

1310
TRIBUNAL DE DEFENSA
06 ABR 2018
LIBRE COMPETENCIA

FISCALIA
NACIONAL
ECONOMICA

EN LO PRINCIPAL: Interpone Requerimiento en contra de Minerva S.A. y JBS S.A.
PRIMER OTROSÍ: Acompaña versión electrónica. **SEGUNDO OTROSÍ:** Designa receptores judiciales. **TERCER OTROSÍ:** Personería, patrocinio y poder.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO, en representación de la **FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA** (en adelante "FNE" o "**Fiscalía**"), ambos domiciliados para estos efectos en calle Huérfanos N° 670, piso 8, comuna y ciudad de Santiago, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante "**H. TDLC**" u "**H. Tribunal**"), respetuosamente digo:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3° bis, 18 y siguientes, 26, 39, 49 y en las demás normas pertinentes del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, publicado en el Diario Oficial el 7 de marzo de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973 y sus modificaciones posteriores (en adelante "**DL 211**"), y fundado en los antecedentes de hecho, de derecho y económicos que a continuación expondré, interpongo Requerimiento en contra de las siguientes personas jurídicas (en adelante las "**Requeridas**");

I. **MINERVA S.A.** (en adelante, "**Minerva**"), sociedad anónima brasileña representada por su presidente don Fernando Galletti de Queiroz, ignoro profesión u oficio, ambos domiciliados para estos efectos en Prolongamento da Avenida Antonio Manco Bernardes S/N, Rotatória Família Vilela de Queiroz, Barretos, Sao Paulo, Brasil, sociedad que desarrolla su negocio en Chile –principal pero no exclusivamente– a través de su filial **Minerva Foods Chile SpA**, representada por don Oscar Darío Urzúa Ferrero, ignoro profesión u oficio, ambos domiciliados para estos efectos en Antonio Bellet N° 292, Oficina N° 1106, comuna de Providencia, Región Metropolitana, y;

II. **JBS S.A.** (en adelante "**JBS**"), sociedad anónima brasileña representada por su presidente don José Batista Sobrinho, ignoro profesión u oficio, ambos domiciliados para estos efectos en Avenida Marginal Direita do Tiête, N°500, Bloco I, 3° andar CEP 05118-100, Sao Paulo, Brasil, sociedad que desarrolla su negocio en Chile a través de su filial **JBS Chile Limitada** (en adelante "**JBS Chile**"), representada por don Miguel Gularte o doña Viviana Segovia de Paiva, ignoro profesiones u oficios, todos domiciliados para estos efectos en Avenida Estoril N° 200, oficina 824, comuna de Las Condes, Región Metropolitana.

Las Requeridas, por sí o a través de sus relacionadas, infringieron la prohibición del artículo 3° bis letra b) del DL 211, en relación al artículo 49 del mismo cuerpo legal, al perfeccionar una operación de concentración notificada a esta Fiscalía (en adelante la "**Operación**"), encontrándose ésta suspendida, al no haberse dictado ni encontrarse firme la resolución o sentencia que pusiera término al procedimiento de notificación.

I. ANTECEDENTES GENERALES

A. La notificación de la Operación y las investigaciones administrativas abiertas a su respecto

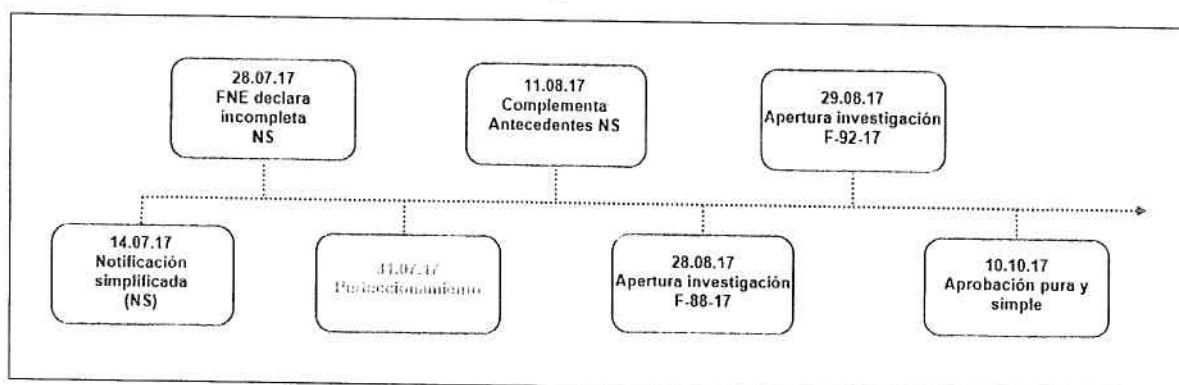
1. Con fecha 14 de julio de 2017, Minerva y JBS, conjuntamente, ingresaron a esta Fiscalía formulario de notificación simplificada (en adelante el "**Formulario**") mediante el cual pusieron en conocimiento de esta Fiscalía la Operación que proyectaban materializar, consistente en la adquisición –por parte de entidades relacionadas a Minerva– de la totalidad de las acciones de sociedades controladas directa o indirectamente por JBS.

