

**DEJA SIN EFECTO RESOLUCIÓN EXENTA
NRO. 1118 DE FECHA 29 DE NOVIEMBRE DE
2012 QUE APRUEBA GUÍA INTERNA PARA EL
ANÁLISIS DE OPERACIONES DE
CONCENTRACIÓN.**

RESOLUCIÓN EXENTA N° 331 /

Santiago, 29 MAY 2017

VISTOS:

El Decreto Ley 211 de 1973 y sus modificaciones legales, en especial la contenida en la ley N° 20.945; la Resolución Exenta Nro. 1118 de fecha 29 de noviembre de 2012 que aprueba Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración; la Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración del año 2012; y

CONSIDERANDO:

1. Que, la Resolución Exenta Nro. 1118 de fecha 29 de noviembre de 2012 de este Servicio aprobó la Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración (en adelante la "Guía"), ordenando que la misma tuviese carácter obligatorio para el personal del Servicio, sustituyendo la Guía elaborada el año 2006 en relación con esta materia;

2. Que, la Guía especifica el contenido del análisis que hace ésta institución a propósito de las operaciones de concentración, además del procedimiento al que se sujetan las notificaciones voluntarias que hicieren los particulares que manifestaren su intención de participar de una operación de concentración;

3. Que, en virtud de las modificaciones legales introducidas al DL 211 por la Ley Nro. 20.945 que entrarán a regir el 1 de junio de 2017, aspectos procedimentales y sustantivos establecidos en la Guía no son plenamente compatibles con dicha normativa, particularmente en lo que respecta al procedimiento al que se sujetan las notificaciones;

4. Que, lo anterior hace necesario dejar sin efecto la Resolución Nro. 1118 de 2012, sin perjuicio de que los funcionarios de la Fiscalía Nacional Económica podrán seguir considerando, en lo que corresponda, aquellos aspectos de la Guía referidos al marco analítico de análisis de operaciones de concentración.

5. Que, atendido lo expuesto

RESUELVO:

Déjese sin efecto a partir del 1 de junio de 2017 la Resolución Exenta N° 1118 de fecha 29 de noviembre de 2012 de éste Servicio.

ANOTESE, ARCHÍVESE, PUBLIQUESE EN INTRANET Y EN LA PÁGINA WEB DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA.



FELIPE IRARRÁZABAL PHILIPPI
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

FCB/MSM/ISC/PCA

GUÍA PARA EL ANÁLISIS DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

OCTUBRE 2012

PRESENTACIÓN

La presentación y difusión de este documento representa un esfuerzo de la Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o “Fiscalía”) por promover la libre competencia entre los agentes económicos, al entregar lineamientos respecto a lo que la FNE entiende por operaciones de concentración y cuáles son los criterios, marco analítico y herramientas que utilizará este servicio al momento de evaluar una operación de concentración. El presente documento sustituye la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales de 2006.

La FNE, en conocimiento que las operaciones de concentración son de gran importancia para el desarrollo de los mercados, busca precisar y transparentar el análisis que efectúa en esta materia, de manera de ofrecer certeza sobre la forma en que, a este respecto, dará cumplimiento a su función.

La Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontal da cuenta no sólo de los criterios de análisis actualmente relevantes, sino que describe el procedimiento especial al que la FNE sujetará la revisión de la operación en el caso que las Partes involucradas le comuniquen, antes de materializarla, su intención de concentrarse y proporcionen información para ello. Este procedimiento ha sido diseñado sujeto a plazos que buscan garantizar la efectividad y oportunidad de esa revisión.

Este documento es un material de promoción, y da cuenta de una reglamentación interna de la Fiscalía. De esta forma, no compromete ni al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) ni a la Excelentísima Corte Suprema, ni altera o afecta el mecanismo de consulta establecido en los artículos 18 N°2, 31 y 32 del DL 211.

Atentamente,

Felipe Irarrázabal Ph.
Fiscal Nacional Económico

CONTENIDOS

I. ANÁLISIS DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN DE CARÁCTER HORIZONTAL.....	6
I.1. MARCO ANALÍTICO	7
I.2. ANÁLISIS	9
I.2.1. Caracterización de la operación.....	9
I.2.2. Mercado relevante.....	10
I.2.3. Participaciones de mercado.....	12
I.2.4. Concentración y umbrales.....	13
I.2.5. Condiciones de Entrada al Mercado	14
I.2.6. Efectos sobre la competencia	17
I.2.7. Contrapesos a los efectos	22
II. PROCEDIMIENTO AL QUE LA FNE SUJETARÁ EL ANÁLISIS DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN	26
II.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y REGLAS GENERALES	26
II.1.1. Formas de conclusión del procedimiento.....	27
II.1.2. Perfeccionamiento de la operación notificada en el curso de la investigación.....	28
II.1.3. Confidencialidad	29
II.1.4. Plazos	29
II.1.5. Notificaciones y comunicaciones	29
II.2. NOTIFICACIÓN A LA FNE DE LA INTENCIÓN DE CONCENTRARSE	30
II.3. INICIO DE LA INVESTIGACIÓN	30
II. 4. PROCEDIMIENTO	31

INTRODUCCIÓN

En términos generales, las operaciones de concentración son actos o convenciones que tienen por objeto o efecto que dos o más entidades económicas independientes entre sí pasen a conformar una sola entidad, a tomar decisiones en forma conjunta o a integrar un mismo grupo empresarial.

Las operaciones de concentración resultan mayoritariamente positivas, e incluso cruciales para el desarrollo de una sana y vigorosa economía de mercado. Dan a las empresas la posibilidad de incrementar su eficiencia a través del aprovechamiento de sinergias y ahorros de costos. Esto, a su vez, redundará en beneficios para los consumidores cuando dichas eficiencias les son efectivamente traspasadas.

Sin embargo, hay ocasiones en que las operaciones de concentración pueden afectar la competencia en los mercados. Por lo mismo, las legislaciones nacional y comparada contemplan diversos sistemas de revisión y control de estas operaciones que pretenden, por una parte, evitar el daño a la libre competencia que pudiera derivarse de ellas y, por el otro, asegurar el normal desenvolvimiento de los negocios.

En ese entendido, existe consenso en que el control de las operaciones de concentración es un pilar básico de todo sistema desarrollado de defensa de la competencia.

En Chile, el control de las operaciones de concentración se sujeta a las normas generales de cualquier hecho, acto o contrato que impide, restringe o entorpece la libre competencia, o genera el peligro o la potencialidad de hacerlo.

De este modo, las operaciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, o que tiendan a producir dichos efectos, infringen las disposiciones del Decreto Ley N° 211 (“DL 211”). Por lo mismo, quienes ejecuten o celebren dichas operaciones sin contar con una resolución favorable emitida por el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“Tribunal” o “TDLC”) podrán ser sancionados con multas y/o una o más de las medidas que el mismo cuerpo legal establece, sin perjuicio

de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que puedan decretarse respecto de esas operaciones, tal como se regula en los artículos 3 y 26 del DL 211.

El artículo 18 número 2 del DL 211, por su parte, faculta al TDLC para conocer de aquellas operaciones de concentración que puedan infringir la normativa de libre competencia, esto es, que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o que puedan tender a producir dichos efectos, otorgando al Tribunal la facultad de fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales operaciones.

La FNE, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 2 del DL 211, debe propiciar o intervenir en los procedimientos contenciosos o no contenciosos a que den lugar tales eventos, manifestando en cada caso –y valiéndose de los instrumentos procesales procedentes– si estima que una operación de concentración impide, restringe o entorpece la libre competencia; tiende a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia; o puede producir tales efectos.

La presente Guía constituye un esfuerzo por dar a conocer a las empresas y a la comunidad en general la forma en que la FNE evalúa si una operación de concentración entre competidores, actuales o potenciales, infringe o puede infringir las disposiciones del DL 211, exponiendo los criterios en los que funda su análisis.

El presente documento continúa la senda inaugurada por la Guía Interna Para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales de octubre de 2006, a la que viene a sustituir. Algunos cambios legales, los avances en la teoría económica, la jurisprudencia de nuestros tribunales y la experiencia acumulada por la FNE analizando operaciones de concentración desde que la Guía de 2006 fuera publicada, justifican esta nueva versión. Inevitablemente, los factores que explican la necesidad de una nueva Guía seguirán mutando en el futuro, lo que obligará a la FNE a adaptar sus prácticas y –cuando el presente documento no capture ya la mutación– será preciso también reemplazarla.

