

ARTÍCULOS

Sobre la introducción de una tasa por notificar operaciones de concentración a la Fiscalía Nacional Económica: Argumentos a favor

On the Introduction of a fee for the notifications for the operation's concentration of the National Economic Prosecutor's Office. Arguments in favor of it.

Ronaldo Bruna Villena 

Universidad Andrés Bello, Chile

Benjamín Mordoj Hutter 

Abogado, Chile

RESUMEN Este artículo argumenta a favor de la introducción de una tasa administrativa, u obligación de pago fiscal, que las partes de una operación de concentración debieran enterar para la notificación de dicha operación a la Fiscalía Nacional Económica. Esto, como condición previa para que dicho organismo inicie el correspondiente análisis de la transacción a través de su División de Fusiones, según lo exige la normativa de defensa de la libre competencia. Después de proveer información cuantitativa sobre la situación presupuestaria de la Fiscalía Nacional Económica, que justifica por qué es necesario proveerle de más recursos para analizar operaciones de concentración, así como de detallar los argumentos jurídicos que habilitarían introducir dicha tasa fiscal; se efectúa un cálculo económico del monto eficiente que esta debiera tener, sobre la base de una estimación de los costos asociados a la labor revisora de la Fiscalía Nacional Económica. En este contexto se analizan diferentes estructuras tarifarias explicando que es preferible optar por una tasa simple —del tipo plana o única—de modo de facilitar su implementación. Se concluye que la introducción de esta tasa es eficiente porque permitiría financiar adecuadamente la labor revisora de la División de Fusiones, lo que redundará en beneficios para todo el sistema y para las partes de la operación (produce beneficios privados y públicos), y constituye además un costo de baja entidad en términos relativos con los otros costos propios de una operación de concentración.

PALABRAS CLAVE Fiscalía Nacional Económica, División de Fusiones, filing fee, operaciones de concentración.

ABSTRACT This article argues in favor of introducing an administrative fee that the merging parties should pay to the National Economic Prosecutor's Office when notifying such a transaction. This would be a precedent condition for the agency to initiate the corresponding transaction analysis through its Merger Division, as the competition law requires. After providing certain quantitative information on the budgetary situation of the National Economic Prosecutor's Office, which justifies why it is necessary to provide it with more resources to analyze concentration operations, as well as detailing the legal arguments that would enable the introduction of such fee, an economic calculation is made of the efficient amount that such rate should have, based on an estimate of the costs associated with the review work of mergers and acquisitions by the National Economic Prosecutor's Office. Within this context, different fee structures are analyzed. It is explained that opting for a simple fee –of the flat or single type– is preferable. This choice is made to facilitate its implementation, making the process easier and more straightforward. It is concluded that the introduction of this fee is efficient because it would allow the Merger Division to adequately finance the review work, which will result in benefits for the whole system and for the parties to the operation. This fee not only produces private and public benefits but also represents a low cost in relative terms with the other costs of a merger.

KEYWORDS National Economic Prosecutor's Office, Merger Division, filing fee, concentrations.

Introducción

*The best things in life are free
But you can give them to the birds and bees*

BARRETT STRONG
Money (That's What I Want) (1959)

El 7 de marzo de 2022 fue publicada en el diario oficial de Bélgica una ley que reformó su Código de Legislación Económica, introduciendo una tasa de notificación de operaciones de concentración —o merger filing fee— de 52.350 euros para los procedimientos de notificación ordinarios y de 17.450 euros para los procedimientos simplificados. Esta tasa se actualiza anualmente por el índice de precios al consumidor. En caso de una adquisición o compra de empresas, la tasa debe ser pagada por el adquirente; tratándose de una fusión, ambas partes deben concurrir al pago; en el evento de constituirse un joint venture, los obligados al pago serán sus constituyentes; y, en el caso de notificaciones por múltiples partes, la carga recaerá en todas las notificantes en proporciones iguales. Los montos recaudados financian a la autoridad de competencia de ese país (no es claro que solamente a su equipo revisor de fusiones), dando cumplimiento así a la Directiva 2019/1 del Parlamento y el Consejo

Europeo, sobre «empoderamiento de las autoridades de competencia de los Estados miembros para que sean más eficaces en la aplicación de la normativa y garantizar el buen funcionamiento del mercado interior», incluyendo el mandato de darles adecuado financiamiento.

Por otro lado, el 4 de febrero de 2021, la senadora Kloubchar (Partido Demócrata) y el senador Grassley (Partido Republicano), miembros del subcomité antimonopolios del Senado de los Estados Unidos, presentaron un proyecto de ley de reforma a la Ley Hart-Scott-Rodino, para subir los montos de la ya existente tasa por notificación de operaciones de concentración de tamaño relevante.¹ El objetivo expresamente declarado del proyecto era financiar a la Comisión Federal de Comercio (Federal Trade Commission) y a la División Antimonopolios del Departamento de Justicia de ese país. En diciembre de 2022, dicho proyecto fue aprobado por el Congreso con el nombre de Ley de Modernización de las Tasas de Notificación de Operaciones de Concentración (Merger Filing Fee Modernization Act), y el presidente Biden la promulgó como parte de la normativa presupuestaria correspondiente al año 2023. En virtud de esta reforma las nuevas tasas, como puede verse en la **tabla 1**, dependen del monto de la transacción:

Como contrapartida, ante una recomendación del reporte especial de la Corte Europea de Auditores de 19 de noviembre de 2020, que abogaba por introducir una tasa por notificación de operaciones de concentración, la Comisión Europea señaló que ya había considerado esa opción en 2018 y que no la estimaba una fuente relevante de recursos, desechándola de momento (Bushell, 2020).

A pesar de que la Unión Europea desestimó, al menos por ahora, la opción de una tasa fiscal por notificaciones, la tendencia a nivel mundial es hacia la introducción de esta carga para las partes involucradas en tales operaciones de concentración. Según Bushell (2020), de 136 jurisdicciones con regímenes de control preventivo de operaciones de concentración, setenta y dos países (al menos setenta y tres si se considera a Bélgica después de ese levantamiento de información) tienen alguna forma de tasa fiscal incorporada dentro de su sistema, existiendo alta varianza en sus montos.

Aunque no es posible analizar detalladamente cada jurisdicción y según una encuesta de la red de autoridades de competencia a nivel mundial, la principal razón para introducir esta tasa es recuperar los costos de revisión de una operación de concentración y financiar a la respectiva autoridad de competencia, principalmente a los equipos que trabajan en el análisis de dichas operaciones (International Competition Network, 2005: 4). Esto tiene sentido si se considera la creciente complejidad de algunas transacciones, la sofisticación de los métodos de evaluación —principalmente econométricos— para estimar si estas tienen o no la aptitud para afectar significativa-

1. Como contrapartida, se proponía reducir las tasas para operaciones de concentración de menor tamaño que igualmente deban ser notificadas conforme con la Ley Hart-Scott-Rodino.

Tabla 1. Tasas de notificación de operaciones de concentración en Estados Unidos.

Tasa fiscal	Monto de la transacción	Tasa fiscal/Monto Transacción	
		Máximo	Mínimo
USD 30.000	Menos de USD 161,5 millones	-	0,019%
USD 100.000	Entre USD 161,5 millones y USD 500 millones	0,062%	0,020%
USD 250.000	Entre USD 500 millones y USD 1 billón	0,050%	0,025%
USD 400.000	Entre USD 1 billón y USD 2 billones	0,040%	0,020%
USD 800.000	Entre USD 2 billones y USD 5 billones	0,040%	0,016%
USD 2,25 millones	USD 5 billones o más	0,045%	-

Fuente: Elaboración propia sobre la base de Merger Filing Fee Modernization Act.

mente la competencia y la existencia de plazos acotados para resolver la autorización o prohibición de la operación.

Este artículo toma la discusión existente en el derecho comparado y la trae a la situación nacional. A partir de la coyuntura de creciente disminución presupuestaria que experimenta la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y ante la necesidad de mayores recursos para financiar el trabajo de su División de Fusiones, se propone introducir en Chile una tasa fiscal diseñada sobre la base de una tasa única o *flat merger filing fee*.

Dicha tasa se basa en una estimación de los costos propios que implica analizar una operación de concentración, sea en Fase 1 o Fase 2, según el presupuesto asignado a la División de Fusiones.² Se explica aquí por qué dicha tasa contaría con sustento jurídico-constitucional y económico, con lo que sería viable en el contexto de una reforma legislativa al título 4 del Decreto Ley 211, sobre libre competencia (DL 211), que establezca dicho pago obligatorio.