2. Con fecha 31 de julio de 2017, las Requeridas informaron el cierre o perfeccionamiento de la Operación, no obstante encontrarse suspendida la misma en Chile, dado que esta Fiscalía aún no había dictado resolución de término del procedimiento de notificación.

3. Con fecha 28 de agosto de 2017, esta Fiscalía dio inicio a la Investigación Rol FNE F-88-2017¹ –relativa a la Operación propiamente tal– y, producto de la comunicación referida en el párrafo anterior, con fecha 29 de agosto de 2017 abrió la Investigación Rol FNE F-92-2017, a fin de investigar una eventual infracción al artículo 3° bis del DL 211. Finalmente, la Operación fue aprobada en forma pura y simple², a través de resolución de aprobación de fecha 10 de octubre de 2017.

4. La cronología de cada uno de los hitos previamente referidos se grafica en la siguiente figura:

Figura N°1



Fuente: Elaboración propia

B. Las partes notificantes de la Operación

5. En primer término, resulta pertinente señalar que Minerva “[...] es una sociedad brasileña que desarrolla su actividad económica en el mercado de la producción y comercialización de carne de vacuno y productos derivados, y en el procesamiento de proteínas porcinas y avícolas, exportando su producción a más de 100 países en el mundo [...] En Chile, funciona a través de su filial Minerva Foods Chile SpA, quien actúa como agente comercial, facilitando el acceso y asistiendo en

¹ Con anterioridad a ello, dentro del plazo previsto en el artículo 50 del DL 211, esta Fiscalía declaró incompleta la notificación de la Operación, a través de resolución de fecha 28 de julio de 2017. Las Requeridas subsanaron los errores y omisiones observados, por medio de presentación de fecha 11 de agosto de 2017.

² De conformidad a lo dispuesto en el artículo 54 letra a) del DL 211.

la negociación y venta a clientes en el país. En la mayoría de los casos, la venta y facturación se realiza directamente por los clientes locales a las entidades productivas en el extranjero, actuando el cliente respectivo como importador. Desde abril de 2016, participa también en el negocio de la distribución, llegando incluso al cliente final [...]”³.

6. Por su parte JBS “[...] también es una sociedad constituida en Brasil, productora de proteínas animales y procesadora de cueros, además de productos de higiene, limpieza, entre otros. Cuenta con operaciones en más de 150 países, dentro de los cuales se encuentra Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay [...] En Chile, JBS opera a través de su filial JBS Chile Limitada, como agente comercial de las plantas productivas ubicadas fuera del país, acordando las condiciones comerciales con los clientes, siendo las plantas quienes venden y facturan. Si bien existe venta directa en el país, estas representan un porcentaje muy bajo del total [...] Como es posible apreciar, las Partes tienen actividades superpuestas, pues ambas comercializan carne de vacuno en Chile [...]”⁴.

C. La Operación notificada

7. La Operación notificada consistió en la adquisición del 100% de las acciones de las empresas: (i) JBS Argentina S.A.; (ii) JBS Paraguay S.A.; (iii) Industria Paraguaya Frigorífica S.A.; y (iv) Frigorífico Canelones S.A. (sociedad uruguaya) (conjuntamente, “**Empresas Target**”), todas controladas por JBS, por parte de (i) Pul Argentina S.A.; (ii) Frigomerc S.A. (sociedad paraguaya)⁵; y (iii) Pulsa S.A. (sociedad uruguaya), respectivamente (en forma conjunta “**Sociedades Compradoras o Adquirentes**”), todas sociedades controladas por Minerva. La

