

Santiago, 8 de junio de 2020.

VISTOS:

1. El documento de fecha 10 de octubre de 2019, ingreso correlativo N°04694-19 (**"Notificación"**), por el que se notificó a la Fiscalía Nacional Económica (**"Fiscalía"**) una operación de concentración (**"Operación"**) por la cual la Compañía de Petróleos de Chile Copec S.A. (**"Copec"**) pretende adquirir el control sobre ciertos activos pertenecientes a Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada (**"CGL"**) y Servicios J. Chajtur SpA (**"Chajtur"**), además de celebrar un contrato de arrendamiento a largo plazo con la Sociedad Silvia Moreno Rojas y Compañía Limitada (**"SMR"**) y, junto con Copec, CGL y Chajtur, las **"Partes"**), convenciones que le permitirían operar una estación de servicio ubicada en Autopista Concepción-Talcahuano N° 8360, comuna de Hualpén, Región del Biobío (**"Estación Objeto"**).
2. La resolución de fecha 24 de octubre de 2019 en la que esta Fiscalía declaró la falta de completitud de la Notificación, la que fue subsanada por las Partes mediante documento presentado con fecha 11 de noviembre del mismo año, correlativo ingreso N° 05050-19 (**"Complemento"**).
3. La resolución de fecha 25 de noviembre de 2019 que ordenó el inicio de la investigación bajo el rol FNE F216-2019 (**"Investigación"**) y, el expediente de Investigación, **"Expediente F216-2019"**).
4. La reunión sostenida con fecha 3 de enero de 2020, de conformidad a lo prescrito en el artículo 53 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del año 2004 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 del año 1973 y sus modificaciones posteriores (**"DL 211"**), en la cual la Fiscalía informó a los apoderados de las Partes eventuales riesgos para la libre competencia que la materialización de la Operación podría conllevar, en virtud de los antecedentes recabados durante el plazo indicado en el inciso primero del artículo 54 del DL 211 (**"Fase I"**).
5. La resolución de fecha 8 de enero de 2020 de la Fiscalía que extendió la Investigación por un término de noventa días adicionales de conformidad con la letra c) del artículo 54 del DL 211, en atención a que la Operación podría resultar apta para reducir sustancialmente la competencia, dando inicio a la segunda fase investigativa (**"Fase II"**).
6. El documento de fecha 31 de marzo del año en curso, correlativo ingreso N° 01367-20, correspondiente al día 59 de Fase II, por el cual las Partes aportaron antecedentes con objeto de acreditar la excepción de empresa en crisis prevista en la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontal dictada por esta Fiscalía en octubre de 2012 (**"Guía"**), y la Resolución Exenta N° 331 de 2017 de la Fiscalía, por la que continúan vigentes los aspectos de la Guía relativos al marco analítico para el análisis de operaciones de concentración.
7. El acuerdo de fecha 27 de abril de 2020, correspondiente al día 77 de Fase II, por el cual la Fiscalía y las Partes acordaron la suspensión del plazo de la Investigación por el término de quince días, hasta el 19 de mayo de 2020 inclusive, de conformidad con el inciso segundo del artículo 60 del DL 211.

8. El informe de fecha 8 de junio de 2020 de la División de Fusiones de esta Fiscalía (“Informe”).
9. Lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 39, 50, 54, 57 y demás disposiciones aplicables del DL 211 y el Decreto Supremo N° 33 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo de 2017 que aprueba el reglamento sobre la notificación de una operación de concentración (“Reglamento”).

CONSIDERANDO:

