



Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales

Santiago, mayo de 2022

PRESENTACIÓN

Son operaciones de concentración aquellas que, conforme a los términos del artículo 47 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1/2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973, y sus modificaciones posteriores (“**DL 211**”), constituyan un hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos, que no formen parte de un mismo grupo empresarial y que sean previamente independientes entre sí, cesen en su independencia, en cualquier ámbito de sus operaciones.

La Fiscalía Nacional Económica (“**FNE**” o “**Fiscalía**”) entiende por concentración horizontal, aquella que involucra a agentes económicos que son competidores actuales o potenciales en un mercado relevante dado; por concentración vertical, aquella que involucra a agentes económicos que operan en distintas etapas de las cadenas de producción o distribución de un producto o servicio, teniendo generalmente entre sí una relación de proveedor-cliente; y por concentración de conglomerado, aquella que no tiene el carácter de horizontal ni vertical. Dado que los agentes económicos pueden participar en múltiples mercados, una misma operación puede generar más de un tipo de concentración, generando efectos de distinta naturaleza.

La presente Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales (“**Guía**”) constituye un esfuerzo por dar a conocer el marco analítico con que la Fiscalía evaluará si una operación de concentración -en su dimensión horizontal- cuenta con aptitud para reducir sustancialmente la competencia, en los términos establecidos en el Título IV del DL 211, exponiendo los criterios, tipos de evidencia y técnicas analíticas comúnmente aplicadas en el examen prospectivo que al efecto realiza la FNE.

El propósito de este documento es dar la mayor certeza y generar la mayor predictibilidad que sea posible sobre el marco conceptual que utiliza la FNE para analizar sustantivamente el impacto competitivo de una operación de concentración horizontal, acotando los espacios de discrecionalidad que el Título IV del DL 211 confiere a la autoridad.

Sin embargo, por tratarse de un documento que intenta otorgar orientación para el análisis de todas las operaciones de concentración de carácter horizontal, se debe tener presente que esta Guía sólo provee consideraciones generales, por lo que los criterios, tipos de evidencia y técnicas analíticas que se presentan no pueden ser invocados ni interpretados como el único marco conceptual que estricta y/o necesariamente puede utilizar la Fiscalía. Por su propia naturaleza, este examen requiere que la FNE cuente con flexibilidad para evaluar las particularidades de cada operación de concentración horizontal y de cada mercado, actualizando sus herramientas de análisis de ser necesario.

Esta Guía incluye, en sus diversas secciones y en lo que fuere aplicable, referencias a las decisiones emitidas por la Fiscalía y a resoluciones del Honorable Tribunal

de Defensa de la Libre Competencia (“**H. TDLC**”). Dichas referencias deben entenderse como ejemplos prácticos de los principios utilizados por la FNE o el H. TDLC y efectuadas con fines meramente ilustrativos. Los pronunciamientos previos no necesariamente son replicables a todos los escenarios futuros, ya que han sido emitidos a la luz de las circunstancias particulares de cada caso. Por último, las referencias sólo dan cuenta de un listado ilustrativo y no taxativo, ante la imposibilidad de referirse a todos aquellos pronunciamientos que abordan un determinado tema.

En virtud de mandato legal expreso, las investigaciones que realiza la FNE conforme al Título IV del DL 211 tienen por objeto evaluar prospectivamente si una operación de concentración resulta apta o no para reducir sustancialmente la competencia. En consecuencia, este régimen no tiene por finalidad analizar la licitud o ilicitud de conductas que puedan haber sido desplegadas y/o existir en los mercados en los que participan los agentes económicos que se concentran. En específico, el control de operaciones de concentración no tiene por propósito corregir las eventuales fallas de los mercados en los que recae o incide la operación de concentración, ni tampoco mejorar sus estructuras competitivas, toda vez que para ello el DL 211 establece otras vías legales y/o regulatorias. Asimismo, el diseño institucional de este régimen no le confiere a la FNE atribuciones legales para pronunciarse, con ocasión de una operación de concentración, sobre bienes jurídicos distintos de la promoción y defensa de la libre competencia en los mercados según lo establecido en los artículos 1° y 2° del DL 211.