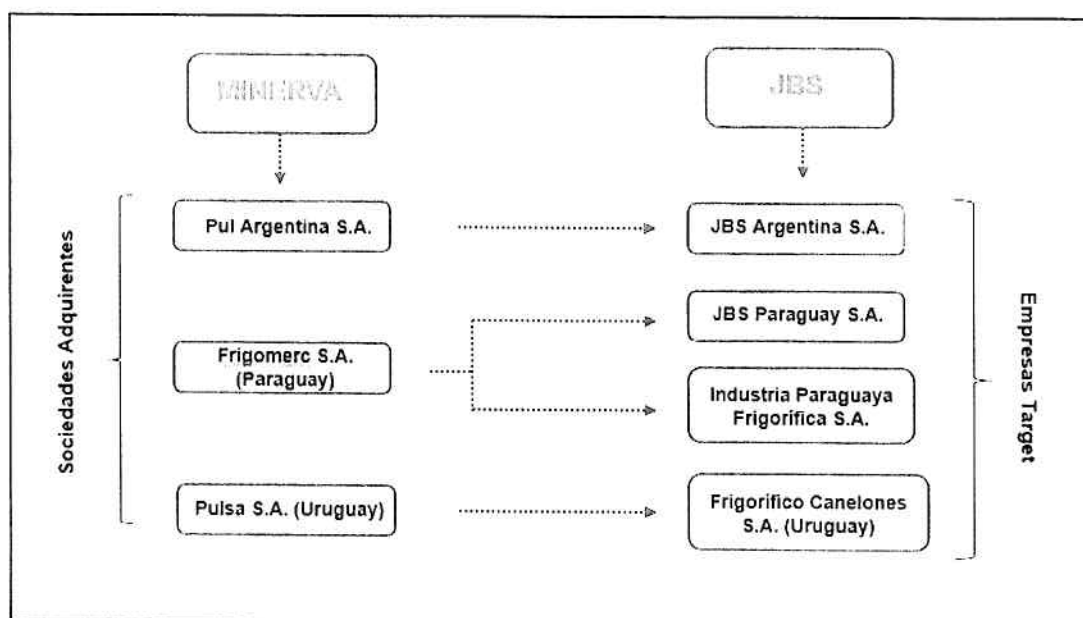
³ Informe de Aprobación FNE de fecha 6 de octubre de 2017, Investigación Rol FNE F-88-2017, pp. 1 y 2. En línea: <http://www.fne.gob.cl/fusiones/buscador/> [fecha de la consulta: 06 de abril de 2018].

⁴ Ibidem, p. 2.

⁵ Esta sociedad adquiriría “[...] el 100% de las acciones representativas de la totalidad del capital social de JBS Paraguay S.A., quien por su parte posee el 99% de las acciones representativas del capital social de Industria Paraguaya Frigorífica S.A. Adicionalmente, Frigomerc S.A., adquiriría las acciones representativas del 1% restante del capital social de Industria Paraguaya Frigorífica S.A. de parte de JBS S.A [...]”. Véase Notificación Simplificada presentada en Investigación Rol FNE F-88-2017, pp.9 y 10.

Operación ascendió a un monto de US\$300 millones y se formalizó por medio de la "Oferta 0001/2017" (el "**Contrato de Compraventa de Acciones**") realizada por las Sociedades Adquirentes a JBS S.A., la cual fue aceptada con fecha 5 de junio de 2017⁶. El siguiente esquema resume la Operación:

Figura N° 2



Fuente: Elaboración propia

8. La referida Operación fue notificada en Chile por cuanto, en la especie, se cumplían los presupuestos de los artículos 47 y 48 del DL 211, esto es, se trataba de una operación de concentración y las partes notificantes habían superado los umbrales de ventas que hacían obligatoria la notificación, durante el ejercicio anterior a aquél en que se verificó la misma.

II. LOS HECHOS QUE FUNDAN EL REQUERIMIENTO

9. Como se adelantó, las Requeridas perfeccionaron la Operación con fecha 31 de julio de 2017, al transferirse la totalidad de los paquetes accionarios de las Empresas Target a las Sociedades Adquirentes, mediante el endoso de los títulos

⁶ En el Contrato de Compraventa de Acciones figura como aceptante junto a JBS S.A., la sociedad JBS Handels GmbH.

respectivos⁷, en circunstancias que la misma se encontraba suspendida en conformidad al artículo 49 del DL 211. De dicha forma, Minerva adquirió la posibilidad de influir decisivamente en la administración de las Empresas Target, respecto de Chile, entendiéndose perfeccionada la Operación, sin que existiese pronunciamiento previo de la FNE y, por tanto, configurándose la infracción imputada.

