

Santiago, 22 de mayo de 2020

VISTOS:

1. La notificación de operación de concentración ("**Notificación**"), correspondiente al ingreso correlativo N°01477-20, de fecha 9 de abril de 2020, relativa a la eventual asociación entre Zenith Electronics LLC ("**Zenith**") y Luxoft USA, Inc. ("**Luxoft**", en conjunto con Zenith, "**Partes**"), para la creación de un *joint venture* ("**JV**", y a todo, la "**Operación**").
2. La resolución dictada con fecha 24 de abril de 2020, por medio de la cual se declaró incompleta la Notificación ("**Resolución de Falta de Completitud**").
3. La presentación correspondiente al ingreso correlativo N° 0181820, de fecha 11 de mayo de 2020, mediante la cual las Partes acompañaron antecedentes, con el objeto de complementar la Notificación ("**Complemento**").
4. 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.
5. 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**").
6. Lo establecido en el Decreto Supremo N°33 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que Aprueba Reglamento de fecha 1° de marzo de 2017, sobre la Notificación de una Operación de Concentración, publicado en el Diario Oficial el día 1° de junio de 2017 ("**Reglamento**").
7. Lo señalado en la Guía de Competencia de junio de 2017 de la Fiscalía Nacional Económica ("**Guía de Competencia**").

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 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 legal. Tal calificación es la que determina la competencia de la

Fiscalía para conocer, conforme al procedimiento de dicho título, el hecho, acto o convención notificado. Así, el sistema chileno establece una distribución de competencia exclusiva a partir de la definición de lo que califica como operación de concentración.

2. Que el artículo 47 del DL 211 indica qué es lo que ha de entenderse por operación de concentración, distinguiendo cuatro hipótesis en las cuales dos agentes independientes entre sí, cesan en su independencia. Una de ellas se encuentra contenida en el literal c), a saber: *“asociandose bajo cualquier modalidad para conformar un agente económico independiente que desempeñe sus funciones de forma permanente”*.
3. Que, de acuerdo al párrafo 78 de la Guía de Competencia, *“Lo relevante es que el nuevo agente económico independiente que se crea pueda desempeñar sus funciones de forma permanente, esto es, se recoge un criterio de plena funcionalidad”*, y en virtud del párrafo 86, *“desde una perspectiva económica, dicha funcionalidad viene dada 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”*.
4. Que, consistente con lo anterior, resulta ilustrativo que la Comunicación de la Comisión Europea sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia prescribe, en su párrafo 94, que *“la empresa en participación ha de disponer de (...) acceso a suficientes recursos financieros, humanos y activos (materiales e inmateriales), para desarrollar una actividad empresarial de forma duradera en el ámbito previsto en el acuerdo que rige la empresa en participación”*.
5. Que, de conformidad con lo consignado por las Partes en la Notificación, la Operación constituiría uno de los casos contemplados en dicho literal c), pues supondría la asociación de dos agentes económicos independientes, Zenith y Luxoft, para la creación de una sociedad funcionalmente independiente de las mismas, de manera permanente, denominada LC2 LLC. De perfeccionarse, se establece que ésta tendrá por objeto la comercialización de la plataforma de *software* webOS Auto de Zenith, sociedad filial de LG Electronics Inc. (**“LGE”**) y ofrecerá los servicios de tecnologías de la información (**“TI”**) prestados por Luxoft¹⁻².
6. Que el artículo 7, N° 8 letra d) del Reglamento, dispone que las partes notificantes deberán justificar la independencia de la actividad de la nueva entidad. En virtud de dicha norma, las Partes indicaron en la Notificación que la entidad creada será

¹ Notificación, pp. 3 y 6.

² Una solución de tecnología de la información (**“TI”**) es un conjunto de programas y/o servicios de *software* relacionados que son vendidos a fabricantes de automóviles con el fin de proporcionar soluciones de ingeniería innovadoras de una manera rentable. Complemento, p. 4.

plenamente funcional dado que: (i) tendrá suficientes recursos para operar con independencia en el mercado; (ii) no depende de las ventas de sus empresas matrices –las Partes–; (iii) tendrá un directorio dedicado al manejo general de los negocios del JV y las situaciones del día a día; y (iv) operará sobre la base de un funcionamiento duradero.