Por último, la Guía incorpora lineamientos de análisis de competencia dinámica e innovación, plataformas y mercados digitales. En consideración a que, durante los últimos años, las innovaciones y las tecnologías vinculadas a la digitalización, uso y acceso a la información han cobrado vital importancia en el desarrollo de muchas industrias, han aparecido y/o se han profundizado los llamados ‘mercados digitales’. Éstos poseen características distintivas propias en que la competencia de orden dinámico cobra especial relevancia. La Guía constituye un esfuerzo para explicitar algunos criterios generales que serán utilizados por esta Fiscalía para evaluar operaciones de concentración horizontal que involucren mercados digitales, ilustrando especialmente los elementos que difieren del análisis tradicional que se efectúa en operaciones en otros mercados.

El presente documento continúa el camino ya delineado por las Guías Internas para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales de octubre de 2006 y su versión de octubre de 2012, a la que viene a sustituir. Las modificaciones introducidas al DL 211 por la Ley N° 20.945 del año 2016, que introdujo su Título IV “De las Operaciones de Concentración”, así como los avances en la teoría económica aplicable al análisis de dichas transacciones, la jurisprudencia de nuestros tribunales y la experiencia acumulada por la FNE desde la anterior guía y durante estos tres años del régimen de control obligatorio, hacen procedente emitir esta nueva versión.

Atentamente,

Ricardo Riesco Eyzaguirre
Fiscal Nacional Económico

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	2
I. MARCO ANALÍTICO	5
II. MERCADO RELEVANTE	7
A. MERCADO RELEVANTE DE PRODUCTO	8
B. MERCADO RELEVANTE GEOGRÁFICO	11
C. OTRAS CARACTERÍSTICAS DEL MERCADO	12
III. ANÁLISIS COMPETITIVO.....	14
A. PARTICIPACIONES DE MERCADO	14
B. ÍNDICES DE CONCENTRACIÓN.....	15
C. EFECTOS SOBRE LA COMPETENCIA.....	17
1. RIESGOS UNILATERALES.....	17
2. RIESGOS COORDINADOS	25
3. JOINT VENTURES.....	29
4. MERCADOS DINÁMICOS Y DE INNOVACIÓN	30
5. PLATAFORMAS DIGITALES Y MERCADOS DIGITALES	33
D. CONDICIONES DE ENTRADA.....	38
1. PROBABILIDAD DE LA ENTRADA	40
2. OPORTUNIDAD DE LA ENTRADA	40
3. SUFICIENCIA DE LA ENTRADA.....	41
4. BARRERAS A LA ENTRADA	41
E. CONTRAPESOS A LOS RIESGOS	44
1. EFICIENCIAS	44
2. PODER DE NEGOCIACIÓN DE LOS CLIENTES.....	49
F. DEFENSA DE EMPRESA EN CRISIS	50

I. MARCO ANALÍTICO

1. La FNE entiende la competencia como un proceso de rivalidad entre agentes económicos que persiguen capturar la preferencia de los consumidores¹. Dicha rivalidad crea incentivos para que los agentes reduzcan sus precios, aumenten su producción, mejoren la calidad y/o para que introduzcan nuevos productos o servicios².

2. Así, algunas operaciones de concentración (“**Operación**” u “**Operaciones**”) pueden resultar pro-competitivas, permitiéndoles a los agentes económicos que se concentran la posibilidad de incrementar su eficiencia a través del aprovechamiento de sinergias y ahorros de costos. Ello puede redundar en beneficios para los consumidores, cuando dichas eficiencias les son efectivamente traspasadas. Otras Operaciones también pueden incrementar los incentivos de la entidad resultante a rivalizar con sus competidores cuando, con ocasión de ellas, la entidad resultante pueda imponer una mayor disciplina competitiva a los incumbentes en el mercado.

3. Otras Operaciones pueden ser neutrales o tener un impacto poco significativo en la competencia en el mercado, porque la continuidad de la rivalidad entre los competidores está asegurada por una suficiente presión competitiva remanente.

4. Finalmente, ciertas Operaciones pueden reducir sustancialmente la competencia en los mercados, disminuyendo, en perjuicio de los consumidores, los incentivos de las partes que se concentran a rivalizar. Ello podrá materializarse, ya sea a través de un alza en los precios, una disminución de la cantidad o de la calidad de los productos involucrados³, o en la afectación de variables competitivas adicionales que sean relevantes para competir en el mercado involucrado.

