el artículo 18 número 2 establece como regla que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) podrá fijar «las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos». En ambos casos estamos ante un catálogo amplio de remedios que pueden ser impuestos a los agentes económicos.

A partir de allí, este trabajo se propone analizar las medidas de desinversión, ya que, al limitar el derecho de propiedad de los agentes económicos, son una de las medidas más gravosas que puede imponer el TDLC. En los últimos años, las medidas de desinversión se han caracterizado como una de las más efectivas en operaciones de concentración al analizar riesgos horizontales. Distinto es el caso en procedimientos ajenos a las operaciones de concentración (procedimientos contenciosos

y consultivos), en que estas medidas no han tenido mucha aplicación salvo casos excepcionales.¹

Pese a las diferencias entre estos procedimientos, es relevante tener en consideración los precedentes que han marcado la imposición de medidas de desinversión por parte del TDLC, como también en el sistema estadounidense, ya sea en casos de control de operaciones de concentración o en supuestos de monopolización, ya que estos sirven para complementar sus posibles aplicaciones en procedimientos contenciosos o consultivos.

En el panorama internacional, el diseño de remedios se ha vuelto cada vez más difícil, a medida que los mercados se vuelven cada vez más complejos o concentrados. Esto ha puesto en tela de juicio los remedios conductuales, lo que ha significado reevaluar la posición de los remedios estructurales —como lo es la desinversión— en el abanico de mediadas que puede aplicar un tribunal o una agencia de competencia.

Este trabajo busca encontrar las pautas o directrices que debe seguir un órgano jurisdiccional, como lo es el TDLC, para imponer una medida de desinversión. Como se señala que, para implementar una medida, en general, se debe considerar la idoneidad y proporcionalidad de esta, se propone incluir dos factores: uno estructural y uno hipotético de reincidencia. Finalmente, se sugiere ahondar en la naturaleza y procedencia de estas medidas, así como en su diferencia en los procedimientos, tanto contenciosos como consultivos. Para ello, se presentará la siguiente estructura: i) definición y categorías; ii) análisis de su naturaleza; iii) análisis de sus requisitos; y, finalmente, iv) análisis de las conductas en que pueden resultar efectiva su imposición.

Las medidas de desinversión: Origen y concepto

Origen en el derecho norteamericano

Las medidas de desinversión tienen su origen en el derecho estadounidense, bajo el Sherman Act de 1890. Esta legislación surgió en respuesta al creciente poder de grandes corporaciones, conocidas como trusts, que controlaban sectores clave de la economía del país. Los primeros casos notables, como *Standard Oil Co. vs. United*

1. En Chile, podemos destacar la imposición de una medida de desinversión en el caso *John Manole* (sentencia 117-2011) y el caso *Gasmar en la consulta del gas* (resolución 51-2018). Previa a la entrada en vigor de la Ley 20.945, que incorporó el control obligatorio de fusiones, se encuentran casos de operaciones de concentración o *joint-venture* conocidos por el TDLC, como son *VTR-Metropolis Intercom* (resolución 1-2004), *Telefónica-BellSouth* (resolución 2-2005), *Iberoamerican Radio Chile* (resolución 20-2007), *Hidroeléctrica Aysén* (resolución 21-2007), *Copec-Terpel* (resolución 34-2011), *Lan-Tam* (resolución 37-2011) y *SMU-SDS* (resolución 43-2012). Previa a la creación de TDLC, la Comisión Resolutiva Antimonopolios resolvió que Telefónica debía desinvertir su capital accionario en Entel o CTC (resolución 369-92).

States (1911) y *United States vs. American Tobacco Co.* (1911), sentaron un precedente en el uso de la desinversión como un remedio estructural para disolver monopolios. En estos casos, la Corte Suprema de Estados Unidos optó por fragmentar estas grandes empresas con el objetivo de restaurar la competencia en el mercado y reducir su poder. Este enfoque estructural fue visto como una forma de atacar directamente las raíces del monopolio, eliminando el control centralizado de sectores enteros de la economía (Adams, 1951: 2).

El fundamento principal detrás de las medidas de desinversión, en sus orígenes, fue evitar la concentración económica —la formación de estos *trusts*—. Estas concentraciones, al agrupar un gran número de activos y recursos bajo el control de una sola entidad o grupo, limitan la competencia, creando barreras de entrada para nuevos competidores, y permiten a las empresas dominantes influir de manera decisiva en los precios y la producción.

El Sherman Act buscaba proteger los principios de la libre competencia, por lo que la desinversión se convirtió en una herramienta para dismantlar las estructuras monopólicas que amenazaban este principio. Como señala Crandall, el objetivo era fragmentar el poder de mercado de las grandes empresas, fomentando así un entorno más competitivo en el que nuevas empresas pudieran surgir y competir en igualdad de condiciones (2001: 3).

Las decisiones que recayeron en los ya aludidos casos *Standard Oil* y *American Tobacco*, que implicaron la división de la compañía en tres partes, no provocaron los resultados esperados. En el caso de *Standard Oil*, los accionistas originales mantuvieron un control sustancial sobre las nuevas entidades, lo que limitó el impacto de la desinversión en la competencia real. Asimismo, el enfoque en dividir las empresas por unidades económicas no siempre abordaba adecuadamente las dinámicas del mercado, como sucedió con *American Tobacco*, en el cual las entidades resultantes pudieron seguir coordinando precios y prácticas comerciales (Adams, 1951: 15). Estos casos muestran que, aunque las desinversiones fueron aplicadas para reducir la concentración del mercado, la efectividad del remedio dependía de cómo se implementaba y de las características del mercado en cuestión.

Desde la segunda mitad del siglo XX, las medidas de desinversión cayeron en desuso en el derecho estadounidense, especialmente en torno a la década de 1980. A partir de esa época, los tribunales y las autoridades de competencia comenzaron a optar más por remedios conductuales que estructurales. En lugar de dismantlar empresas, las cortes impusieron restricciones sobre el comportamiento anticompetitivo de las mismas.

Esto se refleja en el caso *United States vs. Microsoft Corp.*, en el que el Departamento de Justicia (DOJ, por sus siglas en inglés), tras solicitar en primera instancia una medida de desinversión concedida por la Corte del Distrito de Columbia, decidió desistir de esta en una segunda instancia ante la Corte de Apelaciones del mismo

distrito. De esta manera, la Corte de Apelaciones del distrito de Columbia revocó la desinversión en contra Microsoft y posteriormente fue aprobado un acuerdo entre DOJ y Microsoft en el que se acordaron remedios conductuales que restringieron el modelo de negocio de la compañía.²

Esta tendencia refleja una creciente reticencia a aplicar soluciones estructurales que, aunque más drásticas, a menudo resultaban difíciles de implementar y controlar a largo plazo. Como destaca Carstensen, la desinversión pasó a ser vista como un «castigo extremo», mientras que los remedios conductuales ofrecían un enfoque más flexible y menos disruptivo para las empresas y los mercados (2012: 820).

