



Guía de Remedios

Santiago, junio de 2017

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	3
I. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	4
II. MEDIDAS DE MITIGACIÓN COMO INSTRUMENTO DE CONTROL DE FUSIONES	4
A. CONDICIONES BÁSICAS QUE DEBERÁN EXHIBIR LAS MEDIDAS DE MITIGACIÓN OFRECIDAS POR LAS PARTES	5
B. PROCEDIMIENTO DE ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS DE MITIGACIÓN OFRECIDAS EN EL CONTEXTO DE LA INVESTIGACIÓN DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN	6
III. TIPOS DE REMEDIOS QUE PUEDEN OFRECERSE EN EL CONTEXTO DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN	9
IV. DESINVERSIONES DE ACTIVOS A UN COMPRADOR ADECUADO	10
A. CONTENIDO DEL PAQUETE DE DESINVERSIÓN	11
Venta de una unidad de negocios operativa e independiente	11
Venta de un conjunto de activos tangibles e intangibles definidos de manera ad-hoc	12
B. CARACTERÍSTICAS QUE DEBE TENER EL COMPRADOR DEL PAQUETE DE DESINVERSIÓN	13
C. CARACTERÍSTICAS QUE DEBE CUMPLIR EL PROCESO DE ENAJENACIÓN PARA QUE EL PAQUETE DE DESINVERSIÓN NO SE DETERIORE ANTES DE SU ENAJENACIÓN	15
D. RESGUARDOS ADICIONALES EN CASO QUE SE OPTÉ POR EL ESCENARIO III	16
Procedimiento de enajenación	16
Administración separada del paquete de desinversión.....	17
Designación de supervisores de cumplimiento.....	18
E. CONTENIDO DEL ESCRITO QUE OFRECE UNA MEDIDA DE DESINVERSIÓN.....	18
V. OTRAS MEDIDAS DE MITIGACIÓN	20
A. MEDIDAS CUASI-ESTRUCTURALES QUE INTENTAN INCIDIR EN LA ESTRUCTURA DEL MERCADO	20
B. MEDIDAS QUE IMPLICAN PROHIBICIÓN DE CELEBRAR ACTOS O CONTRATOS... ..	21
C. MEDIDAS QUE IMPLICAN LA OBLIGACIÓN DE IMPEDIR EL TRASPASO DE INFORMACIÓN AL INTERIOR DE LOS AGENTES ECONÓMICOS QUE SE CONCENTRAN.	21
D. MEDIDAS QUE PERSIGUEN REGULAR DIRECTAMENTE EL PODER DE MERCADO.	21
E. OBLIGACIONES PARA CON EL COMPRADOR DEL PAQUETE DE DESINVERSIÓN	22
VI. SUPERVISORES DE CUMPLIMIENTO Y DE DESINVERSIÓN	22

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, 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**”).

De conformidad al Título IV del DL 211, el notificante tendrá derecho a ofrecer al Fiscal Nacional Económico las medidas que estime aptas para mitigar aquellos riesgos que la operación notificada pudiere producir para la libre competencia.

Por su parte, la Fiscalía deberá evaluar en un breve plazo las medidas ofrecidas, con el objeto de determinar si la operación de concentración, sujetándose a las mismas, resulta o no apta para reducir sustancialmente la competencia. En la afirmativa deberá prohibir la operación de concentración y en la negativa aprobarla sujeta a dichas medidas.

En la evaluación que haga la Fiscalía de las medidas de mitigación serán elementos centrales la efectividad de las mismas para solucionar el problema de competencia detectado, su factibilidad de implementación, ejecución y monitoreo y la proporcionalidad de éstas.

La presente Guía desarrolla estos temas junto a otros de la mayor relevancia, como el tipo de medidas de mitigación que resultan preferibles, las mejores prácticas en materia de desinversión, entre otras materias. Su contenido encuentra fundamento en las principales jurisdicciones comparadas, así como en la experiencia adquirida por la Fiscalía en la práctica nacional.

La finalidad de la Guía de Remedios es transparentar y orientar a las partes notificantes respecto de la evaluación que la Fiscalía realizará de las medidas de mitigación que ofrezcan y los principios generales aplicables a las medidas que estará dispuesta a considerar en sus decisiones.

Nuestro propósito, con la elaboración de la Guía de Remedios, 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 Irrarrázabal Ph.
Fiscal Nacional Económico

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

1. La presente Guía refleja la visión de esta Fiscalía Nacional Económica (“**FNE**” o “**Fiscalía**”), en relación a las mejores prácticas en materia de medidas de mitigación de operaciones de concentración (en adelante, indistintamente, “**medidas de mitigación**”, “**remedios**” o “**compromisos**”). Su contenido encuentra fundamento en las Guías de las principales jurisdicciones comparadas, así como en la experiencia adquirida tanto durante la negociación y posterior fiscalización del cumplimiento de acuerdos extrajudiciales celebrados entre esta FNE y las partes de una operación de concentración, como en la fiscalización del cumplimiento de las condiciones establecidas en el marco de Resoluciones pronunciadas por el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“**H. TDLC**”).
2. Los lineamientos que aquí se señalan en ningún caso sustituyen el análisis particular que realizará la FNE acerca de la suficiencia de las medidas que se le presenten a propósito de los casos concretos, pudiendo incluso prescindirse de los mismos cuando las condiciones particulares sometidas a evaluación así lo aconsejen.
3. Las orientaciones contenidas en esta Guía serán aplicadas y desarrolladas con mayor profundidad por la FNE a propósito de casos concretos, sin perjuicio de la jurisprudencia que pueda emanar del H. TDLC y la Excma. Corte Suprema.
4. Esta Guía estará sujeta a una constante revisión a fin de acomodarla a las mejores prácticas comparadas y a la experiencia concreta que vaya adquiriendo esta Fiscalía en relación a la efectividad de las medidas de mitigación que se establezcan.

II. MEDIDAS DE MITIGACIÓN COMO INSTRUMENTO DE CONTROL DE FUSIONES

5. De conformidad con la letra c) del nuevo artículo 57 del Decreto Ley 211 (“**DL 211**”), la FNE deberá prohibir las operaciones de concentración que le sean notificadas cuando concluya que éstas cuentan con aptitud para reducir sustancialmente la competencia. Será responsabilidad de la Fiscalía demostrar la aptitud de la operación de concentración para reducir sustancialmente la competencia.
6. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 del DL 211, inciso tercero, el notificante tendrá siempre derecho a ofrecer al Fiscal Nacional Económico las medidas que estime aptas para mitigar aquellos riesgos que la operación notificada pudiere producir a la libre competencia.
7. De esta forma, la FNE deberá aprobar una operación de concentración a condición de que se dé cumplimiento a las medidas de mitigación ofrecidas por el notificante, si es que llegare a la convicción de que, sujetándose a tales medidas, la operación de

concentración no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia. Por el contrario, la FNE deberá prohibir una operación de concentración cuando, tras haber realizado el análisis de las medidas ofrecidas, concluya que la operación modificada por las mismas sigue contando con aptitud para reducir sustancialmente la competencia.