1. Que la transacción constituye una operación de concentración de aquellas provistas en el artículo 47 letra d) del DL 211. En particular, comprende una serie de actos que permitirían a Copec operar la Estación Objeto, a saber: a) la celebración de un contrato de arrendamiento con SMR por un plazo de 15 años renovable relativo al terreno y al establecimiento comercial ubicado en la caletera de la Autopista Concepción-Talcahuano N° 8360; b) la adquisición de control sobre los activos que guarnecen la Estación Objeto propiedad de CGL; c) la adquisición de tres patentes comerciales que detenta Chajtur para la operación de la Estación Objeto; y d) la celebración de un instrumento dando cuenta del término del contrato de arrendamiento entre SMR y CGL, y del subarrendamiento entre CGL y Chajtur, respectivamente.
2. Que Copec es una sociedad anónima cerrada creada conforme a las leyes chilenas, filial del holding industrial Empresas Copec S.A. y controlada por el grupo Angelini¹. Copec participa en la importación, transporte, almacenamiento, distribución mayorista y minorista y comercialización de combustibles líquidos, gas licuado y natural, lubricantes, solventes y servicios adicionales para los mercados automovilístico, industrial marítimo y aeronáutico. En particular, en el segmento minorista, la compañía cuenta con una red de 668 estaciones de servicio a nivel nacional que opera mayoritariamente a través de concesiones y, en menor medida, de forma directa por medio de una sociedad filial. Adicionalmente, Copec presta servicios a nivel nacional en sus estaciones de servicio mediante tiendas de conveniencia y centros de lubricación, entre otros.
3. Que SMR es una sociedad de responsabilidad limitada de giro inversión y explotación de bienes inmuebles, principalmente mediante arrendamiento. Es propietaria del predio ubicado en la caletera de la Autopista Concepción-Talcahuano N° 8360, una de cuyas secciones contiene un establecimiento comercial y otros bienes muebles – de propiedad de CGL– que conforman la Estación Objeto. Actualmente, dicha sección la arrienda a CGL, sin que en el resto del predio se desarrollen actividades adicionales relacionadas con la industria de combustibles líquidos.
4. Que CGL es una sociedad de responsabilidad limitada de giro inmobiliario que detenta el derecho de explotación de la Estación Objeto² y la propiedad de una serie de activos (marquesina, tanques, surtidores, empalme y *tótem*) ubicados en el predio en que se emplaza la Estación Objeto. A esta fecha CGL cuenta con un contrato de arrendamiento con SMR desde el año 2017 y ha celebrado un contrato de

¹ El cual participa además en la industria forestal, pesquera, minera y eléctrica.

² Que fue obtenido el 2013 mediante licitación pública producto de la desinversión ordenada mediante la sentencia de la Corte Suprema rol N° 3993-2012.

subarrendamiento con Chajtur el año 2018, por lo que actualmente no opera directamente la Estación Objeto³.

5. Que, finalmente, Chajtur es una sociedad por acciones con giro de estaciones de combustible, restaurante, mini mercado, fuente de soda, compra, venta y distribución de partes y piezas de automóviles, servicios de lavado y lubricación, que detenta tres patentes comerciales vigentes relativas a la Estación Objeto emitidas por la Ilustre Municipalidad de Hualpén y actualmente se dedica exclusivamente a la operación de la Estación Objeto de manera independiente. Chajtur es una sociedad relacionada al grupo de CGL por el parentesco de sus controladores conforme al artículo 100 de la ley N° 18.045 de Mercado de Valores.
6. Que, en cuanto al mercado relevante de producto, esta Fiscalía ha considerado la segmentación por tipo de combustible destacando que, sin perjuicio de la falta de sustituibilidad desde el lado de la demanda, existiría un alto grado de sustituibilidad desde el lado de la oferta. Adicionalmente, esta Fiscalía ha evaluado posibles segmentaciones complementarias al tipo de combustible como el tipo de usuario o los servicios adicionales ofrecidos por las estaciones de servicio. Sin perjuicio de lo anterior, las características tanto de la Operación como de la Estación Objeto y el enfoque del análisis de la Investigación –que privilegia los efectos de la adquisición– hacen poco necesarias mayores precisiones desde el punto de vista del producto.
7. Que, el mercado relevante geográfico tiene un carácter local, elemento destacado tanto por la jurisprudencia nacional como comparada⁴. En consistencia con análisis anteriores de esta Fiscalía⁵, resulta adecuado considerar como mercado relevante geográfico el área que abarca una circunferencia con radio de tres kilómetros desde la Estación Objeto. Esto pues dicha definición corresponde a un escenario conservador que tiende a maximizar los eventuales riesgos de la Operación y que tiene asidero en los antecedentes de la Investigación. Sin perjuicio de lo anterior, la Investigación analizó alternativas plausibles más amplias de mercado geográfico, comprendiendo en el análisis radio de cinco kilómetros desde la Estación Objeto – considerando su ubicación y nexos entre dos localidades– sin que las conclusiones variaran sustancialmente.
8. Que respecto a la ocurrencia de riesgos derivados de la Operación que pudieran reducir sustancialmente la competencia en los mercados, esta Fiscalía evaluó aquellos de carácter unilateral y coordinado, ambos derivados de la pérdida de un competidor independiente en el mercado relevante.
9. Que en lo que se refiere a la estructura del mercado, Copec tiene una participación superior al 50% en volumen en cada uno de los escenarios analizados. Así, en el área de influencia de tres kilómetros el índice de Herfindahl Hirschman (“HHI”) post Operación resulta en 4.660, con una variación de 507, superando los umbrales

³ Dentro del grupo empresarial de CGL se encuentra además la compañía Inmobiliaria GSMC Limitada (“GSMC”), cuyos actuales socios coinciden con los de CGL –señor Miguel Chajtur Comas, Susana Mansilla Lowick-Russell y María Elsa Jordán Herrera– además de don Guillermo Soto Giordani. Esta sociedad de giro inmobiliario y, particularmente, al arriendo de una propiedad ubicada en la comuna de Puente Alto.

