大成 DENTONS

Libre Competencia Newsletter Chile

Marzo 2020

GOBIERNO ENVÍA AL CONGRESO PROYECTO DE LEY QUE FORTALECE LA INVESTIGACIÓN Y PERSECUCIÓN DE LA COLUSIÓN Y AUMENTA PENAS.

Proyecto de ley es parte de la "agenda antiabusos", anunciada en diciembre de 2019.

Con fecha 13 de marzo, el Presidente de la República envió al congreso el mensaje con el proyecto de ley que *"fortalece la investigación y persecución de carteles y aumenta su pena en caso que indica"* (Boletín 13312-03), actualmente en tramitación en la Cámara de Diputados en primer trámite constitucional, con suma urgencia.

El proyecto de ley modifica la ley de libre competencia (Decreto Ley N° 211 de 1973) en los siguientes aspectos, entre otros:

1. Se le entregan a la Fiscalía Nacional Económica ("FNE") **nuevas herramientas para la investigación y persecución de la colusión**, tales como, entre otras:
    - Alzamiento del secreto y la reserva bancaria (previa autorización judicial).
    - Ordenar la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes
    - Sanciones penales contra quienes entorpezcan las medidas de entrada, registro e incautación, o destruyan evidencia.
2. **Aumenta la pena de colusión cuando recae sobre bienes y servicios de primera necesidad.** Para calificarlos así, se consideran, entre otros criterios, *"si es de alta relevancia para la vida cotidiana de las personas, si es de uso masivo, y os fue grave el perjuicio causado a los consumidores por la conducta"* La pena asociada para estos casos se propone que sea de 5 años y un día a 10 años de presidio (se elimina el grado menor de la actual pena de colusión), y se establece un "marco rígido" de dicha pena, es decir, no se puede aplicar una pena menor al mínimo ni superior al máximo, independientemente de las atenuantes o agravantes.
3. Incorporación de la **figura del whistle-blower, o denunciante anónimo**, en virtud del cual se proteja completamente la identidad de la persona que denuncie a la FNE, para evitar represalias. Se incorpora un nuevo tipo penal para sancionar a quienes denuncien en base a antecedentes falsos o fraudulentos, a sabiendas.
4. **Mejora la eficacia de las actuaciones de la FNE**, por ejemplo, (i) ordenando a las empresas de telefonía o de comunicaciones electrónicas, que creen un respaldo de las comunicaciones de sujetos investigados; y (ii) estableciendo que Carabineros de Chile se ponga a disposición para las investigaciones de la FNE (actualmente sólo menciona a la PDI).

Link al Mensaje y tramitación en el Congreso
https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=13312-03

FNE DICTA PROTOCOLO DE ACTUACIÓN DURANTE EMERGENCIA DE COVID-19

- **Se establecieron medidas excepcionales para investigaciones de la FNE.**
- **Se incluyen normas específicas para operaciones de concentración.**

Con fecha 25 de marzo de 2020, la FNE dictó la Resolución Exenta N°188, que establece medidas excepcionales durante la crisis del coronavirus, en las investigaciones seguidas ante ella.

Dicha Resolución incluyó las siguientes normas específicas relativas a los **procedimientos de operaciones de concentración**, durante la emergencia:

- **La FNE solicita a las partes de una operación de concentración que evalúen la pertinencia de notificarla, limitándose sólo a aquellas urgentes o imprescindibles de notificar**, debido a que a la FNE *"podría resultarle muy complejo evaluar en Fase I"* la operación, ya que debe contar con todos los antecedentes para hacerlo, lo cual se dificulta en la emergencia.
- Las notificaciones y otras presentaciones pueden realizarse por correo electrónico.
- Respecto a poderes otorgados en el extranjero y su apostilla, la FNE aceptará excepcionalmente agencia oficiosa de los apoderados.
- La FNE "tendrá especialmente en consideración" las solicitudes de las partes de eximirse de presentar alguna información por no está razonablemente disponible, motivadas por la emergencia.

Además, se incluyen otras normas para la generalidad de las investigaciones de la FNE, que permiten menores formalidades durante la crisis. Así, se privilegia el uso de correos electrónicos para las comunicaciones con la FNE, y el uso de medios remotos, como Skype, Zoom o teléfono, para la toma de declaraciones, entre otros.

