

Santiago, 16 AGO 2019

VISTOS:

1. La notificación de la operación de concentración correspondiente al Ingreso Correlativo N°03209-19 de fecha 3 de julio de 2019 ("**Notificación**"), relativa a la presentación 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**") mediante la cual informaron a esta Fiscalía Nacional Económica ("**Fiscalía**"), su intención de asociarse para efectos de constituir un nuevo agente económico destinado a participar en el negocio de avisaje *online* ("**Operación**"), conforme se indica en el acuerdo de entendimiento suscrito entre las Partes con fecha 17 de junio de 2019 ("**Acuerdo de Entendimiento**").
2. La Resolución de esta Fiscalía emitida con fecha 18 de julio de 2019 ("**Resolución de Notificación Incompleta**"), que declara incompleta la Notificación en conformidad a lo dispuesto en el artículo 50 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**").
3. El complemento de la Notificación, presentado con fecha 1° de agosto de 2019, Ingreso Correlativo N°03615-19 ("**Complemento**").
4. Los antecedentes recopilados por esta Fiscalía en el contexto del análisis de la completitud de la Notificación ("**Compleitud F206-2019**").
5. Lo dispuesto en los artículos 47, 48 y 50 del DL 211.
6. 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**").
7. Lo señalado en la Guía de Competencia de esta Fiscalía, de junio de 2017 ("**Guía de Competencia**").
8. Los antecedentes que obran en el expediente de investigación Rol FNE F165-2018¹ ("**Investigación F165-2018**").

CONSIDERANDO:

1. Que, el procedimiento contemplado en el Título IV del DL 211 que regula el control preventivo de operaciones de concentración que tengan efectos en Chile ("**Título IV**") sólo resulta aplicable respecto de los hechos, actos o convenciones que califiquen como una operación de concentración, de conformidad a lo establecido por el artículo 47 de dicho cuerpo legal². Tal calificación es la que determina la

¹ Dichos antecedentes se refieren a una asociación notificada por las mismas Partes en la misma industria a la que se refiere la el procedimiento bajo el rol FNE F206-2019, cuyo procedimiento fue concluido con fecha 28 de febrero de 2019, al determinar esta Fiscalía que dicha asociación no calificaría como una operación de concentración.

² Su notificación se vuelve obligatoria, en tanto, de igualarse o superarse los umbrales establecidos en el artículo 48 del DL 211, y especificados en el "Informe de ajuste de umbrales de notificación de operaciones

competencia de la Fiscalía para conocer, conforme al procedimiento de dicho título, el hecho, acto o convención notificado.

2. Que, el artículo 48 del DL 211, en su inciso quinto, requiere que a la notificación de una operación de concentración se acompañen los antecedentes necesarios para identificar la operación de que se trata y a los agentes económicos que toman parte en la misma y su grupo empresarial; los antecedentes que permitan evaluar preliminarmente los eventuales riesgos que la operación notificada pudiere significar para la libre competencia; la declaración de las partes en que se indique que, de buena fe, pretenden llevar a cabo la operación, así como los demás antecedentes detallados en el Reglamento.
3. Que, en particular, concordante a la disposición citada, el artículo 2º, N° 4, letra c) del Reglamento señala que a la notificación de una operación de concentración debe acompañarse información relativa a la forma y plazos de implementación proyectados para la operación, junto a antecedentes que den cuenta de la intención real y seria de las partes de perfeccionarla. En el mismo sentido, el citado artículo en su letra h), requiere que se presenten documentos que digan relación con la operación y/o sus efectos en Chile, tales como programas comerciales y/o planes generales de negocios que hayan sido emitidos, encargados y/o discutidos por las partes o entidades de su grupo empresarial, durante los tres años anteriores a la notificación, para los mercados relevantes afectados en Chile.
4. Que, los señalados antecedentes exigidos por el DL 211 y el Reglamento para identificar la operación de que se trata, a la luz de los lineamientos de la Guía de Competencia, dicen relación con la necesidad de la Fiscalía de contar con información suficiente y clara para efectos de identificar un hecho, acto o convención concreto y determinar si tiene o no competencia para conocer de él conforme al Título IV, en forma independiente a la calificación que, al efecto, hayan efectuado las partes, como también para delimitar el objeto del procedimiento cuyo inicio se pretende con la presentación de una notificación, conforme al artículo 48 del DL 211.
5. Que, en específico, la exigencia de que las partes notificantes acompañen a la notificación programas comerciales y/o planes de negocios³ y en general, documentos que den cuenta del análisis comercial de la operación por las partes, incluyendo calendarios de ejecución⁴, planes de preparación para el cierre de la transacción⁵, acuerdos de accionistas que den cuenta de la información referida⁶, entre otros de diversa naturaleza, es particularmente relevante en lo que respecta a los casos en que las partes notificantes pretenden la formación de un nuevo agente económico independiente, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 47, letra c)

de concentración”, de fecha 22 de marzo de 2019, aprobado por medio de resolución exenta N°157, de fecha 25 de marzo de 2019.

