

## ANEXO I INSTRUCTIVO SOBRE PRE-NOTIFICACIONES DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

### PREGUNTAS Y RESPUESTAS FRECUENTES

Con fecha 12 de mayo de 2021 la FNE dictó el Instructivo, destinado a formalizar la práctica habitual de la División de dar respuesta a preguntas efectuadas con motivo de la eventual notificación de una operación de concentración. El Instructivo busca dar certeza a las Partes respecto de dudas sustantivas o procedimentales, bajo principios de voluntariedad, informalidad, colaboración y confidencialidad.

Conforme al Instructivo, en el contexto de las consultas previas a la notificación se encuentran las preguntas simples, definidas como *“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”*, y las preguntas complejas, explicadas como *“aquellas que, para su respuesta, requieren de un análisis más detallado de las características de la operación de concentración que se proyecta notificar”*<sup>1</sup>. Desde la entrada en vigor del Instructivo, se han resuelto una cantidad relevante de preguntas simples y complejas. Esta experiencia ha permitido detectar una serie de consultas que se repiten habitualmente, y que representan un porcentaje importante de éstas.

El control preventivo de operaciones de concentración contemplado en el Título IV del DL 211 se basa en los principios de certeza jurídica, transparencia y predictibilidad. A la luz de dichos principios, la FNE considera apropiado publicar este Anexo al Instructivo (**“Anexo”**) a fin de facilitar el proceso de notificación de una operación de concentración.

Las preguntas y respuestas frecuentes que se exponen a continuación constituyen un esfuerzo por dar a conocer la mejor aproximación de la División respecto a cada tema. Se trata de respuestas meramente ilustrativas, que no deben considerarse como una interpretación rígida de la normativa aplicable. En caso de que pudiera existir alguna contradicción entre la respuesta contenida en este Anexo y el DL 211, el Reglamento, las guías emitidas por la FNE u otro lineamiento o norma aplicable, prevalecerán estas últimas por sobre lo indicado en el presente Anexo.

Por último, respecto de varias de las preguntas y respuestas frecuentes, se han incluido referencias a decisiones emitidas por la FNE, las que deben entenderse únicamente como ejemplos prácticos de los criterios utilizados. Se advierte que dichos pronunciamientos no necesariamente son replicables a todos los escenarios futuros, ya que han sido emitidos a la luz de las circunstancias particulares de cada caso concreto, y solo dan cuenta de un listado de referencia, no taxativo, ante la imposibilidad de referirse a todos aquellos pronunciamientos que abordan un determinado tema.

Los términos definidos empleados en este Anexo serán los contenidos en el Instructivo.

---

<sup>1</sup> Instructivo, párrafos 20 y 23.

## **A. PREGUNTAS Y RESPUESTAS FRECUENTES SOBRE EL CÁLCULO DE UMBRALES DE NOTIFICACIÓN**

### **1. ¿Qué ventas se consideran para el cálculo de los umbrales de notificación?**

El artículo 48 del DL 211 establece que deberán notificarse a la FNE, previo a su perfeccionamiento, las operaciones de concentración que produzcan efectos en Chile, y que cumplan copulativamente con los siguientes requisitos: a) que la suma de las ventas en Chile de los agentes económicos que proyectan concentrarse haya alcanzado, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifique la notificación, montos iguales o superiores al establecido mediante resolución dictada por el Fiscal Nacional Económico (“*Umbral Conjunto*”)<sup>2</sup>; y b) que en Chile, por separado, al menos dos de los agentes económicos que proyectan concentrarse hayan generado ventas, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifique la notificación, por montos iguales o superiores al umbral establecido mediante resolución dictada por el Fiscal Nacional Económico (“*Umbral Individual*”)<sup>3</sup>.

Los montos que deben considerarse en cada umbral se refieren a los importes resultantes de la venta de productos y/o la prestación de servicios en Chile<sup>4</sup>. Para su cuantificación, debe utilizarse como fuente de información la contabilidad de la empresa cuyo umbral se calcula, llevada según las reglas generales<sup>5</sup>, las que actualmente corresponden a las Normas Internacionales de Información Financiera (“*NIIF*” o “*IFRS*”, por sus siglas en inglés)<sup>6</sup>.

En caso de que no exista información auditada de las ventas de las Partes en Chile, o cuando las entidades no estén obligadas legalmente a auditar sus estados financieros, la Fiscalía admitirá, en casos justificados, la utilización de datos no auditados<sup>7</sup>.

### **2. ¿Qué ventas se excluyen del cálculo de los umbrales de notificación?**

De acuerdo con el artículo 48 inciso tercero del DL 211, para el cálculo de los umbrales de notificación se deducirán de las ventas los impuestos<sup>8</sup>, las ventas que hayan tenido lugar entre agentes de un mismo grupo empresarial<sup>9</sup>, y aquellas que no provengan de la explotación del giro habitual del o de los agentes económicos considerados<sup>10</sup>.

En cuanto a los impuestos directamente relacionados con el volumen de ventas, se debe considerar el Impuesto al Valor Agregado, aranceles u otros gravámenes aduaneros, el impuesto sobre las bebidas alcohólicas, el impuesto al tabaco, entre otros. Asimismo, los descuentos realizados al precio de venta han de ser excluidos al momento de determinar el monto de las ventas para estos efectos<sup>11-12</sup>.