Concepto y clasificación

El derecho de la competencia se caracteriza porque se faculta a los tribunales a imponer dos tipos de medidas: los remedios estructurales y remedios conductuales.

En primer lugar, los remedios estructurales, en palabras del TDLC, son aquellos «que modifican la asignación de derechos de propiedad y permiten crear o consolidar nuevas empresas competidoras» (resolución 37 de 2011, § 307). La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), por otro lado, señala que un remedio estructural es una medida que modifica la estructura del mercado mediante la transferencia de derechos de propiedad sobre activos materiales o inmateriales, incluida la transferencia de toda una unidad empresarial, y que no da lugar a ninguna relación permanente entre el antiguo y el futuro propietario (2012: 186). A su vez, Motta, Polo y Vasconcelos señalan que «los remedios estructurales modifican la asignación de derechos de propiedad y crean nuevas empresas: incluyen la desinversión de todo un negocio o la desinversión parcial» (2003: 108).³

Un elemento común en todas estas definiciones de medida estructural es la reasignación de derechos de propiedad y la modificación de la estructura del mercado. Dentro de esta categoría se encuentran las medidas de desinversión.⁴ Con base a lo

2. Al respecto, véase las siguientes sentencias: sentencia de la Corte del Distrito de Columbia sobre el caso *U.S. vs. Microsoft Corp.*, 2000; sentencia de la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia sobre el caso *U.S. vs. Microsoft Corp.*, 2001; sentencia de la Corte del Distrito de Columbia que aprueba el acuerdo en el caso *U.S. vs. Microsoft Corp.*, 2004.

3. Una postura diferente sostiene que con estas medidas se «persigue corregir un fallo en la estructura del mercado en el que se ha producido la infracción y en la que se encuentra la raíz de la misma. [...] Las obligaciones estructurales buscan aminorar la posición dominante de un operador o introducir competencia adicional en el mercado» (Marcos, 2018: 352).

4. Se discute si en esta categoría se incluyen la concesión de licencias o patentes y el acceso de los competidores a instalaciones o activos esenciales para la competencia, en general, obligaciones de acceso (Kovacic, 1989: 1107). La justificación radica en la modificación de la estructura del mercado («efecto estructural») que ocurre con la entrada de nuevos competidores. La pregunta clave debiese ser si es que hay una reasignación de derechos de propiedad (lo cual, a simple vista, parece no producirse) o, más

anterior, siguiendo a Depolo, podemos definir las medidas de desinversión como un tipo de remedio estructural que consiste en la imposición, por parte de una autoridad de competencia a un agente económico, de una obligación de hacer, consistente en vender, enajenar o ceder a un tercero, obligatoriamente, dentro de un plazo y condiciones prefijadas, uno o más bienes, derechos, privilegios, activos, pasivos o unidades de negocios del agente económico afectado por las medidas; de tal forma que dicho tercero pase a ocupar, mediante la utilización de lo que por esta vía ha adquirido, una posición competitiva en el mercado relevante en el que incide tal medida (2018: 41).

En segundo lugar, y en contraposición, se encuentran los remedios conductuales que imponen restricciones a los derechos de propiedad del agente económico, como aquellos que implican una abstención de realizar determinadas conductas o la prohibición de la celebración de determinados actos y contratos (TDLC, resolución 37 de 2011, § 307). Por otra parte, Marcos señala que son:

Obligaciones de hacer o de no hacer que limitan la capacidad del infractor de comportarse libremente, normalmente respecto de la contratación en el mercado o respecto del ejercicio de derechos de propiedad. Se limita la libertad contractual [...] cuando se ha abusado de ella (2018: 357).

De esta manera, el derecho de propiedad es afectado en ambos tipos de medidas, con la diferencia de que en un caso se reasignará y en el otro se le impondrán restricciones a su ejercicio.

La desinversión puede clasificarse de dos formas: desinversión total o parcial, y desinversión retroactiva o prospectiva. Respecto de la primera clasificación, la desinversión total es aquella que afecta íntegramente la propiedad del agente económico, resultando en la pérdida total del control sobre dichos activos, como en el caso *Gasmart*, en el cual se ordenó la enajenación de los activos de esa empresa a un tercero (TDLC, resolución 51 de 2018). Algo similar ocurre cuando se rompe (*breakup*) el agente económico y se subdivide en distintos sujetos económicos más pequeños. Ejemplos clásicos en el derecho comparado los constituyen los casos de *Standard Oil*, en el que la Corte Suprema de Estados Unidos ordenó la disolución de esa compañía en treinta y cuatro empresas para reducir su monopolio, y *AT&T*, en el que esta última fue dividida en varias compañías regionales de telefonía (*Bells*) para fomentar la competencia en el sector de telecomunicaciones.⁵

En cambio, la desinversión es parcial cuando el agente económico se ve impuesto a vender parte de sus bienes, derechos o unidades de negocio, permitiendo que man-

bien, una limitación a estos. De esta manera, se ha señalado que son remedios «cuasi estructurales» (Marcos, 2018: 355-356).

5. Corte Suprema de Estados Unidos, *Standard Oil Co. of New Jersey vs. United States*, 221 US. 1 (1911) y *United States vs. AT&T*, 552 F.Supp. 131 (1982).

tenga el control sobre el resto de sus operaciones. Ejemplos de este tipo de medida son los casos de SMU, en el cual se ordenó enajenar la participación de este ente en supermercados Monserrat (TDLC, resolución 43 de 2012), o VTR, en el cual se ordenó enajenar la participación accionaria en empresas que puedan competir con la empresa fusionada (TDLC, resolución 1 de 2004).

La importancia de esta clasificación recae en los impactos que genera en la estructura del mercado y en la afectación de la propiedad del agente económico, siendo mayores en la hipótesis de desinversión total. Respecto de la segunda clasificación, la desinversión será retroactiva cuando tenga como objetivo devolver al agente económico a un estado anterior a la infracción o manifestación del riesgo contra la libre competencia, como si no hubiera ocurrido. Por otro lado, la desinversión será prospectiva cuando no busque retrotraer a un estado anterior, sino que se enfoque en prevenir futuros riesgos o infracciones contra la libre competencia. Esta desinversión ocurrirá típicamente en análisis de operaciones de concentración.

Naturaleza de las medidas de desinversión: ¿Una sanción o una medida regulatoria?

Por diversos motivos, la naturaleza jurídica de las medidas de desinversión no ha sido estudiada en profundidad, lo que ha generado un intenso debate, especialmente en el ámbito judicial, debido a las múltiples consecuencias que estas implican en los mercados y en la estructura de los agentes económicos.

La importancia práctica de la posición que se tome en relación a la naturaleza de estas medidas influirá en forma decisiva a la hora de justificar su imposición, como puede ser, por ejemplo, acreditar la existencia de culpabilidad (Valdés, 2006: 372), el cumplimiento de los requisitos aplicables a las sanciones o medidas. Asimismo, el diseño institucional chileno plantea una complejidad adicional al abordar esta cuestión, ya que existen dos procedimientos distintos que permiten la imposición de estas medidas: el procedimiento contencioso y el procedimiento no contencioso, ambos con finalidades y alcances diferentes. Empero, como se concluirá más adelante, la naturaleza de la desinversión en nuestro derecho de la libre competencia es una sola, tanto para procedimientos contenciosos como consultivos.