5. En su análisis, la Fiscalía procurará determinar si una Operación cuenta o no con la aptitud para reducir sustancialmente la competencia en un determinado mercado. En específico, una Operación tendrá dicha aptitud si se concluye que, de materializarse, otorgaría, reforzaría o incrementaría, o podría otorgar, reforzar o incrementar, la capacidad de la entidad resultante para, por sí misma o en conjunto con otros, deteriorar

¹ En adelante, el término ‘consumidor’ será utilizado en forma amplia, incluyendo tanto a aquellos que compran un producto que luego es utilizado como un insumo intermedio, como aquellos que compran un producto en calidad de consumidor final.

² En adelante, el término ‘productos’ será comprensivo de ‘productos o servicios’. La distinción sólo se efectuará cuando ello sea procedente.

³ En adelante, el término ‘precio’ será comprensivo de ‘otras variables competitivas’. La distinción sólo se efectuará cuando ello sea procedente.

significativamente las condiciones competitivas a la luz del mercado respectivo, en comparación con la situación existente –o que existiría– en ausencia de la Operación⁴⁻⁵.

6. En efecto, y como regla general, el análisis de una Operación buscará comparar los niveles de competencia que se espera que existan de perfeccionarse la Operación, con los niveles de competencia sin la fusión. Este último es el escenario *contrafactual*. Un buen indicador de la realidad competitiva que cabría esperar en el evento que la Operación no se perfeccione suele ser aquel que prevalece antes de la misma. Así, en la mayoría de los casos, las condiciones competitivas existentes en el momento de la Operación constituirán la referencia comparativa más adecuada para evaluar sus efectos.

7. Sin embargo, en determinadas circunstancias, la FNE tomará en cuenta los cambios que resultarían razonablemente predecibles en el supuesto de no verificarse la Operación. En particular, el posible ingreso o salida de agentes económicos, los planes de inversión de las partes antes de decidir concentrarse en términos de expansión, innovación u otros, la posibilidad de supervivencia en el mercado de las partes que se concentran, cambios regulatorios inminentes u otras Operaciones que se verifiquen en paralelo a la que es objeto de análisis por la Fiscalía y que influyan directa o indirectamente en el mercado objeto de la misma, entre otros.

8. El análisis que realizará la Fiscalía para determinar si una Operación tiene la aptitud para reducir sustancialmente la competencia, ponderará los antecedentes tenidos a la vista en el marco de la investigación que lleve al efecto. A la luz de la Operación en particular, la FNE complementará el análisis cualitativo con herramientas cuantitativas, procurando evitar depender de una única fuente o instrumento. Por regla general, la Fiscalía considerará las predicciones cuantitativas como indicativas de la existencia de incentivos para comportarse en el mercado de una forma determinada y de la probabilidad de que éstos se vean modificados de manera sustancial, examinando su congruencia con los demás antecedentes cualitativos que sean recabados.

9. El análisis de la FNE también considerará a otros agentes económicos que se sitúen dentro de la esfera de propiedad y/o influencia de las partes que se concentran en el

⁴ Véanse: (i) Rol FNE F233-2020 “Fusión entre Fiat Chrysler Automobiles N.V. y Peugeot S.A.”, p.142; (ii) Rol FNE F216-2019 “Adquisición de activos de Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada por parte de Compañía de Petróleos de Chile COPEC S.A.”, p.80; (iii) Rol FNE F178-2019 “Adquisición de control de Clínica Iquique S.A. por parte de Redinterclínica S.A.”, pp.149-150; (iv) Rol FNE F90-2017 “Notificación de Operación de Concentración Ideal S.A – Nutrabien S.A.”, pp.72-74; (v) Rol FNE F116-2018 “Adquisición de CDF por parte de Turner International Latin America, Inc”, pp.56-57; y (vi) Rol FNE F101-2017 “Operación de Concentración entre Banco Santander – Chile y Sociedad de Recaudación y Pagos de Servicios Limitada”, p.76.

