

ANT.: Adquisición de control en Power Train Technologies Chile S.A. por Marubeni Corporation. Rol FNE F360-2023.

MAT.: Informe de aprobación, sujeta a medidas de mitigación.

Santiago, 10 de octubre de 2023.

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : JEFE DE DIVISIÓN DE FUSIONES (S)

De conformidad a lo preceptuado en 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 (“**DL 211**”), presento a usted el siguiente informe (“**Informe**”), relativo a la operación de concentración del Antecedente (“**Operación**”), recomendando su aprobación, a condición que se dé cumplimiento a las medidas de mitigación ofrecidas por los notificantes, según se expone a continuación:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 7 de agosto de 2023, mediante presentación ingreso correlativo N°41.991-2023 (“**Notificación**”), Marubeni Corporation (“**Comprador**”) e Inveniam S.A. (“**Vendedor**”) y, conjuntamente con el Comprador, (“**Partes**”) notificaron a esta Fiscalía Nacional Económica (“**Fiscalía**”) una operación de concentración consistente en la adquisición de control por parte del Comprador en Power Train Technologies Chile S.A. (“**Power Train**”).
2. De conformidad con lo establecido en el artículo 50 del DL 211, con fecha 22 de agosto de 2023 esta Fiscalía instruyó el inicio de una investigación con el propósito de analizar los efectos de la Operación en la competencia, bajo el Rol FNE F360-2023 (“**Investigación**”).
3. Con fecha 8 de septiembre de 2023, y conforme al artículo 53 del DL 211, esta Fiscalía manifestó formalmente a las Partes reparos respecto a los términos de la Cláusula de No Competencia y la Cláusula de No Solicitación, según se define más adelante. Luego, con fecha 14 de septiembre de 2023, mediante presentación ingreso correlativo N°43.827-2023, las Partes presentaron medidas de mitigación para atender a dichos reparos, y se comprometieron a modificar la Cláusula de No Competencia y la Cláusula de No Solicitación, según se explicará *infra* (“**Medidas de Mitigación**”).
4. Consecuentemente, de conformidad con lo establecido en el artículo 60 inciso final del DL 211, con fecha 15 de septiembre de 2023, esta Fiscalía dictó una resolución mediante la cual suspendió el término legal establecido en el artículo 54 del DL 211 por un plazo de diez días hábiles administrativos.

5. El Comprador es una sociedad constituida bajo las leyes de Japón con presencia en múltiples sectores a nivel global¹. En Chile, está activo en el mercado automotriz, servicios sanitarios, energía y minería²⁻³. Asimismo, a través de su filial ZAMine Service Chile SpA (“**ZAMine**”), opera en la comercialización y distribución de camiones y palas hidráulicas, siendo representante en Chile de la marca Hitachi y, asimismo, presta servicios de postventa para equipos de extracción minera⁴⁻⁵. Por su parte, el Vendedor es el controlador de Power Train⁶.
6. Power Train, la entidad objeto de la Operación, es una sociedad anónima constituida en Chile que se dedica a la prestación de servicios de mantenimiento a trenes de potencia de maquinaria usada en la gran minería⁷⁻⁸.
7. La Operación consiste en la adquisición de control por parte del Comprador en Power Train. Al efecto, con fecha 1° de agosto de 2023, las Partes celebraron un acuerdo de compraventa de acciones, en virtud del cual el Comprador pasará a tener el 100% de las acciones de Power Train (“**Contrato de Compraventa de Acciones**”)⁹⁻¹⁰. Conforme a lo expuesto, la Operación califica en la hipótesis prevista en el artículo 47 letra b) del DL 211¹¹.

II. INDUSTRIA Y MERCADO RELEVANTE

8. En decisiones anteriores se ha establecido que la industria minera y, en específico, el procesamiento de minerales puede dividirse en las etapas de extracción, conminución y beneficiación. La etapa de *extracción* corresponde al procedimiento mediante el cual se extrae la materia prima de los yacimientos mineros¹². Luego, en la etapa de *conminución* se reduce el material extraído, mediante distintos ciclos de trituración y molienda. Finalmente, la etapa de *beneficiación* está encaminada a aumentar la pureza y procesabilidad del material extraído¹³.
9. Para cada una de las etapas descritas las empresas mineras requieren equipos altamente especializados. Por lo anterior, en decisiones previas y pese que no se ha

¹ Notificación, párrafo 22.

