

I. Antecedentes

Con fecha 4 de octubre de 2016 se inició un proceso de consulta pública respecto del documento denominado “Borrador Formulario 4BIS FNE” (en adelante, el “**Formulario**”) que contiene la información que será solicitada por la Fiscalía Nacional Económica (“**FNE**” o la “**Fiscalía**”) para dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 4° bis del D.L. N° 211, que fija normas para la defensa de la libre competencia (el “**DL 211**”). El proceso buscaba recoger los comentarios que los obligados a informar adquisiciones de participación en competidores y sus asesores pudieran tener al respecto. La FNE se comprometió a considerar esos comentarios, a incorporar las modificaciones y mejoras que estime adecuadas, y a explicar por qué no acogió las restantes, manteniendo la confidencialidad respecto de su autor.

Durante el periodo de consulta pública, se recibieron 8 documentos con comentarios, observaciones y sugerencias, tanto respecto del contenido y alcance de la obligación de informar establecida en el artículo 4bis del DL 211, como respecto del Formulario y sus correspondientes notas explicativas y sus documentos adjuntos.

Estos comentarios, observaciones y sugerencias han sido sistematizados temáticamente, indicando para cada uno de ellos cómo han sido considerados en la estructura y contenido del Formulario definitivo, o las razones por las que han sido desestimados.

II. Comentarios Generales

El objetivo del Formulario es facilitar el cumplimiento de la obligación de informar establecida en el artículo 4bis del DL 211, y generar la información necesaria que permita a la FNE discernir aquellas adquisiciones que puedan generar riesgos a la competencia de aquellas que no, para así enfocar de mejor manera sus esfuerzos de investigación y persecución de actos o conductas anticompetitivas.

Cabe mencionar que un criterio relevante a considerar en este tipo de análisis es reconocer que existe un balance entre la información mínima y esencial requerida para estimar cumplida esta obligación de informar, y la información necesaria para establecer que un vínculo estructural -de propiedad- entre dos competidores no amerita un análisis sustantivo de sus efectos en la competencia.

Es efectivo, como se señaló en varios comentarios, que mediante el Formulario se solicita información que, si bien se relaciona directamente con una adquisición, puede exceder aquella mínima y esencial para dar cuenta de su existencia y contenido. Aportar esa información se ha establecido como voluntario para el informante, y consecuentemente su omisión no configura una causal de incumplimiento de la obligación de informar.

No obstante lo anterior, existe una justificación de eficiencia que hace muy recomendable presentar esa información adicional en forma voluntaria. Si los datos proporcionados mediante el Formulario son insuficientes para generar certeza de que la participación en un competidor no presenta un riesgo relevante para la competencia, esta Fiscalía deberá iniciar una investigación para determinarlo, siguiendo el procedimiento establecido para ello en el respectivo Instructivo Interno.

implicaría esfuerzos adicionales tanto para la FNE como para las entidades involucradas, las que deberán destinar tiempo y recursos en requerimientos de información más específica, dentro de una investigación que, en el óptimo, nunca debió haberse iniciado, ya sea por las características del mercado o bien por los efectos de la respectiva adquisición.

Es importante destacar que no toda participación en la propiedad de un competidor es *a priori* ilícita ni conlleva necesariamente riesgos relevantes para la competencia. Sin embargo, para distinguir un caso de otro y para priorizar el esfuerzo investigativo de la FNE, es esencial la cooperación de los mismos sujetos obligados a informar. Así, se evitarán investigaciones innecesarias y las empresas pueden, proactivamente, disminuir su exposición si aportan información sustantiva y relevante para ello.

Otro criterio general para la aplicación de la obligación del artículo 4bis del DL 211 es su interacción con dos nuevas materias incorporadas al mismo por la Ley N° 20.945: la notificación obligatoria previa de operaciones de concentración (Título IV. del DL 211) y el *interlocking* (artículo 3° letra d del DL 211).

Al respecto, es imprescindible enfatizar que la información de participación en la propiedad de un competidor, mediante el Formulario, no es equivalente y no reemplaza ni modifica de ninguna manera la obligación de notificar una operación de concentración.

Debe aclararse también que, cuando entren en vigencia las disposiciones del Título IV. del DL 211, una operación de concentración sujeta a sus disposiciones no requiere ser informada posteriormente mediante el Formulario, en atención a la pérdida de calidad de competidoras una vez perfeccionada la respectiva operación aprobada.

En el periodo que medie entre el 30 de agosto de 2016 y la entrada en vigencia del Título IV. del DL 211, toda adquisición de participación que cumpla con los umbrales establecidos en el artículo 4bis del mismo cuerpo legal, deberá ser informada mediante el Formulario. Si por las características de esa adquisición, ésta podría ser considerada como una operación de concentración, se recomienda indicarlo como un antecedente relevante. Esto permitirá a la Fiscalía evaluar la necesidad de iniciar o no una investigación sobre esa operación.

Respecto del *interlocking*, éste generalmente ocurre cuando existe algún vínculo de propiedad, directa o indirecta, entre dos empresas competidoras que permita la designación de directores o cargos ejecutivos relevantes. Coinciden también los umbrales de monto de ingresos establecidos en los artículos 3 letra d) y 4 bis del DL 211, siendo aplicables ambas normas al mismo conjunto de empresas. En ese sentido, se recomienda informar voluntariamente, mediante el Formulario, la lista de directores y ejecutivos relevantes de las empresas competidoras involucradas en la adquisición, para efectos de descartar incumplimientos por dicha norma. De no presentar esta información, es muy probable que sea necesario iniciar una investigación para verificarlo.

Por último, respecto de la confidencialidad de la información proporcionada a la FNE en el Formulario, debe enfatizarse que este Servicio no publicará ningún dato o antecedente que permita identificar una adquisición específica, salvo autorización expresa del adquirente. Sólo se publicarán estadísticas en forma agregada, como el número de adquisiciones reportadas por mes o por rubro, por ejemplo.

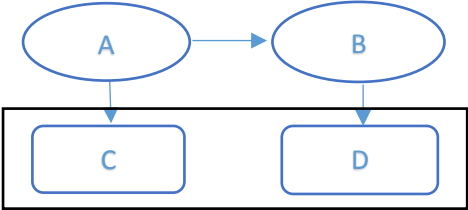
No obstante, debe enfatizarse que cuando un adquirente voluntariamente decide hacer pública la adquisición de participación en un competidor, refleja una disposición a la transparencia en sus negocios, a la cooperación con la autoridad fiscalizadora y una estimación de que lo informado no generará efectos relevantes sobre la competencia, lo que será considerado en la decisión de abrir o no una investigación respecto de una adquisición específica.

