



Guía de Competencia

Santiago, junio de 2017

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	4
I. CONSIDERACIONES PREVIAS	5
A. CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN DE CONFORMIDAD A LO DISPUESTO EN EL DL 211	5
B. CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EN CHILE	5
C. COMPETENCIA PARA EL CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN 6	
D. ETAPAS QUE DEBEN SER CONSIDERADAS DENTRO DEL CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN	6
II. DEFINICIÓN Y FORMA DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN	9
A. DEFINICIÓN	9
B. ELEMENTOS FUNDAMENTALES DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN	9
III. AGENTE ECONÓMICO	10
A. DEFINICIÓN DE AGENTE ECONÓMICO	10
B. PERTENENCIA A UN GRUPO EMPRESARIAL	10
IV. HECHO, ACTO, CONVENCION, O CONJUNTO DE ELLOS	11
A. ENFOQUE NO FORMALISTA RESPECTO DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN	12
B. DETERMINACIÓN DE SI MÚLTIPLES TRANSACCIONES (“O CONJUNTO DE ELLOS”) CONSTITUYEN O NO UNA SOLA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN	12
C. COMPETENCIA TEMPORAL	13
V. PÉRDIDA DE INDEPENDENCIA A TRAVÉS DE UNA FUSIÓN, ADQUISICIÓN DE DERECHOS O ACTIVOS, O ASOCIACIÓN	13
A. ASPECTOS COMUNES A TODA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN	14
i) Pérdida de independencia.	14
ii) Durabilidad.	14
B. VÍAS PARA UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN	15
i) “Fusionándose, cualquiera que sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión”	16
ii) “Adquiriendo uno o más de ellos, directa o indirectamente, derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, influir decisivamente en la administración de otro”	17
iii) “Asociándose bajo cualquier modalidad para conformar un agente económico independiente, distinto de ellos, que desempeñe sus funciones de forma permanente”	

iv) “Adquiriendo, uno o más de ellos, el control sobre los activos de otro a cualquier título”	26
VI. OPERACIONES QUE NO CONSTITUYEN OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN	28
VII. COMPETENCIA GEOGRÁFICA	29
VIII. COMPETENCIA TEMPORAL	29
IX. CAMBIOS EN LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN	30
A. MODIFICACIONES SUSTANCIALES	30
B. ABANDONO	31
X. CONCLUSIONES	31

PRESENTACIÓN

La normativa de libre competencia chilena, contenida en el Decreto Ley N° 211 de 1973 (“**DL 211**”) incorporó mediante la ley número 20.945 que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia, el Título IV denominado “De las Operaciones de Concentración”, que regula el control preventivo de las operaciones de concentración que tengan efectos en Chile, por parte de la Fiscalía Nacional Económica (la “**Fiscalía**” o “**FNE**”).

Las operaciones de concentración, a diferencia de los carteles y de los abusos unilaterales no son ilícitas, sin embargo, pueden dar lugar a cambios sustanciales en los mercados y afectar con ello la competencia. Lo anterior justifica la necesidad de identificar cuáles de los múltiples hechos, actos o convenciones que tienen lugar en el mercado califican como operaciones de concentración y requerirán de un control preventivo bajo la normativa de libre competencia.

El nuevo procedimiento contemplado en el DL 211 resultará aplicable respecto de los hechos, actos o convenciones que califiquen como operación de concentración de conformidad a lo establecido en el artículo 47 del DL 211. Tal calificación determina la competencia de la Fiscalía para conocer del hecho, acto o convención notificado conforme al procedimiento del Título IV del DL 211. Por el contrario, los hechos, actos o convenciones que no califiquen como operación de concentración no serán conocidos de conformidad al Título IV del DL 211 por la Fiscalía y quedarán por lo tanto regidos por las reglas generales del DL 211, tal es el caso, por ejemplo, de los acuerdos de colaboración entre competidores que no conformen un agente económico independiente y permanente o bien la adquisición de participaciones minoritarias que no confieran control.

En consecuencia, determinar cuándo estamos ante una operación de concentración resulta de la mayor relevancia para la operativa del sistema de control preventivo.

La Guía para la Determinación de la Competencia de la Fiscalía respecto de Operaciones de Concentración Sujetas a Control (“**Guía de Competencia**”) se encarga de esta importante tarea y explicita los criterios y lineamientos que la Fiscalía utilizará para determinar cuáles son los hechos, actos o convenciones que califican como operaciones de concentración, conforme lo dispuesto en el DL 211.

Nuestro propósito, con la elaboración de la Guía de Competencia, es dar certeza jurídica a los que busquen notificar una operación de concentración y acotar los espacios de discrecionalidad que la norma confiere a la autoridad.

Atentamente,
Felipe Irarrázabal Ph.
Fiscal Nacional Económico

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

A. CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN DE CONFORMIDAD A LO DISPUESTO EN EL DL 211

1. En términos generales, la normativa de libre competencia se encuentra articulada en torno a dos paradigmas. Por un lado, encontramos el control preventivo *ex ante* de las operaciones de concentración y, por otro, la detección y sanción *ex post* de cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, entre los que se incluyen, a modo de ejemplo, acuerdos entre competidores o abusos de posición dominante.

2. Las operaciones de concentración como tal, a diferencia de los carteles y de los abusos unilaterales no son ilícitas, sin embargo, pueden dar lugar a cambios sustanciales en los mercados y afectar con ello la libre competencia. Lo anterior justifica la necesidad de identificar cuáles de los múltiples hechos, actos o convenciones que tienen lugar en el mercado califican como operaciones de concentración y requerirán de un control preventivo bajo la normativa de libre competencia.

3. Aquellos hechos, actos o convenciones que no califican como operaciones de concentración quedan, en todo caso, sujetos a la aplicación de la normativa general de libre competencia¹.

B. CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EN CHILE

4. El Título IV del Decreto Ley N° 211 de 1973 (“**DL 211**”), incorporado por la ley número 20.945, que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia, de 30 de agosto 2016 (“**Ley 20.945**”), regula el control preventivo de las operaciones de concentración que tengan efectos en Chile, por parte de la Fiscalía Nacional Económica (la “**Fiscalía**” o “**FNE**”).

¹ Por aplicación de la normativa general de libre competencia, habrá de entenderse hecha la referencia a las restantes disposiciones del DL 211, distintas del Título IV del mismo cuerpo legal, como, por ejemplo, aquellas contenidas en el artículo 3 o artículo 4 bis. En este sentido, en aquellos casos en que no exista una operación de concentración, la Fiscalía evaluará si el hecho, acto o convención constituye una infracción al artículo 3 inciso primero o inciso segundo (incluidas las letras a), b), c) y d) que dan cuenta de los distintos hechos, actos o convenciones que podrían ser considerados anticompetitivos, dentro de los que se incluyen carteles, abusos de posición dominante, entre otros) del DL 211; o por ejemplo en los casos en que resultará aplicable el artículo 4 bis del DL 211, tratándose del deber de informar la adquisición de participaciones minoritarias en una empresa competidora.

5. El control de las operaciones de concentración puede ser iniciado por una notificación obligatoria, una notificación voluntaria, o bien de oficio por la Fiscalía².

C. COMPETENCIA PARA EL CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

6. La finalidad de la presente Guía es orientar respecto de los criterios que la Fiscalía utilizará para determinar cuáles son los hechos, actos o convenciones que califican como operaciones de concentración, conforme lo dispuesto en el DL 211 y deben o pueden estar sometidos a control.

7. Tal calificación determina la competencia de la Fiscalía para conocer el hecho, acto o convención conforme al procedimiento del Título IV del DL 211 y supone considerar tres dimensiones: (i) Una sustantiva, referida a cuáles son los actos que califican como operaciones de concentración sujetas a control; (ii) Una geográfica, referida al nexo de dicha operación con Chile; y (iii) Una temporal, referida al momento a partir del cual se puede notificar a la FNE.

8. Los criterios desarrollados en esta Guía y que determinan la competencia de la Fiscalía son distintos e independientes de los umbrales establecidos en la Resolución Exenta N° 667, de esta Fiscalía, emitida con fecha 24 de noviembre de 2016 (“**Res. 667**”), en virtud de los cuales, las operaciones de concentración que igualen o superen determinados umbrales deberán ser notificadas obligatoriamente³, en tanto que, bajo dichos umbrales, la notificación será voluntaria. En todo caso, la Fiscalía podrá abrir investigaciones de oficio respecto de aquellas operaciones de concentración que no le hayan sido notificadas voluntariamente, según lo dispone el artículo 48 del DL 211⁴.

