

Santiago, 10 MAY 2019

VISTOS:

1. La notificación correspondiente al Ingreso Correlativo N°01619-19, de fecha 03 de abril de 2019 ("**Notificación**"), presentada por BluRiver SpA ("**BluRiver**") y Multiexport Patagonia S.A. ("**Multiexport**") y ambas, en conjunto, las "**Partes**") mediante la cual informan a la Fiscalía Nacional Económica ("**Fiscalía**" o "**FNE**"), de una eventual asociación entre las Partes para efectos de desarrollar una planta de procesamiento de salmónidos en la Región de Magallanes ("**Operación**").
2. La resolución dictada con fecha 17 de abril de 2019, declarándose incompleta la Notificación ("**Primera Resolución**").
3. La presentación de las Partes correspondiente al Ingreso Correlativo N°01979-19 de fecha 29 de abril de 2019, mediante la cual complementan la Notificación ("**Complemento**").
4. La resolución dictada con fecha 3 de mayo de 2019, declarándose incompleta la Notificación en virtud de lo dispuesto en el artículo 50 del DL 211, según se define a continuación ("**Segunda Resolución**").
5. La respuesta presentada por las Partes, correspondiente al Ingreso Correlativo N°02197-19 de fecha 06 de mayo de 2019, mediante la cual se ratifica la información presentada en el Complemento, en orden a señalar que no existe información adicional a la ya proporcionada ("**Respuesta**").
6. Lo dispuesto en los artículos 46, 47 y 50, inciso final 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 modificaciones posteriores ("**DL 211**").
7. Lo establecido en el Decreto Supremo N°33 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, publicado con fecha 1 de junio de 2017, que Aprueba el Reglamento sobre Notificación de una Operación de Concentración ("**Reglamento**").
8. Lo señalado en la Guía de Competencia de 2017 de la Fiscalía ("**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 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 dos agentes económicos independientes, para la creación de una sociedad funcionalmente independiente de las mismas.
 3. Que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 47, letra c) del DL 211, 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 y económica.
 4. Que, en ese sentido, la Guía de Competencia señala que la autonomía funcional del *joint venture* viene dada, desde una perspectiva económica, "*por la posibilidad de que el nuevo agente económico desarrolle su actividad económica con recursos suficientes para funcionar en el mercado, de manera autónoma de sus constituyentes, desempeñando todas las funciones que normalmente desarrollan las empresas presentes en dicho mercado*". Dicha autonomía puede ser evidenciada a partir de distintos elementos, entre los cuales se señala la existencia de relaciones económicas con agentes distintos de sus constituyentes lo cual puede ser acreditado, entre otras formas, con "*[e]l hecho que el joint venture consiga más de un 50% de su volumen de negocios de terceros*".¹
 5. Que, en concordancia con lo anterior, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 7º número 8 letra d) del Reglamento y en línea con lo prescrito en el numeral 4 letra a) del mismo artículo, es necesario acompañar a la Notificación una justificación de la independencia de la actividad de la nueva entidad. Dicha independencia debe ser fundamentada en los términos señalados por el Reglamento y detallados en la Guía de Competencia en relación a la autonomía normativa y económica del agente que se pretende constituir.
 6. Que, en este caso, los antecedentes acompañados a la Notificación presentada permiten concluir que la asociación proyectada no cumpliría con los presupuestos señalados, en tanto "*prestaría servicios de procesamiento a las [P]artes*", especificando que estos servicios sólo serían ofrecidos "*eventualmente*" a terceros. En ese sentido,

¹ Guía de Competencia, párrafos 86 y 90.

- [REDACTED]
- [REDACTED]²
7. Que, tras requerir esta Fiscalía, por medio de la Primera Resolución, una justificación de la independencia de la actividad de la nueva entidad en conformidad con lo dispuesto en el artículo 7º, número 4 letra a) y número 8 letra d) del Reglamento, las Partes presentaron el Complemento. Dicha presentación señala que el fin primordial de la asociación proyectada, se centraría en “*poder satisfacer las necesidades de procesamiento de cada una de las Partes*”, [REDACTED]
- [REDACTED]
8. Que resulta claro que la intención de las Partes ha sido la de constituir un agente económico destinado a “*atender a las necesidades de procesamiento de las [P]artes en la zona*”, dependiendo su funcionamiento esencialmente de sus constituyentes. De este modo, el *joint venture* sólo podría ofrecer servicios a terceros de manera “*más bien excepcional*” [REDACTED]
- [REDACTED]³
9. Que, así las cosas, con la información proporcionada por las Partes es posible concluir que la transacción notificada no constituiría una operación de concentración en los términos preceptuados en el artículo 47 del DL 211, particularmente en lo que respecta a la hipótesis c) de la norma referida, en tanto el *joint venture* no operaría de manera funcionalmente autónoma de sus constituyentes.
10. 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 Ley N°18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado, 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.
11. Que lo anterior supone que los órganos de la Administración se encuentran obligados 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 sean notificadas ante esta Fiscalía, se hace necesario que este órgano de la Administración emita un pronunciamiento relativo a la Notificación presentada, respetando el mandato legal que lo motiva.
12. 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

² Notificación, p. 14.