² Las Partes indican que Marubeni Corporation tiene una participación minoritaria en tres minas de cobre: Pelambres (9,21%), Antucoya (30%) y Centinela (30%), todas ellas controladas por Antofagasta Minerals, quien –como controlador único– ejerce influencia decisiva sobre la estrategia competitiva de dichas minas, en particular, respecto a la decisión del proveedor de servicios con que operan. Al respecto, véase Notificación, nota a pie de página N°9.

³ Notificación, párrafo 1.

⁴ Notificación, párrafos 5, 18 y 42.

⁵ Notificación, párrafo 60.

⁶ Notificación, párrafos 1 y 20.

⁷ Notificación, párrafos 21 y 22.

⁸ Power Train está enfocada en la prestación de servicios de postventa específicamente para motores de equipos como camiones, excavadoras, bulldozers, motoniveladoras y wheeldozeres de marca Caterpillar y Komatsu. Véase Notificación, párrafo 61.

⁹ Véase el documento “*Anexo Partes 2 – SPA Marubeni Corporation – Inveniam S.A. (firmado)*” acompañado por las Partes a la Notificación.

¹⁰ Asimismo, las Partes explican que actualmente el Comprador es titular de un 40% de las acciones de Power Train. Al respecto, véase Notificación, párrafo 9 y el documento “*Anexo Partes 1 – Pacto de Accionistas*”, acompañado por las Partes a la Notificación.

¹¹ Notificación, párrafo 17.

¹² Notificación, párrafo 65 “[...] la etapa de extracción, que es la relevante para efectos de esta notificación, es el primer eslabón de la cadena de producción, y corresponde al procedimiento mediante el cual se extrae el mineral de la tierra, y luego se transporta en camiones desde la mina hasta la trituradora”.

¹³ Véase: (i) Informe de Aprobación, Fusión de Outotec Oyj con Metso Oyj. Rol FNE F218-2019 (“**Informe Outotec/Metso**”), párrafos 12-15; (ii) Informe de aprobación, Adquisición de control en Thyssenkrupp Mining Technologies GmbH por parte de FLS Germany Holding GmbH. Rol FNE F299-2021 (“**Informe Thyssenkrupp/FLS**”), párrafos 11-15; y (iii) Informe de aprobación, Adquisición de control en SCM Minera Lumina Copper Chile por parte de Lundin Mining Corporation. Rol FNE F347-2023, párrafos 11 y 12. En el mismo sentido, Comisión Europea: Case M.9585 Outotec/Metso (2020), párrafo 9-14.

definido de manera precisa el mercado relevante, se ha indicado que, desde el punto de vista de la demanda, no existiría sustitución entre los equipos utilizados en las distintas etapas¹⁴.

10. Los equipos utilizados en la industria minera son manufacturados, principalmente, por compañías que tienen presencia global, como Caterpillar, Komatsu, Liebherr, Hitachi, Metso-Outotec, Sandvik, entre otros. En nuestro país, estos equipos son importados y comercializados por distribuidores locales como Finning Chile S.A. (“**Finning**”), Komatsu Chile S.A. (“**Komatsu**”), Liebherr Chile SpA (“**Liebherr**”), Metso Outotec Chile SpA, Sandvik Mining Chile (“**Sandvik**”), ZAMine, entre otros¹⁵.
11. Por otro lado, se ha considerado la prestación de servicios de postventa para dichos equipos¹⁶, los cuales incluyen la provisión de piezas de desgaste y repuestos¹⁷, y los servicios de mantenimiento y/o reparación¹⁸. En nuestro país, y en particular para los equipos de extracción minera, estos servicios de postventa son prestados por las propias empresas que manufacturan el equipo (“**OEMs**” por sus siglas en inglés de *original equipment manufacturers*) como Komatsu y Liebherr, y también por otros proveedores locales, como Finning, Power Train, ZAMine, H-E Parts Chile (“**H-E Parts**”), San Ignacio Ltda (“**San Ignacio**”), Compañía Electro Metalúrgica S.A. (“**Elecmetal**”), entre otros¹⁹.
12. Según lo expuesto, es posible identificar un traslape horizontal entre las actividades del Comprador –a través de ZAMine– y de la entidad objeto, Power Train, en la prestación de servicios de postventa para equipos de extracción minera y, en particular, en los servicios de mantenimiento y/o reparación. Las Partes afirman que este traslape no sería sustantivo al considerar las bajas participaciones de ZAMine y Power Train, la baja cercanía competitiva entre ambas empresas, pues atienden a equipos de distintas marcas, y que se trataría de un traslape que no se genera con motivo de la Operación²⁰.
13. Para atender a lo anterior, y sin que sea necesario efectuar una definición precisa del mercado relevante, se considerará la distinción –dentro de los servicios de postventa para equipos de extracción minera– entre: (i) la provisión de piezas de desgaste y repuestos; y (ii) la prestación de servicios de mantenimiento y/o reparación, por tratarse de la definición más conservadora en línea con lo dispuesto en la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales de esta Fiscalía (“**Guía**”) ya que las Partes solo coinciden en este último segmento²¹.