Otras alternativas para definir la estructura tarifaria de la tasa de notificación son discutidas en este documento, como una tasa por servicio (según la cantidad de horas destinadas a la revisión de la operación), una tasa según la complejidad del caso y una tasa gradual (que, siendo porcentual, aumenta proporcionalmente debido a las ventas de las empresas notificantes). Sobre la base de su comparación con estas alternativas se explican las razones para recomendar la utilización de una tasa única del tipo *flat fee*.

Luego se describe el contexto actual de disminución presupuestaria que enfrenta la FNE y se plantean los riesgos que esto puede generar para una revisión eficiente de las operaciones notificadas. Seguidamente se desarrolla la estimación de la tasa ópti-

2. Para una distinción entre Fase 1 y Fase 2, véanse el artículo 54 inciso segundo, y el artículo 57 inciso segundo, del Decreto Ley 211 de 1973, sobre libre competencia.

ma mediante una revisión de la experiencia internacional y las distintas estructuras tarifarias utilizadas, para luego realizar una recomendación de la estructura de tasa que se debería instaurar en Chile. Finalmente, se presentan las conclusiones.

Algunas cifras pertinentes de la FNE

Para 2023 la FNE tuvo un presupuesto aprobado de 7.591 millones de pesos (216.212 UF, a moneda de 31 de diciembre del año 2022), un 18 % menos que el año 2020.³

La **tabla 2** muestra los ingresos presupuestarios de la FNE en términos reales. A partir de 2021 se restringieron los recursos entregados por el Estado, tal como en otros servicios, para financiar otras políticas públicas producto de la pandemia de covid-19.

La estructura presupuestaria de la FNE está explicada mayoritariamente por gastos en personal. Tal como se muestra en la **tabla 3**, estos gastos representan entre un 78 % y 81 % del total de presupuesto de la FNE.

Las reducciones presupuestarias experimentadas desde el año 2021 en adelante generaron una disminución más que proporcional de los gastos en bienes y servicios, respecto del gasto en personal, tal como puede observarse en la **tabla 3**, pasando de 21 % a 16 % del total del presupuesto anual. Esta reducción sugiere un ajuste eficiente de los gastos corrientes, equivalente a un 24 %.⁴

La FNE disminuyó sus gastos corrientes distintos a personal más que la variación proporcional del presupuesto. Sin embargo, eso no fue suficiente. También se redujo la dotación de analistas que manejan los casos y las nuevas contrataciones se realizaron con sueldos promedios más bajos y con profesionales que tenían menor experiencia.

Al respecto, se puede observar que la dotación total de la FNE ha aumentado un 1 % entre 2017 y 2024, tal como se muestra en la **tabla 4**. Por su parte, la División de Fusiones ha fluctuado entre 22 y 14 funcionarios en el mismo período. La disminución de la dotación de esta División entre los años 2017 y 2024 fue de 31,8 %.⁵

3. En 2023, la FNE recibió el presupuesto más bajo de los últimos ocho años.

4. El 2021 la FNE disminuyó un 10 % su presupuesto total respecto del año 2020. Sus gastos en personal disminuyeron un 8 %, lo que se traduce en una baja en la dotación de 115 personas en 2020 a 109 en 2021. La dotación máxima autorizada para esos años cayó de 120 a 114 personas.

5. Las políticas generales aplicadas por el Poder Ejecutivo para restringir gastos, como las que permiten reponer uno de cada dos funcionarios que abandonan voluntariamente el servicio (política de larga data e implementada por varios gobiernos), o que derechamente impiden recontractar cuando se produce una vacante, afectan significativamente a la FNE dada la alta rotación de sus profesionales dedicados a manejar casos. Los profesionales que ingresan a la FNE tienen en promedio menos de 30 años y es común que renuncien a sus puestos para cursar estudios de posgrado fuera de Chile.

Tabla 2. Presupuesto de la FNE, en UF de 31 de diciembre del año anterior.

	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024
Ingresos	249.577	260.509	261.487	262.318	235.074	227.319	216.212	222.511
Variación porcentual respecto del año anterior	15,2%	4,4%	0,4%	0,3%	-10,4%	-3,3%	-4,9%	2,9%
Índice de Ingresos*	95	99	100	100	90	87	82	85

*El índice de ingresos (o presupuestario) normaliza a 100 sobre la base del presupuesto del año 2020.

Fuente: Elaboración propia sobre la base de las respectivas Leyes de Presupuestos, Dipres.

Tabla 3. Estructura porcentual de gastos de la FNE, según título presupuestario.

Subtítulo	Clasificación económica	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023
21	Gastos en personal	78%	78%	77%	79%	81%	81%	81%
22	Bienes y servicios de consumo	21%	19%	21%	19%	17%	16%	16%
23	Prestaciones de seguridad social	0%	1%	0%	0%	0%	0%	0%
25	Integros al fisco	0%	0%	0%	0%	0%	1%	1%
26	Otros gastos corrientes	0%	0%	0%	0%	0%	0%	0%
29	Adquisición de activos no financieros	2%	2%	1%	2%	2%	2%	2%

Fuente: Elaboración propia sobre la base de las respectivas Leyes de Presupuestos, Dipres.

Tabla 4. Número de personas que trabajan en la FNE a 31 de diciembre.

Dotación	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024
Total FNE	107	102	114	100	94	98	106	108
División Fusiones	22	18	20	14	15	17	16	15

Fuente: Elaboración propia sobre la base de www.fne.cl.

Por otra parte, el año 2021 la FNE conoció treinta y seis nuevas operaciones de concentración,⁶ tres de ellas en Fase 2, lo que implicó ocho operaciones más que en el año 2020.⁷ El año 2022 conoció treinta nuevas operaciones, tres en Fase 2.⁸ En 2023 analizó treinta y tres nuevas transacciones, con tres investigaciones extendidas a Fase 2.⁹

6. FNE, *Estadísticas anuales 2021: División Fusiones*, 2022, disponible en <https://tipg.link/SLMJ>.

7. FNE, *Estadísticas anuales 2020: División Fusiones*, 2021, disponible en <https://tipg.link/R-S2>.

8. FNE, *Estadísticas anuales 2022: División Fusiones*, 2023, disponible en <https://tipg.link/R-Ry>.

9. FNE, *Estadísticas anuales 2023: División Fusiones*, 2024, disponible en <https://tipg.link/R-Rt>.

Esto ocurre en un contexto en que, a diferencia de la mayoría de los procedimientos administrativos del ordenamiento jurídico chileno, pesa sobre la FNE un silencio positivo en caso de superarse los plazos establecidos para las investigaciones de Fase 1 y Fase 2. Esto implica que, pasado el tiempo establecido en el DL 211 sin que exista un pronunciamiento de la FNE, la operación notificada se entiende aprobada pura y simplemente o sujeta a las medidas ofrecidas por las partes notificantes.¹⁰

En la **figura 1** se da cuenta de la evolución del número de investigaciones iniciadas por la División de Fusiones —excluyendo notificaciones no admitidas— y del presupuesto aprobado a la Fiscalía Nacional Económica desde el 2017, cuando inició el régimen obligatorio de control preventivo de operaciones de concentración (con datos a junio de 2024):

Las constantes disminuciones de presupuesto que han afectado a la FNE en los últimos años inciden directamente en los gastos en personal y en su dotación, e indirectamente en la capacidad de responder oportunamente a los requerimientos de revisión de operaciones de concentración, con un análisis profundo y de calidad, lo que aumenta la probabilidad de estar frente a errores tipo 1 o tipo 2 (es decir, aprobar operaciones lesivas para la libre competencia o rechazar aquellas que producen resultados procompetitivos o, como mínimo, que son neutras desde una perspectiva de competencia).¹¹

Especial preocupación merecen los casos de la División de Fusiones que tienen plazos máximos, con silencio positivo, para ser resueltos, y que por su naturaleza son complejos y requieren entender una importante diversidad de mercados. Una baja dotación o la existencia de profesionales sin un suficiente nivel de experticia puede generar incentivos a: i) aprobar fusiones cuando estas presentan riesgos para la competencia (falsos negativos); ii) aumentar los plazos de revisión de operaciones que podrían resolverse en Fase 1, pasando casos a Fase 2 ante la ausencia de suficientes analistas y tener así un mayor plazo para completar su análisis (falsos positivos en Fase 1); o, iii) rechazar operaciones en Fase 2 producto de la incapacidad de procesar la información proporcionada por las partes y otros aportantes sobre la real capacidad de la operación de afectar sustancialmente la competencia (falsos positivos en Fase 2). Todos estos casos son costosos para la sociedad y particularmente para las empresas que están notificando la operación.