³ En ese sentido, a modo ilustrativo, en todos los siguientes casos de *joint ventures* analizados por la FNE se acompañaron planes de negocios: Rol F82-2017, correspondiente a la Notificación de Operación de Concentración entre NYK, MOL y KL; F98-2017, correspondiente a la Notificación de Operación de Concentración entre Maderas Arauco S.A. y Empresas Pizarreño S.A.; F186-2019, correspondiente a Asociación entre Construcciones y Proyectos Los Maitenes S.A., Megacentro Chile SpA y Bice Renta Urbana S.A.; y F187-2019 correspondiente a la Asociación entre LG Electronics, Inc. y Lufthansa Technik AG.

⁴ Por ejemplo, el caso Rol F169-2018: Asociación entre Banco Santander – Chile y Zurich Insurance Mobile Solutions AG.

⁵ Por ejemplo, el caso Rol F122-2018: Operación de concentración consistente en *Joint Venture* entre IBM y GTD Holdings Inc.

⁶ Por ejemplo, el caso Rol F182-2019: Asociación entre Sacyr Chile S.A., Sacyr Concesiones Spa y Agencias Universales S.A. para concesión del Aeropuerto Chacalluta de Arica.

del DL 211, toda vez que a partir de ellos resulta posible justificar su autonomía y permanencia⁷.

6. Que el señalado estándar, en cuanto a la función que puede cumplir un plan de negocios, se encuentra en concordancia con aquel aplicado por jurisdicciones comparadas, en las que se da especial relevancia a dichos documentos, particularmente al analizar *joint ventures*⁸⁻⁹. Lo anterior, toda vez que se trata de transacciones que, dado el análisis de la efectiva autonomía funcional del agente que se crea, en general requieren de un mayor grado de claridad en cuanto a la implementación y puesta en marcha del negocio proyectado. En particular, en casos en que se requiere ilustrar el real funcionamiento de la entidad fusionada, se ha exigido acompañar planes concretos¹⁰ y/o evidencia factual¹¹, de modo de dilucidar cuáles son las proyecciones claras de las partes¹².

⁷ Véase, notas N°4, 5, 6 y 7, *supra*.

⁸ Véase, en ese sentido la Guía de Jurisdicción de la Comisión Europea, que en su párrafo 70, señala la función que puede cumplir un plan de negocios (*"El plan de negocio normalmente provee detalles de los objetivos de la empresa, junto con las medidas que habría que tomar para alcanzar dichos objetivos"* (traducción libre)).

⁹ Sin perjuicio de que, a diferencia del régimen chileno, la legislación europea establece como requisito para determinar la jurisdicción del régimen de control de operaciones de concentración de la Comisión Europea, que exista una adquisición o cambio de control sobre una determinada asociación, dado que en forma similar a nuestro régimen se requiere que la entidad resultante tenga plenas funciones, resulta ilustrativo que la Guía de Jurisdicción de la Comisión Europea, en el párrafo 26 señala: *"Los activos transferidos, por tanto, tienen que incluir al menos los elementos esenciales que permitirían a un adquirente construir una presencia en el mercado, en un rango de tiempo similar al período de puesta en marcha para joint ventures señalado en los párrafos 97 y 100 a continuación. Como en el caso de los joint ventures, esta Comisión tomará en cuenta los planes de negocios fundamentados y los caracteres generales del mercado que permiten efectuar esta evaluación"*. En el mismo sentido, y específicamente en lo que se refiere a la manera en que la Comisión Europea evalúa la relación entre un *joint venture* y sus constituyentes, el párrafo 99 señala: *"Para la determinación de la proporción entre ventas a los constituyentes y a terceras partes, la Comisión considerará registros pasados y planes de negocios fundamentados"*.