<sup>2</sup> Mediante Resolución Exenta N°157 de 25 de marzo de 2019, el Fiscal Nacional Económico fijó el umbral de venta conjunta en UF 2.500.000 (dos millones quinientas mil unidades de fomento).

<sup>3</sup> Mediante Resolución Exenta N°157 de 25 de marzo de 2019, el Fiscal Nacional Económico fijó el umbral de venta individual en UF 450.000 (cuatrocientas cincuenta mil unidades de fomento).

<sup>4</sup> Guía Práctica para la Aplicación de Umbrales de Notificación de Operaciones de Concentración en Chile, de agosto de 2019 (“**Guía de Umbrales**”), párrafo 6.

<sup>5</sup> Guía de Umbrales, párrafos 10 y 11.

<sup>6</sup> Véase Informe de archivo denuncia sobre adquisición de activos de Unilever Chile Limitada y Unilever Chile SCC Limitada por parte de Carozzi S.A. Rol FNE F241-2020, párrafos 29 y 35.

<sup>7</sup> Guía de Umbrales, párrafos 11 y 12.

<sup>8</sup> Guía de Umbrales, párrafo 7.

<sup>9</sup> Guía de Umbrales, párrafo 8.

<sup>10</sup> Guía de Umbrales, párrafo 9.

<sup>11</sup> Guía de Umbrales, párrafo 7.

<sup>12</sup> Considerando lo señalado en la nota a pie de página N°3 de la Guía de Umbrales, y la aplicación de las NIIF, esta Fiscalía ha resuelto que la posibilidad de descontar montos de los precios con posterioridad a su venta dependerá de la forma en que ello se contabilice por el agente económico; si se contabiliza como una deducción a las ventas, se considerará como tal y no se considerará para efectos de los umbrales de notificación. En cambio, si se incluyen como un costo o como un gasto deberán considerarse las ventas de

En dicho cálculo, tampoco deben considerarse las ventas y transacciones que las Partes hubieren celebrado con entidades de su mismo grupo empresarial<sup>13</sup>.

Finalmente, tampoco deben incluirse los ingresos que no provengan de la explotación del giro habitual de las Partes. Esto implica excluir aquellas partidas que no resulten del desarrollo de la actividad comercial que desempeña cada uno de estos agentes<sup>14</sup>. En cuanto al concepto de habitualidad, su sentido y alcance puede determinarse conforme a otras normas e interpretaciones que autoridades hayan hecho del mismo<sup>15</sup>.

### **3. ¿Cómo se determina el grupo empresarial para el cálculo de los umbrales de notificación?**

Conforme a lo dispuesto en el artículo 48 del DL 211, para el cálculo de los umbrales de notificación se deben considerar las ventas en Chile de los agentes económicos que son parte de la operación de concentración y las de sus respectivos grupos empresariales. A este respecto, la Guía de Umbrales establece que el concepto de grupo empresarial que se debe considerar para el cálculo de los umbrales es aquel definido en los artículos 96 y siguientes de la Ley N°18.045 de Mercado de Valores (“**LMV**”)<sup>16-17</sup>.

Así, por ejemplo, se considera que forman parte de un mismo grupo empresarial una sociedad y su controlador; todas las sociedades que tienen un controlador común, y este último; entre otros supuestos. Por el contrario, a modo de ejemplo, no forman parte de un mismo grupo empresarial la entidad controlada y los distintos miembros del controlador, que ejercen control mediante pacto de actuación conjunta, pues la LMV no incluye este supuesto en la definición legal de grupo empresarial<sup>18</sup>.

### **4. ¿Qué ocurre en el evento en que dos o más entidades del grupo empresarial de una de las partes que pretenden concentrarse igualan o superan el umbral individual, pero ninguna entidad de la otra parte lo iguala o supera?**

Los umbrales de ventas establecidos en el artículo 48 del DL 211 –tanto el Umbral Individual como el Umbral Conjunto– constituyen requisitos copulativos<sup>19-20</sup>. Por tanto, en caso de que solo se cumpla uno de ellos, no existe para las Partes el deber de notificar la operación de concentración a la FNE.

---

forma íntegra para los efectos de los umbrales de notificación. Al respecto, véase Informe de archivo, Denuncia sobre adquisición de activos de Unilever Chile Limitada y Unilever Chile SCC Limitada por parte de Carozzi S.A. Rol FNE F241-2020, párrafo 35.

<sup>13</sup> El concepto de grupo empresarial se encuentra definido en los artículos 96 y siguientes de la LMV, según se define en el texto. Véase, además, Guía de Umbrales, párrafo 8 y nota a pie de página N°4.

<sup>14</sup> Guía de Umbrales, párrafo 9.

<sup>15</sup> Véase, por ejemplo, el artículo 4° del Decreto Supremo N°55 del Ministerio de Hacienda, que Aprueba el Reglamento de la Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, de 1977, el cual establece que, para calificar la habitualidad, el Servicio de Impuestos Internos considerará la naturaleza, cantidad y frecuencia con que el vendedor realice las ventas de los bienes corporales muebles o inmuebles de que se trate y, con estos antecedentes, determinará si el ánimo que guio al contribuyente fue adquirirlos para su uso, consumo o para la reventa.

