

Santiago, 28 FEB 2019

## VISTOS:

1. La notificación de operación de concentración (la "Notificación"), correspondiente al Correlativo Ingreso N°04944-18, presentada a esta Fiscalía Nacional Económica ("Fiscalía") con fecha 19 de noviembre de 2018, relativa a la notificación por parte de Bío Bío Comunicaciones S.A., Compañía Chilena de Comunicaciones S.A., Copesa S.A., Canal 13 SpA, Red Televisiva Megavisión S.A. e Iberoamericana Radio Chile S.A. (todas, en conjunto, las "Partes" o "Constituyentes") mediante la cual informan a esta Fiscalía, conforme al tenor y alcance señalados por las Partes en la Notificación, de su intención a proceder a celebrar una eventual asociación entre ellas para efectos de constituir un nuevo agente económico destinado a participar en el negocio de avisaje digital ("Operación").
2. Las Resoluciones de esta Fiscalía emitidas con fecha 30 de noviembre de 2018 y 21 de diciembre de 2018, donde se declaró incompleta la Notificación presentada por las Partes ("Primera Resolución" y "Segunda Resolución", respectivamente).
3. La presentación de las Partes, correspondiente al Ingreso Correlativo N°05294-18, de fecha 7 de diciembre de 2018 y al Ingreso Correlativo N°00090-19, de fecha 8 de enero de 2019, mediante las cuales complementan la Notificación ("Primer Complemento" y "Segundo Complemento", respectivamente).
4. El acuerdo de entendimiento, cuyos borradores fueron acompañados a la Notificación y al Segundo Complemento ("Acuerdo de Entendimiento"), dando cuenta de la intención de las Partes de celebrar la Operación.
5. La correspondiente Resolución dictada por esta Fiscalía, con fecha 22 de enero de 2019, que dio inicio a la investigación Rol FNE F165-2018 ("Investigación"), en conformidad a lo dispuesto en el Título IV del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973, y sus respectivas modificaciones ("DL 211").
6. Lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República.
7. Lo establecido en el artículo 2° de la Ley N°18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado ("LBGAE").
8. Lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 8°, 14 y 40 de la Ley N°19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado ("LBPA").
9. Lo establecido en los artículos 46, 47, 54, 57 y 58 del DL 211.
10. Lo dispuesto en el artículo 7° del Reglamento sobre la notificación de una operación de concentración y, en particular, lo señalado en el numeral 8°, letra d) de dicho cuerpo normativo ("Reglamento").

11. Lo señalado en la Guía de Competencia de la Fiscalía Nacional Económica, publicada en el mes de junio de 2017 ("Guía de Competencia").

