



COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA

6 de mayo de 2019

COMENTARIOS AL BORRADOR DEL REGLAMENTO SOBRE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

La Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) inició una consulta pública para detectar aspectos que pueden ser mejorados en el “Reglamento sobre Notificación de una Operación de Concentración” (“el Reglamento”), fijado por el Ministerio de Economía, que indica que antecedentes se debe presentar a la FNE para notificar una operación de concentración.

Según informa la FNE, con esta consulta la Fiscalía busca elaborar una propuesta de modificación que será presentada al Ministerio de Economía y que recogerá, además de su propia opinión, la opinión y apreciaciones de terceros.

El Consejo General del Colegio de Abogados acordó participar del llamado realizado por la FNE y presentar comentarios al Reglamento, 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 e incorporan significativos cambios al sistema de defensa de la libre competencia, cuya implementación ha sido un proceso desafiante para todos los actores involucrados, particularmente en lo que se refiere al nuevo control preventivo de operaciones de concentración. Por lo anterior, la Comisión agradece y valora el interés de la Fiscalía Nacional Económica 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 Elías Astudillo, Jaime Barahona, Francisco Bórquez, Juan Ignacio Correa, José Luis Corvalán, Tamara de Beer, M. Isabel Díaz, Benjamín Grebe, Juan Cristóbal Gumucio, Carolina Horn, Ignacio Larraín, Cristián Levine, Álvaro Ortuzar, Gerardo Ovalle, José Pardo, Lorena Pavic, Diego Ramos, Pedro Rencoret, Andrés Rioseco, Luis Eduardo

Toro, José Gabriel Undurraga, Juan Sebastián Valdés, Nicolás Vergara, y Aníbal Vial. 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 y que se han recibido por escrito se consignan brevemente en el presente documento. Asimismo, los miembros de la Comisión manifiestan su completa disposición para colaborar con la Fiscalía en la discusión de estos temas, si ésta lo estima necesario.

I. Observaciones Generales al Reglamento

El Reglamento viene a cumplir con el mandato contenido en los incisos quinto y séptimo del artículo 48 del DL 211, que ordena indicar los antecedentes que deben acompañarse al notificar una operación de concentración a la FNE y contemplar un mecanismo de notificación simplificada, en el marco del nuevo sistema introducido por el legislador.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Comisión estima que al Reglamento se le deben introducir ciertas modificaciones en base a las observaciones contenidas en este informe. Principalmente, la reflexión general es que la cantidad y variedad de antecedentes solicitados resulta excesiva y arriesgan hacer de la notificación de operaciones un proceso gravoso y engorroso. Lo anterior, en detrimento del espíritu de esta nueva legislación, entorpeciendo la competencia, productividad e innovación, y en contradicción con lo que es la práctica internacional en estas materias.

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

1. La cantidad y variedad de información y antecedentes que el Reglamento exige acompañar de manera obligatoria con la notificación resulta excesivo, haciendo que el proceso sea engorroso y tremendamente gravoso para los notificantes.

En efecto, mientras que en la experiencia comparada se recomienda que la información inicial sea la mínima necesaria para empezar el proceso (de hecho, basta con llenar un formulario¹, lo que también es una de las recomendaciones de la OCDE²), siendo *opcional* adjuntar antecedentes adicionales, el Reglamento hace *obligatorio* acompañar un sinnúmero de documentos y

¹ Ver, por ejemplo, en Estados Unidos el *Notification and Report Form for Certain Mergers and Acquisitions*; o en la Unión Europea la EC Merger Regulation (Council Regulation (EC) No 139/2004) e Implementing Regulation (Consolidated version of the Commission Regulation (EC) No 802/2004 y Implementing Regulation (EU) No 1269/2013), que anexa los formularios Form CO, Short Form CO and Form RS.

² Informe del Secretariado de la OCDE, *Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile* (2014), p. 86 (“La posibilidad de emitir un formulario de notificación también se puede prever”).

declaraciones, tales como actas de directorio, juntas ordinarias y extraordinarias de accionistas; informes, minutas, reportes y programas comerciales discutidos durante los tres años anteriores a la notificación; describir mercados relevantes, mercados relevantes alternativos, y dar razones para descartarlos; proveer información relativa a terceros competidores; acompañar sentencias y decisiones de autoridades; entregar una descripción detallada del mercado, su estructura, tamaño y capacidad total de producción, entre muchos otros antecedentes.