III. Observaciones específicas, por tema

A continuación se presenta, para cada tema relevante, una síntesis de las observaciones recibidas y los fundamentos de la FNE para acogerlas, modificando en lo pertinente el Formulario, o bien para desestimarlas, según corresponda.

1) PROCEDIMIENTO PARA INFORMAR UNA ADQUISICIÓN

| Tema | Comentarios, observaciones y sugerencias | Respuesta de la FNE |
|---------------------------------------|---|--|
| 1. Sujetos Obligados | <ul style="list-style-type: none"> - No hay claridad respecto de la persona llamada a notificar a la FNE. Al no resolver la ley sobre quién pesa la obligación, la FNE no entrega criterios que clarifiquen su interpretación al respecto. Tampoco se aclara si el hecho de que una de las partes involucradas en la operación realice la notificación extingue la obligación de los otros involucrados en la operación. - El formulario no precisa quién es el encargado de informar la adquisición, dejando abierta la posibilidad de que la notificación se realice no sólo por el adquirente sin esclarecer si con dicha gestión, se extingue la obligación de informar que pueda corresponder a otras partes implicadas en la operación. | <p>Si bien del texto del artículo 4bis no es posible definir explícitamente sobre quién recae la obligación de informar, se considera que sólo el adquirente está en una posición jurídica y fáctica que le permite conocer todos los elementos mínimos y necesarios para reportar una adquisición, y es quien genera el posible riesgo para la libre competencia.</p> <p>Por el contrario, la empresa cuya participación es adquirida puede no intervenir en el acto o contrato, o bien no conocer de las actividades económicas o ingresos del adquirente y su grupo empresarial.</p> <p>En ese sentido, se ha modificado el Formulario y sus instrucciones, indicando expresamente que corresponde al adquirente completarlo y presentarlo a la FNE, como único obligado, y por consiguiente fueron eliminados los campos referidos al “informante”. También se incorpora un cuadro para identificar a una persona de contacto, que facilite el proceso de reporte.</p> |
| 2. Adquisiciones que deben informarse | <ul style="list-style-type: none"> - El artículo 4 bis se refiere a adquisiciones en empresas cuyas sociedades se hayan constituido en Chile o al menos, que tengan domicilio en Chile. De lo contrario, una mera importación de bienes, efectuada incluso por un tercero (ej. un distribuidor), podría hacer incurrir a sociedades extranjeras en las obligaciones de notificar en Chile. | <p>La Fiscalía entiende que quien decide informar una adquisición hace primero un análisis que debe incluir al menos cuatro elementos:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) ¿El grupo económico del adquirente -o éste individualmente- supera el umbral de ingresos?; b) ¿La empresa cuya participación se adquiere supera el umbral de ingresos?; c) ¿Participan en un mismo mercado como competidores?; y d) ¿La participación total -directa e indirecta, propia y por cuenta de terceros- después de la adquisición, supera el 10% del capital de la competidora? <p>Así, esta Fiscalía entiende que se debe informar toda adquisición de propiedad, directa o indirecta, en una empresa competidora, independientemente de si está constituida o tiene domicilio en Chile o el extranjero, siempre que se cumplan los umbrales de ventas y porcentaje del capital.</p> |

| | | |
|--------------------------|--|--|
| | <ul style="list-style-type: none"> - Debiesen estar asimismo expresamente excluidas aquellas sociedades co-controladas donde cada parte posea un 50% y en consecuencia, cada grupo es co-controlador de la sociedad, aunque ninguno consolide un balance en la matriz. - Párrafo 4: Se sugiere excluir expresamente, además, a las reorganizaciones empresariales. | <p>Por otra parte, no deben informarse por esta vía las adquisiciones de participación sobre empresas en Chile o en el extranjero que no tengan un vínculo de propiedad, directo o indirecto sobre la entidad competidora, como sería el caso de empresas importadoras o distribuidoras en las que no hay integración vertical de propiedad, sino sólo contratos comerciales.</p> <p>Ej. 1: Las empresas C y D son competidoras. La empresa A tiene 80% de la propiedad de C y adquiere más de 10% de participación en la empresa B.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Si B tiene participación en la propiedad de D: Adquisición debe ser informada si se superan umbrales de ventas y porcentaje de participación. - Si B no tiene participación en la propiedad de D, sino que se relacionan por un contrato de distribución, de importación u otro tipo: Adquisición no debe ser informada  <pre> graph TD A((A)) --> C[C] A((A)) --> B((B)) B((B)) --> D[D] subgraph Group C D end </pre> <p>La figura de empresas co-controladas no se entienden excluidas de la obligación de informar. Para efectos del artículo 4bis, lo esencial es la participación en la propiedad, no el ejercicio de control. Si estas empresas no son consideradas como integrantes de un grupo empresarial, sólo tendrá efecto al determinar si cumple o no el umbral de ventas agregadas.</p> <p>Los cambios de participación dentro de un mismo grupo empresarial no deben ser informadas mediante el Formulario, siempre que no involucren una nueva adquisición de participación, directa o indirecta, en una empresa competidora que no formaba parte antes del respectivo grupo empresarial del adquirente.</p> |
| <p>3. Hitos y Plazos</p> | <ul style="list-style-type: none"> - Para efectos de la recepción de la información aportada, [se] propone que se siga un procedimiento similar al comprendido en el artículo 50° del DL 211. Es decir, que una vez recibida la información la FNE tome conocimiento | <p>El DL 211 no considera un procedimiento específico respecto de la obligación de informar una adquisición ni alguna actuación de la FNE al respecto.</p> |