³ Complemento, p. 2-3.

preceptuado por las normas constitucionales reseñadas precedentemente (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”⁴, pudiendo esta clasificarse según competencia externa o interna, cuando se trata de distribución de competencias entre o intra-órgano, correspondientemente⁵.

13. Que, en el caso del Título IV, la materia se encuentra definida por la concurrencia de una operación de concentración⁶. 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.
14. Que el legislador ha previsto escenarios en que, habiéndose solicitado el inicio del procedimiento por medio de una Notificación, sea necesario tener esta por no presentada por no concurrir los requisitos establecidos en el Reglamento y/o en la ley. Es el caso contemplado en el artículo 50 del DL 211, que regula las situaciones en que, habiéndose comunicado los errores u omisiones identificados en la Notificación, el notificante no los subsanare dentro del plazo establecido.
15. Que, por medio de la Segunda Resolución dictada por esta Fiscalía, se comunicó a las Partes de la necesidad de subsanar la información proporcionada bajo el apercibimiento de tener la Notificación por no presentada, en orden a fundamentar la independencia económica que es necesaria para establecer, en este caso, la existencia de una operación de concentración en los términos ya reseñados.
16. Que, en respuesta a lo anterior, las Partes señalaron que no existe información adicional que permita acreditar lo requerido, existiendo sólo aquellos antecedentes que “corresponden a los proporcionados en la [N]otificación de 3 de abril de 2019 y su complemento de 29 de abril de 2019”⁷. Agregan, asimismo, que en virtud de lo anterior renuncian expresamente al plazo de 10 días consagrado para subsanar los errores u omisiones identificados por esta Fiscalía en el artículo 50, inciso final del DL 211.
17. Que, a la luz de los antecedentes proporcionados por las Partes a partir de la Notificación presentada, es posible concluir que la transacción proyectada no constituiría una operación de concentración en los términos preceptuados en el artículo 47 del DL 211. Así las cosas, en virtud del mandato legal que limita la competencia del procedimiento regulado en el Título IV del DL 211 y, asimismo, en concordancia con lo

⁴ Bermúdez, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Segunda Edición actualizada, Editorial Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile; Thomson Reuters, 2011, p. 321.

⁵ Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado: El Servicio Público*, Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 88.

⁶ Ello es consistente con el análisis realizado por la Comisión Europea, que ha resuelto no pronunciarse sobre transacciones notificadas cuando 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.

⁷ Respuesta, p. 1.

dispuesto en el artículo 50, inciso final del DL 211, es preciso tener la Notificación por no presentada.

18. Que, sin perjuicio de lo señalado precedentemente, la presente resolución se expide sobre la base de los antecedentes proporcionados por las Partes en el transcurso del proceso de Notificación efectuado, por lo que no obsta a que la transacción pueda ser calificada como operación de concentración por esta Fiscalía si se perfeccionara de manera diversa a la expuesta por las Partes en el marco de este procedimiento.
19. Que, asimismo y, en concordancia con lo señalado en la Guía de Competencia, los hechos, actos o convenciones que no califiquen como operación de concentración han de quedar regidos por las reglas generales del DL 211, por lo que la presente resolución no limita o restringe en forma alguna el eventual ejercicio de acciones por parte de esta Fiscalía y/o terceros en caso de resultar ello procedente.

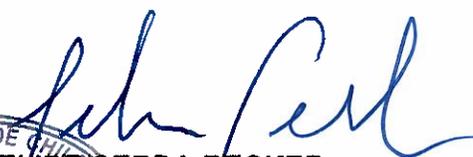
RESUELVO:

- 1°.- **TÉNGASE POR NO PRESENTADA LA NOTIFICACIÓN E INSTRÚYASE EL ARCHIVO DE LOS ANTECEDENTES** relativos a la investigación Rol FNE F191-2019, en virtud de lo señalado en el artículo 50 del DL 211.
- 2°.- **COMUNÍQUESE** a las Partes la presente Resolución.
- 3°.- **PUBLÍQUESE.**

Por orden del Fiscal Nacional Económico,

Rol FNE F191-2019


PCV


FELIPE GERDA BECKER
FISCAL NACIONAL ECONOMICO (S)
