



COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA

17 de octubre de 2016

COMENTARIOS AL FORMULARIO PARA ENTREGA DE INFORMACIÓN DE PARTICIPACIONES CRUZADAS

El 4 de octubre de 2016 la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, “FNE”) inició un proceso de consulta pública del documento denominado “Borrador Formulario 4BIS FNE” (“el Formulario”), que contiene la información que será solicitada por esa Fiscalía para el debido cumplimiento de lo dispuesto por el nuevo artículo 4° bis del Decreto Ley N° 211 (“DL 211”), norma incorporada en el marco de las reformas introducidas por la Ley N° 20.945 a dicho cuerpo legal. La FNE señaló como plazo para formular comentarios a la Guía el 17 de octubre de 2016.

El Consejo General del Colegio de Abogados acordó participar del llamado realizado por la FNE y presentar comentarios a al Formulario a nombre de la institución, convocando al efecto la reunión de la Comisión de Libre Competencia del Colegio de Abogados (“la Comisión”). Las reformas introducidas por la Ley N° 20.945 a nuestro juicio son sumamente importantes para el mejoramiento del sistema de defensa de la libre competencia en nuestro país, por lo que se valora el interés de la autoridad en recoger las visiones de los distintos actores involucrados.

La Comisión es presidida por el consejero Julio Pellegrini, y en la elaboración de este informe participaron los abogados Jaime Barahona, Francisco Bórquez, Matías Carrasco, Juan Ignacio Correa, María Isabel Díaz, José Tomás Errázuriz, Óscar Gárate, Benjamín Grebe, Juan Cristóbal Gumucio, Carmina Hernández, Carolina Horn, Cristián Levine, Catalina Ortiz, Diego Ramos, Cristián Reyes, Ricardo Riesco, Andrés Rioseco, Luis Eduardo Toro, Juan Sebastián Valdés, Adolfo Silva, Constanza Weber y Manfred Zink. La Comisión ha sido coordinada en calidad de Secretario por el abogado Pedro Rencoret.

Las observaciones y sugerencias que se han acordado en las sesiones celebradas se consignan brevemente en el presente documento. Además, se adjuntan como anexos a este informe minutas con comentarios preparadas por miembros de la Comisión para su



discusión en las sesiones sostenidas y que sirven de base para la redacción de este informe.¹ Asimismo, los miembros de la Comisión han manifestado estar a completa disposición de la FNE para colaborar en la discusión de estos temas, si ésta lo estima necesario.

I. Observaciones Generales al Contenido y Metodología del Formulario

Las principales observaciones y sugerencias que la Comisión estima requieren ser revisadas en el Formulario son las siguientes: (a) acotar sus requerimientos a lo dispuesto en el artículo 4° bis, y no incluir contenidos o exigencias no establecidas en la ley; (b) establecer un procedimiento para cumplir con este deber legal de información; y (c) resguardar la confidencialidad de información comercial sensible.

Lo anterior, según se explica con mayor detalle a continuación:

a. Se recomienda revisar el Formulario en orden a no establecer en él exigencias o contenidos no contemplados en la ley

De acuerdo con el artículo 4° bis del DL 211, debe informarse a la FNE *“La adquisición, por parte de una empresa o de alguna entidad integrante de su grupo empresarial, de participación, directa o indirecta, en más del 10% del capital de una empresa competidora, considerando tanto sus participaciones propias como aquellas administradas por cuenta de terceros”*.

Por lo tanto, la referida norma establece un deber legal de informar², el cual debe entenderse cumplido con comunicar a la autoridad el adquirente, el adquirido y el respectivo porcentaje de participación. También, a efectos de corroborar que la notificación se efectúa dentro del plazo establecido por la ley, sería preciso indicar la fecha en que se materializó la adquisición.

La FNE carece de facultades para exigir a los particulares antecedentes que excedan de dicho deber legal de información. En ese sentido, la FNE no tiene facultades para requerir antecedentes o documentación anexa, tales como un diagrama donde conste la malla societaria de la empresa adquirente y de su grupo empresarial (Nota 3), así como de la empresa adquirida (Nota 4), copia de los documentos principales en donde conste la adquisición informada (Nota 5), o requerir la definición del mercado relevante y de alternativas plausibles de mercados relevante que podría utilizar la FNE (Nota 9).

¹ Al respecto, se agradecen especialmente las minutas preparadas por doña Carolina Horn; por los Sres. José Tomás Errázuriz, Luis Eduardo Toro, Francisco Bórquez y José Luis Corvalán; por los Sres. Ricardo Riesco, Catalina Ortiz y Matías Carrasco; y por los Sres. Jaime Barahona, José Gabriel Undurraga y Tomás Kubick.

² A mayor abundamiento, el hecho que el artículo 4° bis establece una obligación de informar es corroborado por su inciso segundo, el cual dispone: *“La obligación de informar establecida en el inciso anterior [...]”*.



Lo anterior, sin perjuicio de que tales antecedentes puedan adjuntarse voluntariamente por el informante o de que la FNE pueda exigirlos en el contexto de una investigación destinada a establecer infracciones al artículo 3°, según dispone el mismo artículo 4° bis.