RESPUESTAS A OBSERVACIONES DE CONSULTA PÚBLICA FORMULARIO 4bis

| | | |
|--|---|---|
| | <p>de aquella y, dentro de un plazo 10 días indique si es que, a su juicio, falta comunicar alguno de los elementos señalados en el artículo 4° bis</p> <ul style="list-style-type: none"> - En cuanto al procedimiento por el cual se regirá la FNE en la notificación de participación y la eventual investigación que pudiera originar. - Respecto de la obligación de informar, podría adoptar – según se sugirió al comienzo- la aplicación del artículo 50 para efectos de determinar si la notificación se encuentra completa o incompleta / si se cumple o no se cumple. O pudiese establecer un procedimiento distinto, pero claro en cuanto a plazo y forma de cumplimiento. - Es necesario que se considere la diligencia de las empresas por acercarse a la FNE a presentar los antecedentes, considerándose cómo fecha de notificación la presentación del Formulario y no otro hito dentro de este procedimiento. - Por imponer la ley la carga de informar, las empresas tienen un legítimo derecho a tener certidumbre sobre el momento en que se entiende cumplida la obligación y si la FNE iniciará o no una investigación promovida por dicha información. - Es indispensable que la FNE entregue seguridad jurídica a los notificantes en cuanto a su labor de revisión y de evaluación de la información aportada. - Es necesario, además, que la FNE se obligue a evacuar una resolución favorable o el inicio de una investigación en un plazo cierto. - Así como la FNE enmarca las condiciones bajo las cuales ella entenderá por informada una operación de concentración, ella también debiera imponerse un plazo para la revisión de los antecedentes aportados y tener por informada la participación minoritaria. Para ello puede ser pertinente aludir al inciso segundo del artículo 50 del DL 211, el cual establece un plazo de 10 días hábiles para que la FNE considere si la notificación es completa. | <p>Para la verificación y trazabilidad del cumplimiento de la obligación de informar, el ingreso de un Formulario web se certificará mediante un correo electrónico dirigido a la persona identificada como contacto y la generación de un número único de identificación, al momento en que se envíe. No se realizará otra certificación ni resolución adicional a la señalada precedentemente.</p> <p>En ningún caso se entenderá que la certificación de ingreso del Formulario implica la aceptación ni declaración por parte de la Fiscalía sobre la suficiencia o veracidad de la información entregada, ni su conformidad respecto de la misma.</p> <p>La fecha de ingreso del Formulario será siempre la de la presentación original, independiente de las modificaciones que luego realice el adquirente a solicitud de la FNE. Cualquier otra modificación a la información presentada que realice el adquirente deberá ser ingresada mediante un nuevo Formulario, y su fecha de ingreso será la de esa nueva presentación.</p> <p>Los posibles efectos en la competencia de una adquisición informada serán analizados como los de cualquier otro acto o conducta, conforme a las facultades establecidas en el artículo 39 del DL 211 y a los términos del Instructivo Interno para el Desarrollo de las Investigaciones, en lo que sea aplicable.</p> <p>De acuerdo a los términos del DL 211, no se considera un plazo determinado para la decisión de iniciar o no una investigación ni para ejercer las acciones correspondientes respecto de la adquisición notificada, salvo los plazos establecidos en el artículo Cuarto transitorio de la Ley 20.945 y en el artículo 20 del DL 211, de prescripción de las acciones.</p> |
|--|---|---|

RESPUESTAS A OBSERVACIONES DE CONSULTA PÚBLICA FORMULARIO 4bis

| | | |
|--------------------|---|--|
| | <ul style="list-style-type: none"> - Respecto del análisis de competencia que el hecho informado pudiera originar, no se sabe si se establecerá una investigación de tipo Fases (como en el control de fusiones); o se someterá al Instructivo Interno para el Desarrollo de las Investigaciones de la FNE (2013); u otro procedimiento distinto. - Debe distinguirse entre la obligación de informar y su cumplimiento, y los efectos anticompetitivos que la participación informada pudiese acarrear. Por una parte, está la obligación de informar, la cual debiese darse por cumplida con una resolución del FNE dentro del plazo que se determine. Por otra parte, y como cuestión distinta, se encuentra el análisis de los efectos anticompetitivos que pudiera acarrear la participación notificada, para lo cual deberá instruirse la apertura de la investigación correspondiente. - Más allá del plazo señalado por el DL 211 de 60 días, no existe referencia legal al procedimiento posterior a la notificación, salvo la discrecionalidad de la autoridad para dar inicio a un procedimiento investigativo por infringir el artículo 3° del DL 211. | |
| <p>4. Nota (1)</p> | <ul style="list-style-type: none"> - La FNE señala que podrán modificar las respuestas dadas por las empresas en el Formulario, lo cual da pie a una extrema discrecionalidad por parte de la autoridad y no pareciera justificarse de manera alguna con el objeto del artículo 4 bis del DL 211. - Se recomienda eliminar la mención referida a que la FNE se “reserva el derecho de modificar las respuestas del Formulario”. El Formulario consiste en una declaración del informante (que incluye una declaración jurada), de modo que su modificación por un tercero no parece razonable o, al menos, se presta para ambigüedades. - La FNE se reserva el derecho de modificar las respuestas del Formulario, si éstas no cumplen con los requisitos recién mencionados. En este sentido, no se entiende a qué | <p>La FNE no modificará la información entregada en el Formulario. Sólo podrá solicitar al adquirente que enmiende errores formales, de transcripción u otros similares, caso en el cual no afectará la fecha de ingreso original.</p> |

RESPUESTAS A OBSERVACIONES DE CONSULTA PÚBLICA FORMULARIO 4bis

| | | |
|-------------------|---|--|
| | se refiere el Formulario o cuál es la extensión del “derecho a modificar las respuestas”. | |
| Otros comentarios | <ul style="list-style-type: none"> - Es prudente que se permita ir guardando la información para poder completar formulario en diferentes sesiones siguiendo el modelo existente para las declaraciones de renta del sitio web del Servicio de Impuestos Internos. En consecuencia, consideramos que es factible que al igual que en el proceso de las operaciones de concentración, la FNE establezca un término en virtud del cual pudiese levantar observaciones al formulario y solicitar al informante aclarar determinadas respuestas, - Párrafo 1: El formulario debe autorizar, para casos excepcionales en que puedan existir errores técnicos del sistema, que pueda ser ingresado por vía de la oficina de partes de la FNE o por otro medio que se publicite en su página web, de la misma forma como lo hace la Superintendencia de Valores y Seguros. | <p>Para implementar un Formulario que permita guardar información antes de ser enviada, se requiere un sistema con registro previo de usuario habilitado y contraseña. En una primera etapa se evaluará el funcionamiento del Formulario <i>on-line</i> sin esas funciones y, en la medida que pueda facilitar el cumplimiento y minimizar errores en el reporte de adquisiciones, se podrá habilitar un sistema como el señalado.</p> <p>Se implementarán medidas de resguardo para minimizar el efecto de fallas del sistema <i>on-line</i>. Inicialmente, se dispondrá también de un formulario en formato .pdf, que podrá ser completado y luego enviado por correo electrónico, junto con los archivos adjuntos correspondientes.</p> |