A. CONDICIONES BÁSICAS QUE DEBERÁN EXHIBIR LAS MEDIDAS DE MITIGACIÓN OFRECIDAS POR LAS PARTES

8. En primer lugar, las medidas de mitigación deberán ser efectivas para impedir que la operación de concentración modificada a través de ellas resulte apta para reducir sustancialmente la competencia¹. Dicha efectividad dependerá del tipo de medida de que se trate, según se explicitará en el Capítulo III.

9. Asimismo, al analizar las medidas de mitigación ofrecidas por las partes, la FNE examinará si las mismas resultan idóneas, con un grado suficiente de certeza, para impedir la aptitud de la operación para reducir sustancialmente la competencia durante todo el período esperado de duración de la misma. Por esta razón, deberá preferir aquellos remedios que más rápido se hacen cargo de los problemas detectados, y no aceptará remedios transitorios salvo que estime que los efectos anticompetitivos no le sobrevivirán.

10. En segundo lugar, la FNE examinará si las medidas propuestas, además de efectivas, resultan factibles de implementar, ejecutar y monitorear.

11. La factibilidad de implementación y ejecución requiere evaluar, a modo de ejemplo, la existencia de potenciales compradores que no generen mayores riesgos de competencia; la posibilidad de vender una unidad económica sin que pierda su valor –por ejemplo, si se separa de otra que genera los insumos necesarios para su funcionamiento– la afectación de derechos de terceros; el tiempo que tardará su implementación efectiva y si ello implicará un riesgo en el mercado afectado durante el período intermedio.

12. Por otra parte, la inexistencia de mecanismos efectivos de monitoreo por parte de la FNE torna a la medida de mitigación ofertada en una mera declaración de intenciones carente de fuerza vinculante. Igualmente, en el otro extremo, la factibilidad de una medida será inversamente proporcional a la intensidad de la supervisión que requiera. Por ello, es tarea de las partes que pretenden llevar a cabo la operación de concentración, ofrecer un sistema de monitoreo suficiente y sencillo para asegurar el efecto que persiguen las medidas de mitigación.

¹ En un sentido similar: Comunicación de la Comisión Europea relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) n° 802/2004 de la Comisión, (2008), párr. N°9; Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies, U. S. Department of Justice, Antitrust Division (2011), p. 3; Bundeskartellamt, Guidance on Remedies in Merger Control (2017), párr. N° 17; UK Competition Commission, Merger Remedies: Competition Commission Guidelines (2008), párr. N° 1.8.

13. Finalmente, las medidas de mitigación, además de eliminar la aptitud de la operación para reducir sustancialmente la competencia, deben ser proporcionales al problema de competencia detectado. De esta forma, frente a propuestas alternativas de medidas de mitigación que la FNE juzgue como igualmente efectivas para eliminar los efectos anticompetitivos de la operación, se preferirá aquella que resulte menos gravosa.

B. PROCEDIMIENTO DE ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS DE MITIGACIÓN OFRECIDAS EN EL CONTEXTO DE LA INVESTIGACIÓN DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN

14. El diseño legislativo del sistema de control de operaciones de concentración descansa en el deber de las partes de actuar de buena fe, con especial celeridad, de manera coordinada entre sí y colaborativa con la FNE. En efecto, sólo las partes se encuentran facultadas para proponer medidas de mitigación, y la FNE, por su parte, debe llegar, en breve tiempo, al convencimiento de si las mismas son adecuadas o no para impedir la aptitud de la operación para reducir sustancialmente la competencia.

15. Atendido que sólo las partes disponen de la información necesaria para acreditar la efectividad, factibilidad y proporcionalidad de las medidas ofrecidas, será responsabilidad de ellas proveer en tiempo y forma toda la información disponible que sea necesaria para que la FNE pueda evaluar adecuadamente las medidas propuestas.

16. Las medidas de mitigación pueden ser ofrecidas por las partes en cualquier momento del procedimiento antes del vencimiento de los plazos establecidos para la fase II². La Fiscalía estará disponible para discutir con las partes el alcance de la información requerida para estos efectos.

17. Dicho ofrecimiento deberá realizarse mediante un escrito, firmado por quien asume los compromisos, en que se detallen las medidas de mitigación ofrecidas, siguiendo un modelo que al efecto establecerá la FNE. Adicionalmente, el documento deberá contener una enunciación acerca de la forma en que se pretenden implementar las medidas de mitigación ofrecidas y los plazos contemplados para ello, así como elementos que permitan a la FNE realizar el análisis de efectividad, factibilidad y proporcionalidad ya referidos. Finalmente, de ser necesario, deberá identificar el o los supervisores de cumplimiento y el de desinversión (*trustee*) que se hará cargo del proceso y las funciones que corresponderá desempeñar a los mismos³.

² Se entiende por fase II al periodo de extensión del procedimiento, de conformidad al artículo 54 letra c del DL 211.

³ Orientación específica respecto del contenido que deben tener los compromisos que impliquen medidas estructurales se entrega en el capítulo IV letra D de esta Guía.

18. Junto con el escrito señalado, las partes podrán solicitar la reserva o confidencialidad de las medidas de mitigación ofrecidas, en cuyo caso deberán acompañar una versión pública que cumpla con lo preceptuado en el artículo 10 del Reglamento⁴. La FNE podrá consultar a terceros interesados respecto de la efectividad y factibilidad de los remedios propuestos, conforme con lo dispuesto en el inciso final del artículo 53 del DL 211⁵.

19. La presentación de medidas de mitigación en los términos señalados suspenderá de manera automática los plazos establecidos en el inciso primero de los artículos 54 y 57 del DL 211, hasta por 10 y 15 días, respectivamente, de conformidad con lo señalado en el artículo 60 del mismo cuerpo legal. Con todo, con el objeto de facilitar el análisis de la FNE respecto de la idoneidad de las medidas de mitigación ofrecidas, se recomienda a las partes presentar una primera propuesta que no supere, en fase II, los 10 días siguientes a que se realice la comunicación sobre los riesgos que la operación notificada puede producir para la libre competencia a que se refiere el inciso primero del artículo 53 del DL 211.

20. Cualquier modificación que hagan las partes al escrito en que se plasman las medidas de mitigación será considerada una nueva presentación, para los efectos establecidos en el artículo 60 del DL 211, y será tenida como la última, para los efectos de los artículos 31 Bis, 54 y 57 del DL 211.

21. Si bien las medidas pueden ser ofrecidas en cualquier etapa de la investigación, aquéllas ofrecidas en fase I⁶ solo podrán ser aceptadas cuando los riesgos resulten fácilmente identificables y los remedios sean suficientemente comprensivos y claros para asegurar a la FNE que abordan adecuadamente todos los posibles problemas de competencia planteados por la operación. Lo anterior, considerando que la investigación en profundidad, tanto del mercado, como de los efectos que la operación de concentración genera en el mismo, sólo se realiza en fase II.

22. También podrán presentarse propuestas tentativas de remedios de manera previa o coetánea a la notificación de la operación. Dichas presentaciones no serán consideradas “medidas ofrecidas por las partes” en los términos descritos en el artículo 53 inciso 3, 54 letra b) y 57 letra b), ni suspenderán los plazos de investigación.