Podría argumentarse que este déficit de financiamiento de la División de Fusiones de la FNE debe resolverse otorgándole un mayor presupuesto o, lo que es lo mismo, con cargo a las rentas generales de la nación. Esto es consistente con la circunstancia

10. Véanse los artículos 54 y 57, ambos en su inciso final, del DL 211.

11. Este se plantea aquí como un riesgo potencial. No existe evidencia —o al menos estudios formales— que permitan sostener que se ha materializado en uno o más casos. Futuros estudios podrían encontrar evidencia en contrario.

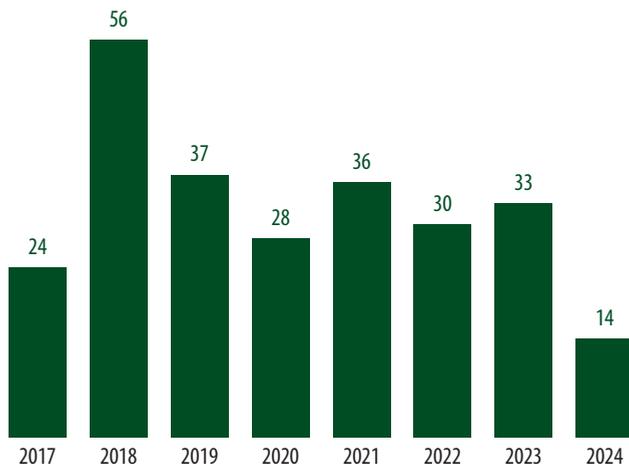


Figura 1. Investigaciones de fusiones iniciadas por año.
Fuente: Elaboración propia sobre la base de www.fne.cl.

de que la FNE continuamente solicita —en sus discursos oficiales, en su participación en el Congreso o en intervenciones en medios de comunicación— mayores recursos al Gobierno central. Sin embargo, este argumento parece ingenuo, considerando el contexto socioeconómico que vive el país y las prioridades que se han fijado en otras áreas. Pero, al mismo tiempo, no es obvio que ello sea técnicamente óptimo desde una perspectiva de política de la competencia, dado que en este caso es posible identificar fácilmente a quienes causan el costo y obtienen el beneficio de la revisión de la respectiva operación de concentración.

Tal como se tratará con mayor detalle más adelante, asegurar un presupuesto para financiar el costo de las revisiones de las operaciones de concentración es preferible a un escenario en donde surgen los falsos negativos y positivos, sobre todo cuando se contrasta el costo de la revisión propuesto con el volumen de ventas de las empresas notificantes y todos los costos asociados a una operación de concentración.

Estimación de la tasa óptima de notificación de operaciones de concentración para Chile

En esta sección se presenta una alternativa para estimar una tasa óptima para notificar y revisar una operación de concentración por parte de la FNE. Para ello se revisa la experiencia internacional y los argumentos a favor y en contra para la introducción de este cobro. Finalmente, se plantea una propuesta de determinación de tasa óptima sobre la base de una estructura del tipo flat fee.

La experiencia internacional y los fundamentos a favor de una tasa por notificación de operaciones de concentración

La red de agencias de competencia, International Competition Network (ICN, 2005), analizó la experiencia internacional mediante un estudio comparativo de los requisitos que tienen las tasas de notificación de operaciones de concentración en todo el mundo. Este entrega una descripción de distintos tipos de tasa de notificación y sus fundamentos. Lamentablemente, no existe un estudio más actualizado e igual de detallado que sistematice la información sobre esta materia.

En este estudio se separan las jurisdicciones en dos grandes grupos: aquellas que a esa fecha no contaban con una tasa de notificación obligatoria y aquellas que sí. Dentro del primero se subdividieron en aquellas que: i) tenían la facultad para cobrar una tasa, pero no lo hacen; ii) habían considerado introducir una tasa, pero no la habían implementado; iii) no habían considerado introducir una tasa de notificación; y, iv) estaban considerando introducirla.

Dentro de estos cuatro grupos, las jurisdicciones que no estimaban a esa fecha incorporar una tasa esgrimían que estos ingresos irían al tesoro general del país y no necesariamente se reflejarían en mayor presupuesto y autonomía para la agencia de competencia. Otras autoridades argumentaban que no se mejorarían los procesos con esta tasa o que se induciría un mayor gasto que no necesariamente tendría aparejado un aumento en la calidad de las revisiones. Finalmente, otras señalaron que ya tendrían presupuesto suficiente para hacer las revisiones y una tasa adicional podría generar un rechazo del sector privado (ICN, 2005: 2-3).

Por otra parte, las agencias que sí estaban planificando incorporar una tasa lo fundamentan en la necesidad de conseguir un presupuesto para financiar los costos de los equipos técnicos que revisan las operaciones de concentración, lo que no estaría asegurado con el presupuesto de la nación (ICN, 2005: 3).

En relación con las jurisdicciones que sí cobraban una tasa de notificación, el estudio muestra que de las setenta y tres jurisdicciones que en ese momento tenían regímenes preventivos de notificación obligatoria de operaciones de concentración, treinta y una cobraban algún tipo de tasa.¹²

Como es evidente, la razón principal para cobrar tasas de notificación es cubrir parcial o totalmente los costos de revisar las operaciones de concentración que se notifican obligatoriamente (o voluntariamente, si ello es permitido por el régimen del país respectivo). No obstante, en algunos casos, tasas de este tipo se utilizan también

12. Nótese que, tomando información al año 2022 (como se vio anteriormente), el número de jurisdicciones con tasas de notificación obligatorias más que se duplicó (73) desde que la ICN efectuó su estudio. Ahora bien, la proporción entre jurisdicciones que cobran y las que no considerando regímenes obligatorios de notificaciones de operaciones de concentración se sigue manteniendo relativamente estable.

para cubrir los costos totales de la agencia de competencia, es decir, su presupuesto completo.

Por otro lado, para garantizar la independencia de la agencia podría evaluarse que lo recolectado vaya directamente a esta y no al gobierno central. Ahora bien, esto también podría lograrse buscando un mecanismo de recolección que no incida en la eficiencia y eficacia de la labor de la FNE.

Además de permitir cubrir los costos asociados a la evaluación, una tasa por revisión de notificaciones por parte de las agencias de competencia, en la medida que esté óptimamente fijada, es adecuada al menos por dos razones adicionales:

Primero, porque garantiza un equipo especializado adecuadamente financiado, lo que evita la sobredimensión de riesgos de libre competencia ante la falta de personal para aquilatar adecuadamente la información proporcionada durante la primera fase de revisión. Esto ocurre porque normalmente los regímenes jurídicos establecen plazos fatales para que las agencias revisen las operaciones en cada fase, bajo reglas de silencio positivo, por lo que un déficit presupuestario puede incentivar el uso de la Fase 2 más allá de lo recomendable, o incluso las prohibiciones en ciertos casos. En tal sentido, desde un punto de vista costo-beneficio, los propios agentes económicos deberían favorecer que la autoridad a cargo de la revisión esté adecuadamente financiada.

Segundo, porque un financiamiento adecuado del área de revisión de operaciones de las agencias de competencia libera recursos para que estas puedan dedicarse a la supervisión de los respectivos estatutos de libre competencia en sus otras dimensiones (abusos de posición dominante, carteles, *interlocking*, fiscalización y labores de *advocacy*, por ejemplo estudios de mercado o informes al Congreso y tribunales). Esto redundaría en un mejor funcionamiento de la economía en su conjunto y previene la comisión de errores tipo 1 o 2 en esos otros importantes ámbitos. Es decir, se producen externalidades positivas a nivel sistémico.

Adicionalmente, el estudio de la ICN (2005: 5) reporta que algunas agencias fundamentan estas tasas en que al recuperar los costos de la revisión de la operación, el contribuyente general se libera de solventar costos que pueden ser financiados más *adecuadamente* por las empresas que se benefician del servicio prestado.

Sin embargo, como fundamento para no cobrar estas tasas o hacerlo muy limitadamente, otras agencias consideran que el control de concentraciones es, al menos en parte, un servicio público que se debería financiar —en todo o en parte— con fondos del Estado (ICN, 2005: 2). No obstante, que el Estado provea un servicio público no deriva que este deba ser financiado con cargo a rentas generales cuando existe un cobro óptimo que resulte eficiente asignar a quien lo produce. La lógica intrínseca de las tasas es, precisamente, asignar el costo del servicio a quien lo genera.

Por las razones entregadas parecen existir suficientes motivos jurídicos y económicos para avanzar hacia una tasa por notificar operaciones de concentración. La disminución del presupuesto que afecta a la FNE en los últimos años, equivalente a

un 18 % real, es un riesgo que podría afectar la capacidad de contratación de profesionales capacitados para las revisiones. Por lo tanto, establecer una tasa de notificación permitiría asegurar los recursos necesarios para financiar los gastos en que incurre la FNE al revisar cada notificación de las operaciones que superan los umbrales definidos para tal efecto.