2) INFORMACIÓN SOLICITADA EN EL FORMULARIO

| Tema | Comentarios, observaciones y sugerencias | Respuesta de la FNE |
|---|---|--|
| 1. Elementos mínimos de la obligación de informar | - Se recomienda revisar el Formulario en orden a no establecer en él exigencias o contenidos no contemplados en la ley. El deber legal de informar previsto en el citado artículo debe, por lo tanto, entenderse cumplido con informar el adquirente, el adquirido y el respectivo porcentaje de participación. También, a efectos de corroborar que la notificación se efectúa dentro del plazo establecido por la ley, sería preciso indicar la fecha en que se materializó la adquisición. | <p>Esta Fiscalía considera como elementos mínimos y esenciales para identificar en forma inequívoca una adquisición sujeta a la obligación de informar, los siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Identificación del adquirente y de la empresa cuya participación se adquiere (la “adquirida”); b) Las actividades económicas en que las empresas compiten entre sí; c) La identificación de las empresas que compiten entre sí, cuando son distintas del adquirente y/o adquirida (participación indirecta); d) Si la participación es indirecta, también es esencial la relación societaria entre la adquirida y la entidad competidora o entre el adquirente y la entidad competidora de su grupo empresarial, o ambas, según corresponda; e) Si la participación es por cuenta de terceros, la identificación de dichos terceros y la relación entre éstos y el adquirente; |

RESPUESTAS A OBSERVACIONES DE CONSULTA PÚBLICA FORMULARIO 4bis

| | | |
|---|--|---|
| | | <p>f) La fecha de la operación;</p> <p>g) Copia del instrumento en que consta la operación, que permita verificar su existencia; y</p> <p>h) El porcentaje total de participación en el capital de la empresa competidora.</p> |
| 2. Relación entre informante y partes de la adquisición | - La pregunta no es lo suficientemente precisa. En este sentido, creemos conveniente definir con mayor profundidad el objetivo de la misma. | Se elimina la solicitud de esta información. El Formulario debe ser completado por el adquirente (ver Tema N° 1, Sección 1). |
| 3. Relación con la entidad competidora | <p>- La pregunta no es lo suficientemente precisa.</p> <p>- Art. 4 bis no contempla la exigencia de describir detalles de la adquisición, que incluya la relación del adquirido con la entidad competidora. Entendemos que esta exigencia excede los términos de la obligación de notificar.</p> | <p>No se está solicitando de manera obligatoria otros detalles de la adquisición más allá de los mínimos indicados precedentemente.</p> <p>En casos de adquisición de participación indirecta, resulta esencial conocer cuál es el porcentaje de participación efectiva en la entidad competidora. Para ello, se requiere conocer la relación societaria existente entre la empresa cuya participación se adquiere y la entidad competitiva (matriz-filial, coligada-coligante, por ejemplo).</p> <p>De no contar con esta información, no será posible evaluar preliminarmente si la participación en el competidor presenta algún riesgo, y deberá iniciarse una investigación para establecerlo.</p> |
| 4. Participación por cuenta de terceros | <p>- El decir que adquirida por “administración de fondos propia o por cuenta de terceros” podría inducir a confusiones, por lo que recomendamos hacer uso de los mismos términos textuales usados en el artículo 4bis, esto es, por participaciones propias como aquellas administradas por cuenta de terceros.</p> <p>- Existen casos en que el mandatario podría no conocer el nombre del tercero. Por ende, se debe agregar la frase “, en caso de constar sus identidades.”</p> | <p>Se rectifica la redacción de este punto del Formulario, se utilizarán los mismos términos del artículo 4bis: “<i>administrada por cuenta de terceros</i>”.</p> <p>Cuando se informe que la participación no es propia sino “<i>administrada por cuenta de terceros</i>”, se debe identificar al mandante, pues éste (o su grupo económico) puede tener actividades económicas en las que compita con la empresa cuya participación se adquiere, y que el mandatario puede desconocer.</p> <p>En cualquier caso, el adquirente “<i>por cuenta de terceros</i>” conocerá al menos a su mandante directo.</p> <p>De no contar con esta información, no será posible evaluar preliminarmente si la participación en el competidor presenta algún riesgo, y deberá iniciarse una investigación para determinarlo.</p> |

RESPUESTAS A OBSERVACIONES DE CONSULTA PÚBLICA FORMULARIO 4bis

| | | |
|---|--|---|
| <p>5. Umbral de 10% adquirido mediante más de una operación</p> | <p>- Nota (6) Las frases “actos sucesivos que tengan como resultado común” y “la fecha del acto que en definitiva genera la obligación de informar”, resultan poco claras.</p> | <p>Se debe informar la última adquisición que gatilla la superación del umbral de 10%.</p> <p>Ej.: La empresa A primero adquiere 2% de la empresa B, después 6%, y después adquiere 3%. Sólo tiene obligación de informar a partir de la última operación (aquella con la que supera el 10%), indicando como información adicional que previamente ya tenía 8% de participación.</p> <p>No se solicita información obligatoria respecto de actos previos o coetáneos.</p> <p>El plazo de 60 días para informar se inicia en la fecha de la última adquisición, esto es aquella con la que supera el 10%.</p> |
| <p>6. Descripción de la adquisición</p> | <p>- Art. 4 bis no contempla la exigencia de describir detalles de la adquisición, que incluya la fuente de los recursos. Entendemos que esta exigencia excede los términos de la obligación de notificar. La sugerencia es que este numeral sea eliminado.</p> <p>- El Art. 4 bis no exige que se describa la operación, aunque si bien ella puede constituir la fuente o la causa de la adquisición, la obligación de informar es respecto del acto de adquisición y no los actos que le anteceden o coetáneos. La FNE siempre podrá recabar mayores detalles por medio del ejercicio de sus facultades. Asimismo, la referencia a una “operación” puede ser confundida con los términos utilizados en el procedimiento de evaluación de operaciones de concentración, del Título IV del Decreto Ley N° 211.</p> <p>- Nota (5): La referencia a “que identifiquen a lo menos los elementos de su esencia”, no es precisa y por ende bastaría con la redacción anterior a ella.</p> | <p>No se solicita información obligatoria respecto de la descripción de la operación en la que se enmarca la adquisición de participación societaria, ni de negociaciones previas u otros actos coetáneos que no correspondan a lo informado.</p> <p>Se recomienda que estos elementos adicionales sean aportados en forma voluntaria, para comprender mejor la adquisición y minimizar la necesidad de iniciar una investigación para este sólo efecto.</p> <p>Respecto de los documentos donde conste la adquisición, se deben adjuntar para efectos de verificar la existencia de ésta y la consistencia de la información aportada en el Formulario. En ellos debe constar al menos la fecha, la identificación del adquirente, de la empresa cuya participación se adquiere y el número de acciones o porcentaje de participación adquirido.</p> |
| <p>7. Volumen de ventas</p> | <p>- No existe en el Formulario una pregunta que haga expresa alusión a los volúmenes de ventas de las empresas en cuestión. Éste es un aspecto del todo relevante a</p> | <p>Como ya se mencionó anteriormente, esta Fiscalía entiende que quien informa una adquisición hace primero un análisis que debe incluir al menos cuatro elementos:</p> |