⁴ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución 39/2012 considerando 8.5. En consistencia con dicha decisión, Comisión Europea caso M.7849 – Mol Hungarian Oil and Gas / ENI Hungría / ENI Eslovenia, párrafo 40; y Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España (CNMC) caso C.0550.14 Repsol / Petrocat, párrafo 48.

⁵ Informe aprobación “Adquisición de activos de Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada por parte de Empresa Nacional de Energía ENEX S.A.”, rol F209-2019, p. 8.

previstos en la Guía. Esta situación se replica en el área de influencia de cinco kilómetros –variando el HHI en 258–. En cualquier caso, la Operación se presenta como potencialmente riesgosa, requiriendo un análisis en profundidad de sus efectos y el mercado.

10. Que las principales variables competitivas del mercado de combustibles líquidos son el precio –considerando que se trata de bienes homogéneos, donde pequeñas diferencias en precios podrían motivar cambios en las decisiones de los consumidores–, la ubicación –factor geográfico atendidos los costos de transporte– y, en menor medida, la calidad de servicio –diferenciación generalmente asociada a la marca–.
11. Que, respecto de los riesgos unilaterales, esta Fiscalía analizó una posible alza en precios en el mercado producto de la Operación, considerando la relevancia de dicha variable y al caracterizarse la Estación Objeto por imprimir competencia mediante una estrategia de precios bajos. En primer lugar, al examinar la evolución histórica de los precios del mercado entre los años 2013 y 2019, la Estación Objeto presenta el precio mínimo en su área de influencia de tres kilómetros un 30% de las semanas evaluadas para gasolina 93, un 34% de las semanas para gasolina 95 y un 39% de las semanas para diésel.
12. Que, en segundo lugar, sin perjuicio de las limitaciones de información disponible que no permitieron a esta Fiscalía aplicar un análisis directo completo⁶, se analizó la tendencia al alza del precio a través de los tests *Upward Pricing Pressure Index* (“**UPP**”) y *Gross Upward Pricing Pressure Index* (“**GUPPI**”)⁷. La Fiscalía utilizó razones de desvío obtenidas en base a documentos y reportes internos de Copec que resultaron en un UPP para la Estación Objeto de [10-20] pesos en diésel, [20-30] en gasolina 93 y 39 pesos en gasolina 95; mientras que el GUPPI arrojó resultados de [0-5]% en diésel, [0-5]% en gasolina 93 y [0-5]% en gasolina 95.
13. Que esta Fiscalía también analizó la Operación mediante un análisis indirecto midiendo, en primer lugar, los efectos de la salida de una estación de bandera blanca similar a la Estación Objeto, en segundo lugar, la entrada de un competidor no independiente dentro del mercado relevante y, por último, la cercanía competitiva entre las Partes. Lo anterior permitiría anticipar posibles efectos de la salida del mercado de una estación bandera blanca que, llevados a precios, podría implicar magnitudes –al menos– similares a las que se obtendrían como resultado de la Operación.

⁶ Ello dado que, dentro del periodo de tiempo para el que existen datos públicos, no se observan eventos exógenos que permitan una evaluación del impacto que la presencia de la Estación Objeto supone sobre los precios de estaciones cercanas ni del impacto que la presencia de las estaciones Copec suponen sobre los precios de la Estación Objeto. Adicionalmente, la ausencia de estimaciones certeras de razones de desvío entre las estaciones de las Partes –en ambos sentidos– hace poco plausible un cálculo certero de índices de presión al alza de precios o simulaciones de los efectos de la Operación.

⁷ Cabe mencionar que, en este caso, los índices subestimarían la verdadera presión al alza en precios al no considerar los llamados *feedback effects*. Un análisis de UPP y GUPPI en este mercado puede tener ciertas limitaciones. Por ejemplo, si en el mercado solamente existen dos estaciones de servicio ubicadas una al lado de la otra es esperable que con anterioridad a la Operación tengan márgenes bajos, lo que podría dar lugar a índices bajos aun cuando posterior a la Operación se transformen en un monopolio. Lo anterior, debido a que no se considera el llamado efecto *feedback* que se produce frente a un aumento de precios de un competidor –al ser los precios complementos estratégicos–. Otros ejercicios que consideran dicho efecto, como el “*Compensating Marginal Cost Reduction*”, no pueden realizarse en este caso debido a que no existen estimaciones de las razones de desvío fiables en ambas direcciones.