23. El ofrecimiento formal de medidas o la propuesta tentativa de las mismas iniciará un diálogo, en que la FNE brindará orientación a las partes en la búsqueda del mejor remedio disponible atendidos los riesgos existentes⁷. Sin embargo, dicho proceso de asistencia en ningún caso garantizará que el remedio que finalmente se presente será

⁴ Decreto Supremo N° 33 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo de fecha 1 de marzo de 2017.

⁵ Se entenderá por terceros interesados, aquellos mencionados por el artículo 55 inciso 2 del DL 211 como agentes económicos con interés en la operación: proveedores, competidores, clientes o consumidores.

⁶ Se entiende por fase I, la fase correspondiente al período máximo de treinta días contados desde el inicio de la investigación, a la cual se refiere el encabezado del artículo 54 del DL 211.

⁷ Ello presupone que la FNE previamente haya determinado en el marco de la investigación la naturaleza y alcance de los problemas de competencia existentes.

considerado por el Fiscal Nacional Económico como suficiente para impedir la aptitud de la operación para reducir sustancialmente la competencia.

24. Adicionalmente, la FNE podrá hacer uso de la herramienta establecida en el inciso final del artículo 53 del DL 211, solicitando a terceros su opinión acerca la aptitud de los remedios ofrecidos para revertir los riesgos a la competencia generados por la operación y de los potenciales problemas que podrían surgir en la implementación de las medidas de mitigación.

25. En particular, tratándose de una medida de desinversión, la FNE podrá indagar el parecer de estos terceros respecto de la suficiencia del paquete de activos ofrecido por las partes para permitir al comprador de aquéllos operar viablemente, las características que debiese tener el potencial comprador a efecto de que se cumpla dicho objetivo y la existencia de potenciales interesados por dicho conjunto de activos. En una etapa posterior, la FNE podrá consultar a terceros su parecer respecto de si el comprador propuesto por las partes cumple con los requisitos establecidos en la oferta final.

26. Asimismo, tratándose de operaciones de concentración que hayan sido notificadas en otras jurisdicciones, la FNE tendrá interés en conocer las medidas ofrecidas por las partes en dichos países, así como la visión de las autoridades respectivas en relación a las mismas⁸. A su vez, cuando los plazos de investigación lo permitan y la entidad de los riesgos en las distintas jurisdicciones consultadas lo haga posible, la FNE abogará por la búsqueda de soluciones armónicas en materia de mitigaciones.

27. Una vez culminada la evaluación de los remedios ofrecidos por las partes, la FNE adoptará una decisión, la que será comunicada a las mismas dentro del plazo de investigación. Si la FNE estima que las medidas de mitigación ofrecidas por las partes no resultan suficientes para que, sujetándose a las mismas, la operación carezca de aptitud para reducir sustancialmente la competencia, deberá prohibir la operación de concentración notificada.

28. Finalmente, la FNE puede llegar a la convicción de que las medidas de mitigación ofrecidas resultan suficientes para que, en caso de sujetarse a las mismas, la operación no sea apta para reducir sustancialmente la competencia. En este caso, la FNE dictará una resolución aprobatoria de la operación de concentración ("**resolución aprobatoria**"), bajo condición de que se dé cumplimiento a las medidas ofrecidas por las partes.

29. Una vez dictada la resolución aprobatoria, el documento de oferta formal de medidas se vuelve vinculante para las partes y su incumplimiento, tal como señala el artículo 3 bis del DL 211, podrá dar lugar a la aplicación de las medidas contempladas en el artículo 26 del mismo texto legal.

⁸ El Decreto Supremo N° 33, del Ministerio de Economía Fomento y Turismo de fecha 1 de marzo de 2017, establece que las partes deberán señalar si "*autorizan a la Fiscalía Nacional Económica a compartir la información de la operación con otras autoridades de competencia*".

III. TIPOS DE REMEDIOS QUE PUEDEN OFRECERSE EN EL CONTEXTO DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN

30. Los remedios usualmente utilizados en materia de operaciones de concentración resultan susceptibles de ser clasificados según impliquen o no la realización de **desinversiones** por parte de los agentes económicos que se concentran y **otras medidas de mitigación**.

31. Las medidas de desinversión pueden ser de dos tipos. Aquellas que implican la venta de activos a un comprador adecuado (en adelante, “**medidas de desinversión de activos a un comprador adecuado**”), y aquellas que tienen por objeto remover vínculos entre competidores.

32. Las medidas de desinversión de activos a un comprador adecuado son aquellas que persiguen la aparición de una nueva entidad competitiva o la consolidación de los competidores existentes, con el fin de restablecer la presión competitiva perdida como consecuencia de la operación de concentración, mediante la enajenación de parte de los activos tangibles e intangibles de los agentes económicos que pretenden concentrarse.

33. Por su parte, las medidas de desinversión que tienen por objeto remover vínculos entre competidores, exhiben por lo general una naturaleza accesorio, y persiguen morigerar los riesgos coordinados suscitados por una operación de concentración, por la vía de forzar la enajenación de determinadas participaciones propietarias que tengan las partes en terceros.

34. Por otras medidas de mitigación debemos entender el amplio abanico de remedios que por regla general implican la imposición de una limitación o modificación a la conducta futura de los agentes económicos que se concentran. Para efectos de su sistematización, estas medidas pueden ser separadas en cinco grandes grupos: (i) medidas cuasi-estructurales que intentan incidir en la estructura del mercado afectado por una operación de concentración (por ejemplo, obligaciones de acceso y licenciamiento); (ii) medidas conductuales propiamente tales (por ejemplo, prohibición de celebrar contratos que contengan exclusividades, descuentos condicionales, ventas atadas, empaquetamientos o discriminaciones arbitrarias); (iii) obligaciones de no traspaso de información al interior de los agentes económicos que se concentran y sus filiales (“muralla china”); (iv) remedios que promueven la regulación del poder de mercado; y (v) obligaciones conductuales en relación con el comprador del paquete de desinversión.

35. Sin perjuicio de que cada operación de concentración será evaluada conforme a sus propios méritos y circunstancias, por lo general, la FNE exigirá que tratándose de operaciones de concentración horizontal las medidas de mitigación propuestas por las partes impliquen la desinversión de activos a un comprador adecuado. Ello no obsta a que se adopten otros remedios como complemento a las medidas de desinversión.

36. Lo anterior, toda vez que las medidas de desinversión a un comprador adecuado lidian directamente con la fuente del problema de competencia, restableciendo la presión competitiva perdida como consecuencia de la operación de concentración horizontal. Asimismo, este tipo de medidas genera menos distorsiones en los mercados afectados y conexos y resultan más fáciles de fiscalizar (ya que se materializan de una vez sin implicar obligaciones sucesivas en el tiempo).

37. Excepcionalmente, la FNE podrá considerar medidas de mitigación que no impliquen una desinversión de activos a un comprador adecuado cuando se cumpla alguno de los siguientes supuestos⁹: a) las partes demuestren a la FNE que las medidas ofrecidas resultan igualmente efectivas que la desinversión a un comprador adecuado para evitar que la operación reduzca sustancialmente la competencia; b) Los riesgos aparecen como temporales atendidas las características del mercado (por ejemplo, rápidos cambios tecnológicos); c) Existen considerables eficiencias acreditadas, que podrían perderse en caso de optarse por desinversiones; d) La desinversión no resulta factible y la prohibición tampoco es apta para impedir la materialización de los riesgos detectados.