De modo más general, es clara la necesidad de diseñar políticas públicas —como la introducción de un régimen preventivo de control obligatorio de operaciones de concentración— con un horizonte de largo plazo, que consideren un financiamiento autónomo para los gastos asociados a tales políticas (en este caso los equipos que revisan las operaciones de este tipo).

Más aún, este fortalecimiento institucional a la FNE permitiría disminuir los riesgos de la variabilidad de criterios de asignación presupuestaria de cada gobierno. Por otro lado y de cara al sector privado, esta autonomía presupuestaria de la División de Fusiones de la FNE se traducirá en mayor certeza para las empresas notificantes, tanto en la calidad técnica de las investigaciones como en la oportunidad de sus resoluciones y de los incentivos que puedan surgir para aumentar los plazos de revisión por falta de recursos para hacer las revisiones en primera fase.

Tipos de estructuras para la tasa de notificación

La definición de una estructura de tasa de notificación no es una tarea trivial dado que, en general, el número de notificaciones varía de un año a otro y los costos de las agencias son relativamente rígidos. Por lo tanto, una tasa fija como por ejemplo un monto plano y predeterminado con independencia de cualquier factor, podría sobre o subestimar los ingresos de la agencia cada vez que la demanda real no coincida con la utilizada para fijar la tasa. Sin embargo, un monto variable podría caer en los mismos problemas.

Por esto es necesario rescatar algunos principios básicos que se deben considerar al diseñar un sistema y sus mecanismos de ajuste. Por ejemplo, la ICN (2005: 5) recomienda considerar una tasa fácil de entender y de determinar en el momento de la presentación, a la vez que fácil de administrar y consistente con el marco legislativo y de políticas de la jurisdicción. Además, se agrega que debe incluir criterios de asequibilidad para las partes que se fusionan, no discriminación entre empresas y previsibilidad para los agentes económicos.

Existen diversos tipos de tasas cobradas a nivel comparado. La principal clasificación es la de aquellas basadas en estructuras fijas o variables. En el caso de estas últimas, la subclasificación puede depender de los ingresos de las empresas involucradas o de la complejidad de la transacción. A continuación, se analizan cuatro tipos de estructuras de tasas, que corresponden a las principales utilizadas por las jurisdicciones que participaron en el estudio de la ICN.

Tasa plana o flat fee

El esquema de tasa plana consiste en un mismo cobro fijo en moneda local para cualquier tipo de operación de concentración que sea notificada. Como ejemplos de países que aplican este sistema, además de Bélgica (según se mostró más arriba), a 2023, Austria, México y Canadá cobraban montos equivalentes a 6.000 euros, 13.500 dólares y 62.000 dólares respectivamente.

Las ventajas de este esquema son su objetividad, la certeza entregada a los notificantes y su facilidad de administración. Sin embargo, este sistema no toma en consideración variables como el tamaño o complejidad de la operación de concentración y, por lo tanto, no refleja la diversidad de costos que generan las revisiones de cada transacción. Esto produce subsidios desde las operaciones que demandan pocas horas en su revisión (por ejemplo, aquellas que se aprueban pura y simplemente en Fase 1) a las más complejas (que requieren extensas negociaciones de medidas de mitigación en Fase 2). Este sesgo afecta a operaciones de empresas más pequeñas. Sin embargo, esto podría resolverse con montos relativamente bajos de tasas que hagan que los subsidios interempresas sean menores.

Tasa por servicio

Algunas jurisdicciones como Alemania, Hong Kong (para operaciones en el sector de telecomunicaciones) y Suiza (para investigaciones en Fase 2) cobran tasas por la notificación de acuerdo con el número de horas que se destinan en la revisión de la operación (con un tope), lo que es llamado tasa por servicio. Es decir, existe una tarifa por hora asociada a cada profesional involucrado en la revisión de la operación.

La principal ventaja de esta es que se ajusta exactamente al objetivo de financiar los costos que supone una revisión de una notificación. La principal desventaja es que las partes no conocen de manera anticipada el costo de la revisión de la notificación, incluso si existe un tope. Además, es un sistema más costoso de administrar para las agencias; y pueden surgir conflictos entre las partes por el monto final de la tasa debido a que no necesariamente podrá implementarse un adecuado mecanismo de rendición de cuentas, de bajo costo, con posibilidad de objeción por parte de las empresas.

Tasas basadas en la complejidad de la operación

Las jurisdicciones que utilizan esquemas de tasas basadas en la complejidad de la operación (por ejemplo: Colombia, Chipre, Hungría y Países Bajos) tienen sistemas de tasas escalonadas que van aumentando el cobro en la medida que la revisión de la operación demanda más recursos para efectuarse.

En términos generales, en estos casos se plantean estructuras compuestas por una tasa fija para todas las operaciones de concentración, o para las que superen un cierto

umbral de concentración, más una tasa adicional. Esta puede ser fija o variable en caso de que se requiera de un análisis más sustantivo, por ejemplo, si la operación pasa a Fase 2.

Tal como la tarifa por servicio, el nivel de las tarifas basadas en la complejidad está sustentado en los costos de revisión que genera cada tipo de operación. Que estén fundamentadas en los costos de revisión genera una sensación de mayor justicia en el cobro. Sin embargo, la desventaja de este sistema radica en la subjetividad para calificar una operación como más compleja y la incertidumbre sobre su costo al inicio de la notificación. También puede generar la sensación, justificada o no, de que la tasa produce incentivos inadecuados en la agencia, en el sentido de fomentar el paso de operaciones a Fase 2 cuando existen restricciones presupuestarias o se desee aumentar los ingresos de la autoridad de libre competencia.

Tasas escalonadas basadas en el tamaño de la operación

Un esquema escalonado de acuerdo con el tamaño de la operación puede utilizar el valor de los activos, de las ventas, u otro parámetro del nivel de actividad de las compañías notificantes para dimensionar las tasas.

Es usual que las jurisdicciones determinen tramos para clasificar una operación de acuerdo con su tamaño y luego asignen una tasa única por cada tramo. Como se vio más arriba, en el caso de Estados Unidos, recientemente se implementaron seis tramos basados en el tamaño de la operación, en este caso las ventas de las compañías que son parte de esta. Otros ejemplos de países con un régimen de este tipo son Ecuador, Reino Unido, Letonia y Portugal.

La ventaja de este esquema es que puede ser percibido como más justo y objetivo, porque es proporcional al tamaño de los agentes económicos y, además, no depende del criterio de la agencia en cuanto a la calificación de la complejidad de la operación. Sin embargo, este esquema no necesariamente asocia los costos de la revisión a las tarifas cobradas y, por lo tanto, puede generar subsidios cruzados desde los agentes económicos de mayor tamaño a los más pequeños.

Sin embargo, los contrargumentos que pueden darse a favor de este mecanismo son que: i) existe en general cierta correlación entre el tamaño de la operación y la complejidad de la revisión, con lo cual este diseño es un *proxy* razonable de los costos en los que incurrirá la agencia para ese caso concreto; y ii) no necesariamente es ineficiente que, en un esquema de financiamiento de la labor de revisión de operaciones de concentración existan subsidios cruzados entre agentes económicos en favor de aquellas operaciones que involucren a empresas de menor tamaño.

Ahora bien, una dificultad relevante para este esquema es definir detalladamente cómo se realizará el cálculo del tamaño de los agentes involucrados. No obstante, parece razonable medir el tamaño de la operación de acuerdo con las mismas variables

utilizadas para la notificación. En Chile, ello se efectúa aplicando la *Guía práctica para la aplicación de umbrales de notificación de operaciones de concentración en Chile* de la FNE.

En suma, los diferentes esquemas tarifarios utilizados en diversas jurisdicciones que tienen notificación obligatoria y cobran por la revisión de las operaciones de concentración tienen tanto ventajas como desventajas que deben ser analizadas para el caso de Chile, tomando en consideración las particularidades de su economía.

Una propuesta de tasa de notificación óptima para Chile

Siguiendo con este razonamiento surge una pregunta: ¿cuál sería el nivel de la tasa de notificación que tendrían que pagar las empresas para cubrir los costos de revisión que actualmente tiene la FNE y cumplir con la regla de autofinanciamiento exigida por el ordenamiento jurídico chileno?

Para responder a esta pregunta se desarrolla una estimación de la tasa óptima de notificación y posteriormente se discuten algunas consideraciones que se deben tener a la vista para fijar dicha tarifa.