¹⁴ Informe Thyssenkrupp/FLS, párrafo 15 y 19.

¹⁵ Véase la Encuesta de Participación de empresas proveedoras en las operaciones y proyectos mineros (Gasto 2021). Disponible en <https://www.cochilco.cl/Listado%20Temtico/Encuesta%20Gasto%20de%20Proveedores%202022vf.pdf> [última visita: 10 de octubre de 2023] además de lo señalado en declaración de Power Train, de fecha 28 de agosto de 2023, declaración de ZAMine de fecha 4 de septiembre de 2023, y declaración de Minera Escondida Limitada de fecha 14 de septiembre de 2023.

¹⁶ Informe Thyssenkrupp/FLS, párrafo 21.

¹⁷ Las piezas de desgaste corresponden a partes sujetas a uso y deterioro, que están diseñadas para ser reemplazadas regularmente. A diferencia de los repuestos, que son componentes que no están diseñados para ser reemplazados regularmente. Al respecto, véase Comisión Europea: Case M.9585 Outotec/Metso (2020), párrafo 68.

¹⁸ Informe Outotec/Metso, párrafos 52 y 53.

¹⁹ Notificación, párrafos 5, 18, 21, 22, 42 y 60, así como respuestas de Komatsu, San Ignacio, Liebherr, Sandvik, Elecmetal, H-E Parts y Finning a Oficio Circ. Ord. N°72-2023.

²⁰ Al respecto, véase Notificación, párrafo 59.

²¹ De acuerdo con lo establecido en la Guía, al analizar las alternativas plausibles del mercado relevante se considerará el escenario más conservador, es decir, aquel en que las partes superponen de manera efectiva sus actividades y concentren una mayor participación. Lo anterior, debido a que, en caso de descartarse riesgos bajo este escenario, en general resulta innecesario efectuar una definición precisa del mercado relevante, ya que las conclusiones del análisis de competencia no se verían modificadas. FNE, Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales, de mayo de 2022, párrafo 13. Disponible en:

14. En cuanto al mercado geográfico, las Partes señalan que los servicios de postventa tienen un alcance nacional, debido a que la mayoría de las empresas mineras requieren presencia local de los proveedores de estos servicios²². Lo anterior es consistente con el criterio seguido en decisiones anteriores²³ y con los antecedentes de la Investigación²⁴. Por lo tanto, y sin perjuicio de que la definición precisa del mercado puede quedar abierta, en el presente análisis se considera un mercado geográfico con alcance nacional.

III. ANALISIS DE COMPETENCIA

15. Como fue señalado *supra*, el Comprador y Power Train superponen sus actividades únicamente en el segmento de servicios de mantenimiento y/o reparación, el cual será analizado de forma separada del servicio de provisión de piezas de desgaste y repuestos al ser ésta la segmentación que representa la mayor participación conjunta del Comprador y Power Train, toda vez que, con independencia de la hipótesis de mercado analizada, la Operación carece de la entidad para reducir sustancialmente la competencia en Chile.
16. En la Tabla N°1, a continuación, se presentan las participaciones medidas en ventas durante el año 2022 y los niveles de concentración calculados a través del índice Herfindahl - Hirschmann Modificado (“MHHI”)²⁵. Esto último con motivo de que en la actualidad el Comprador ya es titular del 40% de Power Train.