Un primer paso para abordar la naturaleza de estas medidas es indagar cuál es su finalidad. Lo anterior se debe a que el análisis de la finalidad de un remedio es clave para determinar el estatuto jurídico supletorio y comprender los elementos, requisitos y finalidades que lo sustentan. Este análisis es fundamental en el derecho de la competencia, donde los remedios están diseñados para lograr resultados específicos en función de los efectos que buscan contrarrestar o prevenir.

En primer lugar, podemos afirmar que una finalidad de las medidas de desinversión en casos infraccionales o consultivos es poner fin a la infracción (o riesgos) y

cesar sus efectos sobre la libre competencia (OECD, 2006: 18). Estas medidas están diseñadas para detener el comportamiento anticompetitivo y neutralizar el daño causado al mercado, de modo que se asegure que la infracción no continúe afectando a los competidores ni a los consumidores o que los riesgos no se materialicen.

En segundo lugar, estas medidas persiguen una finalidad restaurativa. Esto ha sido reconocido por la jurisprudencia estadounidense, en tanto ha señalado que la clave de las medidas antimonopólicas es encontrar medidas eficaces para restablecer la libre competencia.⁶ Así, las medidas de desinversión no solo buscan detener el daño actual, sino también regresar el mercado a la situación previa a la infracción y prevenir que esta se repita en el futuro (Marcos, 2018: 336).

Partiendo de las finalidades señaladas anteriormente, corresponde analizar los enfoques que tradicionalmente se han propuesto como naturaleza de estas medidas: una sanción destinada a castigar conductas anticompetitiva o una medida regulatoria preventiva o correctiva, cuyo propósito es mantener la estructura competitiva del mercado a largo plazo o corregir distorsiones en él.

La medida de desinversión como una sanción

De considerar la desinversión como una sanción, su finalidad sería castigar una conducta ilícita o abusiva atribuyendo responsabilidad a un agente económico. En este sentido, la naturaleza sancionatoria de la medida se justifica en la necesidad de corregir una infracción que ha producido efectos en el mercado y, al mismo tiempo, de desincentivar futuras infracciones,⁷ de modo que las sanciones tienen como objetivo primero y directo la protección del ordenamiento jurídico (Bermúdez, 1998: 327-328). Por ejemplo, en los casos en que la desinversión es impuesta como consecuencia de un abuso de posición dominante, su propósito no sería solo restaurar la competencia, sino también castigar el comportamiento ilícito de la empresa infractora.

En palabras de Valdés, la sanción antimonopólica es:

Un mal —o disminución de bienes— infringido a una persona por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en remisión y en retribución por la perpetración de un injusto monopólico que ha sido establecido por una sentencia definitiva ejecutoriada de conformidad con un procedimiento debido, racional y justo (2006: 379-380).

6. *United States vs. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 US. 377 (1956), § 326. En el mismo sentido, véase *United States vs. International Harvester Co.*, 274 US. 693 (1927), § 698.

7. Siguiendo las teorías relativas de la pena, la prevención general tendría como objetivo prevenir la comisión de infracciones por parte de toda la sociedad y en el caso de la prevención especial que tiene como objetivo que el autor no reincida en la conducta.

En caso de entender el procedimiento del artículo 18 número 1 del DL 211 como un contencioso-administrativo, es menester mencionar que la sanción administrativa ha sido definida como un acto desfavorable de autoridad competente que afecta a la esfera jurídica de un particular con una finalidad represora, como consecuencia a una infracción o conducta ilícita (Cordero, 2013: 84).

Como sanción, cumpliría a cabalidad con las finalidades de las medidas de desinversión señaladas en la sección anterior, ya que su imposición permite cesar los efectos en el mercado de la conducta o riesgo identificado y, al mismo tiempo, permite restaurar el mercado.

Ahora bien, cabe preguntarse si la medida de desinversión está reconocida como sanción en nuestra institucionalidad. Las sanciones se encuentran reguladas en el artículo 26 inciso segundo del DL 211, que señala expresamente cuáles son las sanciones (denominadas impropiedades «medidas») que puede imponer el TDLC a través de una sentencia.⁸ De la lectura de sus literales, las sanciones que más se asemejan a una desinversión son la de poner término a un acto o contrato y la de ordenar la modificación o disolución de una sociedad. Sin embargo, en el primer caso no podemos hablar estrictamente de una desinversión, pues el término de un acto o contrato no implica la obligación de vender activos y, además, dicho término no tendría efectos retroactivos (Valdés, 2013: 89-91), lo que tampoco nos protege en aquellos casos en que la finalización de un contrato sea útil, como en situaciones donde se haya materializado un *gun-jumping*.

Por otro lado, si bien la modificación o disolución de una sociedad que ha intervenido en los actos o convenios que infringen las disposiciones del DL 211 podría incorporar la desinversión, esta sería solo para casos muy limitados. Esto ocurriría cuando la modificación de una sociedad implicaría desprenderse de parte de sus activos o cuando se ordena su disolución.

De esta manera, pese a que en el caso de procedimientos sancionatorios puede ser intuitivo pensar que la desinversión tiene esa naturaleza, considero que la desinversión, por regla general, no tiene en cuenta un juicio de reproche al agente económico,

8. En palabras de Valdés (2013: 84-87), la diferencia entre sanciones (establecidas en el artículo 26) y medidas (establecidas en el artículo 3 inciso primero) es que, en las segundas, no se podrían imponer aditivamente sanciones y medidas en sentencias del TDLC, dejando las medidas solo para la resolución de consultas. Discrepo de esta posición porque, primero, el artículo tercero señala que «será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, *sin perjuicio* de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso» (las cursivas son nuestras), lo que permite imponer aditivamente sanciones y medidas; y, segundo, el interpretar que toda adición de sanciones y medidas no llevaría a un infracción al *non bis in idem* nos podría dejar en un caso que no hayan sanciones eficaces para restaurar la competencia en los mercados. Para García, las medidas propiamente tal tendrían el carácter de accesorias a las sanciones (2010: 88).

sino que, más bien, es un mecanismo destinado a regular el mercado para restablecer la competitividad de estos (Montt, 2012: 467-468).⁹ La excepción será en aquellos casos de desinversión total, donde el impacto de la medida y la pérdida total del control o propiedad de la entidad afectan de manera tan significativa al agente económico que se asimila a un juicio de reproche, lo que plantea interrogantes importantes en los procedimientos no contenciosos. En estos, según la jurisprudencia del TDLC, no debiese existir un juicio de reproche, ya que su naturaleza se enfoca en analizar la compatibilidad del hecho con el DL 211, sin atribuir culpabilidad al agente económico.¹⁰ Sin embargo, para el caso de asuntos no contenciosos, la gravedad del remedio aplicado puede, en la práctica, extrapolarse a un juicio de reproche implícito, debido a la magnitud de las consecuencias que genera sobre los derechos de propiedad del agente económico, lo que llevará a un análisis más estricto del diseño de condiciones