Estimación de una tasa de notificación óptima

Considerando que el objetivo perseguido al diseñar una tasa de notificación es autofinanciar las revisiones de operaciones de concentración por la autoridad de competencia, lo más adecuado es utilizar los datos reales provenientes de la FNE.

Por lo tanto, para la propuesta que se realiza más adelante se utilizan los presupuestos anuales, dotación por División, y antecedentes de la cantidad anual de investigaciones de operaciones de concentración, abiertas y cerradas, para determinar el costo medio de una revisión y asociarlo como un *proxy* a la tarifa media que debieran pagar los agentes económicos notificantes.

En términos generales, para realizar la estimación se utilizaron datos públicos contenidos en la página web de la FNE. El nivel de desagregación de la información no permite realizar una estimación del costo de cada investigación en particular. Por consiguiente, se estimó el costo promedio de una revisión de acuerdo con el presupuesto de la Fiscalía y el número de investigaciones abiertas y cerradas en un año calendario. Esta metodología no necesariamente captura el costo exacto de la revisión de cada operación; sin embargo, permite conocer cuál es el costo medio de una investigación de la División de Fusiones y utilizarlo como un *proxy* para determinar una tasa óptima por revisión.¹³

13. Es claro que las investigaciones que pasaron por Fase 2 demandan un mayor número de horas de revisión de los equipos de la FNE *vis-à-vis* las que fueron aprobadas en Fase I, y deberían por tanto considerar un costo mayor. Sin embargo, en esta primera estimación se utilizan valores promedio. Más

Luego, el modelo utilizado para estimar el costo medio de una investigación de la División de Fusiones se resume en la ecuación siguiente:

$CmeFi = BFi / Qi$, donde $BFi = WFi * Fi$ y; $CmeFi$ es el costo medio de una investigación de la División de Fusiones en el periodo i ; BFi es el presupuesto anual de la División de Fusiones en el año i ; Qi es la cantidad de investigaciones realizadas por la División de Fusiones en el año i ; WFi corresponde al costo medio de un funcionario de la División de Fusiones en el año i ; Fi es el número de personas que trabajan en la División de Fusiones en el año i . El presupuesto anual, BFi , proviene de la Ley de Presupuesto de cada año y fue actualizado utilizando la Unidad de Fomento (UF). Esta variable se muestra en miles de pesos del 31 de diciembre del año anterior en la **tabla 5**.

Por otra parte, el Fi —el número de personas asociadas a la División de Fusiones— se determinó utilizando la información de dotación publicada en la página web de la FNE, existente al 31 de diciembre de cada año, hasta 2024.¹⁴ Este criterio busca evitar una doble contabilización de las personas que dejan la agencia y son reemplazadas por nuevas contrataciones.

En el caso de la estimación del costo medio de un funcionario de la División de Fusiones en el año i (WFi), se consideró el presupuesto total de la FNE de cada año y se dividió por el total de funcionarios de las «Divisiones de Línea», resultando un costo medio por funcionario de *línea*. Las Divisiones de Línea son aquellas que generan los resultados propios de la actividad de la FNE (en ejercicio de las facultades de investigación del artículo 39 letra a) del DL 211 o de intervención ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de la letra b) de la misma disposición; es decir, que cumplen directamente las funciones que le otorga la ley.¹⁵ Por consiguiente, se consideró que las otras unidades son costos compartidos por las Divisiones de Línea y estos deben ser asignados de acuerdo con el inductor de costos más representativo. Consecuentemente, se distribuyeron los costos compartidos de acuerdo con el número de funcionarios de cada división de línea, dado que es la variable que mejor explica demanda de recursos de la FNE e indirectamente el uso de las unidades que

adelante se analiza la conveniencia de establecer una tasa según las fases de revisión que fueron necesarias para resolver el caso o, en cambio, aplicar una tarifa plana.

14. Para estimar la dotación 2024, se utilizaron los datos de funcionarios que figuraban en nómina al mes de agosto de 2024 y publicados en www.fne.cl.

15. Actualmente las Divisiones de Línea son las Divisiones de Fusiones, Anti-Carteles, Antimonopolios, Fiscalización, Estudios de Mercado y Litigios. En consecuencia, para la estimación de costos se consideró que el fiscal y subfiscal, la División de Administración y Gestión, la División de Relaciones Institucionales y Delación Compensada, Contraloría Interna y Auditoría Interna, son costos compartidos que se distribuyen en las Divisiones de Línea de acuerdo al número de personas, como inductor de costos.

Tabla 5. Costo medio por funcionario de línea, según año, en UF.

Año	Presupuesto aprobado FNE (en pesos chilenos a 31 de diciembre de 2023)	Presupuesto aprobado FNE (en UF)	Dotación Divisiones de Línea (a 31 de diciembre de 2023)	Costo anual medio por funcionario de Divisiones de Línea (en UF)
2017	6.575.850	249.577	77	3.241
2018	6.981.152	260.509	74	3.520
2019	7.208.103	261.487	84	3.113
2020	7.426.218	262.318	73	3.593
2021	6.833.691	235.074	68	3.457
2022	7.045.003	227.319	70	3.247
2023	7.591.428	216.212	77	2.808
2024	8.185.970	222.511	78	2.853

Fuente: Elaboración propia basada en las estadísticas de la FNE. Véase <https://tipg.link/R-SQ>.

no son de línea.¹⁶ Luego, este costo anual considera el sueldo bruto medio de un funcionario y todos los gastos fijos y variables, directos e indirectos asociados, como por ejemplo arriendo de oficinas, computadores y gastos de servicios corrientes, entre otros, así como los costos de las unidades que no son de línea.¹⁷

En la **tabla 5** se muestra el costo medio por funcionario de línea del periodo entre 2017 y 2024, el cual alcanza 3.229 UF al año o 269 ,1 de UF mensuales.¹⁸

Una vez determinado el costo medio de un funcionario, incluidos aquellos de la División de Fusiones, es posible calcular el costo total de la División de Fusiones utilizando la dotación por año. La **tabla 6** resume dicho costo.

Por último, para determinar la cantidad de investigaciones de operaciones de concentración en cada año (Q_i), se utilizaron dos variables como *proxy* de la demanda de revisiones por parte de los agentes económicos que cumplen los umbrales definidos conforme al DL 211: las investigaciones iniciadas en el año i , y las investigaciones terminadas en el año i . Se debe considerar que estos indicadores son una aproximación

16. Tal como se mencionó anteriormente, el inductor de costos más relevante en la estructura de la FNE es el número de personas, representando cerca de un 80 % del presupuesto anual. Esta asignación puede ser mejorada en el futuro con un mayor desglose de información o mediante registros que la propia FNE cree para estos efectos. Sin embargo, para el objeto de este estudio solo se utiliza información agregada.

17. Es posible mejorar esta estimación de costos medios de cada división utilizando los datos precisos de las personas que trabajan en cada una de estas. No obstante, para este estudio se privilegió conocer un resultado agregado del costo medio de cada División.

18. Se puede ratificar con estos datos que el presupuesto real de la FNE ha disminuido cada año desde el 2021. Una suerte equivalente ha tenido la dotación de la División de Fusiones, que ha bajado de 23 a 15 funcionarios, entre 2017 y 2023.

dado que no miden exactamente cuánto demora una investigación y el número de horas invertidas en su análisis; solo permite dar una aproximación del nivel de actividad de la División de Fusiones en un año calendario.

El número de investigaciones que se realizan anualmente tiene una alta dispersión tanto para las resoluciones de inicio como de término. La **tabla 7** resume dichas estadísticas. El número de revisiones promedio para el periodo estudiado es de treinta y

Tabla 6. Costo estimado por dotación de línea y costo anual de la División de Fusiones.

Año	Costo anual medio por funcionario de Divisiones de Línea (en UF)	Dotación División Fusiones (a 31 de diciembre de 2023)	Costo anual División Fusiones (en pesos chilenos a 31 de diciembre de 2023)	Costo anual División Fusiones (en UF)
2017	3.241	22	2.623.340	71.308
2018	3.520	18	2.331.209	63.367
2019	3.113	20	2.290.442	62.259
2020	3.593	14	1.850.768	50.308
2021	3.457	15	1.907.681	51.855
2022	3.247	17	2.030.973	55.206
2023	2.808	16	1.652.828	44.927
2024	2.853	15	1.574.225	42.791

Fuente: Elaboración propia basada en las estadísticas de la FNE.

Tabla 7. Investigaciones de operaciones de concentración (iniciadas o terminadas) por la FNE, por año.