D. ETAPAS QUE DEBEN SER CONSIDERADAS DENTRO DEL CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

9. La presente Guía da lineamientos para que los agentes económicos puedan evaluar si determinados hechos, actos o convenciones califican como operaciones de

² La notificación obligatoria se encuentra establecida en el inciso tercero del artículo 48 del DL 211. La notificación voluntaria en el inciso séptimo del artículo 48 del DL 211 y el control de oficio por parte de la FNE en el inciso octavo del artículo 48 del DL 211. Estos dos últimos podrán operar en caso de no superarse los umbrales establecidos en la Resolución Exenta N° 667, de fecha 24 de noviembre de 2016.

³ La infracción al deber de notificar que establece el artículo 48 del DL 211 se encuentra contemplada en el artículo 3 bis de dicho cuerpo normativo. Para efectos de comprobar lo anterior, la FNE instruirá las investigaciones que estime procedentes de acuerdo a sus atribuciones generales, como aquellas contenidas en el artículo 39 del DL 211.

⁴ El inciso noveno del artículo 48 del DL 211 dispone que: “Cuando las operaciones de concentración a las que se refiere el inciso anterior [refiriéndose a las notificaciones voluntarias] no le sean notificadas voluntariamente al Fiscal Nacional Económico, este podrá dentro del plazo de un año, contado desde el perfeccionamiento de la operación, instruir las investigaciones que estime procedentes de conformidad con la letra a) del artículo 39”.

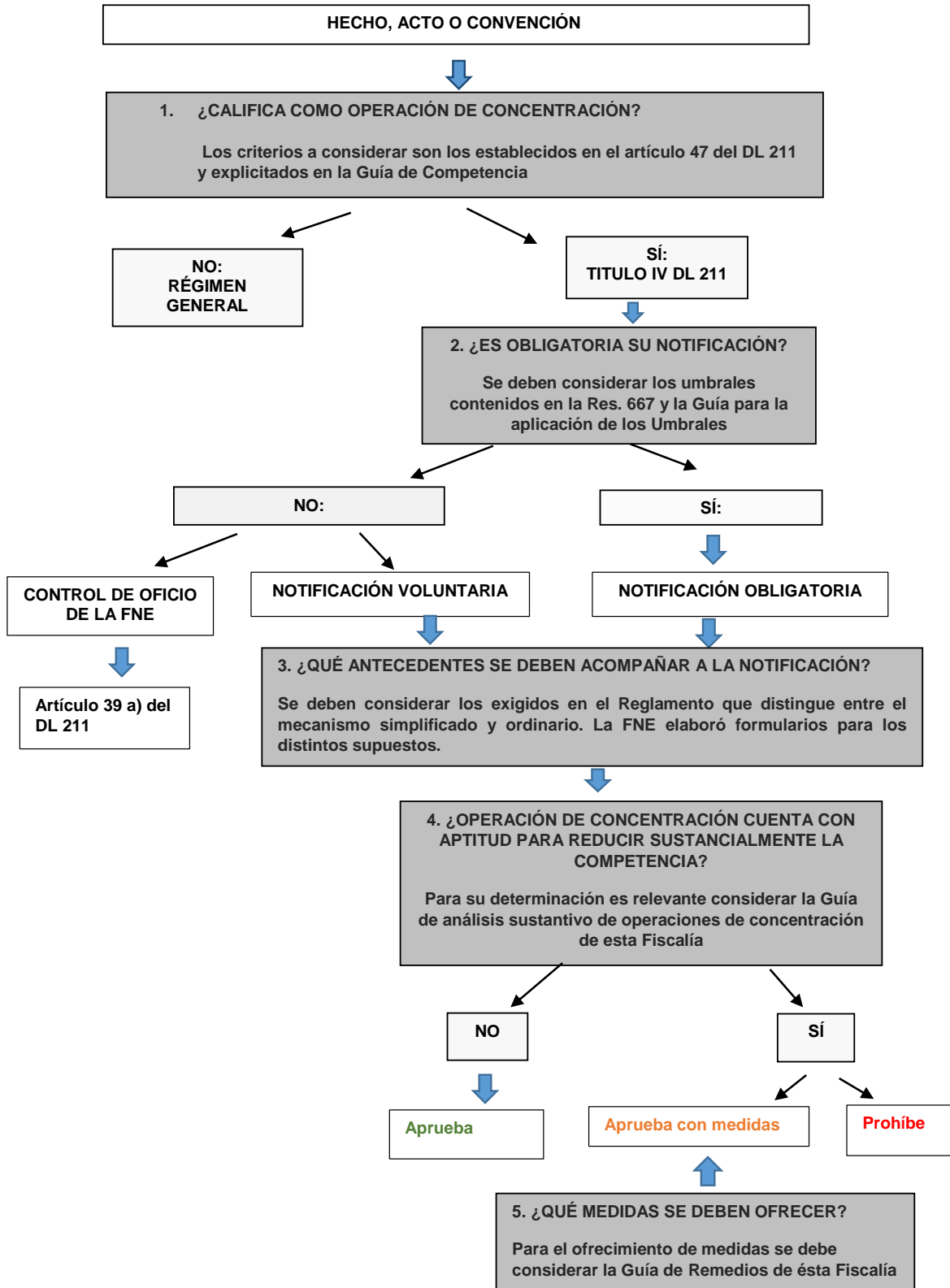
concentración y se sometan al control de la Fiscalía. En caso de concluirse que no estamos ante una operación de concentración, serán plenamente aplicables las reglas generales del DL 211. Por el contrario, si se considera que el hecho, acto o convención califica como operación de concentración, el paso posterior consistirá en determinar si se igualan o exceden los umbrales establecidos en la Res. 667, lo que determina la necesidad o no de notificar obligatoriamente la referida operación de concentración a la Fiscalía.

10. Una vez que el hecho acto o convención califica como operación de concentración y es notificada a la Fiscalía, la FNE desarrollará el análisis sustantivo con el objeto de determinar si la operación de concentración notificada resulta apta para reducir sustancialmente la competencia en los mercados. Este análisis sustantivo aplica a toda concentración, horizontal, vertical o de conglomerado. Para el caso de operaciones de concentración horizontal, el análisis utilizará como referencia los criterios sustantivos establecidos en la Guía de análisis de operaciones de concentración⁵.

11. La Tabla siguiente da cuenta de estas distintas etapas y los respectivos documentos de esta Fiscalía que resultan relevantes en el análisis.

⁵ Los criterios sustantivos a los que se hace referencia, son los establecidos en la Guía para el análisis de operación de concentración de octubre de 2012. Si bien, la mencionada Guía quedará sin efecto a partir del 1 de junio de 2017, los funcionarios de la Fiscalía Nacional Económica podrán seguir considerando, en lo que corresponda, aquellos aspectos de la Guía referidos al marco analítico de análisis de operaciones de concentración. Ello, hasta la dictación de nuevas guías sustantivas.

Etapas en el control de operaciones de concentración



II. DEFINICIÓN Y FORMA DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN

A. DEFINICIÓN

12. El artículo 47 del DL 211 entiende que constituye una operación de concentración (“operación de concentración” u “operaciones de concentración”):

“Todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos que no formen parte de un mismo grupo empresarial y que sean previamente independientes entre sí, cesen en su independencia en cualquier ámbito de sus actividades mediante alguna de las siguientes vías:

- a) Fusionándose, cualquiera que sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión.*
- b) Adquiriendo, uno o más de ellos, directa o indirectamente, derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, influir decisivamente en la administración de otro.*
- c) Asociándose bajo cualquier modalidad para conformar un agente económico independiente, distinto de ellos, que desempeñe sus funciones de forma permanente.*
- d) Adquiriendo, uno o más de ellos, el control sobre los activos de otro a cualquier título”.*

13. La determinación de si un determinado hecho, acto o convención constituye una operación de concentración debe ser realizada caso a caso, debiendo adoptarse una aproximación funcional y teleológica.

B. ELEMENTOS FUNDAMENTALES DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN

14. De la definición legal es posible apreciar que esta contempla elementos fundamentales para determinar si estamos ante una operación de concentración.

- (1) Los agentes económicos: Los sujetos relevantes que pueden perder su independencia y tomar parte en una operación de concentración (cuestión abordada en la Sección III);
- (2) Hechos, actos o convenciones: Los instrumentos en que conste la operación de concentración carecen de relevancia (cuestión tratada en la Sección IV);

- (3) La pérdida de la independencia a través de una fusión, adquisición de derechos o activos, o asociación: El efecto de relevancia (cuestión analizada en la Sección V).

III. AGENTE ECONÓMICO

15. El inciso final del artículo 47 del DL 211 entiende por agente económico a *“toda entidad, o parte de ella, cualquiera que sea su forma de organización jurídica o aun cuando carezca de ella, que ofrezca o demande bienes o servicios. Se considerará asimismo como un agente económico el conjunto de activos tangibles o intangibles, o ambos, que permitan ofrecer o demandar bienes o servicios”*.