**CONSIDERANDO:**

1. Que, el artículo 47 del DL 211 señala qué es lo que ha de entenderse por operación de concentración, distinguiendo cuatro hipótesis para el efecto, esto es, cuatro situaciones en que dos o más agentes económicos independientes entre sí, cesan en su independencia ya sea: (a) fusionándose, cualquiera sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante; (b) adquiriendo, uno o más de ellos, directa o indirectamente, derechos que le permitan influir decisivamente en la administración de otro; (c) asociándose bajo cualquier modalidad para conformar un agente económico independiente que desempeñe sus funciones de forma permanente; o (d) adquiriendo, uno o más de ellos, el control sobre los activos de otro a cualquier título.
2. Que, de acuerdo a lo sostenido por las Partes de la Notificación, la transacción proyectada constituiría uno de los casos contemplados en la letra c) del artículo citado, en tanto supondría la asociación de seis agentes económicos independientes, para la creación de una sociedad funcionalmente independiente de las mismas<sup>1</sup>.
3. Que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 47, letra c), la asociación conformada debe ser independiente, y desempeñar sus funciones de forma permanente. La Guía de Competencia, por su lado, señala que estos requisitos concurren en la medida en que signifiquen, por un lado, la creación de un nuevo agente económico distinto de los constituyentes y, por otro, la verificación de su autonomía funcional que le permita desarrollar plenas funciones en el mercado. De este modo, la Guía de Competencia señala que un *joint venture* funcionalmente autónomo debe presentar autonomía normativa (*i.e.* que opere como agente económico soberano jurídicamente, con patrimonio propio y capacidad de obligarse y actuar en la vida del derecho de manera autónoma), y autonomía económica (*i.e.* que éste cuente con la posibilidad de desarrollar su actividad económica con recursos suficientes para funcionar en el mercado, de manera autónoma de sus constituyentes)<sup>2-3</sup>.
4. Que, ante la Notificación presentada por las Partes con fecha 19 de noviembre de 2018, por medio de la Primera Resolución dictada con fecha 30 de noviembre del mismo año, esta Fiscalía hizo presente la falta de antecedentes necesarios para identificar la intención de las mismas "*en el sentido de determinar si ésta [la asociación] actuará como agente económico independiente en el mercado respectivo*"<sup>4</sup>.
5. Que, en el mismo sentido, tras la presentación del Primer Complemento y por medio de la Segunda Resolución dictada con fecha 21 de diciembre de 2018, nuevamente esta Fiscalía sostuvo que los antecedentes presentados no acompañaban "*información que permita determinar de manera cierta y suficiente si la entidad creada*

<sup>1</sup> Notificación, p. 2.

<sup>2</sup> Guía de Competencia, párrafo 86.

<sup>3</sup> Al enfrentarse frente a investigaciones relativas a *joint ventures* notificados como operación de concentración que, sin embargo, no resultan poseer dicha calidad de acuerdo a la normativa aplicable, la Comisión Europea ha optado por cerrar la investigación respectiva, argumentando que la operación no constituye una operación en los términos de los artículos 3(1)b y 3(2) de la Council Regulation (ECC). Es, por ejemplo, el caso de las investigaciones Case No. IV/M.3003 – Electrabel/Energia Italiana/Interpower, Case No. IV/M.1315 – ENW/Eastern, Case No. IV/M.979 – Preussag/Voest Alpine y Case No. IV/M.904 – RSB/Tenex/Fuel Logistic.

<sup>4</sup> Primera Resolución, Considerando 2º.

actuará como un agente económico independiente en el mercado respectivo, especialmente en relación con su perspectiva económica y financiera”<sup>5</sup>.

6. Que, al tenor de las observaciones efectuadas por esta Fiscalía, las Partes fueron realizando diversas modificaciones al Acuerdo de Entendimiento acompañado en la Notificación, en orden a estructurar la asociación buscando otorgarle independencia.
7. Que, sin perjuicio de aquello, y tras la presentación del Segundo Complemento, esta Fiscalía resolvió dar inicio a la Investigación, para en el marco de ésta analizar la Operación notificada y especialmente determinar con mayores antecedentes de la industria y del producto comercializado si la asociación proyectada cumplía con el requisito de independencia, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 del DL 211 y en la Guía de Competencia<sup>6</sup>.
8. Que, de acuerdo a lo señalado por las Partes, la entidad resultante de la asociación proyectada operaría en el mercado de avisaje digital, ofreciendo a los avisadores el inventario [REDACTED] que mantuviese características de calidad y visibilidad particulares [REDACTED] y que corresponda a espacios de avisaje comercializados por medios de comunicación social *premium*<sup>7</sup>). Las Partes añaden que ésta funcionaría con independencia de sus asociados, quienes sólo la abastecerían del insumo a ser comercializado, pudiendo eventualmente incorporar inventario de propiedad de terceros competidores, una vez finalizado el período de exclusividad pactado por los Constituyentes.
9. Cabe mencionar que [REDACTED] Esta exclusividad se extendería por 24 meses<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Segunda Resolución, Considerando 1º.