La medida de desinversión como una medida regulatoria

De considerar la desinversión como una medida regulatoria, hay que poner atención a sus objetivos, que son prevenir y corregir efectos anticompetitivos en los mercados. Su finalidad será preventiva si busca anticipar y evitar posibles efectos anticompetitivos antes de que se materialicen, de modo que, en estos casos, el análisis sobre la conducta o riesgo es netamente prospectivo. Por otro lado, la desinversión tendrá una finalidad correctiva en aquellos casos donde ya se ha producido una distorsión del mercado, distanciándose de la finalidad preventiva al tener que actuar sobre un riesgo o efecto ya existente. Sin embargo, no actúa como un mecanismo punitivo, porque su imposición responde a la necesidad de evitar una concentración en el mercado que amenace o ponga en riesgo la libre competencia.

En ambos escenarios la naturaleza de la desinversión será la de una medida regulatoria-administrativa, que se materializa en una obligación u orden impuesta por el TDLC que debe cumplirse para que siga operando ese hecho, acto o convención

9. Esto es consistente con lo señalado por los ministros Tapia y Arancibia en su voto de prevención: «Por consiguiente, las potestades de este tribunal en un litigio como el de autos no corresponden al ejercicio del *ius puniendi*, con o sin “matices”, porque no tienen por objeto formular un reproche ético social al infractor e imponer un castigo o retribución de carácter retrospectivo [...]. Antes bien, de lo que se trata es de corregir incumplimientos pendientes y riesgos de incumplimientos futuros de obligaciones regulatorias de naturaleza civil o evaluables pecuniariamente mediante la imposición de nuevas obligaciones novatorias, moratorias o disuasivas con respecto a las obligaciones incumplidas. En consecuencia, la relación material del órgano sancionador con el infractor es de carácter obligacional, no penal, aun cuando el interés perseguido sea público.» (TDLC, sentencia 160 de 2017, voto de prevención).

10. Véase TDLC, sentencia 117 de 2011, § 21; resolución 51 de 2018, § 104; resolución 57 de 2019, § 40; resolución 67 de 2021.

o para no enfrentarse a nuevas consecuencias jurídicas.¹¹ Este es el entendimiento que el TDLC ha seguido respecto de las medidas o condiciones que puede imponer en sede consultiva, al señalar que estas constituyen obligaciones de hacer o no hacer potestativas, no sancionatorias o limitadoras de derechos, pero que no realizan un juicio de reproche frente a la existencia de una eventual vulneración a la competencia (TDLC, sentencia 117 de 2011, § 23). Montt, a partir de esta conceptualización, destaca su naturaleza administrativa, señalando que estas medidas constituyen obligaciones potestativas de carácter prospectivo y regulatorio que no implican la imposición de sanciones, pese a constituir actos de gravamen (2012: 460-461), de modo que constituyen una afectación a la autonomía de la voluntad y a la libertad económica ejercidas por el agente.

Esta postura plantea las medidas de desinversión como un recurso de mitigación relacionado directamente con una operación de concentración.¹² El problema de esta conceptualización es que perdió fuerza luego del cambio legislativo generado a partir de la Ley 20.495 de 2016, ya que se desprendió al TDLC de la facultad de conocer operaciones de concentración de forma voluntaria mediante consulta, entregándose a la Fiscalía Nacional Económica el control de las operaciones de concentración.

En consecuencia, y para el caso de la desinversión en sede consultiva, una correcta reformulación de la conceptualización entregada por el TDLC nos lleva a prescindir del carácter de que estas medidas constituyen obligaciones potestativas. En la práctica jurídica actual, el procedimiento de consulta ha dejado de ser un mecanismo en el que los autores de hechos, actos o convenciones buscan orientación sobre sus propias acciones, para transformarse en un proceso en el que principalmente terceros pueden objetar dichos actos por considerarlos contrarios al DL 211.

11. En el caso de las medidas en procedimiento de control obligatorio de operaciones de concentración, se puede señalar preliminarmente que la finalidad es fundamentalmente preventiva. Se puede destacar en este sentido la *Guía de remedios* de la Fiscalía Nacional Económica (FNE), que señala que las medidas de desinversión tienen el fin «de restablecer la presión competitiva perdida como consecuencia de la operación de concentración». A su vez, destaca que la FNE debe asegurar que los remedios «mitiguen los riesgos competitivos antes de que se materialicen». Sin embargo, estas no tienen una naturaleza de medida regulatoria, ya que son más bien obligaciones propuestas por la parte notificante y aceptadas por la FNE para condicionar una operación de concentración en aquellos casos que sea necesario en el marco de un procedimiento que, si bien es administrativo, tiene un eminente componente colaborativo. Al respecto, véase «Remedios, medidas o condiciones de una fusión u operación de concentración», *Centro Competencia*, 2021, disponible en <https://tipg.link/S1Z7>.

12. Tal como señala el mismo Montt, su trabajo buscaba indagar sobre la naturaleza jurídica de las condiciones o medidas de mitigación impuestas por el TDLC en una resolución que aprueba una operación de concentración, concluyendo que «los actos que imponen condiciones en procesos de revisión de FYODC [fusiones y operaciones de concentración] son actos que limitan los derechos y libertades de las empresas sin tener naturaleza sancionatoria» (2012: 432).

Así, las medidas impuestas por el TDLC ya no están sujetas a la voluntad del agente económico que debe cumplirlas, pues este, en la mayoría de los casos, no es quien inició la consulta, sino quien deberá acatar las medidas impuestas para poder continuar con sus actividades comerciales, independientemente de su consentimiento, debido a que estas son obligatorias para el agente económico.

Las medidas de desinversión son medidas propiamente tales y deben tener un límite

Finalmente, tras la revisión de los principales argumentos para catalogarlas como de una u otra naturaleza, es menester concluir que las medidas de desinversión son medidas propiamente tales y no sanciones. Sin perjuicio de esto, que sean medidas regulatorias no quita su naturaleza de acto de gravamen, lo que impone ciertas limitaciones a los derechos del agente económico. De esta manera, al limitar los derechos de los agentes económicos, hay que poner un deslinde sobre todo en aquellos casos en que la desinversión sea de carácter total y ordene desprenderse de la totalidad de la propiedad.

Cabe preguntarse qué sucede con el caso límite de la desinversión total impuesta ya sea en un procedimiento contencioso o en uno consultivo, en el cual se afecta, de grave manera, el derecho de propiedad, por lo que, pese a ser una medida, puede acarrear consecuencias más gravosas que una sanción. Para dichos supuestos, considero que se debe analizar estrictamente el parámetro de proporcionalidad.