Por su parte, una minoría de la Comisión es de la posición de que sí sería legítimo para la FNE solicitar los documentos en los que se materializa la transacción, por razones de eficiencia y el mejor cumplimiento de su labor.

Así las cosas, conforme a la opinión mayoritaria de esta Comisión, el artículo 4° bis tampoco facultaría a la FNE para *“realizar solicitudes adicionales de información al informante, con el propósito de profundizar lo que fuere necesario para el cabal cumplimiento del artículo 4° bis del Decreto Ley N° 211, de 1973”* (Nota 1, párrafo 3). Sus atribuciones, como las de todo Órgano de la Administración del Estado, son las que le confiere la ley y no puede arrogarse otras, *“ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias”* (artículo 7° Constitución Política).

Como se señaló, el deber de informar se debe entender cumplido con informar o dar noticia de los elementos que señala la ley y dentro del plazo por ésta previsto. La ley no exige una decisión o declaración de suficiencia por parte de la FNE, como órgano informado.

Las atribuciones investigativas de la FNE deben precisamente ejercerse en el contexto de investigaciones reguladas por el artículo 39° y con las garantías que al efecto establecen las normas aplicables, particularmente el artículo 39° h) en lo que respecta a los antecedentes que solicite con motivo de las investigaciones que practique. En este sentido, el mismo artículo 4° bis establece, a continuación del deber de informar, el camino que debe seguir el órgano informado en caso que estimare necesario recabar antecedentes adicionales al señalar que: *“El Fiscal Nacional Económico podrá instruir investigación respecto de dichos actos con el objeto de comprobar infracciones al artículo 3°”*.

En suma, las formalidades exigidas para dar cumplimiento al deber legal previsto en el artículo 4° bis deben limitarse a las necesarias para tal fin, sin perjuicio de que el informante pueda voluntariamente adjuntar o presentar más información que la exigida por el legislador, o de que la FNE pueda requerir otros antecedentes con motivo de las investigaciones que practique, destinadas a comprobar infracciones al artículo 3°.

b. Procedimiento para el cumplimiento del deber legal de información

Para efectos de la recepción de la información aportada, miembros de la Comisión proponen que se siga un procedimiento similar al comprendido en el artículo 50° del DL 211. Es decir, que una vez recibida la información la FNE tome conocimiento de aquella y, dentro de un plazo 10 días indique si es que, a su juicio, falta comunicar alguno de los elementos señalados en el artículo 4° bis.



La Comisión también recomienda explicitar que se cumple con el plazo para informar establecido en la ley con el hecho de presentar el Formulario ante la FNE.

c. Protección de la Confidencialidad

En conformidad a lo dispuesto en el DL 211, la regla general es que todos aquellos antecedentes cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular deben ser mantenidos bajo secreto o confidencialidad. Al respecto, el Formulario requiere explicitar información y antecedentes que por su propia naturaleza son de ese carácter. Pues bien, esta Comisión estima que el resguardo de dicha confidencialidad no se encuentra adecuadamente reflejado en el Formulario sometido a consulta pública.

En efecto, la Nota (1) del Formulario señala de manera expresa que una vez éste tendrá el *“carácter de información pública y la FNE podrá incorporarlo en una base de datos de uso público”*. Sin embargo, ello resulta improcedente, pues el Formulario contendría información comercial sensible. Por ejemplo, la sección II.15 solicita entregar una descripción de la operación informada, la cual podría involucrar estrategias o secretos comerciales. Asimismo, dicha base de datos no se encuentra justificada por ninguna ley o reglamento. Por último, existe información en el Formulario que puede considerarse información personal (correos electrónicos o cédulas de identidad), sujeta a las restricciones propias de los datos personales.

Al respecto, la mayoría de la Comisión estima que sólo correspondería publicar el hecho de haberse adquirido más del 10% de un competidor, pero no las otras menciones que contiene el Formulario y que exceden las que ordena informar el artículo 4° bis, ni los antecedentes que el informante decida acompañar al efecto. Además, parte de la Comisión sostiene que toda la información proporcionada a la FNE debe ser tratada como confidencial.

II. Comentarios particulares

Sin perjuicio de las recomendaciones generales antes indicadas, a continuación hacemos en relación al Formulario las siguientes observaciones particulares:

a. Sección I y II del Formulario: sujeto obligado a notificar

De acuerdo a los términos que han sido expresados en el Formulario, no hay claridad respecto de la persona llamada a notificar a la FNE. Al no resolver la ley sobre quién pesa la obligación, la FNE no entrega criterios que clarifiquen su interpretación al respecto. Al distinguir entre empresa adquirente y empresa informante, se pierde claridad sobre quién

está llamado a notificar la participación minoritaria. Tampoco se aclara si el hecho de que una de las partes involucradas en la operación notifica, deja a salvo a los otros involucrados de la obligación de información.

b. Sección IV.2 del Formulario

El punto IV.2 del Formulario solicita al informante que aporte “*otras informaciones relevantes respecto del artículo 4° bis del DL 211*”. Considerando que dicha redacción puede prestarse para confusiones y ambigüedades, y que la Comisión considera que la entrega de información adicional a la exigida por el artículo 4° bis debe ser voluntaria, se propone modificar la redacción de dicho punto por la siguiente: “*Otras informaciones que el informante estime oportuno adjuntar*”.