<sup>16</sup> Véase Guía de Competencia, nota a pie de página N°6 y Guía de Umbrales, párrafo 14 y nota a pie de página N°4.

<sup>17</sup> LMV, artículo 96.

<sup>18</sup> La LMV se utiliza exclusivamente para determinar quienes forman parte de un mismo grupo empresarial para los efectos del cómputo de sus ventas. Dicha ley no resulta aplicable a las vías por las que cesa la independencia, reguladas en el artículo 47 del DL 211, letras b) y d). Esto, debido a que el concepto de influencia decisiva o control que se utiliza en esta sede es específico para el análisis de los efectos de una operación de concentración en la competencia. Véase Guía de Competencia, nota a pie de página N°12.

<sup>19</sup> Véase el artículo 48 inciso primero del DL 211.

<sup>20</sup> Guía de Umbrales, párrafo 3.

Con respecto al Umbral Individual, el artículo 48 inciso primero letra b) del DL 211 establece que “*al menos dos de los agentes económicos que proyectan concentrarse*” deben igualarlo o superarlo.

A modo ejemplar, si existen dos grupos empresariales (Grupo A y Grupo B) y dos sociedades pertenecientes al Grupo A (sociedades A1 y A2) que igualan o superan el Umbral Individual, y no existen agentes económicos pertenecientes al Grupo B que igualen o superen los umbrales de notificación, no se cumple el requisito contemplado en el artículo 48 inciso primero letra b) del DL 211. Ello, porque no igualan ni superan el Umbral Individual dos agentes económicos que se concentren (las sociedades A1 y A2 no se concentran entre sí). Consecuentemente, la notificación de una operación de concentración como ésta no sería obligatoria.

## **B. PREGUNTAS Y RESPUESTAS FRECUENTES RELATIVAS A LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN**

### **5. ¿Puede una operación de concentración ser clasificada en más de una de las vías del artículo 47 del DL 211? ¿Qué ocurre en estos casos?**

La determinación de la vía del artículo 47 que corresponde a la operación incide en el cálculo de los umbrales de notificación, y determina, en parte, la información que debe acompañarse a la notificación conforme al Reglamento. En este contexto, es posible que ciertas operaciones de concentración contemplen estructuras corporativas complejas, en donde se pueda calificar a una operación en más de una vía del artículo 47, o que se generen dudas al respecto. En tales casos, las Partes deberán fundamentar la calificación de su operación según las vías que estimen aplicables, expresando los correspondientes fundamentos<sup>21-22</sup>.

Con todo, la calificación jurídica que las Partes efectúen de la operación de concentración no obsta a que la Fiscalía concluya una distinta, tanto en la etapa de completitud de la notificación como al analizar los efectos de la operación<sup>23</sup>, la que puede diferir de aquella que invoquen las partes que se concentran.

### **6. ¿Puede configurarse una operación de concentración entre dos agentes económicos que pertenezcan a un mismo grupo empresarial o entre personas relacionadas?**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 47 inciso primero del DL 211, para que se configure una operación de concentración se requiere que los agentes económicos que toman parte en ésta no formen parte del mismo grupo empresarial y que sean previamente independientes entre sí.

La FNE entenderá que forman parte de un mismo grupo empresarial, una sociedad o entidad y su controlador, así como todas las sociedades o entidades que tienen un controlador común, y este último, en conformidad a lo dispuesto en los artículos 96 y

---

<sup>21</sup> Véase Informe de aprobación, Adquisición de control en LDA SpA por parte de Empresas Tucapel S.A. Rol FNE F230-2020, párrafos 7 y 8.

<sup>22</sup> Véase Informe de aprobación, Adquisición de control sobre activos de Corpgroup Inversiones Limitada, por parte de Patio Comercial SpA y Fondo de Inversión LV Patio Renta Inmobiliaria I, Rol FNE F239-2020, párrafos 9 y 10.

<sup>23</sup> Véase informe de aprobación con medidas de mitigación, Adquisición de control en Ok Market S.A. por parte de Cadena Comercial Andina SpA y Comercial Big John Limitada, F250-2020, párrafo 25.

siguientes de la LMV<sup>24</sup>. Las interpretaciones deberán hacerse siguiendo los lineamientos aplicables en la materia emitidos por las autoridades respectivas<sup>25</sup>.

Las reestructuraciones que pueden ocurrir al interior de un grupo empresarial no se consideran como una operación de concentración, en la medida que no modifiquen la estructura de propiedad y control de los agentes económicos que forman parte de dicho grupo empresarial<sup>26</sup>.

El concepto de grupo empresarial difiere —y es más acotado— que el de personas relacionadas. Quienes pertenecen a un mismo grupo empresarial son personas relacionadas. No obstante, en términos generales, también son personas relacionadas las sociedades coligantes y coligadas, los directores, gerentes y ejecutivos principales (y aquellos con los que tengan ciertas relaciones de parentesco), y quienes puedan designar a miembros del directorio o tengan participación minoritaria en el capital, entre otros<sup>27</sup>. Sin embargo, dado que todos estos últimos no caben dentro de lo que se entiende jurídicamente por grupo empresarial, pueden existir operaciones de concentración entre personas relacionadas, salvo que éstas pertenezcan al mismo grupo empresarial.