¹⁰ Véase, Case No IV/M.904 - RSB / TENEX / FUEL LOGISTIC, p.5: *"La falta de activos necesarios para el envío de productos nucleares no puede ser atribuido a que el joint venture siga en un período de puesta en marcha. Si bien las partes han señalado que el joint venture va a tener su propio personal y su propio equipamiento una vez que la empresa sea económicamente viable, no han presentado ningún plan concreto para dar cuenta de dicho desarrollo. En particular, las partes no han señalado si, o hasta qué punto, el know-how -que, de acuerdo a las partes es esencial para la conducción del servicio de envío aquí analizado- será traspasado al joint venture. Al contrario, el acuerdo de accionistas especifica que, al ejercer sus funciones, el joint venture utilizaría los servicios de envío y transporte de su constituyente RSB PSG, y el grupo de empresas RSB (párrafo 1 del acuerdo de accionistas). Las partes señalan en la notificación que el joint venture 'operará como un vehículo corporativo para el uso de las instalaciones de RSB PSG, para el envío de productos nucleares de TENEX'. Todo esto indica que los activos y el know-how necesario para llevar a cabo estas funciones no será traspasado al joint venture"* (traducción libre). En el mismo sentido, véase Case No COMP/M.5740 - GAZPROM/ A2A/ JV, p. 2: *"Las partes consultaron a la Comisión en diciembre de 2018 sobre la plena funcionalidad de PremiumGas, y la posibilidad de notificar la transacción a partir de la cual este se constituye. En esa instancia, la Comisión consideró que PremiumGas no era plenamente funcional, sobre la base de que PremiumGas planeaba comprar el gas que iba a vender a sólo uno de sus padres (Gazprom), para venderlo al otro (A2A). La Comisión aconsejó a las partes que volvieran a contactar a la Comisión, una vez que se estableciera un Plan de Negocios que pudiera cambiar el alcance de la operación"* (traducción libre).

¹¹ Véase, Asunto n° IV/M.904 - RSB / TENEX / FUEL LOGISTIC: *"Sin embargo, no existen indicaciones de que la dependencia del joint venture en el negocio de sus constituyentes se encuentre limitada a un período de puesta en marcha. Las partes no han acompañado evidencia factual de que el joint venture estará en una posición de proveer una proporción significativa de sus servicios a terceros en el futuro. Al contrario, el acuerdo de accionistas señala con claridad que el principal propósito del joint venture es proveer de los servicios especificados a TENEX"* (traducción libre).

¹² En Alemania, la Bundeskartellamt también descansa en la existencia de planes de negocio para el análisis de operaciones de concentración. En este caso, su relevancia se encuentra radicada en la determinación de los efectos de un *joint venture* que se constituye por primera vez en el territorio alemán. Véase, párrafo 19: *"En el caso de un joint venture recién establecido, que no ha generado retornos aun, las ventas proyectadas para los primeros tres a cinco años desde el establecimiento del joint venture en Alemania, generalmente provee de un umbral que permite evaluar si la actividad del joint venture será más que marginal"*.

7. Que, es preciso señalar que en este caso en concreto, las Partes no acompañaron a la Notificación planes de negocios u otro documento equivalente, señalando que sería el Acuerdo de Entendimiento el que contendría un *"mayor detalle respecto del alcance de la Operación"*¹³ y que sería *"aquel documento que da fiel reflejo de la intención real y seria de las Partes Notificantes de perfeccionar la Operación"*¹⁴. Sin embargo, la Fiscalía consideró que el Acuerdo de Entendimiento no regulaba los elementos que permitiesen identificar la operación de que se trata, y su competencia para conocerla conforme al Título IV. Por ello, en la Resolución de Notificación Incompleta se solicitó a las Partes complementar cierta información relacionada al contenido de aquel documento, en especial en cuanto a las *"proyecciones, planes de negocios y puesta en marcha del negocio proyectado"*¹⁵. A modo de respuesta, las Partes señalaron en su Complemento que *"no tienen proyecciones ni planes de negocios concretos en relación a la NewCo"*¹⁶ y que *"las Partes Notificantes no tienen un plan comercial común respecto de NewCo"*¹⁷⁻¹⁸.
8. Que, la anterior respuesta de las Partes entregada en el Complemento, en virtud de lo señalado en los considerandos precedentes y particularmente por tratarse de un *joint venture*, podría por si sola dar pie para tener por no subsanados los errores u omisiones de la Notificación indicados en la Resolución de Notificación Incompleta. Sin perjuicio de ello, esta Fiscalía procedió igualmente a analizar los antecedentes que ha tenido a la vista, acompañados a la Notificación, y dentro de éstos, en particular, el Acuerdo de Entendimiento. En este contexto, si bien el análisis efectuado por la Fiscalía se centró en la Operación que es objeto de la Notificación y en los antecedentes de la Completitud Rol FNE F206-19, también consideró los antecedentes que obran en la Fiscalía y cuya incorporación fue solicitada por las Partes en la Notificación¹⁹, de modo que la presente resolución se expide sobre la base de la totalidad de los antecedentes proporcionados por las Partes en el transcurso de los procedimientos referidos.
9. Que, cabe hacer presente que durante la Investigación F165-2018, las Partes acompañaron tres versiones del Acuerdo de Entendimiento, a saber: (i) un primer acuerdo, presentado con fecha 19 de noviembre de 2018 (**"Primer Acuerdo"**)²⁰; (ii) un segundo acuerdo, presentado con fecha 7 de diciembre de 2018²¹; y (iii) una