Tabla N°1: Participaciones de mercado en valor en servicios de mantenimiento y/o reparación (2022)

Empresa	Participación
Power Train	[0%–10%]
ZAMine	[<1%]
Conjunta	[0%–10%]
Komatsu	[80%–90%]
San Ignacio	[0%–10%]
Liebherr	[0%–10%]
Sandvik	[<1%]
Elecmetal	[<1%]
Finning ²⁶	[<1%]
Delta MHHI	1,5

Fuente: Elaboración propia con información de las Partes y de terceros²⁷.

<https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2022/05/20220531.-Guia-para-el-Analisis-de-Operaciones-de-Concentracion-Horizontales-version-final-en-castellano.pdf> [última vista: 10 de octubre de 2023].

²² Notificación, párrafo 75

²³ Véase Informe Metso/Outotec, párrafos 50 y 51; e Informe Thyssenkrup/FLS, párrafo 27.

²⁴ Es posible observar que los acuerdos entre OEMs y distribuidores locales son estructurados a nivel nacional. Al respecto, véase las respuestas de Finning, Liebherr, Komatsu, Elecmetal a Oficio Circ. Ord. N°72-2023.

²⁵ En lo anterior en atención a la siguiente fórmula: $MHHI = HHI + \sum_j \sum_{k \neq j} \left(\frac{\sum_i \gamma_{ij} \beta_{ik}}{\sum_i \gamma_{ij} \beta_{ij}} \right) s_k s_j$, donde β_{ij} equivale a la propiedad de la firma i en la firma j , y γ_{ij} equivale a la medida del control de i sobre la firma j . Finalmente, S_j equivale a la participación de la firma j en el mercado. Para mayores antecedentes sobre el MHHI, véase Salop, S., O'Brien, D. (2000) Competitive Effects of Partial Ownership: Financial Interest and Corporate Control, *Antitrust Law Journal* 67(3).

²⁶ Es posible observar que la participación de mercado de Finning está subestimada, debido a que en la información aportada por esta última a la Investigación las piezas de desgaste y/o repuestos que son provistos dentro del contexto de los servicios de mantenimiento y/o reparación no están incluidos en el reporte de las ventas. Al respecto, véase respuesta de Finning a Oficio Circ. Ord. N°72-2023, así como la respuesta a la solicitud de aclaración sobre este punto por parte de esta Fiscalía, de fecha de 3 octubre de 2023, mediante correos electrónicos de fecha 5 de octubre de 2023 y 6 de octubre de 2023.

²⁷ Véase: (i) respuesta de Marubeni Corporation a Oficio Ord. N°1388-2023; (ii) respuesta de Power Train a Oficio Ord. N°1389-2023; y (iii) respuestas de Komatsu, San Ignacio, Liebherr, Sandvik, Elecmetal y Finning a Oficio Circ. Ord. N°72-2023.

17. Como es posible observar de las participaciones y del cambio del MHHI, no se ven sobrepasados los umbrales establecidos en la Guía²⁸. Además, respecto de la presente Operación no concurren circunstancias especiales contempladas en la Guía que ameriten un análisis en mayor profundidad²⁹⁻³⁰.
18. A mayor abundamiento, el Comprador y Power Train no serían cercanos competitivamente dentro del segmento analizado, dado que Power Train se enfoca en el mantenimiento de trenes de potencia de maquinaria usada en la gran minería, en particular, la reparación de componentes, y se especializa en motores y componentes rotativos de equipamiento móvil de gran tonelaje³¹ para equipos de marca Caterpillar y Komatsu³²⁻³³. Por otro lado, ZAMine está enfocado principalmente en la venta de equipos Hitachi³⁴, y sus servicios de mantención y/o reparación se enfocarían principalmente en aquellos servicios relacionados a la postventa de dicha marca³⁵⁻³⁶. Adicionalmente, y en línea con lo anterior, las Partes han señalado que no han coincidido en licitaciones³⁷.
19. Consecuentemente, conforme a los antecedentes recabados, al analizar la segmentación de mercado relevante plausible que maximizaría las participaciones de las Partes, éstas alcanzan bajas participaciones conjuntas. Lo cual, sumado a la baja cercanía competitiva entre sus actividades permite descartar que la Operación resulte apta para reducir sustancialmente la competencia.