Año	Investigaciones con resolución de inicio	Investigaciones con resolución de término
2017	24	18
2018	56	54
2019	37	41
2020	28	28
2021	36	36
2022	30	33
2023	33	34
Mínimo	24	18
Máximo	56	54
Promedio	35	35

Fuente: Elaboración propia basada en las estadísticas de la División de Fusiones de la FNE.

cinco investigaciones, que varían entre un máximo de cincuenta y cuatro a cincuenta y seis y un mínimo entre dieciocho y veinticuatro, según sean resoluciones de término o de inicio, respectivamente.

Esta variabilidad impone un desafío para determinar la proyección de demanda y estimar la tasa de notificación (que se trata en la sección siguiente) tal como ocurre en otras jurisdicciones.

Siguiendo con el cálculo de la tarifa es posible determinarla utilizando el costo medio de cada investigación. Para ello se dividió el presupuesto anual de la División de Fusiones (BFi) por la demanda anual de revisiones (Qi). Los resultados se resumen en la **tabla 8**.

El costo medio de una investigación de la División de Fusiones, $CmeFi$, resultante de aplicar los criterios antes descritos, varía entre 1.132 y 3.962 UF.

A pesar de la alta variabilidad de los costos medios —un poco más de 3,5 veces entre el costo medio mínimo y máximo— estos representan entre un 0,05 % y 0,16 % del umbral de ventas conjuntas mínimo que deben superar los agentes económicos para estar obligados a notificar una operación de concentración a la FNE.¹⁹ Luego, incluso el costo medio más alto del periodo en estudio: 3.962 UF, no es un costo muy significativo para los agentes económicos que están obligados a notificar una operación de concentración. Este resultado facilita la definición de la estructura tarifaria y permite implementar una tasa simple para lograr el autofinanciamiento del proceso de revisión de operaciones de concentración que permita alcanzar los beneficios privados y públicos discutidos anteriormente.

En conclusión, en primer lugar el nivel de costos por revisión, calculado en esta sección y utilizado como un *proxy* de un arancel por notificación, indica que la implementación de un sistema de tasas obligatorias que financien el funcionamiento de la División de Fusiones de la FNE no tendría un impacto significativo para las empresas que están obligadas a notificar, toda vez que es posible fijar una tarifa inferior al 0,16 % de las ventas de estas empresas para financiar su labor. En segundo lugar, existe una alta variabilidad en el número de casos que se revisan cada año, lo que se transmite a los costos medios de revisión. Esta característica de la demanda impone la necesidad de establecer mecanismos que permitan minimizar este efecto, toda vez que es recomendable definir un arancel estable en el tiempo y asegurar el financiamiento de los gastos de la División de Fusiones de la FNE.

En la sección siguiente se analizan alternativas para la definición de una tarifa que permita autofinanciar la operación de la División de Fusiones en el largo plazo con un arancel que se mantenga constante por un periodo, que sea definido exógenamen-

19. Conforme con la Resolución Exenta número 157 de la FNE, de 25 de marzo de 2019, corresponde a 2.500.000 UF. Considerando la UF al 1 de septiembre de 2024 y un valor de dólar de 950 pesos, esto equivale a aproximadamente 100 millones de dólares.

Tabla 8. Costo medio de una investigación de la División de Fusiones, según año y tipo de resolución.

Año	Costo División Fusión (en UF)	Investigaciones con resolución de inicio (a 31 de diciembre de 2023)	Investigaciones de término (a 31 de diciembre de 2023)	Costo promedio por caso abierto ese año (en UF)	Costo promedio por caso terminado ese año (en UF)
2017	71.308	24	18	2.971	3.962
2018	63.367	56	54	1.132	1.173
2019	62.259	37	41	1.683	1.519
2020	50.308	28	28	1.797	1.797
2021	51.855	36	36	1.440	1.440
2022	55.206	30	33	1.840	1.673
2023	44.927	33	32	1.361	1.404

Fuente: Elaboración propia basada en las estadísticas de la División de Fusiones de la FNE.

te y que sea sensible a los incentivos que podrían surgir dependiendo de la estructura tarifaria que se adopte.

Consideraciones para fijar una tasa óptima

Antes de determinar una tasa de notificación que cumpla con los principios definidos previamente es importante tener en consideración las experiencias que otras jurisdicciones han enfrentado al utilizar esta herramienta de financiamiento de sus agencias de competencia, en general, o de sus equipos a cargo de la revisión de transacciones entre empresas, en particular. Para esto se siguen los reportes de la ICN (2005) y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE, 2014):

En primer lugar, se debe considerar que la razón principal que ha motivado a diversas jurisdicciones a incorporar una tarifa por la revisión de una operación de concentración es financiar los costos de las revisiones de fusiones, tal como se discutió más arriba (ICN, 2005: 4).

En segundo lugar, la definición de una tarifa no asegura que esta pueda cubrir todos los costos, principalmente porque el número de notificaciones varía significativamente cada año y puede generar superávit o déficit presupuestarios. En ICN (2005: 5) se confirma que las agencias que cobran tarifas por la revisión de las operaciones de concentración no siempre cubren todos sus costos.

En tercer lugar, muchas de las jurisdicciones señalan que revisan sus tasas periódicamente, incluyendo procesos de consultas abiertas sobre sus presupuestos y las tasas que fijarán. Un principio básico es que las tasas no deben ser una carga significativa para quienes notifican una operación y deben considerar mecanismos para resolver tanto los superávits como los déficits presupuestarios.

En cuarto lugar, las tarifas deben permitir acceder al sistema a todos los agentes económicos que deben notificar una operación obligatoriamente. En algunas jurisdicciones con tasas fijas, las empresas de menor tamaño pagan tarifas rebajadas para asegurar su acceso (ICN, 2005: 7)-

En quinto lugar, de acuerdo con las recomendaciones de la OCDE (2014), los procesos de financiamiento del regulador deben ser transparentes, eficientes y lo más sencillos posible. Es decir, deben reflejarse solo los recursos necesarios para desempeñar sus funciones considerando el uso adecuado de aquellos (algo en línea con el principio de autofinanciamiento al cual se ha hecho alusión). Además, las tarifas no deben ser discriminatorias y deben ser fáciles de calcular y administrar (OCDE, 2014: 98).

En sexto lugar, la OCDE (2014: 100) recomienda que la fijación de tasas para recuperar costos se realice siempre con supervisión externa.

En séptimo lugar, desde el sector privado se señalan dos críticas principales a la introducción de tarifas por revisión de fusiones para financiar la operación de las agencias de competencia (ICN, 2005: 11). La primera es la pérdida de objetividad —o su percepción de tal por parte de los agentes privados— dado que la introducción de un sistema de tarifas crearía incentivos para que la agencia realice acciones para maximizar su presupuesto, ampliando plazos de revisión, gastando más recursos de los indispensables o calificando operaciones con un nivel de complejidad mayor al real, cuando sus sistemas de tarifado dependen de estas variables para maximizar los ingresos de la agencia (por ejemplo, tarifas escalonadas). La segunda es que en los períodos de baja demanda de revisión de fusiones los ingresos de la agencia no estarían destinados a cubrir los costos de la actividad de revisión de las operaciones, sino que remunerarían a la agencia, ya que estos son relativamente rígidos comparativamente con el nivel de actividad.

Cabe destacar que, conforme con ICN (2005: 11), el sector privado también reporta como un aspecto positivo que la introducción de una tasa por revisión le entrega a la agencia una mayor independencia de otras partes del gobierno que de otro modo serían responsables de financiar la agencia.

En octavo lugar, siguiendo con la opinión del sector privado, este ha expresado su preocupación por el aumento del costo de las tasas de presentación de fusiones que se aplican a las transacciones multinacionales. Al respecto en ICN (2005: 16) se señala que un estudio de PriceWaterhouseCoopers (2003) sobre 28 fusiones multijurisdiccionales muestra que los costos externos a una operación superan sustancialmente a las tarifas de notificación (ICN 2005: nota 38).²⁰ Al respecto, según reporta la ICN (2005: 17), algunos agentes privados han planteado que las tasas deben eliminarse

20. Los costos externos contemplan costos asociados con los honorarios legales, económicos y otros, y los gastos de traducción.

porque la revisión de las operaciones de concentración sería un bien público. No obstante, las encuestas realizadas por las agencias de competencia de estas jurisdicciones a los agentes privados señalan que las tarifas de presentación son pequeñas en comparación con todos los otros gastos involucrados en una fusión. Luego, las tasas de revisión no son un impedimento para que las operaciones se realicen.

En noveno lugar y siguiendo las recomendaciones de la OCDE (2014: 99) para los reguladores, la recuperación de costos a través de tarifas y cargos se adopta con mayor frecuencia cuando los servicios gubernamentales no benefician directamente a todos los ciudadanos, es decir, son programas que solo benefician a determinados grupos de la comunidad (por ejemplo, para este caso, a los agentes económicos que están participando de la operación). En este escenario, las tasas sobre los regulados proporcionan un mecanismo que incorpora los costos de la regulación como parte de los costos de la prestación del servicio de revisión.

