



46/  
ORD. N° 206

ANT. Solicitud de las  
Empresas FENSA y MADEMSA.

MAT. Fusión de las Empresas  
mencionadas.

SANTIAGO, 16 de Septiembre de 1974

DE : COMISION PREVENTIVA CENTRAL

A : SEÑOR GERENTE DE FENSA (MADEMSA)

- 1.- La Honorable Comisión Preventiva Central ha conocido la consulta formulada conjuntamente por la Fábrica de Enlozados S.A.-FENSA- y Manufacturera de Metales S.A.-MADEMSA- que expresan el proyecto de fusión de ambas Compañías y, luego de diversas consideraciones, terminan solicitando que esta Comisión resuelva "que la proyectada fusión entre las empresas recurrentes no constituye ni un monopolio, ni una práctica monopólica que pueda encontrarse sancionada en el Decreto Ley N° 211, publicado en el Diario Oficial de 22 de Diciembre de 1973".

Los recurrentes fundamentan su petición, señalando que la coordinación de ambas empresas tiene por objeto fundamental "mejorar las condiciones de eficiencia en que trabajan para reducir costos y mejorar la calidad en términos de poder competir dentro del mercado nacional aún en el caso en que tengan acceso a dicho mercado productos extranjeros y con la expectativa a corto y mediano plazo de exportar sus productos".

La nueva empresa estaría en condiciones de aprovechar las ventajas de economía de escala, introducir sustanciales adelantos tecnológicos y aumentar en forma importante la producción actual, con una inversión aproximada de US\$ 26.000.000.-

- 2.- La fusión de FENSA y MADEMSA implicaría que la nueva empresa controlaría los siguientes porcentajes de la producción interna de los artículos que se indican.

Refrigeradores domésticos	82,1%
Lavadoras	54,0%
Califont	64,7%
Estufas	32,1%
Cocinas domésticas	38,3%

La nueva empresa también sería importante productora de artículos tales como anafes, artefactos sanitarios, calefactores y cilindros de gas licuado, entre otros.

En síntesis, y como lo han expresado los propios recurrentes, debe recordarse que ambas empresas, consideradas aisladamente, son las de mayor tamaño en el país destinadas a la fabricación de la llamada línea blanca, por lo que su fusión aumentaría en forma muy considerable el grado de concentración de la producción interna de tales artículos.

Además, los recurrentes fundamentan la fusión de FENSA y MADENSA en la cláusula décima de la escritura pública que cada una de ellas suscribió con la Corporación de Fomento de la Producción con ocasión de la devolución de dichas empresas a sus legítimos dueños.

La cláusula décima mencionada estipula textualmente:

"La Sociedad se obliga a presentar, dentro del plazo de seis meses, un programa de racionalización y/o especialización que podrá comprender las siguientes empresas u otras que estime conveniente: Compañía de Industrias Chilenas S.A., C.I.C., Fábrica de Enlozados S.A., FENSA, Sociedad de Industrias Eléctricas Nacionales S.A., SINDELEN, Manufacturera de Metales S.A., MADENSA y Complementos de Refrigeración S.A. CORESA.

Dicho programa deberá contar con la aprobación de la Sociedad y de la Corporación de Fomento y tendrá por objeto lograr, dentro de un sistema de la más amplia competencia, las siguientes finalidades: Uno.- Reestructurar las producciones de la Sociedad y de las otras empresas nombradas para lograr la máxima eficiencia en Chile que permita competir en los países de América Latina, especialmente del Área Andina y la República Argentina. Dos.- Crear nuevos productos. Tres.- Utilizar nuevos materiales. Cuatro.- Exportar tecnología a otros países latinoamericanos tendientes a competir en los mercados mundiales, incluyendo asociaciones en el capital, en la tecnología y adiestramiento de personal. Seis.- Evitar actividades monopólicas lesivas para el interés nacional; y Siete.- Ampliar el número de accionistas de las Sociedades Anónimas, evitando particularmente la existencia de grupos importantes de accionistas comunes, en forma compatible con el desarrollo de un mercado de capitales. La Sociedad, desde luego, presentará lista de sus accionistas y, en los casos en que las acciones pertenezcan a persona jurídica, la lista de accionistas de estas personas jurídicas, en forma de poder constituir en definitiva la lista de personas naturales que sean los tenedores finales de títulos de propiedad sobre estas empresas".