IV. RESTRICCIONES ACCESORIAS Y MEDIDAS DE MITIGACIÓN

20. La sección 11.1 del Contrato de Compraventa de Acciones establece que, por un periodo de cinco años luego del cierre de la Operación, el Vendedor y las personas naturales indicadas³⁸ no podrán, directa o indirectamente, participar en cualquier negocio relacionado a la venta o provisión de servicios de mantención o reparación de maquinaria minera de movimiento de tierra en los mercados de Chile, Perú,

²⁸ Guía, párrafo 35.

²⁹ La Guía contempla ciertos supuestos en que, pese a no superarse los umbrales de concentración, se requiere un análisis en profundidad; como la existencia de competencia potencial o de un entrante reciente, innovación, cercanía competitiva o vínculos estructurales o contractuales. Sin embargo, de los antecedentes recabados en la Investigación, es posible concluir que en la especie no se verifica ninguno de dichos supuestos. Al respecto, véase Guía, párrafo 36.

³⁰ Adicionalmente, se debe tener presente que ciertas empresas mineras tienen la capacidad para atender directamente todo o parte de sus requerimientos de postventa para equipos de extracción minera. Por lo anterior, es posible observar que las participaciones de mercado presentadas, al no considerar la presión competitiva de la internalización de los servicios de postventa y/o servicios de postventa *in house*, podrían sobreestimar la posición en el mercado de algunos actores de la industria. Al respecto, véase declaración de Minera Escondida Limitada de fecha 14 de septiembre de 2023.

³¹ Notificación, pp.2 y 18, así como declaración de Power Train, de fecha 28 de agosto de 2023. Véase también la información pública disponible en la página web de Power Train: <https://www.powertraingroup.com/> [última vista: 10 de octubre de 2023].

³² Notificación, p.18.

³³ Respecto de la importancia de la marca de los equipos a los que prestan servicios Power Train y ZAMine, cabe señalar que en la práctica no sería tan fácil ofrecer servicios para una nueva marca. A modo de ejemplo, se observó que desde que Power Train tomó la decisión de ofrecer sus servicios de reparación de componentes a equipos Komatsu, hasta que efectivamente proveyeron dicho servicio, [confidencial]. Al respecto, véase la declaración de Power Train, de fecha 28 de agosto de 2023.

³⁴ Principalmente palas hidráulicas y camiones de acarreo. Notificación, p.17. Según lo señalado en declaración de Power Train, de fecha 28 de agosto de 2023, esta empresa no tendría experiencia en equipos de palas.

³⁵ Notificación, pp. 15 y 17. Véase también la información pública disponible en la página web de ZAMine: <https://zaminechile.cl/mantenimiento-para-palas-hidraulicas-y-camiones-hitachi/> [última vista: 10 de octubre de 2023].

³⁶ Dicho foco es consistente con el material de análisis de las presentaciones internas acompañadas por Marubeni en respuesta al Of. Ord. N°1388-2023.

³⁷ Véase declaración de Power Train, de fecha 28 de agosto de 2023 y declaración de ZAMine de fecha 4 de septiembre.

³⁸ Contrato de Compraventa de Acciones, p. 9.

Colombia, Brasil, México y Estados Unidos (“**Cláusula de No Competencia**”)³⁹. Por su parte, la sección 11.2 del Contrato de Compraventa de Acciones dispone que, en el mismo periodo indicado previamente, el Vendedor y las personas naturales indicadas, no podrán directa o indirectamente reclutar, solicitar o inducir, o intentar inducir, a trabajadores o consultores de las compañías adquiridas a terminar su empleo o cesar su relación, o solicitar, desviar o quitar a clientes o proveedores de las mismas (“**Cláusula de No Solicitación**”)⁴⁰. Los efectos en la competencia de estas cláusulas se analizarán a continuación.