En ese sentido, debería ser voluntario para los notificantes acompañar parte importante de los antecedentes obligatorios, explicitando que ellos serán necesarios únicamente cuando tengan *directa* relación con la operación. Lo anterior, tal como ocurre en otras jurisdicciones más avanzadas y con mayor experiencia en esta materia, las cuales inspiraron precisamente la reforma al control preventivo de operaciones de concentración en Chile.³

2. La excesiva cantidad de antecedentes exigidos por el Reglamento vulnera los principios de eficiencia y eficacia que deben regir el control de operaciones de concentración, dispuesto tanto por las recomendaciones internacionales en esta materia como por mandato directo del legislador.

En efecto, la OCDE recomendó a nuestro país precisamente que “[e]l procedimiento de análisis de las operaciones de concentración debe ser eficiente”⁴ y que “[e]l marco legal debe ser claro y preciso, pero no rígido en exceso”⁵. En ese sentido, el informe de la OCDE resume sus recomendaciones señalando textualmente lo siguiente:

“Una vez que se determine la política óptima para el sistema de notificación, Chile debe establecer las características esenciales para que su sistema de sea eficiente y predecible: [...] Los requerimientos de información deben permitir llevar a cabo el análisis de las concentraciones, pero también debe impedir imponer costos y cargos innecesarios a las partes de la concentración y a terceros.’ La posibilidad de emitir un formulario de notificación también se puede prever.”⁶

³ Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que Inicia un Proyecto de Ley que Modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 De 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N° 211, de 1973 (16 de marzo de 2015), pp. 13-14.

⁴ Informe del Secretariado de la OCDE, *Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile* (2014), p. 10. (subrayado agregado)

⁵ *Ib.*, p. 62.

⁶ *Ib.*, p. 86 (subrayado agregado).

Asimismo, nuestro ordenamiento jurídico impone a los órganos de la Administración del Estado observar los principios de eficiencia y eficacia administrativas. En efecto, en el inciso segundo del artículo 3° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado dispone que “[*l*a Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, [...]”, mientras que el inciso primero del artículo 5° del mismo cuerpo legal indica que “[*l*as autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública”. El principio de juridicidad impone al Ministerio de Economía observar ese mandato del legislador en la confección del Reglamento.

Por último, se debe considerar también que se está exigiendo a los consultantes acompañar información que no corresponde al procedimiento o que ya está en poder de órganos del Estado, lo que no es consistente con lo dispuesto en el artículo 17 letra c) de la Ley 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.

3. El Reglamento exige al notificante proporcionar información que corresponde a datos de terceros, los que a su vez resultan ser competidores de quienes proyectan a llevar a cabo la operación.

La Comisión estima que no corresponde realizar requerimientos de esta naturaleza, pues no hay ninguna razón por la que los solicitantes deban tener en su poder información de terceros. Además, tal solicitud contradice los estándares que actualmente se exige a las empresas y sus ejecutivos en materias de libre competencia.

En efecto, en muchas circunstancias la posesión de información de competidores puede presentar riesgos para la libre competencia, y exigir a los solicitantes reunirla puede facilitar o inducir efectos coordinados. Además, miembros de la Comisión también destacan que esta solicitud representa un riesgo de infringir la garantía establecida en el art. 19 N°4 de la Constitución Política de la República, respecto a la protección de los datos personales.

Salvo que se trate de información pública, agregada y que fue producida y difundida siguiendo los protocolos que se exigen en esta sede,⁷ no debería ser un requisito de la notificación proporcionar información tal como participaciones de mercado de competidores (art. 2 N°6, letra b)), integración vertical de competidores y sus sistemas de distribución y comercialización (art. 2, N°6, letra e)), mención de los productos nuevos con que un competidor vaya a entrar al mercado (art. 2, N°6, letra n)), y datos de ejecutivos de la competencia o potenciales entrantes,

⁷ Ver, e.g., FNE, *Asociaciones Gremiales y Libre Competencia*, Material de Promoción N° 2 (Agosto 2011).



los que incluyen el nombre, dirección, número de teléfono y correo electrónico (art. 2 N°6, letra o)).