14. Que, en primer lugar, el efecto promedio sobre la competencia local que tiene la presencia –o salida– de un competidor de bandera blanca adicional se analizó realizando una serie de regresiones econométricas para cada tipo de combustible – empleando datos públicos recopilados de la plataforma bencina en línea desde los años 2013 a 2019⁸– y considerado distintas muestras de estaciones de servicio. Lo anterior permitió concluir la existencia de un efecto en precio estadísticamente significativo de una estación de bandera blanca adicional.
15. Que, en segundo lugar, la entrada de un competidor tradicional en el mercado relevante se realiza considerando la entrada de la estación de servicio bandera Shell a finales del año 2017, ubicada en la Autopista Concepción-Talcahuano (“**Autopista**”) a dos kilómetros de la Estación Objeto en la dirección de flujo vehicular opuesta. Este cambio en la estructura del mercado produjo una reducción estadísticamente significativa en los precios de las demás estaciones de la Autopista, siendo más pronunciado en términos de magnitud y significancia estadística para el caso de la Estación Objeto.
16. Que, en tercer lugar, la cercanía competitiva entre las estaciones de servicio de las Partes fue analizada considerando las distintas variables competitivas –ubicación, precio y calidad– en base a información cualitativa y cuantitativa contenida tanto en documentos internos de las Partes como en el expediente de Investigación.
17. Que, respecto de la ubicación, fue posible establecer la cercanía entre las Partes concluyendo que las estaciones de servicio ubicadas en la Autopista –y, en particular, la Copec ubicada en Américo Vespucio N° 434– comparten mayoritariamente con la Estación Objeto el flujo vehicular que se desplaza en dirección al centro de la ciudad de Concepción⁹, además de ser las más cercanas en cuanto a distancia.
18. Que el análisis de la variable precio de las estaciones de servicio ubicadas en el mercado relevante permite sostener que las estaciones que tienen menos diferencia de precios con la Estación Objeto y cambian sus precios con mayor proximidad a aquella serían principalmente operadas bajo la bandera Copec. Por su parte, en cuanto a la calidad, las estaciones de las Partes serían poco cercanas pues las estaciones de la Compradora serían superiores a la Estación Objeto, tanto en poder de marca como en distintos estándares de calidad de servicio.
19. Que, en definitiva, la evidencia recabada en la Investigación y el análisis de esta Fiscalía sugiere que las Partes serían cercanas en las variables de competencia más relevantes –precio y ubicación– por lo que es razonable proyectar que la Operación generará un aumento en precios. En concordancia con ello, los índices de presión al alza de precios tendrían valores que van desde los [10-20] pesos ([0-5]%) a los [30-40] pesos ([0-5]%)¹⁰. Por su parte, los cálculos del enfoque indirecto mostrarían

⁸ La plataforma bencina en línea de la Comisión Nacional de Energía contiene el histórico de datos publicados en la página web www.bencinaenlinea.cl.

⁹ Estos antecedentes son concordantes con información cualitativa adicional obtenida durante la Investigación y se ve reflejado en la entrada de Shell Autopista –que, como se señala supra, tuvo efectos relevantes tanto en las estaciones Copec Autopista y Copec Américo Vespucio, como en la Estación Objeto–.

¹⁰ Ambos índices miden la presión al alza en precios que generaría la Operación. Lo anterior no corresponde a una estimación de eventuales alzas en precios, sino a un aumento en el costo de oportunidad de las empresas fusionadas, lo que genera un incentivo a estas empresas a aumentar sus precios. En efecto, cada vez que una empresa A vende una unidad adicional de su producto existe una probabilidad de que un

efectos que van entre 2 y 13 pesos. No obstante, dichos efectos se encontrarían subestimados, por lo que estos rangos deben interpretarse como una cota inferior a los riesgos de la Operación.