La presente Guía da cuenta, asimismo, del procedimiento interno que aplicará la FNE para efectuar el análisis de operaciones de concentración cuando las Partes notifiquen a la FNE su intención de concentrarse, y que lo sujeta a trámites determinados y concretos, y a plazos previsibles. A diferencia del resto de la Guía, este nuevo procedimiento regirá la actuación de la FNE también en el análisis que efectúe de las operaciones verticales o de conglomerado, en lo que sea pertinente.

I. ANÁLISIS DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN DE CARÁCTER HORIZONTAL

El mecanismo de análisis que a continuación se describe está referido a las operaciones de concentración horizontales¹. De esta forma, cuando en adelante se aluda a operaciones de concentración, o simplemente a concentraciones, deberá entenderse hecha esa referencia a operaciones de concentración entre competidores actuales o potenciales.

La FNE entiende por operación de concentración o concentración, las fusiones, las adquisiciones de acciones, las adquisiciones de activos, las asociaciones y, en general, los actos y convenciones que tienen por objeto o efecto que dos o más empresas económicamente independientes entre sí pasen a conformar una sola empresa, a tomar decisiones en forma conjunta o a integrar un mismo grupo empresarial².

El presente capítulo pretende esclarecer el marco analítico que utilizará la FNE para evaluar los efectos competitivos de las operaciones de concentración de carácter horizontal (I.1) y las herramientas que suele utilizar en dicha evaluación (I.2). Ambos

¹ La FNE entiende por concentración horizontal, aquella en que las empresas involucradas son competidoras actuales o potenciales en un mercado relevante dado; por concentración vertical, aquella en que las empresas involucradas operan en distintas etapas de la producción o distribución de un bien o servicio, generalmente con carácter de proveedoras y clientes entre sí; y por concentración de conglomerado, aquella que no tiene el carácter de horizontal ni de vertical.

² La definición que entrega la Guía apunta al cambio de incentivos que se produce cuando dos entidades económicas que actuaban de forma independiente, mediante algún arreglo contractual o fáctico, alinean sus incentivos para maximizar de manera conjunta sus beneficios. Dicha definición se fundamenta en conceptos económicos. Por lo mismo, la gama de fenómenos jurídicos que puede comprender es amplia y variada, y no se limita a aquellos mencionados en la definición. Por lo mismo, la Guía será aplicable a los acuerdos o asociaciones o propuestas de acuerdos o asociaciones entre competidores que puedan producir efectos como los descritos. En tal sentido, la FNE podrá, si así lo estima, analizar conforme con los criterios de esta Guía, operaciones que, sin hacer desaparecer la independencia entre dos o más competidores, disminuyan sus niveles de autonomía o alteren la forma en que sus decisiones competitivas son tomadas, como puede ocurrir en los casos de participación conjunta de competidores, directa o indirecta, en un determinado emprendimiento (por ejemplo, en los casos de *joint venture*); la adquisición de una participación minoritaria, directa o indirecta, en la propiedad de un competidor; la coincidencia entre las personas que integran los órganos de decisión o administración de entidades que compiten entre sí, entre otros.

acápites pretenden clarificar, asimismo, los tipos de evidencia que la FNE utiliza en sus análisis.

Por tratarse de un documento que intenta otorgar orientación para todas las operaciones de concentración horizontal, esta Guía sólo presenta consideraciones y criterios generales, los que no siempre resultarán aplicables a cada análisis particular. De este modo, no puede ser interpretada como una tipificación estricta de un marco teórico, ni como una regulación del orden necesario o lógico en que deberá efectuarse tal análisis. Como es evidente, cada operación de concentración demanda, por su naturaleza, un examen pormenorizado de las particularidades del mercado en que tiene lugar, de la operación misma, de los actores que involucra, entre otros varios aspectos.

Con todo, la presente Guía provee una orientación clara y transparente del marco analítico utilizado por la FNE para el análisis de operaciones de concentración, así como una explicación de las herramientas comúnmente aplicadas en el examen concreto.

I.1. Marco analítico

La FNE entiende que una operación infringe o puede infringir las disposiciones del DL 211 cuando otorga, refuerza o incrementa, o puede otorgar, reforzar o incrementar la capacidad de la entidad fusionada, por sí sola o en conjunto con otras, para ejercer poder de mercado, o cuando tienda o pueda tender a ello.

A su vez, una operación de concentración otorga, refuerza o incrementa el poder de mercado cuando la entidad fusionada enfrenta menores constricciones competitivas que aquellas que enfrentarían por separado las entidades que se concentran si la operación no tuviera lugar. Cuando ello ocurre, es posible que la entidad fusionada en forma unilateral o coordinada, alternativa o conjuntamente, incremente los precios, reduzca la cantidad producida, disminuya la innovación, la calidad o la variedad o altere alguna otra variable competitiva causando perjuicio a los consumidores, de un modo que ninguna de las Partes de la operación habría podido realizar por separado³.

Por regla general, el análisis que se hace de una operación de concentración busca comparar los niveles de competencia de un escenario en que intervienen las empresas

³ En lo que sigue, cuando se use la expresión “capacidad de aumentar los precios”, debe entenderse incluida la capacidad de afectar cualquiera de las variables competitivas señaladas.

que buscan concentrarse y el que tendría lugar tras la concentración. Dicho de otro modo, lo que se pondera son los niveles de competencia que se espera con y sin que la concentración tenga lugar. La función del control es evitar que las operaciones reduzcan los niveles de competencia.

Un buen indicador de la realidad competitiva que cabe esperar en el evento que la operación de concentración no se lleve a cabo suele ser aquella que prevalece o prevalecía antes de la misma. Por ello, en la mayoría de los casos, las condiciones competitivas existentes en el momento de la operación de concentración constituyen la referencia comparativa más adecuada para evaluar los efectos de la misma. Sin embargo, en determinadas circunstancias, la FNE toma en cuenta los cambios que resulten razonablemente predecibles, considerando, en particular, el posible ingreso o salida de agentes económicos, en el supuesto de que no se produjera la concentración. También considera los planes de expansión con que contaban las Partes antes de decidir concentrarse, la posibilidad de supervivencia en el mercado de las empresas que se concentran o cambios regulatorios inminentes, entre otros⁴.

Una operación puede otorgar, reforzar o incrementar el poder de mercado eliminando la competencia entre las entidades que se concentran, con independencia del comportamiento de terceros. Estos efectos son denominados “efectos unilaterales”. Asimismo, una operación puede otorgar, reforzar o incrementar el poder de mercado aumentando los incentivos para que la entidad fusionada y sus competidores coordinen o acomoden entre sí su comportamiento. Éstos efectos son individualizados como “efectos coordinados”. Una operación puede generar ambos tipos de riesgos, y el límite entre ambos puede resultar a veces difuso.

Para analizar si una operación infringe o puede infringir las disposiciones del DL 211, la FNE suele considerar dos aspectos que se relacionan entre sí: la definición del o los mercados relevantes en que incide la operación de concentración y los efectos que tendrá la operación sobre la competencia que tiene lugar en dichos mercados. El

⁴ Esto mismo explica que, en ocasiones, la adquisición de competidores potenciales puedan ser analizadas como operaciones de concentración. Así, por ejemplo, la adquisición de un potencial entrante, de un entrante reciente cuya expansión y vigor competitivo sea esperable, de un actor establecido en un negocio relacionado que le confiera ventajas para ingresar al mercado del adquirente, concentraciones que impidan la expansión de un actor en nuevos mercados geográficos o impidan o retarden la introducción de nuevos productos, entre otras, son todas circunstancias que la FNE podrá evaluar como cambios razonablemente predecibles en un escenario en que la concentración no tenga lugar.

objetivo último del análisis de las operaciones de concentración consiste en determinar efectos, y no en definir mercados relevantes.

Normalmente, la evidencia que pueda reunir y procesar la FNE se utiliza tanto para la definición de los mercados relevantes como para evaluar los efectos que la operación pueda tener en la competencia. La definición de los mercados relevantes y las demás herramientas que se utilizan en el análisis de operaciones de concentración interactúan de un modo dinámico, y suelen complementarse en el análisis que hace la FNE de las operaciones de concentración.