4. La Comisión estima que se debe eliminar la obligación de definir y fundamentar los mercados relevantes en la notificación, bastando con informar acerca de los productos o servicios que se venden y dónde. Incluso si se mantiene la obligación de definir un mercado relevante, la exigencia de señalar “los factores que determinan el alcance de los mercados relevantes afectados, así como la exclusión de otras alternativas plausibles de definición de mercado relevante de producto y geográfico que pudieran resultar pertinentes” (art. 2 N°5 letra b) y art. 7 N°5 letra b)) impone una carga excesiva y difícil de cumplir.

En particular, se debe considerar que se trata de temas debatibles y sujetos a la disponibilidad de información con que se cuente, en circunstancias que en nuestro país generalmente es escasa la información pública disponible y que las empresas tienen acceso limitado o nulo a información de sus competidores. De dicha forma, si bien se podría presentar una opinión respecto de qué mercados relevantes estarían afectados, resulta excesivo exigir que se definan –y, más aun, que se fundamenten– todas las alternativas plausibles de mercados.

Por lo demás, esta exigencia podría introducir un grado importante de incertidumbre en relación al cumplimiento efectivo de la obligación por parte de los notificantes, pudiendo la FNE opinar que se debió haber definido el mercado de manera diferente. Ello resulta problemático en cuanto que hay quienes interpretan que, bajo determinadas circunstancias, podrían ser aplicables multas y sanciones.⁸

Además, la experiencia ha demostrado que es la FNE quien está en mejores condiciones de definir los mercados, por el acceso a información que posee, y que luego procesa resguardando el deber de confidencialidad inherente al manejo de estos datos. No obstante ello, parte de la Comisión precisa que esto es discutible, pues habría mercados que la FNE no conoce, en los cuales sería conveniente para las partes aportar los antecedentes que contribuyan de mejor manera a su definición.

En cualquier caso, de mantenerse las exigencias referidas a la indicación de los mercados relevantes, en el control de admisibilidad y completitud de la notificación no se debiese analizar

⁸ Parte de la Comisión precisa sobre este punto que no existirían multas ni sanciones aplicables, pues éstas están dirigidas a las conductas específicas que señala el artículo 3° bis del DL 211, esto es, no notificar, no perfeccionar la operación mientras el procedimiento no haya concluido con la aprobación de la FNE, incumplir las respectivas medidas de mitigación y entregar información falsa. Sólo en esta última hipótesis podría existir alguna vinculación con la definición de mercados relevantes, pero no en cuanto diferencias de opiniones, sino que en cuanto a la falsedad de los antecedentes.

su mérito ni su procedencia, ni juzgar la cantidad y calidad de las justificaciones provistas, pues todo ello pertenece al análisis de fondo.

En consecuencia, la mayoría de la Comisión considera que para que la FNE pueda analizar los mercados resulta suficiente la información que se solicita en el art. 2 N°6 letra a), referente a la enumeración de productos y servicios que ofrece cada parte. No obstante lo anterior, una parte no concuerda con este punto, por contraposiciones antes expuestas.

En subsidio, de estimarse necesario que las partes definan los mercados relevantes, debe eliminarse o reducirse la carga de explicar y justificar alternativas plausibles, siendo recomendable limitar la exigencia a identificar productos o servicios y, en el mejor de los casos, la “Identificación de el o los candidatos a mercado relevante de producto y geográfico que las partes consideren adecuados”. Ello, en particular porque las partes por la vía de tener que justificar alternativas plausibles, no pueden estar obligadas a plantear definiciones de mercado relevante que las perjudiquen a efectos de la autorización que buscan obtener.

5. La información solicitada para el procedimiento de notificación simplificada es prácticamente la misma que para el procedimiento regular, en directo detrimento del espíritu de la nueva legislación a este respecto.