38. Por el contrario, tratándose de los riesgos asociados a operaciones de concentración verticales y de conglomerado, la FNE estará más abierta a considerar medidas de mitigación distintas de la desinversión a un comprador adecuado. Sin embargo, incluso a propósito de este tipo de operaciones la FNE podría preferir la realización de desinversiones cuando aquellas resulten proporcionales.

IV. DESINVERSIONES DE ACTIVOS A UN COMPRADOR ADECUADO

39. Por regla general, el remedio que mejor mitigará los riesgos emanados de una operación de concentración de carácter horizontal es la venta de todos los activos, tangibles e intangibles, necesarios para que el comprador de aquéllos pueda competir de manera efectiva con quienes se concentran.

40. El contenido exacto de la desinversión estará determinado por la información que las partes notificantes hayan entregado a la FNE en su escrito de oferta de medidas, el que posteriormente, en caso de aceptarse por la FNE, se reproducirá en la resolución aprobatoria.

41. La efectividad de una medida de desinversión puede verse afectada por tres tipos de riesgos: i) Que el conjunto de activos incluidos en la propuesta carezca de la aptitud

⁹ Respecto de la excepcionalidad para aprobar remedios distintos a la desinversión, véase: Comunicación de la Comisión Europea relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) n° 802/2004 de la Comisión, (2008), párr. N° 15, 17, 61, 69; Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies, U. S. Department of Justice, Antitrust Division (2011), p. 3-5; Bundeskartellamt, Guidance on Remedies in Merger Control (2017), párr. N° 23-25; UK Competition Commission, Merger Remedies: Competition Commission Guidelines (2008), párr. N° 2.14-2.21, 4.1-4.2 y 4.30-4.31.

necesaria para restablecer la competencia o para atraer el interés de potenciales compradores; ii) Que el comprador no reúna los requisitos para convertirse en un competidor efectivo, y iii) Que el conjunto de activos a traspasar se deteriore antes de su transferencia.

42. Las características que debe cumplir la oferta de desinversión realizada por las partes para ser aprobada por la FNE guarda relación directa con los riesgos que pueden afectar la efectividad de los remedios antes aludidos de cara a impedir la aptitud de la operación de concentración para reducir sustancialmente la competencia. Por tal motivo, los siguientes apartados se estructuran sobre la base de dichos riesgos y las condiciones que debe tener el ofrecimiento de medidas de mitigación a objeto de minimizarlos.

A. CONTENIDO DEL PAQUETE DE DESINVERSIÓN

43. El paquete de desinversión deberá ser apto para resolver los problemas de competencia producidos por la operación de concentración. Su contenido será definido caso a caso, teniendo en consideración las características específicas del mercado en que deberá desplegarse y la entidad de los riesgos identificados. No obstante lo anterior, las partes podrán incluir activos asociados a mercados en los que la FNE no haya detectado problemas de competencia, si esto fuese necesario para posibilitar el interés por dicho paquete de desinversión de parte de un comprador adecuado, o para asegurar la efectividad del mismo para restablecer la competencia perdida como consecuencia de la operación notificada.

*Venta de una unidad de negocios operativa e independiente*¹⁰

44. Preferentemente, la desinversión deberá recaer sobre una o varias unidades de negocio operativas e independientes, equipadas con todos los recursos que contribuyan a su funcionamiento actual. Lo anterior, por cuanto la venta de un negocio autónomo, en contraposición a un conjunto de activos representativos de una fracción del negocio de una de las partes, aumenta el nivel de certeza de que el remedio será efectivo, toda vez que la unidad de negocio ya ha demostrado su capacidad para competir en el mercado y sobrevivir independientemente.

¹⁰ La preferencia en cuanto a que el paquete de desinversión contemple una unidad de negocios operativa e independiente es ampliamente reconocida en jurisdicciones comparadas, véase: Comunicación de la Comisión Europea relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) n° 802/2004 de la Comisión, (2008), párr. N° 33, 36 y 37; Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies, U. S. Department of Justice, Antitrust Division (2011), p. 8-9; Bundeskartellamt, Guidance on Remedies in Merger Control. Version Public Consultation (2016), párr. N° 38, 45-48 y 50; UK Competition Commission, Merger Remedies: Competition Commission Guidelines (2008), párr. N° 3.7 y 3.9.

Venta de un conjunto de activos tangibles e intangibles definidos de manera ad-hoc

45. En subsidio, cuando no exista una unidad de negocio independiente operando de manera autónoma susceptible de ser transferida, o cuando existiendo, la enajenación de la misma no resulte proporcional a los riesgos detectados por la Fiscalía, las partes podrán ofrecer a la FNE un paquete de desinversión que comprenda todos los activos necesarios para que el comprador de los mismos pueda competir de manera efectiva y permanente con quienes se concentran^{11 12}.

46. En estos casos, para ser considerados por la FNE, las partes deberán demostrar que los activos son susceptibles de ser operados de manera autónoma, suficientes para atraer el interés de un comprador adecuado, y aptos para permitir al adquirente de los mismos restablecer el vigor competitivo perdido como consecuencia de la operación de concentración.

47. Asimismo, se preferirá que el paquete ofrecido esté constituido por activos que han operado de manera conjunta en el pasado, esto es, que pertenezcan a una de las partes. Por el contrario, remedios que impliquen una combinación de activos de los agentes económicos que se concentran (*mix-and-match*) resultarán aceptables solo de manera excepcional¹³.

48. Por último, las partes podrán proporcionar mayor seguridad a la FNE respecto de la existencia de potenciales interesados por el paquete de desinversión por la vía de ofrecer lo que la doctrina comparada denomina *joyas de la corona*. Aquello implica la existencia de un paquete de desinversión alternativo, más atractivo para potenciales compradores que el paquete preferente¹⁴, a ser enajenado en caso de que no existan interesados por este último dentro del plazo previsto al efecto. La existencia de dicho paquete de desinversión alternativo será mantenida con carácter confidencial hasta el último día del plazo previsto

¹¹ Adicionalmente, la FNE podrá aceptar que el escrito de medidas contemple la venta de un conjunto de activos, aun cuando la venta de una unidad de negocios resulte factible y proporcional, en la medida que dentro del mismo se consigne la identidad del comprador y que éste no tenga interés en la adquisición íntegra de la unidad de negocios.

¹² Esto puede incluir no solo activos físicos (plantas de producción, centros de distribución, etc.), sino que también el personal actualmente empleado, activos intangibles (propiedad industrial, marcas, *know how*, secretos comerciales, etc.), sistemas informáticos, instalaciones de investigación y desarrollo, bases de datos de clientes, contratos que garantizan el acceso a insumos y clientes, permisos y autorizaciones, documentos y registros relativos al negocio, y todo lo que resulte necesario para operar de manera efectiva y autónoma en el mercado relevante.

¹³ Los riesgos de aceptar soluciones del tipo mix and match son reconocidos en diversas guías de remedios comparadas, a modo de ejemplo: Bundeskartellamt, Guidance on Remedies in Merger Control (2017), párr. N° 51; UK Competition Commission, Merger Remedies: Competition Commission Guidelines (2008), párr. N° 3.1.2.