RESPUESTAS A OBSERVACIONES DE CONSULTA PÚBLICA FORMULARIO 4bis

| | | |
|------------------------------|---|--|
| | <p>considerar por parte de la autoridad tanto para la dictación de una resolución dando por cumplida la obligación de notificación, como también para una eventual investigación a la luz del artículo 3 del DL 211.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Volúmenes de ventas de las empresas en cuestión, que es uno de los requisitos que determinan la procedencia del deber legal de informar del artículo 4ºbis. Sin perjuicio de ello, parte de la Comisión estima innecesario hacer tal alusión, pues haría el procedimiento más engorroso y se entiende que cumple dicho umbral legal desde el momento en que el informante está notificando. | <ul style="list-style-type: none"> a) ¿El grupo económico del adquirente -o éste individualmente- supera el umbral de ingresos?; b) ¿La empresa cuya participación se adquiere supera el umbral de ingresos?; c) ¿Participan en un mismo mercado como competidores?; y d) ¿La participación total -directa e indirecta, propia y por cuenta de terceros- después de la adquisición, supera el 10% del capital de la competidora? <p>Si la respuesta es afirmativa para todas estas preguntas, se entendería que existe la obligación de informar.</p> <p>Se asume que si se consideró procedente informar es porque el adquirente verificó que se superan los umbrales del artículo 4bis. Para un análisis preliminar de los riesgos a la competencia que puede generar una adquisición, no es imprescindible conocer los montos específicos de ingresos, optándose por simplificar la confección del Formulario.</p> <p>Sin perjuicio de ello, esta información siempre podrá ser aportada en forma voluntaria, para comprender mejor la adquisición y minimizar la necesidad de iniciar una investigación para este sólo efecto.</p> |
| <p>8. Mallas societarias</p> | <ul style="list-style-type: none"> - Se excede el marco de una notificación para la “aproximación inicial necesaria para realizar un análisis preliminar”, aunque puede ser incluido por el notificante en forma voluntaria. - no siempre será de conocimiento del adquirente, sobre todo en casos en que se adquiriera a través de terceros. Por lo mismo, no le puede ser exigible a quien notifica el adjuntar este tipo de información. Además, un potencial rechazo del Formulario en virtud de éste aspecto no pareciera ser justificado. - Puede ser incluido por el notificante en forma voluntaria. - Se solicita indicar “otras entidades pertenecientes al grupo empresarial de la empresa adquirida”, información también | <p>Sólo se requiere en forma obligatoria información de las relaciones societarias necesarias para entender los alcances de una adquisición indirecta de participación, sea entre la adquirida y la entidad competidora o entre el adquirente y la entidad competidora de su propio grupo empresarial, o ambas, según corresponda.</p> <p>Cualquier información adicional, más completa, relacionada con las mallas societarias de grupos empresariales o personas relacionadas, podrá ser aportada en forma voluntaria, para comprender mejor la adquisición y minimizar la necesidad de iniciar una investigación para este sólo efecto.</p> <p>Para establecer las entidades “<i>pertenecientes a un grupo empresarial</i>” pueden considerarse como referencia, al menos, las normas del Título XV de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores.</p> |

RESPUESTAS A OBSERVACIONES DE CONSULTA PÚBLICA FORMULARIO 4bis

| | | |
|---|--|--|
| | bastante amplia, por lo que surge la duda sobre si existen criterios para definir cuáles sería estas entidades. Se sugiere clarificar concepto. | |
| 9. Información voluntaria | <ul style="list-style-type: none"> - La FNE no tiene facultades para requerir antecedentes o documentación anexa, tales como un diagrama donde conste la malla societaria de la empresa adquirente y de su grupo empresarial, así como de la empresa adquirida, copia de los documentos principales en donde conste la adquisición informada, o requerir la definición del mercado relevante y de alternativas plausibles de mercados relevante que podría utilizar la FNE. - Tampoco facultaría a la FNE para “realizar solicitudes adicionales de información al informante, con el propósito de profundizar lo que fuere necesario para el cabal cumplimiento del artículo 4° bis del Decreto Ley N° 211, de 1973” - Se sugiere solicitar al menos un indicador del nivel de concentración de mercado post adquisición. Por ejemplo, <i>Herfindahl-Hirschman Index</i> - HHI | <p>No se requiere en forma obligatoria otra información que la mínima señalada precedentemente.</p> <p>Toda otra información que permita comprender de mejor manera la adquisición o el mercado en que esta ocurre puede ser entregada de manera voluntaria. Entre éstas comprendemos información como el volumen de ventas, las participaciones de mercado, indicadores de concentración, definiciones de mercado relevante, derechos derivados de relaciones societarias, existencia y condiciones de pactos de accionistas, estructura de matrices, filiales y coligadas, documentos relacionados con la operación en la que se enmarca la adquisición, entre otras; que quien notifica estime pertinente el informante para comprender mejor la adquisición y minimizar la necesidad de iniciar una investigación para este sólo efecto.</p> |
| 10. Productos o servicios, mercado relevante, participaciones, índices de concentración | <ul style="list-style-type: none"> - Esta exigencia excede los términos de la obligación de notificar según lo dispone del Art. 4 bis. Además, la Nota 9 del Formulario no aclara lo anterior y, por el contrario, confirma que una exigencia como esta se extiende a información distinta a la que un acto de notificación requiere. No procede que en una mera notificación para una “aproximación inicial necesaria para realizar un análisis preliminar”, el informante o adquirente deba definir el o los mercados relevantes involucrados en la adquisición ya que esto presupone un análisis que no es propio de un acto de notificación o de información, como el exigido por la norma. | <p>Sólo se requiere en forma obligatoria indicar los códigos de actividad económica del Servicio de Impuestos Internos, registrados según el giro de la empresa y una descripción somera, de buena fe, de los productos o servicios en que, a juicio del informante, éstos compiten.</p> <p>La Fiscalía entiende que esto no excede los términos del artículo 4bis, ni impone una carga innecesaria a los adquirentes, pues corresponde a una de las preguntas básicas que determinan si existe o no obligación de informar. Para decidir si se debe informar o no, el adquirente realizará al menos una evaluación cualitativa preliminar, en la que considerará, al menos en una apreciación general, si la empresa cuya participación se adquiere actúa directa o indirectamente- en el mismo mercado que la adquirente.</p> |