en Alemania. En ese contexto, es posible, por ejemplo, considerar las ventas proyectadas en los planes de negocio y planes financieros de la empresa" (traducción libre).

¹³ Notificación, p. 11.

¹⁴ Notificación, p. 12.

¹⁵ Resolución de Notificación Incompleta, Considerando N°14.

¹⁶ Notificación, p. 36.

¹⁷ Notificación, p. 38.

¹⁸ Las Partes han señalado que, a falta de un plan de negocios específicamente desarrollado para la asociación que pretenden constituir, han observado transacciones similares que actualmente funcionan en jurisdicciones comparadas. De acuerdo a la información disponible, algunas de estas asociaciones comercializarían inventario remanente de medios *premium* y otras entregarían la audiencia digital cualificada de estos sitios. Sin perjuicio de que estas asociaciones tendrían en común que serían exclusivamente de medios *premium*, ello no sería equivalente a lo informado por las Partes en su Notificación y el Acuerdo de Entendimiento. Adicionalmente, cabe hacer presente que, de acuerdo a información pública y a conversaciones sostenidas con agencias extranjeras, las asociaciones foráneas indicadas por las Partes no habrían sido objeto de control de operaciones de concentración en sus respectivas jurisdicciones, por lo que su existencia no ofrece mayores aclaraciones para el análisis de esta Fiscalía.

¹⁹ Las Partes solicitaron tener a la vista dicha Investigación. Véase, Notificación, p. 1 y la solicitud de exención presentada por las Partes con fecha 1° de agosto de 2019, punto 5.

²⁰ Véase, Anexo Partes 4.a acompañado a la notificación de la Investigación F165-18.

²¹ Véase, Anexo Partes-3) acompañado al primer complemento referido.

tercera versión presentada con fecha 8 de enero de 2019²². Una cuarta versión del Acuerdo de Entendimiento, con nuevos cambios respecto de las anteriores versiones, fue presentada junto a la Notificación.

10. Que, en los señalados documentos, las Partes presentaron sucesivas modificaciones respecto a uno o más elementos relativos a la independencia de la asociación, y a su permanencia, a saber: (i) el inventario utilizado como insumo de la misma en cuanto a la visibilidad y al tipo de medio del que podía provenir; (ii) la función o rol de la asociación; y (iii) las cláusulas de exclusividad. Ninguna de dichas presentaciones incluyó un programa comercial, plan de negocio, proyección o puesta en marcha del negocio, o algún documento equivalente que permitiese dar mayor ilustración a esta Fiscalía sobre los señalados elementos.
11. Que, en particular, en relación con el inventario utilizado como insumo de la asociación, durante la Investigación F165-2018 y la Completitud F206-2019 las Partes presentaron contradicciones en cuanto al alcance del inventario que podría ser comercializado. En primer lugar, acompañaron a la Notificación ciertos documentos relacionados con la Operación²³, uno de los cuales, denominado "*Presentación Programmatic PD (Mega)*", describe ciertos objetivos que tendría la asociación, entre los que destaca que la asociación buscaría "*separar el inventario de medios Premium del resto*"²⁴.
12. Que, dicho objetivo no se condice con lo reseñado en la Notificación, en el Acuerdo de Entendimiento ni en el Complemento, ya que en ellos se indica que la asociación aceptará inventario de publicadores incluso ligados a motores de búsqueda y redes sociales²⁵ y que el administrador independiente debe tener en consideración sólo que el inventario no provenga de "*foros, blogs, sitios de baja calidad y/o sitios con impresiones ficticias*"²⁶. Tal contradicción quedó de manifiesto durante las gestiones realizadas en la Completitud F206-2019²⁷, en que las Partes manifestaron sostenidamente que su entendimiento sería que la asociación efectivamente comercializaría inventario *premium* de páginas productoras de contenido, en línea con lo señalado en la presentación mencionada en el considerando anterior, y en concordancia con lo dispuesto en el Primer Acuerdo.
13. Que, adicionalmente, existen antecedentes incongruentes de las Partes en cuanto al rol de la asociación en el mercado. En este sentido, con ocasión de la Investigación F165-2018, la operación propuesta entregaba a la nueva entidad el rol de un *Ad Network*²⁸, mientras que en la presente Notificación se presentó la asociación como un *SSP/Ad Exchange*²⁹. Posteriormente, en información entregada