¹⁴ Por lo general, las *joyas de la corona* implican añadir al paquete de desinversión preferente otros activos que no se utilizan directamente en la elaboración o comercialización del producto relevante, pero que aumentan el interés por el paquete de desinversión. Por ejemplo, instalaciones emplazadas en mercados geográficos en que no se detectaron riesgos, o activos necesarios para producir productos respecto de los que la operación no produce riesgos, pero respecto de los cuales existen sinergias de comercializar conjuntamente con los productos sujetos a riesgo.

para la venta del paquete preferente, en caso de que así sea solicitado por las partes, a objeto de no afectar el proceso de desinversión primario.

B. CARACTERÍSTICAS QUE DEBE TENER EL COMPRADOR DEL PAQUETE DE DESINVERSIÓN

49. Una medida de desinversión puede fracasar no solo cuando los activos desinvertidos carecen de la aptitud para restablecer la competencia, o para atraer interesados, sino que también cuando el comprador de los mismos no exhibe la idoneidad necesaria para convertir dichos activos en una fuerza competitiva de importancia¹⁵.

50. Por lo mismo, tanto la identidad del comprador, como los actos o contratos celebrados con ocasión de la enajenación del paquete de desinversión, deberán contar siempre con la aprobación explícita de la FNE.

51. En términos generales, el comprador debe ser capaz de restablecer la rivalidad competitiva perdida como consecuencia de la operación de concentración. Por lo mismo la FNE evaluará si el comprador propuesto por las partes cuenta con experticia, experiencia, activos y recursos financieros suficientes para operar en el largo plazo en el mercado afectado.

52. Adicionalmente, la FNE verificará el cumplimiento de los siguientes requisitos generales por parte del comprador, sin perjuicio de otros requisitos específicos con que deba cumplir atendidas las circunstancias particulares del caso concreto:

- (i) El comprador debe ser independiente de las partes, por lo que en general no resulta tolerable la existencia de *interlocking* ni participaciones minoritarias entre las mismas. También atenta contra este requisito que la compra sea financiada con recursos de las partes, o que se mantengan vínculos contractuales relevantes entre éstas y el comprador, salvo circunstancias excepcionales y necesariamente provisionales¹⁶.
- (ii) La adquisición de los activos por parte del comprador no debe crear nuevos problemas de competencia.
- (iii) Resulte esperable que el comprador obtenga de manera oportuna todos los permisos regulatorios necesarios para operar en el mercado relevante.

53. Asimismo, antes de aprobar la identidad del comprador, la FNE puede juzgar necesario requerir de este último la formulación de un plan de negocio, a modo de evaluar

¹⁵ La entidad del riesgo está intrínsecamente vinculada al contenido del paquete de desinversión, toda vez que, si éste recae sobre una unidad de negocio operativa e independiente, respecto de cuya viabilidad competitiva existe evidencia empírica, los atributos del comprador resultan menos determinantes a efecto de determinar la efectividad de la medida propuesta.

¹⁶ Concurren estas circunstancias excepcionales cuando resulta fundamental para asegurar la viabilidad del comprador en el período de transición que la empresa fusionada le provea de ciertos insumos o servicios.

el compromiso expreso de operar los activos adquiridos como un todo dentro del mercado relevante afectado por la operación, y de no transferir los mismos a terceros dentro de un plazo determinado.

54. La FNE adoptará su decisión respecto de la pertinencia del comprador propuesto tomando en consideración diversos antecedentes, tales como, los entregados por las partes y, cuando corresponda, la información y plan de negocio que le proporcione el candidato a comprador, así como la evaluación del supervisor de cumplimiento y de eventuales terceros interesados consultados sobre la materia.

55. La conformidad de la FNE respecto de la identidad del comprador podrá constar en la resolución aprobatoria, cuando el escrito de medidas contenga un compromiso vinculante respecto de la identidad del comprador, o en un acto administrativo posterior, cuando ello no ocurra así. La conformidad de la FNE respecto de los actos o contratos celebrados con ocasión de la enajenación del paquete de desinversión, siempre constarán en un acto administrativo posterior.

56. El momento en que se conoce y aprueba la identidad del comprador por la FNE se encuentra ligado a la manera en que se implementa la medida de desinversión, lo que tiene, a su vez, directa relación con el momento en que se puede perfeccionar la operación de concentración notificada. Por regla general hay tres maneras de implementar la desinversión:

- i. **Escenario I (Solución previa):** Las partes identifican al comprador en el escrito en que ofrecen las medidas de mitigación y celebran un compromiso vinculante con él durante el procedimiento de control de operaciones de concentración y antes de perfeccionar la operación notificada. En este caso es posible incorporar la identidad del comprador en la resolución aprobatoria.
- ii. **Escenario II (Solución de comprador inicial):** Las partes identifican al comprador y celebran el compromiso vinculante con él luego de dictada la resolución aprobatoria y antes del perfeccionamiento de la operación notificada. En este caso, la aprobación del comprador ocurrirá en un acto administrativo posterior a la resolución aprobatoria. Con posterioridad a la aprobación del comprador por parte de la Fiscalía las partes podrán perfeccionar la operación de concentración notificada.
- iii. **Escenario III (Solución post cierre):** En este caso se dictará la resolución aprobatoria, quedando la identificación del comprador adecuado y la aprobación del comprador por parte de la FNE para después de perfeccionada la operación de concentración notificada. Al igual que en la solución anterior, la aprobación de comprador ocurrirá en un acto administrativo posterior a la resolución aprobatoria.

57. En el evento de que en el escrito de medidas no se contenga la identidad del comprador (Escenarios II y III), resultará necesario que se acompañe una enunciación de las características que deberá tener el comprador, las que servirán a la FNE de parámetro al momento de decidir la posterior aprobación de este último, y una lista de potenciales adquirentes del paquete de desinversión que cumplan con dichas características.

58. Re caerá sobre las partes que opten por estas modalidades de implementación de la desinversión (Escenarios II y III), la obligación de presentar una propuesta de comprador adecuado, con posterioridad a la resolución aprobatoria, la que deberá ser respondida por la FNE en un plazo máximo de 15 días. Asimismo, las partes podrán solicitar a la FNE la pre-aprobación de hasta dos posibles compradores, caso en el cual el plazo anterior se ampliará a un máximo de 30 días. Si las partes no proveyeran a la FNE de antecedentes suficientes para calificar la adecuación del o los compradores propuestos, de conformidad con lo dispuesto en los párrafos 51 a 53 de esta Guía, esta última podrá rechazar el o los candidatos propuestos, sin perjuicio del derecho de las partes para exigir un nuevo pronunciamiento junto con el aporte de antecedentes adicionales.

59. Las medidas de solución previa o de solución de comprador inicial (Escenarios I y II) garantizarán de mejor manera la idoneidad del comprador del paquete de desinversión y, con ello, la aptitud de las medidas ofrecidas para solucionar los problemas de competencia detectados. Por lo mismo, la FNE considerará medidas que impliquen una solución post cierre (Escenario III) cuando no parezca previsible que su implementación presente problemas que puedan comprometer la viabilidad de la medida (por ejemplo, cuando existe claridad acerca de la existencia de interesados idóneos por el paquete de desinversión).