Parámetros para la imposición de una medida en general y para medidas de desinversión en particular

La resolución 51 de 2018 es ilustrativa sobre la consulta del mercado del gas, al ser el más reciente caso en que se impuso una medida de desinversión. Ese pronunciamiento manifiesta un esfuerzo argumentativo de conceptualizar los estándares o parámetros que debe cumplir una medida, en general, para su imposición. Estos parámetros son que sea eficaz y que sea proporcional, debiendo advertirse que con estos criterios se siguen los lineamientos del Reglamento 1/2003 del Consejo de la Unión Europea, que establece en los mismos términos estos requisitos para la imposición de medidas.¹³ Estas exigencias no deben quedar en el subconsciente de los ministros

13. Su artículo 7 señala que «a tal efecto, podrá imponerles cualquier remedio estructural o de comportamiento que sea proporcionado y sea necesario para producir el cese efectivo de la misma. Los remedios estructurales solo podrán imponerse en ausencia de otros remedios de comportamiento de eficacia equivalente o cuando, a pesar de existir remedios de comportamiento, estos resulten más gravosos para la empresa en cuestión que el remedio estructural». En otro sentido, la excelentísima Corte Suprema ha señalado que las medidas deben ser «suficientes y adecuadas para cautelar la libre competencia» (sentencia 4578-2007, § 6).

del tribunal, sino que, conforme al deber de fundamentar las sentencias, debe quedar exteriorizado en esta misma o en la resolución.¹⁴

Eficacia de la medida

La resolución 51 de 2018 señala que una medida es eficaz cuando «sea apta para satisfacer el interés público protegido de modo idóneo, acertado, oportuno y suficiente» (§ 50). Esta eficacia debe ser circunstancial y destinarse a poner fin a la amenaza o la infracción misma contra la libre competencia. Que sea apta para satisfacer el interés público nos permite ponderar la medida en razón de la protección del bien jurídico tutelado, es decir, la libre competencia. De esta manera, la medida debe tener en mira el bienestar del consumidor y la eficiencia en los mercados. Así, una desinversión que no considere el bienestar del consumidor o que genere efectos contrarios a la eficiencia económica no puede considerarse eficaz.

La idoneidad de una medida, por su parte, significa que esté diseñada específicamente para abordar el riesgo identificado, atacando la raíz del comportamiento anti-competitivo o evitando que ocurra. Una medida idónea debe estar cuidadosamente alineada con la naturaleza del abuso o infracción de la competencia, evitando soluciones genéricas que no aborden el problema de fondo. Para ser acertada, en cambio, requiere una comprensión clara y completa del problema, precisando los riesgos y las eficiencias de la estructura del mercado y del propio hecho, acto o convención. Se debe incluir un análisis de su aplicabilidad considerándose los costos de su implementación y fiscalización, tanto para la agencia de competencia como para el que sufre la imposición del remedio (Díez, 2008: 108).

La oportunidad de una medida se relaciona con el momento de su aplicación, que debe ser el adecuado para lograr el objetivo deseado con su imposición. En mercados en constante evolución, como el tecnológico, la intervención debe ser temporalmente ajustada para evitar efectos contraproducentes, como frenar la innovación o introducir distorsiones en las dinámicas de competencia. Asimismo, debe mirarse la integración del agente económico en su estructura interna. La oportunidad es especialmente relevante en casos de operación de concentración no notificadas o adquisiciones depredadoras (*killer acquisitions*), donde la intervención temprana puede prevenir daños irreparables.¹⁵

14. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado: «Que con lo expuesto queda en evidencia que el tribunal ha satisfecho la exigencia de motivación respecto de las medidas impuestas, puesto que la resolución es clara en cuanto a que sin ellas hay riesgo concreto y real de que se produzca un daño a la libre competencia» (sentencia 9843-2011, § 31).

15. Esto se relaciona con el concepto de *unscrambling the eggs*, que se refiere a la imposibilidad de realizar desinversiones en aquellos casos en que esta medida resulta altamente costosa por la alta integración del agente económico. Sin embargo, hay quienes señalan que no pierde aplicación la desinversión ya

Finalmente, una medida suficiente es aquella que, por sí sola, puede resolver el problema de competencia identificado, sin necesidad de combinarse con otras intervenciones para alcanzar el resultado deseado. De esta manera, en casos en que sean necesarias una gran cantidad de medidas que se deben combinar para cumplir con esta finalidad, claramente estamos ante un indicio de alerta del mal diseño de las medidas. Así, la suficiencia garantiza que la medida no solo sea un paliativo temporal, sino una solución integral al problema de competencia identificado.

Proporcionalidad de la medida

Adicionalmente, la resolución 51 de 2018 señala que una medida es proporcional cuando, ante dos o más medidas, se haya optado «por la alternativa menos lesiva. En consecuencia, el análisis de proporcionalidad de una medida discrecional solo se produce respecto de aquellas que resulten eficaces» (TDLC, resolución 51 de 2018, § 50).

De igual manera, el Reglamento 1/2003 del Consejo de la Unión Europea señala que los remedios estructurales «solo deben imponerse en ausencia de remedios de comportamiento igualmente eficaces», lo que significa que son de carácter excepcional, precisamente porque modifican la estructura del agente económico, lo que puede generar efectos permanentes y profundos en su funcionamiento y una afectación más lesiva de su derecho de propiedad.

La proporcionalidad en sentido estricto exige que debe haber una relación equilibrada entre medios y fines. El TDLC, al imponer una medida, debe justificar cómo esta se ajusta a la magnitud del daño causado al mercado y los beneficios obtenidos por la conducta anticompetitiva.

Desde otro punto de vista, la proporcionalidad se vincula estrechamente con el principio de igualdad ante la ley, por lo que las reacciones del ordenamiento jurídico deberían ser consistentes en aquellos casos de similar entidad o eventos semejantes (Corte Suprema, sentencia 83.664 de 2020).¹⁶ Esto implica que, al aplicar una sanción, no solo debe considerarse la gravedad de la infracción, sino también la coherencia con sanciones aplicadas previamente en casos similares. De este modo, la práctica anterior del TDLC debe servir como referencia para garantizar que las sanciones sean

que, primero, existen precedentes en casos monopolios y operaciones de concentración consumada; segundo, es una práctica recurrente en el mundo privado, y, tercero, producto de la ineficacia de las medidas conductuales (Kwoka y Valletti, 2021: 1295-1302).

16. Uno de los argumentos del voto en contra de la ministra Domper en la resolución 51-2018 puede verse en esta línea al señalar que «finalmente, a juicio de esta disidente, esta medida introduce una discriminación regulatoria arbitraria en perjuicio de Gasco y Abastible (ambos suministradores de GLP) dada su participación en Gasmar; respecto de Enap, Metrogas y Endesa, quienes participan en la propiedad de GNL Chile (empresa encargada de administrar el terminal de GNL Quintero) y que son, a su vez, competidores en el mercado secundario de grandes clientes».

proporcionales, evitando discrepancias que puedan dar lugar a arbitrariedades y asegurando así un trato igualitario ante la ley. Esta igualdad en la proporcionalidad exige que cualquier desviación de las sanciones previas sea adecuadamente justificada, manteniendo un equilibrio justo y razonable en el ejercicio del poder sancionador.