10. Lo anterior fue informado a esta Fiscalía en la misma fecha, donde también JBS y Minerva expusieron los motivos por los cuales habrían decidido proceder al cierre del negocio sin contar con la aprobación de la FNE, dando cuenta además de la implementación de un *Carve Out Agreement* (en adelante "**Carve Out**"⁸) a través del cual, a su juicio, evitarían que la Operación se entendiere perfeccionada respecto de Chile.

11. No obstante, como se expondrá, el perfeccionamiento de una operación de concentración dice relación con la posibilidad de ejercer influencia decisiva en un agente económico previamente independiente, sin que la existencia o no de un *Carve Out* pueda alterar dicha realidad. Más aún, en el caso específico, el *Carve Out* suscrito tampoco fue eficaz para mitigar los efectos que las Requeridas se habrían propuesto evitar.

12. Desde el perfeccionamiento de la Operación, Minerva influyó decisivamente en la administración de las Empresas Target en su relación con JBS Chile, y de esta última, al fijar mensualmente la cantidad de carne exportada desde las primeras a Chile, así como al sugerir el precio de venta del producto para el mercado chileno.

⁷ Los antecedentes que dan cuenta de la transferencia de la totalidad de los paquetes accionarios de las Empresas Target a las Sociedades Adquirentes, constan en la Investigación FNE F-92-2017.

⁸ De acuerdo al Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE), un *Carve Out* es un instrumento que tiene la pretensión de blindar los efectos del cierre de una operación global en una jurisdicción que aún no haya recibido autorización de la autoridad antimonopolio. En línea: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAXA01tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcduCwTCNAXdNhubHHm8y_hiiOcqKUMRC-Ve_oE-17u70 [fecha de la consulta: 06 de abril de 2018].

13. Adicionalmente, y según se acreditará, desde el 31 de julio de 2017, Minerva tuvo acceso a información sensible y estratégica de las Empresas Target en su relación con JBS Chile, tomando conocimiento de datos de clientes e información desagregada relativa a precios y volúmenes de ventas efectuadas por JBS Chile respecto de carne proveniente de las Empresas Target, especialmente desde JBS Paraguay S.A.

14. El acceso de Minerva a la información mencionada se produjo a través de las proformas o contratos de compraventa celebrados entre JBS Chile y sus clientes chilenos, los que debían ser informados a las distintas áreas o departamentos de JBS Paraguay S.A. –controlada por Minerva desde el perfeccionamiento– para realizar la entrega de lo vendido⁹. En efecto, una vez cerrada la venta de carne en Chile por JBS Chile, el control de calidad de los productos a despachar, así como la gestión del transporte y el ingreso de la venta a la contabilidad interna eran realizados por Minerva, a través de las unidades de JBS Paraguay S.A. adquiridas.

15. Más aún, la falta de independencia entre Minerva y JBS respecto del mercado chileno queda en evidencia si se observa la relación de ellas con los clientes en Chile. Según se acreditará, en agosto de 2017, un cliente rechazó parcialmente una factura por problemas con un pedido efectuado a JBS Paraguay S.A. antes del perfeccionamiento de la Operación. Pues bien, y ya habiéndose verificado el cierre del negocio, frente al reclamo de este cliente, JBS Chile le informó que lo dirigiese directamente a Minerva.

16. Así las cosas, las Requeridas no sólo perfeccionaron la operación de concentración con fecha 31 de julio de 2017, infringiendo con ello la prohibición del artículo 49 del DL 211, sino que, además, no fueron capaces de inhibir los efectos correlativos a la infracción que el *Carve Out* presuntamente habría tratado de evitar.

⁹ Si bien es cierto que los servicios aduaneros de cada país llevan un control de las importaciones y exportaciones, la información que es posible adquirir de ellos es de carácter general, a diferencia de la información contenida en las proformas antes mencionadas, que contienen el detalle de cada venta en específico.

III. LA INDUSTRIA Y EL MERCADO RELEVANTE

17. En cuanto a la industria de la carne de vacuno¹⁰, es posible indicar que ésta cuenta con varias etapas productivas, a saber: (i) la cría de ganado vivo; (ii) el faenamiento, corte y embalaje de carne de vacuno; y (iii) la comercialización de los productos cárnicos bovinos, a través de diversos canales de distribución –*retail*, *Horeca*¹¹, procesadores industriales, entre otros–. En el caso de Chile, del total de carne de vacuno consumida, entre un 60% y un 65% es importada¹². De dichos porcentajes, entre enero y diciembre del año 2017, alrededor de un 46% correspondió a carne proveniente de Paraguay, en tanto que la importada desde Uruguay representó un 3% y la de Argentina un 17%, en ambos casos aproximadamente¹³.