20. Que, a fin de dimensionar dicho incremento, resulta ilustrativo que jurisprudencia comparada ha indicado que incluso pequeños aumentos de precios en el mercado de distribución minorista de combustibles podrían dar lugar a disminuciones sustanciales de la competencia debido a la importancia que le darían los consumidores. Lo anterior dado que el porcentaje del gasto que representaría el combustible sería elevado dentro del total de los hogares –circunstancia que se replica para Chile¹¹– lo que también se reflejaría en que los distribuidores anunciarían los precios en múltiplos muy pequeños¹².
21. Que, a la luz de lo expuesto, considerando el aumento de precios proyectado y dado que los rangos de efectos corresponderían a cotas inferiores, esta Fiscalía estima que la materialización de la Operación produciría riesgos unilaterales que contarían con la aptitud para reducir sustancialmente la competencia. Lo anterior, sin perjuicio de los contrapesos aducidos por las Partes, cuya procedencia se ponderará en los considerandos siguientes.
22. Que en lo que respecta a riesgos coordinados, el mercado de distribución de combustibles posee diversas condiciones estructurales que podrían facilitar la coordinación entre sus agentes desde una perspectiva teórica, circunstancia corroborada y sustentada en la jurisprudencia comparada y literatura económica. De los antecedentes recabados en la Investigación es razonable concluir que la Operación acrecentaría estos riesgos atendido el perfil de precios de la Estación Objeto, que tendría mayores incentivos para no coordinarse en precios y, de hacerlo, a desviarse de una coordinación en precios en comparación con otros actores que participan en el mercado. Sin embargo, estos riesgos podrían encontrarse atenuados por el efecto que tienen otras estaciones de bandera blanca si se considera una definición de mercado relevante mayor a tres kilómetros -lo cual podría resultar plausible en este caso considerando las características particulares de la ubicación de la Estación Objeto. Con todo, considerar esta potencial atenuación y su magnitud

competidor B venderá una unidad menos de su producto, la cual puede ser aproximada por la razón de desvío entre las empresas A y B. El beneficio que la empresa B deja de recibir por esa potencial reducción de una unidad de sus ventas es igual a su margen de venta. De este modo, si A y B se fusionan, la empresa A internalizará el costo de oportunidad que la venta de una unidad adicional de A producirá sobre los beneficios de B, generándose así un incentivo para la empresa A para aumentar sus precios. La magnitud de este mayor costo de oportunidad que enfrenta la empresa A, puede medirse por dichos índices. De este modo, según Jaffe y Weyl (2013), una forma de obtener una aproximación del efecto final en precios, bajo ciertas condiciones sería utilizando las tasas de *pass-through* entre costos y precios. JAFFE Sonia y WEYL E. Glen. 2013. The First-Order Approach to Merger Analysis. American Economic Journal: Microeconomics. Disponible en: <<https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/mic.5.4.188>> [fecha última consulta: 02.06.2020]. En este caso particular, dado que no se acreditaron eficiencias, lo único distinto entre ambos índices es la unidad de medida. Así, mientras que el UPP se encuentra expresado en pesos, el GUPPI se encuentra expresado como porcentaje del precio.

¹¹ Agencia de competencia del Reino Unido (Competition and Markets Authority, 'CMA'). Anticipated merger between J Sainsbury PLC and Asda Group Ltd. Final report. 25.04.2019, párrafos 14.151-14.152. En nuestro país, la gasolina representa el 2,73% de la canasta y es el cuarto bien que más pesa –luego del arriendo, los alimentos consumidos fuera del hogar y los automóviles nuevos–. Información disponible en: <<https://www.ine.cl/estadisticas/economia/indices-de-precio-e-inflacion/indice-de-precios-al-consumidor#:~:text=El%20%C3%ADndice%20de%20Precios%20al,de%20las%20fronteras%20del%20pa%C3%ADs>> [fecha última consulta: 18.05.2020].

¹² Al respecto, CMA. Anticipated merger between J Sainsbury PLC and Asda Group Ltd. Final report. 25.04.2019, párrafos 14.151-14.152. El gasto en combustibles representaría el 3,7% del gasto total de los hogares británicos en 2018.

no es determinante para el análisis de la Operación ni altera las conclusiones de la Investigación, máxime considerando los contrapesos a los riesgos que se detallarán *infra*.