A. DEFINICIÓN DE AGENTE ECONÓMICO

16. El DL 211 contempla una definición amplia de lo que ha de entenderse por agente económico. En efecto, el criterio central es la capacidad para desarrollar una actividad económica, lo que se traduce en la capacidad de ofrecer o demandar bienes o servicios. Adicionalmente, se refiere a *“toda entidad, o parte de ella”*, es decir, tampoco limita dicho concepto a determinado tipo de estructura corporativa, entendiéndose incluidas personas jurídicas, personas naturales, o cualquier otro tipo de entidad, aun cuando carezca de personalidad jurídica. Puede igualmente tratarse únicamente de activos, carentes de estructura corporativa, pero con capacidad de ofrecer o demandar bienes o servicios, sea de forma actual o futura.

17. La calificación de agente económico es independiente de su propiedad (pública, privada, estatal u otro); nacionalidad (chilena o extranjera); estatus (regulada o no, constituida legalmente o no, entidad con o sin fines de lucro, entre otros); tamaño; si tiene o no utilidades o ingresos; o si la capacidad de ofrecer o demandar servicios es actual o potencial.

18. Para efectos de establecer la competencia de la Fiscalía es irrelevante si los agentes económicos son activos en el mismo o distinto mercado, o bien en uno relacionado. Lo anterior será relevante en una etapa posterior, al tiempo de efectuar el análisis sustantivo de competencia por parte de esta Fiscalía que podrá ser referido a una operación de concentración horizontal, vertical o de conglomerado.

B. PERTENENCIA A UN GRUPO EMPRESARIAL

19. Para efectos de evaluar los efectos de una operación de concentración en los mercados, resulta relevante establecer la pertenencia de un agente económico a un determinado grupo empresarial (**“grupo empresarial”** o **“grupos empresariales”**). Una operación de concentración supone dos o más agentes económicos, *“que no formen parte*

de un mismo grupo empresarial y que sean previamente independientes entre sí”. En otras palabras, una operación de concentración sólo puede tener lugar si inicialmente hay dos o más agentes económicos distintos, pertenecientes a diversos grupos empresariales. Esta Fiscalía entenderá que forman parte de un mismo grupo empresarial, una sociedad o entidad y su controlador, así como todas las sociedades o entidades que tienen un controlador común, y este último⁶.

20. De tal manera, las evaluaciones que realizará la Fiscalía considerarán no solo a las actividades desarrolladas por las entidades involucradas en la respectiva operación de concentración, sino también las desarrolladas por los agentes económicos pertenecientes a sus respectivos grupos empresariales.

21. Consecuentemente, las reestructuraciones o transacciones internas que se produzcan dentro de un grupo empresarial no se considerarán como una operación de concentración, al no modificar la estructura de propiedad y control de los agentes económicos del mencionado grupo empresarial.

IV. HECHO, ACTO, CONVENCIÓN, O CONJUNTO DE ELLOS

22. De conformidad al inciso primero del artículo 47 del DL 211, se entenderá por operación de concentración “*todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos que no formen parte de un mismo grupo empresarial y que sean previamente independientes entre sí, cesen en su independencia en cualquier ámbito de sus actividades...*”, aquello mediante alguno de los hechos, actos o convenciones enumerados en dicho artículo 47.

23. De tal manera, únicamente constituyen una operación de concentración, los hechos, actos o convenciones, o bien el conjunto de ellos, que independiente de la voluntad de la o las entidades que lo ejecutan o celebran, tenga un efecto determinado y de relevancia para el análisis de la competencia en los mercados, consistente en el cese de la independencia de un agente económico respecto de otro agente económico.

24. La referencia a “*hecho, acto o convención, o conjunto de ellos*” resulta relevante en tres aspectos que se indican a continuación.

⁶ Para definir quiénes forman parte de un mismo grupo empresarial se utilizarán los artículos 96 y siguientes de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores (“LMV”), adaptándose en lo que fuere aplicable a entidades distintas de una sociedad. Esta Fiscalía entiende que la utilización de la LMV es sólo para efectos determinar quienes forman parte del mismo grupo empresarial y las ventas de estos, mas no se extiende a las vías por las que cesa la independencia reguladas en las letras del artículo 47. Por consiguiente, los conceptos de influencia decisiva en la administración y control contenidos en las letras b) y d) del artículo 47 del DL 211 tendrán el alcance señalado en los párrafos 52 y siguientes de esta Guía. Para estos efectos ver nota al pie número 12.

A. ENFOQUE NO FORMALISTA RESPECTO DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN

25. El objeto de evaluación por parte de esta Fiscalía es el efecto de una operación de concentración en la competencia, sin que su forma o instrumento específico en el que conste, sea determinante. Lo anterior explica el que el DL 211 incluya hechos, actos o convenciones, o conjunto de ellos, indistintamente.

26. En efecto, no existe una formalidad específica que deba cumplirse para que una operación de concentración tenga lugar, debiendo la Fiscalía analizar en concreto si el hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, puede ser considerado como una operación de concentración.

27. Una operación de concentración y los agentes económicos involucrados pueden ser identificados directamente, pero también indirectamente, a partir de actos, hechos o convenciones que involucren intermediarios u otros instrumentos.

B. DETERMINACIÓN DE SI MÚLTIPLES TRANSACCIONES (“O CONJUNTO DE ELLOS”) CONSTITUYEN O NO UNA SOLA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN

28. Todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que califique como operación de concentración, queda sujeto a la evaluación de esta Fiscalía. Algunas veces, varias transacciones⁷, que individualmente no califican como concentración, si son tomadas en conjunto, califican como operación de concentración y se encuentran sujetas a control de la FNE. El propósito de ello es impedir que los agentes económicos evadan el control de esta Fiscalía al dividir o escalonar la operación de concentración en varias transacciones.

29. **Transacciones interrelacionadas:** Serán tales, si existe un vínculo de mutua condicionalidad y/o de accesoriedad entre cada uno de los hechos, actos o convenciones involucradas, de manera tal que uno de estos no podría producirse sin los otros, sea a nivel de circunstancias de hecho, de derecho o de racionalidad económica.

30. La Fiscalía considerará distintos elementos para determinar si dicha interrelación está o no lo suficientemente establecida, sea desde el punto de vista del objeto o efectos de las transacciones, o de la intención de quienes son partes directa o indirectamente de las mismas. Entre otros, podrán ser considerados factores relevantes, los vínculos legales o acuerdos de actuación conjunta, las razones de negocio o intención de los agentes económicos que consten en antecedentes relevantes. Las transacciones interrelacionadas pueden ser tratadas como una única operación de concentración siempre que el control último sea tenido por el mismo agente económico, aun cuando en las distintas etapas hayan intervenido distintos agentes económicos.

⁷ El concepto de transacción para estos efectos lo consideramos como sinónimo de hecho, acto o convención.

31. **Transacciones sucesivas:** Serán tales, si se producen dos o más transacciones entre unos mismos agentes económicos durante un período de dos años, siendo razonable concluir que estas tienden hacia una única operación de concentración al analizarlas conjuntamente. Así, por ejemplo, dos o más actos independientes, que individualmente considerados no otorguen el control de ningún agente económico a otro, o bien no otorguen el control de la totalidad o de parte relevante de los activos de un agente económico a otro, podrían conferirle si son considerados conjuntamente y deberán, en tal caso, ser sometidos a evaluación como una única operación de concentración.

C. COMPETENCIA TEMPORAL

32. Habiendo establecido que el objeto de la evaluación de las operaciones de concentración es preventivo, resulta esencial determinar desde qué momento, anterior al perfeccionamiento de la misma, puede la Fiscalía evaluarlas. Se considera que la intención real y seria de las partes de perfeccionar la operación de concentración, es suficiente. Dicha intención puede manifestarse en cualquier forma y verse reflejada en diversos antecedentes, entre otros, carta de intención, memorándum de entendimiento, borrador inequívoco del documento donde consta la operación, o anuncios públicos de la intención de llevar a cabo una oferta pública.

33. En caso de transacciones interrelacionadas, se entenderá que la operación de concentración y, por tanto, la posibilidad de control por parte de esta Fiscalía, existe una vez que la interrelación y la intención real y seria de las partes de la operación de concentración, de perfeccionarla, son claras.

34. En el caso de transacciones sucesivas entre los mismos agentes económicos, se entenderá que son una misma operación de concentración, si existe claridad respecto de la sucesión de hechos, actos o convenciones. A este respecto, independientemente del número de transacciones que tengan lugar, deberá notificarse tan pronto una de ellas califique como operación de concentración, o tan pronto algunas de ellas consideradas conjuntamente formen una operación de concentración⁸.