18. Respecto del mercado relevante del producto, la comercialización de carne de vacuno constituye un mercado en sí mismo¹⁴. Sin perjuicio de lo anterior, el producto se diferencia por segmentos según el país de origen¹⁵. El primer segmento, compuesto por la carne de vacuno proveniente de Paraguay y Brasil, y el segundo compuesto por aquella carne que proviene de Argentina, Uruguay y Chile. Este último se consideraría superior al primero en razón de la calidad del producto¹⁶. Geográficamente, el mercado relevante puede definirse como nacional en atención a que la oferta de Chile tiene características propias que son definidas en razón de la demanda interna¹⁷.

¹⁰ Para un mayor detalle respecto de la industria, ver el Informe de Aprobación FNE, op. cit.

¹¹ *Horeca* es un acrónimo de hoteles, restaurantes y casinos.

¹² Informe de Aprobación FNE, op. cit., p. 3.

¹³ Estos porcentajes fueron calculados a partir de información disponible en la Oficina de Estudios y Políticas Agrarias (ODEPA). En línea: <http://www.odepa.gob.cl/wp-content/uploads/2018/02/BoletinCarneEne2018.pdf> [fecha de la consulta: 06 de abril de 2018].

¹⁴ Informe de Aprobación FNE, op. cit., p. 4.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 4 y 5.

¹⁶ Informe de Aprobación FNE, op. cit., p. 3, en base a tomas de declaración y antecedentes aportados a la investigación Rol FNE F-88-2017.

¹⁷ *Ibidem*, p. 5.

IV. LA INFRACCIÓN QUE SE IMPUTA A LAS REQUERIDAS

19. El artículo 3° bis letra b) del DL 211 dispone que “[...] Podrán también aplicarse las medidas del artículo 26, así como aquellas medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que resulten necesarias, a quienes: [...] b) Contravengan el deber de no perfeccionar una operación de concentración notificada a la Fiscalía Nacional Económica y que se encuentre suspendida de acuerdo con lo establecido en el artículo 49 [...]”. Por su parte, el referido artículo 49 indica que una operación de concentración notificada se entenderá suspendida “[...] desde el acto de su notificación hasta que se encuentre firme la resolución o sentencia que ponga término definitivo al procedimiento correspondiente [...]”.

20. Cabe señalar que las hipótesis de las letras a) y b) del artículo 3° bis del DL 211 constituyen lo que, a nivel doctrinario y jurisprudencial comparado, se conoce como *gun jumping*. Este tipo de infracciones se verifican por la falta de notificación de una operación sujeta al sistema de control preventivo obligatorio, o por el perfeccionamiento de operaciones de concentración notificadas, con anterioridad al arribo de una decisión final por parte de la autoridad de competencia en cuestión¹⁸.

21. Específicamente, en la hipótesis de la letra b) del artículo 3° bis del DL 211, el ilícito consiste en la contravención de la obligación impuesta por el artículo 49 del mismo cuerpo legal, de no perfeccionar una operación de concentración notificada a la Fiscalía, hasta que se encuentre firme la resolución o sentencia que ponga término definitivo al proceso. Por lo mismo, para que se configure esta infracción se requiere la concurrencia de cuatro requisitos copulativos: (i) existencia de una operación de concentración; (ii) notificación de la operación; (iii) perfeccionamiento y; (iv) pendencia de su resolución. Sin perjuicio de la revisión que se efectuará de cada uno de estos requisitos en lo sucesivo, adelantamos que en el caso de autos se verifican todos y cada uno de ellos. Así:

¹⁸ A nivel comparado, se ha señalado que la suspensión de una operación de concentración mientras se revisa “[...] has been described by the General Court as one of the ‘founding principles’ of the EUMR [...]”. WISH, R, BAILEY, D. *Competition Law*. 2015, Oxford University Press, 8^{va} Edición, p. 902.

i. Existencia de la Operación de concentración

22. La Operación de autos constituye una operación de concentración de acuerdo al artículo 47 letra b) del DL 211, por cuanto tuvo por efecto que dos agentes económicos previamente independientes –las Empresas Target y las Sociedades Adquirentes–, cesaran en su independencia, al adquirir las segundas el 100% de las acciones representativas de la totalidad del capital social de las primeras, pasando con ello a tener la posibilidad de ejercer influencia decisiva sobre éstas.