7. Que, a pesar de lo anterior y de acuerdo a lo indicado en la Notificación, las Partes no transferirán ningún activo a la nueva entidad. Zenith otorgará el derecho de licencia de webOS Auto a cambio de una tarifa de licencia que dependerá de cada contrato con los respectivos clientes³, y actualmente no se proyecta que el JV por sí mismo ofrezca servicio TI alguno relacionado con el *software*, sino que actuará como intermediario para los servicios ofrecidos por Luxoft⁴.
8. Que, por lo expuesto, mediante la Resolución de Falta de Completitud, se indicó a las Partes la necesidad de acompañar los antecedentes necesarios para verificar la autonomía funcional del JV, desde una perspectiva económica.
9. Que, mediante el Complemento, las Partes reiteraron lo descrito en la Notificación, en orden a que la sociedad creada tendrá una administración dedicada a manejar sus operaciones diarias, así como acceso a recursos suficientes para financiar sus operaciones y ejercer su propia política comercial. [REDACTED]
[REDACTED]. Por otro lado, señalan que la combinación de los productos de las matrices podría considerarse como un valor agregado a los negocios de las mismas, y que la relación comercial entre el JV se realizará en condiciones de independencia. Por último, también exponen que LC2 LLC estará involucrado en el proceso de desarrollo de webOS Auto.
10. Que, sin embargo, las Partes no justifican que el JV efectivamente tendrá a su disposición los activos necesarios para el desarrollo del negocio para el cual fue concebido, que le permita operar en forma independiente de las sociedades matrices que lo conforman. Incluso, las Partes señalan que, en su opinión, es discutible que el JV desempeñe las funciones de una entidad económica autónoma y no dependa de Zenith y Luxoft⁵.
11. Que, en definitiva, los antecedentes acompañados por las Partes en la Notificación y los argumentos señalados en el Complemento, no son suficientes para justificar que la nueva entidad tendrá recursos suficientes para funcionar de manera autónoma en los mercados declarables indicados por las mismas, y que por ende, constituya una operación de concentración de conformidad al Título IV del DL 211.

³ Párrafo 61 Notificación.

⁴ Párrafo 103 Notificación.

⁵ Complemento, p. 1.

12. Que, si bien los costos operativos del JV se cubrirán con contribuciones de capital de las Partes al mismo⁶, de acuerdo a los antecedentes puestos a disposición de esta Fiscalía, no se transferirá ningún activo al JV, por lo que no resulta claro ni se ha logrado justificar que éste tenga a su disposición los activos necesarios para el desarrollo del negocio para el cual fue concebido, que le permitan operar con autonomía funcional dentro del mercado en el que participará, respecto de sus constituyentes.

13. Que a la Notificación se acompañó un documento denominado *Joint Venture and Limited Liability Company Agreement among LC2 LLC* (“Acuerdo”), el cual contiene en la sección 2.05, los objetivos de la nueva sociedad que se conformaría con ocasión de la Operación. Según se dispone, el JV tiene como objeto la venta, habilitación de ventas, actividades de comercialización, otorgamiento de licencias y provisión de servicios de consultoría relacionados a webOS⁷. Además, en la sección 9.01, el Acuerdo explica el modelo de negocios al cual se sujetará la entidad creada, indicando que la compañía financiará sus operaciones⁸ [REDACTED]

[REDACTED]⁹. Sin embargo, en virtud del mismo Acuerdo, para llevar a cabo estas actividades, el JV dependerá de activos y servicios ofrecidos tanto por Zenith como por Luxoft.

