

Santiago, 05 JUN 2019

VISTOS:

1. La notificación de operación de concentración correspondiente al Ingreso Correlativo N°01679-19, de fecha 05 de abril de 2019 ("**Notificación**"), presentada por BioMar Chile S.A. ("**BioMar**") y AquaChile S.A. ("**AquaChile**") y ambas, en conjunto, las "**Partes**") mediante la cual informan a la Fiscalía Nacional Económica ("**Fiscalía**" o "**FNE**"), una eventual adquisición por parte de BioMar del total de las acciones que tiene AquaChile en Alitec Pargua S.A. ("**Alitec Pargua**") y, a todo, la "**Operación**").
2. La resolución dictada con fecha 22 de abril de 2019, declarándose incompleta la Notificación ("**Primera Resolución**").
3. La presentación de las Partes correspondiente al Ingreso Correlativo N°02220-19, de fecha 7 de mayo de 2019, mediante la cual complementan la Notificación ("**Complemento**").
4. La resolución dictada con fecha 22 de mayo de 2019, declarándose incompleta la Notificación en virtud de lo dispuesto en el artículo 50 del DL 211 ("**Segunda Resolución**").
5. La respuesta presentada por las Partes, correspondiente al Ingreso Correlativo N°02451-19, de fecha 24 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, la Operación sería –en principio– de aquellas descritas en la letra b) del artículo citado, en tanto consistiría en la adquisición por parte de BioMar del 50% del capital accionario en Alitec Pargua, cuya titularidad corresponde actualmente a AquaChile. Esto, sumado al 50% de capital accionario que BioMar tenía previo a la Operación, implicaría que dicha entidad pasaría a tener el 100% de las acciones de Alitec Pargua.
 3. Que sin perjuicio de lo anteriormente indicado, las Partes señalan en la Notificación que la Operación no sería, en estricto rigor, una operación de concentración según los términos del encabezado del artículo 47 del DL 211, toda vez que para estar frente a una transacción que deba ser notificada a la FNE, la empresa objetivo y el adquirente no deben formar parte del mismo grupo empresarial y ser previamente independientes entre sí en cualquier ámbito de sus actividades, cesando esa independencia como consecuencia de la transacción. A juicio de las Partes, dichas circunstancias no concurrirían en el caso de la Operación bajo análisis, pues BioMar sería controladora de Alitec Pargua.
 4. Que, para determinar si dos o más agentes económicos forman parte del mismo grupo empresarial, es necesario remitirse a los criterios establecidos en los artículos 96 y siguientes de la Ley N°18.045 sobre Mercado de Valores (“**Ley de Mercado de Valores**”)¹. Conforme a dichas disposiciones, una sociedad tiene el carácter de controlador de otra cuando puede ejercer algunas de las actuaciones descritas en las letras a) o b) del artículo 97 de la Ley de Mercado de Valores, en concordancia con el artículo 99 del mismo cuerpo normativo².
 5. Que, a la luz de dichas consideraciones y conforme los antecedentes aportados en la Notificación, Alitec Pargua no formaría parte del grupo empresarial de BioMar, pues no sería controlada individualmente por dicha sociedad en los términos de la Ley de Mercado de Valores sino por el grupo formado por BioMar y AquaChile en conjunto. En este sentido, esta Fiscalía entiende que para efectos del cumplimiento de lo dispuesto en el encabezado del artículo 47 del DL 211 la transacción notificada sí cumpliría con el requisito referente a la no pertenencia previa a un mismo grupo empresarial.

¹ Este criterio se recoge expresamente en la Guía de Competencia, nota al pie N°6.

² Así se ha interpretado en la jurisprudencia administrativa asentada por la antigua Superintendencia de Valores y Seguros en esta materia, hoy Comisión para el Mercado Financiero, que entiende que una sociedad no tiene el carácter de controlador de otra cuando ésta, por sí sola, no puede ejercer algunas de las actuaciones descritas en las letras a) o b) del artículo 97 de la Ley de Mercado de Valores, en concordancia con el artículo 99 del mismo cuerpo normativo. Esto se procede, en específico, cuando dada la estructura de propiedad de la sociedad existen dos accionistas que tienen la misma participación accionaria (50% para cada uno), sin que se produzca una preponderancia de control de uno por sobre el otro. Véase, por ejemplo: (i) Superintendencia de Valores y Seguros, Oficio ORD. N°11567, de fecha 10 de mayo de 2016; y (ii) Superintendencia de Valores y Seguros, Oficio ORD. N°02534, de fecha 14 de abril de 2003.