23. Que en cuanto a las condiciones de entrada, la jurisprudencia nacional ha reconocido la existencia de barreras de entrada en la industria a nivel nacional en los segmentos de refinación e importación, distribución mayorista y minorista, junto con eventuales dificultades en el transporte y almacenamiento. A este respecto, en las comunas de Concepción, Hualpén y Talcahuano no se presentan condiciones regulatorias impeditivas para el ingreso de nuevos actores. Sin embargo, existirían dificultades que afectan la probabilidad del ingreso de competidores independientes adicionales a las distribuidoras tradicionales¹³ –relativas al mercado inmobiliario, montos de inversión, mayores costos de abastecimiento, posicionamiento y servicios adicionales–, actores cuya presencia en el mercado ejerce presión competitiva y eventualmente permitiría disuadir eventuales coordinaciones tácitas o explícitas en el mercado. Respecto de las distribuidoras tradicionales, desde el año 2013 es posible reconocer nuevas entradas, restringidas únicamente a las comunas de Concepción y Talcahuano. Así, si bien existiría probabilidad de ingreso de estaciones de bandera tradicional, no es claro que estas sean oportunas o suficientes considerando los menores incentivos a competir agresivamente y la ausencia de incentivos para instalarse cerca de la Estación Objeto.
24. Que en lo que respecta a posibles eficiencias, las Partes describen en forma general tanto eficiencias productivas como dinámicas dentro de las que se mencionan precios más competitivos –por menores costos de adquisición dado el funcionamiento integrado de la Compradora– y la incorporación de la Estación Objeto a la red de estaciones de servicio –incluyendo un mejor servicio, nuevos productos y beneficios para los consumidores–¹⁴. Sin embargo, habiendo analizado estas eficiencias, la Fiscalía puede concluir que no pueden ser consideradas como un contrapeso a los riesgos derivados de la Operación dado que no se encuentran debidamente acreditados los requisitos que la Guía prevé para su configuración.
25. Que finalmente, informadas de los riesgos derivados de la Operación que esta Fiscalía ha mencionado, las Partes invocaron durante la Investigación la excepción de empresa en crisis en los términos previstos por la Guía.
26. Que en lo que se refiere a la excepción de empresa en crisis, en el análisis de operaciones de concentración se ponderan los niveles de competencia que se proyectan en ausencia o materializada una operación en particular –lo que se denomina “contrafactual”– a modo de evaluar su efecto en la competencia. La Fiscalía podría preferir un contrafactual diverso al de las condiciones prevalecientes en el mercado si resulta posible prever con certeza que una de las partes abandonará el mercado de no mediar la operación por sus dificultades financieras, desapareciendo inevitablemente sus activos del mercado –habiéndose hecho esfuerzos razonables por preservarlos de una forma menos gravosa para la competencia que la

¹³ Es decir, aquellas distribuidoras integradas de la industria con alto reconocimiento de marca: Copec, Enx (licenciataria Shell) y Esmax (licenciataria Petrobras).

¹⁴ Notificación, pp. 44 y ss. Respuesta CGL oficio N° 789, a fojas 508 del Expediente F216-2019, p. 13.

concentración propuesta–, y por ende, se configurare la excepción –o defensa– de empresa en crisis¹⁵.

27. Que de configurarse la excepción de empresa en crisis, se considerará que el deterioro en la estructura competitiva del mercado no es atribuible a la operación ya que aquello habría ocurrido igualmente o en mayor medida sin ésta con la salida de la empresa y sus activos del mercado¹⁶. En otros términos, la situación de crisis en que se encuentra el agente económico objeto de la operación modifica el contrafactual, llevando a que la reducción en la competencia que pueda padecer el mercado luego de la operación no sea algo inherente a ésta¹⁷.
28. Que atendidas las implicancias señaladas de la excepción o defensa en el análisis de operaciones de concentración, es que su configuración es, ante todo, una situación excepcional¹⁸ que se configura en la medida que las partes de la operación acrediten en forma fehaciente el cumplimiento de los señalados requisitos para su procedencia, según son contemplados en la Guía¹⁹.
29. Que la Guía prevé tres requisitos copulativos que deben cumplirse para dar lugar a la excepción de empresa en crisis: 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; y c) no existe otra opción para preservar los activos de la empresa en el mercado que sea menos gravosa para la competencia, habiéndose realizado esfuerzos por encontrar opciones alternativas. Corresponde a las partes acreditar la concurrencia de dichos requisitos.
30. Que, respecto de la Operación, en lo que se refiere al primer requisito, esta Fiscalía analizó la situación contable y financiera tanto de CGL como de todo el grupo empresarial, concluyendo que la operación de la Estación Objeto resulta inviable sin el apoyo constante y permanente de su grupo empresarial. De los antecedentes recabados se muestra que tanto CGL como su grupo empresarial se encuentran en un estado de cesación de pagos tal que es posible concluir que se encuentran *ad portas* de una insolvencia generalizada.
31. Que, adicionalmente a la señalada situación económica, se evaluaron los resultados negativos que viene arrastrando la Estación Objeto desde larga data y la poca rentabilidad que se puede esperar de su actividad en las condiciones actuales, a partir de lo cual es posible razonablemente anticipar que una eventual estrategia de

¹⁵ Al efecto, la Guía establece: “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 ciertas circunstancias, la FNE tomará 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” (p. 8).

¹⁶ RODGER Barry y MACCULLOCH Angus. 2009. Competition Law and Policy in the EC and UK. Editorial Routledge-Cavendish, p. 299.