## 7. ¿Cómo se determina si una operación califica jurídicamente como una fusión o adquisición? ¿Qué ocurre si se adquiere la totalidad de las acciones de una sociedad?

La Guía de Competencia hace referencia a diversas situaciones no taxativas, tanto jurídicas como de hecho, en las que se configura una fusión entre dos agentes económicos para los efectos del artículo 47 letra a) del DL 211. No obstante, si un agente económico adquiere el 100% de los derechos sociales o acciones de otra sociedad<sup>28</sup>, dicha operación se entenderá como una hipótesis de adquisición de influencia decisiva contemplada en el artículo 47 letra b) del DL 211. Lo anterior por cuanto la hipótesis de la letra a) del citado artículo requiere, en definitiva, de la reunión de dos o más negocios, lo cual no ocurre en el caso de una fusión impropia, en que el adquirente obtiene el control de otro agente económico, sin que ocurra un canje de acciones<sup>29</sup>.

Adicionalmente a la fusión por creación/combinación e incorporación/absorción<sup>30</sup>, se considera también dentro de la hipótesis de fusión la combinación de actividades económicas de agentes previamente independientes, de lo cual resulta una unidad económica. Ello ocurrirá, por ejemplo, cuando dos o más agentes económicos mantienen su personalidad jurídica, pero establecen una administración en común<sup>31</sup>.

En decisiones previas de la FNE, se ha calificado como fusión una transacción que implicaba la adquisición de derechos sociales, constitución de nuevas compañías y celebración de contratos relevantes entre los agentes, a fin de crear un negocio común<sup>32</sup>. Asimismo, se ha considerado que la celebración de un convenio marco donde se acuerde

<sup>24</sup> Guía de Competencia, párrafos 19-21.

<sup>25</sup> A modo de ejemplo, véase Comisión para el Mercado Financiero, Dictámenes N°32.276 de fecha 10 de octubre de 2019 y N°34.558 de fecha 5 de noviembre de 2019.

<sup>26</sup> Guía de Competencia, párrafo 21.

<sup>27</sup> Al respecto, véase el artículo 100 de la LMV.

<sup>28</sup> Lo que doctrinariamente se conoce como “*fusión impropia*”.

<sup>29</sup> A diferencia de la fusión por incorporación y por absorción, en la cual uno (o más) de los agentes económicos a fusionarse se disuelve y es absorbido por un agente económico ya existente, el que adquiere todos sus activos y pasivos (Guía de Competencia, párrafo 50).

<sup>30</sup> Guía de Competencia, párrafo 50.

<sup>31</sup> Informe de aprobación, Fusión de Outotec Oyi Metso Oyi, Rol FNE F218-2019, párrafos 8 y 9.

<sup>32</sup> Véase: Informe de aprobación, Fusión de Negocios de Conservera Pentzke S.A., el Grupo Pentzke y Agrocommerce S.A., Rol FNE F203-2019, párrafos 7 y 8, e informe de aprobación con medidas, Fusión entre Linde Aktiengesellschaft y Praxair Inc, Rol FNE F108-2017, párrafo 13.



combinar los negocios de las partes en una determinada industria, constituyendo una nueva sociedad en la que éstas aportarán sus negocios, activos, pasivos, trabajadores propios y sus filiales, constituye una combinación de negocios que califica jurídicamente como fusión<sup>33</sup>.

## 8. ¿Cómo se relaciona el “control corporativo” con el control en materia de operaciones de concentración?

Los conceptos de influencia decisiva y control son empleados en las letras b) y d) del artículo 47 del DL 211, al tratar las diversas vías de una operación de concentración. En ambos casos, el término empleado no necesariamente coincide con la definición de control empleada por la LMV, o control “corporativo”.

La definición de influencia decisiva o control que se utiliza a propósito del análisis de los efectos de una operación de concentración en la competencia es más amplia que la de control corporativo, toda vez que se enfoca en determinar los distintos escenarios jurídicos y/o fácticos a través de los cuales un agente económico puede adquirir la posibilidad de influir en el desenvolvimiento competitivo de otro<sup>34</sup>. Ejemplos de ello son las hipótesis de control negativo, control conjunto y control *de facto* que menciona la Guía de Competencia<sup>35</sup>.

Por tanto, si bien en general la adquisición de control corporativo dará lugar a una operación de concentración, ello no obsta a que también se configure una operación de concentración en casos adicionales a éste.

## 9. ¿Para que haya “control conjunto” en materia de libre competencia se necesita un acuerdo expreso?

Para que se configure una hipótesis de control conjunto no necesariamente se requiere de un acuerdo expreso entre las Partes. Comúnmente la configuración del control al interior de una sociedad constará expresamente, ya sea en un pacto de accionistas u otro contrato similar, pero también puede deberse a la mera distribución de los derechos políticos<sup>36</sup>.

Según se indica en la Guía de Competencia, una hipótesis de control conjunto se verifica cuando dos o más agentes económicos tienen la posibilidad de ejercer influencia decisiva sobre otro agente económico, en términos equivalentes, por lo que la adopción de las decisiones sobre la estrategia y comportamiento competitivo del agente económico requerirá necesariamente el consenso de aquellos, sea a través de medios jurídicos o *de facto*<sup>37</sup>.