El análisis que sigue utiliza como modelo la concentración entre proveedores de un producto, y la posibilidad de que la misma aumente los precios que por él pagan sus clientes, en el entendido que este fenómeno afecta el precio que el consumidor final pagará por el mismo. Con todo, es importante tener presente que el mismo tipo de análisis, con las variaciones que corresponda, se hará cuando el poder de mercado se manifieste como poder de compra o cuando la variable competitiva que puede alterar no sea el precio, sino la innovación, la variedad o la calidad de los productos.

Por último, las conclusiones a las que arribe la FNE al analizar las operaciones de concentración descansarán en la información de la que disponga. Esa información es provista normalmente por las Partes, a quienes les asiste, como a toda persona requerida al efecto, la obligación legal de aportarlos de un modo íntegro, veraz y oportuno. Las conclusiones de la FNE, así como los cursos de acción que a partir de ellas siga que se sustenten en información errónea, incorrecta o incompleta, podrán ser siempre objeto de revisión.

I.2. Análisis

I.2.1. Caracterización de la operación

La FNE suele iniciar su análisis caracterizando la operación, determinando sus principales aspectos legales, contractuales, comerciales, financieros y económicos. Uno de los objetivos principales de este análisis es determinar si la operación constituye efectivamente una concentración. Entre otros aspectos, la FNE intenta determinar:

- a. En qué consiste la operación;

- b. Quiénes son las Partes involucradas;
- c. Quiénes son sus personas relacionadas y quiénes sus controladores directos e indirectos;
- d. Cuáles son los rubros o giros en que se desempeñan las Partes y sus personas relacionadas;
- e. Qué partes de sus respectivas operaciones quedan incluidas en la concentración;
- f. El monto de la o las transacciones involucradas, así como los niveles de facturación de las entidades que se concentran;
- g. Su cronograma de ejecución y los plazos y condiciones de que penda cada etapa;
- h. La existencia de cláusulas de no competir y sus condiciones.

1.2.2. Mercado relevante

La FNE define los mercados relevantes con el objetivo de proveer un marco para el análisis de los efectos competitivos de una operación de concentración. El mercado relevante contiene las alternativas más significativas con que los clientes de las entidades que se concentran pueden sustituir los productos de las Partes involucradas en una operación. Por lo mismo, el mercado relevante normalmente permite determinar las limitaciones competitivas que enfrentan las entidades que se concentran.

Con todo, el análisis de las operaciones de concentración no se iniciará siempre, ni contemplará necesariamente, la definición del o los mercados relevantes que involucra la operación. Sin embargo, la Fiscalía define los mercados relevantes en una amplia mayoría de los casos que analiza, y aun cuando no lo haga considera siempre en algún punto las alternativas con que los consumidores pueden reemplazar los productos ofrecidos por las Partes que se concentran.

Se entiende por *mercado relevante* el de un producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado.

La FNE entiende que conforman un mismo mercado relevante el producto o grupo de productos que sus consumidores consideren sustitutos suficientemente próximos⁵.

⁵ La habilidad de competidores actuales o potenciales de las entidades que se concentran para responder a un aumento en los precios es importante a la hora de determinar si es posible ejercer poder de mercado

Asimismo, la FNE entiende delimitado el mercado relevante por la menor área geográfica dentro de la cual sea probable ejercer poder de mercado respecto del producto o grupo de productos relevantes.

Al definir el mercado relevante, la FNE considera una serie de factores que permiten prever la sustitución del o los productos ofrecidos por las entidades que se concentran, o del área en que las mismas lo ofrecen, ante variaciones en su precio o su calidad. Entre otros, la Fiscalía considera normalmente los siguientes:

- a. Diferencias de precio entre el o los productos candidatos a integrar un mercado relevante, y su variación considerando el área geográfica en que se ofertan y demandan;
- b. La función o uso de los productos candidatos a integrar un mismo mercado relevante;
- c. Las características físicas o técnicas del bien o servicio;
- d. Tiempo y costos de cambio de producto o área;
- e. Los canales a través de los cuales los productos llegan a sus clientes.

Entre otras, la FNE utiliza las siguientes fuentes para analizar los factores listados:

- a. Jurisprudencia nacional e internacional;
- b. Evidencia pasada sobre cambios o inclinaciones al cambio de producto o área geográfica de parte de los compradores, frente a variaciones de precios o calidades del producto;
- c. Decisiones comerciales de las Partes que se concentran, o de sus posibles competidores, fundadas en la probable sustitución de producto o área por parte de los compradores, ante variaciones de precios o calidades del producto;
- d. Opinión de clientes y competidores, especialmente de los primeros;
- e. Estudios de mercado con que cuenten las empresas, especialmente si han sido preparados con anterioridad a que contemplaran concentrarse;
- f. Diferentes categorías de clientes y discriminación de precios;
- g. En caso de existir datos suficientes y confiables para ello, la FNE suele utilizar en su análisis herramientas cuantitativas que ayuden a la definición del mercado relevante.

respecto de un producto o grupo de productos en un área geográfica. Sin embargo, la FNE suele considerar dichas circunstancias al analizar las condiciones de entrada al mercado. Ver I.2.5.

La FNE considerará, además, la dimensión temporal del mercado relevante, especialmente cuando exista evidencia de demanda de punta y fuera de punta o de demanda estacional (de verano e invierno), o se trate de bienes durables o de productos de rápida obsolescencia.

1.2.3. Participaciones de mercado

Definidos los mercados relevantes, la FNE identifica las empresas que participan en él, incluyendo, cuando corresponda, a las que operen desde el exterior. Luego, determina sus participaciones de mercado, preferente pero no exclusivamente, en función de sus respectivas ventas monetarias anuales.

El criterio y periodo que se utilice para definir las participaciones de mercado será aquél que, dadas las peculiaridades de cada mercado, mejor reflejen la significancia competitiva de cada actor. Así, por ejemplo, el periodo a considerar para medir las participaciones podrá variar si no es necesariamente indicativo de la importancia relativa de cada competidor en el mercado, como puede ocurrir en mercados con grandes transacciones poco frecuentes en el tiempo⁶.

Por su parte, cuando las ventas monetarias no sean el mejor indicador de la importancia competitiva de cada uno de los actores, la FNE utiliza como complemento, o en lugar de ellas, las ventas físicas, la capacidad instalada, las reservas, entre otros.

Al momento de determinar la forma de medir las cuotas de mercado, la FNE tendrá también presente la data disponible y los costos de proveerla o producirla.

Normalmente, la FNE considera las participaciones de mercado de cada actor al momento de la operación que se analiza. Sin embargo, las cuotas pueden ser calculadas considerando los cambios que puedan esperarse razonablemente en un futuro cercano. Para estos efectos, la FNE puede tener presente salidas, entradas o expansiones inminentes de actores en el mercado relevante⁷.

⁶ Ello explica, por ejemplo, que las participaciones de mercado pierdan importancia relativa en el análisis de operaciones que tengan lugar en mercados de licitaciones.

⁷ Este criterio se podrá aplicar, por ejemplo, para el análisis de operaciones entre competidores potenciales.

Cuando las características del mercado lo exigen, la FNE puede extraer información valiosa de las participaciones de mercado históricas, así como de la evolución de las mismas a través del tiempo. Éste será especialmente el caso en mercados con participaciones volátiles, como sucede con frecuencia en aquellos en los que la innovación es una variable competitiva relevante.

Para calcular las participaciones de mercado que cabe esperar con posterioridad a la operación, la FNE utiliza normalmente la suma de las participaciones de las entidades que se concentran.

1.2.4. Concentración y umbrales

Identificados los actores y sus respectivas participaciones de mercado, la FNE determina normalmente el nivel de concentración del mismo y los cambios que en tales niveles provoque la operación de concentración que se analiza.

Para determinar la concentración de un mercado, así como la variación que en ella produce una operación, la FNE utiliza de manera preferente, pero no exclusiva, el denominado Índice de Herfindhal Hirschman (IHH)⁸.

La FNE presume que las operaciones de concentración que no sobrepasan un determinado umbral tienen un escaso potencial anticompetitivo. En consecuencia, la FNE descartará un mayor análisis:

- a. Si el IHH posterior a la operación es inferior a 1500;
- b. Si $1500 < \text{IHH} < 2500$ (el valor de este índice refleja un mercado moderadamente concentrado) y $\Delta \text{IHH} < 200$; y
- c. Si $\text{IHH} > 2500$ (el valor de este índice refleja un mercado altamente concentrado) y $\Delta \text{IHH} < 100$.