⁵ Un análisis análogo se realiza respecto de Operaciones ya materializadas, de conformidad con el artículo 48 inciso 9° del DL 211. En este tipo de Operaciones, el análisis no solo se enfoca en los efectos ya consumados, sino que también en la potencialidad de efectos futuros. Una Operación materializada puede ser anticompetitiva incluso si dichos efectos aún no se han observado, debido a que, por ejemplo, la entidad resultante puede estar consciente de la posibilidad de una revisión posterior a la Operación y moderar su conducta, o porque ciertos efectos pueden tardar en materializarse.

mercado respectivo, de modo tal de determinar de la forma más precisa posible, cuáles serían las habilidades e incentivos de las partes, de perfeccionarse la Operación⁶.

II. MERCADO RELEVANTE

10. 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 tal que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado.

11. El mercado relevante contiene las alternativas más probables con que los consumidores de las entidades que se concentran pueden sustituir sus productos. Su definición resulta útil como marco de referencia para el análisis competitivo y sirve de base a la determinación de las participaciones de mercado de las partes y de los indicadores de concentración del mercado, entre otros.

12. Sin embargo, el análisis de Operaciones no siempre requiere de una definición precisa de el o los mercados relevantes involucrados. La FNE solo los definirá con el objetivo de proveer un marco instrumental para la evaluación de los posibles efectos competitivos asociados a una Operación, lo que generalmente ocurrirá ante la necesidad de efectuar un examen en profundidad del mercado y de los efectos que la Operación genera en el mismo⁷. El objetivo último del análisis de las Operaciones consiste en determinar si sus efectos tienen la aptitud de reducir sustancialmente la competencia, y no en definir mercados relevantes como un fin en sí mismo.

13. Como primera aproximación al análisis, usualmente la FNE adoptará el escenario más conservador, entendiendo por tal la definición de mercado relevante en la que las partes superpongan de manera efectiva o potencial sus actividades y concentren una mayor participación. En caso de descartarse los riesgos en este escenario, en general no será necesario efectuar una definición precisa del mercado relevante.

⁶ El análisis de la Fiscalía podrá considerar no sólo las actividades desarrolladas por las partes de la respectiva Operación, sino también aquellas de los agentes económicos pertenecientes a sus respectivos grupos empresariales, según sea el caso. Véase Guía de Competencia de junio de 2017 de la Fiscalía, p.11 y Decreto Supremo N°41 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo de fecha 7 de mayo de 2021, que Aprueba el Reglamento sobre la Notificación de una Operación de Concentración, publicado en el Diario Oficial el día 2 de noviembre de 2021, en su artículo 2°.

Asimismo, la Fiscalía podrá considerar las participaciones minoritarias que tengan las partes y/u otros agentes del mercado y que puedan afectar la habilidad y/o los incentivos de la entidad fusionada para desplegar conductas que puedan tener efectos negativos en los mercados. Véase Rol FNE F255-2020 “Adquisición de control por parte de State Grid International Development Limited en NII Agencia de Compañía General de Electricidad y otros”.

⁷ Lo que -en general- se efectúa tras un examen en profundidad de la Operación, una vez extendida la investigación de la Operación que se analiza (“Fase II”). Artículo 54 c) del DL 211, y Guía de Remedios de junio de 2017 de la Fiscalía, p.7. Véanse: (i) Rol FNE F178-2019 “Adquisición de control de Clínica Iquique S.A. por parte de Redinterclínica S.A.”, pp.31-45; y (ii) Rol FNE F135-2018 “Adquisición de las acciones de Grupo Empresas Navieras, SAAM Puertos y Ransa Comercial en Terminal Puerto Arica por Inversiones Neltime e Inversiones y Construcciones Belfi S.A.”, pp.17-20.

14. En particular, cuando los mercados afectados por la Operación involucren productos diferenciados, la FNE podrá efectuar un análisis de cercanía competitiva como complemento a la definición de mercado relevante. En otros casos, solo se requerirá un análisis de cercanía competitiva, no siendo necesario precisar el mercado relevante⁸⁻⁹.

A. MERCADO RELEVANTE DE PRODUCTO

15. La FNE entiende que conforman un mismo mercado relevante el grupo de productos que los consumidores consideren sustituibles entre sí, de forma suficientemente próxima en razón de sus características, precio y/o uso. En algunos casos, y conforme se señala a continuación, la Fiscalía podrá considerar no sólo la sustitución desde la perspectiva de la demanda, sino que también desde la perspectiva de la oferta.