C. CARACTERÍSTICAS QUE DEBE CUMPLIR EL PROCESO DE ENAJENACIÓN PARA QUE EL PAQUETE DE DESINVERSIÓN NO SE DETERIORE ANTES DE SU ENAJENACIÓN

60. Puede ocurrir que los agentes económicos que se concentran carezcan de incentivos para proteger adecuadamente los activos que serán desplegados por futuros competidores. Por lo mismo, las medidas de mitigación que se propongan deberán contemplar resguardos necesarios para evitar que la efectividad de la medida estructural sea socavada a través del deterioro del paquete de desinversión de forma previa a la concreción de su enajenación.

61. La primera causa de deterioro de los activos o negocio transferido es, precisamente, la prolongación excesiva del proceso de desinversión de los mismos, dilación apta para erosionar la preferencia de los clientes y la estabilidad del personal que lo constituye.

62. Atendido lo expuesto, la FNE considerará como adecuado que el proceso de desinversión se desarrolle en su integridad dentro de un plazo máximo de nueve meses contados desde la resolución aprobatoria¹⁷.

63. Con todo, las partes siempre podrán revestir su remedio de mayor efectividad, por la vía de comprometer plazos inferiores a los máximos establecidos en esta Guía, los que podrán ser mantenidos bajo carácter confidencial, a petición de las partes. Mientras más cortos los plazos ofrecidos, menores los riesgos de menoscabo de los activos o negocio transferido.

64. Adicionalmente, a objeto de prevenir el riesgo de deterioro del paquete de desinversión, las partes deberán comprometerse a proseguir con el desarrollo del negocio o conjunto de activos objeto de la transferencia según el curso normal de su giro y conforme las buenas prácticas comerciales que sean aplicables¹⁸.

D. RESGUARDOS ADICIONALES EN CASO QUE SE OPTE POR EL ESCENARIO III

65. La FNE podrá considerar aprobar la identidad del comprador con posterioridad al perfeccionamiento de la operación notificada (Escenario III), en la medida que las partes ofrezcan ciertos resguardos adicionales.

Procedimiento de enajenación

66. Dentro del plazo máximo de nueve meses las partes deberán: i) proponer un comprador adecuado a la FNE; ii) obtener la resolución que manifiesta la conformidad con

¹⁷ Lo anterior, sin perjuicio de que excepcionalmente la FNE podrá conceder prórrogas al plazo establecido para la aprobación del comprador, fundada en antecedentes concretos que así lo aconsejen.

¹⁸ En general, será necesario que las partes aseguren proceder a la mantención de los activos o del negocio que son objeto de la transferencia según el curso normal de su giro y conforme las buenas prácticas comerciales, absteniéndose de realizar actos que puedan tener consecuencias adversas significativas en la respectiva actividad empresarial.

Lo anterior, y sin que sirva de limitación, se referirá a efectuar las respectivas acciones de mantenimiento y conservación de los bienes que forman parte del activo fijo de la entidad respectiva, de los conocimientos técnicos y la información comercial de naturaleza confidencial o sujeta a derechos de propiedad, de secretos industriales, derechos de propiedad intelectual, de la clientela y la aptitud técnica y/o comercial de los trabajadores de la entidad, entre otros.

Además, las partes deberán mantener el desarrollo de la respectiva actividad empresarial en las mismas condiciones de antes de verificada la operación de concentración y, en particular, proporcionar para su desarrollo recursos suficientes, tales como capital y/o línea de crédito, continuando la ejecución de los planes existentes y mantener los que a la fecha no hayan principiado su ejecución, preservando las funciones administrativas y de gestión existentes en la entidad, y cualquier otra medida de gobierno corporativo necesaria atendido el giro que desempeñe la respectiva entidad.

Los compromisos también deberán comprender la obligación de las partes de la operación de adoptar todas las medidas que sean razonables y usuales en la industria, incluidos sistemas apropiados de incentivo, para efectos de incitar al personal clave a permanecer y mantener las actividades empresariales de la entidad en el normal curso de sus funciones, y que no atraigan ni desplacen a otros miembros del personal de la entidad a otras actividades empresariales diferentes a la actividad de la entidad respectiva.

la identidad de comprador del paquete de desinversión propuesto (“**Resolución de Conformidad**”); y iii) perfeccionar la desinversión con el comprador aprobado por la Fiscalía.

67. Las partes contarán con el plazo máximo por ellas propuesto en el escrito de medidas, el que no podrá exceder de seis meses contados desde la resolución aprobatoria, para que la FNE dicte la Resolución de Conformidad.

68. Cumplido el plazo de seis meses establecido en esta Guía para la obtención de la Resolución de Conformidad sin que la FNE haya emitido la Resolución de Conformidad¹⁹, se procederá a la enajenación forzada de los activos o negocio a ser transferido por el supervisor de desinversión que para estos efectos haya sido designado en el escrito de medidas.

69. En caso de que, a la fecha de cumplimiento del plazo de 6 meses contados desde la resolución aprobatoria, esté pendiente por parte de la FNE la decisión respecto de la conformidad del candidato propuesto por las partes antes del vencimiento de dicho plazo, deberá esperarse el pronunciamiento formal de la FNE sobre el particular para determinar si se procederá o no a la enajenación forzada del paquete de desinversión.

70. La enajenación forzada por parte del supervisor de desinversión será realizada a un comprador idóneo, sin la fijación de un precio mínimo de venta²⁰, dentro del plazo remanente para completar el plazo máximo de 9 meses o el que se convenga de común acuerdo entre la FNE y el supervisor.

Administración separada del paquete de desinversión

71. Adicionalmente, las partes podrán ofrecer garantizar la administración separada del paquete de desinversión, pudiendo incluso comprometer la independencia del administrador del paquete de desinversión respecto de cualquier ejecutivo de los agentes económicos que se concentran o de su matriz.

¹⁹ La falta de una Resolución de Conformidad puede ocurrir porque las partes no han propuesto candidatos de compradores adecuados a la FNE o los propuestos fueron rechazados.

²⁰ Al respecto, siguiendo a las guías de remedios de las principales jurisdicciones comparadas, de cara a la FNE, el precio que reciban las partes por el paquete desinvertido resulta irrelevante dentro del análisis de aprobación del comprador. Lo anterior por cuanto las partes siempre pueden optar por desistirse de la operación de concentración si estiman que las medidas establecidas le resultan muy gravosas.

Designación de supervisores de cumplimiento

72. La FNE podrá, igualmente, considerar necesario que las partes designen a un supervisor de cumplimiento que monitoree el proceso de venta. Corresponderá en estos casos al supervisor:

- (i) evaluar las características de todos los interesados que presenten ofertas por el paquete de desinversión, informando a la FNE respecto de la viabilidad competitiva de cada uno de ellos;
- (ii) fiscalizar el esfuerzo desplegado por las partes para encontrar un comprador idóneo;
- (iii) identificar oportunamente potenciales obstáculos a la concreción exitosa de la desinversión, así como posibles soluciones a dichos problemas;
- (iv) asegurarse de que los interesados por el paquete de desinversión reciban de las partes todos los documentos necesarios para realizar un *due diligence* adecuado;
- (v) informar a la FNE a su solo requerimiento respecto de aspectos relacionados con la evolución del proceso de venta; y,
- (vi) al término del proceso de venta, corroborar la enajenación legal y efectiva de los activos o unidad de negocio enajenada.