V. PÉRDIDA DE INDEPENDENCIA A TRAVÉS DE UNA FUSIÓN, ADQUISICIÓN DE DERECHOS O ACTIVOS, O ASOCIACIÓN

35. De conformidad con el artículo 47 del DL 211, una operación de concentración se produce cuando “*dos o más agentes económicos [...] cesen en su independencia*”. Aquello puede ocurrir si dos agentes económicos combinan sus actividades o se fusionan para

⁸ En tal caso, la Fiscalía requerirá información de las transacciones celebradas dentro del período de dos años, con el objeto de analizarlas conjuntamente.

constituir un único agente económico (*fusión*); si uno adquiere derechos que le permiten influir decisivamente en la administración de otro, o bien, si adquiere el control sobre activos (*adquisición*); o si se asocian bajo cualquier modalidad para crear un nuevo agente económico (*joint venture*). Cada una de estas vías de concentración son examinadas en detalle más adelante. Sin perjuicio de ello, a continuación, se da cuenta de algunos aspectos comunes a todas ellas relevantes para el análisis.

A. ASPECTOS COMUNES A TODA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN

i) Pérdida de independencia.

36. La libre competencia requiere de agentes económicos independientes para que tenga lugar. La reducción o pérdida de dicha independencia puede, por tanto, impedir, restringir o entorpecer la primera. Desde ese punto de vista, el control de operaciones de concentración se focaliza en la pérdida de independencia o cambios en la estructura del mercado. Si la transacción no implica una transferencia o cambio que lleve a un cese o pérdida en la independencia, no será objeto de evaluación bajo el régimen de control de operaciones de concentración.

ii) Durabilidad.

37. Dicho cese en la independencia debe tener carácter duradero para contar con la potencialidad de cambiar la estructura del mercado y reducir sustancialmente la competencia. Por tanto, la pérdida de independencia que se produzca como consecuencia de una fusión, adquisición de derechos o activos, o *joint venture*, debe tener una duración suficiente, en términos tales, de poder producir efectos en el mercado.

38. Los siguientes criterios serán aplicables por la Fiscalía al momento de analizar el carácter duradero del cese en la independencia.

39. *Principio de durabilidad.* La Fiscalía adoptará un enfoque basado en los efectos al momento de evaluar el elemento de durabilidad. Asimismo, se analizará caso a caso si existe o no la potencialidad de cambiar la estructura del mercado, sin que sea posible efectuar generalizaciones *ex ante*. Para dicho análisis serán considerados, entre otros, las características propias de la transacción, el mercado en que tiene lugar⁹, o los ciclos de la actividad económica. Es preciso considerar que incluso transacciones que tengan un plazo determinado o que sean de corto tiempo podrían tener un efecto duradero en la estructura de mercado, dependiendo del impacto en el período de tiempo para el cual fueron provistas o de sus respectivas renovaciones.

⁹ Así, por ejemplo, mercados relacionados con la tecnología tenderán a considerar períodos más cortos como “durables”, debido al rápido desarrollo y evolución del mismo, en tanto que otros mercados, como la industria farmacéutica o de industrias pesadas o de infraestructura, tenderán a contemplar períodos más extensos.

40. *Excepción de temporalidad.* Si las partes señalan que una transacción no es una operación de concentración porque es solo temporal, tendrán la carga de probar la falta de perdurabilidad de la transacción y de los efectos que de ella pudieran derivarse en el mercado.

41. *Transacciones transitorias.* Una transacción es sólo transitoria (i) hasta que otra transacción duradera tenga lugar, o (ii) porque está condicionada a la ocurrencia de un evento independiente, que se estima duradero y, por tanto, se considerará como una operación de concentración, una vez que la transacción duradera hubiere tenido lugar, o bien el evento independiente o condición, haya acaecido.

42. El período intermedio durante el cual sea considerada dicha transacción como transitoria, no debería extenderse en demasía. En caso que la transacción duradera, evento o condición sean remotas o inciertas, la primera transacción, considerada en un principio como transitoria, podrá ser considerada como duradera y, por tanto, quedará sujeta al control de operaciones de concentración.

43. En cualquier caso, todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que no califique como operación de concentración, podrá igualmente ser evaluado por esta Fiscalía bajo otros regímenes, según las reglas generales en caso de que este impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos.

B. VÍAS PARA UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN

44. El artículo 47 del DL 211 establece diversas vías a través de las cuales pueden obtenerse los resultados propios de una operación de concentración. Estos hechos, actos o convenciones, de acuerdo al texto del mencionado artículo 47, son los siguientes:

- a) *“Fusionándose, cualquiera que sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión;*
- b) *Adquiriendo, uno o más de ellos, directa o indirectamente, derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, influir decisivamente en la administración de otro;*
- c) *Asociándose bajo cualquier modalidad para conformar un agente económico independiente, distinto de ellos, que desempeñe sus funciones de forma permanente;*
- d) *Adquiriendo, uno o más de ellos, el control sobre los activos de otro a cualquier título”.*

45. Debe tenerse en consideración que los elementos centrales de cada una de estas hipótesis difieren. En efecto, respecto de la letra b) y d) del artículo 47, es la noción de cambio en la influencia decisiva o control sobre un agente económico que subsiste lo que resulta determinante. En el caso de la letra a) del artículo 47, es la desaparición íntegra de un agente económico; mientras que para la letra c) del mismo artículo, será la creación de una nueva entidad conjunta independiente de los agentes económicos que la constituyen.

46. En lo sucesivo, se analizarán los alcances de cada una de estas alternativas.

i) *“Fusionándose, cualquiera que sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión”*

47. Al tenor de lo señalado en el literal a) del artículo 47 del DL 211, se entenderá que realizan una operación de concentración los agentes económicos que procedan a fusionarse, independientemente de la naturaleza jurídica de los mismos, o del agente económico que resulte de la fusión.

48. La Fiscalía entiende que constituyen una fusión, todas las operaciones en las que, de la reunión de dos o más agentes económicos surja un nuevo agente económico, o subsista uno solo de ellos, con un único patrimonio, reuniendo en ello la totalidad del activo y pasivo de los agentes económicos que han concurrido a la fusión¹⁰.

49. Constituye también una fusión cuando los agentes económicos fusionados, aun manteniendo su existencia jurídica independiente, unifican sus actividades económicas, negocios o patrimonios, siendo relevante a estos efectos la pérdida de la independencia económica, ya sea directa o indirectamente, por parte de los agentes económicos absorbidos, más que la forma jurídica adoptada para cumplir dicha finalidad¹¹.

50. Consecuentemente, y sin que la siguiente enumeración sea taxativa, se entenderá que constituyen una fusión para efectos de esta guía los siguientes:

- *Fusión por creación/combinación*, o fusión propiamente tal, en la cual los agentes económicos a fusionarse se disuelven y aportan su patrimonio a una nueva sociedad que se constituye para tal efecto;

¹⁰ Si bien el concepto de fusión se encuentra reconocido en el artículo 99 de la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas (*“reunión de dos o más sociedades en una sola que las sucede en todos sus derechos y obligaciones, y a la cual se incorporan la totalidad del patrimonio y accionistas de los entes fusionados”*), para efectos del análisis de competencia de la Fiscalía, será considerado en un sentido más amplio.

¹¹ Lo anterior puede suceder por una combinación de las actividades de los agentes económicos que, *de facto*, resulta en la creación de una sola unidad económica. Esta situación podría ocurrir cuando dos o más agentes económicos, si bien reteniendo su personalidad jurídica, contractualmente establecen una sola administración o gestión común con carácter de duradera.

- *Fusión por incorporación/absorción*, en la cual uno (o más) de los agentes económicos a fusionarse se disuelve y es absorbido por un agente económico ya existente, el que adquiere todos sus activos y pasivos;
- En ausencia de una fusión legalmente perfeccionada, la combinación de actividades económicas de agentes económicos previamente independientes, de lo que resulte la creación de una unidad económica. Por ejemplo, cuando dos o más agentes económicos mantengan su personalidad jurídica, pero estableciesen una administración común.

51. Finalmente, cabe hacer presente que, sin perjuicio de verificarse la disolución de una o más agentes económicos partícipes de la fusión, esta presupone la existencia de un continuador legal de los derechos, obligaciones y actividades económicas de los agentes económicos fusionados, no siendo un elemento excluyente ni necesario el que se proceda a la liquidación del agente económico que cesa en su existencia, para entender que se ha verificado una fusión.

ii) “Adquiriendo uno o más de ellos, directa o indirectamente, derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, influir decisivamente en la administración de otro”

52. La adquisición supone agentes económicos previamente independientes, donde uno o más de ellos obtiene el control o influencia decisiva sobre otro, sin que ocurra la creación de un nuevo agente económico.

a. Concepto de influencia decisiva o control

53. Al tenor de lo señalado en la letra b) del artículo 47 del DL 211, se entenderá que constituye una operación de concentración todo hecho, acto o convención que tenga como resultado otorgar a un agente económico la posibilidad de influir decisivamente o controlar¹², directa o indirectamente, a otro agente económico perteneciente a un grupo empresarial distinto.