RESPUESTAS A OBSERVACIONES DE CONSULTA PÚBLICA FORMULARIO 4bis

| | | |
|---|---|---|
| | <ul style="list-style-type: none"> - Nota (9): Se sugiere eliminar la exigencia contenida en el Formulario consistente en requerir al informante explicitar la definición del mercado relevante que considere adecuada y aquellas que “podría utilizar la FNE, llegando a la más estricta”. Dichas exigencias aparecen como excesivas, particularmente considerando que no se trata de un requisito contemplado en el artículo 4° bis. Asimismo, muchas veces no es posible definir un mercado relevante sin un análisis económico caso a caso, por lo que la exigencia sería impracticable. - Se considera que no se debiese solicitar señalar además las definiciones alternativas plausibles de mercados relevantes que la FNE puede estimar pertinentes puesto que lo anterior no es requerido en el artículo 4 bis. En consecuencia, el informante debiese informar conforme a su leal saber y entender, el o los mercados relevantes que estime plausibles. - La exigencia excede los términos de la obligación de notificar. presupone un análisis que no es propio de un acto de notificación o de información. - “Utilice la definición de mercado relevante que considere adecuada, y luego señale las definiciones alternativas plausibles de mercados relevante que podría utilizar la FNE, llegando a la más estricta”: cabe hacer algunas precisiones. pareciera adecuado entregar la definición de mercado relevante que justifique la notificación de la adquisición. | <p>Una descripción más precisa del ámbito de competencia permite entender mejor los posibles riesgos de la adquisición y reduce la necesidad de realizar requerimientos de información o iniciar investigaciones sólo para verificar si las partes efectivamente participan o no en un mismo mercado.</p> <p>En caso de dudas respecto de los ámbitos de competencia entre empresas, la FNE puede responder preguntas para clarificar esto caso a caso, en apoyo al cumplimiento.</p> |
| <p>11. Definiciones de “empresa competidora” y “mercado relevante”.</p> | <ul style="list-style-type: none"> - En cuanto al concepto Competidor: No existen criterios que sirvan de guía para establecer lo que se entiende por Empresa Competidora, por ejemplo. Se sugiere clarificar. - En cuanto al Mercado Relevante. Es base para definir la competencia, por lo anterior, se sugiere definir lo que se | <p>En general, se entiende como competidoras aquellas que participan en forma independiente en el mismo segmento de mercado y para un área geográfica común. Pueden usarse como referencia los criterios señalados en la Guía de Operaciones de Concentración de la Fiscalía.</p> |

RESPUESTAS A OBSERVACIONES DE CONSULTA PÚBLICA FORMULARIO 4bis

| | | |
|--|--|--|
| | <p>entiende por este concepto, ya sea sobre una base geográfica, de productos sustitutos o complementarios, entre otros. Se sugiere clarificar.</p> | |
| <p>12. Otros derechos asociados a la operación</p> | <ul style="list-style-type: none"> - Esta exigencia también excede los términos de la obligación de notificar, según lo dispone el Art. 4 bis. La Nota al Pie 10 se extiende a información que es propia de un examen o test de control, en el marco de una evaluación de aquellos actos o contratos que integran una operación de concentración, según el Artículo 50 del Decreto Ley N° 211. Este test, no es propio de un acto de notificación. - Tiende a confundir al informante ya que lo descrito en este punto tiene estricta relación con una operación de concentración. - Se establece la necesidad de que se señale si la adquisición que se está notificando tiene por efectos el otorgar algún tipo de influencia decisiva respecto de la empresa competidora. Sin embargo, es determinante que el Formulario no confunda ambos aspectos y que por ningún motivo induzca a error a quienes están notificando. - Se recomienda eliminar la Nota (10) y la Sección IV.1. En otras palabras, el Formulario exige informar si es que la adquisición puede ser considerada una operación de concentración, situación tiene su propia reglamentación. - Se excede con creces el deber información dispuesto en el artículo 4° bis y puede entrar en conflicto con las normas referidas al control preventivo de operaciones de concentración - Esta exigencia también excede los términos de la obligación de notificar. | <p>Es información que puede ser aportada en forma voluntaria, según estime pertinente el adquirente, para efectos de comprender mejor el ámbito y riesgos de la adquisición y minimizar la necesidad de iniciar una investigación para este sólo efecto.</p> <p>Si bien existen algunos casos en que, el porcentaje o los derechos societarios adquiridos puede implicar además adquirir el control de una competidora, este procedimiento no tiene vinculación con la notificación de Operaciones de Concentración, lo que se desarrolla en la Sección 5.</p> <p>La descripción debe ser breve y no se espera ni exige una precisión o detalle que amerite más espacio. Sin perjuicio de esto, se habilitará la posibilidad de adjuntar otros documentos que el adquirente estime relevantes, en los cuales puede desarrollar con mayor extensión estas materias.</p> |

