

CARIOLA DIEZ PEREZ-COTAPOS

A B O G A D O S

CONTENIDOS

1. INTERLOCKING
2. PARTICIPACIONES SOBRE EL 10% EN COMPETIDORES
3. DESAFÍOS PENDIENTES

Editor

Juan Cristóbal Gumucio

Para cualquier pregunta sobre los artículos incluidos en este boletín o más información sobre los temas aquí discutidos, comuníquese con Juan Cristóbal Gumucio por correo electrónico a jcgumucio@ca-riola.cl o directamente en Av. Andrés Bello 2711, piso 19, Santiago, Chile.
Teléfono: (+56-2) 360-4000 Fax: (+56-2) 360-4030.

Cariola, Díez, Pérez-Cotapos y Cía. Ltda. -Todos los derechos reservados.

Se autoriza la reproducción de textos completos e inalterados de cada reporte, siempre que Cariola, Díez, Pérez-Cota-pos & Cía. Ltda. sea identificado como titular de todos los derechos de autor.

La información y las opiniones contenidas en este boletín son inherentemente generales y su aplicación a cualquier caso específico requiere asesoramiento legal.

Para cambiar cualquier detalle de su suscripción o incluir una dirección de correo electrónico en la lista de distribución de este boletín, por favor envíe un correo electrónico con su nombre, empresa y dirección de correo electrónico a suscribe@cariola.cl.

Para eliminar su dirección de correo electrónico de nuestra lista, responda a remove@cariola.cl.

Nueva Ley de Libre Competencia

Enero 2017

INTERLOCKING Y PARTICIPACIONES SOBRE EL 10% EN COMPETIDORES.

La reciente Ley N° 20.945 (la “Ley”) publicada el 30 de agosto pasado, introduce modificaciones a ley de Defensa de la Libre Competencia (“DL 211”) y entre otras materias, prohíbe el interlocking entre competidores y obliga a notificar a la Fiscalía Nacional Económica (“FNE”) las participaciones sobre el 10% en competidores. La Ley fijó un plazo de 180 días que vence el 26 de febrero de 2017 para cumplir con las nuevas disposiciones.

1. INTERLOCKING

El nuevo artículo 3° letra d) de la Ley prohíbe “la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí”, cuando se cumplan los siguientes requisitos copulativos: (i) que el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las empresas tenga ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las 100.000 UF en el último año calendario, y que (ii) la participación simultánea en los cargos referidos se mantenga transcurridos 90 días corridos desde el término del año calendario en que hubiese superado el umbral señalado.

La norma no contempla una sanción específica para esta conducta, en virtud de lo cual tiene plena aplicación el régimen general que contempla el artículo 26 de la Ley, el que puede incluir la (i) modificación o terminación de los actos, contratos, convenios o acuerdos contrarios a la Libre Competencia; (ii) la modificación o disolución de las entidades involucradas y (iii) multas a beneficio fiscal equivalentes al 30% de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el periodo por el cual ésta se haya extendido; hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción; o en su defecto, por una suma equivalente a 60.000 UTA (anteriormente el tope para conductas distintas a la colusión ascendía a 20.000 UTA).

En cuanto a la vigencia de la norma, el artículo primero transitorio otorga 180 días desde la fecha de su publicación (30 de agosto de 2016), con el propósito de permitir ajustarse a ella. En consecuencia, antes del 26 de febrero de 2017, quienes se encontraban en esta situación, deben terminar el interlocking.

Nueva Ley de Libre Competencia

Enero 2017

2. PARTICIPACIONES SOBRE EL 10% EN COMPETIDORES

La Ley también incorpora un nuevo artículo 4° bis al DL 211, que establece la obligación de informar 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”.

Las notificaciones que deban practicarse en razón de nuevas adquisiciones llevadas a cabo después de la publicación de la Ley N° 20.945, se deben efectuar dentro de 60 días desde del perfeccionamiento de la operación. En cambio, aquellas participaciones de una empresa o de alguna entidad integrante de su grupo empresarial en el capital de empresas competidoras existentes al momento de la entrada en vigencia de esta ley, deberán ser informadas dentro del plazo de 180 días contado desde la publicación de la Ley, esto es, antes del 26 de febrero de 2017.

Con la notificación, la FNE tendrá la oportunidad de evaluar la necesidad de iniciar una investigación para analizar eventuales infracciones a la normativa de libre competencia, para lo cual dispondrá de un plazo de tres años contados desde la fecha de notificación a la FNE (expirado dicho plazo, carecería de la facultad correspondiente).