¹² Esta Fiscalía entiende el concepto de control e influencia decisiva, incluidos en las letras b) y d) del artículo 47 del DL 211 como sinónimos y serán utilizados indistintamente.

Tal como se señaló en la nota al pie número 6, la definición de influencia decisiva o control que consta en este apartado de la presente Guía, es específica para el análisis de competencia que debe realizarse con ocasión de la aplicación de las letras b) y d) del artículo 47 del DL 211. Por lo mismo, el concepto de influencia decisiva o control consagrado en las letras b) y d) del artículo 47 del DL 211, no necesariamente coincide, por ejemplo, con la definición de control dada por la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores en sus artículos 97 y siguientes. En el derecho de sociedades el concepto de control tiene como idea central otorgar transparencia a las relaciones comerciales por medio de la identificación e individualización del grupo con el que se está haciendo negocios, así como también la protección de los accionistas minoritarios. Por su parte, en el derecho de la competencia, el concepto de influencia decisiva o control, busca determinar aquellas situaciones en las cuales

54. La Fiscalía entiende por control o influencia decisiva la posibilidad, *de jure* o *de facto*, de determinar -o vetar- la adopción de decisiones sobre la estrategia y comportamiento competitivo de un agente económico. Dicho control supone, entre otros, influir decisivamente o controlar la composición de su administración, derechos a voto, decisiones estratégicas o de negocios, o, en general, influir en el desenvolvimiento competitivo del mismo.

55. Es relevante señalar que será suficiente la posibilidad de influenciar decisivamente o controlar el actuar competitivo de otro agente económico para entender que se configura la hipótesis de la letra b) del artículo 47 del DL 211, no siendo necesario determinar si efectivamente se ha concretado o no dicha influencia decisiva o control, o si se ejercerá o no en el futuro.

56. La posibilidad de ejercer influencia decisiva o control en otro agente económico será materia de análisis caso a caso, por parte de la Fiscalía, considerando la relación efectiva entre los agentes económicos respectivos.

b. Medios y tipos de influencia decisiva o control contenido en la letra b) del artículo 47 del DL 211

57. La letra b) del artículo 47 del DL 21 establece que la adquisición habrá de referirse a “*derechos que le permitan, en forma individual o conjunta*”. Lo anterior puede derivarse a partir de un reconocimiento legal (por ejemplo, acciones o contratos) o de circunstancias de hecho o económicas. Un derecho puede conferir la influencia decisiva o control por sí mismo, o bien en conjunto con otro tipo de derechos o situaciones de hecho.

58. La Fiscalía analizará quien, en último orden, tiene la influencia decisiva o control.

59. Dichos derechos pueden permitir, por ejemplo, contar con la mayoría de los votos en los órganos que administran el agente económico adquirido o bien influir, en la determinación de los planes de negocios del agente económico controlado; en la aprobación de sus presupuestos; en la designación de ejecutivos principales, o cualquier otra prerrogativa que diga relación con su desempeño competitivo.

60. El análisis será cualitativo, y no quedará limitado a la mera determinación de los porcentajes de participación accionaria. Una participación minoritaria puede ser considerada como una adquisición de derechos que permiten influir decisivamente, cuando, por ejemplo, aquella participación confiere derecho a veto respecto de decisiones

una entidad puede influenciar el desempeño competitivo de otra, y con ello eventualmente reducir sustancialmente la competencia en los mercados.

estratégicas, o existe un acuerdo con otros accionistas que le permitan bloquear decisiones estratégicas.

61. Dependiendo de los derechos o participaciones que se tienen, la influencia decisiva o control puede ser de diversos tipos: directo o indirecto, individual o conjunto, positivo o negativo, *de jure* o *de facto*.

62. Los derechos o participaciones que se tienen, determinan la naturaleza, nivel y tipo de influencia decisiva o control.

(1) *Control directo o indirecto*

63. Se entiende que es adquirido de forma directa, cuando quien tiene la posibilidad de influir decisivamente en otro agente económico, es el mismo agente económico titular del poder para ejercer dicha influencia decisiva.

64. Por otra parte, se considera que el control es indirecto cuando un agente económico se vale de un agente económico distinto, perteneciente o no a su grupo empresarial, para adquirir el control, y es este último quien tiene la posibilidad material de influir decisivamente, sin perjuicio de que actúe de manera instrumental o representando al primero. Dicho control indirecto puede tener su origen o no en la pertenencia a un mismo grupo empresarial, o bien en relaciones de propiedad o contractuales, vínculos financieros, relaciones familiares, entre otros.

(2) *Control individual o conjunto*

65. Control individual se verifica cuando un único agente económico tiene la posibilidad de influir decisivamente en las decisiones competitivas de otro agente económico a su sola voluntad y sin requerir el consentimiento de otro, sin que ningún otro agente económico pueda influir decisivamente en aquel. El control individual puede configurarse por derechos positivos o negativos, según es explicado bajo el título *control positivo o negativo*.

66. Control conjunto se verifica cuando dos o más agentes económicos tienen la posibilidad de ejercer influencia decisiva sobre otro agente económico. En estos casos, la adopción de las decisiones sobre la estrategia y comportamiento competitivo del agente económico requerirá necesariamente el consenso, sea a través de medios jurídicos o *de facto*, de los agentes económicos controladores. El control conjunto se configura generalmente de manera negativa, según es ilustrado en la sección siguiente (*control positivo o negativo*).

(3) *Control positivo o negativo*

67. Control positivo se verifica cuando el agente económico controlador tiene la posibilidad de determinar las decisiones sobre la estrategia y comportamiento competitivo del agente económico en cuestión. En la mayoría de los casos, este tipo de control positivo se adquirirá cuando se participa en la propiedad del agente económico adquirido y se puede asegurar la mayoría de los votos o de miembros en los órganos que lo administran, o bien se adquiere el derecho a administrar las actividades del agente económico y determinar su política comercial en base a su estructura organizacional. Por ejemplo, cuando se puede asegurar la mayoría de los votos en las juntas de accionistas y elegir a la mayoría de los directores, tratándose de sociedades anónimas, o asegurar la mayoría de los votos en las reuniones de sus miembros y designar al administrador o representante legal o la mayoría de ellos, en otro tipo de sociedades, o incluso cuando es titular de acciones preferentes respecto de las cuales, sin perjuicio de no tener la mayoría de las acciones con derecho a voto, tiene prerrogativas exclusivas que le permiten ejecutar alguna de dichas acciones.

68. Control negativo se verifica cuando tiene la capacidad de veto o bloqueo de las decisiones sobre la estrategia y comportamiento competitivo del agente económico controlado. Por ejemplo, bloquear decisiones relacionadas con la entrada a nuevos mercados, el plan de negocios, la aprobación del presupuesto, la designación de los administradores y principales ejecutivos y la autorización de determinadas inversiones; o incluso cuando es titular de acciones preferentes que tienen prerrogativas exclusivas que le permiten vetar alguna de dichas decisiones.

69. Lo anterior, independiente de la composición de la propiedad del agente económico controlado, pues es posible que un propietario minoritario, basándose en la existencia de actos o convenciones respecto del agente económico controlado, o bien conforme a las facultades que tenga en virtud de los estatutos, tenga la posibilidad de ejercer influencia decisiva¹³.

70. El control conjunto negativo puede fundarse en la igualdad de derechos políticos¹⁴, pacto de actuación conjunta¹⁵, o existencia de derechos de veto sobre decisiones estratégicas o esenciales para el desempeño competitivo del agente económico.

¹³ En aquellos casos en que las participaciones minoritarias no confieran la posibilidad de influir decisivamente en la administración de otro agente económico, no será considerado dentro de la hipótesis de la letra b) del artículo 47 del DL 211. Lo anterior, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 4 bis del DL 211, respecto de las adquisiciones de participaciones en empresas competidoras.

¹⁴ Esto es, cuando dos o más agentes económicos se distribuyen en proporciones iguales los derechos políticos en el agente económico controlado o bien cuando tienen derecho a nombrar el mismo número de miembros de su directorio.

¹⁵ Corresponde a aquellos casos en que titulares de derechos políticos que, individualmente representen porcentajes inferiores a la mayoría absoluta de los mismos, suscriban un acuerdo o pacto en el que convienen su actuación conjunta respecto de las decisiones que se adopten en el agente económico controlado.

(4) *Control de jure o de facto*

71. El control *de jure* deriva de los actos o convenciones que confieren control positivo o negativo precedentemente expuestos.