RESPUESTAS A OBSERVACIONES DE CONSULTA PÚBLICA FORMULARIO 4bis

| | | |
|------------------------------------|--|--|
| | <ul style="list-style-type: none"> - Los campos solicitados son poco específicos por lo que resulta difícil poder exponer en forma acertada lo solicitado en solo 400 caracteres. Por lo anterior, nos parece más conveniente eliminar esta sección. | |
| 13. Otras informaciones relevantes | <ul style="list-style-type: none"> - La información adicional a la exigida por el artículo 4° bis debe ser voluntaria, se propone modificar la redacción de dicho punto por la siguiente: "Otras informaciones que el informante estime oportuno adjuntar". - Adicionalmente, y consistente con lo anterior, recomendamos incluir un botón para adjuntar los antecedentes que voluntariamente el informante estime procedente acompañar. - No explica, en este punto, los criterios de lo que puede ser relevante y deja la impresión que si el criterio del informante no coincide con el de la FNE, podría el informante quedar en falta, lo que no correspondería. - Se debiese agregar un botón para adjuntar información que el informante estime importante entregar adicionalmente. | <p>Se modifica la redacción por "<i>Indique otras observaciones o informaciones que estime relevantes</i>".</p> <p>De tal manera, esta información puede ser aportada voluntariamente por el adquirente, considerando que toda información adicional permitirá comprender mejor la adquisición y minimizar la necesidad de iniciar una investigación para este sólo efecto.</p> <p>Se agrega la posibilidad de adjuntar otros archivos y documentos que el adquirente estime relevantes.</p> |

3) DECLARACION JURADA

| Tema | Comentarios, observaciones y sugerencias | Respuesta de la FNE |
|-------------------------------------|--|---|
| Requisitos de la declaración jurada | <ul style="list-style-type: none"> - Se solicita eliminar la exigencia de "completitud" de la Declaración Jurada. - Párrafo 5: La declaración jurada debe corresponder a un atestado sobre la veracidad de lo informado y no sobre su completitud. Es de resorte de la FNE velar por el cabal cumplimiento de la obligación de informar, no siendo útil para esta labor una declaración de completitud | <p>Se modifica la redacción de la declaración jurada, reemplazando la palabra "<i>completa</i>" por "<i>suficiente y fehaciente</i>".</p> <p>Se entenderá que la información declarada en el Formulario es suficiente y fehaciente cuando ésta contiene todos los elementos mínimos establecidos en el artículo 4bis, definidos precedentemente, y que la adquisición se describe en términos tales que no contradicen la realidad, sin omitir elementos o antecedentes</p> |

RESPUESTAS A OBSERVACIONES DE CONSULTA PÚBLICA FORMULARIO 4bis

| | | |
|--|--|--|
| | | <p>conocidos por el adquirente y que incidan en forma relevante en la comprensión del ámbito o efectos de la adquisición.</p> <p>Lo contrario sería vaciar de contenido la obligación de informar, y es un estándar legal razonable, similar a lo dispuesto en el art. 50 inciso 2° y a la letra h) del artículo 39, ambos del DL 211.</p> |
|--|--|--|

4) PUBLICIDAD Y CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN

| Tema | Comentarios, observaciones y sugerencias | Respuesta de la FNE |
|---------------------------------|---|--|
| <p>1. Operaciones sensibles</p> | <ul style="list-style-type: none"> - El formulario contendría información comercial sensible. Por ejemplo, la sección II.15 solicita entregar una descripción de la operación informada, la cual podría involucrar estrategias o secretos comerciales. - Párrafo 6: La información recabada por la FNE en virtud de este formulario, se hace con motivo u ocasión del ejercicio de sus labores, y por ende es aplicable el Artículo 42 del DL 211 que obliga a sus funcionarios y demás personas que presten servicios en la FNE, a guardar reserva sobre toda información, dato o antecedente de que puedan imponerse. - Para el caso que la FNE estime que la publicidad de la notificación y también del formulario, es útil para el cumplimiento de sus funciones, es legalmente procedente que la entidad informante pueda pedir, vía formulario, la confidencialidad de la información y del hecho de haberse informado la notificación, respecto de terceros. - Sólo correspondería publicar el hecho de haberse adquirido más del 10% de un competidor. | <p>Existen fundados argumentos por los que una adquisición en particular puede ser considerada información comercial sensible y que su conocimiento por terceros puede alterar el comportamiento competitivo del mercado. La FNE resguardará la confidencialidad de esas operaciones, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 42 del DL 211, y toda la información proporcionada por el adquirente tendrá tal carácter, salvo autorización expresa para su publicación, para lo cual se señalarán distintas opciones con diversos alcances respecto de la información aportada.</p> <p>Sin perjuicio de existir adquisiciones que se materializan en instrumentos públicos, que deben ser informadas a reguladores sectoriales o registradas de forma tal que están disponibles para el conocimiento de cualquier persona, la FNE sólo publicará, ya sea en su página web, en informes u otros documentos de libre acceso público, aquellas adquisiciones que voluntariamente expresen su disposición a ser publicadas.</p> <p>También se resguardará la confidencialidad de adquisiciones particulares mediante la publicación de indicadores agregados, que no permitan identificar a las partes ni cualquier dato específico, como por ejemplo número de operaciones en un periodo o por rubro. Éstos también podrán ser publicados en la página web institucional, o bien en informes u otros documentos de libre acceso público.</p> <p>Debe tenerse presente que la disposición de un adquirente a dar publicidad a la información aportada a la FNE refleja una disposición a la cooperación con la autoridad y a la transparencia en sus negocios, y que la operación probablemente no conlleva riesgos significativos a la competencia, lo que será considerado al</p> |