<sup>6</sup> Cabe mencionar que los documentos internos presentados por las Partes en cumplimiento de los antecedentes requeridos por el Reglamento [REDACTED]

<sup>7</sup> En virtud de lo establecido en el numeral (ii) de la cláusula 3.3 del Acuerdo de Entendimiento, el [REDACTED]

Cabe señalar que en el Acuerdo de Entendimiento acompañado a la Notificación [REDACTED]

<sup>8</sup> Cláusula 3.4. del Acuerdo de Entendimiento, [REDACTED]

10. Que, sin embargo, dadas las características del producto ofrecido, la estructura comercial proyectada por las Partes y el funcionamiento de la industria, esta Fiscalía considera que no es posible sostener que el *joint venture* creado por los Constituyentes operaría con plena funcionalidad.
11. Que, en primer lugar, dadas las actuales condiciones del mercado y la estructura acordada por las Partes, el *joint venture* propuesto no contaría con recursos suficientes para funcionar en el mercado de manera autónoma. En ese sentido, la Investigación efectuada permite concluir que [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED] Así las cosas, el hecho de que el *joint venture* no cuente con inventario de las Partes, o que, por el contrario, cuente con la totalidad del inventario disponible para aquellas, sería algo que depende de la mera voluntad de las mismas. Adicionalmente, y habiendo cesado la exclusividad establecida en el Acuerdo de Entendimiento [REDACTED]  
[REDACTED] la disponibilidad del mismo se hace aún más incierta, resultando improbable la incorporación de inventario no controlado por los Constituyentes de la asociación conforme se detalla en el Considerando siguiente.
12. Que, en segundo lugar, dados los criterios precedentemente expuestos en el considerando 8., que limitan la calidad del inventario a ser comercializado por el *joint venture* y los medios que lo proveen<sup>9</sup>, los antecedentes recabados en el transcurso de la Investigación permiten afirmar que, habiendo cesado la exclusividad referida, y teniendo presente que las Partes controlarían más del [40-60]% del inventario existente, quedaría disponible un volumen escaso de inventario para ser aportado por terceros. De este modo, resultaría plausible que el *joint venture* no fuera capaz de conseguir más de un [40-60]% de su volumen de negocios en base a inventario disponibilizado por actores distintos de los Constituyentes.
13. Que, si bien el análisis del volumen de negocios de un *joint venture* con sus Constituyentes requiere de una revisión caso a caso, de modo tal de identificar las características particulares de cada industria, en virtud de los antecedentes analizados a lo largo de la Investigación, es posible concluir que dicho volumen sí resultaría, en este caso, indicativo de una falta de autonomía. Particularmente, [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]
14. En adición a lo anterior, debe ser considerado que, a juicio de esta Fiscalía y, a partir de las gestiones efectuadas en la Investigación, existen dudas respecto del valor que sería añadido a los productos comercializados en la industria por esta nueva asociación, siendo este un factor adicional a la hora de evaluar su independencia<sup>11</sup>. A ello habría que sumar el hecho de que éstos últimos centran sus actividades en el mismo mercado, o al menos, en mercados que se encuentran relacionados.

<sup>9</sup> Tal como fue indicado en el pie de página 7 anterior, en virtud de lo establecido en el numeral (ii) de la cláusula 3.3 del Acuerdo de Entendimiento, el inventario comercializado por la nueva asociación [REDACTED]  
[REDACTED]

<sup>10</sup> Es el caso, por ejemplo, de [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

<sup>11</sup> Guía de Competencia, párrafo 90.

