

INSTRUCTIVO SOBRE PRE-NOTIFICACIONES DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

I. Introducción

1. La notificación de una operación de concentración¹ ante esta Fiscalía Nacional Económica (“**FNE**”) puede generar legítimas dudas sustantivas y procedimentales.
2. La FNE permite y promueve que, antes de notificar una operación de concentración, los agentes económicos que proyectan concentrarse (“**Partes**”) contacten a la División de Fusiones (“**División**”) a fin de plantear consultas previas a la notificación (“**Pre-Notificación**”).
3. El contacto entre la FNE y las Partes durante la Pre-Notificación tiene por objeto permitir una notificación más oportuna y completa, de tal forma de evitar errores u omisiones que puedan acarrear declaraciones de incompletitud de la notificación y/o afectar el desarrollo de la investigación por parte de la División. Asimismo, tiene como finalidad que se puedan analizar aquellas circunstancias en que notificar una transacción no resultaría procedente por no calificar jurídicamente como una operación de concentración conforme al artículo 47 del DL 211 o que se puedan revisar los criterios para sumar las ventas a efectos del cálculo de los umbrales previstos en el artículo 48 del DL 211, entre otras materias.
4. En efecto, mediante la Pre-Notificación la FNE busca generar una etapa voluntaria, informal, colaborativa y confidencial en los términos del Título IV del DL 211, tendiente a resolver las cuestiones o dudas concretas, tanto sustantivas como procedimentales, que puedan abordarse de forma constructiva entre la FNE y las Partes.
5. Por medio de la Pre-Notificación, en definitiva, la FNE aspira a crear una etapa que permita que el sistema de control de operaciones de concentración en nuestro país sea lo más expedito y eficaz posible.
6. Este documento tiene como finalidad otorgar claridad sobre la forma en que se desarrollará la Pre-Notificación. Más específicamente, busca dar directrices a las Partes acerca de cómo plantear esta etapa y qué pueden esperar obtener en ella, así como también delinear los medios mediante los cuales la División administrará la Pre-Notificación y dará respuesta a las consultas de las Partes (“**Instructivo**”).

I.1 Aspectos generales de la Pre-Notificación

7. La Pre-Notificación es voluntaria y se inicia exclusivamente por impulso de las Partes, siendo decisión de éstas el plantear a la División consultas relativas a la notificación de una operación de concentración de manera previa a su presentación. La formulación de dichas consultas en la Pre-Notificación no obsta a que las Partes puedan presentar su notificación, en los términos previstos por la ley, en cualquier tiempo que estimen pertinente.

¹ En conformidad con 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 modificaciones posteriores (“**DL 211**”).

8. La Pre-Notificación es informal, porque no está sujeta a formalidades específicas más allá de los lineamientos establecidos en este Instructivo. Por esa razón, conforme a la experiencia de la FNE adquirida durante toda la vigencia del régimen de control de operaciones de concentración, es recomendable que en la Pre-Notificación, además de los asesores legales y/o económicos de las Partes, intervengan sus representantes legales y/o comerciales con el objeto de despejar más rápidamente las dudas o cuestiones concretas atendida su más acabada comprensión de los mercados relevantes que puedan resultar involucrados.
9. Sin embargo, en caso de que en la Pre-Notificación se actúe de cualquier forma en representación de una tercera persona formulando consultas o pretensiones que puedan implicar un pronunciamiento escrito conforme a este Instructivo², deberá acreditarse la calidad de apoderado en la forma prevista por el artículo 22 de la Ley N° 19.880 de Bases de Procedimientos Administrativos.
10. La Pre-Notificación es una etapa colaborativa, donde se busca que las consultas se efectúen de la manera más eficiente y sean resueltas en el menor tiempo que sea posible, según su complejidad.
11. La Pre-Notificación es confidencial en los términos del DL 211, porque su existencia, el alcance de la operación en cuestión y las consultas que en su marco se efectúen no serán reveladas por parte de la FNE y sus funcionarios –salvo consentimiento expreso en contrario de las Partes– hasta el momento de la notificación, si es que finalmente se realiza³.
12. La Pre-Notificación contempla un encargado de Pre-Notificación, funcionario perteneciente a la División que tendrá a su cargo responder por sí mismo, o en conjunto con otros funcionarios de la División, según sea el caso, la generalidad de las consultas que se formulen de forma previa a la notificación de una operación de concentración (“**Encargado**”). La FNE informará los datos de contacto del Encargado en el sitio web de la institución⁴.
13. Sin embargo, ante ciertas consultas –especial, pero no exclusivamente, en caso de se acompañe un borrador de notificación para la revisión preliminar de la FNE⁵– el/la Jefe(a) de la División de Fusiones de la FNE designará un equipo (“**Equipo**”), conformado además por uno o más abogados y/o economistas de la División, que será el encargado directo de resolver las consultas que se planteen y que –en lo posible– será el conformado por las mismas personas que analizarán la operación de concentración una vez que ésta sea notificada, si es que finalmente se realiza.
14. A excepción de los pronunciamientos de la División que se emitan relacionados con la calificación jurídica de una transacción⁶, las opiniones emitidas durante la Pre-Notificación tendrán fines informativos y de orientación. Sin perjuicio que la FNE