Dos orientaciones a tener en cuenta

Fuera de los parámetros señalados por la resolución 51 de 2018, que sigue los criterios acogidos, en forma general, por el derecho europeo, se considera pertinente incluir dos orientaciones establecidas en el derecho comparado: la permanencia en los riesgos debido a la estructura del mercado y la reincidencia en la infracción.

El caso de la permanencia de los riesgos debido a la estructura del mercado se encuentra incluido en el considerando 12 del Reglamento 1/2003, que señala «imponer cambios en la estructura de la empresa tal y como era antes de cometer la infracción solo responde al principio de proporcionalidad si de la propia estructura de la empresa se deriva un riesgo sustancial de una infracción duradera o reiterada». Esto no es más que una manifestación de la finalidad preventiva que deben tener los remedios estructurales. La justificación para tal orientación radica en que un elemento clave de la definición de desinversión es, precisamente, el cambio en la estructura del mercado.

Por otro lado, la reincidencia en la infracción está reconocida en el derecho comparado y se regula, por ejemplo, en el Competition Act de Sudáfrica. En su sección 60, esta normativa establece que, en casos de abuso de posición dominante, y siempre que se respete el principio de proporcionalidad, se puede imponer la desinversión como sanción cuando la conducta infractora sea considerada una práctica reincidente. Esta orientación, aunque restrictiva, sugiere que en casos de reincidencia podrían evaluarse medidas de desinversión, siempre con un enfoque en las finalidades previamente expuestas.

Tanto la permanencia de los riesgos derivados de la estructura del mercado como la reincidencia en la infracción pueden identificarse como dos caras de una misma moneda, esto es, manifestaciones directas del principio de proporcionalidad. La proporcionalidad exige que las medidas correctivas o preventivas no solo sean adecuadas y necesarias para resolver el problema de competencia, sino también que tengan en cuenta factores como si el agente económico es reincidente o si se busca prevenir esta reincidencia.

Considero que estas orientaciones deberían ser tomadas en cuenta al momento de diseñar una medida de desinversión de carácter total, ya que, como se señaló más arriba, en estos casos es donde la medida entra al límite entre una intervención regulatoria y una sanción en términos materiales, dado que su aplicación implica un impacto significativo en la estructura de la empresa, aunque no se considere formalmente una sanción dentro del marco legal.

Análisis sustancial de las conductas o riesgos que hacen procedente las medidas de desinversión

Pese a que la imposición de medidas debe realizarse caso a caso prestando especial atención a la estructura del mercado relevante, así como también a los riesgos y la eficiencia que puede producir la conducta analizada, revisaremos someramente la procedencia de medidas de desinversión en distintos tipos de conductas o riesgos que atentan contra la libre competencia, pretendiendo elaborar un análisis abstracto de su aplicabilidad a dichos casos.

Monopolio

Durante los primeros años del derecho de la libre competencia existió una estrecha relación entre el ilícito de monopolio y las medidas de desinversión. En este sentido, se destacan los casos norteamericanos Standard Oil, United Shoe MacHinery y Aluminum Co. of America. Esto se debía a que, en su oportunidad, se interpretaba el Sherman Act considerando ilegal toda clase de intento de monopolizar un mercado.¹⁷ Esta premisa fue dejada de lado, ya que el monopolio no es por sí solo ilegal, como son los casos de monopolios naturales o los monopolios de eficiencia (Valdés, 2006: 410-411 y 510). De este modo, una medida disruptiva como la desinversión no estaría alineada con los elementos que sustentan la existencia de un monopolio.

Así, siguiendo la práctica de regular los monopolios, las autoridades de competencia han pasado a imponer medidas conductuales, normando la forma en que estos van a actuar en el mercado.¹⁸ Sin embargo, este parece ser el consenso para los casos de monopolios *Brick and Mortar*, caracterizados por operar en mercados tradicionales donde los costos fijos y las barreras geográficas juegan un rol central. Distinto es el caso de los monopolios en plataformas digitales, que se analizarán a continuación.

Abusos de posición dominante

El abuso de posición dominante (APD) es una de las grandes infracciones del derecho de la competencia, por lo que la imposición de medidas también resulta relevante en esta área. En el caso de la desinversión como una medida contra el APD, ha sido controvertida debido a los costos y dificultades que conlleva su imposición (Maier-Rigaud, 2016: 208).

17. Su fundamento era la sección 2 del Sherman Act, que señala: «Cualquier persona que monopolice, intente monopolizar o conspire con cualquier otra persona o personas para monopolizar cualquier parte del intercambio o comercio entre de los diversos estados» (la traducción es nuestra).

18. Véase, por ejemplo, el reciente caso contra CDF, en el que se impusieron prohibiciones a ciertas conductas (TDLC, sentencia 191 de 2024).

Como se señaló anteriormente, la Unión Europea ha señalado que la desinversión debe considerarse solo cuando las medidas conductuales no sean suficientes para restaurar la competencia o cuando las otras alternativas sean más onerosas. Por lo tanto, aunque la desinversión puede ser una herramienta poderosa para dismantelar los efectos en la competencia producidos por nuevas estructuras de mercado, las autoridades de competencia suelen preferir en estos supuestos remedios conductuales, como la prohibición de ciertas prácticas o cambios en la estructura de precios, con el fin de minimizar las interferencias innecesarias en el mercado y promover la competencia por los méritos, sin afectar desproporcionadamente a los agentes económicos.

Plataformas digitales

El creciente poder de mercado de las grandes plataformas digitales, como Amazon, Apple, Facebook y Google, ha suscitado mucha preocupación en el ámbito del derecho de la competencia. Estas plataformas operan en mercados caracterizados por efectos de red, lo que les permite consolidar rápidamente su posición dominante. A diferencia de las industrias tradicionales, donde el tamaño y el poder de mercado pueden medirse de manera directa, en las plataformas digitales estas características se manifiestan a través de una combinación de diferentes servicios y productos que abarcan múltiples mercados (Hovenkamp, 2021: 1958).

Un aspecto clave de las plataformas digitales es su naturaleza de mercado de dos lados, en el cual la plataforma intermedia entre diferentes grupos de usuarios (Bloodstein, 2019: 192-200), como consumidores y anunciantes o conductores y pasajeros. Este modelo crea dinámicas complejas de competencia, ya que el poder de mercado en una de las caras puede tener efectos indirectos en la otra. Por ejemplo, Google obtiene ingresos principalmente de los anunciantes, pero su dominio en la búsqueda web depende de la cantidad de usuarios que atrae.

En este contexto, surge la pregunta de cómo deben responder las políticas anti-monopolio a los desafíos planteados por las plataformas digitales. Al respecto, algunas propuestas apuntan a aumentar la competencia dentro de la plataforma o a la necesidad de imponer una mayor interoperabilidad, e incluso a la obligatoriedad de compartir datos valiosos, con el objetivo de fomentar la competencia sin dismantelar la estructura de la plataforma digital (Hovenkamp, 2024: 37-46). En cambio, medidas más drásticas como la desinversión pueden ser menos apropiadas, debido a las grandes economías de escala y la eficiencia que estas plataformas suelen proporcionar.