²² Véase, Anexo N°1 acompañado al segundo complemento referido.

²³ En virtud de lo exigido por el número 4, letra h) del artículo 2° del Reglamento. Estos documentos son los mismos que se acompañaron con objeto de la Notificación de la Investigación F165-2018.

²⁴ Presentación Programmatic PD (Mega), diapositiva 11, acompañada en Anexo Partes 4.h de la Notificación.

²⁵ Notificación, p. 29, 31; Acuerdo de Entendimiento, Cláusula 3.4, p.8.; Complemento, p.38.

²⁶ Acuerdo de Entendimiento, Cláusula 3.4, p.8.

²⁷ De acuerdo a las reuniones sostenidas entre el equipo de la División de Fusiones con representantes de las Partes, en el marco de la Completitud F206-2019.

²⁸ Notificación Investigación F165-2018, p. 3.

²⁹ Según la definición proporcionada por las Partes en el Complemento, p. 5-6, los *Ad Network* son "*empresas intermediarias que permiten la contratación centralizada de espacios publicitarios en sitios web de terceros asociados a una o varias redes*"; un *Ad Exchange* en cambio es una "*plataforma online donde los soportes ofrecen y gestionan sus espacios publicitarios y los anunciantes crean y administran sus campañas a través de un sistema automatizado. Existen dos modalidades: la abierta, que permite el acceso sin restricciones a anunciantes y editores, y la privada que limita los soportes y avisadores para ejercer un control más estricto*".

por las Partes en el Complemento y en las reuniones sostenidas durante la Completitud F206-2019³⁰, se describió a la asociación en términos más cercanos a la definición de un *Ad Network*, encargado de agregar inventario digital de distintos medios, para luego licitarlo a un tercero para su comercialización³¹.

14. Que, en lo que respecta a las *cláusulas de exclusividad* contenidas en el Acuerdo de Entendimiento, mientras en el Primer Acuerdo, se obligaba a la nueva asociación a no contratar con terceros por un período inicial de 24 meses, renovable, en el Acuerdo de Entendimiento presentado con ocasión de la Notificación se incluyó una cláusula que obliga a las Partes a asegurarle un insumo mínimo por el mismo período, renovable por el tiempo en que ésta no logre generar más del 50% de sus insumos de terceros.
15. Que, las sucesivas modificaciones del Acuerdo de Entendimiento implicaron cambios sustanciales a características estructurales de la eventual asociación. Del contenido de dichas enmiendas, y según esta Fiscalía pudo advertir³², las Partes fueron acomodando el alcance de dicho acuerdo al tenor de las resoluciones emitidas por la División de Fusiones de esta Fiscalía, a propósito del análisis realizado tanto en la Investigación F165-2018 como en la Completitud F206-2019³³. Ello fue corroborado por los representantes de las Partes con ocasión de la Completitud F206-2019, quienes señalaron que los distintos y sucesivos arreglos adoptados buscaron estructurar la transacción en términos tales que resultara adecuada a los términos las resoluciones dictadas por esta Fiscalía.
16. Que, por último, el Complemento señala que algunas de las definiciones más relevantes sobre el funcionamiento y la puesta en marcha de la asociación que es objeto de la Operación, tales como los elementos que inciden en la duración del período de puesta en marcha de la asociación, quedarían a cargo del Administrador Independiente³⁴. En relación a este último, las Partes señalaron³⁵ no haber avanzado en la discusión de las características particulares que tendría que tener dicho administrador, ni tampoco en cómo se llevaría a cabo la licitación del mismo, dejando pendientes y sin definir las materias pendientes antes señaladas, las cuales forman una parte relevante del análisis realizado por esta Fiscalía.

de la oferta y la demanda", por último, un SSP es una "plataforma tecnológica de gestión comercial automatizada que permite a publicadores y redes publicitarias optimizar el rendimiento de sus campañas, en tanto que maximiza los ingresos de los medios digitales con un manejo eficiente de su inventario".