73. Adicionalmente, puede resultar necesario que las partes designen un supervisor de cumplimiento que mantenga informada a la FNE respecto de la observancia de los compromisos de administración separada y del desarrollo del negocio o conjunto de activos objeto de la transferencia según el curso normal de su giro y conforme las buenas prácticas comerciales que sean aplicables.

E. CONTENIDO DEL ESCRITO QUE OFRECE UNA MEDIDA DE DESINVERSIÓN

74. De acuerdo con lo expuesto en este capítulo, la oferta de medidas estructurales de desinversión deberá contener como mínimo los siguientes elementos:

- (1) una descripción de la actividad empresarial o conjunto de activos a desinvertir, señalando de la manera más precisa y detallada posible todos los elementos que lo componen, incluyendo activos materiales e inmateriales necesarios para su funcionamiento y el modo actual de funcionamiento²¹;

²¹ A modo de ejemplo de los aspectos que deben ser señalados en la oferta, véase la Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) n°139/2004 y al Reglamento (CE) n° 802/2004 de la Comisión, 2008/C 267/01, párrafos 27-31. Entre los aspectos que en ella se señalan, cabe destacar: (i) activos relacionados con innovación y desarrollo; (ii) ventas y actividades de comercialización; (iii) licencias; (iv) permisos y autorizaciones gubernamentales; (v) contratos y arrendamientos; (vi) personal que se transferirá (distinguiendo los que son y no son esenciales para la viabilidad y competitividad); (vii) relaciones existentes, entre otros.

- (2) los activos cuya enajenación esté sujeta a limitaciones, como por ejemplo, el consentimiento de terceros distintos de las partes²²;
- (3) los activos que, a pesar de ser parte de la unidad de negocio, se excluyen expresamente del paquete de desinversión y la justificación de ello (cuando corresponda);
- (4) el compromiso de desarrollar el negocio o administración del conjunto de activos a enajenar según el curso normal de su giro y a las buenas prácticas comerciales;
- (5) la indicación de la manera en que se realizará la desinversión de conformidad al párrafo 57, entre las siguientes alternativas: i) Escenario I (solución previa); o ii) Escenario II (solución comprador inicial); o iii) Escenario III (solución post cierre);
- (6) las características que debe tener el adquirente y potenciales compradores²³ (salvo en los casos de solución previa);
- (7) la identificación del supervisor de desinversión, para el evento en que las partes no logren obtener la aprobación de un comprador por parte de la FNE dentro del plazo previsto al efecto, y la exposición de los términos generales del mandato que se le conferirá (sólo en caso de optar por Escenario III);
- (8) el compromiso de no readquirir directa o indirectamente los activos desinvertidos y no recontractar al personal calificado como esencial, dentro de un plazo determinado.

Adicionalmente el escrito podrá contener:

- (9) el ofrecimiento de un paquete alternativo de desinversión (*joyas de la corona*), siguiendo los requisitos contemplados en los puntos (1) a (4) precedentes;
- (10) el compromiso de administrar el negocio de manera separada y la forma cómo se implementará dicha separación;

²² Por regla general, las medidas de mitigación cuya implementación dependa del consentimiento de un tercero distinto de las partes (por ejemplo, el dueño de un inmueble que se ofrece enajenar), no serán consideradas aptas para mitigar los riesgos a la competencia generados por la operación mientras no conste a la FNE que las autorizaciones respectivas han sido otorgadas de manera explícita.

²³ La FNE no tomará en consideración los activos con que cuenten los potenciales compradores al momento de determinar la idoneidad del paquete ofrecido, a menos que la identidad del comprador le sea revelada de manera vinculante antes de la dictación de la resolución aprobatoria. Sin embargo, una vez que la FNE apruebe la identidad del comprador podrá, a petición de éste, aprobar que se sustraigan ciertos activos del paquete de desinversión si llega a la convicción de que, atendidas las características y recursos de aquél, lo solicitado no afecta la efectividad del remedio.

- (11) el compromiso a concluir la desinversión dentro de un plazo inferior al mínimo establecido en esta Guía;
- (12) la identificación de el o los supervisores de cumplimiento que fiscalizarán el proceso de venta y la correcta administración del paquete de desinversión, y la exposición de los términos generales del mandato que se le conferirá.

V. OTRAS MEDIDAS DE MITIGACIÓN

75. Como se señaló, además de obligaciones de desinversión, las medidas de mitigación ofrecidas por las partes por regla general implican una modificación o limitación a la conducta futura de los agentes económicos que se concentran.

76. En cuanto a su duración, las medidas de mitigación distintas a las medidas de desinversión deberán extenderse por el mismo tiempo que se prevea dure el riesgo que pretendan morigerar. Por este motivo, la FNE no aceptará limitaciones temporales de las mismas, a menos que espere que la reducción sustancial de la competencia tenga, asimismo, un efecto transitorio²⁴.

77. Asimismo, la fiscalización del cumplimiento de este tipo de medidas de mitigación puede requerir de una intensidad y continuidad tal, que se aconseja la designación de un supervisor de cumplimiento, que mantenga informada a la FNE respecto de la observancia de los compromisos.

78. A continuación, se enumeran las formas más comunes de otras medidas de mitigación distintas de la desinversión, nómina que en ningún caso pretende ser exhaustiva, debiendo examinarse las necesidades y posibilidades concretas que presenta la operación de concentración notificada.

A. MEDIDAS CUASI-ESTRUCTURALES QUE INTENTAN INCIDIR EN LA ESTRUCTURA DEL MERCADO

79. Son aquellas que persiguen restablecer la competencia por la vía de permitir a competidores de la empresa fusionada acceder en términos apropiados a los insumos, infraestructura, redes, tecnología o información de propiedad de esta última que resulten necesarios al efecto.

²⁴ A objeto de limitar la duración de un remedio temporal las partes pueden supeditar su aplicación al cumplimiento de ciertos factores fácilmente observables (por ejemplo, que la empresa fusionada baje de cierto porcentaje de participación de mercado).

80. Cuando la medida persigue remediar riesgos competitivos emanados de una operación de concentración horizontal usualmente toma la forma de una obligación de licenciamiento forzoso de marcas o patentes²⁵; si lo que persigue es remediar los efectos asociados a una operación de concentración vertical, evitando que la filial aguas arriba o abajo del competidor integrado bloquee el acceso a determinados insumos o infraestructura, adquirirá la forma de obligaciones de acceso.

B. MEDIDAS QUE IMPLICAN PROHIBICIÓN DE CELEBRAR ACTOS O CONTRATOS

81. Los agentes económicos que se concentran pueden reforzar el poder de mercado adquirido mediante la realización de ciertas conductas aptas para frenar la entrada o expansión de competidores. En este sentido, obligaciones de no hacer, tales como la de no celebrar contratos exclusivos, pactar descuentos condicionales o selectivos, realizar venta atada o empaquetamiento de productos, o incrementar los costos de salida existentes a los clientes, apuntan a impedir el cierre artificial del mercado, permitiendo el ingreso de competidores al mismo.

C. MEDIDAS QUE IMPLICAN LA OBLIGACIÓN DE IMPEDIR EL TRASPASO DE INFORMACIÓN AL INTERIOR DE LOS AGENTES ECONOMICOS QUE SE CONCENTRAN.