72. Por su parte, el control *de facto* se verifica cuando la adquisición de determinados derechos permite, en la práctica, y basado en situaciones de hecho, controlar la estrategia y comportamiento competitivo del agente económico. Para determinar lo anterior, la Fiscalía podrá atender a la conducta en el tiempo, incluyendo la tasa de asistencia a las juntas de accionistas en años previos; a otros factores adicionales, entre ellos, la dispersión en la propiedad del agente económico controlado, la existencia de otros accionistas importantes que tengan vínculos estructurales, económicos o familiares con otro accionista minoritario importante (es probable que alineen sus votos, llevando el porcentaje combinado por sobre el nivel requerido para una mayoría); o, a cualquier otra situación que permita ejercer influencia decisiva sobre un agente económico.

c. Cambio decisivo en la calidad o estructura del control

73. El concepto de control no solo aplica respecto de operaciones de concentración que produzcan un cambio de identidad del controlador de un agente económico, sino también como se expresa por el legislador en los artículo 47 letras b) y d) del DL 211, la pérdida de independencia se produce cuando toma la forma de un cambio esencial en la calidad o estructura del referido control¹⁶.

74. En el evento que se produzcan cambios en la calidad o estructura del control, que modifiquen la forma cómo el respectivo agente económico puede ejercer su influencia decisiva en el agente económico controlado, se entenderá que se produce una nueva operación de concentración. Por ejemplo, cuando se pasa de tener un control individual a uno conjunto, viceversa, o se amplía el número de controladores conjuntos.

75. Lo anterior independientemente de si esta Fiscalía haya conocido y aprobado, previa y formalmente, la adquisición de dicha influencia decisiva mediante un procedimiento desarrollado en los términos del Título IV del DL 211.

76. No obstante, los cambios en el nivel de las participaciones accionarias o societarias de los agentes económicos titulares del control, sin que se produzcan cambios en las prerrogativas que emanan de dicha participación ni en la composición de la estructura de

¹⁶ Artículo 47 letra b): “Adquiriendo **uno o más de ellos** [...] derecho que le permitan en **forma individual o conjunta** influir decisivamente en la administración de otro”; Artículo 47 letra d): “Adquiriendo, **uno o más de ellos, el control** sobre los activos de otro a cualquier título”.

control de la entidad controlada, no constituyen un cambio en la naturaleza del control y por lo tanto no son considerados como operación de concentración.

iii) “Asociándose bajo cualquier modalidad para conformar un agente económico independiente, distinto de ellos, que desempeñe sus funciones de forma permanente”

77. La letra c) del artículo 47 del DL 211 señala que se producirá una operación de concentración cuando dos o más Agentes Económicos (“los constituyentes”), procedan a asociarse a través de cualquier hecho, acto o convención que dé origen a un agente económico independiente, respecto de sus constituyentes, de forma permanente en el tiempo. Este nuevo agente o asociación lo denominaremos *joint venture*¹⁷.

78. La hipótesis que contempla el DL 211 no considera relevante la influencia decisiva o control para calificar una asociación de este tipo como de aquellas previstas en la letra c) del artículo 47. Lo relevante es que el nuevo agente económico independiente que se crea pueda desempeñar sus funciones de forma permanente, esto es, se recoge un criterio de plena funcionalidad, sin que la forma que adopte ni el hecho de tener o no ánimo de lucro afecte la determinación de si concurre o no el supuesto contemplado en la letra c) de dicha disposición.

79. El *joint venture* puede tomar la forma, sin que la siguiente enumeración sea exhaustiva, de un contrato de sociedad, o de una estructura organizacional diferente, con o sin personalidad jurídica, tales como comunidades, asociaciones, sociedades de hecho, asociaciones de cuentas en participación, entre otras. Como se indicó, lo relevante es si el *joint venture* creado puede o no ser un agente económico independiente, *de jure* o *de facto*.

80. Por tanto, una asociación o *joint venture* entre los constituyentes que no conforme un nuevo agente económico independiente y permanente, no calificará como operación de concentración y, por lo mismo, no será evaluado por la Fiscalía de conformidad al procedimiento del Título IV del DL 211. Sin perjuicio de ello, dichos actos de colaboración o de coordinación entre competidores podrían ser investigados por la FNE en virtud de las reglas generales y eventualmente puestos en conocimiento del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

81. A continuación, se analizan las dos condiciones requeridas en la letra c) del artículo 47 del DL 211, que permiten dar cuenta cuándo una determinada asociación o *joint venture* ha de ser considerada como operación de concentración: (i) creación de un nuevo agente económico, y (ii) el *joint venture* debe tener plena funcionalidad.

¹⁷ El concepto de *joint venture* es utilizado en esta Guía como aquel comprensivo de la definición que el DL 211 incluye en la letra c) del artículo 47, esto es, como referido a toda asociación. Sin perjuicio de ello, se optó por una denominación más abreviada para efectos de mayor facilidad en las referencias futuras que haya de efectuarse en relación a esta vía de operación de concentración.

a. Creación de un nuevo agente económico

82. Se requiere la conformación, es decir, la entrada en el mercado de un agente económico distinto de sus constituyentes. Es esta creación del nuevo agente económico lo que genera un cambio duradero en la estructura del mercado, y que justifica el control que habrá de efectuar la Fiscalía, según lo dispuesto en el Título IV del DL 211.

83. Preciso es considerar que el agente económico que se crea puede ser totalmente nuevo, o bien surgir a partir de actividades o activos preexistentes, aportados por los constituyentes para tal efecto.

84. Los constituyentes pueden o no controlar el *joint venture*. En caso de ser dos constituyentes, generalmente tendrán el control individual o conjunto; en caso de ser tres o más los constituyentes, el *joint venture* puede existir sin que ninguno de sus constituyentes tenga el control.

b. Autonomía funcional (independencia)

85. La letra c) del artículo 47 del DL 211 requiere un agente económico independiente, que desempeñe sus funciones en forma permanente, esto es, el *joint venture* debe ser completamente autónomo desde el punto de vista funcional y operacional y contar con la posibilidad de desarrollar plenas funciones en el mercado.

86. La autonomía funcional del *joint venture* tiene una dimensión normativa y otra económica:

- Normativamente, dicha funcionalidad viene dada por considerar al *joint venture* como un agente económico soberano jurídicamente, con patrimonio propio y capacidad de obligarse y actuar en la vida del derecho de manera autónoma.
- Desde una perspectiva económica, dicha funcionalidad viene dada por la posibilidad de que el nuevo agente económico desarrolle su actividad económica con recursos suficientes para funcionar en el mercado, de manera autónoma de sus constituyentes, desempeñando todas las funciones que normalmente desarrollan las empresas presentes en dicho mercado. Lo anterior, implica contar con acceso a recursos humanos, operativos y financieros suficientes para desarrollar una actividad económica de manera independiente y permanente.
- A contrario, si el nuevo agente económico asume únicamente una función dentro de las actividades empresariales de sus constituyentes, sin tener acceso o presencia

propia en el mercado, se entenderá que no goza de autonomía. Este es el caso, por ejemplo, de una asociación que desarrolla una actividad accesoria o auxiliar a la actividad principal de sus constituyentes, como la de investigación y desarrollo (*R&D*), o producción o manufactura en apoyo a sus relacionadas.

87. Dicha autonomía jurídica y económica no necesariamente implica que el nuevo agente económico no pueda ser controlado en sus decisiones estratégicas por sus constituyentes. Lo relevante es que el *joint venture*, goce de autonomía en un sentido operacional.

88. Aun cuando el *joint venture* pueda desarrollar su propia actividad económica, es relevante, para determinar su autonomía, la relación que existe entre este y sus constituyentes. En particular, la presencia de los constituyentes en mercados aguas arriba o aguas abajo es un elemento importante para determinar si el *joint venture* se desempeñará o no de forma autónoma.

89. El hecho que durante el período inicial de funcionamiento el *joint venture* dependa casi exclusivamente de ventas o servicios prestados a sus constituyentes, o a alguna entidad que pertenezca al mismo grupo empresarial, no impedirá que se le reconozca autonomía. No obstante, el análisis mercado a mercado que se realice, esta Fiscalía podrá entender como razonable un plazo de hasta tres años contado desde que principie la referida asociación (período de emancipación), a menos que existan antecedentes que den cuenta que para un mercado específico un período mayor o menor fuere el adecuado para calificar dicha dependencia como temporal.