La estadística disponible en jurisdicciones comparadas indica que la gran mayoría de las operaciones notificadas no presentan riesgo alguno para la libre competencia, por lo que requieren de un procedimiento expedito. Por ejemplo, la Federal Trade Commission y el Department of Justice de los Estados Unidos informan que en el año 2017 recibió 2052 notificaciones, de las cuales apenas un 2,6% fue objeto de un *Second Request*.⁹ Incluso más, dichas autoridades informan que el porcentaje de notificaciones llevadas a esa etapa de mayor escrutinio ha decrecido constantemente en los últimos 10 años.¹⁰ En ese sentido, la OCDE señala que un sistema de notificación claro y procedimientos de análisis eficientes, permiten evitar en gran medida el riesgo de incurrir en “un desperdicio de los recursos de las empresas y de las autoridades si la concentración notificada es notoriamente no problemática”.¹¹

Es importante destacar que mejoras al sistema de notificación simplificada debiera impactar notablemente en la eficiencia del régimen de notificaciones, considerando que en el Informe de

⁹ FTC & Department of Justice, *Hart-Scott-Rodino Annual Report. Fiscal Year 2017* (Fortieth Annual Report), p. 6, disponible en: https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/federal-trade-commission-bureau-competition-department-justice-antitrust-division-hart-scott-rodino/p110014_fy_2017_hsr_report_c.pdf

¹⁰ *Ib.*, p. 6, Figura 2.

¹¹ Informe del Secretariado de la OCDE, *Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile* (2014), p. 61.

Ajuste de Umbrales de Notificación de Operaciones de Concentración, elaborado por la FNE, de 22 de marzo pasado, indica que del total de operaciones que le fueron notificadas obligatoriamente desde el inicio del sistema hasta el 29 de enero de este año, un 61,5% ingresaron bajo el mecanismo simplificado y un 38,5% bajo el ordinario.

Por ello, la Comisión estima que no mantener un proceso de notificación debidamente simplificado para las operaciones que no presentan riesgo para la libre competencia arriesga entorpecer la realización de actividades procompetitivas, aumentar los costos del trabajo de la Fiscalía (que debería enfocar sus recursos al análisis de operaciones que sí presenten riesgos), poner obstáculos a la innovación y desarrollo de nuevos negocios e, incluso, inhibir la realización de operaciones socialmente deseables.

6. Resulta necesario compatibilizar los antecedentes que pide el Reglamento con el secreto profesional que rige en la relación cliente/abogado y también el derecho a defensa.¹² En dicho sentido, debe expresamente excluirse la obligatoriedad de acompañar eventuales informes, minutas, reportes y estudios que puedan haberse elaborado con el objeto de evaluar o analizar la operación de concentración, o bien operaciones de concentración alternativas a la que se notifica (art. 2 N°4, letra h), romanillos iii. y iv.).

7. Finalmente, se recomienda que el Reglamento tenga una redacción más simple. Al respecto, es importante considerar que parte importante de los destinatarios del Reglamento son ejecutivos y empleados de empresas encargados de evaluar y reunir los antecedentes solicitados, quienes no están familiarizados con el lenguaje propio del derecho de la libre competencia y del ámbito del control de las operaciones de concentración. En la misma línea, el Poder Judicial y la Contraloría General de la República, entre otros organismos públicos, están destinando importantes esfuerzos por desarrollar un lenguaje claro, que acerque el Derecho a los usuarios. No obstante todo lo antes expuesto, también se hace presente la dificultad que significa encontrar un adecuado balance en este punto, pues eventualmente el uso de lenguaje que no sea técnico podría aumentar las dudas sobre lo que solicita la autoridad.

8. Existen ciertas materias que actualmente no están incluidas en el Reglamento, respecto de las cuales se podría evaluar su incorporación, o bien, su regulación o incorporación en las Guías de la FNE.

¹² Las normas de protección de la relación abogado cliente contenidas en el Código de Ética (arts. 46 y siguientes) son especialmente relevantes en cuanto a prohibir revelar y obligar a cuidar la información del cliente, incluyendo los soportes en que ella se encuentre (art. 64). Asimismo, el Código Penal prohíbe revelar secretos del cliente (art. 231).