La FNE analizará con detención las operaciones que sobrepasen dichos umbrales.

⁸ El IHH se calcula sumando los cuadrados de las participaciones de mercado de los diversos actores, en términos porcentuales. Cuando existe un porcentaje del mercado no atribuible a actores determinados, para completar este porcentaje de procedencia no individualizada, la FNE, de acuerdo a un criterio conservador, supone infinitos actores, cada uno con una participación de mercado que tiende a cero. Este supuesto, por definición, no puede sobrestimar los niveles de concentración de un mercado.

Aun cuando una operación de concentración no exceda los umbrales establecidos, la FNE podrá analizarla detenidamente cuando concurren circunstancias especiales, tales como:

- a. Que una de las Partes involucradas en la operación sea un competidor potencial, o un actor recién ingresado, con una cuota de mercado pequeña que no necesariamente refleje su participación potencial en un futuro razonablemente previsible;
- b. Que alguna de las Partes de la concentración sea un innovador importante o un competidor especialmente vigoroso e independiente (una empresa *maverick*⁹), en un sentido que no se refleje en las cuotas de mercado; o,
- c. Que haya indicios actuales de coordinación, o los haya habido en el pasado reciente.

En general, la FNE utiliza la información estructural del o los mercados involucrados en una operación como un punto de partida en su análisis y evita, en la medida de lo posible, tenerla por un predictor preciso del desempeño competitivo de un mercado. Con todo, y en ausencia de información suficiente para probar de un modo más acabado los efectos competitivos esperables de una operación, la FNE tendrá la estructura como un antecedente calificado para evaluar la operación de que se trate.

1.2.5. Condiciones de Entrada al Mercado

La posibilidad de ingreso de nuevos actores al mercado relevante definido podría revertir cualquier preocupación respecto de efectos anticompetitivos asociados a la operación de concentración, si la autoridad llega a la convicción de que la entrada resulta copulativamente probable, oportuna y suficiente.

En el contexto del análisis de la probabilidad, oportunidad y suficiencia de la entrada, esta Fiscalía dará alta relevancia a la evidencia empírica que arroje el mercado, en particular, al comportamiento que ha tenido éste en el pasado en cuanto a la aparición de nuevos actores, el tiempo y las dificultades que enfrentaron para conseguir la

⁹ Las empresas '*maverick*' son aquéllas atípicas en el mercado, usualmente firmas pequeñas, que suelen actuar de forma independiente y sin necesariamente seguir a la empresa líder, lo que las vuelve competidoras vigorosas y efectivas en el mercado. Su conducta, independiente y poco previsible, puede ser un motor importante para la intensidad de la competencia, pudiendo llegar a minar los esfuerzos colusivos de otras empresas.

entrada. Así, por ejemplo, la ausencia de entrada ante un incremento no transitorio de los márgenes de las empresas incumbentes en el pasado, sugiere la existencia de condiciones desfavorables de entrada.

Por otra parte, en algunos casos, cuando exista un conjunto identificable de potenciales entrantes, ya sea por poseer activos necesarios para participar de la industria, participar en mercados adyacentes o complementarios, o porque exhiben características que revelen la existencia de incentivos para entrar, la FNE podría analizar las condiciones de entrada evaluando las posibilidades y la forma en que podría realizarse el ingreso al mercado por parte de estas empresas.

1.2.5.1. Probabilidad de Entrada

La probabilidad de entrada de una empresa en un mercado en particular depende de los incentivos para que se produzca dicho ingreso, vale decir, de la rentabilidad esperada de la decisión de entrar. Dicha rentabilidad considera el impacto de la entrada en las condiciones competitivas de dicho mercado, y, por otra parte, los costos involucrados en el proceso de entrada. Si los costos que debe incurrir una empresa para entrar a un mercado son superiores a las ganancias esperadas de operar en el mercado, entonces la entrada no será factible.

La rentabilidad esperada y, consecuentemente, la probabilidad de entrada, dependerá de las barreras de entrada. La FNE entenderá por tales aquellas características del mercado que otorgan ventaja a las empresas incumbentes respecto de sus competidores potenciales, retardando o haciendo más costoso el ingreso de estos últimos, y permitiendo a las primeras el ejercicio de poder de mercado durante un período de tiempo determinado.

Las principales Barreras de Entrada que considera la FNE en sus análisis son:

-Barreras legales: Todo obstáculo a la entrada que tenga por fundamento una norma jurídica que impida el ingreso de nuevos competidores o genere una ventaja de costo para las empresas establecidas en el mercado, con relación a los potenciales entrantes; así, por ejemplo, constituyen este tipo de barreras algunas regulaciones sectoriales, las patentes de invención y las licencias o permisos para el ejercicio de determinadas actividades.

En el caso del comercio internacional, constituyen barreras legales a la entrada las restricciones tarifarias y no tarifarias al comercio que tienden a proteger ciertos mercados domésticos, tales como la necesidad de autorización para importar, y la existencia de cuotas de mercado para potenciales sustitutos del bien o servicio importado.

-Costos hundidos: Los costos hundidos son aquellos que la empresa no puede recuperar en un plazo razonable al salir del mercado. La FNE examina especialmente la presencia de los siguientes costos hundidos: costos de puesta en marcha, como acopio de información del mercado, desarrollo y prueba de diseños del producto, instalación de equipos, contratación de personal y establecimiento de sistemas de distribución; inversión en activos específicos; inversión en publicidad y marketing, creación de marcas, servicios postventa, etc.; investigación y desarrollo; e innovación y tecnología.

La probabilidad de entrada aumenta cuando las empresas que operan en mercados cercanos disponen de plantas productivas que pueden utilizarse para entrar en el mercado en cuestión, reduciendo de esta manera los costos hundidos vinculados a dicha entrada.

-Comportamiento estratégico: Dentro de estas variables estratégicas analizadas por la FNE se pueden mencionar la (sobre) inversión en capacidad instalada o en marketing, la proliferación de marcas, acaparamiento de patentes, la existencia de cláusulas de no competencia y/o de exclusividad, los clubes de descuento o estrategias de fidelización de marca; la reputación de “competidor duro” como consecuencia de la aplicación de políticas agresivas de precios o de prácticas comerciales que, en general, tienen por efecto el incremento de los costos de los rivales¹⁰.

-Activos tangibles difíciles de replicar por los entrantes: Acceso a instalaciones o insumos esenciales o necesarios para el desarrollo de la actividad empresarial, que impidan a potenciales entrantes desafiar de manera exitosa a las empresas incumbentes.

¹⁰ El comportamiento estratégico no implica necesariamente la ejecución de un acto contrario a la libre competencia. Así, la realización de una actividad perfectamente lícita de cara a la normativa de la libre competencia puede dificultar o hacer más costoso el ingreso de nuevos competidores.

-Activos intangibles difíciles de replicar por los entrantes: Dentro de esta categoría destaca el nivel de fidelidad de los clientes, la cercanía con proveedores y distribuidores, la recordación marcaría de los productos de los incumbentes y la existencia de derechos de propiedad intelectual, entre otros.

-Costos de cambio: la FNE analizará la existencia de otros factores que afectan la probabilidad de ingreso, como los costos de cambio.

1.2.5.2. Tiempo y Suficiencia de la Entrada

La FNE analiza el grado de rapidez y continuidad asociado a la entrada, a efectos de determinar si la misma es capaz de disuadir o imposibilitar el ejercicio del poder de mercado por parte de los incumbentes. Si bien el período de tiempo máximo en que deberá producirse la entrada depende de las características y la dinámica del mercado, en principio, la FNE no considera tolerable un período de ejercicio de poder de mercado superior a los dos años.

Para efectos de determinar lo anterior, la FNE evaluará el tiempo necesario para construir los activos específicos que se precisen para operar, optimizar el uso de los mismos, desarrollar o acceder a una red de distribución y adquirir una masa crítica de clientes.

Además de probable y oportuna, la entrada ha de tener un alcance y una extensión suficientes como para disuadir o impedir los potenciales efectos anticompetitivos asociados a la concentración. De esta manera, la existencia de evidencia empírica de entrada a pequeña escala, en segmentos de nicho, no permite presumir el cumplimiento de este requisito.