ii. Notificación de la Operación

23. La Operación reunió todos los requisitos establecidos en el DL 211 para hacer procedente su notificación, al calificar ésta como operación de concentración y superar los umbrales de venta en Chile. En este sentido, las Requeridas, a través de sus empresas relacionadas exportaban parte de sus productos al mercado nacional y superaban –respecto de las ventas de éste– los umbrales establecidos. Por lo anterior, y como se ha expuesto, con fecha 14 de julio de 2017, las Requeridas ingresaron la notificación simplificada a esta Fiscalía, con el objetivo de someter la Operación al sistema de control preventivo de operaciones de concentración.

iii. Perfeccionamiento de la Operación

24. En términos generales, lo relevante para que una operación de concentración se entienda perfeccionada es que, producto de ella, exista para un agente económico la posibilidad de ejercer una influencia decisiva en la administración de otro u otros agentes previamente independientes¹⁹.

¹⁹ La Comisión Europea ha establecido, respecto al ejercicio de la influencia decisiva en el marco del procedimiento de control de operaciones de concentración, que no es necesario demostrar que dicha influencia ha sido o será efectivamente ejercida, sino que basta con que exista la posibilidad de ejercerla para entender que se ha adquirido el control. En este sentido, el caso *Marine Harvest de 2014 (Case No COMP/M.7184 –Marine Harvest/Morpol*, p.13), confirmado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su decisión de fecha 26 de octubre de 2017 (T-704/14).

25. En el caso de autos, las mismas Requeridas, en el contexto de la Investigación Rol FNE F-88-2017, reconocieron la consumación de la Operación, no obstante argumentar que el *Carve Out* mantendría su independencia respecto de Chile²⁰.

26. Aun cuando las Requeridas sostienen que dicha Operación no se habría perfeccionado respecto de Chile, dadas las medidas adoptadas en el *Carve Out*²¹, hacemos presente que el establecimiento de un mecanismo que pretenda inhibir la concreción de los efectos de un cambio de control jurídico sobre la administración de una entidad, no altera la configuración de la infracción toda vez que, en este caso, por medio de la transferencia de las acciones existió la posibilidad de ejercer influencia decisiva y con ello se verificó la pérdida de independencia. En este sentido, diversas autoridades de la competencia a lo largo del mundo no aceptan el *Carve Out* como instrumento de exclusión de responsabilidad o de mitigación de la infracción²².

iv. Pendencia de su resolución

27. El estado de pendencia es evidente si se considera que la Operación fue aprobada pura y simplemente con fecha 10 de octubre de 2017, mucho después de la fecha en que ocurrió su perfeccionamiento, como se ha señalado anteriormente.

²⁰ En este sentido, en la presentación de fecha 31 de julio de 2017 Minerva S.A. y JBS S.A. señalaron que “[...] De total buena fe y actuando con la más plena transparencia, JBS y Minerva se han acercado para explicar proactivamente a la FNE las razones del por qué han decidido consumir la Operación con un sólido mecanismo de operación comercial independiente (*carve-out*) con respecto a Chile [...]”. Traducción aportada por la Partes, mediante presentación de 20 de noviembre de 2017, Investigación Rol FNE F-92-2017.

²¹ “[...] con las medidas acordadas en el *Carve Out Agreement*, hemos asegurado que la operación de concentración descrita en la Notificación no sea perfeccionada respecto de Chile y que las empresas extranjeras adquiridas permanezcan independientes de Minerva, en lo que dice relación con el mercado chileno [...]” Presentación de Minerva y JBS, de fecha 31 de julio de 2017, Investigación Rol FNE F-88-2017.

²² Destacan jurisdicciones como Alemania, Brasil, Canadá, Estados Unidos y la Unión Europea, entre otras.

28. En síntesis, respecto de la Operación, es posible sostener fundadamente que se verifican todos y cada uno de los requisitos que exige la letra b) del artículo 3° bis del DL 211.

V. LA SANCIÓN SOLICITADA

29. El sistema de control de operaciones de concentración constituye un componente central de la regulación económica en los sistemas de libre competencia modernos, de modo que cualquier hecho, acto o convención que lo vulnere pone en peligro el funcionamiento de este mecanismo de control.

30. El mismo ha sido recientemente incorporado a nuestro ordenamiento jurídico, mediante la entrada en vigencia de la Ley N° 20.945, por lo que es imperioso velar porque este nuevo sistema de control sea eficaz²³⁻²⁴ y cumpla con los propósitos que tuvo el legislador al consagrarlo legalmente. Por lo anterior, es que en el derecho comparado –en donde existen regímenes de control de operaciones de concentración como el chileno–, cualquier transgresión al mismo es considerada una infracción grave.