90. Tener relaciones económicas (actuales o potenciales) con agentes económicos distintos de sus constituyentes puede ser un factor relevante para determinar su autonomía, por lo que será relevante considerar la proporción que representan las ventas a sus constituyentes con respecto a la producción total del *joint venture*. El hecho que el *joint venture* consiga más de un 50% de su volumen de negocios de terceros puede ser indicativo de su autonomía. Por debajo de ese nivel se requerirá un análisis caso a caso, considerando, entre otros factores, la relación entre el nuevo agente económico y aquellos que lo constituyeron. Dicha relación, deberá ser a condiciones de mercado ordinarias y en base a las mismas condiciones con las que procede a la contratación con terceros. En el caso que el *joint venture* compre a sus constituyentes, pueden surgir dudas sobre su autonomía, si el valor que éste añade a los productos o servicios es reducido. Finalmente, la Fiscalía podrá también considerar si los constituyentes son activos en el mismo mercado o en otros relacionados, y el hecho de que esa presencia pudiera reducir la habilidad del *joint venture* de ser plenamente autónomo y duradero.

c. *Cambios en la nueva entidad*

91. Cualquier cambio en el control del *joint venture* puede constituir una nueva operación de concentración, según sea el caso, conforme lo disponen las letras a), b) y d) del artículo 47 del DL 211. Así, entre otros, en casos en que exista un cambio de control individual a conjunto, o viceversa, respecto del *joint venture*; se genere una transferencia de activos o derechos estratégicos antes pertenecientes al *joint venture*; la actividad económica desarrollada por el *joint venture* es dividida o transferida a uno o más de sus constituyentes o terceras partes; el propio *joint venture* adquiere o se fusiona con otro agente económico, o bien adquiere otros activos o derechos estratégicos de sus constituyentes o terceras partes. Asimismo, por la aplicación del artículo 47 letra c), constituye una nueva operación de concentración la transferencia por los constituyentes al *joint venture* de derechos o activos adicionales significativos que pueden ampliar las actividades del *joint venture* a otros mercados que no eran objeto del *joint venture* original y tales actividades se pueden realizar con plenas funciones en el mercado.

d. *Excepciones*

92. Las asociaciones o *joint venture* que no tienen autonomía funcional, o que no son de carácter duradero, no pueden ser calificados como operaciones de concentración¹⁸.

93. Así, por ejemplo, asociaciones o consorcios temporales constituidos específicamente con el objeto de participar en licitaciones públicas o privadas, están excluidos del control a que se refiere el Título IV del DL 211, sin perjuicio de las otras disposiciones generales del DL 211 que fueren aplicables al efecto. No obstante, una vez tomada la decisión a favor del *joint venture* en cuestión, este criterio de durabilidad se entiende cumplido y eventualmente podría constituir una operación de concentración, en la medida que se cumplan los restantes criterios mencionados en esta sección de la Guía, para lo cual deberá evaluarse el caso concreto.

94. Tampoco se considerará que el *joint venture* funcionará con carácter permanente si se crea con una duración determinada y breve. Es el caso de los *joint venture* creados para un proyecto concreto, y que una vez creados no intervendrán en el funcionamiento del proyecto¹⁹.

¹⁸ Dichas asociaciones quedan bajo las reglas generales del DL 211, particularmente si restringen la competencia.

¹⁹ Por ejemplo, la construcción de una obra de infraestructura, pero que no se intervendrá en el funcionamiento de esta una vez construida.

iv) “Adquiriendo, uno o más de ellos, el control sobre los activos de otro a cualquier título”

95. El artículo 47 letra d) del DL 211 prescribe que la adquisición a cualquier título del control de los activos de un agente económico por parte de otro u otros agentes económicos, pertenecientes a un grupo empresarial distinto, da lugar a una operación de concentración.

96. La letra d) del artículo 47 del DL 211 es una especificación, en cierto sentido, del supuesto contenido en la letra b) de la misma disposición. En efecto, la letra d) del artículo 47 hace explícito el que la adquisición de influencia decisiva sobre un agente económico, que da lugar a una operación de concentración, puede también tener lugar a través de la adquisición de activos. Por tanto, los conceptos y condiciones descritas en esta Guía a propósito de la letra b) del artículo 47, serán aplicables, en lo que fuere pertinente, a lo que se consigna respecto de la letra d) de la misma disposición, como por ejemplo, lo que se refiere a la definición del concepto de influencia decisiva o control, los medios o formas de ejercer dicho control, así como los derechos mismos, y los tipos de control que pudieren resultar de aquel (control individual o conjunto, *de jure* o *de facto*, etc).

97. Esta sección de la Guía se centrará en los elementos específicos de la letra d) del artículo 47 del DL 211, particularmente en la determinación de cuáles son los activos relevantes que pueden generar un cese en la independencia y, por tanto, su adquisición pueda ser calificada como una operación de concentración sujeta a control, en la medida que concurren los restantes requisitos. En términos generales, activos relevantes serán aquellos que tengan la habilidad de cambiar la estructura o las dinámicas competitivas de los mercados; no lo serán, aquellos que no tengan importancia competitiva.

98. El control de activos puede ser adquirido por medios *de facto* o *de jure*, como, por ejemplo, derechos reales o personales que otorguen el dominio, la posesión o la mera tenencia, el uso o goce, o cualquier otra clase de derechos que permitan influir decisivamente en la explotación de los activos.

99. En lo sucesivo, constan los elementos a considerar al momento de determinar cuáles son los activos que califican como activos de un agente económico que contempla la letra d) del artículo 47 del DL 211.

a. *Activos relevantes de un agente económico bajo la letra d) del artículo 47 del DL 211*

100. Para que el cambio de control de activos dé lugar a una operación de concentración, será necesario que dichos activos sean relevantes y sustanciales en la medida suficiente para producir un impacto en el mercado y en la competencia. A su vez, los activos adquiridos deben permitir el desarrollo de una actividad económica continua.

101. Se producirá una situación de relevancia, cuando los activos respecto de los cuales se adquiere el control tengan: (i) la capacidad de desarrollar una actividad económica durable (en el mercado de los bienes o servicios), aun cuando no exista una organización o estructura societaria o corporativa respecto de dichos activos; (ii) la capacidad de producir un impacto en la competencia, particularmente cuando dichos activos otorgan al adquirente la posibilidad de desarrollar o reforzar su posición competitiva.

102. El referido impacto en la competencia es fácil de establecer en aquellos casos en que todos los activos de un agente económico son adquiridos, mientras que requerirán un análisis caso a caso las adquisiciones de solo parte de dichos activos, o de activos que han dejado o dejarán de ser económicamente operativos.

103. La Fiscalía considera que el concepto de *activos* es amplio, e incluye tangibles e intangibles. A modo de ejemplo, se entienden comprendidos dentro de dicho concepto, entre otros, plantas de producción, fábricas, oficinas, instalaciones de transporte, laboratorios o dependencias de investigación y desarrollo, trabajadores, reputación, datos o información, derechos de propiedad intelectual o industrial²⁰, plataformas de tecnología de la información²¹, carteras de clientes, algoritmos, fórmulas.

104. Asimismo, la relevancia económica y competitiva de los activos será determinada en concreto. El análisis estará basado en el mercado específico, las características competitivas del mismo, así como en el hecho de cuáles son los activos críticos o claves dentro del mismo.

105. El hecho que los activos no sean usados o no vayan a usarse, al tiempo de la adquisición, o el hecho que el vendedor haya cesado en sus actividades económicas, no será decisivo en la determinación de la relevancia de tales activos para la competencia. Sin embargo, mientras mayor sea el tiempo entre el cese de las actividades económicas y la adquisición del control sobre los activos, mayor será la probabilidad de que sea una mera adquisición de activos y no califique como una operación de concentración²². La capacidad de tales activos para poder seguir desarrollando la actividad económica debe mantenerse, o al menos ser posible, dentro de un período de tiempo razonable.

106. El hecho que los activos puedan generar ingresos, o que puedan atribuirse estos a aquellos, podrá ser indicativo de la relevancia de esos activos para la competencia y para ese mercado; sin embargo, no es un requisito esencial. Activos que no generen ingresos

²⁰ Un derecho de propiedad industrial o intelectual exclusivo, generalmente, tendrá mayor probabilidad de tener efectos en la competencia que uno no exclusivo, salvo el caso en que este último fuere conferido en combinación con otros elementos, como podrían serlo activos relevantes, entre ellos reputación o *know how*.

²¹ En su terminología en inglés, *IT* o *information technology*.

²² El solo hecho de que los activos no hayan sido efectivamente usados al tiempo de su adquisición, no es razón suficiente para entender que excede del control a que se refiere el Título IV del DL 211.

ni utilidades pueden también ser relevantes, particularmente si es que tales activos son altamente valorados por el adquirente²³.