Adicionalmente, y consistente con lo anterior, recomendamos incluir un botón para adjuntar los antecedentes que voluntariamente el informante estime procedente acompañar.

c. Nota (1)

La Comisión recomienda eliminar la mención referida a que la FNE se “*reserva el derecho de modificar las respuestas del Formulario*”. El Formulario consiste en una declaración del informante (que incluye una declaración jurada), de modo que su modificación por un tercero no parece razonable o, al menos, se presta para ambigüedades.

d. Nota (6)

En lo que respecta a las frases “*actos sucesivos que tengan como resultado común*” y “*la fecha del acto que en definitiva genera la obligación de informar*”, resultan poco claras. Por su parte, si éstas dicen relación con la existencia de una multiplicidad de actos o negociaciones previas al ingreso en la propiedad de un competidor, en ese caso la nota en comento no difiere de la norma general prevista tanto en el artículo 4° bis, como en el formulario mismo: Notificar una vez que la participación se haga efectiva.

e. Nota (9)

La Comisión sugiere eliminar la exigencia contenida en el Formulario consistente en requerir al informante explicitar la definición del mercado relevante que considere adecuada y aquellas que “*podría utilizar la FNE, llegando a la más estricta*”. Dichas exigencias aparecen como excesivas, particularmente considerando que no se trata de un requisito contemplado en el artículo 4° bis. Asimismo, muchas veces no es posible definir un mercado relevante sin un análisis económico caso a caso, por lo que la exigencia sería impracticable.



Al respecto, la información requerida en el punto III.4 del formulario, en cuanto al producto y/o servicio en el cual las empresas adquirente y adquirida compiten entre sí, debiera ser suficiente y adecuada para dar cabal cumplimiento a la referida norma.

f. Nota (10) y Sección IV.1

La Comisión recomienda eliminar la Nota (10) y la Sección IV.1 del Formulario. La Nota (10) exige que el informante señale, entre otras cosas, si la adquisición informada le confiere influencia decisiva sobre otra entidad, facultades de control de cualquier naturaleza sobre la administración de dicha entidad o sobre sus activos, etc.³ En otras palabras, el Formulario exige informar si es que la adquisición puede ser considerada una operación de concentración, situación tiene su propia reglamentación y que difiere sustancialmente del concepto de participaciones cruzadas que es materia del artículo 4° bis del DL 211.

Por lo anterior, esta Comisión recomienda su eliminación, puesto que se trata de información que no se condice excede con creces el deber información dispuesto en el artículo 4° bis y puede entrar en conflicto con las normas referidas al control preventivo de operaciones de concentración. A mayor abundamiento, respecto de las operaciones de concentración se debe seguir el procedimiento indicado en el Título IV del DL 211, entre sus artículos 46° y siguientes, no siendo la notificación del artículo 4° bis la oportunidad de requerir la información que en dicha Nota (10) se solicita.

g. Otros aspectos relevantes que se recomienda incorporar

- No existe en el Formulario o en los antecedentes solicitados una sección que haga alusión a los volúmenes de ventas de las empresas en cuestión, que es uno de los requisitos que determinan la procedencia del deber legal de informar del artículo 4° bis. Sin perjuicio de ello, parte de la Comisión estima innecesario hacer tal alusión, pues haría el procedimiento más engorroso y, asimismo, se puede entender que se

³ En ese sentido, el nuevo artículo 47° del DL 211 señala lo siguiente:

“Se entenderá por operación de concentración todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos que no formen parte de un mismo grupo empresarial y que sean previamente independientes entre sí, cesen en su independencia en cualquier ámbito de sus actividades mediante alguna de las siguientes vías:

a) Fusionándose, cualquiera que sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión.

b) Adquiriendo, uno o más de ellos, directa o indirectamente, derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, influir decisivamente en la administración de otro.

c) Asociándose bajo cualquier modalidad para conformar un agente económico independiente, distinto de ellos, que desempeñe sus funciones de forma permanente.

d) Adquiriendo, uno o más de ellos, el control sobre los activos de otro a cualquier título.

Para los efectos de lo dispuesto en este Título, se entenderá por agente económico toda entidad, o parte de ella, cualquiera que sea su forma de organización jurídica o aun cuando carezca de ella, que ofrezca o demande bienes o servicios. Se considerará asimismo como un agente económico el conjunto de activos tangibles o intangibles, o ambos, que permitan ofrecer o demandar bienes o servicios.”



cumple dicho umbral legal desde el momento en que el informante está notificando.

- La Comisión recomienda que el Formulario tenga características similares a aquellos que se usan para declarar el impuesto a la renta ante el SII, en cuanto permitir que se pueda guardar la información y seguir completando en diferentes oportunidades.

Julio Pellegrini Vial
Presidente de la Comisión de Libre Competencia
Colegio de Abogados de Chile A.G.