A modo ejemplar, un caso habitual es aquél donde existen dos socios o accionistas con el 50% de los derechos o acciones cada uno, en que —en ausencia de algún pacto que altere la distribución de los derechos políticos y económicos— existirá control conjunto puesto que siempre se requerirá el acuerdo entre los dos socios o accionistas para administrar la sociedad, aunque aquello no esté expresamente pactado.

<sup>33</sup> Véase Informe de aprobación, Fusión entre Inversiones Quillayes SpA y Surlat Corporación S.A., Rol FNE F211-2019, párrafos 6 y 7.

<sup>34</sup> Véase: Resolución de archivo de fecha 22 de mayo de 2019, en “Operación entre Chubb Seguros Chile S.A., Chubb Seguros de Vida Chile S.A., y Banchile Corredores de Seguros Limitada y Banco de Chile. Rol FNE F285-2019, considerando 7.

<sup>35</sup> Guía de Competencia, párrafos 66, 68 y 72.

<sup>36</sup> Informe de aprobación, Adquisición de control en filial de Telefónica Chile S.A. por parte de KKR Alameda Aggregator L.P., Rol FNE F273-2021, nota a pie de página N°4, e Informe de aprobación, Adquisición de control en Telxius Telecom S.A. por parte de Pontegadea Inversiones S.L., Rol FNE F309-2022, párrafo 11.

<sup>37</sup> Guía de Competencia, párrafo 66.

**10. ¿Para que se configure una adquisición de influencia decisiva debe haber siempre una adquisición de propiedad en el capital de un agente económico?**

No necesariamente. La influencia decisiva puede provenir de actos o contratos distintos de la adquisición de propiedad en el capital de un agente económico, toda vez que el efecto previsto en la norma puede conseguirse a través de distintos medios jurídicos —o *de jure*— o de hecho —*de facto*—, que contempla la Guía de Competencia expresamente, para cada caso. La adquisición de capital en una sociedad puede considerarse la forma más habitual de adquisición de control *de jure*, pero no es el único caso.

A modo meramente ilustrativo, algunas situaciones en las que un agente económico podría adquirir influencia decisiva en una sociedad, sin haber adquirido propiedad en su capital, pueden ser (i) la celebración de un contrato de administración sobre un determinado grupo de activos<sup>38</sup>; (ii) la situación del administrador de un fondo de inversión o del gestor de una sociedad en comandita; y (iii) la celebración de contratos de crédito<sup>39</sup> o contratos de administración, entre otros.

**11. ¿Qué criterios permiten evaluar si los derechos que tiene un socio o accionista minoritario en un agente económico podrían o no otorgarle influencia decisiva o control?**

Es habitual que a un accionista minoritario se le otorguen contractualmente derechos adicionales a aquellos contemplados en la ley. Muchas veces dichas prerrogativas se le confieren para proteger su inversión, o para regular su participación en la administración de la sociedad. Según su entidad y configuración, podrían eventualmente otorgar influencia decisiva sobre el agente económico respecto del que dichas prerrogativas se detentan<sup>40</sup>.

En decisiones previas de la Fiscalía —y sin que la enumeración sea taxativa— se han considerado algunas de las siguientes prerrogativas o derechos como expresiones de control negativo, según el caso: (i) la aprobación y modificación del plan de negocio de una compañía, y/o de su presupuesto anual; (ii) el nombramiento y/o la destitución de ejecutivos principales<sup>41</sup>; (iii) la decisión de desarrollar una nueva línea de negocio o de hacer cualquier cambio material en la naturaleza, alcance o área geográfica del negocio<sup>42</sup>; (iv) la necesidad de cualquiera de los dos accionistas de contar con la voluntad del otro para la adopción de decisiones estratégicas de mediano y largo plazo<sup>43</sup>; (v) la posibilidad de ejercer un derecho a veto respecto de asuntos relevantes para el comportamiento competitivo del agente

<sup>38</sup> Informe de aprobación, Cesión de activos de Patio Comercial SpA a un fondo de inversión administrado por Larraín Vial S.A. Administradora General de Fondos. Rol FNE F181-2019, párrafo 5.

<sup>39</sup> Véase Informe de la Fiscalía Nacional Económica sobre Investigación sobre diversos acuerdos y vínculos entre Latam Airlines Group S.A. y Delta Air Lines, Inc. Rol N°2585-18, acompañado ante el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en causa Rol AE N°23-2021.

<sup>40</sup> Véase Informe de la Fiscalía Nacional Económica sobre Investigación sobre diversos acuerdos y vínculos entre Latam Airlines Group S.A. y Delta Air Lines, Inc. Rol N°2585-18, párrafos 35 y siguientes.

<sup>41</sup> Véase: Informe de aprobación, Adquisición de control en Tritec-Intervento SpA por parte de Icafal Inversiones S.A., Rol FNE F316-2022, párrafo 6; e Informe de aprobación, Adquisición de control en Southern Cross Latin America Extension Fund IV, L.P. por parte de ICG Malta Partners L.P, Rol FNE F245-2020, párrafos 14 y 15.

<sup>42</sup> Informe de aprobación, Adquisición de control en Empresa de Servicios Sanitarios de Los Lagos S.A. por parte de Toesca Infraestructura II Fondo de Inversión. Rol FNE F252-2020, nota a pie de página N°6.