14. En primer lugar, respecto de la relación que el JV tendrá con Zenith, la información aportada permite concluir que el *software* webOS -activo necesario para el funcionamiento de las actividades del JV- seguirá perteneciendo a Zenith, quien será además el único responsable del desarrollo y mantenimiento de la plataforma webOS Auto. [REDACTED]

⁶ Párrafo 163 Notificación: “El JV poseerá los recursos necesarios para operar independientemente de sus dueños. En particular, como se refleja en la Sección 6.01 del JVA, los costos operativos del JV se cubrirán con las contribuciones de capital inicial por un monto total de [REDACTED], las contribuciones de capital adicionales obligatorias [REDACTED]”.

⁷ Traducción libre de “(i) the sales, sales enablement, go-to-market activities, licensing, and provision of expert consulting services relating to, webOS Auto, and (ii) any and all activities necessary or incidental thereto (collectively, the “Business”)”. Section 2.05 de “*Joint Venture and Limited Liability Company Agreement among LC2 LLC*”, de fecha 06 de enero de 2020, p. 10.

⁸ Sin perjuicio de las contribuciones de capital iniciales. Véase nota 6, *Supra*.

⁹ Idem, pp. 26-27.

¹⁰ [REDACTED]

[REDACTED]”. Acuerdo, p. 27.

15. Por otro lado, el JV solo ofrecerá los servicios de TI que serán finalmente proporcionados por Luxoft. La Notificación en este sentido explicita que el JV no ofrecerá ningún servicio de TI, sino que actuará como intermediario para los servicios ofrecidos por Luxoft¹¹. En el mismo sentido, del Acuerdo es posible desprender además que [REDACTED]

[REDACTED]¹².

16. Que, de lo anteriormente expuesto, resulta evidente que el JV no contará con los activos necesarios para funcionar de manera autónoma en el mercado desde una perspectiva económica, toda vez que los bienes y servicios que serán ofrecidos por el JV seguirán siendo de propiedad y/o prestados directamente por sus constituyentes, por lo que no se cumplen con los lineamientos provistos por la Guía de Competencia a efectos de poder calificar jurídicamente al JV como una asociación de plenas funciones.

17. 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, letra c) del DL 211, dado que el JV no operaría de manera funcionalmente autónoma de sus constituyentes.

18. Que habiendo alcanzado 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.

19. 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, respetando el mandato legal que lo motiva.

¹¹ Véase Nota 2, *Supra*.

¹² [REDACTED]

[REDACTED] Acuerdo, p. 27.

20. Que, en orden a respetar el mandato legal recogido por el artículo 46 citado, esta Fiscalía debe evaluar los factores que, dando cumplimiento a las normas constitucionales ya reseñadas, permitan definir el ámbito o alcance de su competencia, 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”*¹³, pudiendo esta clasificarse según competencia externa o interna, cuando se trata de distribución de competencias entre o intra-órgano, correspondientemente¹⁴.
21. Que, en el caso del Título IV, la materia se encuentra definida por la concurrencia de una operación de concentración. Así las cosas, para cumplir con los principios de legalidad y competencia que rigen 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.
22. 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.
23. Que, a la luz de los antecedentes proporcionados por las Partes a partir de la Notificación y el Complemento, 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 dispuesto en el artículo 50, inciso final del DL 211, es preciso tener la Notificación por no presentada, ordenándose el archivo de los antecedentes.
24. 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.

¹³ Bermúdez, Jorge. Derecho Administrativo General, Segunda Edición actualizada, Editorial Abeledo Perrot, LegalPublishing Chile; Thomson Reuters, 2011, p. 321.

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

25. 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°.- **TENGASE POR NO PRESENTADA LA NOTIFICACIÓN E INSTRUYASE EL ARCHIVO DE LOS ANTECEDENTES** relativo a la investigación Rol FNE F237-2020, en virtud de lo señalado en el artículo 50 del DL 211.
- 2°.- **COMUNÍQUESE** a las partes la presente Resolución en la forma prevista en el artículo 61 del DL 211.
- 3°.- **PUBLÍQUESE.**

Rol FNE F237-2020

Ricardo
Wolfgang
Riesco
Eyzaguirre

Firmado digitalmente
por Ricardo Wolfgang
Riesco Eyzaguirre
Fecha: 2020.05.22
16:43:01 -04'00'

RICARDO RIESCO EYZAGUIRRE
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

SMG