ANEXOS

Comentarios al “FORMULARIO *ONLINE* (1) OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO 4 BIS DEL DL 211”

1. Se recomienda revisar el Formulario en orden a no establecer en él exigencias o contenidos no contemplados en la ley.

De acuerdo con el artículo 4 bis del DL 211, debe informarse a la FNE *“La adquisición, por parte de una empresa o de alguna entidad integrante de su grupo empresarial, de participación, directa o indirecta, en más del 10% del capital de una empresa competidora, considerando tanto sus participaciones propias como aquellas administradas por cuenta de terceros”*.

El deber legal de informar previsto en el citado artículo debe, por lo tanto, entenderse cumplido con informar el adquirente, el adquirido y el respectivo porcentaje de participación. También, a efectos de corroborar que la notificación se efectúa dentro del plazo establecido por la ley, sería preciso indicar la fecha en que se materializó la adquisición.

La FNE carece de facultades para exigir a los particulares otros antecedentes o documentación anexa, tales como un diagrama donde conste la malla societaria de la empresa adquirente y de su grupo empresarial (Nota 3), así como de la empresa adquirida (Nota 4), copia de los documentos principales en donde conste la adquisición informada (Nota 5) y una definición de mercado relevante y de alternativas plausibles de mercados relevante que podría utilizar la FNE (Nota 9). Lo anterior, sin perjuicio de que tales antecedentes puedan adjuntarse voluntariamente por el informante o de que la FNE pueda exigirlos en el contexto de una investigación destinada a establecer infracciones al artículo 3º, según dispone el mismo artículo 4 bis.

Por lo mismo, tampoco está facultada la FNE para *“realizar solicitudes adicionales de información al informante, con el propósito de profundizar lo que fuere necesario para el cabal cumplimiento del artículo 4º bis del Decreto Ley N° 211, de 1973”* (Nota 1, párrafo 3). Sus atribuciones, como las de todo Órgano de la Administración del Estado, son las que le confiere la ley y no puede arrogarse otras, *“ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias”*.

Como se señaló, el deber de informar se entiende cabalmente cumplido con informar o dar noticia de los elementos que señala la ley y dentro del plazo por ésta previsto. La ley no exige una decisión o declaración de suficiencia por parte de la FNE, como órgano informado.

Las atribuciones investigativas de la FNE deben ejercerse en el contexto de investigaciones reguladas por el artículo 39 y con las garantías que al efecto establecen las normas aplicables, particularmente el artículo 39 h) en lo que respecta a los antecedentes que solicite con motivo de las investigaciones que practique. En este sentido, el mismo artículo 4 bis establece, a continuación del deber de informar, el camino que debe seguir el órgano

informado para exigir o recabar antecedentes adicionales al señalar que, “El Fiscal Nacional Económico podrá instruir investigación respecto de dichos actos con el objeto de comprobar infracciones al artículo 3º”.

En suma, las formalidades exigidas para dar cumplimiento al deber legal deben limitarse a las necesarias para tal fin, sin perjuicio de que el informante pueda voluntariamente adjuntar o presentar más información que la necesaria, o de que la FNE pueda requerir otros antecedentes con motivo de las investigaciones que practique, destinadas a comprobar infracciones al artículo 3º.

Comentarios B&E
Formulario Online Obligación de información del Artículo 4 Bis del DL 211

1. Respecto del (1) párrafo dos, se señala que la FNE se reserva el derecho de modificar las respuestas del Formulario, si éstas no cumplen con los requisitos recién mencionados.

En este sentido, no se entiende a qué se refiere el Formulario o cuál es la extensión del “derecho a modificar las respuestas”. Así, por ejemplo, podría ser una buena alternativa utilizar el criterio del artículo 50 del DL 211, en cuanto al plazo de la FNE para ver si una notificación ha sido realizada en forma completa, dentro del período de 10 días desde su ingreso. Para los efectos de dar cumplimiento con la obligación del artículo 4 bis, se debiera considerar la fecha de ‘subido’ el formulario online, sin perjuicio de su completitud.

2. Respecto del (1) párrafo tres, señala el Formulario “Se debe hacer presente que la información entregada a través del ingreso del Formulario es una aproximación inicial necesaria para realizar un análisis preliminar. La FNE podrá realizar solicitudes adicionales de información al informante, con el propósito de profundizar lo que fuere necesario para el cabal cumplimiento del artículo 4° bis del Decreto Ley N° 211, de 1973 (el “**DL 211**”), y eventualmente iniciar una investigación.”

Al respecto, creo que debe distinguirse entre la obligación de informar y su cumplimiento, y los efectos anticompetitivos que la participación informada pudiese acarrear.

Por una parte, está la obligación de informar, la cual debiese darse por cumplida con una resolución del FNE dentro del plazo que se determine.

Por otra parte, y como cuestión distinta, se encuentra el análisis de los efectos anticompetitivos que pudiera acarrear la participación notificada, para lo cual deberá instruirse la apertura de la investigación correspondiente.

Por último, está la situación del incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 4 bis, la cual deberá ser investigada por la FNE, y que arriesga la aplicación del artículo 26 y/o de las medidas que se estimen necesarias para su infractor.