<sup>43</sup> Informe de aprobación, Adquisición de control en Empresa Periodística Diario Concepción S.A. por parte de Servicio de Procesamiento de Datos en Línea S.A. Rol FNE F260-2021, nota a pie de página N°6.

económico<sup>44</sup>; y (vi) la fijación de ciertas materias competitivamente relevantes que se sujetan a un *quorum* calificado para su aprobación<sup>45</sup>, entre otros.

## 12. ¿Bajo qué criterios se considera que un *joint venture* tiene independencia económica?

Un *joint venture*, para ser considerado independiente de sus constituyentes y calificar jurídicamente como operación de concentración, debe —entre otros criterios— tener independencia económica. Ello se puede traducir en diversos aspectos, que no son taxativos ni copulativos, y dependen del caso en concreto.

En primer lugar, es necesario que el *joint venture* tenga los activos necesarios para el desarrollo del negocio para el cual fue concebido y que le permitan operar en forma autónoma a las partes constituyentes. Se puede entender que un *joint venture* carece de autonomía económica, por ejemplo, si las partes constituyentes no transfieren ningún activo al *joint venture*, y este último requiere necesariamente la provisión de activos de propiedad y administración de las partes constituyentes para el desarrollo de su actividad<sup>46</sup>.

En segundo lugar, debe resultar plausible o razonable proyectar que el *joint venture* sea capaz de obtener un volumen de ingresos o insumos que provenga de ventas o compras a terceros —y no solo de sus partes constituyentes—, en más de la mitad de su producción total, dentro de un futuro próximo<sup>47</sup>.

Por último, también puede entenderse que existe independencia económica cuando las actividades del *joint venture* no se limitan a dar cumplimiento a obligaciones que son propias de sus constituyentes, y que su labor no tiene ni tendrá un carácter accesorio o auxiliar a las actividades que realizan las Partes.

Con todo, existen ciertas circunstancias en que, a pesar de que existe relación con los constituyentes, el *joint venture* igualmente puede considerarse independiente desde una perspectiva económica. Por ejemplo, si durante un período inicial —que no debe extenderse por más de tres años, equivalentes a un “*período de emancipación*”<sup>48</sup>— el *joint venture* depende casi exclusivamente de las ventas o servicios prestados a sus constituyentes. Del mismo modo, el hecho de que las partes constituyentes sean posibles proveedores de suministros al *joint venture*, no le restará independencia a éste, cuando dicha relación de suministro se haga en condiciones de mercado, sin exclusividad y en una proporción adecuada<sup>49</sup>.

<sup>44</sup> Informe de aprobación, Adquisición de control en Inversiones Logísticas Aéreas S.A. por parte de BICE Logística Fondo de Inversión. Rol FNE F283-2021, párrafo 5; e Informe de aprobación, Adquisición de control en Southern Cross Latin America Extension Fund IV, L.P. por parte de ICG Malta Partners L.P., Rol FNE F245-2020, párrafos 14 y 15.

<sup>45</sup> Informe de aprobación, Adquisición de control en Tritec Intervento SpA por parte de Icafal Inversiones S.A. Rol FNE F316-2022, párrafo 6.

<sup>46</sup> Véase Resolución de fecha 22 de mayo de 2020 que tuvo por no presentada la notificación e instruyó el archivo de la investigación Rol FNE F237-2020, considerandos 10-12.

<sup>47</sup> Para evaluar la autonomía económica, en relación a la existencia de demanda suficiente para permitir dicha autonomía, se ha considerado, entre otros aspectos, la relevancia de las partes constituyentes en los mercados relacionados del JV, y las condiciones actuales de consumo de los productos o servicios que comercializará el JV, tanto actuales como proyectadas en un futuro próximo. Véase Resolución de fecha 25 de febrero de 2021 que archiva los antecedentes relativos a la Investigación Rol FNE F 249-2020, considerandos 26-30.

<sup>48</sup> Véase Resolución de fecha 16 de agosto de 2019, que tuvo por no presentada la notificación e instruyó el archivo de la investigación Rol FNE F206-2019, considerando 20°

<sup>49</sup> Véase: Informe de aprobación, Notificación de operación de concentración entre Maderas Arauco S.A. y Empresas Pizarreño S.A., Rol FNE F98-2017, párrafo 19, e Informe de la Fiscalía Nacional Económica sobre Investigación sobre diversos acuerdos y vínculos entre Latam Airlines Group S.A. y Delta Air Lines, Inc. Rol N°2585-18, acompañado ante el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en causa Rol AE N°23-2021, párrafos 65 y siguientes.



**13. En el marco de un proceso de licitación, ¿desde cuándo se considera que hay intención real y sería de asociarse permanentemente?**

Si bien la generalidad de las operaciones de concentración requiere un análisis prospectivo respecto a posibles efectos en la competencia, en el caso de licitaciones ya adjudicadas el análisis debe ser también retrospectivo, puesto que la competencia por dicha licitación ya se produjo con anterioridad. Es por ello que la Guía de Competencia expresamente excluye del control de operaciones de concentración a las asociaciones temporales para participar en procesos de licitación<sup>50</sup>.