¹⁷ En este sentido, Comisión Europea, Directrices sobre la Evaluación de las Concentraciones Horizontales (2004/C 31/03), párrafo 89. En consistencia con ello, Comisión Europea, caso M.2314 BASF / Eurodiol / Pantochimp, párrafo 141 y caso M.2876 Newscorp / Telepiu, párrafo 206.

¹⁸ La excepción de empresa en crisis no ha sido acogida en el régimen de control obligatorio de operaciones de concentración contemplado en el Título IV del DL 211, ni en el régimen voluntario vigente hasta julio de 2017. En la generalidad de las jurisdicciones de libre competencia en el mundo la aplicación de la defensa es de naturaleza excepcional (Ver Informe OECD, especialmente contribución de Chile, p. 89).

¹⁹ Guía, p. 26.

proponer y obtener un acuerdo reorganización judicial en base a lo prescrito en la ley N° 20.720 de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas²⁰ –que implicaría una reestructuración de los pasivos de la Estación Objeto mas no su salida – tendría escasas expectativas de éxito²¹.

32. Que, al respecto, es del caso señalar que la crisis provocada por el estado de excepción constitucional de emergencia decretado en la Provincia de Concepción – y en otras zonas del país– en octubre del año 2019 (“**Estado de Emergencia**”)²² y, adicionalmente, el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública producida con ocasión de la pandemia de la enfermedad coronavirus 2019 o COVID-19 (“**Crisis Sanitaria**”)²³, han profundizado la mala la situación financiera tanto del grupo empresarial como de la Estación Objeto²⁴. Aunque el Estado de Emergencia y la Crisis Sanitaria son eventos que, en sí mismos, no explican ni configuran la situación de crisis económica y financiera de la Estación Objeto, han venido a profundizar una condición de mal desempeño acumulado. En efecto, los antecedentes de la Investigación son indicativos de que la inviabilidad económica de la Estación Objeto ya era posible de determinar con anterioridad a ambas contingencias y la hubieran llevado igualmente al abandono del mercado de no mediar la Operación, por lo que el primer requisito de la excepción se encuentra acreditado.
33. Que, en cuanto al segundo requisito, existe certeza respecto de la consecuente salida de los activos de la Estación Objeto del mercado en caso de abandonar CGL la venta minorista de combustibles. La Investigación muestra que dado su alto costo y prácticamente nulo valor residual, no resulta viable el retiro de los activos del terreno de SMR ni su traslado a otra locación; tampoco que SMR incorpore los activos al inmueble y los opere directamente pues ésta ni sus socios tienen experiencia ni interés en participar en el mercado; y, finalmente, que no existe otro agente económico dispuesto o capaz de adquirir y operar los activos, por lo que dicho requisito se encuentra asimismo acreditado.
34. Que, con respecto al tercer requisito, de la información examinada ha quedado suficientemente acreditado que se hicieron, sin éxito, esfuerzos razonables para encontrar opciones alternativas que permitieran preservar los activos de la Estación Objeto en el mercado de manera menos gravosa para la competencia que la Operación propuesta.
35. Que de los antecedentes analizados es posible predecir que, de no mediar la Operación, la Estación Objeto abandonará el mercado y que sus activos saldrán del mismo en forma inevitable. Ello generaría un deterioro en la estructura competitiva del mercado al menos equivalente a los que produciría la Operación.

²⁰ De 9 de enero de 2014.

²¹ La situación de pérdidas acumuladas tanto por CGL como por las demás entidades del grupo empresarial, sumados a la mora generalizada en el cumplimiento de las obligaciones del grupo, juicios ejecutivos pendientes, y nulas expectativas de rentabilidad futura de la Estación Objeto, permiten afirmar aquello.

²² A raíz de los desórdenes públicos vividos en la ciudad según consta en el Decreto Supremo N° 474 del Ministerio de Interior y Seguridad Pública de fecha 19 de octubre de 2019.

²³ Declarado por Decreto Supremo N° 104 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública de fecha 18 de marzo de 2020.

²⁴ En particular, el supermercado que arrienda el único activo de GSMC se vio muy afectado por los saqueos durante el Estado de Emergencia. Adicionalmente, mientras que la Estación Objeto ha sufrido una merma en sus ventas producto de ambas crisis, lo que se refleja en una diferencia de [40% - 50%] entre marzo de 2019 y marzo de 2020. Lo anterior se ha traducido en el incumplimiento reiterado de Chajtur del canon de subarriendo los últimos meses, generando su vez que CGL se encuentre impedido de pagar al SMR la renta de arrendamiento del terreno.