3. Respecto al punto recién referido, no aparece en el Formulario (en el número (1)) referencia o aclaración relativo al procedimiento por el cual se registrará la FNE en la notificación de participación y la eventual investigación que pudiera originar.

- i. Respecto de la obligación de informar, podría adoptar –según se sugirió al comienzo- la aplicación del artículo 50 para efectos de determinar si la notificación se encuentra completa o incompleta / si se cumple o no se cumple. O pudiese establecer un procedimiento distinto, pero claro en cuanto a plazo y forma de cumplimiento.
- ii. Respecto del análisis de competencia que el hecho informado pudiera originar, no se sabe si se establecerá una investigación de tipo Fases (como en el control de

fusiones); o se someterá al Instructivo Interno para el Desarrollo de las Investigaciones de la FNE (2013); u otro procedimiento distinto.

4. Respecto del (9) “Utilice la definición de mercado relevante que considere adecuada, y luego señale las definiciones alternativas plausibles de mercados relevante que podría utilizar la FNE, llegando a la más estricta”, cabe hacer algunas precisiones.

La obligación de informar a la FNE establecida en el artículo 4 bis del DL 211 se genera por la adquisición de participación en más del 10% del capital de una empresa competidora. Como el significado de ‘empresa competidora’ no se encuentra definido ni en el DL 211 ni tampoco en alguna guía de la FNE, pues emana del análisis esencialmente dinámico de un mercado en particular, pareciera adecuado entregar la definición de mercado relevante que justifique la notificación de la adquisición.

Sin embargo, lo anterior lo implica que deban entregarse en el formulario varias alternativas plausibles de mercado relevante utilizables por la FNE. No sólo porque se le estaría imponiendo una carga adicional a los particulares, sino que deberá ser la FNE quien –en definitiva- realice el análisis sobre los efectos en la competencia que estime pertinente, según el procedimiento que se fije para dichos efectos.

5. Pareciera que la información solicitada en el (10) “Señale especialmente si la adquisición informada le confirió a la entidad adquirente influencia decisiva sobre otra entidad, o bien derecho a voto o a veto, facultades para designar a su administrador o uno o más directores, o control de cualquier naturaleza sobre la administración de dicha entidad o sobre sus activos, o bien cualquier otro derecho o prerrogativa sustantiva sobre una nueva entidad creada en virtud de la adquisición o sobre la entidad continuadora producto de la fusión”, es redundante.

Lo anterior, pues es la que distingue esta obligación de informar, de la obligación de notificar una operación de concentración según lo provisto en el Título IV (y cumpliéndose los umbrales), en especial, el supuesto del artículo 47 letra b).

Si no se considerara redundante, en cuanto no se entendiera como evidente que dicha información funda la obligación de notificar una operación de concentración, debiera establecerse un procedimiento por el cual esta notificación de participación se sustituye al del control de fusiones.

MINUTA

COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE A.G.

Para : Colegio de Abogados de Chile, AG.

De : Equipo Libre Competencia PPFDU&U Chile

Ref. : Comentarios al Formulario que da cumplimiento al artículo 4 bis del DL 211.

Fecha : 14 de octubre de 2016

(I) Antecedentes

1. El pasado 30 de agosto fue publicada la nueva ley en materia de libre competencia, la Ley 20.945, que viene a introducir una serie de modificaciones al Decreto Ley N° 211 ("DL 211"). Una de las modificaciones que ha introducido esta ley, es la necesidad de notificar a la Fiscalía Nacional Económica ("FNE") ante la adquisición de una participación de a lo menos 10% en una empresa competidora.
2. Esta norma entrará en vigencia el 17 de enero del 2017 por lo que la FNE ha presentado un borrador de formulario que tiene por objeto permitir el cumplimiento de la obligación impuesta por el nuevo artículo 4 bis antes referido ("Formulario"). A su vez, ha hecho un llamado a consulta pública para efectos de hacer observaciones al borrador del Formulario.
3. Es por ello que el Colegio de Abogados de Chile A.G. ha elaborado una Comisión con el objeto de analizar y proponer de forma conjunta, potenciales modificaciones al Formulario.
4. Atendida la nueva facultad otorgada a la FNE, creemos imperante hacer un análisis de los potenciales riesgos y problemas que pueden suscitarse en el procedimiento de notificación. En este mismo sentido, venimos a presentar nuestras principales preocupaciones en la materia.
5. El nuevo texto del DL 211, en su artículo 4 bis señala que:

"La adquisición, por parte de una empresa o de alguna entidad integrante de su grupo empresarial, de participación, directa o indirecta, en más del 10% del capital de una empresa competidora, considerando tanto sus participaciones propias como aquellas administradas por cuenta de terceros, deberá ser informada a la Fiscalía Nacional Económica a más tardar sesenta días después de su perfeccionamiento. El Fiscal

Nacional Económico podrá instruir investigación respecto de dichos actos con el objeto de comprobar infracciones al artículo 3º.

La obligación de informar establecida en el inciso anterior sólo se aplicará en el evento que la empresa adquirente, o su grupo empresarial, según corresponda, y la empresa cuya participación se adquiere tengan, cada una por separado, ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las cien mil unidades de fomento en el último año calendario.