16. Para evaluar la ‘sustitución del lado de la demanda’ y definir mercados relevantes de producto, la Fiscalía generalmente utilizará como herramienta conceptual el test del monopolista hipotético. Dicho test busca determinar cuál es el conjunto de productos o servicios que, si fueran ofrecidos por un monopolista hipotético, éste podría de manera rentable aplicar un alza en precios, pequeña pero significativa y no transitoria¹⁰.

17. En definitiva, los productos se incluirán o excluirán de la definición del mercado relevante de producto, dependiendo de si su competencia afecta o restringe suficientemente la estrategia de precios de las partes en el corto plazo, determinando entonces si los consumidores estarían o no dispuestos a adquirir productos sustitutos fácilmente disponibles en respuesta a la mencionada alza en precios por parte del monopolista hipotético.

⁸ Véase Rol FNE F250-2020 “Adquisición de control en OK Market S.A. por parte de Cadena Comercial Andina SpA y Comercial Big John Limitada”, pp.27-28. Además, dicha sustitución o complemento a la definición de mercado relevante puede ocurrir en casos donde es complejo definirlo, por ejemplo, porque existe un continuo de opciones que pueden ser consideradas como sustitutos con diferentes grados de cercanía competitiva y puede producirse una cadena de sustitución. Véase Rol FNE F199-2019 “Asociación entre Inmobiliaria Puente Limitada y Compañía de Seguros Confuturo S.A.”, pp.4-5.

⁹ Las razones por las que la FNE podrá optar por efectuar un análisis de cercanía competitiva se exponen en el capítulo III.C.1.ii) de esta Guía.

¹⁰ En la práctica, el test se aplica tomando un producto o conjunto de productos (‘mercado candidato’) y analizando si para un monopolista hipotético resultaría rentable imponer un alza en precios. Éste siempre presume un alza pequeña, pero significativa y no transitoria (SSNIP, por sus siglas en inglés). Generalmente se utiliza un valor de referencia de un 5% o 10%, aunque el valor específico podría depender de las características particulares de los productos en cuestión. Si ante dicha alza en precios, es esperable que un número suficiente de compradores responda sustituyendo su compra por un producto diferente a los considerados, se entenderá que el alza de precios no sería rentable para el monopolista hipotético y, por tanto, será necesario incorporar el producto sustituto dentro del mercado candidato. Luego, el test es aplicado nuevamente para un monopolista hipotético que ofrece este conjunto ampliado de productos y así sucesivamente, hasta encontrar un grupo de productos sobre los cuales el alza simultánea -pequeña, pero significativa y no transitoria- de todos sus precios resultaría rentable para dicho monopolista hipotético, al no existir un número suficiente de compradores que se cambie a otro producto ante tal alza en precios. Así, dicho grupo de productos constituirá el mercado relevante de producto.

18. Al definir mercados relevantes, la Fiscalía generalmente utilizará el test de monopolista hipotético de forma conceptual, evaluando, de acuerdo a la evidencia cualitativa y cuantitativa disponible, cuáles serían los productos que formarían parte del ‘mercado candidato’, al ejercer suficiente presión competitiva sobre los productos analizados. Los antecedentes a ponderar atienden a las particularidades del segmento involucrado y de los productos considerados, entre los cuales es posible mencionar, de forma no taxativa:

- i. Definiciones de mercado relevante y de sus alternativas plausibles, contenidas en la notificación de la Operación;
- ii. Características y función o uso de los productos candidatos a integrar un mismo mercado relevante¹¹;
- iii. Información (ya sea prospectiva¹² o basada en experiencias pasadas¹³) relativa al comportamiento de compradores y competidores ante alteraciones en las condiciones de la oferta (por ejemplo, variaciones de precios, calidad o quiebres de *stock*) o de la demanda;
- iv. Tiempo y costos de cambio que enfrenten los consumidores;
- v. Los niveles de precios y de las correlaciones entre ellos¹⁴⁻¹⁵;
- vi. Elasticidades cruzadas, razones de desvío u otras medidas de cercanía competitiva;
- vii. Documentos internos o externos de las partes o terceros, tales como estudios de estrategia o *marketing*, que puedan proveer información acerca de cuáles son los productos alternativos que las partes de una Operación o terceros consumidores o competidores puedan considerar como competidores cercanos¹⁶;