La Comisión Preventiva Central después de analizar detenidamente los antecedentes acompañados por los interesados; de conocer la opinión de sus ejecutivos y de representantes de otras empresas de sector y del estudio de las investigaciones practicadas por la Fiscalía, ha acordado que:

- 1° Que, en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 11 N° 3 del Decreto Ley 211, de 1973, relacionado con el artículo 8, letra b) del mismo cuerpo legal, tiene las facultades necesarias para conocer y pronunciar sobre la presentación conjunta de las Empresas Fábrica de Enlozados S.A. y Manufacturera de Metales S.A., sobre la fusión de ambas.

- 2° Que, en consecuencia y actuando dentro del ámbito de sus atribuciones y facultades, autoriza la celebración del acto jurídico, contrato de fusión, que las empresas mencionadas en el número precedente se proponen ejecutar.
- 3° Que, aún cuando las empresas que proyectan fusionarse tengan en la actualidad un porcentaje mayoritario de la producción nacional de los bienes que fabrican, ello no significa que la fusión en sí misma pueda alterar la libre competencia.
- 4° Que la competencia no sólo debe procurarse con los productores nacionales sino que también con los extranjeros especialmente los de la Sub-Región Andina y del Mercado Común Latinoamericano.
- 5° Que, no obstante lo anterior, en especial lo contemplado en el N° 2 precedente, la Comisión Preventiva Central ha otorgado la autorización en el bien entendido que el abastecimiento de motocompresores para las otras industrias que fabrican refrigeradores se efectúa sin discriminación alguna, ya que las empresas que proyectan fusionarse controlarán más del 60% de las acciones de Complementos de Refrigeración S.A. CORESA, única productora en Chile de tan vital elemento en la fabricación del mencionado producto de la línea blanca.
- 6° Que, la Comisión Preventiva Central entienda desde luego que existe discriminación en la entrega de motocompresores, cuando a un productor cualesquiera no se le satisfagan sus reales necesidades, las que deben corresponder a un programa de entrega mensual, que será comunicado previamente a CORESA.
- 7° Que, desde ya, la Comisión Preventiva Central informará y solicitará a la Comisión Arancelaria, creada por Decreto Supremo N° 744, de fecha 8 de Mayo ppdo., publicado en el Diario Oficial del 5 de Junio último, del Ministerio de Hacienda, que estudie, y proponga al Poder Ejecutivo y al Banco Central de Chile, una política que permita importar, libremente o con una tasa inferior a la actual, motocompresores, con el objeto que ningún productor de refrigeradores quede sin un abastecimiento adecuado.
- 8° Que, sin perjuicio del estudio que se solicita en el número anterior, la Comisión pedirá también a la Comisión Arancelaria, un estudio respecto de los niveles de aproximación a los refrigeradores que se importan.
- 9° Que la Comisión Preventiva Central ha acordado autorizar, como ya se expresara, la proyectada fusión de la Sociedad Fábrica de Enlozados S.A. FENSA y Manufacturera de Metales S.A. MADENSA, por los fundamentos de orden económico en que ella se basa, es decir, porque permitirá aumentar la producción; mejorar la tecnología, afrontar la competencia externa, rebajar los costos para atender las necesidades de los sectores de más bajos ingresos, procurando proporcionar a cada consumidor el acceso real a los productos de la llamada línea blanca y eventualmente exportar los diversos bienes que produzcan las empresas fusionadas.

El presente acuerdo se adoptó con el voto favorable de los señores Santiago Larraguibel Zavala, Oscar Aitken Lavanchy y Gabriel Salvador Abold y con los votos en contra de don Jorge Streater Prieto y don Eduardo Dagnino Mac Donald, quienes suscriben el voto que a continuación se consigna.