Primero, en materia de pre-notificación, la Comisión estima que ésta es una excelente instancia cuando resulta pertinente utilizarla. No obstante lo anterior, se recomienda proporcionar mayor información sobre los criterios, plazos y procedimientos de pre-notificación. A este respecto la experiencia comparada tiene buenos ejemplos, como es el caso del manual de *best practices* de la Comisión Europea.¹³ Si es que esto no fuera pertinente a través de modificación reglamentaria, sugerimos evaluar dictación de Guía al efecto.¹⁴

Segundo, se recomienda establecer en el Reglamento mecanismos que aumenten la flexibilidad y fluidez en la tramitación de las operaciones de concentración, particularmente en materia de notificaciones, transmitir requerimientos de información de la FNE y su entrega por las partes, incorporando una regulación respecto de comunicaciones vía correo electrónico o cualquier otro medio electrónico idóneo tal como ya está previsto en la legislación pertinente (Art. 61 DL 211, Art. 5 y 19 Ley 19.880). En particular, existen ciertas presentaciones que la FNE estima que las partes notificantes deben realizar de manera física, en circunstancias que -en virtud de lo dispuesto en normas como el art. 61 del DL 211, del art. 5 y 19 Ley 19.880- permitirían que sean realizadas válidamente a través de correo electrónico, para todos los efectos legales.

Tercero, se advierte que, con motivo de resoluciones de incompletitud, en ocasiones la FNE solicita antecedentes adicionales o información con niveles de detalle superior a lo exigido en el Reglamento, los que razonablemente pueden ser solicitados o recabados por ella en el curso de la investigación que le corresponde iniciar. Por ello, se recomienda que el Reglamento explicité que las exigencias ahí contenidas corresponden a un estándar mínimo, correspondiendo que las precisiones o antecedentes adicionales que se quiera disponer deban ser solicitados en la fase investigativa y no en la fase de revisión de completitud.

Cuarto y último, se estima necesario incorporar causales de aprobación temprana o simplificada que eximan a la FNE de efectuar un análisis exhaustivo de las operaciones de concentración y a las partes de acompañar una cantidad excesiva de información. Esto es especialmente importante, considerando que no existen diferencias relevantes entre la información que se exige a las notificación ordinaria y simplificada.

Al respecto, y en línea con lo antes expuesto, se sugiere incorporar una notificación propiamente simplificada, que exija acompañar sólo el mínimo de antecedentes que exige la ley (artículo 48) y

¹³ Ver DG COMPETITION, *Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings* (20/01/2004), disponible en: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf>.

¹⁴ No obstante lo anterior, la dificultad radica en que evitar que, por la vía de regular el procedimiento de pre-notificación, esencialmente informal, éste termine asemejándose a la notificación propiamente tal, disminuyendo entonces los incentivos para pre-notificar una operación.

aquellos que justifiquen la concurrencia de causales de aprobación temprana. Lo anterior, a fin de que la FNE pueda, en breve plazo, pronunciarse favorablemente respecto de concentraciones en las que puedan descartarse riesgos para la libre competencia de manera rápida y sin necesidad de un mayor análisis. Ejemplos de casos en los que esto ocurre son aquellos actualmente contemplados en el artículo 4 del Reglamento; los casos de notificación voluntaria; y los que involucran sociedades de participación financiera o que son preliminarmente inocuos para la libre competencia, en términos análogos a los que se contemplan, por ejemplo, en los artículos 3 y 6 (b) del Reglamento de la Comunidad Europea 139/2004.

II. Comentarios particulares

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

1. Artículo 2, inciso primero

Atendida la gran cantidad de antecedentes requeridos y la circunstancia de que, dependiendo del caso, algunos de los antecedentes son imposibles de conseguir por las partes de la operación –por ejemplo, cuando las partes no son la empresa adquirente y adquirida, sino sus accionistas– se sugiere eliminar la expresión “a lo menos” del artículo 2º del Reglamento.

2. Artículo 2 N°2

Recomendamos eliminar la frase “y la individualización de sus personas relacionadas”, pues dicha información se cumple con lo solicitado en el artículo 2 N°3 letra a).