En caso que se infrinja la obligación de informar establecida en este artículo, podrán aplicarse las medidas del artículo 26, así como aquellas medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que resulten necesarias”.

(II) Comentarios al Formulario Online Obligación de información del artículo 4 BIS del DL 211

6. En virtud de lo recién expuesto, a continuación exponemos los puntos que creemos pueden suscitar un mayor riesgo junto con una potencial alternativa de solución.

A. Confidencialidad de la información

7. El principal riesgo que hemos podido detectar está relacionado con la confidencialidad de la información que será manejada en dicho proceso de notificación y del Formulario.
8. De acuerdo a lo señalado por el documento sometido a consulta pública, el “*Formulario debidamente completado tendrá carácter de información pública y la FNE podrá incorporarlo a una **base de datos de uso público** que alojará en su sitio web institucional (énfasis agregado)*”.
9. La confidencialidad de la información aportada por los investigados y por los terceros a la FNE, ha sido una materia latamente discutida en materia de libre competencia, tanto por las empresas requeridas o investigadas, como también por la FNE, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y otros órganos.
10. De ser efectivamente pública esta información, la FNE podrá tener una base de datos que permita ver estadísticas de cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 4 bis del DL 211. Una base de datos no se encuentra justificada por ninguna ley o reglamento.
11. Cabe preguntarnos si la información que se acompaña a la FNE en virtud del Formulario puede ser entendida como pública por el sólo hecho de no ser estrictamente información comercial sensible.

12. Con todo, indubitadamente existe información en el Formulario que podría considerarse información personal (correos electrónicos o cédulas de identidad), sujeta a las restricciones propias de los datos personales.
13. A su vez, como fuese señalado, no existe una disposición legal o reglamentaria que justifique la publicación estandarizada de la información que el mercado debe proveer a la FNE para cumplir una norma legal.
14. La finalidad de la norma del artículo 4bis del DL 211 es que el mercado provea de información al ente persecutor para que este se encuentre en condiciones de analizar potenciales afectaciones a la competencia derivadas de la estructura de propiedad en un determinado mercado. Extender la finalidad de esta norma a la generación de una base de información para la consulta pública, es una interpretación de la FNE que – materializado el Formulario como está- implicaría exceder el objeto de la ley.
15. Por lo mismo, creemos necesario que la información contenida en el Formulario sea confidencial al igual que la demás información y resolución que pueda surgir del cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 4 bis del DL 211.

B. Procedimiento de notificación

16. En virtud del ya citado artículo 4 bis, es necesario notificar a la FNE en un plazo no mayor a 60 días luego de perfeccionada la operación. Luego de presentar éste formulario a la FNE, ésta podrá dar inicio a una investigación. Esta investigación podrá ser iniciada en caso que el persecutor encuentre antecedentes por los cuales se crea que se puede estar infringiendo el artículo 3° del DL 211.
17. En virtud de lo anteriormente referido, es necesario entender la obligación legal como la notificación a la FNE.
18. Sin embargo, más allá del plazo señalado por el DL 211 de 60 días, no existe referencia legal al procedimiento posterior a la notificación, salvo la discrecionalidad de la autoridad para dar inicio a un procedimiento investigativo por infringir el artículo 3° del DL 211.
19. Por su lado, por imponer la ley la carga de informar, las empresas tienen un legítimo derecho a tener certidumbre sobre el momento en que se entiende cumplida la obligación y si la FNE iniciará o no una investigación promovida por dicha información.
20. Creemos indispensable que la FNE entregue seguridad jurídica a los notificantes en cuanto a su labor de revisión y de evaluación de la información aportada.
21. Así como la FNE enmarca las condiciones bajo las cuales ella entenderá por informada una operación de concentración, ella también debiera imponerse un plazo para la

revisión de los antecedentes aportados y tener por informada la participación minoritaria.

- 22. Para ello puede ser pertinente aludir al inciso segundo del artículo 50 del DL 211, el cual establece un plazo de 10 días hábiles para que la FNE considere si la notificación es completa.
- 23. Creemos también necesario que se considere la diligencia de las empresas por acercarse a la FNE a presentar los antecedentes, considerándose cómo fecha de notificación la presentación del Formulario y no otro hito dentro de este procedimiento.
- 24. También creemos necesario que la FNE se obligue a evacuar una resolución favorable o el inicio de una investigación en un plazo cierto.

C. Sujeto obligado a notificar

- 25. De acuerdo a los términos que han sido expresados en el Formulario mismo, no hay claridad respecto de la persona llamada a notificar a la FNE. Al no resolver la ley sobre quién pesa la obligación, la FNE no entrega criterios que clarifiquen su interpretación al respecto. Al distinguir entre empresa adquirente y empresa informante, se pierde claridad sobre quién está llamado a notificar la participación minoritaria.