1.- La Comisión ha conocido la presentación de las sociedades recurrentes en virtud de la facultad que le confiere el artículo 8, letra b) del Decreto Ley 211 de 1973, según el cual es atribución y función de la Comisión:

" b) Pronunciarse respecto de las consultas que se formulen sobre actos o contratos que se propongan ejecutar o celebrar en cuanto puedan alterar la libre competencia".

Es preciso, en consecuencia, analizar si el contrato de fusión que desean celebrar las Sociedades FENSA y MADENSA es de tal naturaleza que atendidas las circunstancias de hecho que concurren en este caso, él pueda alterar la libre competencia. En otras palabras, debe estudiarse si el negocio jurídico en cuestión conlleva la potencialidad de eliminar, restringir o entorpecer la libre competencia.

2.- Conviene recordar que FENSA y MADENSA, consideradas aisladamente, son las empresas de mayor tamaño en el país destinadas a la fabricación de artículos de la llamada línea blanca, por lo que su fusión aumentaría en forma muy considerable el grado de concentración de la producción interna de tales artículos, como lo reconoce la parte expositiva del presente dictamen. Es necesario agregar que, hasta la fecha, ambas sociedades han debido ser empresas competidoras respecto de una serie de productos, tales como refrigeradores, cocinas domésticas, estufas, anafes y artefactos sanitarios.

3.- Ahora bien, el efecto principal del contrato de fusión consiste en unificar, tanto jurídica como económicamente, bajo una sola dirección las actividades de dos o más entidades que hasta entonces eran independientes, autónomas y que -en la especie- estaban obligadas a competir entre sí, so pena de incurrir en las sanciones previstas por la ley. El contrato de fusión es una convención que exige la manifestación concordante de la voluntad de ambas partes, hecha con la intención, con la finalidad, de producir ese efecto jurídico que la ley reconoce a la fusión, y que es precisamente la pérdida de autonomía de ambas empresas para integrarse en una sola persona jurídica cuyas actividades responden a una dirección única.

4.- No es posible, entonces, confundir, el fin de la manifestación de la voluntad de las partes, que será siempre producir los efectos jurídicos propios del acto, con los motivos o razones en cuya virtud ese fin les parece deseable o conveniente a sus intereses. La existencia de motivos plausibles y aún justificados, como aparecen ser los expuestos por los consultantes, no puede alterar la conclusión de que/la celebración de la fusión proyectada producirá naturalmente una restricción de la competencia en la producción y comercio internos, dentro del sector en que ambas sociedades ejercen su giro, ya que esa fusión hará imposible que subsista la actual competencia entre empresas que son, consideradas aisladamente, las mayores del sector. Para ilustrar este aserto conviene señalar que si las empresas recurrentes hubieren solicitado un pronunciamiento sobre un convenio de determinación del precio de sus productos, no habría cabido duda alguna que se estaría ante la conducta descrita por el artículo 2º, letra d), del Decreto Ley 211 de 1973. Sin embargo, aún en ese caso típico de restricción de la competencia, las empresas ha-

brian conservado su autonomía y, con ella, la posibilidad de competir en aspectos tales como la calidad del producto, las condiciones de pago, las garantías y la atención que se ofrece al consumidor, etc., todo lo cual se hace imposible desde el momento en que la convención entre ellas versará, no ya sobre un solo aspecto de sus actividades, sino sobre todos, puesto que perderán su autonomía como consecuencia necesaria y deseada de la fusión que proyectan, desapareciendo así la actual competencia entre ellas.