15. Que, en tercer lugar, y una vez comprobada la dependencia del insumo de los Constituyentes y, asimismo, la improbabilidad e insuficiencia del ingreso de inventario de terceros como insumo para la asociación proyectada, es preciso notar que evidencia adicional da cuenta de la ausencia de autonomía del *joint venture* que se analiza. Así, por ejemplo, no existiría claridad en torno a las condiciones de compra del insumo aportado por las Partes, sin que sea posible proyectar con claridad suficiente que ésta será adquirida en condiciones de mercado ordinarias, como las que proceden en la contratación con terceros<sup>12</sup>.
16. Que, dadas las características de la industria y el producto a ser comercializado y, habiendo recabado antecedentes suficientes que permiten descartar la viabilidad de la eventual autonomía de la asociación analizada, es posible concluir que la transacción notificada no constituye una operación de concentración en los términos preceptuados en el artículo 47, letra c) del DL 211.
17. Que, habiendo llegado a la conclusión señalada en el Considerando anterior, resulta pertinente tener en cuenta que, en cumplimiento con lo dispuesto en los artículos 6º y 7º de la Constitución Política de la República, así como lo preceptuado en el artículo 2º de la LBGAE, los órganos de la Administración del Estado deben someter su acción a la Constitución y las leyes, actuando siempre dentro del ámbito de su competencia.
18. Que, asimismo, la LBPA contempla los principios que rigen el actuar de la Administración por medio de sus procedimientos, consagrando en su artículo 8º el principio conclusivo y en su artículo 14º el principio de inexcusabilidad. El primero señala que todo procedimiento administrativo está destinado a que la administración dicte un acto decisorio, mientras que el segundo se refiere a la obligación de la Administración de dictar resolución expresa en todos los procedimientos, una vez requerida su intervención.
19. Que lo anterior supone que los órganos de la Administración se encuentran obligadas al respeto de la Constitución y las leyes, sin perjuicio de que deban actuar en los procedimientos ante ellos incoados. Dado que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 46 del DL 211, el procedimiento establecido en el Título IV resulta aplicable a las *operaciones de concentración* que le sean notificadas a esta Fiscalía, ello implica que este órgano de la Administración deba emitir un pronunciamiento, respetando el mandato legal que lo motiva.
20. Que, en orden a respetar el mandato legal recogido por el artículo 46 citado, esta Fiscalía debe evaluar los criterios que permiten dar forma a su competencia según lo preceptuado por las normas señaladas en el Considerando 17º (a saber, jerarquía, cuantía, territorio y materia). En ese sentido, la materia se refiere a "*una fórmula de atribución de competencias que atiende al asunto, fin u objetivo que se pretende abordar o cumplir*"<sup>13</sup>, pudiendo esta clasificarse según competencia externa o interna, cuando se trata de distribución de competencias entre o intra-órgano, correspondientemente<sup>14</sup>. En el caso del Título IV, la materia se encuentra definida por la concurrencia de una operación de concentración, cuestión que resulta

<sup>12</sup> Al evaluar la independencia de los constituyentes respecto de un *joint venture* generado, la Guía de Competencia señala en su párrafo 90: "*Dicha relación, deberá ser a condiciones de mercado ordinarias y en base a las mismas condiciones con las que procede a la contratación con terceros*".

<sup>13</sup> Bermúdez, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Segunda Edición actualizada, Editorial Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile; Thomson Reuters, 2011, p. 321.

<sup>14</sup> Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado: El Servicio Público*, Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 88.

consistente con la manera en que la Comisión Europea procede al respecto<sup>15</sup>. Así las cosas, para respetar la legalidad y competencia que rige el actuar de la administración, esta Fiscalía debe respetar cada uno de los elementos que determinan que un organismo sea competente para conocer por medio del procedimiento referido, sin que sea posible vulnerar alguno de ellos como es, en este caso, la necesidad de tratarse de una operación de concentración.