31. En específico, la gravedad de las conductas conocidas como *gun jumping* viene dada por la dificultad de implementar medidas y/o soluciones *a posteriori*, una

²³ Así, ya el Mensaje del Ejecutivo indicaba que el proyecto de ley contaba con “[...] presencia de herramientas de aplicación y sanciones adecuadas **para garantizar la eficacia del régimen de control de operaciones de concentración [...]**” (énfasis agregado), cubriendo “[...] aquellos aspectos que se consideran necesarios para garantizar la eficacia del nuevo régimen”. En virtud de ello, continuaba señalando, “[...] **se introduce un nuevo artículo 3 bis en el cual se establece que podrán aplicarse las medidas del artículo 26 de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, así como aquellas medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que resulten necesarias [...]**” (énfasis agregado). Historia de la Ley N° 20.945, p. 13.

²⁴ Del mismo modo, así se reconoce expresamente en la Unión Europea al señalar que “[...] Ha de ser posible garantizar el cumplimiento de las disposiciones del presente Reglamento, en su caso mediante la imposición de multas sancionadoras y coercitivas [...]”. Considerando 43° del Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el Control de las Concentraciones entre Empresas. En línea: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139&from=ES> [fecha de la consulta: 06 de abril de 2018]. En la misma línea respecto de USA, véase “Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976, 15 U.S.C. Section 18 a”. En línea: <https://www.ftc.gov/es/enforcement/statutes/hart-scott-rodino-antitrust-improvements-act-1976> [fecha de la consulta 06 de abril 2018].

vez perfeccionada una operación de concentración²⁵. Así las cosas, es que la mayoría de las sanciones aparejadas a casos de *gun jumping* tienden a ser elevadas, ya que consideran un factor disuasivo relevante²⁶. Esto en atención a que la infracción se estima, por su naturaleza y en sí misma, con prescindencia de los efectos concretos que pudiere producir, una infracción seria y grave²⁷.

32. En la especie, la gravedad de la infracción se acrecienta por cuanto las Requeridas constituyen empresas con presencia internacional y acceso a asesoría legal especializada²⁸, tienen experiencia previa en procesos de notificación de operaciones de concentración²⁹ y, además, tenían a su disposición la información y conocimiento necesario para determinar la existencia de la infracción.

33. Respecto del *Carve Out*, cabe destacar que nuestra legislación no contempla mecanismos de exención relativos a casos de *gun jumping* consagrados en las letras a) y b) del artículo 3° bis del DL 211. Esta Fiscalía considera que la aceptación de antecedentes que pretendan justificar la ejecución de estas hipótesis

²⁵ Así lo ha entendido la jurisprudencia internacional en los siguientes casos entre otros: (i) Case 1:03-cv-001980-JR (Civil Action No. 03-0198), USA v. *Gemstar-TV Guide International Inc.*, y *TV Guide Inc.*, Competitive Impact Statement p. 13 y; (ii) Case 1:17-cv-00116. USA v. *Duke Energy Corporation*. Competitive Impact Statement, etc. A nivel nacional, se ha señalado que "[...] la reversión total de operaciones ya materializadas es a veces imposible o, de resultar viable [...] generalmente muy costosa desde todo punto de vista [...]". MORDOJ, Benjamin y NEHME, Nicole. Diseños institucionales de control de fusiones. Estudios Públicos, N° 125, 2012. p.98.

²⁶ A modo de ejemplo: (i) Estados Unidos: US\$11 millones en U.S. v. VA Partners I, LLC, ValueAct Capital Master Fund, L.P., ValueAct Co-Invest International, L.P., el año 2016; (ii) Unión Europea: \$20 millones de euros en caso N° COMP/M.4994-Electrabel/Compagnie Nationale Du Rhone, 10 de junio de 2009; (iii) Francia: €80 millones en Altice Luxembourg y SFR group el año 2016. Décision n°16-D-24, de 8 de noviembre de 2016; (iv) Brasil: R\$30 millones en *Cisco Systems Inc.* y *Technicolor S/A*.

²⁷ El Tribunal de Justicia Europeo, en el caso *Marine Harvest*, respecto a las infracciones de *gun-jumping*, sentenció que constituyen: "[...] by nature, a serious infringement [...]". En línea: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=196102&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1701435> [fecha de la consulta: 04 de abril de 2017].