Sin perjuicio de lo anterior, y consistente con la regulación respecto de la configuración del interlocking, la norma prescribe que la obligación de informar existirá únicamente en el caso en 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 100.000 UF en el último año calendario.

Al igual que en el caso anterior, la infracción a la obligación de informar podrá dar lugar a la aplicación del régimen general de sanciones que contempla el artículo 26 del DL 211.

Esto es, la posibilidad que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia imponga la modificación o terminación del acto en virtud del cual se adquirió la participación minoritaria (y hasta la modificación o disolución de las entidades involucradas) y las multas a beneficio fiscal equivalentes al 30% de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el periodo por el cual ésta se haya extendido; hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción; y si no es posible determinar las ventas o el beneficio económico, la multa que puede ascender hasta las 60.000 UTA.

3. DESAFÍOS PENDIENTES

Resulta atinente resaltar que estas modificaciones presentan algunos desafíos:

1. La Ley no se hizo cargo de definir qué se entiende por empresas competidoras. Al efecto, a partir de ciertas guías emitidas por la FNE es posible deducir que aquellas empresas competidoras que pertenecen al mismo grupo empresarial quedarían excluidas de la prohibición de interlocking y liberadas de la obligación de informar aquellas participaciones que superen el 10%. Sin perjuicio de lo anterior, será el TDLC y la FNE quienes con su jurisprudencia y criterios administrativos irán definiendo en el futuro estos conceptos.

2. Asimismo, para el caso del interlocking no es claro el concepto de ejecutivos relevantes, puesto que la ley sólo define el concepto de ejecutivo principal. A este respecto, el artículo 68 de la Ley N° 18.045 de Mercado de Capitales establece que se entenderá por ejecutivo principal a cualquier persona natural que tenga la capacidad de determinar los objetivos, planificar, dirigir o controlar la conducción superior de los negocios o la política estratégica de la entidad, ya sea por sí solo o junto con otros. Además agrega que en el desempeño de las actividades precedentemente señaladas no se atenderá a la calidad, forma o modalidad laboral o contractual bajo la cual el ejecutivo principal esté relacionado a la entidad, ni al

¹ Borrador Formulario Obligación de Información del Artículo 4 bis del DL 211 y Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración.

Nueva Ley de Libre Competencia

Enero 2017

título o denominación de su cargo o trabajo. En consecuencia, la aplicación de este concepto legal para el término ejecutivo relevante, quedará también sujeta a lo que el TDLC y la FNE establezcan en sus futuros pronunciamientos.

3. En relación a las participaciones sobre el 10% en competidores, la Ley nada dice respecto de aquellas obligaciones sobrevivientes que tienen lugar cuando dos empresas no eran competidoras al momento de la adquisición, pero devienen en tales con posterioridad. Dicha situación no queda resuelta en la Ley, sin embargo, una primera lectura haría interpretar que estos casos quedan excluidos.

4. Por último, es importante señalar que la Ley no delimita la aplicación de la norma solamente a empresas chilenas, por lo que en principio también podría alcanzar a las empresas extranjeras.

Nueva Ley de Libre Competencia

Enero 2017

AUTODIAGNÓSTICO

Con el propósito de facilitar un autodiagnóstico sobre si determinada circunstancia o situación podría configurarse como interlocking o participaciones sobre el 10% en competidores, recomendamos realizar el ejercicio de completar las siguientes tablas:

1. INTERLOCKING

a) Dentro del mismo Grupo Empresarial

Nombre Director o Ejecutivo Relevante	Cargos de Director o Ejecutivo Relevante en sociedades del mismo Grupo Empresarial	Nombre de las sociedades del mismo Grupo Empresarial	Actividad o rubro de las sociedades	Fecha de asunción al cargo

Nueva Ley de Libre Competencia

Enero 2017

b) Fuera del Grupo Empresarial

Nombre Director o Ejecutivo Relevante	Cargos de Director o Ejecutivo Relevante en sociedades que no pertenecen al mismo Grupo Empresarial	Nombre de las sociedades que no pertenece al Grupo Empresarial	Actividad o rubro de las sociedades	Fecha de asunción al cargo

2. PARTICIPACIONES SOBRE EL 10% EN COMPETIDORES

Nombre sociedad del Grupo Empresarial	Nombre de sociedades en que se haya adquirido participación	Actividad o rubro de las sociedades de la cual se adquirió participación	Porcentaje de participación	Indicar si participación es directa o indirecta