21. En el análisis de una operación de concentración es posible identificar *restricciones accesorias*, que corresponden a acuerdos o cláusulas que potencialmente pueden restringir la competencia, pero que han sido aceptados excepcionalmente –tanto por el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“**H.TDLC**”) como por esta Fiscalía– en la medida que estén directamente relacionados a la operación, sean necesarios para su implementación y se ajusten a los criterios de proporcionalidad establecidos en la jurisprudencia⁴¹.
22. En efecto, para que determinado acuerdo o cláusula pueda ser considerado como una restricción accesorias debe (i) estar directamente vinculado a la operación principal y (ii) ser necesario para su implementación. El primer requisito se refiere a la existencia de una vinculación económica entre el acuerdo o cláusula en análisis y la operación principal, en el sentido de que la cláusula en análisis permita una adecuada transición hacia la nueva estructura luego de la operación⁴². Por su parte, el segundo requisito evalúa si en ausencia de dicho acuerdo o cláusula, la operación principal no se podría implementar o se podría implementar en condiciones distintas⁴³.
23. Luego de establecer que determinado acuerdo o cláusula corresponde a una restricción accesorias, corresponde evaluar si se ajusta o no a los criterios de proporcionalidad establecidos en la jurisprudencia “[...] *para evaluar la proporcionalidad de las restricciones accesorias, tanto el H.TDLC como esta Fiscalía, ha establecido que estas restricciones deben estar limitadas en su: (i) ámbito material, no debiendo extenderse más allá del giro estrictamente necesario para garantizar los fines de la operación principal; (ii) su ámbito espacial, no debiendo exceder la zona geográfica en que produce efectos la operación principal; y (iii) su ámbito temporal, no debiendo extenderse más allá de los estrictamente necesario para garantizar los fines de la operación principal y sus efectos*”⁴⁴.

³⁹ Contrato de Compraventa de Acciones, pp. 41 y 42.

⁴⁰ Contrato de Compraventa de Acciones, pp. 42 y 43.

⁴¹ Véase: (i) Acuerdo Extrajudicial entre Fiscalía Nacional Económica y SMU S.A. de fecha 6 de julio de 2010 (“**AE FNE/SMU**”), p. 2; (ii) Informe de archivo, Investigación de oficio por eventuales restricciones a la competencia establecidas en el marco de la operación de concentración de Maicao S.A. y Socofar S.A. Rol N°2043-12 (“**Informe Maicao/Socofar**”), párrafo 21; (iii) Informe de aprobación, Adquisición de control en Grupo Uno Salud S.A. por parte de Inversiones Dental Salud SpA. Rol FNE F251-2020 (“**Informe Uno Salud/Dental Salud**”), párrafo 20; y (iv) Informe de aprobación, sujeta a medidas de mitigación, Adquisición de control en Servicios de Respaldo de Energía Técnica Limitada y Enersafe S.A. por parte de Legrand Chile Btino Limitada. Rol FNE F348-2023 (“**Informe Legrand/Teknica**”), párrafo 54.

En el mismo sentido, véase: Comisión Europea, Comunicación de la Comisión sobre restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias para tal fin, de 2005 (“**Comunicación CE sobre restricciones accesorias**”), párrafo 7. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC0305\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC0305(02)&from=EN) [última vista: 10 de octubre de 2023] y Competition and Markets Authority, Merger: Guidance on CMA’s jurisdiction and procedure (“**Guía CMA2**”), Anexo C. Disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1044636/CMA2_guidance.pdf [última vista: 10 de octubre de 2023].

⁴² Véase: (i) AE FNE/SMU, p. 2; (ii) Informe Maicao/Socofar, párrafo 21 y (iii) Informe Legrand/Teknica, párrafo 57. En el mismo sentido, Comunicación CE sobre restricciones accesorias, párrafo 13.

⁴³ Véase AE FNE/SMU, p. 2 e Informe Legrand/Teknica, párrafo 57. En el mismo sentido Comunicación CE sobre restricciones accesorias, párrafo 13.

⁴⁴ Informe Legrand/Teknica, párrafo 58.