En décimo lugar, cuando las tasas de recuperación de costos contribuyan al financiamiento del regulador, el nivel de sus tasas de recuperación de costos debe ser fijados por un periodo de varios años por el legislador o el ministerio respectivo, de acuerdo con los objetivos de política del gobierno y con las directrices de recuperación de costos recomendadas por la OCDE (2014: 100).²¹

En un undécimo lugar, el sistema que se implemente debe ser lo más transparente posible para ofrecer garantías de imparcialidad en su funcionamiento y entregar confianza sobre las decisiones tomadas. La autoridad debe proporcionar la mayor cantidad de información posible para mostrar responsabilidad de las actividades y gastos en que incurre, haciendo más evidente la ausencia de cualquier intento de influir en sus decisiones por intereses políticos o de la industria (OCDE, 2014: 100).

En suma, se deben tener a la vista múltiples consideraciones al momento de establecer una tasa de revisión que permita financiar la División de Fusiones de la FNE. Entre ellas encontramos: que se alcancen los objetivos del control de fusiones de manera eficiente y eficaz; que exista supervisión externa en materia presupuestaria y la mayor transparencia posible; que se eviten las cargas regulatorias innecesarias a los notificantes (por ejemplo, un proceso de rendición de horas trabajadas); el proceso para determinar las tarifas y su aplicación debe ser simple, comprensible, accesible y transparente para todas las partes interesadas y, los presupuestos deben considerar plazos que permitan desacoplarlos de los ciclos políticos, introduciendo revisiones tarifarias periódicas y un mecanismo para reasignar fondos frente a los déficits o superávits presupuestarios.

21. Estos criterios reflejan los acuerdos de recuperación de costos establecidos por el HM Treasury en el Reino Unido y deben ser adoptados cuando se establecen tarifas por servicios gubernamentales. Véase en <https://tipg.link/R-TO>.

Recomendaciones para Chile

Tomando en consideración: las experiencias de otras jurisdicciones contenidas, de modo general, en el estudio ICN (2005); las recomendaciones de la OCDE (2014) sobre buenas prácticas de las agencias regulatorias y los antecedentes expuestos en este artículo, se presentan las recomendaciones para implementar un régimen de tasa por notificación de operaciones de concentración para Chile.

1. Presupuesto proyectado: se sugiere que la definición del presupuesto para la División de Fusiones provenga de un procedimiento abierto y participativo, en donde la FNE exponga sus necesidades y proyecte el presupuesto requerido para los próximos cuatro años, en conjunto con los mecanismos de ajuste y revisión tarifaria, y la tasa de notificación que regirá.

Como dijimos, la División de Fusiones vio disminuido su presupuesto real en los últimos cinco años, lo que debilitó su capacidad de revisión y análisis (ello, a pesar de que existe un apoyo transversal a la labor de la FNE y es usual que todo el espectro político señale que el rol de dicha agencia es esencial para el funcionamiento de la economía).

Si bien no hay datos concretos sobre pérdida de calidad en los análisis que desarrolla esta división, es razonable pensar que existen efectos. Luego, es recomendable como mínimo definir un presupuesto creciente que se ubique entre los valores existentes en los años 2017 y 2023, es decir, entre 44.927 y 71.308 UF. Este rango presupuestario considera una dotación que varía entre 16 a 23 profesionales, lo que permitiría restituir los recursos y capacidad de respuesta de la FNE.

2. Estructura de la tarifa: la definición de una estructura tarifaria debe permitir recuperar los gastos de revisión anual de operaciones de concentración. Además, debe ser simple de calcular y de administrar, tal como lo han comentado la ICN y la OCDE.

Por consiguiente, no sería recomendable aplicar tarifas diferenciadas según la complejidad de la operación, o según cuántas fases se pasen, o según el número de horas destinadas a la revisión. Estos sistemas no son fáciles de administrar porque requieren de información que no está disponible públicamente o para determinar las tasas pueden surgir discrepancias en cuanto a los criterios aplicados. También pueden generarse incentivos para aumentar el plazo de recursos involucrados en la revisión con el objetivo de maximizar la recaudación de la agencia.

Entonces, restan por analizar dos estructuras tarifarias para aplicar: i) tasa plana o única por revisión (*flat fee*); y ii) tarifas no lineales, es decir, compuestas por un cargo fijo único y otro variable que dependa del nivel de ventas de los notificantes.

En el primer esquema tarifario sugerido, que considera una tarifa única por revisión, si se proyecta una demanda equivalente al nivel de actividad promedio en el periodo 2017 a 2023, de treinta y cinco casos por año, se sugiere establecer una tarifa que, a lo menos, sea equivalente al costo promedio de una revisión en ese perio-

do, esto es aproximadamente entre 2.000 y 3.000 UF. Con esta tarifa y la demanda promedio proyectada, el presupuesto anual para revisión de fusiones estaría entre 70.000 y 105.000 UF, es decir dentro del rango indicado previamente.²² Nótese que esta proyección es como mínimo un 26 % más alta que el presupuesto estimado para la División de Fusiones en el año 2022, a partir de los datos de la **tabla 8**.

El nivel tarifario más bajo propuesto para la tarifa única, que sería en ese caso de 2.000 UF, equivaldría al 0,08 % del monto mínimo de ventas conjuntas de los agentes económicos que deben notificar una operación de concentración obligatoria. Luego, es posible afirmar que el monto de la tasa de notificación propuesta no afectará los planes de los agentes económicos que desean perfeccionar una operación de concentración, lo que asegura el acceso al servicio de revisión de la FNE.

Por otro lado, en el caso de una tarifa no lineal, para el caso chileno sería recomendable que la parte variable de este arancel sea un componente marginal, con el objetivo de asegurar una baja volatilidad de los ingresos proyectados. Esta consideración se funda en que los costos por la revisión de las notificaciones que se busca financiar son muy estables en el tiempo y, por lo tanto, una alta variabilidad en los ingresos podría generar un déficit o superávit no deseado, haciendo más complejo conseguir un mecanismo de financiamiento sustentable.

La ventaja de una tarifa no lineal es que permitiría generar subsidios cruzados desde las operaciones de notificantes con un mayor nivel de ventas a aquellos más pequeños. Sin embargo, el arancel propuesto en este artículo es un porcentaje muy bajo en relación con las ventas de los agentes económicos obligados a notificar, incluso para el caso de operaciones que se ubican en la parte baja de los umbrales de notificación vigentes y, por lo tanto, no resulta clara la necesidad de estos subsidios cruzados en el caso chileno (o dichos subsidios, de existir, serían mínimos).

Por lo tanto, no existiendo la principal razón para implementar una tarifa no lineal, parece recomendable utilizar una tarifa plana y poner el foco en el diseño de un mecanismo presupuestario que permita disminuir el riesgo de las variaciones de la demanda y de los ingresos, minimizando los déficit y superávit presupuestarios.

3. Presupuesto interanual y revisión presupuestaria: disminuir la variabilidad de los ingresos necesarios para financiar los gastos de las agencias de competencia en la revisión de fusiones es un problema común con diversas formas para resolverse. Dependerá de cada jurisdicción las medidas que se aplican en tal sentido. Para el caso chileno, aquí se propone un sistema de financiamiento que contemple dos mecanismos de estabilización, además de la tasa plana antes explicada.

El sistema contempla, en primer lugar, un mecanismo de evaluación de los resultados (ingresos por pago de notificaciones menos gastos de revisión) según el

22. Si la demanda revisiones baja a 25 casos por año, el presupuesto para la División de Fusiones estaría entre UF 50.000 y 75.000.

presupuesto interanual proyectado, en donde los déficit y superávit se midan en un horizonte de mediano plazo. Luego, para hacer la evaluación de las desviaciones de los resultados reales respecto de lo proyectado, se deben considerar las desviaciones del periodo completo. Por ejemplo, si se determina que el presupuesto interanual tendrá un periodo de cuatro años, que permitirá desligarlo de los ciclos políticos contingentes, entonces se deben tomar los resultados de esos cuatro años y compararlos con sus respectivos presupuestos. En caso de desajustes, se puede recurrir al segundo componente del sistema, el fondo de estabilización, que se explica a continuación.

En segundo lugar, para financiar los desajustes anuales se puede utilizar un fondo que establezca los desajustes presupuestarios; es decir, el fondo cubriría los déficits y acumularía los superávits de cada año. El primer aporte al fondo puede realizarlo el Estado, manteniendo el financiamiento del presupuesto de la División de Fusiones y, contemporáneamente, permitiendo que la agencia cobre un arancel mientras se completa la fase de introducción del sistema. La duración de esta fase estará determinada por el tamaño del fondo que se estime suficiente, las tarifas que se fijen y la cantidad de notificaciones por año que se produzcan al momento de iniciar el sistema.