³⁰ Algunos representantes de las Partes describieron la asociación en los términos del Primer Acuerdo de la Investigación F165-2018.

³¹ En este sentido, los correos electrónicos enviados a posibles interesados hacen mención a "la posible licitación de inventario digital de la asociación de medios" y no de una licitación de la administración de la sociedad.

³² Así fue señalado por las Partes en reuniones sostenidas en el contexto del análisis de Completitud F206-2019.

³³ En el contexto de la Investigación F165-2018, esta Fiscalía dictó con fecha 30 de noviembre de 2018, una primera resolución de incompletitud, con fecha 21 de diciembre de 2018 una segunda resolución de incompletitud, y con fecha 28 de febrero de 2019, una resolución de término que puso fin al procedimiento. En el contexto de la presente investigación, dictó la Resolución de Notificación Incompleta con fecha 18 de julio de 2019, definida precedentemente.

³⁴ De acuerdo a lo señalado en la página 38 del Complemento, el Administrador Independiente contaría con las herramientas necesarias para calcular, de forma precisa, el *viewability* y las participaciones de mercado de cada una de las Partes, lo cual determinaría, en último término, la duración del período de puesta en marcha, y determinará qué es aquello que se requerirá para funcionar. Asimismo, las Partes señalan que "no han realizado proyecciones de cuánto venderá [la asociación], dejando esto al 'Administrador Independiente'", quien se encontraría encargado de elaborar el plan comercial común respecto de ella.

³⁵ Con ocasión de las reuniones sostenidas en el marco de la Completitud F206-2019.

17. Que, en consecuencia, no resulta clara la real configuración del acuerdo que proyectan las Partes, toda vez que no han acompañado los antecedentes necesarios para identificar la operación de que se trata, tal como exige nuestro ordenamiento.
18. Que, por otra parte, el sistema chileno establece una distribución de competencia exclusiva a partir de la definición de lo que califica como operación de concentración, que está contenida en el artículo 47 del DL 211. En este sentido, una operación correspondiente a la letra c) del artículo 47 del DL 211 debe conformar un agente económico independiente, distinto de sus constituyentes y que desempeñe sus funciones de forma permanente, lo cual debe ser analizado en su mérito por esta Fiscalía en virtud de los antecedentes que tenga a la vista y siguiendo los criterios y lineamientos explicitados en la Guía de Competencia³⁶.
19. Que, en particular, respecto de los criterios de independencia y permanencia del *joint venture*, la Guía de Competencia en sus párrafos 26 y 79 consagra un criterio sustantivo de análisis por oposición a uno formal, al señalar que en las operaciones de concentración no existe una formalidad específica para determinar si se trata de un agente económico independiente o no.
20. Que la independencia o autonomía funcional³⁷ del *joint venture* debe ser tanto normativa como económica, debiendo ser soberano jurídicamente, contar con patrimonio propio y con capacidad de obligarse y actuar autónomamente, además de tener la posibilidad de desarrollar la actividad económica para la que está destinado con recursos suficientes. En ese sentido, debe contar con recursos humanos, operativos y financieros suficientes. Asimismo, si bien en un período inicial se entiende que puede depender casi exclusivamente de las ventas o servicios prestados por sus constituyentes, sin que ello impida el reconocimiento de su autonomía, dicho período no debe extenderse por más de tres años, equivalentes a un “período de emancipación”.
21. Que esta Fiscalía estima que, conforme a los antecedentes aportados por las Partes en la Notificación y en la Completitud F206-2019, éstos no son suficientes para analizar ni concluir si la asociación propuesta llegará o no a tener autonomía funcional, conforme se detalla a continuación.
22. Que las Partes indican que la justificación de la independencia de la asociación respecto de sus constituyentes se basaría en la existencia de un administrador independiente³⁸. Sin embargo, consultados respecto de ello señalan no tener mayores detalles respecto a las características que tendría el mismo, del proceso de selección a través de las bases de licitación o incluso de sus mecanismos de reporte o causales de remoción³⁹.