82. En términos generales, las murallas chinas buscan impedir que un agente económico verticalmente integrado (A) distorsione el proceso competitivo por la vía de compartir con su filial (B) información confidencial de competidoras de esta última, que utilizan su infraestructura o adquieren sus productos (C). Para estos efectos deben adoptarse los mecanismos necesarios para asegurar que se impida la propagación de información sensible al interior del agente económico verticalmente integrado (entre A y B).

D. MEDIDAS QUE PERSIGUEN REGULAR DIRECTAMENTE EL PODER DE MERCADO.

83. La fijación de niveles máximos de precios constituye el ejemplo más representativo de una medida que persigue regular directamente el poder de mercado. Otras medidas de este tipo podrían ser el compromiso de mantener un portafolio de productos o un nivel de servicio no inferior al existente antes de la operación de concentración.

²⁵ Dependiendo de las particularidades del caso, la FNE podrá considerar distintas modalidades de este tipo de medidas, como por ejemplo, el uso exclusivo y temporal de una marca o patente o el uso compartido de las mismas (co-licenciamiento).

84. Si bien el análisis de efectividad y factibilidad debe efectuarse caso a caso, en términos generales, la FNE no aprobará las propuestas fundadas en remedios de esta naturaleza, a menos que aquéllos se planteen como una solución transitoria a la espera de la implementación efectiva de una solución principal.

85. Lo anterior, por cuanto este tipo de remedios acrecienta los riesgos inherentes a los compromisos conductuales. Así, en vez de perseguir restablecer la competencia se resignan a regular el poder de mercado. Todavía más, pueden incluso impedir la recuperación del mercado al inhibir la entrada de nuevos competidores a un mercado distorsionado por la regulación. Por último, este tipo de medidas conlleva significativos riesgos de elusión, lo que aumenta los costos y dificultad de la fiscalización.

E. OBLIGACIONES PARA CON EL COMPRADOR DEL PAQUETE DE DESINVERSIÓN

86. Para resguardar la efectividad de la desinversión puede resultar necesario que se establezcan compromisos adicionales, de carácter accesorio a las obligaciones principales. Así, por ejemplo, la FNE considerará indispensable el establecimiento de un compromiso de no recontractar al personal del paquete de desinversión calificado como esencial en el escrito de medidas, y de no recomprar directa ni indirectamente los activos transferidos dentro de un plazo determinado. Asimismo, puede resultar necesario que las partes ofrezcan otras medidas de mitigación transitorias destinadas a asegurar la viabilidad de los activos o negocio cedido, como, por ejemplo, obligaciones de no competir, de abastecimiento de determinados insumos o de licenciamientos de marcas u otros derechos propiedad industrial.

VI. SUPERVISORES DE CUMPLIMIENTO Y DE DESINVERSIÓN

87. Existen situaciones en que puede resultar necesario que las partes designen supervisores a objeto de obtener la aprobación de las medidas ofrecidas por parte de la FNE²⁶²⁷:

- (1) para monitorear el proceso de enajenación del paquete de desinversión (supervisor de cumplimiento);

²⁶ La utilización de supervisores de cumplimiento y de desinversión es una práctica ampliamente reconocida en jurisdicciones comparadas, véase: Comunicación de la Comisión Europea relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) n° 802/2004 de la Comisión, (2008), párr. N° 117, 119 y 121; Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies, U. S. Department of Justice, Antitrust Division (2011), p. 26; Bundeskartellamt, Guidance on Remedies in Merger Control (2017), párr. 129-134; UK Competition Commission, Merger Remedies: Competition Commission Guidelines (2008), párr. N° 3.23 y 4.5.

²⁷ Las funciones referidas no necesariamente tienen que ser desempeñados por un único supervisor de cumplimiento.

- (2) para garantizar que durante el proceso de desinversión los activos o negocio a ser transferidos sean administrados de manera separada del negocio principal, y utilizados de conformidad con la buena práctica comercial y en el curso normal de su actividad (supervisor de cumplimiento);
- (3) para fiscalizar el cumplimiento de los remedios conductuales que formen parte del escrito de medidas (supervisor ex post); y
- (4) para realizar la enajenación forzada del paquete de desinversión (supervisor de desinversión).

88. Las partes para el caso que se opte por el mecanismo de enajenación del Escenario III siempre deberán designar un supervisor de desinversión, para llevar a cabo la enajenación del paquete de desinversión en el evento de que transcurra el plazo máximo establecido a objeto de que se produzca la aprobación del comprador por parte de la FNE, sin que la misma se haya producido.

89. Los supervisores de cumplimiento y desinversión son propuestos por las partes en el escrito de medidas y requerirán de la aprobación de la FNE (en general, la aprobación se verificará al dictarse la resolución aprobatoria). La FNE aprobará la identidad del supervisor en la medida que se forme la convicción de que el candidato propuesto cuenta con la competencia necesaria para desarrollar el encargo, es directa o indirectamente independiente de las partes y carece de conflicto de interés en el desempeño de la función²⁸.

90. Sin perjuicio de que los supervisores de cumplimiento y desinversión son remunerados por las partes, éstos responden a la FNE, de manera tal que sólo pueden recibir instrucciones de parte de ésta²⁹. Para estos efectos deberán emitir reportes confidenciales periódicos a la FNE informando acerca de la marcha de su encargo, y deberán tener acceso a toda la documentación de las partes que resulte pertinente^{30 31}.

91. Las funciones específicas de los supervisores de cumplimiento y desinversión constarán en el plan de trabajo que éstos acompañen a la FNE en el tiempo que medie

²⁸ A objeto de que la FNE puede realizar este análisis será necesario que el escrito de medidas enumere todos los vínculos históricos entre el supervisor (o las personas naturales que realizarán el encargo cuando el supervisor sea una persona jurídica) y las partes, o sus relacionadas.

²⁹ Tampoco podrán las partes solicitar acceso a los productos de su trabajo antes de que los mismos sean remitidos a la FNE, ni solicitarle conocimiento de las comunicaciones con esta última.

³⁰ Véase: Comunicación de la Comisión Europea relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) n° 802/2004 de la Comisión, (2008), párr. N° 118; Bundeskartellamt, Guidance on Remedies in Merger Control (2017), párr. 130; UK Competition Commission, Merger Remedies: Competition Commission Guidelines (2008), párr. N° 5.1 y 5.2.

³¹ Al respecto la Comunicación de la Comisión Europea relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) n° 802/2004 de la Comisión, (2008) señala: "El administrador encargado de la supervisión llevará a cargo sus tareas bajo el control de la Comisión y deberá ser considerado como los <<ojos y oídos>> de la Comisión"

entre la presentación del escrito de medidas y la resolución aprobatoria, y se detallarán en el contrato que al efecto suscriban con las partes, el que deberá contar, asimismo, con la autorización de la FNE³².

92. El mandato de los supervisores de cumplimiento y desinversión terminará por el cumplimiento del encargo. El término anticipado de sus funciones sólo podrá ocurrir por decisión fundada de la FNE, o a solicitud fundada de las partes, previa aprobación de la FNE.

³² Dicho contrato deberá usar como referencia el modelo de contrato de supervisor de cumplimiento y desinversión que al efecto establecerá la FNE.