Luego, es necesario volver al presupuesto y definir la longitud del periodo interanual de evaluación. Para definir el plazo presupuestario interanual que se debe utilizar para evaluar los desajustes de financiamiento anual, una vez definido el arancel es necesario analizar la demanda por revisiones para proyectar los ingresos. Con los datos publicados por la FNE, en el periodo 2017 a 2023, la cantidad de revisiones por año se muestran en la **tabla 9**, expresadas como una media móvil, de periodos que van desde dos hasta seis años, y según se trate de investigaciones iniciadas o terminadas en cada año.²³ El promedio del periodo completo es de treinta y cinco casos, tanto para investigaciones iniciadas como terminadas. En la **tabla 9**, se puede observar que considerando un periodo de dos años para calcular los promedios de la serie de media móvil (columnas 3 y 4) las medias oscilan entre treinta y dos y cuarenta y ocho casos. Por ejemplo, si se considera un plazo de dos años para definir la revisión interanual, en el año 2021 existiría un déficit equivalente al ingreso de dos casos respecto del promedio presupuestado de treinta y cinco casos anuales. Por el contrario, si se observa el año 2019 se habría producido un superávit de trece casos (cuarenta y ocho casos 2019 versus treinta y cinco casos promedio). Además, en un cuadro más gene-

23. La media móvil es un estadígrafo que se construye para analizar un conjunto de datos —en modo de puntos— dando origen a una serie de promedios. Por ejemplo, en una serie con 6 datos y una media de largo 2, $MA(2)$, el primer punto de la serie correspondería a la media de los datos ubicados en lugar 1 y 2. El segundo punto de la serie corresponde al promedio de los datos ubicados en la posición 2 y 3; y así en adelante. El último número tomaría el promedio de los datos ubicados en la posición 5 y 6. La serie de medias móviles simples de los i datos anteriores permite observar cómo disminuye la varianza en la proyección de la demanda cuando se utiliza un periodo más largo para evaluar la demanda futura e, indirectamente, los desequilibrios presupuestarios.

Tabla 9. Número de casos consultados por año según distintas medias móviles.

Año período móvil (incluye t-(i))	Media Móvil MA (2)		Media Móvil MA (3)		Media Móvil MA (4)		Media Móvil MA (5)		Media Móvil MA (6)	
	Inicio	Término								
2018	40	36								
2019	47	48	39	38						
2020	33	35	40	41	36	35				
2021	32	32	34	35	39	40	36	35		
2022	33	35	31	32	33	35	37	38	35	35

Fuente: Elaboración propia sobre la base de estadísticas de la División de Fusiones de la FNE.

ral, para el mismo periodo de dos años se pueden observar tres o un año con déficit y dos con superávit, dependiendo de si se utilizan los casos iniciados o finalizados, respectivamente. Luego, se puede observar que existe una desviación de la demanda respecto del promedio que no se disipa al considerar un promedio móvil de dos años.

Si utilizamos los datos resultantes de calcular una media móvil para un periodo de cinco años (columnas 8 y 9 de la **tabla 9**), se puede observar que las desviaciones respecto del promedio disminuyen y no superan los dos o tres casos. Calcular un periodo más largo permite disminuir las diferencias respecto del presupuesto de largo plazo proyectado. Por ello, se sugiere definir un periodo —de cuatro o cinco años— para hacer la evaluación de los ajustes de tasas respectivos y constituir un fondo que permita financiar los déficits. Con esto se evitaría recurrir al gobierno y socavar la independencia de la autoridad de competencia que se busca con la implementación de esta política.

Una vez que el sistema esté funcionando es necesario evaluar la necesidad de ajustar las tasas, de acuerdo a la proyección de los gastos e ingresos futuros y de cuántos recursos se han acumulado en el fondo de estabilización.

4. Control y revisión del presupuesto por el Ministerio de Hacienda: una propuesta como la de este artículo —u otras que surjan— debe cumplir con la factibilidad jurídica desde el punto de vista de las leyes y reglamentos que rigen las finanzas del Estado.

La OCDE (2014: 120) recomienda que se genere una instancia de control y determinación tanto del presupuesto como del arancel, sea por parte del Ministerio de Hacienda o de otro organismo diferente de la FNE. Además, respecto de los fondos recaudados y de los gastos se debe considerar la máxima transparencia sobre su ejecución y todos los fundamentos sobre su necesidad.

5. Proceso de definición del arancel con participación de los interesados y máxima transparencia: asimismo, una vez chequeada la factibilidad técnica y financiera

explicada en el punto anterior, todas las propuestas deben ser sometidas a consultas públicas en donde participen las partes interesadas.

El proceso de participación debe ofrecer la mayor cantidad de información posible a las partes acerca de las necesidades de gastos para determinar el presupuesto; sus mecanismos de ajuste y todo otro aspecto que se considere relevante, para que estas puedan emitir su opinión de manera informada al momento en que se fije la tasa, entregándole legitimidad al proceso.

En suma, se sugiere adoptar una tasa plana que autofinancie los costos de la División de Fusiones de la FNE y permita eliminar sospechas que socaven su objetividad o su percepción por parte de los agentes económicos. El control de costos y aumento de presupuesto de la agencia debe ser resguardado por un ente externo para evitar preocupaciones de aumento de gastos injustificados y debe ser sometido a consulta pública de las partes interesadas. Asimismo, se recomienda generar un presupuesto de mediano plazo, de cuatro o cinco años, para minimizar la volatilidad de la demanda de revisiones, estableciendo un fondo de compensación presupuestaria para posibles desajustes futuros.

La tasa propuesta de entre 2.000 y 3.000 UF por revisión equivale, en el caso de su cota inferior, a un 0,08% de las ventas conjuntas de los agentes económicos involucrados en una fusión y que es considerado actualmente el umbral mínimo para la notificación obligatoria. Por lo tanto, se estima que esta tarifa no tendrá impactos relevantes en las decisiones de los agentes económicos que deseen perfeccionar una operación de concentración y deban notificarla previamente a la FNE.

Conclusiones

La FNE es uno de los órganos de la administración del Estado reconocido por su prestigio técnico y por el impacto público de sus actuaciones. En materia de control de operaciones de concentración tiene a su cargo evitar que se materialicen transacciones que, en los términos de los artículos 54 y 57 del DL 211, tengan la aptitud para reducir sustancialmente la competencia, sea por la vía de ejecutarse pura y simplemente o con medidas de mitigación imperfectas. De este modo, financiar adecuadamente a la División de Fusiones para que efectúe un análisis profundo y detallado de cada operación es una ganancia para el sistema en su conjunto y una buena decisión de política de competencia. Y frente a estrechez presupuestaria y ante la posibilidad de asignar los costos de una actividad en quien los produce y obtiene al mismo tiempo los beneficios de dicha revisión administrativa, la introducción de una tasa fiscal entre 2.000 y 3.000 UF por concepto de notificación de operaciones de concentración —por ejemplo como un nuevo artículo 49 bis del DL 211 y bajo un diseño institucional que asegure su transparencia y buen uso— parece un camino correcto desde una perspectiva de políticas públicas.

Referencias

- BUSHELL, Gavin (2020). «Merger Control: To fee, or not to fee, that is the question (and some practical tips)». *Kluwer Competition Law Blog*. Disponible en <https://tipg.link/R-SH>.
- ICN, International Competition Network (2005). *Merger notification filing fees*. Disponible en <https://tipg.link/R-Rq>.
- OCDE, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2014). *The governance of regulators: OECD best practice principles for regulatory policy*. París: OECD Publishing. Disponible en <https://tipg.link/R-Ri>.

Sobre los autores

RONALDO BRUNA VILLENA es economista, socio de Global Economistas Asociados. Master of Arts in Economics de ILADES-Georgetown University. Profesor asistente de la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad Andrés Bello y profesor invitado en el Máster en Regulación de la Universidad Adolfo Ibáñez. Además, fue superintendente de Servicios Sanitarios y, anteriormente, jefe de la División de Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica. Su correo electrónico es ronaldo.bruna@unab.cl.  <https://orcid.org/0009-0001-0680-7193>.

BENJAMÍN MORDOJ HUTTER es licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Socio del Grupo de Libre Competencia y Regulación Económica del Estudio jurídico FerradaNehme. Su correo electrónico es bmordoj@gmail.com.  <https://orcid.org/0009-0004-7364-2706>.

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).