³⁶ Sin perjuicio de aquello, es ilustrativo que el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia también ha compartido los lineamientos de esta Fiscalía al señalar en su Resolución N°22, de fecha 19 de octubre del año 2007, que “[...] la operación consultada no se corresponde exactamente con lo que en doctrina se reconoce como una operación de concentración entre empresas de carácter horizontal, –pues las dos empresas que inician el emprendimiento común permanecerían competitivamente independientes en sus demás actividades, sin salir del mercado en el que se desenvuelven”, estableciendo también que la sociedad creada –HidroAysén– “no constituirá un operador independiente en el mercado de la generación, pues sólo proporcionará energía y potencia a las consultantes, sin tener acceso directo al mercado de la comercialización [...]”

³⁷ Al respecto véase párrafos 77 y siguientes de la Guía de Competencia.

³⁸ “NewCo será funcionalmente independiente, toda vez que será gestionada por un Administrador Independiente no relacionado a las Partes Notificantes”, Notificación, p. 48.

³⁹ De acuerdo a lo señalado por representantes de las Partes en reuniones sostenidas en la Completitud F206-2019.

23. Que, adicionalmente, no hay claridad respecto a que el inventario que los constituyentes le entregan a la asociación de forma exclusiva se mantenga sólo por un período inicial de emancipación del *joint venture*⁴⁰ y que, en definitiva, propender a que la asociación proyectada llegue en efecto a operar en forma independiente de sus constituyentes. Al respecto, en la Notificación se señala que la exclusividad acordada se puede extender en la medida en que la asociación tenga una participación igual o inferior al 30% del mercado y su término se acuerde con los votos de los 2/3 de los accionistas⁴¹. Sin embargo, de acuerdo a lo señalado por las propias Partes durante la Completitud F206-2019, dicho porcentaje sería difícil de alcanzar en la práctica, e incluso no lo proyectarían como una posibilidad, teniendo en consideración la fuerte presencia de Google y Facebook en el mercado de avisaje digital⁴².
24. Que, por último, las Partes añaden que habrían acordado la existencia de un inventario garantizado a favor de la asociación que se mantendría mientras la asociación no obtenga más del 50% de su inventario de terceros⁴³. Informada esta Fiscalía por las Partes respecto a qué tipos de medios podrían participar en la asociación⁴⁴, además de la información de participación de mercado obtenida durante la Investigación F165-2018, no ha sido posible para esta Fiscalía determinar la factibilidad de que luego del plazo inicial de 24 meses – el que las Partes indican se estableció conforme a recomendaciones generales de derecho de la competencia⁴⁵⁻⁴⁶ – la asociación obtenga menos del 50% de su inventario de terceros, haciendo incierta la posibilidad de que dicho inventario garantizado cese en su existencia. El hecho que exista una disposición en el Acuerdo de Entendimiento en cuanto a recibir inventario de terceros, no basta a esta Fiscalía para entender que la nueva entidad comercializará el inventario de cualquier tercero, máxime si conforme los antecedentes antes señalados, el entendimiento de las Partes sobre la asociación proyectada y la estructura plasmada en la última versión del Acuerdo de Entendimiento difieren⁴⁷.

⁴⁰ En este sentido, el Acuerdo de Entendimiento contiene una cláusula de exclusividad del inventario de los constituyentes hacia la asociación y otra que regula la entrega de un inventario garantizado hacia la asociación.

⁴¹ Cláusula 4.9 del Acuerdo de Entendimiento.

⁴² De acuerdo a las reuniones sostenidas entre el equipo de la División de Fusiones con representantes de las Partes, en el marco de la Completitud F206-2019.

⁴³ Cláusula 4.4 del Acuerdo de Entendimiento.

⁴⁴ Véase, Considerando N°11.

⁴⁵ La Guía de Competencia señala en el párrafo 89, que “esta Fiscalía podrá entender como razonable un plazo de hasta tres años”.

⁴⁶ Complemento, p. 38.