21. Que el legislador ha previsto escenarios en que, una vez iniciado el procedimiento, es necesario darle término por medio de vías alternativas a la resolución que se pronuncia sobre el fondo del asunto. Es el caso contemplado en el artículo 40 de la LBPA, que regula el abandono, la renuncia, el desistimiento o la imposibilidad material de continuar con el procedimiento como medios alternativos para finalizarlo. En este sentido, la pérdida de competencia por causa sobreviniente (a saber, por encontrarse a partir de la investigación que el procedimiento del Título IV no resulta procedente para analizar la transacción proyectada) constituye una hipótesis de la última causal reseñada (*i.e.* imposibilidad material de continuar con el procedimiento por causas sobreviniente).
22. Que, en concordancia con lo anterior, es necesario hacer presente lo reseñado por la Guía de Competencia, en donde se indica que la *"asociación o joint venture entre los constituyentes que no conforme un nuevo agente económico independiente y permanente, no calificará como operación de concentración y, por lo mismo, no será evaluado por la Fiscalía de conformidad al procedimiento del Título IV del DL 211. Sin perjuicio de ello, dichos actos de colaboración o de coordinación entre competidores podrían ser investigados por la FNE en virtud de las reglas generales y eventualmente puestos en conocimiento del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia"*<sup>16</sup>.
23. Que, dado que los antecedentes recabados a lo largo de la Investigación permiten concluir que no existiría una operación de concentración a ser analizada en este caso y, asimismo, dado el mandato legal que limita la competencia del procedimiento regulado en el Título IV del DL 211, esta Fiscalía se ve en la obligación de reconocer la concurrencia de una imposibilidad material para seguir conociéndolo.

<sup>15</sup> Es por ello que la Comisión Europea ha resuelto no pronunciarse sobre transacciones notificadas cuando, tras efectuar un análisis de ésta, la industria y las condiciones generales del mercado, ha llegado a la conclusión de que no se está en presencia de una operación de concentración en los términos del artículo 3(1)b y 3(2) de la regulación legal aplicable. En este sentido, véase, por ejemplo, los siguientes casos: Case No. IV/M.058 – Baxter/Nestlé/Salvia; Case No. IV/M.088 – Elf/Enterprise; Case No. IV/M.093 – Apollinaris/Schweppes; Case No. IV/M.117 – Koipe-Tabacalera/Elosua; Case No. IV/M.188 – Herba/IRR; Case No. IV/M.207 – Eureka; Case No. IV/M.285 -Pasteur-Mérieux/Merck; Case No. IV/M.293 – Philips/Thomson/Sagem; Case No. IV/M.397 – Ford/Hertz; Case No. IV/M.538 – Omnitel; Case No. IV/M.544 – Unisource/Telefónica; Case No. IV/M.673 – Channel Five; Case No. IV/M.722 – Teneo/Merrill Lynch/Bankers Trust; Case No. IV/M.735 – BPB / Isover; Case No. IV/M.904 – RSB/Tenex/Fuel Logistic; Case No. IV/M.979 – Preussag/Voest Alpine; Case No. IV/M.1095 – NEC/BULL/PBN; Case No. IV/M.1315 – ENW/Eastern; Case No. IV/M.1366 – Paribas/CDC/Beaufour; Case No. IV/M.3003 – Electrabel/Energía Italiana/Interpower.

<sup>16</sup> Guía de Competencia, párrafo 80. En este mismo sentido, lo reseñado en la Presentación del Fiscal Nacional Económico de la Guía de Competencia: *"los hechos, actos o convenciones que no califiquen como operación de concentración no serán conocidos de conformidad al Título IV del DL 211 por la Fiscalía y quedarán por lo tanto regidos por las reglas generales del DL 211"*, señalando como ejemplo de dicha situación, los acuerdos de colaboración entre competidores que no conformen un agente económico independiente y permanente, así como también la adquisición de participaciones minoritarias que no confieran control.

**RESUELVO:**

- 1°.- **CONCLÚYASE EL PROCEDIMIENTO E INSTRÚYASE EL ARCHIVO DE LOS ANTECEDENTES** relativos a la investigación Rol N° FNE F165-2018, en virtud de lo señalado en el artículo 40 de la LBPA.
- 2°.- **COMUNÍQUESE** a las Partes la presente Resolución.
- 3°.- **PUBLÍQUESE.**

Por orden del Fiscal Nacional Económico,

Rol N° FNE F165-2018

*CVH*  
CVH



*Felipe Cerda Becker*  
**FELIPE CERDA BECKER**  
**FISCAL NACIONAL ECONOMICO (S)**