Por último, la FNE analizará la existencia de factores que demoren o afecten la probabilidad de ingreso con una escala suficiente, tales como la existencia de economías de escala, de ámbito y posibles efectos de redes, así como la madurez del mercado (en contraposición a un mercado en expansión, más apto para el ingreso de nuevos actores), requerimientos de capital y grado de certidumbre de la demanda.

1.2.6. Efectos sobre la competencia

El ejercicio propio del análisis de las operaciones de concentración es comparar los niveles de competencia que se espera que existan si la operación de concentración tiene lugar, respecto de aquellos que se esperarían en caso de que la operación no se verificara. Una disminución en los niveles de competencia supone un aumento en el riesgo de que la operación otorgue, refuerce o incremente el poder de la entidad concentrada, o de ésta en conjunto con los demás actores del mercado, generando así la habilidad y el incentivo para que ésta o aquellas aumenten sus precios o afecten otras variables competitivas.

Para efectos de dicho análisis, la FNE utilizará toda evidencia confiable que le permita evaluar si una operación infringe o puede infringir las disposiciones del DL 211. Sin que lo que sigue pueda considerarse una enumeración taxativa, la FNE podrá considerar los siguientes factores informativos respecto de los resultados competitivos que cabe esperar de la operación: La participación de mercado de las Partes que se concentran; los niveles de concentración del mercado y su variación producto de la operación de concentración, así como las cuotas de los demás actores; la factibilidad de una entrada oportuna y suficiente; los resultados que sobre la competencia hayan tenido operaciones de concentración anteriores en el mismo mercado, o en otros mercados similares¹¹; eventos similares a las operaciones de concentración que puedan ser informativos respecto de sus más probables efectos, como entradas o salidas del mercado o cualquier forma de experimento natural que pueda haber tenido lugar en el mercado; la información que puedan proveer mercados similares a aquellos afectados por la operación de concentración, que permitan, por ejemplo, comparar el comportamiento de una de las entidades que pretende concentrarse ante la presencia o ausencia de la otra o las demás Partes que involucra la operación, o ante una mayor o menor número de competidores.

1.2.6.1. Efectos unilaterales

La primera forma en que una operación puede generar efectos adversos es eliminando la competencia entre las Partes que se integran, permitiendo a la entidad concentrada ejercer poder de mercado en forma unilateral.

¹¹ Con todo, la FNE suele tener presente, al extraer evidencia de operaciones anteriores, que es posible que sus efectos no sean necesariamente observables, pues la entidad concentrada puede, por ejemplo, estar evitando ejercer el poder de mercado que ha obtenido, reforzado o incrementado producto de una operación, sabiendo que los mismos pueden estar siendo observados -y pueden eventualmente ser utilizados como evidencia- por los organismos encargados de defender la libre competencia.

Los efectos unilaterales se generan cuando, producto de la operación, la entidad concentrada adquiere un poder de mercado tal que la dota de la capacidad e incentivos para incrementar sus precios o disminuir las cantidades producidas, o los niveles de innovación, calidad o variedad que ofrece a sus clientes.

Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando una parte importante de los clientes de la empresa adquirente hubiesen dirigido su demanda hacia los productos ofrecidos por la empresa adquirida en el evento de que la primera incrementara sus precios. Lo anterior, toda vez que la operación permitirá a la empresa concentrada internalizar la pérdida, haciendo rentable un alza que de otra manera no hubiese podido llevarse a cabo.

Otro ejemplo de cómo una operación puede producir efectos unilaterales se da en los mercados de licitaciones, o en aquellos que comparten sus características. Dos oferentes que habitualmente pujan entre sí en negociaciones o licitaciones podrán verse menos compelidos a ofertar mejores condiciones en futuras licitaciones si se concentran, dañando así la competencia.

También se producen efectos unilaterales, cuando una empresa que goza de una posición monopólica o cuasi monopólica adquiere nuevos o potenciales competidores. En este caso, el efecto propio de la operación de concentración es impedir que los precios disminuyan o que aumente el grado de innovación o variedad en el mercado¹².

Con el objeto de determinar la existencia y entidad de los riesgos unilaterales, e idealmente cuantificar los mismos, la FNE podrá utilizar, además de la evidencia descrita en la sección I.2.6, los siguientes factores de análisis:

- a) El mayor o menor grado de sustituibilidad entre los bienes o servicios ofrecidos por las entidades que se concentran, en relación con otros productos que puedan integrar un mercado relevante, cuando se trate de productos diferenciados;

¹² Los riesgos unilaterales que pueden emanar de una operación de concentración no necesariamente se agotan en aquellos que implican un ejercicio directo de poder de mercado sobre los clientes o consumidores. En efecto, aunque menos frecuente, puede darse el caso de que la operación dote a la empresa fusionada de la capacidad e incentivos para excluir competidores, generando un efecto explotativo indirecto.

- b) La capacidad que tenga el resto de los actores, en el evento de un aumento de precios de la entidad concentrada, para aumentar su oferta tratándose de productos homogéneos, y para reposicionar productos de manera que compitan más directamente con aquellos ofrecidos por la empresa fusionada, tratándose de productos diferenciados;
- c) Las características del producto, por ejemplo, su nivel de obsolescencia, renovación tecnológica, grados de diferenciación, estructura y variación de los costos, que pueden facilitar o dificultar el ejercicio de poder de mercado;
- d) El comportamiento de las Partes, en especial si hay evidencia de abuso de poder de mercado en el pasado;
- e) La rentabilidad de las Partes;
- f) La elasticidad de la demanda;
- g) Las características de la empresa concentrada, tales como su fortaleza económica y financiera, y las implicancias de dichas características en su capacidad para obstaculizar la competencia de terceros, por ejemplo, a través del control de derechos de propiedad intelectual, insumos esenciales o puntos de distribución;
- h) El comportamiento, la rentabilidad y las características del competidor eliminado o de los concentrados, en orden a determinar si se está eliminando disputa. La adquisición de un competidor innovador, por ejemplo, puede estar motivada en el freno al desafío del dominante;
- i) La factibilidad de reemplazo de las empresas fusionadas de parte de sus clientes.

La aplicación de los factores enunciados dependerá del caso concreto (por ejemplo, si se trata de un mercado relevante de bienes homogéneos o diferenciados) y de la data de que se disponga.

1.2.6.2. Efectos coordinados

Una operación de concentración puede reducir los niveles de competencia en el o los mercados relevantes cuando facilita o puede hacer más efectivo el comportamiento coordinado de la entidad concentrada con sus competidores.

En condiciones de competencia, las empresas tienen incentivos para ofrecer a sus clientes productos más baratos, variados o innovadores. Los cambios estructurales que involucra una operación pueden afectar esos incentivos, haciendo más rentable

acomodar el comportamiento al de los demás actores que ofrecer a los consumidores un mejor trato y con ello ganar mercado. En suma, existen operaciones que hacen más rentable para las empresas abstenerse de competir en uno o más aspectos que rivalizar con sus competidores.

Existen diversas formas de coordinación. Ella puede ser, por ejemplo, explícita o implícita, o simplemente una conducta paralela que no responde a un entendimiento previo entre las empresas. Esto implica que los efectos coordinados en materia de operaciones de concentración incluyen conductas que no necesariamente serían reprochables por el derecho de la competencia en otros escenarios.

La coordinación puede surgir en torno a algunas, varias o a todas las variables de competencia relevantes en un mercado. La FNE, al analizar los riesgos de coordinación, suele identificar puntos o variables en torno a las cuales una acción coordinada puede surgir o estabilizarse, como el precio de uno o más productos, la repartición geográfica del mercado o de los clientes.

Para que la coordinación de los actores de un mercado sea posible, y para que los efectos coordinados de una operación resulten probables, no es necesario que todos los partícipes de un mercado acomoden entre sí sus comportamientos.