Pero la misma Guía de Competencia señala que una vez tomada la decisión a favor del *joint venture* en cuestión, el criterio de durabilidad se entiende cumplido y ocurre una operación de concentración, si se cumplen los demás requisitos<sup>51</sup>. Esto implica que la notificación debe presentarse una vez que existe seguridad respecto de que la adjudicación de la licitación ocurrirá a favor de las Partes, y antes del perfeccionamiento definitivo del consecuente contrato.

En su notificación las Partes pueden acreditar por cualquier medio la seguridad de su adjudicación, dependiendo de las circunstancias de cada caso. Así, la apertura de una oferta que dé certeza respecto de un adjudicatario, la dictación de una resolución de adjudicación pendiente de publicar o la publicación de dicha resolución, son suficientes para acreditar la intención y durabilidad de la Operación<sup>52</sup>.

**14. ¿Bajo qué supuestos la adquisición de control sobre los activos de un agente económico da lugar a una operación de concentración?**

La Guía de Competencia indica que, para que el cambio de control de activos dé lugar a una operación de concentración, será necesario que dichos activos sean relevantes y sustanciales en medida suficiente para producir un impacto en el mercado y en la competencia. A su vez, los activos adquiridos deben permitir el desarrollo de una actividad económica continua<sup>53</sup>.

Para que uno o más activos puedan cumplir con el criterio de relevancia y sustancialidad señalado, deben: (i) tener capacidad de desarrollar una actividad económica durable, aun cuando no exista una organización o estructura corporativa sobre dichos activos; y (ii) poder producir un impacto en la competencia, como el caso en que dichos activos otorguen al adquirente la posibilidad de desarrollar o reforzar su posición competitiva<sup>54</sup>. Cabe señalar que la relevancia económica de los activos será determinada en concreto, analizando el mercado específico, las características propias de su proceso competitivo y la determinación de cuáles son los activos críticos o clave dentro del mismo<sup>55</sup>.

<sup>50</sup> Guía de Competencia, párrafo 93. Adicionalmente, véase Informe de aprobación, Asociación entre Sacyr Chile S.A., Sacyr Concesiones Chile SpA y Dominion Access S.A. Rol FNE F263-2021, párrafo 6.

<sup>51</sup> Guía de Competencia, párrafo 93.

<sup>52</sup> Guía de Competencia, párrafo 93. Así ocurrió, por ejemplo, en las siguientes operaciones: (i) Consorcio entre Besalco Concesiones S.A. y Empresa Constructora Belfi S.A. para la licitación de la concesión "Mejoramiento Ruta Nahuelbuta", Rol FNE F110-2017; (ii) Asociación de Ciudad Empresarial S.A., Doppelmayr Chile Holding SpA, Icafal Inversiones S.A. y Consorcio Teleférico Bicentenario S.A. para la construcción y explotación de la obra pública denominada "Teleférico Bicentenario", Rol FNE F138-2018; y (iii) Operación de concentración entre Sacyr Concesiones SpA y Agencias Universales S.A. para la Concesión del Aeropuerto de Chacalluta de Arica, Rol FNE F182-2019.

<sup>53</sup> Guía de Competencia, párrafo 100.

<sup>54</sup> Informe de Aprobación, Adquisición de control en activos de la marca First por parte de Inversiones Mitta SpA, Rol FNE F233-2019, párrafo 9.

<sup>55</sup> Véase Informe de aprobación, Adquisición de activos de Inversiones e Inmobiliaria Río Deva Limitada y don José Luis Cisternas Zañartu por parte de Compañía de Petróleos de Chile Copec S.A., Rol FNE F227-2020, párrafo 21

**15. ¿Bajo qué criterios la adquisición de activos cuya operación ha cesado recientemente en el mercado puede calificar como operación de concentración?**

La Guía de Competencia señala que el hecho que los activos no estén actualmente en uso, o el hecho de que el vendedor haya cesado recientemente en sus actividades económicas, no será decisivo en la determinación de la relevancia de tales activos para la competencia, y que la adquisición de control o influencia decisiva sobre los mismos, en los términos del artículo 47 letra d) del DL 211, puede configurar una operación de concentración<sup>56</sup>.

Un grupo de activos puede considerarse como un agente económico en sí mismo, con la potencialidad de constituirse en un competidor respecto de los demás actores del respectivo mercado, a pesar de no serle actualmente atribuible un determinado volumen de ventas por encontrarse en desuso. Ello, en la medida que dichos activos constituyan una unidad económica, posean —en su conjunto— características que le permitan ejercer y continuar con aquella, y no sean meros factores productivos, que podrían haberse adquirido en forma aislada en el mercado<sup>57</sup>.

Para lo anterior la FNE evaluará, además de la situación de los activos, la ubicación del local, el reconocimiento del lugar, la clientela<sup>58</sup>, la vigencia de los permisos administrativos y de aquellos de índole urbanística, a fin de determinar la capacidad de estos de ser considerados como una unidad económica capaz de ofrecer y demandar bienes y servicios en el futuro.

**C. PREGUNTAS Y RESPUESTAS FRECUENTES RELATIVAS A ASPECTOS PROCEDIMENTALES**

**16. ¿Cuándo resultaría aconsejable notificar voluntariamente una operación de concentración, si los agentes económicos que proyectan concentrarse no alcanzan ni superan los umbrales de notificación?**

El artículo 48 inciso octavo del DL 211 establece que aquellas operaciones de concentración que no igualen o superen los umbrales de notificación obligatoria podrán ser notificadas en forma voluntaria, por los agentes económicos que proyectan celebrar la operación, y se sujetarán a las mismas reglas procedimentales que las notificaciones obligatorias, en la medida que la operación no se haya perfeccionado al momento de la notificación.