² Conforme se contempla en el párrafo 28 de este Instructivo.

³ En cuya oportunidad la confidencialidad quedará sujeta a las reglas generales aplicables a todas las operaciones de concentración que se notifiquen a la División, conforme al Título IV del DL 211, al artículo 39 letra a) del mismo, o a cualquier otra norma aplicable.

⁴ <<https://www.fne.gob.cl/fusiones/pre-notificacion/>>.

⁵ Conforme se contempla en la sección II.2 de este Instructivo.

⁶ Conforme se contempla en el párrafo 28 de este Instructivo.

considerará seriamente las opiniones que le haya entregado a las Partes para los pronunciamientos o resoluciones que le corresponda emitir a la luz del Título IV del DL 211, ellas no necesariamente comprometerán irrevocablemente sus decisiones futuras.

I.2 Objeto de la Pre-Notificación

15. La finalidad de la etapa de Pre-Notificación es resolver las cuestiones o dudas concretas de las Partes sobre ciertos asuntos sustantivos o procedimentales relacionados con una posible notificación de una operación de concentración determinada. A la luz de lo anterior, no corresponde a esta etapa la solución por parte de la FNE de consultas relativas a cuestiones o dudas teóricas o genéricas, que no recaigan sobre una operación de concentración proyectada en específico.
16. A modo ejemplar, y sin que la siguiente enumeración sea taxativa, la Pre-Notificación está contemplada para discutir y/o analizar, los siguientes asuntos:
 - i. Si la transacción puede o no ser calificada jurídicamente como operación de concentración, conforme al artículo 47 del DL 211.
 - ii. Existencia de intención real y seria de las Partes de celebrar una operación de concentración.
 - iii. Vía por la cual se perfeccionaría la operación de concentración, en relación al artículo 47 del DL 211.
 - iv. Momento del perfeccionamiento de una operación de concentración.
 - v. Existencia o inexistencia de transacciones interrelacionadas y/o sucesivas.
 - vi. Vínculo geográfico de la operación de concentración con Chile.
 - vii. Criterios para sumar las ventas a efectos del cálculo de los umbrales en relación al artículo 48 del DL 211.
 - viii. Existencia o inexistencia de traslapes de producto y geográficos.
 - ix. Dificultades en la definición de mercados relevantes.
 - x. Alcance y tipo de información que debe acompañarse conforme al Reglamento sobre la Notificación de una Operación de Concentración ("**Reglamento**")⁷.
 - xi. Procedencia del mecanismo de notificación simplificada.
 - xii. Procedencia de la exención de acompañar determinados antecedentes.
 - xiii. Aportes voluntarios de información.
 - xiv. Cualquier otro asunto que pueda dificultar a las Partes la presentación de una notificación o que tienda a evitar eventuales errores u omisiones de las Partes en una notificación.
17. Adicionalmente, en esta etapa las Partes tienen el derecho a ser oídos y exponer a la FNE ciertos aspectos sustantivos relacionados con una determinada operación de concentración a ser notificada. Dichos aspectos pueden ser, entre otros, los posibles riesgos para la competencia que, preliminarmente y a su juicio, podría conllevar operación de concentración proyectada; el eventual ofrecimiento de medidas de mitigación de los riesgos que, preliminarmente y a su juicio, podría conllevar operación de concentración proyectada; o la eventualidad de que las Partes proyecten

⁷ Aprobado por Decreto Supremo N°33 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, de fecha 1 de marzo de 2017, publicado en el Diario Oficial el día 1 de junio de 2017, o aquél que lo modifique o reemplace.

invocar la excepción o defensa de empresa en crisis. Atendida la naturaleza preliminar de esta etapa, ello no conllevará necesariamente una retroalimentación por parte de la FNE.