3. Artículo 2 N°3 letra b)

El Reglamento confunde a las partes con la empresa adquirente y adquirida. Esa coincidencia puede existir, pero no necesariamente es siempre así ya que hay numerosas operaciones de concentración que se verifican con los accionistas (que son las partes), pero que no coinciden o son diversos de la empresa adquirente y adquirida respectivamente.

4. Artículo 2 N°3 letra e)

Se sugiere su eliminación, por innecesario.

5. Artículo 2 N°4 letra e)

Se sugiere su eliminación, por innecesario.

6. Artículo 2 N°4 letra h)

Se recomienda eliminar la exigencia contenida en esta letra por ser excesiva e impropia de una primera etapa de análisis. Tales antecedentes, de existir, corresponden a exigencias propias de una segunda etapa de análisis y son ajenas a un análisis preliminar.

En subsidio, se recomienda que los antecedentes ahí solicitados sean aportados en carácter *voluntario* y explicitar que sólo se requieren antecedentes que digan *directa* relación con la operación. Lo anterior, tal como ocurre en otras jurisdicciones más avanzadas y con más experiencia en esta materia, las cuales inspiraron precisamente la reforma referida al control preventivo de operaciones de concentración, donde la entrega de esos antecedentes junto con la notificación es opcional.

Además, la exigencia de proporcionar informes, minutas, presentaciones o reportes preparados o encargados con el objeto de analizar la operación notificada y de operaciones alternativas debe compatibilizarse con el secreto profesional que rige en la relación cliente/abogado y con el derecho a la defensa (por ej. informes de economistas). En dicho sentido, para mayor claridad, recomendamos manifestar de manera expresa que se excluyen los informes legales o económicos que puedan haberse elaborado analizando los efectos y/o consecuencias legales de la operación.

7. Artículo 2 N°5 letras a), b) y c)

Según se explicó anteriormente, la Comisión recomienda eliminar la exigencia de indicar y justificar los mercados relevantes afectados, bastando con la “enumeración y descripción de los bienes o servicios que correspondan a la actividad económica desarrollada” por las partes y por la entidad objeto de ésta, cuando corresponda.

Asimismo, se sugiere eliminar la exigencia de indicar y fundamentar “alternativas plausibles”. Tal exigencia impone a los notificantes cargas especulativas o hipotéticas que resultan problemáticas y extremadamente difíciles de cumplir con seriedad. Debe bastar con informar los

productos o servicios que se venden y dónde se hace, o solo indicar el candidato o candidatos de mercado relevante que las partes consideren adecuado. Además, “plausible” es un concepto muy amplio para estos efectos.

En cualquier caso, de mantenerse las exigencias referidas a la indicación de los mercados relevantes, el control de admisibilidad y completitud de la notificación no debiese analizar su mérito ni su procedencia, ni juzgar la cantidad y calidad de las justificaciones provistas, pues todo ello pertenece al análisis de fondo.

Por último recomienda eliminar la exigencia de acompañar jurisprudencia comparada de órganos de defensa de la competencia. El valor de la jurisprudencia comparada y su origen es un ejercicio que la autoridad puede ponderar caso a caso.

8. Artículo 2 N°5 letra c)

Se recomienda eliminar las referencias a “mercados estrechamente relacionados”. Primero, porque no se distingue con claridad de la exigencia de indicar relaciones verticales (que se refieren a productos complementarios). Segundo, y suponiendo que se refiere a la existencia de efectos de conglomerado (que no son horizontales ni verticales, es decir, a complementariedades que no son relaciones insumo/producto), se debe tener presente que los efectos de conglomerado son generalmente beneficiosos para los consumidores, de manera que la exigencia debiese cumplirse –voluntariamente– en el acápite de “eficiencias”, o bien, exigirse en una segunda etapa de análisis.

9. Artículo 2 N°6 letra c)

Se recomienda eliminar la exigencia de informar las ventas mensuales de los últimos 3 años por innecesaria, particularmente considerando que se tiene información anual de mercado.

En igual sentido, se recomienda eliminar la desagregación según marca, categoría y sub-categoría de bienes y/o servicios. Se trata de una carga excesiva y no necesariamente forma parte del mercado relevante. Si fuese pertinente, debiese pedirse en un requerimiento de información específico una vez iniciado el procedimiento.