Gun-jumping

El caso de operaciones de concentración que, debiendo haber sido notificadas, no cumplieron con esta exigencia es un asunto en que la forma más tradicional de res-

taurar la competencia es deshaciendo la operación. En el derecho norteamericano, Posner señala que la desinversión debiese estar confinada a los activos recientemente adquiridos por una concentración ilegal (2001: 102), pese a existir dos diseños institucionales distintos (en Estado Unidos se desafía la operación de concentración). Un caso de gun-jumping constituye una concentración ilegal.

Con todo, para que esta práctica exista, se requiere que la operación de concentración produzca un efecto negativo en la competencia, que exija su restitución a un estado anterior. Un segundo elemento a considerar es que la operación de concentración hubiera sido rechazada por la agencia de competencia en caso de notificarse, por lo que corresponderá al tribunal realizar un análisis prospectivo de sus efectos en el o los mercados afectados (OECD, 2022: 11).

Competencia potencial

Por otro lado, el caso de killer acquisitions es una hipótesis en la que no tenemos una concentración que deba ser notificada, sino que estamos ante una concentración aprobada o que no supera los umbrales. Sin embargo, tiene especial relevancia en el evento de plataformas digitales al considerarse lesivos para la libre competencia aquellos supuestos en los cuales se compra un potencial competidor y se termina eliminando la competencia o una posible innovación. El remedio ante este tipo de situaciones, si se intenta hacer un espejo de la conducta impugnada, debiese ser la desinversión de la adquisición. Sin embargo, esta solución presenta problemas asociados a sus altos costos, por los grados de integración de los activos en propiedad del agente económico.

Colusión

La colusión es la conducta en la que, por regla general, no suele considerarse la imposición de remedios estructurales,¹⁹ principalmente porque las sanciones para la colusión son de las más gravosas dentro de la institucionalidad (por encima de la desinversión): sanción penal, altas multas y la sanción especial de prohibición de contratar con el Estado, entre otros. Finalmente, un último elemento que permite desestimar la posibilidad de aplicación de una desinversión es que la estructura del mercado, habitualmente, no necesita ser restaurada, ya que los efectos contra la competencia se producen con motivo de un acuerdo y esto ocurre por la voluntad de las partes.

Casos excepcionales en que se podría optar por una medida de desinversión con el objetivo de restaurar la competencia podría ser en el supuesto de un acuerdo que

19. Esto ocurre a diferencia del caso de las operaciones de concentración, donde el remedio por antonomasia ante riesgos coordinados son los remedios estructurales, destacándose la desinversión.

provoque la salida del mercado de uno o varios competidores. En este caso, podría ser necesario restaurar la competencia y volver al equilibrio competitivo previo al acuerdo.

Otro supuesto sería el de una colusión algorítmica donde los precios supracompetitivos son alcanzados mediante la interacción autónoma de algoritmos. Allí, según Beneke y Mackenrodt, las desinversiones pueden jugar un rol importante al alterar las condiciones estructurales que facilitan la colusión, sin requerir cambios complejos en el diseño de los algoritmos. Estos remedios pueden enfocarse en introducir nuevos competidores, lo cual dificulta que los algoritmos encuentren precios focales que favorezcan resultados colusivos (2020, 167-169).

Incumplimiento de medidas

En el caso del incumplimiento de medidas ordenadas como requisito para la autorización de un hecho, acto o convención, el TDLC ha señalado que, como el fin de estas medidas es evitar que los mismos sean antijurídicos, su incumplimiento no solo podría afectar su validez, sino que puede convertir tales actos o convenciones en conductas contrarias a la libre competencia (TDLC, sentencia 117 de 2011).

Con la entrada en vigor de la Ley 20.945 se incorporó el artículo 3 bis, que en su literal c) sanciona expresamente esta conducta de incumplimiento de medidas de mitigación decretadas dentro de una operación de concentración. En este supuesto, la medida a imponer debiese tener en consideración la importancia de la medida incumplida, de modo que los incumplimientos menores se dejan únicamente con la imposición de una multa. Por el contrario, para incumplimientos graves sería razonable imponer la desinversión, ya que esa magistratura ha señalado que la medida más gravosa es dejar sin efecto la operación de concentración (TDLC, sentencia 117 de 2011, § 94) lo que, en caso de materializarse la operación, se traduce en una desinversión.

En el evento de incumplimiento de medidas impuestas ya sea por una sentencia o una resolución del TLDC, estas deberían contemplar la imposición de una multa y ordenar el cese del incumplimiento, pero, nuevamente, ante infracciones graves a esas medidas podría considerarse la desinversión.

Interlocks

El interlocking, o participación simultánea de directores en empresas competidoras, se ha sancionado por el potencial que tiene de facilitar la colusión (Gerber, 2007: 108). Si bien en el supuesto de operaciones de concentración en las que hay un riesgo de interlocking puede acordarse un remedio estructural, como la desinversión de las unidades de negocio en las que se produzca un solapamiento de directores en

empresas competidoras, distinta es la hipótesis en procedimientos infraccionales o consultivos, en los que resulta más proporcional imponer una multa, el cese del cargo de ejecutivo relevante del director que comete interlocking (Grunberg, 2022: 100) o imponer obligaciones de no compartir información, también denominadas «muralla china».

Conclusión

Las medidas de desinversión son remedios estructurales impuestos para que cesen las infracciones y se restaure la competencia en mercados donde los riesgos o infracciones a la libre competencia han alterado su estructura. Surgen como respuesta a la crítica a los trust de principios del siglo XX, pero con el pasar de los años fueron quedando en desuso. Estas medidas son más comunes en operaciones de concentración; su aplicación en procedimientos infraccionales y consultivos es menos frecuente, limitándose a casos excepcionales.

La principal discusión en el caso chileno sobre este remedio ha sido a propósito de su naturaleza, frente a lo cual postulamos que se trata de una medida propiamente tal, de carácter regulatorio y sin un carácter sancionatorio, sin perjuicio de que la desinversión total deba respetar estrictos requisitos para ser procedente. En este sentido, la idea de que la medida de desinversión es una sanción va contra la tipificación expresa que realiza el DL 211 en su artículo 26, en el cual se señalan las sanciones que pueden imponerse en una sentencia definitiva. En consecuencia, la desinversión tiene como fuente legal las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas establecidas en el inciso primero del artículo 3 del DL 211.

Ahora bien, esta respuesta puede resultar ineficaz para los particulares frente a la imposición de medidas de desinversión, tal como ocurrió en el caso *Gasmar*. Por ello, para garantizar una aplicación adecuada, es necesario incorporar parámetros adicionales dentro de la evaluación de la proporcionalidad, como lo son la persistencia de los riesgos derivados de la estructura misma de la empresa y la reincidencia en prácticas anticompetitivas. Estos elementos permitirían una evaluación más precisa de la necesidad de la medida y su relación con los objetivos de restaurar la competencia sin causar un daño desproporcionado a los agentes económicos.