II. Formas de la Pre-Notificación

18. Los contactos deben ser iniciados por las Partes con una antelación razonable a la fecha prevista para la notificación respectiva, tomando en consideración la complejidad de la consulta y la entidad de la operación de concentración proyectada. En específico, cualquier documento enviado a la División debe presentarse con anticipación suficiente a las reuniones u otros contactos que al efecto se sostengan, a modo de permitir a la FNE analizar debidamente los antecedentes respecto de los cuales se requiere su orientación.
19. Las consultas previas a la notificación pueden tener distinto nivel de complejidad y/o requerir orientación de diversa índole. Por ello, es posible distinguir dos formas de Pre-Notificación en atención a la naturaleza de la consulta: (i) Pre-Notificación relativa a preguntas simples; y (ii) Pre-Notificación relativa a preguntas complejas y borradores de notificación.

II.1 Pre-Notificación relativa a preguntas simples

20. Se entiende por preguntas simples aquellas que son de fácil solución y pueden recibir respuesta en un tiempo acotado, ya sea porque recaen sobre aspectos eminentemente formales de la notificación, o porque existe un criterio ya definido en formularios o guías emitidas por la FNE, tales como dudas sobre la validez de una personería, formalidades que deben cumplir algunos documentos que se acompañan junto a una notificación, o la forma de sumar las ventas para el cálculo de los umbrales del artículo 48 del DL 211, entre otras.
21. Las preguntas simples serán formuladas y respondidas de forma remota, telefónicamente o mediante videoconferencia. Para dichos efectos, las Partes deberán comunicarse con el Encargado, quien podrá concurrir con otro abogado y/o economista de estimarlo pertinente, y coordinar una conferencia con éste, vía correo electrónico, a la dirección **pre-notificacion@fne.gob.cl**, indicando en qué consiste la consulta, la persona natural o jurídica en cuya representación se formula, e identificando brevemente la transacción proyectada y su estructura. Se procurará entregar las respectivas respuestas a las preguntas simples en la misma conferencia telefónica o por videoconferencia, salvo que por la materia se requiera la revisión o chequeo con el/la Jefe(a) de División, caso en el cual se dará respuesta en un plazo breve y no más allá de cinco días hábiles administrativos.
22. En caso que se estime que la consulta realizada no se trata de una pregunta simple, dado que por su naturaleza se requiere de más antecedentes o de mayor tiempo para resolverla, se le informará a las Partes y se le dará curso conforme a la forma que se expone a continuación.

II.2 Pre-Notificación relativa a preguntas complejas y borradores de notificación