36. Que lo anterior se evidencia, en específico, en el hecho que Copec y la Estación Objeto son muy cercanas competitivamente. En caso de materializarse la Operación Copec capturará buena parte de la participación de mercado de la Estación Objeto. De acuerdo a lo examinado por esta Fiscalía, la razón de desvío desde la Estación Objeto hacia las estaciones de Copec es de un [40-50]% para gasolina. En este sentido, resultan ilustrativos los documentos internos de Copec que realizan una estimación del volumen que se desviaría de sus estaciones a la Estación Objeto ante un cambio de bandera.
37. Que, en caso de que la Estación Objeto no fuera adquirida por Copec y saliera completamente del mercado –debido a la misma cercanía de las estaciones de Copec y a las razones de desvío–, se pudo estimar que el efecto sería similar y que, por tanto, buena parte del volumen de ventas de la Estación Objeto también sería capturado por Copec.
38. Que las consecuencias de la Operación y de la salida de la Estación Objeto del mercado son relativamente similares, por lo que existiendo convencimiento por parte de esta Fiscalía respecto al abandono de los activos de la Estación Objeto, se considera que no resultaría atribuible a la Operación el deterioro que se produciría en el mercado después de ésta pues dicho menoscabo ocurriría igualmente, con independencia de su perfeccionamiento. En otros términos, al acreditarse la excepción de empresa en crisis, es posible entender que se perdería el requisito de inherencia entre la operación de concentración y sus efectos –que va implícito en el artículo 57 letra c) del DL 211–, puesto que la Operación no tendría en tal caso, en sí misma, una aptitud para reducir sustancialmente la competencia.
39. Que, a mayor abundamiento, a la luz de la Investigación puede sostenerse que la Operación resultaría menos lesiva para los consumidores que el escenario contrafactual de la salida inminente de los activos y que, ante la desaparición inevitable de la Estación Objeto del mercado, los consumidores estarán en una mejor condición de perfeccionarse la Operación.
40. Que lo anterior dice relación con que la ubicación de una estación de servicio es un factor relevante para un segmento importante de consumidores y, mientras la materialización de la Operación mantiene la ubicación de la Estación Objeto y su suministro, la salida de los activos de CGL reduce las alternativas de provisión para los consumidores. Lo anterior tiene especial impacto en los consumidores de la comuna de Hualpén, en la que, según se observa en el Informe, existen pocas estaciones de servicio en proporción a la cantidad de habitantes en comparación a otras comunas del país, y con condiciones de entrada poco favorables.
41. Que atendidas las circunstancias excepcionales bajo las que las Partes proponen la materialización de la Operación, caracterizada por la adquisición de un agente económico –la Estación Objeto- en situación de evidente crisis económica, cuyos activos abandonarán el mercado en forma inminente de no mediar la Operación, y en que se han acreditado los esfuerzos razonables por preservar los activos de una forma alternativa y menos gravosa para la competencia, situación que ha sido profundizada por el impacto en la Estación Objeto del Estado de Emergencia y la Crisis Sanitaria, es que resulta posible a esta Fiscalía concluir que se ha configurado

respecto de la Operación la excepción de empresa en crisis, atendido que los requisitos establecidos en la Guía para acreditarla se encuentran cumplidos.

42. Que en atención a los antecedentes y análisis realizado en el Informe, la Fiscalía identificó que el perfeccionamiento de la Operación conllevaría riesgos para la competencia, preeminentemente de carácter unilateral de alza en precios y de coordinación –como resultado de la desaparición de una estación bandera blanca– cuya magnitud es apta para reducir sustancialmente la competencia en cualquiera de las definiciones de mercado analizadas.
43. Que sin perjuicio de lo anterior, la información recabada en la Investigación da cuenta acerca de la inminente salida del mercado de los activos que conforman la Estación Objeto dada la precaria situación financiera de CGL, hecho que resultaría en un deterioro en la estructura competitiva resultante de la Operación más significativo que si se materializara la Operación –o al menos equivalente–. Por consiguiente, atendido que dicho deterioro en la competencia no es inherente a la Operación, puede concluirse que ésta no tendría, en sí misma, una aptitud para reducir sustancialmente la competencia, resultando posible a esta Fiscalía aprobar la Operación, en forma pura y simple.

RESUELVO:

- 1.- **APRUÉBESE** en forma pura y simple la Operación analizada en la Investigación, consistente en la Adquisición de activos de Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada por parte de compañía de Petróleos de Chile COPEC S.A., notificada con fecha 10 de octubre de 2019, ingreso correlativo N° 04694-19
- 2.- **NOTIFÍQUESE** las Partes la presente resolución por medio de correo electrónico, según dispone el artículo 61 del DL 211.
- 3.- **PUBLÍQUESE.**

Rol FNE N° F216-2019.

RICARDO RIESCO EYZAGUIRRE
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

FLV