²⁸ Sentencia del caso *Electrabel* "[...] First, Electrabel is a large company with substantial legal resources at its disposal [...]". En línea: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4994_20090610_1465_en.pdf [fecha de la consulta: 04 de abril de 2018]. En el mismo sentido, la sentencia de la Comisión Europea en el caso *Marine Harvest* "[...] The Commission takes the view, however, that in certain cases the existence of legal advice can be taken into account in deciding whether the infringement has been intentional or no [...]". En línea: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7184_1048_2.pdf [fecha de la consulta: 04 de abril de 2018].

²⁹ Sentencia de la Comisión Europea en el caso *Marine Harvest*, considerando 144.

infraccionales tornarían en letra muerta el sistema de control de operaciones de concentración.

34. Teniendo en cuenta lo anterior, en especial: (i) la gravedad de la conducta y; (ii) el efecto disuasivo y ejemplar que resulta necesario enviar al mercado, es que, en opinión de esta Fiscalía, se justifican las multas que se solicitan en el petitorio de esta presentación.

35. Por último, se hace presente que en la evaluación de la multa a solicitar, esta Fiscalía ha tomado en consideración que fueron las mismas partes notificantes las que informaron a la FNE del perfeccionamiento, colaborando en dicho sentido con este Servicio.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto y lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3° bis, 26, 39 y 49 del DL 211, y las demás normas legales citadas y aquéllas que resulten aplicables,

SOLICITO AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA: Tener por interpuesto Requerimiento en contra de Minerva S.A. y JBS S.A., ya individualizadas, acogerlo a tramitación y, en definitiva:

- 1) Declare que las Requeridas han incurrido en la conducta descrita en el artículo 3° bis letra b) del DL 211;
- 2) Se imponga a Minerva S.A. una multa de **2.000 Unidades Tributarias Anuales**, o aquel monto que el H. Tribunal estime correspondiente en derecho;
- 3) Se imponga a JBS S.A. una multa de **2.000 Unidades Tributarias Anuales**, o aquel monto que el H. Tribunal estime correspondiente en derecho; y,
- 4) Se condene a las Requeridas al pago de las costas de autos.

PRIMER OTROSÍ: De conformidad a lo establecido por el H. Tribunal en el Auto Acordado N° 7/2006, solicito al H. Tribunal tener por acompañada copia electrónica de este Requerimiento.

SEGUNDO OTROSÍ: Solicito al H. Tribunal tener presente que, para efectos de practicar la notificación del Requerimiento de autos y de realizar todas aquellas diligencias en las que durante la prosecución del proceso sea necesaria la intervención de un ministro de fe público, y sin perjuicio de la facultad de esta parte de revocar dicha designación o designar nuevos ministros de fe en cualquier momento, vengo en señalar a los siguientes receptores judiciales:

- 1) Eduardo Loebel Aracena, domiciliado en Dr. Sótero del Río N° 541, oficina N° 920, comuna de Santiago.
- 2) Marianela Ponce Hermosilla, domiciliada en pasaje Rosa Rodríguez N° 1375, oficina N° 313, comuna de Santiago.
- 3) Marcos Gacitúa Guerrero, domiciliado en pasaje Rosa Rodríguez N° 1375, oficina N° 414, comuna de Santiago.
- 4) Ana Ahumada Fontecilla, domiciliada en Huérfanos N° 1492, oficina N° 24, comuna de Santiago.
- 5) Germán Camino Alzerrera, domiciliado en Compañía de Jesús N° 1390, oficina N° 302, comuna de Santiago.
- 6) Maggie Bernales Concha, domiciliado en Huérfanos N° 1160, oficina N° 313, comuna de Santiago.

TERCER OTROSÍ: Al H. Tribunal solicito tener presente que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica consta en el Decreto Supremo N° 149, de 26 de mayo de 2014, que da cuenta de la renovación de mi nombramiento en el

cargo de Fiscal Nacional Económico realizado en el Decreto Supremo N° 211 de fecha 3 de agosto de 2010; copias autorizadas de los cuales se encuentra bajo custodia de la Secretaría del H. Tribunal.

A su vez, solicito al H. Tribunal tener presente que, en mi calidad de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, asumiré personalmente el patrocinio en estos autos, con el domicilio singularizado en la comparecencia. Sin perjuicio de lo anterior, por este acto confiero poder a los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión don Víctor Santelices Ríos, don Manfred Zink Papic, doña Denise Jorquera Muñoz y don Juan José García Varas, todos de mí mismo domicilio, con quienes podré actuar conjunta, separada e indistintamente, y que firman este escrito en señal de aceptación.