El objetivo principal de la notificación voluntaria es contribuir a dar certeza jurídica a las Partes<sup>59</sup>, atendido que la existencia de umbrales de notificación no implica —necesariamente— una distinción entre operaciones que generan riesgos para la competencia de aquellas que no<sup>60</sup>. En aquellos casos en que las Partes tengan dudas sobre el posible impacto de la operación en la competencia, pueden siempre presentar la notificación voluntariamente y de esa forma conseguir certeza. Según ha señalado la FNE en casos anteriores, esto puede ocurrir, por ejemplo, en un escenario limítrofe o incierto sobre si se alcanzan o no los umbrales de notificación, o cuando una o ambas partes tengan

<sup>56</sup> Guía de Competencia, párrafo 105.

<sup>57</sup> Véase: (i) Informe de aprobación, Adquisición de activos de Inmobiliaria Santa María de Melipilla S.A. por parte de Cencosud Retail S.A., Rol FNE F 343-2023, Párrafo 20; y (ii) Minuta de Archivo. Denuncia contra G&N Brands SpA por adquisición de locales franquiciados. Rol FNE F341-2023, pp.2-3.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N°20.945, p. 302 y OCDE, Informe del Secretariado de la OCDE. Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile, p. 80.

<sup>60</sup> Véase OECD (2014). Evaluación del régimen de control de concentraciones en Chile. Informe del Secretariado de la OECD, p.88. En el mismo sentido, Recurso de reclamación presentado por esta Fiscalía ante la Excm. Corte Suprema en autos caratulados “Consulta de SMU S.A. y CorpGroup Holding Inversiones Ltda. sobre el alzamiento, modificación y/o revocación de las condiciones tercera y sexta impuestas por la Resolución N°43, Rol NC-501-2021”, párrafos 80-83.

una posición relevante en los mercados en que operan<sup>61</sup>; o cuando la operación pueda afectar medidas de mitigación vigentes; entre otros casos.

Con todo, la FNE está facultada para instruir investigaciones respecto de operaciones de concentración que no iguallen o superen los umbrales de notificación, que no le sean notificadas de manera voluntaria, dentro del plazo de un año contado desde el perfeccionamiento de la operación<sup>62</sup>.

#### **17. ¿Qué formalidades deben cumplir los poderes para representar a las partes de una operación de concentración?**

Los artículos 3° número 8 y 6° número 8 del Reglamento establecen que, al notificar su operación, las Partes deben acompañar el instrumento original donde consta el poder en virtud del cual actúan los apoderados de las partes notificantes y una copia simple de los instrumentos que son fundantes del mismo. Por su parte, el artículo 22 de la Ley N° 19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado (“LBPA”), dispone que los poderes para actuar ante la Administración podrán constar en documento suscrito mediante firma electrónica simple o avanzada, y que también se aceptará aquel que conste por escritura pública o documento privado suscrito ante notario.

En caso de que el poder hubiese sido suscrito en el extranjero, éste debe haber sido otorgado con las correspondientes formalidades del país de origen y legalizado en Chile o apostillado<sup>63</sup>.

La notificación puede ser firmada tanto por los representantes legales de las partes notificantes, como por apoderados cuyo poder cumpla con los requisitos anteriormente señalados, en términos suficientes para ello.

#### **18. ¿Quiénes deben firmar las declaraciones juradas de intención real y seria, y de información veraz, suficiente y completa? ¿Qué formalidades deben cumplir dichas declaraciones?**

El artículo 48 inciso quinto del DL 211 establece que las Partes deberán acompañar a la notificación, entre otros antecedentes, la declaración de las Partes en la que indiquen que, de buena fe, pretenden llevar a cabo la operación que se notifica. En el mismo sentido, disponen los artículos 3° número 9 y 6° número 9 del Reglamento. Por su parte, los artículos 3° número 10 y 6° número 10 del Reglamento, determinan que las Partes deben acompañar una declaración de veracidad, suficiencia y completitud de la información proporcionada, así como del hecho de conocer las sanciones administrativas y penales que procedan en caso de proporcionar información falsa u ocultar información.

Las normas citadas establecen que son las Partes quienes deben presentar tales declaraciones. Por tanto, solo pueden suscribir las declaraciones aquellas personas que sean representantes legales de las Partes, o aquellos apoderados que cuenten con un poder especial para representar a las Partes, con facultad expresa de suscribir dicha declaración, a nombre y bajo responsabilidad de aquellas.

---

<sup>61</sup> Informe de archivo, Denuncia sobre adquisición de activos de Unilever Chile Limitada y Unilever Chile SCC Limitada por parte de Carozzi S.A. Rol FNE F241-2020, párrafo 52.

<sup>62</sup> Artículo 48 inciso noveno del DL 211.

<sup>63</sup> A la luz de los artículos 345 y 345 bis del Código de Procedimiento Civil. Esto también consta en el Formulario de Notificación de Operaciones de Concentración, de noviembre de 2021, páginas 27, 43 y 47.