D. Posibilidad de la FNE de modificar las respuesta del Formulario

- 26. La FNE señala que podrán modificar las respuestas dadas por las empresas en el Formulario, lo cual da pie a una extrema discrecionalidad por parte de la autoridad y no pareciera justificarse de manera algún con el objeto del artículo 4 bis del DL 211.
- 27. Por lo demás, no debemos olvidar que la empresa notificante tiene un gran interés por completar el Formulario de forma adecuada en aras a obtener una resolución favorable lo más pronta posible.

E. Solicitud de adjuntar la malla societaria

- 28. En el numeral 4 del Formulario, se establece la necesidad de adjuntar un documento que contenga la malla societaria, la cual no siempre será de conocimiento del adquirente, sobre todo en casos en que se adquiriera a través de terceros.
- 29. Por lo mismo, no le puede ser exigible a quien notifica el adjuntar este tipo de información. Además, un potencial rechazo del Formulario en virtud de éste aspecto no pareciera ser justificado.

F. No existe referencia a los volúmenes de venta

30. No existe en el Formulario una pregunta que haga expresa alusión a los volúmenes de ventas de las empresas en cuestión.
31. Éste es un aspecto del todo relevante a considerar por parte de la autoridad tanto para la dictación de una resolución dando por cumplida la obligación de notificación, como también para una eventual investigación a la luz del artículo 3 del DL 211.

G. El Formulario tiende a confundir esta obligación con el procedimiento establecido para operaciones de concentración

32. En virtud de lo expresamente señalado por el artículo 4 bis del DL 211, es necesario hacer presente que la implementación de un formulario que permita la notificación de estas adquisiciones no implica confundir o superponer asuntos que debieran ser conocidos a propósito del nuevo Título IV del DL 211.
33. Dicho lo anterior, creemos que todo formulario instaurado para estos efectos debe guardar tal espíritu.
34. A su vez, en el numeral 10 del Formulario, se establece la necesidad de que se señale si la adquisición que se está notificando tiene por efectos el otorgar algún tipo de influencia decisiva respecto de la empresa competidora.
35. De ésta forma, el Formulario hace un guiño a la regulación en materia de operaciones de concentración.
36. Por lo mismo, pareciera que existe una confusión respecto de las dos facultades que han sido otorgadas a la FNE en virtud de la nueva ley. En ambos casos se le atribuye a la FNE una labor fiscalizadora de la estructura en las modificaciones societarias que existen respecto de empresas partícipes de un mismo mercado.
37. Sin embargo, es determinante que el Formulario no confunda ambos aspectos y que por ningún motivo induzca a error a quienes están notificando.
38. En virtud de la nueva obligación que ha instaurado el nuevo texto del DL 211 y de la frecuencia en que se pondrá en marcha el procedimiento de notificación ante este tipo de adquisiciones, creemos necesario que se analicen los aspectos antes referidos y se adopten las medidas necesarias.

Comentarios al formulario *online*
para el cumplimiento de obligación de informar participaciones minoritarias.

Artículo 4 bis Decreto Ley N° 211

Los comentarios que a continuación se presentan, son observaciones preliminares al documento publicado por la Fiscalía Nacional Económica. No constituyen asesoría legal.

1.- Numerales II.11.- Relación con la entidad competidora.

El Art. 4 bis no contempla la exigencia de describir detalles de la adquisición, que incluya la relación del adquirido con la entidad competidora. Entendemos que esta exigencia excede los términos de la obligación de notificar.

Nuestra sugerencia es que este numeral sea eliminado.

2.- Numeral II.14.- Descripción de la Adquisición. Adquirida por administración de fondos propios o por cuenta de terceros.

El Art. 4 bis no contempla la exigencia de describir detalles de la adquisición, que incluya la fuente de los recursos. Entendemos que esta exigencia excede los términos de la obligación de notificar.

Nuestra sugerencia es que este numeral sea eliminado.

3.- II.15.- Descripción de la operación informada.

El Art. 4 bis no exige que se describa la operación, aunque si bien ella puede constituir la fuente o la causa de la adquisición, la obligación de informar es respecto del acto de adquisición y no los actos que le anteceden o coetáneos. La FNE siempre podrá recabar mayores detalles por medio del ejercicio de sus facultades.

Asimismo, la referencia a una “operación” puede ser confundida con los términos utilizados en el procedimiento de evaluación de operaciones de concentración, del Título IV del Decreto Ley N° 211.

Nuestra sugerencia es que este numeral sea eliminado.

4.- III.4.- Producto y/o servicio en el cual las empresas adquirente y adquirida compiten entre sí.

Esta exigencia excede los términos de la obligación de notificar según lo dispone del Art. 4 bis. La Nota 9 del Formulario no aclara lo anterior, y por el contrario, confirma que una exigencia como esta se extiende a información distinta a la que un acto de notificación requiere. No procede que en una mera notificación para una “aproximación inicial necesaria para realizar un análisis preliminar” (cita a la Nota 1), el informante o adquirente deba definir el o los mercados relevantes involucrados en la adquisición ya que esto presupone un análisis que no es propio de un acto de notificación o de información, como el exigido por la norma.

Nuestra sugerencia es que este numeral sea eliminado.

5.- IV.1.- Derechos y atribuciones que surgen a favor del adquirente sobre la entidad adquirida, en virtud de la adquisición que se informa.