Al analizar los posibles efectos coordinados de una operación de concentración, la FNE suele apreciar una serie de factores que hacen a un mercado vulnerable a la coordinación, así como los efectos que sobre esos factores tenga la operación que se analiza. Los efectos coordinados son difícilmente cuantificables, sin embargo, cuando resulte posible, la FNE podrá utilizar herramientas cuantitativas para analizar la evidencia de coordinación pasada en el mercado, la vulnerabilidad del mercado a la coordinación, o su variación como resultado de la operación. Entre otros factores, la Fiscalía considera:

- a) Los niveles de concentración del mercado;
- b) El número de actores;
- c) La simetría en las participaciones de los actores;
- d) La simetría de costos de los partícipes del mercado;
- e) La homogeneidad o heterogeneidad del producto;
- f) La estabilidad o variabilidad de la demanda;

- g) La transparencia en los precios o en las cantidades producidas, o de otros factores que permitan suponer dichas variables;
- h) El flujo de información de competidores existentes en el mercado, así como las características y nivel de detalle de las mismas;
- i) Presencia de una amenaza creíble para el caso de desviación de los términos de la coordinación y una forma rápida de detectar las desviaciones;
- j) Los niveles de interacción entre los actores del mercado, considerando la cantidad de mercados en que interactúan, la frecuencia temporal de sus interacciones y la importancia relativa de las interacciones en su volúmenes totales de negocio;
- k) Las características de las empresas fusionadas, especialmente si alguna de ellas constituía una empresa *maverick*;
- l) Evidencias de colusión o coordinación ya existente en el mercado al momento de la operación, o aquella que pueda haberse observado en un pasado reciente;
- m) Evidencia de que las mismas empresas se hayan coludido o hayan coordinado su actuar en mercados similares o comparables a aquellos involucrados en la operación;
- n) La rentabilidad de las empresas concentradas y las de los demás actores;
- o) La evolución de las participaciones de mercado; y
- p) Participaciones cruzadas en la propiedad de distintos operadores del mercado;
- q) La presencia de circunstancias externas al mercado que puedan alterar la estabilidad o viabilidad de una eventual coordinación, cuestión en la que cobran especial relevancia las condiciones de entrada y de expansión, la presencia de otros competidores agresivos en el mercado, entre otros.

1.2.7. Contrapesos a los efectos

Junto a los efectos unilaterales o coordinados que pueda tener una operación, la FNE ponderará los contrapesos que resulten de los antecedentes que los interesados presenten durante la investigación. En especial se considerarán las posibles eficiencias que deriven de la operación y la posibilidad de que la operación tenga por propósito impedir la salida del mercado de los activos de una empresa en crisis.

1.2.7.1. Eficiencias

Las eventuales eficiencias que puedan emanar como consecuencia de una operación de concentración pueden representar un contrapeso a los riesgos aparejados a la misma.

Las eficiencias pueden ser de dos tipos: a) Eficiencias productivas, referidas a la reducción de costos; y b) Eficiencias dinámicas, relacionada al desarrollo de nuevos o mejores productos.

Las eficiencias productivas están dadas principalmente por la obtención de economías de escala, economías de ámbito, economías de densidad, sinergias, eliminación de duplicaciones que reduzcan los costos operacionales, especialización de plantas, racionalización de funciones administrativas y de gestión (por ejemplo, ventas, marketing, contabilidad, compras, finanzas, producción); y de la distribución, publicidad y aumentos de capital.

Dichas eficiencias juegan esencialmente un rol como contrapeso de riesgos unilaterales. Así, un agente económico que como consecuencia de una operación de concentración adquiere la habilidad para incrementar sus niveles de precios puede carecer de incentivos para ello, como consecuencia de una reducción significativa en su curva de costos.

Adicionalmente, las eficiencias productivas pueden servir para atenuar los riesgos de coordinación, toda vez que si resulta esperable que la entidad resultante de la operación de concentración exhiba una curva de costos menos simétrica a la de sus competidores, aquello puede reducir sus incentivos para coordinar su conducta con la de sus rivales.

Las eficiencias dinámicas constituyen sinergias que permiten a las empresas mejorar su desempeño de manera continua, en términos de calidad, servicio o variedad. Dichas sinergias emanan principalmente de la complementariedad de las empresas que se concentran, de manera que este tipo de eficiencias es más propia de operaciones de concentración de carácter vertical o de conglomerado, que de operaciones de carácter horizontal.

Las eficiencias dinámicas no operan como una mitigación directa de los riesgos creados, sino más bien como un contrapeso indirecto. En consecuencia, una operación de concentración puede dañar a los consumidores por la vía de precios más altos, y a la vez favorecerlos por la vía de crear una estructura empresarial redundante en nuevos y mejores productos. En esos casos, la FNE ponderará cualitativamente los efectos asociados a ambos escenarios.

La FNE contrapondrá a los riesgos de la operación de concentración las eficiencias que ésta pueda generar, siempre y cuando las eficiencias reportadas resulten verificables, inherentes a la operación de concentración y aptas para compensar el mayor poder de mercado obtenido por la empresa fusionada.

1.2.7.1.1. Verificables

Las eficiencias deben ser demostradas a través de evidencia convincente, tanto en lo relativo a su probabilidad de realización como en lo concerniente a su magnitud.

La FNE analizará, al efecto, los antecedentes del negocio, estados financieros, informes de investigación y desarrollo, planes estratégicos, planes de integración, estudios de consultores y otros datos disponibles o aportados por las Partes.

1.2.7.1.2. Inherentes a la operación de concentración

Las Partes deberán demostrar que las eficiencias son *inherentes a la operación*, es decir, atribuibles directamente a la fusión y no alcanzables mediante alternativas menos restrictivas de la competencia, tales como el crecimiento interno o la colaboración entre competidores (por ejemplo, *joint ventures*).

Lo anterior implica un análisis de probabilidad y no de posibilidad; en la medida en que la pregunta que persigue responder dice relación con la probabilidad de que las eficiencias hubiesen podido ser alcanzadas en ausencia de la operación de concentración, y no si ellas eran posibles de no haberse concretado esta última.

1.2.7.1.3. Aptas para compensar el mayor poder de mercado obtenido por la empresa fusionada

Las eficiencias emanadas de una operación de concentración deben ser aptas para revertir los riesgos a la competencia asociados a la misma. La demostración de este requisito exige acreditar que las eficiencias son suficientes, oportunas y traspasables a los consumidores.

- a. *Suficiencia*: Las eficiencias deben ser de magnitud suficiente para contrarrestar el incentivo de la empresa concentrada para aumentar los precios o afectar otras

- variables competitivas, como consecuencia del mayor poder de mercado de que la ha investido la operación de concentración. Así, mientras mayor sea el daño a los consumidores mayor deberá ser la entidad de la eficiencia.
- b. *Oportunidad*: Las eficiencias deben idealmente coincidir temporalmente con los efectos anticompetitivos asociados a la operación de concentración, y mientras más tiempo demoren en concretarse menos consideración les asignará la FNE en su análisis.
 - c. *Traspasables a los consumidores*: La FNE asignará mayor consideración a las reducciones de los costos variables o marginales, por cuanto aquellas tienen una mayor probabilidad de ser traspasadas a los consumidores. Las reducciones de costos fijos recibirán una consideración menor, y únicamente en la medida de que puedan llegar a beneficiar a los consumidores, como ocurriría en mercados donde la competencia dinámica haga factible que dichas reducciones influyan en una mayor innovación, mejoramiento de los productos vendidos o aumento de la variedad de los mismos.

1.2.7.2. Poder de negociación de los demandantes

Además de la presión ejercida por sus competidores, las empresas pueden estar sujetas a la presión competitiva de sus clientes. Dependiendo de la intensidad de dicha presión, podría ocurrir que el poder de mercado incrementado como consecuencia de la operación de concentración sea contrarrestado por el poder de negociación ejercido por sus clientes. Lo anterior aparece como más probable tratándose de riesgos de naturaleza unilateral que de riesgos de coordinación.

La FNE no considera que la mera existencia de clientes con poder de mercado constituya un contrapeso efectivo a los riesgos detectados, estimando necesario que se acredite, además, la habilidad e incentivo de éstos para recurrir a fuentes alternativas de aprovisionamiento o de integrar verticalmente sus operaciones en caso de un desmejoramiento de las condiciones ofrecidas por la empresa concentrada.

La FNE indagará, asimismo, la eventual existencia de otros clientes que careciendo de dicho poder de negociación, podrían verse expuestos al ejercicio de mayor poder de mercado por parte de la empresa concentrada.