6. Que, ahora bien, para determinar si con ocasión de la Operación se verifica un cese de la independencia producto de la adquisición de control o influencia decisiva establecida en la letra b) del artículo 47 del DL 211³, es menester recurrir a las consideraciones previstas en la Guía de Competencia, que define influencia decisiva como “[...] la posibilidad, de jure o de facto, de determinar –o vetar– la adopción de decisiones sobre estrategia y comportamiento competitivo de un agente económico”⁴.
7. Que, asimismo, de acuerdo a la Guía de Competencia, una operación de concentración de la letra b) del artículo 47 del DL 211 puede existir no sólo respecto de transacciones que produzcan cambios en la identidad del controlador, sino también cuando “[...] toma forma un cambio esencial en la calidad o estructura del referido control”.
8. Que en este orden de ideas, la Notificación no otorgó antecedentes suficientes para ponderar si concurría alguna de las circunstancias previstas en el párrafo precedente, razón por la cual la Primera Resolución de la Fiscalía solicitó a las Partes esclarecer la estructura organizacional y las prerrogativas que mantienen las notificantes en Alitec Pargua de manera previa a la Operación, para así determinar si –con ocasión de la misma– se podría producir un cambio decisivo en la calidad o estructura de control y, con ello, dar lugar a una operación de concentración.
9. Que, respecto de este punto, las Partes indicaron en su Complemento que previo a la Operación “Alitec Pargua no se desenvuelve competitivamente en forma separada de BioMar” y que, en los hechos, BioMar es quien administra de manera individual la sociedad objeto de la Operación. Para sustentar dichas afirmaciones, las Partes acompañaron documentos corporativos y otros antecedentes que dan cuenta de que: (a) la estructura de nombramiento del Gerente General y de los ejecutivos principales de Alitec Pargua está determinada por BioMar; (b) el Gerente General de Alitec Pargua es un funcionario de la plana mayor de BioMar desde hace más de 10 años; (c) el Gerente General y el Gerente de Administración y Finanzas de Alitec Pargua tienen la obligación de trabajar en conjunto con el Grupo BioMar en la determinación de los objetivos estratégicos de Alitec Pargua; y (d) el Pacto de Accionistas establece la obligación de Alitec Pargua de contratar con BioMar la prestación de servicios de gestión y administración (v.gr. servicios operacionales, financieros, de logística, de abastecimiento, etc.), servicios que –en los hechos– son prestados por personal de BioMar.
10. Que, adicionalmente, respecto del eventual control negativo que podría ejercer AquaChile en virtud del Pacto de Accionistas, las actas de sesiones de Directorio y de Juntas de Accionistas de Alitec Pargua dan cuenta de que, en los hechos, AquaChile no ha ejercido dicho control negativo, situación que se ha mantenido así desde el ingreso de BioMar a la propiedad de Alitec Pargua en el año 2012.

³ Al respecto, se debe hacer presente que la Guía de Competencia señala que la utilización de la Ley de Mercado de Valores se utiliza sólo para efectos de determinar quienes forman parte de un mismo grupo empresarial y las ventas de éstos, mas no se extiende a las vías por las cuales cesa la independencia, reguladas en las letras del artículo 47. Guía de Competencia, párrafo 35.

⁴ Guía de Competencia, párrafo 54.

11. Que, así las cosas, la información proporcionada por las Partes permite a esta Fiscalía concluir que la adquisición proyectada no sería compatible con un cambio en la identidad del controlador ni con un cambio esencial en la calidad o estructura de control, de acuerdo a lo estipulado en la letra b) del artículo 47 del DL 211, en concordancia con la Guía de Competencia. Esto, en el entendido de que BioMar ejercería, *de facto*, un control o influencia decisiva individual en Alitec Pargua de manera previa a la Operación, circunstancia que subsistiría una vez perfeccionada la misma.
12. 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 6° y 7° de la Constitución Política de la República, así como lo preceptuado en el artículo 2° 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.
13. 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.
14. Que, en orden a respetar el mandato legal recogido por el citado artículo 46 del DL 211, esta Fiscalía debe evaluar los criterios que permiten dar forma a su competencia según lo 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”⁵, pudiendo esta clasificarse según competencia externa o interna, cuando se trata de distribución de competencias entre o intra-órgano, correspondientemente⁶.
15. Que, en el caso del Título IV del DL 211, la materia se encuentra definida por la concurrencia de una operación de concentración⁷. 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.

⁵ Bermúdez, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Segunda Edición actualizada, Editorial Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile; Thomson Reuters, 2011, p. 321.

⁶ Silva Cimma, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado: El Servicio Público*, Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 88.

⁷ 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.

16. 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.
17. 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 cómo la Operación notificada supone un cambio decisivo en la calidad o estructura de control y, con ello, una operación de concentración.
18. Que, como correlato de lo anterior, las Partes señalaron en su Respuesta que no existe información adicional a la ya aportada mediante la Notificación y Complemento que permita acreditar lo requerido, y que la Operación no sería compatible con lo exigido en la letra b) del artículo 47 del DL 211⁸. Agregan, asimismo, que en virtud de lo anterior renuncian expresamente al plazo de 10 días consagrado en el artículo 50 inciso final del DL 211 para subsanar los errores u omisiones detectados por la FNE.
19. Que, en definitiva, los antecedentes proporcionados por las Partes darían cuenta que la transacción proyectada no constituiría una operación de concentración en los términos preceptuados en el artículo 47 letra b) 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 dispuesto en el artículo 50 inciso final del DL 211, es preciso tener la Notificación por no presentada.
20. 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, o llegaran a conocimiento de esta Fiscalía nuevos antecedentes.
21. 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.

⁸ Respuesta, p. 1.

RESUELVO:

- 1°.- **TÉNGASE POR NO PRESENTADA LA NOTIFICACIÓN E INSTRÚYASE EL ARCHIVO DE LOS ANTECEDENTES** relativos a la investigación Rol FNE F192-2019, en virtud de lo señalado en el artículo 50 del DL 211.
- 2°.- **COMUNÍQUESE** a las Partes la presente Resolución.
- 3°.- **PUBLÍQUESE.**

Rol FNE F192-2019



FELIPE CERDA BECKER
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)


PRC