10. Artículo 2 N°6 letra o)

Se recomienda eliminar la exigencia de indicar datos de teléfonos y correos electrónicos de personas de contacto en empresas competidoras y de potenciales entrantes, toda vez que dicha

información no debería estar en poder de las partes notificantes y recabarla podría facilitar la colusión o, al menos, poner a las partes notificantes en una situación que genere apariencia de ello. En subsidio, solicitar esta información sólo en la medida que las partes notificantes cuenten con ella, por tratarse de información pública.

11. Artículo 3

Se recomienda permitir de manera explícita a los consultantes no adjuntar antecedentes que no estén a su disposición, sin necesidad de presentar una solicitud previa. También debiera permitirse solicitar plazos adicionales para obtener los antecedentes que falten.

12. Artículo 3 letra a)

Se recomienda eliminar la referencia al artículo 100.

13. Artículo 4 letra b)

Con respecto a la aplicación del procedimiento simplificado y al criterio de que las partes no alcancen una cuota conjunta superior al 20%, se debe tener presente que dicha cuota es extraordinariamente baja comparado con las exigidas a nivel comparado (no inferiores al 30% para descartar riesgos anticompetitivos, como en la Comunidad Europea) y, además, inconsistente con los umbrales de concentración contenidos en la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontal de la FNE. Se sugiere elevar dicho umbral, al menos a un 30%.

14. Artículo 9

Se recomienda especificar y restringir las causales para modificar el procedimiento de notificación desde simplificado a ordinario. Esto, pues las causales actuales para que la FNE pase una notificación de simplificada a ordinaria son demasiado amplias y con mucho espacio a la discrecionalidad.

También se recomienda limitar ejercicio de esta facultad a 10 días desde el inicio del procedimiento. Esta limitación temporal es sumamente importante, pues el ejercicio de esta facultad bajo la regulación actual puede implicar la pérdida de 30 días de procedimiento. Esta situación genera un elevado nivel de incertidumbre y el ejercicio de una facultad discrecional de grandes consecuencias para los regulados.

* * * * *

Esperamos que el presente informe sea de utilidad y pueda constituir un aporte en el perfeccionamiento del Reglamento que detalla los antecedentes que deben acompañarse al notificar una operación de concentración y contempla un mecanismo de notificación simplificada para ciertas operaciones.

Quedamos a disposición de la Fiscalía Nacional Económica para responder cualquier duda o comentario que puedan requerir.



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

MINUTA

Para : Comisión Libre Competencia Colegio de Abogados de Chile A.G.

De : Equipo Libre Competencia PPU Chile

Ref. : Comentarios al Reglamento sobre la notificación de una operación de concentración de la Fiscalía Nacional Económica

Fecha : 15 de enero de 2019

Agradeciendo esta oportunidad para contribuir en la mejora y adecuado funcionamiento del sistema de control de operaciones de concentración contenido en el título IV del Decreto Ley N° 211, hacemos entrega de la presente minuta que contiene una serie de comentarios y propuestas de modificación al Reglamento sobre la notificación de una operación de concentración (“Reglamento”), los que han sido recopilados como resultado de los diversos procedimientos sobre la materia en que este equipo ha participado durante los últimos 18 meses.

Para facilitar el estudio de nuestras apreciaciones, los comentarios y modificaciones han sido organizados en el siguiente cuadro, en el que se indica el artículo del Reglamento al que se refiere, el contenido del mismo, y las razones, tanto prácticas como jurídicas, por las cuales, respetuosamente, se recomienda su modificación.

Artículo del Reglamento	Contenido de la modificación	Fundamento o explicación de la modificación
2.2	Eliminar referencia a Individualización relacionada.	Basta referencia a 3.a.
3.a	Eliminar artículo 100 y limitar a efectos en Chile.	Referencia artículo 100 es muy amplia, especialmente letra c). Además, para empresas internacionales abrir la malla a otros países que no participan o están directamente vinculados con Chile no representa mayor utilidad. En concreto, esta disposición ni siquiera tiene verdadera aplicación práctica, ni de las partes notificantes, ni de la FNE.
5.b	Exclusión de otras	Como las partes proponen mercados relevantes, no debiese analizarse en sede de completitud si es o no