1.2.7.3. Excepción de empresa en crisis

La FNE entiende que el hecho de que la empresa adquirida sea susceptible de ser calificada como empresa en crisis puede afectar el análisis anteriormente referido. En efecto, si los activos de la empresa están destinados a desaparecer del mercado, una mirada prospectiva del mismo indica que los consumidores no estarán peor después de ejecutada la operación de concentración, de lo que estarían si ésta no tuviese lugar.

Para configurar la excepción de empresa en crisis las Partes deberán acreditar:

- a. La empresa *presuntamente* en crisis, a causa de sus problemas económicos, abandonará el mercado en un futuro próximo si no es absorbida por otra empresa;
- b. Dicha salida hará inevitable la desaparición del mercado de los activos tangibles e intangibles de esa empresa;
- c. Que no existe otra opción para preservar los activos de la empresa en el mercado, y que sea menos gravosa para la competencia, habiéndose realizado esfuerzos por encontrar opciones alternativas.

II. PROCEDIMIENTO AL QUE LA FNE SUJETARÁ EL ANÁLISIS DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

En el examen de las operaciones de concentración, la Fiscalía sujetará su análisis al siguiente procedimiento:

II.1. Ámbito de aplicación y reglas generales

El procedimiento que a continuación se detalla es aplicable a las investigaciones que tengan por objeto evaluar los efectos competitivos de una operación de concentración, cualquiera sea la naturaleza de la misma, siempre que (i) no se haya materializado y (ii) se notifique a la FNE por quienes pretendan tomar parte en ella (las “Partes”).

En caso que las Partes, con posterioridad al inicio de este procedimiento y cualquiera sea su estado de avance, materializaren la operación notificada, la FNE dejará de regirse por el procedimiento establecido en esta Guía y se sujetará al **Instructivo Interno para el desarrollo de Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica de acuerdo con el artículo 39 Letra A) Del Decreto Ley N° 211.**

El procedimiento contenido en esta Guía es esencialmente colaborativo, por lo que la Fiscalía podrá asimismo ponerle término por la falta de diligencia o colaboración de quienes lo propongan.

II.1.1. Formas de conclusión del procedimiento

El presente procedimiento podrá concluir con: (i) una resolución de archivo, (ii) un acuerdo extrajudicial suscrito entre la FNE y las Partes, debidamente aprobado por el TDLC en los términos establecidos en el artículo 39 letra ñ) del DL 211, (iii) La presentación ante el TDLC de una consulta, en los términos del artículo 18 N° 2 del DL 211, respecto de la operación, sea que la sometan a su conocimiento las Partes o la FNE.

En el contexto de este procedimiento especial, la FNE:

1. Archivará los antecedentes cuando, dada la información de la que disponga, estime improbable que la operación notificada, de concretarse, pueda infringir las disposiciones del DL 211;
2. Explorará la posibilidad de suscribir un acuerdo extrajudicial con las Partes, cuando exista una conformidad entre éstas y la FNE respecto del riesgo de que la operación pueda infringir a las disposiciones del DL 211, y de las medidas que se pueden adoptar para cautelar debidamente la libre competencia en los mercados.
3. Consultará o propondrá a las Partes consultar al TDLC por los efectos de la operación notificada:
 - a. Cuando estime que la misma, de materializarse, infringiría las disposiciones del DL 211;
 - b. Cuando la información que las Partes hayan allegado a la Investigación no permita a la FNE descartar razonablemente que la operación notificada, de materializarse, pueda infringir las disposiciones del DL 211;

- c. Cuando existan aspectos relevantes en torno al diagnóstico de los efectos que sobre la libre competencia habrá de tener la operación, o a la forma más apropiada de mitigarlos, respecto de los cuales no haya conformidad de opinión entre la FNE y alguna de las Partes;
- d. Cuando por un motivo determinado del caso concreto, la FNE estime apropiado seguir el procedimiento de consulta establecido en el artículo 18 N° 2 del DL 211;

En aquellos casos en que el procedimiento concluya en archivo o en la suscripción de un acuerdo extrajudicial, el término del procedimiento supondrá también el de la investigación.

En caso que las Partes o la FNE consulten al TDLC por los potenciales efectos de la operación, se pondrá con ello término al procedimiento, pero no a la investigación, la que continuará sujeta a los plazos y términos establecidos por la ley y por el TDLC para el procedimiento no contencioso al que dé lugar la consulta.

La FNE expresa su firme compromiso con que el espíritu colaborativo que informa el procedimiento establecido en esta Guía se mantenga en el curso de las investigaciones que continúen luego de iniciado un procedimiento no contencioso ante el TDLC. La continuación de la investigación, una vez cerrado el procedimiento contemplado en esta Guía e iniciado aquél señalado en la ley ante el TDLC, tendrá por objeto permitir a la FNE formarse una opinión más acabada respecto de los potenciales efectos de la operación, así como de la efectividad de los remedios que los interesados propongan, con miras al aporte de antecedentes al que la FNE está llamada¹³.

II.1.2. Perfeccionamiento de la operación notificada en el curso de la investigación

En general, la Fiscalía entenderá que una operación de concentración se encuentra materializada cuando dos o más empresas económicamente independientes entre sí pasen a conformar una sola empresa, a tomar decisiones en forma conjunta o a integrar un mismo grupo empresarial. La materialización o perfeccionamiento de una operación

¹³ La mantención de la investigación facilita la aplicación del mecanismo contemplado en el artículo 31 número 2 del DL 211.

incluye, pero no se agota en, el perfeccionamiento del o los actos jurídicos que le sirven de vehículo.

Cuando la FNE estime que las medidas que puedan ser necesarias para restablecer la competencia sean compatibles con la materialización de la misma, podrá garantizar a los interesados el mantenimiento del presente procedimiento de investigación, acordándose otras medidas que permitan reversar aquellos efectos de la operación que eventualmente pudieren infringir las disposiciones del DL 211.

II.1.3. Confidencialidad

La Fiscalía mantendrá la confidencialidad o reserva de la operación notificada si así le es solicitado por las Partes. Con todo, los plazos comprometidos por la FNE para arribar a una conclusión respecto de la operación no comenzarán a correr mientras las Partes no autoricen a la FNE a hacer público el hecho de la notificación.

La confidencialidad de los antecedentes aportados por las Partes o por terceros en el proceso de investigación, y que sea solicitada por aquellas o éstos, se regirá por las reglas generales. En caso que se allegue información bajo reserva o confidencialidad, la Fiscalía instará que se haga entrega de una versión pública de la misma.

Cuando corresponda, la FNE procurará, asimismo, que la información suministrada por cada Parte no sea conocida por las demás.

II.1.4. Plazos

Los plazos que se indican a continuación se suspenden los sábados y los feriados¹⁴ y la Fiscalía podrá prorrogarlos si cuenta con el acuerdo de los interesados.

II.1.5. Notificaciones y comunicaciones

Durante este procedimiento, la Fiscalía buscará el modo más expedito de comunicación con los interesados. Para ello, solicitará a éstos la fijación de una casilla de correo

¹⁴ Cabe aclarar que no se entenderán como días feriados aquellos comprendidos en el tiempo de vacaciones de cada año a que alude el inciso primero del artículo 313 del Código Orgánico de Tribunales.

electrónico, un domicilio y un teléfono de contacto al momento en que le sea comunicada la operación que proyectan.

II.2. Notificación a la FNE de la intención de concentrarse

La Fiscalía someterá al procedimiento especial detallado en esta Guía la operación de concentración que los interesados le notifiquen por medio del formulario que dispondrá en su [sitio web](#). Una copia de dicho Formulario puede consultarse en el Anexo de esta Guía.

La FNE deberá resolver, antes de dar inicio al mismo, todas las dudas que le planteen las Partes referidas al procedimiento o a la forma de llenado del formulario.

II.3. Inicio de la investigación

Recibida la notificación de la operación, la Fiscalía le asignará una carátula y un rol correlativo. En caso de tratarse de una notificación confidencial, carátula y rol expresarán tal carácter. Asimismo, nombrará un equipo de investigación compuesto, al menos, por un abogado y un economista.

La FNE revisará que la notificación se haya efectuado correctamente, contando para ello con cinco días desde la notificación. Si se trata de una notificación completa, la Fiscalía dictará una resolución dando inicio a una investigación. La resolución se notificará a las Partes y se publicará en el [sitio web de la FNE](#).