Link a resolución de la FNE
https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/03/OK-Res-ex-aprueba-medidas-en-procedimientos-FNE-188__FINAL.pdf

TDLC PROPONE MODIFICAR REGLAMENTO PARA CONTRATISTAS DEL MOP

- **TDLC propuso al Ejecutivo distintas modificaciones al Reglamento, para incentivar la competencia en las licitaciones.**
- **La modificación había sido solicitada por particulares (constructoras).**

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("TDLC") ejerció su facultad de proponer cambios legales o normativos al Presidente de la República, en relación al Reglamento de Contratos del Ministerio de Obras Públicas (Decreto 75 de 2004, o el "Reglamento").

El TDLC propuso la modificación del Reglamento, para reducir las barreras y obstáculos para los contratistas de obras públicas. Así, propuso, entre otras medidas:

1. Eliminar la prohibición de que empresas relacionadas entre sí puedan estar simultáneamente inscritas en el Registro de Contratistas del MOP (art. 41), reemplazándola por una prohibición de participar en una misma licitación. Se estableció además una obligación anual de información al MOP sobre cambios en relaciones de propiedad y administración entre empresas inscritas.
2. Modificar la regulación sobre subcontratación (art. 101), eliminando la obligación de que los subcontratistas deban estar inscritos en el registro de contratistas del MOP (como se exige para el contratista principal), y prohibiendo la subcontratación de empresas inscritas en la misma categoría y especialidad que la adjudicataria.
3. Incorporación de un mecanismo de resolución temprana de controversias entre el MOP u otro mandante y el adjudicatario de la obra pública, por la incertidumbre y costos asociados a las disputas, que afecta a las empresas de menor tamaño (dado que el Panel Técnico del MOP no ejerce jurisdicción, sino que emite recomendaciones).

A pesar de que esta es una facultad discrecional del TDLC que habitualmente ejerce de oficio, en este caso el TDLC la ejerció a solicitud de un grupo de constructoras (ICAFAL, IS, Morval, Bitumix, entre otros).

Ver proposición del TDLC
https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/2020/03/Expediente-Recomendaci%C3%B3n-Normativa-ERN-26-2018-comprimido-2-1-1.pdf

RESOLUCIONES DE CONTROL DE FUSIONES DE LA FNE DEL PERIODO:

1. Aprobación de adquisición de Eletrans por Chilquinta, y de esta última por State Grid International Development

- La FNE aprobó la adquisición, de forma pura y simple, mediante la cual la empresa china State Grid International Development ("SGID") adquirirá Chilquinta, de propiedad de Sempra, y a la vez Chilquinta adquirirá la propiedad en Eletrans que tenía Saesa.
- La FNE analizó el hecho de que SGID sea una empresa estatal China, que es administrada por la State-owned Assets Supervision and Administration Commision, órgano gubernamental de rango ministerial chino, que a su vez tiene facultades de administración en otras sociedades de capitales chinos en Chile, tales como Transelec y Pacific Hydro. La FNE incluyó dichas sociedades en su análisis competitivo.
- La FNE detectó superposición en la generación y transmisión eléctrica, y se generan relaciones verticales también con la distribución. Descartó riesgos significativos por la regulación intensiva en transmisión, y la baja participación de las partes en generación, entre otros motivos.

Ver resolución de aprobación de la FNE
https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/03/F219-2019-Resoluci%C3%B3n-de-Aprobaci%C3%B3n-27.02.2020.pdf