	alternativas plausibles para completitud.	procedente el propuesto y sus alternativas. Esto pertenece al análisis de fondo.
5.b	Aclaración mercado plausible.	Es muy amplio y entre plausible y descartable hay un matiz mínimo.
6.c	Ventas mensuales último año.	Solicitud de 3 años es innecesaria, en especial si es que se tiene información anual de mercado.
6.c	Desagregación según marca, categoría y sub-categoría.	Carga excesiva y no forma parte del mercado relevante. De ser el caso debiese pedirse en un requerimiento de información específico una vez iniciado el procedimiento.
6.k	Listado acuerdos de cooperación.	Debiese entregarse ejemplos.
6.o	Datos competidores y entrantes (debería ser sólo los disponibles).	Las partes no necesariamente tienen esos datos y no están aceptando <i>waiver</i> al respecto.
2.6 letra o	Solicitar sólo el nombre de los competidores, entrantes recientes o potenciales y eliminar la exigencia del resto de los datos de contacto.	No es información disponible para los agentes económicos que toman parte de la operación notificada. No debería existir una presunción de que los agentes económicos tienen contacto o algún tipo de comunicación con sus competidores. Por último, encontrar esta información significa dedicarle una gran cantidad de tiempo y recursos.
9	Especificar y restringir las causales para	Las causales actuales para que la FNE pase una notificación de simplificada a ordinaria son demasiado amplias y con mucho espacio a la discrecionalidad.

	<p>modificación desde simplificado a ordinario. Limitar ejercicio de la facultad a 10 días desde el inicio del procedimiento</p>	<p>Asimismo, la limitación temporal del ejercicio de la facultad también es importante, ya que, de lo contrario, la facultad puede implicar la pérdida de 30 días de procedimiento en que se debía estar realizando un análisis de fondo de la operación y del mercado y no determinando si la notificación fue correcta o no. Ello genera un elevado nivel de incertidumbre y el ejercicio de una facultad discrecional de consecuencias importantísimas para los regulados.</p>
Comentario general	<p>Agregar causales o requisitos para que la FNE pueda declarar una notificación incompleta.</p>	<p>Parece razonable que la declaración de incompletitud se someta a causales no discrecionales. Ello, porque, en ocasiones, ocurre que equipos de trabajo distintos tienen niveles de exigencia no homogéneos y porque han existido incompletitudes de elementos meramente adjetivos que pueden ser rápidamente solucionados o que pueden tratarse de meros errores de forma. Considerando el propósito del análisis de completitud, una decisión de incompletitud debería ser proporcional y objetiva.</p>
Comentario general	<p>Regular la pre-notificación</p>	<p>Consideramos que la pre-notificación es una excelente instancia cuando la operación de que se trate y los plazos lo permitan. Pero, sería útil tener mayor información sobre los criterios, plazos y procedimientos de pre-notificación (a este respecto la experiencia comparada tiene buenos ejemplos como el manual de <i>best practices</i> de la Comisión Europea http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/proceedings.pdf). Si es que esto no fuera pertinente a través de modificación reglamentaria, sugerimos evaluar dictación de Guía al efecto.</p>
Comentario general	<p>Incorporación de recurso contra decisión de incompletitud y rechazo de exención.</p>	<p>Podría evaluarse un recurso similar al que se encuentra establecido, por ley, contra requerimientos de información. Si no es procedente, a través de reglamento, evaluar inclusión para futuras modificaciones.</p>
Comentario general	<p>Incorporar regulación respecto de</p>	<p>En general, existen ciertas presentaciones físicas que la FNE estima que las partes notificantes deben realizar y que no pueden realizarse por correo electrónico en forma válida,</p>

	comunicacion es vía correo electrónico o cualquier otro medio electrónico idóneo que permitan a las partes notificantes (Art. 61 DL 211, Art. 5 y 19 Ley 19.880)	siendo que, en virtud del art. 61 del DL 211, del Art. 5 y 19 Ley 19.880 (en cuanto procedimiento administrativo), podrían perfectamente realizarse a través de correo electrónico y que se estimen como formal y válidamente presentadas, para todos los efectos legales.
--	---	--