VI. OPERACIONES QUE NO CONSTITUYEN OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

107. No se considerará que constituye una operación de concentración la adquisición temporal de títulos de valores hecha por personas naturales o jurídicas que, dentro de las actividades propias de su giro y de forma habitual, se dediquen de manera exclusiva a la realización de inversiones financieras o inversiones en activos financieros con recursos propios o bien por cuenta de terceros, para su reventa, siempre y cuando el adquirente de los mismos cumpla con los siguientes requisitos copulativos:

- a) Sea un intermediario de valores según lo dispone el artículo 24 de la Ley N 18.045 de Mercado de Valores, tales como corredores de bolsa, agentes de valores; o una institución bancaria o sociedad financiera; o un inversionista institucional, en los términos de la letra e) del artículo 4° bis del mismo cuerpo legal, tales como compañías de seguros, entidades nacionales de reaseguro y las administradoras de fondos autorizados por ley;
- b) No desarrolle directa o indirectamente el giro de las entidades cuyos títulos de valores adquiere;
- c) No ejerza los derechos de voto con el objeto de determinar el comportamiento competitivo del agente económico en cuestión o sólo ejerza dicho derecho con el fin de preparar la enajenación de la totalidad o de parte de dicho agente económico, de sus activos o de sus participaciones; y
- d) Enajene su participación en un plazo de un año a partir de la fecha de adquisición, es decir, reduzca su participación en el plazo citado a un nivel que no le confiera control sobre el agente económico.

108. Sin embargo, lo anterior podría ser modificado en el evento que existiesen antecedentes que dieran cuenta que los mismos le permiten a un agente económico

²³ Las ventas son relevantes para la determinación de los umbrales que fija la Res. 667. Por su parte, el valor de los activos resulta relevante para el establecimiento de la competencia de la Fiscalía y la posibilidad de someter una operación de concentración al control que se establece en el Título IV del DL 211, lo que va más allá de la determinación de si es o no obligatorio notificar determinadas transacciones.

adquirir la posibilidad de influir decisivamente en otro, caso en que será necesario analizar la operación de concentración bajo el Título IV del DL 211²⁴.

109. La excepción antes señalada no procede respecto de operaciones de concentración realizadas directamente por fondos de inversión, o por entidades controladas por estos o a través de mandatarios, en la medida que le permitan influir decisivamente en un agente económico, por ejemplo, mediante la designación de los miembros de los respectivos órganos de vigilancia y/o administración de las entidades.

VII. COMPETENCIA GEOGRÁFICA

110. La Fiscalía ejercerá su competencia cuando sea probable que una operación de concentración impacte el mercado y la competencia en Chile. Para que ese impacto exista, la concentración tiene que contar con un nexo geográfico con Chile.

111. El nexo geográfico de la operación de concentración con el país se encuentra establecido a través de los umbrales de notificación, los que consideran las ventas en Chile para su determinación. Así, el Título IV del DL 211 supone que deberán notificarse obligatoriamente a la Fiscalía, todas las operaciones de concentración que produzcan efectos en Chile y que iguallen o superen los umbrales de ventas en Chile que se indican en el artículo 48 del DL 211.

112. Tal disposición es respecto de aquellas operaciones de concentración cuya notificación sea obligatoria. Ahora bien, respecto de operaciones que no cumplan con tales requisitos, siempre quedará la posibilidad de que las partes de una operación de concentración puedan notificarla voluntariamente, así como la facultad de la Fiscalía de instruir investigaciones dentro del plazo de un año contado desde el perfeccionamiento de la operación, siempre que presenten un nexo apropiado con Chile, incluyendo ventas o presencia (por ejemplo, actividades o activos) y/o clientes o consumidores en territorio chileno.

VIII. COMPETENCIA TEMPORAL

113. En relación al momento a partir del cual la Fiscalía tiene competencia para iniciar el procedimiento del Título IV del DL 211, se considera que la intención real y seria de las partes de la operación de concentración, de perfeccionarla, es suficiente²⁵.

²⁴ Asimismo, las adquisiciones de participaciones minoritarias deberán cumplir con lo dispuesto en el artículo 4 bis del DL 211 si fuere procedente y aplicable a su respecto, con independencia de lo que en esta Guía se establece.

²⁵ En caso de una oferta pública de acciones la notificación podrá presentarse desde el anuncio de la oferta pública o desde que exista una intención real de realizar la oferta pública.

114. Las notificaciones de operaciones de concentración obligatorias y voluntarias a que hace referencia el artículo 48 del DL 211, serán admisibles desde que exista la intención real y seria de las partes de la operación de concentración de perfeccionarla y hasta antes de su perfeccionamiento

115. Respecto del inicio de investigaciones de oficio a que hace referencia el inciso noveno del artículo 48 del DL 211, la Fiscalía podrá hacerlo una vez perfeccionada la operación de concentración que pudo haber sido notificada y no lo fuere, y hasta dentro del plazo de un año contado desde dicho perfeccionamiento.

IX. CAMBIOS EN LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

A. MODIFICACIONES SUSTANCIALES

116. Modificaciones sustanciales que hayan de efectuarse a las operaciones de concentración podrán afectar la evaluación que haya hecho, o se disponga a hacer, la Fiscalía. Para tales efectos, serán particularmente relevantes aquellas modificaciones que digan relación con el tipo de operaciones de concentración de que se trate (vías para una operación de concentración), su duración y/o sus nexos geográficos.

117. Si la modificación sustancial tiene lugar antes de su notificación a la Fiscalía, la presentación que se realice deberá reflejar íntegramente la operación de concentración que pretende perfeccionarse a la fecha de dicha presentación.

118. Si la modificación sustancial tiene lugar una vez iniciada la evaluación a que se refiere el Título IV del DL 211, deberá de inmediato comunicarse a la Fiscalía, la que evaluará si continuar el análisis en dicho procedimiento, o bien habrá de entenderse que es una nueva operación de concentración, debiendo iniciarse un nuevo procedimiento en los términos del artículo 48 del DL 211.

119. Si la modificación sustancial tiene lugar una vez aprobada la operación de concentración por esta Fiscalía, con o sin medidas, las partes deberán informar de inmediato a la Fiscalía, quien procederá a analizar la modificación, evaluará si puede o no ser considerada la misma operación de concentración, si dichas modificaciones alteran o no el cumplimiento e implementación de las medidas comprometidas en caso que las hubiere, y determinará la necesidad de iniciar o no un nuevo procedimiento de los contemplados en el Título IV del DL 211.

B. ABANDONO

120. En caso que una operación de concentración fuere abandonada, será preciso comunicar esta circunstancia a la Fiscalía, acompañando todos los antecedentes que den cuenta de dicha decisión, con el objeto de tener certeza de que la operación de concentración proyectada no habrá de perfeccionarse.

X. CONCLUSIONES

121. La presente Guía establece los criterios que generalmente serán utilizados por la Fiscalía para determinar si una determinada transacción constituye o no una operación de concentración, los que van en línea con las prácticas internacionales y buscan dar claridad y certeza a los análisis que hayan de ser efectuados durante las negociaciones o toma de decisiones dentro de los más diversos negocios.

122. En particular, esta Guía pretende ser una ayuda para quienes requieran analizar si una transacción específica podría o no estar sujeta a control. En todo caso, la Fiscalía es quien en definitiva podrá determinar si es o no una operación de concentración y, por lo mismo, quienes tengan dudas al respecto podrán acercarse a la Fiscalía con el objeto de aclarar sus dudas y obtener directrices más detalladas en aquellos casos que lo requieran, como también presentar antecedentes que fundamenten su posición de no encontrarse frente a una operación de concentración en un caso específico.

123. La Fiscalía en su análisis bajo el Título IV del DL 211 tendrá un enfoque amplio, donde incluirá en su análisis aspectos legales, de hecho y económicos.

124. Si aplicando lo establecido en el DL 211, así como las directrices contenidas en esta Guía, se llega a la convicción de que existe una operación de concentración, será preciso revisar los umbrales establecidos en la Res. 667, con el objeto de determinar si es o no obligatorio notificar la referida operación. De no serlo, las partes siempre podrán notificar voluntariamente ante la Fiscalía. Asimismo, la Fiscalía podrá instruir investigaciones de oficio hasta contado un año desde el perfeccionamiento de la operación.

125. Al respecto, es preciso tener en consideración las sanciones contempladas en artículo 3 bis del DL 211 en caso de incumplimiento a diversas normas que dicen relación con el control de operaciones de concentración.

126. Si no existe una operación de concentración, la transacción no podrá ser analizada bajo el Título IV del DL 211. Lo anterior, no obsta a que las normas generales en materia de competencia puedan ser aplicables, como, por ejemplo, aquellas contenidas en el artículo 3 y artículo 39 del DL 211.

127. Finalmente, las disposiciones del Título IV del DL 211 se aplican de forma no discriminatoria a todos los agentes económicos, sin consideración a su estatus, organización legal, nacionalidad, propiedad, si son privados o públicos, entre otros. Lo que se persigue con el control preventivo es ver el impacto cualitativo que haya de tener una determinada operación de concentración en la estructura del mercado y en las dinámicas de competencia, con el objeto de evitar restricciones a esta, promover la actividad económica y el mayor bienestar posible para los consumidores.

* * * * *