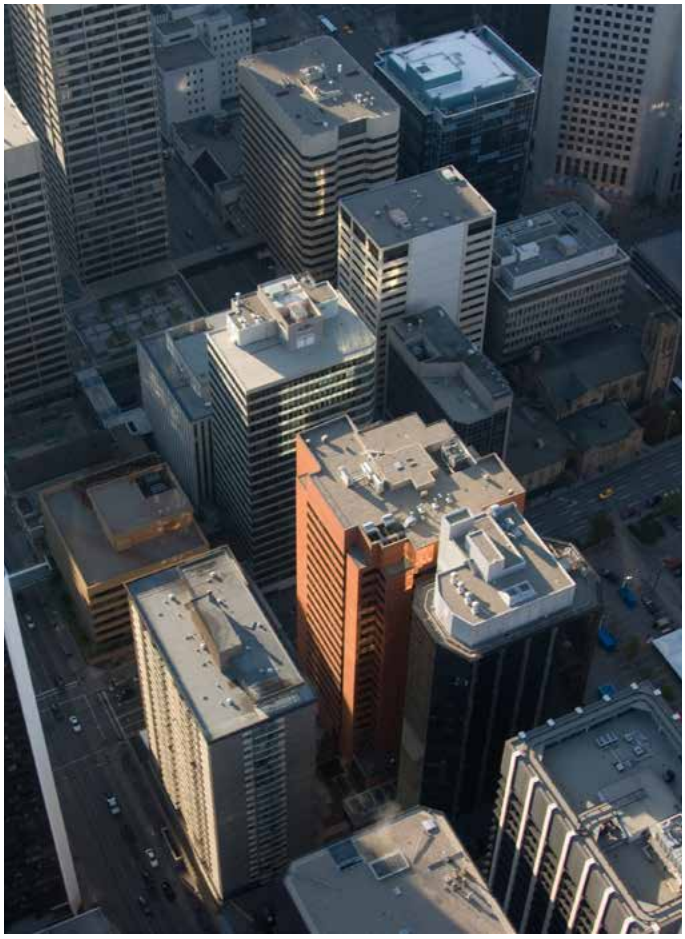
Ver informe de aprobación de la División de Fusiones de la FNE
https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/03/F219-2019-Informe-27.02.2020-VP.pdf

2. Aprobación de fusión de Metso con Outotec

- La FNE aprobó la adquisición, de forma pura y simple la fusión global entre las dos sociedades finlandesas Metso Oyj y Outotec Oyj, ambas proveedoras de la industria minera en procesamiento de mineral.
- La FNE detecto superposiciones en la comercialización de ciertos equipos y servicios, en particular en equipos de molienda, pero se descartaron riesgos sustanciales por no ser las partes competidores cercanos.Además, se consideró el contrapeso de las empresas de la gran minería del cobre.

Ver resolución de aprobación de la FNE
https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/04/aprob54a_F218_2019.pdf

Ver informe de aprobación de la División de Fusiones de la FNE
https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/04/inap1_F218_2019.pdf



3. Aprobación de adquisición de Bergé por Mitsubishi

- La FNE aprobó la adquisición, de forma pura y simple la adquisición de un 25% del holding español Bergé por la japonesa Mitsubishi Corporation.
- Bergé comercializa en Chile, a través de su filial SK Bergé, las marcas de autos, MG, Chrysler, Cheri, SsangYong, Fiat, Alfa Romeo, Maserati, Ferrari y Bentley. Mitsubishi comercializa en Chile vehículos de esa misma marca, en un joint venture con Bergé (MMC Chile).
- Se descartaron riesgos por no ser significativa la concentración, entre otros motivos.

Ver resolución de aprobación de la FNE
https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/03/aprob_F226_2019.pdf

Ver informe de aprobación de la División de Fusiones de la FNE
https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/03/inap1_F226_2019.pdf

4. Aprobación de arriendo por Copec de estación de servicio en Providencia

- La FNE aprobó de forma pura y simple el arriendo de una estación de servicio en Providencia por parte de Copec a Inversiones e Inmobiliario Rio Deva.
- Se consideró que el arriendo constituye una operación de concentración por cuanto la estación de servicio arrendada es un conjunto de activos que conforma una unidad económica, ya que contaba con todas las instalaciones para operarlo, y el arriendo es a 20 años, por lo que puede impactar el mercado.
- La estación de servicio no estaba en operación, por lo que no se la consideró como un competidor potencial cuya eliminación reduciría la competencia. Así, se consideró que la operación reincorporará al mercado activos en desuso, que de lo contrario producirían el probable cierre definitivo de la estación.
- La FNE durante la investigación detectó que la salida del anterior operador de la estación de servicio (Comercializadora Santa Elena) pudo deberse a conductas anticompetitivas (no señala cuales), por lo que remitió los antecedentes a su División Antimonopolios.

Ver resolución de aprobación de la FNE
https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/04/aprob54a_F227_2020.pdf

Ver informe de aprobación de la División de Fusiones de la FNE
https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/04/inap1_F227_2020.pdf

CONSULTAS

Santiago Ried
Partner, Chile
Socio Libre Competencia – Dentons Chile
D +56 2 2411 9208
santiago.ried@dentons.com

© 2020 Dentons. Dentons is a global legal practice providing client services worldwide through its member firms and affiliates.
This publication is not designed to provide legal or other advice and you should not take, or refrain from taking, action based on its content.
Please see dentons.com for Legal Notices.

CSBrand-24929-Antitrust Practice Newsletter — 07/04/2020