Si la operación hubiere sido notificada bajo confidencialidad, la FNE no dictará resolución de inicio sino hasta que la confidencialidad o reserva hubiere cesado.

Si se tratare de una notificación incompleta, se comunicará tal circunstancia a las Partes, explicitándose las razones de su falta de completitud, y se tendrá por no presentada. En caso que esta comunicación no tuviere lugar dentro de plazo, la notificación deberá entenderse completa.

II. 4. Procedimiento

El procedimiento tendrá una duración máxima de 60 días, los que se contarán desde la fecha de la resolución de inicio. Este plazo podrá prorrogarse de común acuerdo entre las Partes y la FNE. Sin perjuicio de lo anterior, la FNE podrá poner término al procedimiento antes del plazo, de alguna de las formas señaladas en el punto II.1.1. Vencido el plazo máximo contemplado para el procedimiento sin que la FNE hubiese expresado su parecer respecto de la operación, se entenderá que la Fiscalía estima improbable que la misma, de concretarse, pueda infringir las disposiciones del DL 211.

Iniciado el procedimiento, la FNE podrá ejercer todas las facultades que le franquea la ley. Si la operación hubiere sido notificada bajo reserva o confidencialidad, la FNE no dará inicio formal al procedimiento sino hasta que las Partes consientan en dar publicidad a la operación y al hecho de la notificación. En el tiempo que medie entre la notificación y el cese de la confidencialidad de la misma, las Partes pueden adelantar información a la FNE, permitiéndole avanzar parte de la investigación que se iniciará una vez que la confidencialidad cese.

Si las Partes no decidieren poner término a la confidencialidad dentro de los 6 meses siguientes a la notificación la FNE podrá ordenar el archivo de los antecedentes, sin perjuicio de sus facultades para iniciar una investigación no sujeta al procedimiento regulado en esta Guía.

Una vez que las Partes comunicaren a la FNE el alza de la confidencialidad de la operación notificada, la Fiscalía dará inicio formal a la investigación, publicando en su [sitio web](#) la resolución que así lo ordene. A partir de dicha publicación la FNE podrá ejercer sus facultades investigativas respecto de las Partes y de Terceros, comenzando a correr el plazo de 60 días en el que deberá enmarcarse el presente procedimiento.

Antes de vencer el plazo máximo para la conclusión del procedimiento, por escrito o en una reunión citada al efecto, la FNE comunicará a las Partes su decisión de:

1. Archivar los antecedentes;
2. Alcanzar con las Partes un acuerdo extrajudicial;
3. Consultar al TDLC, en los términos establecidos en el artículo 18 N° 2 del DL 211, por los potenciales efectos competitivos de la operación.

En caso que la FNE decida archivar los antecedentes, ésta contará con un plazo de 15 días, desde que comunique tal decisión a las Partes, para notificar y publicar la resolución que ordene el archivo.

Si la FNE manifestare a las Partes su disposición de alcanzar un acuerdo extrajudicial, y aquellas se mostraren igualmente dispuestas, se sentarán las bases de dicho acuerdo y se fijará un cronograma para la negociación del mismo. Si cumplido el cronograma fijado para alcanzar el acuerdo no se pudieren concordar los términos del mismo, o si antes de cumplirse se observare que el acuerdo se vuelve inviable, la FNE consultará al TDLC por los efectos de la operación, o propondrá a las Partes hacerlo, rigiendo las condiciones establecidas en el párrafo anterior.

En caso que la FNE estime necesario consultar al TDLC por los efectos de la operación, se ofrecerá a la Partes que sean ellas quienes sometan a consulta la operación ante el TDLC. Si las Partes se muestran dispuestas a ello, se acordará un plazo dentro del cual la consulta deberá ingresarse al TDLC. Si las Partes no estuvieran dispuestas a consultar al TDLC, o vencido el plazo convenido con la FNE para consultar sin haberse presentado la misma, la FNE consultará directamente al TDLC por los potenciales efectos competitivos de la operación.

CÓMO CONTACTAR A LA FNE

Para mayor información, contáctenos en:

Fiscalía Nacional Económica

Agustinas 853, pisos 2 y 12

Región Metropolitana

www.fne.gob.cl

Teléfono: (2) 753 5600 - 5631

Fax: (2) 753 5607 - 5608



ANEXO: INFORMACIÓN REQUERIDA PARA NOTIFICAR A LA FNE UNA OPERACIÓN PROYECTADA

Las Partes que proyecten concentrarse podrán notificar tal intención a la FNE y ésta le dará la tramitación mencionada en esta Guía si es que ella tiene lugar, aportando, al menos, los antecedentes que a continuación se señalan.

a) La Operación de Concentración:

- i. Descripción de la operación, adjuntando los documentos que dan cuenta de la intención real y seria de celebrarla y de las condiciones de las cuales depende su perfeccionamiento;
- ii. La estructura de propiedad y de control que se proyecta una vez materializada la operación;
- iii. El calendario de ejecución de la misma;
- iv. Existencia de acuerdos o negociaciones accesorias que involucren o puedan involucrar cláusulas de no competir, exclusividades de compra o de venta, licencias u otros acuerdos que pudieran ser considerados como eventualmente aptos para restringir la competencia;
- v. Señale el monto de la operación, detallando los criterios que se hayan seguido para su determinación;
- vi. Señale si la operación proyectada, de concretarse, producirá efectos en terceros países, indicándolos;
- vii. Señale si hubiere sometido o proyecta someter la operación a control de otras autoridades de competencia;
- viii. Adjunte los pronunciamientos que ya se hubieren emitido al respecto;
- ix. Si autoriza a la FNE y a las autoridades de los respectivos países para compartir información relativa a la operación, adjuntando dichas autorizaciones.

b) Partes de la Operación:

- i. Individualización completa de las Partes que notifican la operación a la FNE, especificando sus personas relacionadas en los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045 de Mercado de Valores. Respecto de cada una de ellas:

- i. Descripción de las actividades económicas que desarrollan;
 - ii. Nómina de los socios o accionistas que tengan más de un 1% de propiedad en las mismas, señalando la serie a la que pertenecen las acciones, si fuere el caso, y reseñando los derechos que otorga;
 - iii. Identificación de sus representantes legales y domicilios a la fecha de la notificación;
 - ii. Identificación de los controladores finales de cada empresa que practica la notificación;
 - iii. Actual composición de su directorio;
 - iv. Memoria, balance y estados financieros de las empresas cuya operación se proyecta, para los últimos 3 años;
- c) Ventas mensuales en miles de pesos (netas de IVA), efectuadas por las empresas referidas en la letra b), durante los últimos tres años calendario, y señalando aquellas que hayan tenido lugar dentro y fuera del territorio de la República;
- d) Mercados Involucrados: Identificación y caracterización del o los mercados en los que la operación consultada producirá efectos, o podría producirlos. Esa caracterización deberá incluir, al menos:
- i. La descripción de los bienes o servicios que producen o comercializan cada una de las Partes y sus personas relacionadas;
 - ii. Los sistemas de comercialización que permiten a éstos llegar hasta sus destinatarios finales;
 - iii. La zona o zonas geográficas en las que desarrollan sus actividades y las razones que justifican su delimitación;
 - iv. La indicación de los bienes o servicios que podrían ser considerados sustitutos perfectos o imperfectos de los producidos por las Partes;
 - v. Participación de mercado de las empresas que pretenden concentrarse, tanto en valor como en cantidades;
 - vi. Si obrare en su poder dicha información, la participación de mercado de las demás empresas presentes en el o los mercados identificados, tanto en valor como en cantidades;
 - vii. Breve descripción de la estructura y características de la oferta de los bienes o servicios relevantes;
 - viii. Breve descripción de los sistemas de distribución y comercialización

- existentes en el mercado;
- ix. Breve descripción de la estructura y características de la demanda;
 - x. Breve descripción de las condiciones de acceso y de salida del o los mercados, así como de la expansión dentro de los mismos;
 - xi. Ingreso o salida de actores en el o los mercados señalados durante los últimos años, identificándolos:
- e) Objetivos: Identifique los objetivos perseguidos y resultados esperados de la operación para las empresas involucradas, sus proveedores y sus clientes;
- f) Calidad y documentos que den cuenta de la capacidad de quien practica la notificación de representar a los agentes económicos en nombre y por cuenta de quienes la practica;
- g) Correo electrónico, domicilio y teléfono de contacto.