Esta exigencia también excede los términos de la obligación de notificar, según lo dispone el Art. 4 bis. La Nota al Pie 10 se extiende a información que es propia de un examen o *test* de control, en el marco de una *evaluación* de aquellos actos o contratos que integran una operación de concentración, según el Artículo 50 del Decreto Ley N° 211. Este *test* no es propio de un acto de notificación.

Nuestra sugerencia es que este numeral sea eliminado.

6.- IV.2.- Otros.

Se sugiere agregar un botón para adjuntar información que el informante estime importante entregar adicionalmente.

7.- Comentarios a las Notas del Formulario.

Nota 1: Inciso primero: El formulario debe autorizar, para casos excepcionales en que puedan existir errores técnicos del sistema, que pueda ser ingresado por vía de la

oficina de partes de la FNE o por otro medio que se publicite en su página web, de la misma forma como lo hace la Superintendencia de Valores y Seguros.

Inciso segundo: Se debe eliminar la referencia a “completa” en línea con el comentario 8.-, que sigue.

Por otra parte, existe un evidente error ya que se advierte que la FNE puede *modificar las respuestas* al formulario, lo que a todas luces es improcedente ya que no existen facultades legales de la FNE que la habiliten para una actuación como esta.

Inciso cuarto: Estimamos que la interpretación de la FNE se encuentra conforme con la normativa aplicable. Por consiguiente, se sugiere excluir expresamente, además, a las reorganizaciones empresariales.

Inciso quinto: Los comentarios a los documentos que se exige adjuntar, se encuentran a continuación para las Notas 3, 4 y 5.

La declaración jurada debe corresponder a una atestado sobre la veracidad de lo informado y no sobre su completitud. Es de resorte de la FNE velar por el cabal cumplimiento de la obligación de informar, no siendo útil para esta labor una declaración de completitud. Esta medida no tiene por objeto hacer más eficiente el trabajo de la FNE, que es el propósito de este tipo de lineamientos, guías o instructivos como el que se consulta para este formulario.

Inciso sexto: La información recabada por la FNE en virtud de este formulario, se hace con motivo u ocasión del ejercicio de sus labores, y por ende es aplicable el Artículo 42 del DL 211 que obliga a sus funcionarios y demás personas que presten servicios en la FNE, a guardar reserva sobre toda información, dato o antecedente de que puedan imponerse.

Para el caso que la FNE estime que la publicidad de la notificación y también del formulario, es útil para el cumplimiento de sus funciones, **es legalmente procedente que la entidad informante pueda pedir, vía formulario, la**

confidencialidad de la información y del hecho de haberse informado la notificación, respecto de terceros. El citado Artículo 42 siempre es aplicable aún fuera del ámbito de una investigación de la FNE.

En efecto, existen adquisiciones que no son públicas y que pasan a tener la calidad de información comercial sensible, cuya revelación pueda afectar el desenvolvimiento competitivo de su titular.

Nota 3: Este tipo de información excede el marco de una notificación para la “aproximación inicial necesaria para realizar un análisis preliminar”, aunque puede ser incluido por el notificante en forma voluntaria.

Nota 4: Este tipo de información excede el marco de una notificación para la “aproximación inicial necesaria para realizar un análisis preliminar”, aunque puede ser incluido por el notificante en forma voluntaria.

Nota 5: Es eficiente para la labora de la FNE conocer los documentos principales de la adquisición. Creemos que la referencia a “que identifiquen a lo menos los elementos de su esencia”, no es precisa y por ende bastaría con la redacción anterior a ella.

Nota 7 Se debe considerar que existen casos en que el mandatario podría no conocer el nombre del tercero. Por ende, se debe agregar la frase “, en caso de constar sus identidades.”, a continuación de las palabras “estos últimos”.

Nota 9: Reiteramos nuestro comentario número 4. anterior. Esta exigencia excede los términos de la obligación de notificar según lo dispone del Artículo 4 bis del Decreto Ley N° 211. Una exigencia como esta se extiende a información que es de otra naturaleza a la que un acto de notificación exige. No procede que en una notificación para una “aproximación inicial necesaria para realizar un análisis preliminar” (cita a la Nota 1), se deba definir el o los mercados relevantes involucrados en la adquisición ya que esta obligación presupone un análisis que no es propio de un acto de notificación o de información.

Nota 10 : Reiteramos nuestro comentario número 5. anterior. Esta exigencia también excede los términos de la obligación de notificar, según lo dispone el Art. 4 bis. La información requerida se extiende a aquella que es propia de un examen o *test* de control en el marco de un análisis de operaciones de concentración, que constituye una *evaluación* de aquellos actos o contratos que integran una operación de concentración, según el Artículo 50 del mismo DL 211.

8.- Declaración Jurada.

Esta declaración debe corresponder a un atestado sobre la veracidad de lo informado y no sobre su completitud, puesto que es de resorte de la FNE velar por el cabal cumplimiento de la obligación. Esta medida no tiene por objeto hacer más eficiente la labor de la FNE, que es el propósito de este tipo de lineamientos, guías o instructivos como el que se consulta para el uso de este Formulario.

Octubre 20 16