RESPUESTAS A OBSERVACIONES DE CONSULTA PÚBLICA FORMULARIO 4bis

| | | |
|---|--|---|
| | <ul style="list-style-type: none"> - En efecto, existen adquisiciones que no son públicas y que pasan a tener la calidad de información comercial sensible, cuya revelación pueda afectar el desenvolvimiento competitivo de su titular. | <p>momento de evaluar el inicio o no de una investigación sobre una adquisición que elige someterse al escrutinio público.</p> |
| <p>2. Datos personales.</p> | <ul style="list-style-type: none"> - Existe información en el Formulario que puede considerarse información personal (correos electrónicos o cédulas de identidad), sujeta a las restricciones propias. No debiese tener el carácter de información pública puesto que contiene información que pertenece a la esfera privada de las personas. - Indubitadamente existe información en el Formulario que podría considerarse información personal (correos electrónicos o cédulas de identidad), sujeta a las restricciones propias de los datos personales. | <p>No se publicará información personal de los representantes o mandatarios, tal como RUT, teléfonos, correos electrónicos u otros de similar naturaleza.</p> |
| <p>3. Base de datos de acceso público</p> | <ul style="list-style-type: none"> - Asimismo, dicha base de datos no se encuentra justificada por ninguna ley o reglamento. Por último, De ser efectivamente pública la información solicitada, la FNE podrá tener una base de datos que permita ver estadísticas de cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 4 bis del DL 211. Una base de datos no se encuentra justificada por ninguna ley o reglamento. - Cabe preguntar si la información que se acompaña a la FNE en virtud del Formulario puede ser entendida como pública por el sólo hecho de no ser estrictamente información comercial sensible. - No existe una disposición legal o reglamentaria que justifique la publicación estandarizada de la información que el mercado debe proveer a la FNE para cumplir una norma legal. | <p>No se generará un Registro ni una base de datos de acceso público con toda la información recabada mediante el Formulario.</p> <p>No obstante lo anterior, existen objetivos de transparencia, monitoreo externo y de disuasión al incumplimiento que sólo se logran en la medida que el público tenga acceso a un cierto nivel de información agregada, cuyo límite es la confidencialidad señalada en el punto N° 1 precedente.</p> <p>La FNE podrá publicar en su página web aquellos datos que no sean personales, reservados o confidenciales, en forma estructurada, ya sea mediante indicadores agregados, informes periódicos u otro tipo de sistematización.</p> <p>Adicionalmente, esta información podrá ser utilizada y publicada por la FNE -siempre resguardando la confidencialidad señalada- en los estudios que realice, así como en las recomendaciones de dictación, modificación o derogación de normas, en ejercicio de las facultades asignadas en las letras p) y q) del artículo 39 del DL 211</p> |

| | | |
|--|---|--|
| | <p>- La finalidad de la norma del artículo 4bis del DL 211 es que el mercado provea de información al ente persecutor para que este se encuentre en condiciones de analizar potenciales afectaciones a la competencia derivadas de la estructura de propiedad en un determinado mercado. Extender la finalidad de esta norma a la generación de una base de información para la consulta pública, es una interpretación de la FNE que –materializado el Formulario como está- implicaría exceder el objeto de la ley.</p> | |
|--|---|--|

5) RELACIÓN CON NOTIFICACIÓN OPERACIONES CONCENTRACIÓN

| Tema | Comentarios, observaciones y sugerencias | Respuesta de la FNE |
|---|---|--|
| Operaciones que deben ser informadas | <p>- Las operaciones de concentración debiesen estar expresamente excluidas de la notificación del artículo 4 bis, ya que aquellas tienen su propio régimen de notificación.</p> | <p>El artículo 4bis requiere que se informe la adquisición de participación en empresas “competidoras”, es decir, que actúen en forma independiente en un mismo mercado. Por otra parte, la regulación de las operaciones de concentración tiene como criterio esencial que dos o más agentes económicos dejan de ser independientes entre sí (artículo 47 DL 211).</p> <p>En ese sentido, una adquisición de propiedad mayoritaria en un competidor calificaría en un principio como una operación de concentración y debería ser aprobada antes de su materialización.</p> <p>Para efectos de la obligación del artículo 4bis, se debe discernir si, después de aprobada una operación de concentración, estas empresas deben o no ser consideradas como “competidoras”. Si ya no son competidoras, no existe obligación de informar la adquisición, pues falta uno de los elementos esenciales exigidos por esa norma.</p> <p>En ese sentido, la FNE es de la opinión que las nuevas operaciones de concentración, que se sometan al procedimiento del Título IV y sean aprobadas, no debiesen ser informadas después mediante el Formulario.</p> |
| Confusión y duplicidad de trámites respecto | <p>- En virtud de lo expresamente señalado por el artículo 4 bis del DL 211, es necesario hacer presente que la implementación de un formulario que permita la notificación de estas adquisiciones no implica confundir o</p> | <p>No debe confundirse la notificación de operaciones de concentración establecida en el artículo 50 del DL 211, que es <i>ex ante</i>, es decir, previo a la materialización de una operación, con la obligación de informar una adquisición de participación en un</p> |

RESPUESTAS A OBSERVACIONES DE CONSULTA PÚBLICA FORMULARIO 4bis

| | | |
|-------------------------------|--|--|
| <p>de una misma operación</p> | <p>superponer asuntos que debieran ser conocidos a propósito del nuevo Título IV del DL 211.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Tiende a confundir al informante ya que lo descrito en este punto tiene estricta relación con una operación de concentración. - Esta exigencia también excede los términos de la obligación de notificar. - Pareciera que la información solicitada, “Señale especialmente si la adquisición informada le confirió a la entidad adquirente influencia decisiva sobre otra entidad, o bien derecho a voto o a veto, facultades para designar a su administrador o uno o más directores, o control de cualquier naturaleza sobre la administración de dicha entidad o sobre sus activos, o bien cualquier otro derecho o prerrogativa sustantiva sobre una nueva entidad creada en virtud de la adquisición o sobre la entidad continuadora producto de la fusión”: es redundante. Lo anterior, pues es la que distingue esta obligación de informar, de la obligación de notificar una operación de concentración según lo provisto en el Título IV (y cumpliéndose los umbrales), en especial, el supuesto del artículo 47 letra b). Si no se considerara redundante, en cuanto no se entendiera como evidente que dicha información funda la obligación de notificar una operación de concentración, debiera establecerse un procedimiento por el cual esta notificación de participación se sustituye al del control de fusiones. | <p>competidor, que es <i>ex post</i> (hasta 60 días después de su perfeccionamiento). En consecuencia, no es posible que exista duplicidad o tramitación paralela.</p> <p>Sólo deben informarse adquisiciones ya perfeccionadas (pues este no es un procedimiento de autorización previa), y aquellas operaciones de concentración que se sometan al procedimiento del Título IV y sean aprobadas, no deben ser informadas después mediante el Formulario.</p> <p>Por otra parte, no todas las operaciones de concentración corresponden a adquisiciones de participación en competidores, y no todas éstas cumplen con los umbrales y requisitos sustantivos de una operación de concentración.</p> |
|-------------------------------|--|--|