24. En consecuencia, esta Fiscalía evaluó si la Cláusula de No Competencia y la Cláusula de No Solicitación cumplen los requisitos establecidos en la jurisprudencia para ser consideradas como restricciones accesorias a la Operación. Al respecto, el Comprador sostiene que estas cláusulas son necesarias para proteger el valor transferido del negocio a Marubeni⁴⁵, dado que el Vendedor mantiene las actividades de Power Train en Argentina, por lo que podría reingresar al mercado en Chile en cualquier momento, o podría contratar a trabajadores de Power Train en Chile y llevarlos a Argentina⁴⁶. Tales fundamentos son concordantes con los criterios seguidos en decisiones previas⁴⁷. Por tanto, es posible concluir que las cláusulas en análisis corresponden a restricciones accesorias a la Operación, por tanto, a continuación, corresponde evaluar si se ajustan a los criterios de proporcionalidad establecidos en la jurisprudencia.
25. Sobre el alcance material, tanto la Cláusula de No Competencia como la Cláusula de No Solicitación están limitadas al negocio desarrollado por Power Train (i.e. la provisión de servicios de mantención a equipos de extracción minera) y acceden al acuerdo principal, complementándose además recíprocamente⁴⁸. Es posible concluir, por ello que –en ambos casos– se trata de restricciones proporcionales, desde el punto de vista material, tendientes a preservar la continuidad del suministro de la entidad resultante, y/o a proteger su valor⁴⁹.
26. Por su parte, en cuanto al alcance geográfico, estas restricciones aplican a países en que la entidad objeto, Power Train, no tiene actividades –México, Brasil y Colombia– sin que se haya entregado la debida fundamentación de aquello⁵⁰, por lo que es posible concluir que las restricciones no se ajustan al criterio de proporcionalidad desde el punto de vista espacial o geográfico.
27. Finalmente, en cuanto a su alcance temporal, según se ha expuesto, la Cláusula de No Competencia y la Cláusula de No Solicitación tienen un plazo de vigencia de cinco años desde el cierre de la Operación. Este plazo excede el tiempo máximo que tanto el H. TDLC⁵¹ como esta Fiscalía⁵² han estimado como aceptable en decisiones

⁴⁵ Véase respuesta de Marubeni Corporation a Oficio Ord. N°1388-23 de fecha 4 de septiembre de 2023, p. 4.

⁴⁶ Véase declaración de Marubeni Corporation, de fecha 7 de septiembre de 2023.

⁴⁷ Informe Legrand/Teknica, párrafo 61.

⁴⁸ La Comisión Europea señala “*las cláusulas de no captación y de confidencialidad tienen un efecto comparable al de las cláusulas inhibitorias a la competencia, por lo que se evalúan de forma similar*”, Comunicación CE sobre restricciones accesorias, párrafo 26. La CMA replica el mismo tenor, señalando que “*Non-Solicitation and confidentiality clauses have a comparable effect and are therefore evaluated in a similar way to non-competition clauses*”, Guía CMA2, párrafo C.19.

⁴⁹ Marubeni explica esto señalando que “*de esta manera, sin la celebración de tales cláusulas, Marubeni no podrá fidelizar a los nuevos clientes ni asimilar y explotar el know how de los servicios prestados por PTT*”. Respuesta de Marubeni Corporation a Oficio Ord. N°1388-2023 de fecha 4 de septiembre de 2023.

⁵⁰ Véase declaración de Marubeni Corporation de fecha 7 de septiembre de 2023.

⁵¹ Véase: (i) H.TDLC, Resolución N°20/2007, p. 43 “*En la operación consultada no se podrán establecer prohibiciones, restricciones o condiciones a la participación del vendedor y sus filiales [...] que excedan del plazo de dos años contados desde la fecha de esta resolución*”; (ii) H.TDLC, Resolución N°23/2008, p. 36 “*La participación del Banco Santander Central Hispano S.A. y/o sus filiales [...] no podrá ser prohibida, restringida o condicionada por un plazo superior a dos años*”; (iii) H.TDLC, Resolución AE N°2/2010, pp. 1-2 “*Y respecto de la limitación a entregar en arrendamiento inmuebles para la instalación de supermercados, establecida en el denominado “Contrato Marco Santo Domingo”, se limita su extensión temporal a dos años, contados desde la fecha de aprobación del acuerdo por este tribunal*”; y (iv) H.TDLC, Resolución N°43/2012, p. 115-116 “*[...] para facilitar la entrada al mercado de actores que ya han adquirido know how sobre el mismo y en concordancia con la medida propuesta por la propia SMU, esta deberá modificar las cláusulas de no competencia acordadas con los anteriores controladores de las cadenas adquiridas por SDS, ajustándolas a un plazo máximo de dos años desde sus suscripción original*” (énfasis añadido).