⁴⁷ En este sentido, véase la decisión del caso M.7253 GROUPE LAGARDERE/SNCF PARTICIPATIONS/JV (2014) de la Comisión Europea párrafos 63-65: “63. En cuanto al suministro de productos de “Otras actividades”, el *joint venture* utilizará la central de compras de Relay para beneficiarse de las economías de escala alcanzable por Relay y de las habilidades de negociación de Relay con los proveedores. El *joint venture* encargará los productos de Relay y Relay asegurará la venta y logística de estos productos. Todos estos productos son primeros comprado por Relay y luego vendidos al *joint venture*. Por lo tanto, no hay, en principio, compras del *joint venture* a proveedores externos. 64. Las Partes explican que no existe ninguna disposición que prohíba al *joint venture* aprovisionarse de terceros proveedores. Sin embargo, observan que el abastecimiento de la oficina central de compras de Relay le permite al *joint venture* maximizar su interés al beneficiarse de las economías de escala alcanzables por Relay y su capacidad de negociación con los proveedores, al mismo tiempo que se evita la carga de una celda de compra dentro de ella. De acuerdo a las Partes, el *joint venture*, por lo tanto, no tendrá ningún interés económico en la adquisición directamente desde terceros proveedores. 65. Por tanto, debido a las modalidades de compra del *joint venture* a la oficina central de compras de Relay France, es probable que creen una situación de dependencia duradera en el *joint venture*, en las compras realizadas en Relay France” (traducción libre).

25. Que, en consecuencia, atendida la falta de antecedentes y las incongruencias de las Partes en las distintas versiones del Acuerdo de Entendimiento y en la Notificación, y de acuerdo a los antecedentes tenidos a la vista por esta Fiscalía, la Operación notificada no cumpliría con lo establecido en el artículo 48 del DL 211, al no subsanar las omisiones singularizadas en la Resolución de Notificación Incompleta, en particular, lo indicado en su Considerando 14, información que forma parte de los antecedentes necesarios para identificar la operación de que se trata. En virtud de lo anterior, esta Fiscalía no cuenta con los elementos suficientes para verificar el cumplimiento de los requisitos propios para la conformación de un agente económico independiente y permanente y por consiguiente, para determinar la aplicación del Título IV a la Operación notificada.
26. Que, en consideración a los antecedentes reseñados y, en virtud del mandato legal que limita la competencia del procedimiento establecido en el Título IV del DL 211, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 50, inciso final de dicho cuerpo legal, es preciso tener la Notificación por no presentada, ordenándose el archivo de los antecedentes.
27. Que, no obstante lo anterior, a la luz de los antecedentes analizados, la asociación notificada presentaría una estructura más cercana a un acuerdo de colaboración entre competidores que a una operación de concentración⁴⁸, la que puede ser sometida por las Partes al conocimiento de los órganos competentes. En dicho contexto, cabe destacar lo indicado en la Guía de Competencia, en atención a 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 podían 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"*⁴⁹.
28. Que, sin perjuicio de lo anteriormente señalado, la presente Resolución se expide sobre la base de los antecedentes proporcionados por las Partes en el transcurso del proceso de Notificación efectuado, y especialmente conforme al alcance y condiciones de la asociación expuestos por éstas, no siendo por tanto extrapolable el presente análisis y sus conclusiones a un eventual perfeccionamiento de la asociación en condiciones diversas a las tenidas a la vista, considerando especialmente la existencia de definiciones pendientes de ser acordadas.

⁴⁸ El H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se ha pronunciado en el mismo sentido al señalar en su Resolución N°54, de fecha 31 de octubre del año 2018, Considerando 12: *"En este caso, como en otros joint ventures, no sólo las empresas continuarán siendo independientes, sino que los acuerdos son esencialmente reversibles con relativa facilidad. Esto implica, entre otras consecuencias, que existirán importantes intercambios de información entre competidores y que muchas de las sinergias propias de las fusiones no serán alcanzadas. Al mismo tiempo, sin embargo, todo el ámbito que queda fuera del acuerdo no debiera conllevar una reducción de output, sino que incluso podría expandirlo al tratarse de firmas que, al menos desde el punto de vista teórico, debiesen mantener algún grado de competencia en el desarrollo de sus respectivos negocios"*.

⁴⁹ Guía de Competencia, párrafo 80.

RESUELVO:

- 1°.- TÉNGASE POR NO PRESENTADA LA NOTIFICACIÓN E INSTRÚYASE EL ARCHIVO DE LOS ANTECEDENTES** relativos al Rol FNE F206-2019, en virtud de lo señalado en el artículo 50 del DL 211.
- 2°.- COMUNÍQUESE** a las Partes la presente Resolución.
- 3°.- PUBLÍQUESE.**

Rol FNE F206-2019


PCV




FELIPE CERDA BECKER
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)