Referencias

- ADAMS, Walter (1951). «Dissolution, divorcement, divestiture: The pyrrhic victories of antitrust». *Indiana Law Journal*, 27 (1): 1-35. Disponible en <https://tipg.link/S1gC>.
- BENEKE, Francisco y Mark-Oliver Mackenrodt (2020). «Remedies for algorithmic tacit collusion». *Journal of Antitrust Enforcement*, 9 (1): 152-176. DOI: [10.1093/jaenfo/jnaao40](https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaao40).

- BERMÚDEZ, Jorge (1998). «Elementos para definir las sanciones administrativas». *Revista Chilena de Derecho*, 25 (número especial): 323-344. Disponible en <https://tipg.link/S1gM>.
- BLOODSTEIN, Ben (2019). «Amazon and platform antitrust». *Fordham Law Review*, 88 (1): 187-230. Disponible en <https://tipg.link/S1gY>.
- CARSTENSEN, Peter (2012). «Remedies for monopolization from Standard Oil to Microsoft and Intel: The changing nature of monopoly law from elimination of market power to regulation of its use». *Southern California Law Review*, 85: 815-849. DOI: 10.2139/ssrn.3260714.
- CORDERO, Eduardo (2013). «Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena». *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), 20 (1): 79-103. Disponible en: <https://tipg.link/S1gf>.
- CRANDALL, Robert (2001). «The failure of structural remedies in Sherman Act monopolization cases». *AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies*, 1 (5). DOI: 10.2139/ssrn.286357.
- DEPOLO, Radoslav (2018). *La orden o medida de desinversión en los procedimientos de consulta seguidos ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*. Informe en Derecho. Santiago.
- DÍEZ, Fernando (2008). «Remedios, condiciones y obligaciones impuestas al término de un expediente sancionador». En Santiago Martínez y Amadeu Petitbò (editores), *Remedios y sanciones en el derecho de la competencia*. Madrid: Marcial Pons.
- GARCÍA, William (2010). *Manual de la libre competencia*. Santiago: Thomson Reuters.
- GERBER, Benjamin (2007). «Enabling interlock benefits while preventing anticompetitive harm: Toward an optimal definition of competitors under section 8 of the Clayton Act». *Yale Journal on Regulation*, 24 (1): 107-136. Disponible en <https://tipg.link/S1gz>.
- GRUNBERG, Jorge (2022). «La regulación del *interlocking* en el Decreto Ley 211 de 1973». En Domingo Valdés y Omar Vásquez (editores), *Nuevo régimen de la libre competencia*. Santiago: Rubicon.
- HOVENKAMP, Herbert (2021). «Antitrust and platform monopoly». *The Yale Law Journal*, 130: 1953-2050. DOI: 10.2139/ssrn.3639142.
- . (2024). «Structural antitrust relief against digital platforms». *Journal of Law & Innovation*, 7 (1): 1-47. DOI: 10.2139/ssrn.4616175.
- KOVACIC (1989). «Failed expectations: The troubled past and uncertain future of the Sherman Act as a tool for deconcentration». *Iowa Law Review*, 74 (5): 1105-1150. Disponible en <https://tipg.link/S1hD>.
- KWOKA, John y Tommaso Valletti (2021). «Unscrambling the eggs: Breaking up consummated mergers and dominant firms». *Industrial and Corporate Change*, 30 (5): 1286-1306. DOI: 10.1093/icc/dtabo50.

- MAIER-RIGAUD, Frank (2016). «Behavioural versus structural remedies in EU competition law». En Philip Lowe, Mel Marquis y Giorgio Monti (editores), *European competition law annual 2013: Effective and legitimate enforcement of competition law*. Oxford: Hart. Disponible en <https://tipg.link/S1hh>.
- MARCOS, Francisco (2018). «Remedios y obligaciones impuestos por las autoridades de defensa de la competencia». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 10 (1): 331-371. DOI: 10.20318/cdt.2018.4125.
- MONTT, Santiago (2012). «Condiciones impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el marco de una operación de concentración en el derecho chileno». *Anuario de Derecho Público*, 1: 453-494. Disponible en: <https://tipg.link/S1hn>.
- MOTTA, Massimo, Michelle Polo y Helder Vasconcelos (2003). «Merger remedies in the European Union: An overview». En François Lévêque (editor), *Merger remedies in American and European Union competition law*. Londres: Edward Elgar.
- OECD, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2006). Remedies and sanctions in abuse of dominance cases: Key findings, summary and notes. *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, 65. DOI: 10.1787/b98add5f-en.
- . (2012). «Remedies in merger cases: Key findings, summary and notes». *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, 125. DOI: 10.1787/51e1d94a-en.
- . (2022). *Disentangling consummated mergers-experiences and challenges*. Disponible en <https://tipg.link/S1i8>.
- POSNER, Richard (2001). *Antitrust law*. 2.^a ed. Chicago: University of Chicago Press.
- VALDÉS, Domingo (2006). *Libre competencia y monopolio*. Santiago: Jurídica.
- . (2013). «La potestad sancionatoria del TDLC para modificar o terminar actos y convenciones». *Gaceta jurídica*, 392: 83-105.

Sobre el autor

ALEX LEÓN RAMÍREZ es egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y ayudante del Centro de Regulación y Competencia de la misma facultad. Su correo electrónico es alex.leon@derecho.uchile.cl.  <https://orcid.org/0009-0000-8592-5712>.

La *Revista de Derecho Económico* es un esfuerzo editorial de profesores del Departamento de Derecho Económico de la Universidad de Chile y de juristas externos que presentan ideas y reflexiones surgidas de sus investigaciones. La revista publica artículos sobre aspectos jurídicos relacionados con microeconomía, macroeconomía, políticas económicas, orden público económico, libre competencia, regulación de servicios públicos, derecho del consumidor, derecho bancario, derecho del mercado de valores, derecho tributario, contabilidad, comercio y finanzas internacionales, derecho del medioambiente y recursos naturales, derecho minero, derecho de aguas, derecho de la energía, derecho internacional económico, análisis económico del derecho y otras temáticas afines.

EDITOR GENERAL

Jaime Gallegos Zúñiga

COMITÉ EDITORIAL

José Manuel Almudí Cid, Universidad Complutense, España
Luciane Klein Vieira, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil
Rodrigo Polanco Lazo, Universidad de Berna, Suiza

COLABORADORES

José Ignacio Muñoz Pereira, Javiera Astudillo López, Andrés Urzúa Farías, Maximiliano Aguirre Contreras, Ignacio Badal Acuña, Andrea Barros Ovalle, David Becker Maldonado, Martín Castro Arduengo, Fernanda Reyes Hinrichsen y Sofía Toro Molina

SITIO WEB

revistaderechoeconomico.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

jgallegos@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io).