- 5.- Los antecedentes precisados no permiten sino concluir que la empresa fusionada ocuparía en el mercado una posición dominante, que le abriría posibilidades de influir de modo determinante en ese mismo mercado. En efecto, lejos de darse una situación de libre competencia en la que ningún oferente goza de tal situación privilegiada ya que los demandantes tienen amplia oportunidad de ocurrir a otros proveedores, en la situación que se analiza una sola empresa sería lo suficientemente poderosa para determinar en importante medida los precios, cantidades, calidad y condiciones de venta de productos esenciales. Esta conclusión se refuerza aún más si se recuerda que las empresas en cuestión son, aisladamente, las mayores del sector y que deberían actualmente competir activamente por las preferencias del consumidor.
- 6.- Adicionalmente, se ha considerado que la entrada de nuevas firmas al sistema productivo interno en el sector de que se trata es compleja y, tal vez, improbable, tanto por la inversión requerida como por las limitaciones del mercado y por otros factores que se ilustran suficientemente con las largas etapas de estudio, financiamiento e inversión expuestas por las propias sociedades recurrentes.
- 7.- En consecuencia, estimamos que la fusión de las dos principales empresas productoras de la línea blanca, puede alterar la libre competencia en la producción y comercio interno de dichos productos, por lo cual no ha debido prosperar la solicitud de los recurrentes en orden a que se resolviese lo contrario.

Es por ello que esta Comisión carece de facultades legales para autorizar un acto o contrato que, objetivamente considerado, altera la libre competencia en la forma precedentemente expuesta.

Conviene recordar que, en un caso sustancialmente idéntico al presente, la Comisión Antimonopolios creada por la Ley 13.305 resolvió precisamente que "la fusión de las dos principales empresas carboníferas del país, que en conjunto representan alrededor del 80% de la capacidad productora del carbón, podría afectar la libre competencia y ser contrario a lo dispuesto en el artículo 173 de la ley 13.305" por lo cual negó lugar a una petición idéntica a la de los recurrentes de autos, sin perjuicio de informar favorablemente al Poder Ejecutivo, para la dictación del correspondiente Decreto Supremo, que en definitiva autorizará la fusión solicitada.

- 8.- Sin embargo, el inciso final del artículo 4° del mismo texto legal permite al Poder Ejecutivo autorizar, siempre que el interés nacional lo exija y previo informe favorable de la Comisión Resolutiva, la celebración de actos o contratos que puedan alterar la libre competencia, cuando ellos sean necesarios, en otros, para la estabilidad o desarrollo de las inversiones nacionales.

La calificación del interés nacional comprometido del mérito de los motivos invocados por los interesados y de la conveniencia de auto-

rizar el acto o contrato propuesto corresponde, lógicamente, a las autoridades señaladas que, en esta materia, tutelan el bien común económico.

En efecto, sólo la autoridad encargada de dirigir la política económica, en conformidad a las disposiciones vigentes, está en situación de apreciar el real impacto que una alteración o restricción de la competencia producen en el ordenamiento económico del mercado, y de disponer -en su caso- las medidas económicas de excepción que resulten necesarias para que esa restricción no afecte el bien común económico.

9.- En la especie la fusión de las empresas aludidas parece el único camino para que puedan subsistir y además aumentar la producción, mejorar la tecnología, afrontar la competencia externa, rebajar los costos para atender las necesidades de los sectores de más bajos ingresos y, eventualmente, exportar los productos fabricados por las empresas fusionadas, sin embargo de lo cual puede alterar la libre competencia, por lo cual la única decisión válida sobre la fusión es la que puede adoptarse de acuerdo a lo que dispone el artículo 4°, inciso final del Decreto Ley 211.

10.- En relación con esta misma materia, debe tenerse presente que la autorización que pudiere otorgarse por Decreto Supremo para celebrar un acto o contrato que pueda alterar la libre competencia, en nada afecta el ejercicio de aquellas facultades de la administración destinadas a impedir los efectos perniciosos de las situaciones que alteran el régimen de competencia y/o a corregirlos; como tampoco puede inhibir a las Comisiones y Fiscalía de la Libre Competencia para velar por el cabal respeto de las normas del Decreto Ley 211 y sancionar las infracciones y abusos de poder económico que pudieren cometerse.

Saluda atentamente a Ud.,

SANTIAGO LARRAGUIBEL ZAVALA  
Presidente

Santiago, veinticuatro de Setiembre de mil novecientos setenta y cuatro.

Con esta fecha notifiqué personalmente a don Sergio Molina Benítez en su calidad de abogado de las Empresas FENSA y MADENSA y le entregué el original de este dictamen.

J. Canas

Secretaria