23. **Preguntas complejas.** Se entienden por preguntas complejas aquellas que, para su respuesta, requieren de un análisis más detallado de las características de la operación de concentración que se proyecta notificar. A modo meramente ejemplar y no taxativo, son preguntas complejas aquellas que versen acerca de si la transacción proyectada puede o no calificarse jurídicamente como una operación de concentración, si corresponde aplicar el formulario de notificación ordinario o simplificado, si existen o no traslapes en mercados relevantes de producto o geográfico, y si los antecedentes que las Partes planean acompañar se ajustan o no a lo requerido en una sección específica del Reglamento, entre otras.
24. **Requisitos de la solicitud.** La consulta deberá formularse por escrito al Encargado, vía correo electrónico, a la dirección **pre-notificacion@fne.gob.cl**. Respecto de las preguntas complejas que no vayan acompañadas de un borrador de notificación, las Partes deberán indicar lo siguiente:
- i. Un resumen de la operación de concentración proyectada;
 - ii. La individualización de las Partes;
 - iii. La actividad económica desarrollada por las Partes; y
 - iv. La consulta específica que se solicita responder, pudiendo mencionar, a modo ilustrativo, las opiniones que las mismas Partes tengan al respecto junto con sus fundamentos jurídicos y/o económicos.
25. **Borrador de notificación.** Asimismo, las Partes podrán presentar un borrador de notificación junto con los anexos que sean pertinentes, debiendo señalar en la misma comunicación las materias específicas del borrador de notificación que someten a la revisión preliminar de la FNE, precisando en particular los requerimientos del Reglamento donde las partes presentan dudas.
26. **Tramitación y plazos.** Una vez recibida la consulta bajo los términos señalados, se le otorgará un rol interno de Pre-Notificación y se agendará una reunión, videoconferencia o llamado con las Partes dentro de un plazo máximo de cinco días hábiles administrativos, a fin de discutir las consultas formuladas en la solicitud. En caso que se acompañe un borrador de notificación para absolver las consultas específicas señaladas al efecto, el plazo será de entre cinco y hasta diez días hábiles administrativos. Excepcionalmente, dichos plazos podrán ser ampliados a un máximo de 15 días hábiles si fuere necesario para un adecuado análisis de la consulta, considerando su extensión y/o complejidad, circunstancia que el Equipo informará fundadamente a las Partes una vez recibidos los antecedentes.
27. **Gestiones e información.** La FNE resolverá las preguntas complejas, y aquellas relativas a la sección del borrador de notificación que indiquen, con la información proveída por las Partes. En cualquier caso, y de ser necesario a efectos de resolver una consulta, se podrá sugerir a las Partes acompañar información adicional, quienes podrán o no aportarla, de manera voluntaria.
28. **Respuesta FNE y pronunciamiento.** La FNE expondrá a las Partes, en una o más reuniones, la que estima es la respuesta más adecuada a las consultas planteadas, en la medida que la FNE estime que cuenta con la información necesaria, veraz y completa para pronunciarse a su respecto. Respecto de aquellas consultas de las

Partes relacionadas a si la transacción puede o no ser calificada jurídicamente como una operación de concentración conforme al artículo 47 del DL 211, las Partes podrán solicitar a la FNE que emita un pronunciamiento escrito, cuyo alcance se limitará únicamente a la operación descrita y a los documentos acompañados por las Partes y los tenidos a la vista por la Fiscalía en la Pre-Notificación⁸.

29. **Abandono.** La gestión de Pre-Notificación se entenderá abandonada si las Partes no presentaran la información que les haya sido requerida por el Equipo de Pre-Notificación para resolver su consulta, o si no realizaran gestión alguna durante el plazo de 30 días hábiles administrativos, situación que le será advertida a las Partes por el Encargado. Si las Partes quisieren continuar con la gestión de Pre-Notificación luego de transcurrido dicho plazo, deberán cumplir con las formalidades que se prevén en el Instructivo, como si se tratase de una nueva Pre-Notificación.

III. Solicitudes de Exención

30. Las consultas de Pre-Notificación podrán ir acompañadas de solicitudes de exención –o borradores de las mismas– que se presenten de conformidad a lo previsto en el Reglamento. De invocarse que la información no resulta necesaria, relevante o atingente para el análisis de la operación, la solicitud necesariamente deberá ir acompañada de un borrador de notificación.
31. La FNE buscará resolver la solicitud de exención que se presente en el menor tiempo posible y, en general, dentro del plazo de cinco días hábiles administrativos. En caso de que la solicitud de exención se presente junto a un borrador de notificación, se seguirán los plazos contemplados en el apartado II.2. anterior.
32. En cualquier caso, la interposición de una solicitud de exención no obsta que las Partes puedan notificar la operación de concentración en cualquier tiempo luego de aquella solicitud. En caso de que se notifique estando pendiente de resolución la solicitud de exención, la FNE resolverá ésta al mismo tiempo que dicte la resolución que ordena iniciar investigación o, en su defecto, la que declara incompleta la notificación de conformidad al artículo 50 del DL 211.

⁸ Consecuentemente, dicho pronunciamiento no alcanzará a eventuales modificaciones sustanciales de la operación, en los términos de la Guía de Competencia de la FNE, de junio de 2017, sección IX.A, § 116 y 117.