⁵² Véase: (i) AE FNE/SMU, p. 4 “*Las cláusulas de no competencia que SMU celebre en el marco de nuevas adquisiciones tendrán una duración máxima de dos años, contados desde la fecha de su suscripción. Igual plazo regirá respecto de las cláusulas de no competencia suscritas por SMU a la fecha, el que se contará desde la fecha de aprobación del presente acuerdo extrajudicial*”; (ii) Informe Maicao/Socofar, párrafo 32 “[...]”

anteriores, y las Partes no han aportado antecedentes suficientes que permitan justificar la necesidad de ese plazo⁵³. Por tanto, a juicio de esta División, las restricciones en análisis no son proporcionales en cuanto a su alcance temporal.

28. Por lo anterior y según se indicó *supra*, con fecha 8 de septiembre de 2023, esta División expuso a las Partes reparos sobre el alcance geográfico y temporal de la Cláusula de No Competencia y la Cláusula de No Solicitación.
29. En respuesta a aquello, con fecha 14 de septiembre de 2023, las Partes presentaron una propuesta de Medidas de Mitigación, mediante la cual se comprometen a modificar la Cláusula de No Competencia y la Cláusula de No Solicitación, reduciendo su extensión geográfica, eliminando los territorios de Brasil, México y Colombia; y reduciendo su plazo de vigencia de cinco a dos años desde el cierre de la Operación⁵⁴.
30. Esta División evaluó las Medidas de Mitigación propuestas por las Partes, de acuerdo con lo establecido en la Guía de Remedios⁵⁵, concluyendo que cumplen con los requisitos de efectividad, idoneidad, factibilidad de implementar y proporcionalidad, debido a que apuntan directamente a los reparos expuestos por esta División, en el sentido de acotar el ámbito geográfico y temporal de las cláusulas. Asimismo, se trata de medidas proporcionales, pues se ajustan a los lineamientos de la jurisprudencia. Y, por otro lado, se trata de medidas factibles de implementar y ejecutar, toda vez que el perfeccionamiento de la Operación se condiciona al hecho de que las Partes modifiquen el Contrato de Compra-venta de Acciones, según lo comprometido.

V. CONCLUSIÓN

31. En atención a los antecedentes antes señalados, y al análisis realizado en este Informe, se recomienda aprobar la presente operación de concentración a condición de que se dé cumplimiento a las Medidas de Mitigación ofrecidas por las Partes. Lo anterior salvo el mejor parecer del señor Fiscal, y sin perjuicio de la facultad de la Fiscalía para velar permanentemente por la libre competencia en los mercados analizados.

VICENTE LAGOS TORO
JEFE DE DIVISIÓN DE FUSIONES (S)

RHRI/LLS/EAM

respecto del ámbito temporal, el plazo inicial de 10 años se reduce a dos años a contar del 9 de mayo del año 2012”; (iii) Informe de archivo, Investigación sobre la toma de control de “Empresas Tecsa” y del 80% de ICEM por parte de SalfaCorp. Rol N°1810-11, párrafo 88 “[...] En principio, esta Fiscalía considera que, en términos generales, cláusula de no competir superiores a dos años restringen innecesariamente la competencia, a menos que involucren también el know-how, caso en el cual se acepta su prolongación hasta por un año adicional”; (iv) Informe Uno Salud/Dental Salud, párrafo 23 “[...] se ha entendido que las cláusulas de no competir superiores a dos años restringen innecesariamente la competencia” (énfasis añadido); y (v) Informe Legrand/Teknica, párrafo 63 “[...] la Cláusula de No Competencia tiene un plazo de vigencia de cinco años desde el cierre de la Operación. Este plazo excede el tiempo máximo que tanto el H. TDLC como esta Fiscalía han estimado como aceptable” (énfasis añadido).

⁵³ Véase respuesta de Marubeni Corporation a Oficio Ord. N°1388-2023, p. 5 y declaración de Marubeni Corporation, de fecha 7 de septiembre de 2023.

⁵⁴ Medidas de Mitigación, p. 2 y 3.

⁵⁵ Guía de Remedios, párrafos 8-13.