¹¹ Evidencia de que los productos satisfacen necesidades completamente distintas, puede permitir descartar la sustitución desde el lado de la demanda. Sin embargo, el hecho de que dos bienes satisfagan una misma necesidad, no es indicativo por sí mismo de que, necesariamente, son parte del mismo mercado relevante. Véase Rol FNE F184-2019 “Adquisición de Financiere Dry Mix Solutions S.A.S. por Sika AG”, p.5.

¹² Tales como cuestionarios o encuestas. Al respecto, véase párrafo 50 i) de esta Guía. Para mayor información, véanse: (i) Rol FNE F178-2019 “Adquisición de control de Clínica Iquique S.A. por parte de Redinterclínica S.A.”, p.36; y (ii) Rol FNE F217-2019 “Adquisición de control en Cornershop por parte de Uber Technologies, Inc.”, Anexo II Encuesta a consumidores finales de Cornershop y Uber Eats.

¹³ En general, la información acerca de cambios inesperados en la demanda y oferta produce resultados más concluyentes, ya que aquéllos no se encuentran previamente internalizados por compradores y competidores y, por lo tanto, no afectan las variables competitivas anteriores a su realización. Para mayor información, véase Rol FNE F109-2017 “Operación de Concentración entre Aza Participaciones SpA, Matco Cables SpA y otros.”, pp.16-18.

¹⁴ Así, por ejemplo, diferencias significativas en los niveles de precios podrían indicar productos que no son suficientemente próximos. Véase Rol FNE F43-2015 “Enajenación de Foods Cía. de Alimentos.”, pp.14-15.

¹⁵ Las correlaciones de precios se usan principalmente para descartar la inclusión de un producto en el mercado relevante. Así, por ejemplo, dos productos cuyos precios se comportan de forma similar en el tiempo, no necesariamente conforman un mismo mercado relevante. Sin embargo, dos productos cuyos precios se comportan de forma distinta podrían dar indicios que fijan precios de forma independiente el uno al otro. Véanse: (i) el Informe de la FNE para el caso Rol NC N° 385-10 “Consulta de Soprole Inversiones S.A. y Nestlé Chile S.A. sobre Operación de concentración”, pp.8 y 183; y (ii) Rol FNE F109-17 “Operación de Concentración entre Aza Participaciones SPA, Matco Cables SPA y otros”, p.18.

¹⁶ Véanse: (i) Rol FNE F163-2018 “Adquisición de control sobre activos de Aresta, Delco y Fastcom por parte de Telepizza”, p.9; (ii) Rol FNE F207-2019 “Adquisición de control en Avon por parte de Natura Cosméticos”, pp.9-11; (iii) Rol FNE F217-2019 “Adquisición de control en Cornershop por parte de Uber

- viii. Opiniones de consumidores, competidores actuales o potenciales, reguladores sectoriales, proveedores u otros igualmente relevantes¹⁷;
- ix. Opiniones de asociaciones gremiales; y/o
- x. Jurisprudencia nacional y comparada que resulte ilustrativa a la luz de la Operación que se analiza.

19. Adicionalmente, en algunos casos particulares, la ‘sustitución por el lado de la oferta’ podrá ser considerada con el objeto de definir el ámbito de un determinado mercado relevante de producto o geográfico. La sustitución por el lado de la oferta consiste en la reacción por parte de los oferentes de productos dentro del mismo mercado relevante o en mercados cercanos o afines, ya sea a través de la introducción de nuevos productos y/o mediante un reposicionamiento de los productos ya existentes, como respuesta a un alza en precios pequeña, pero significativa y no transitoria y/o al deterioro de otras variables de competencia relevantes¹⁸.

20. La sustitución por el lado de la oferta será evaluada si los agentes económicos considerados como potenciales oferentes tienen la capacidad de poner a disposición de los consumidores dicho producto en un plazo muy breve, sin realizar inversiones que impliquen costos hundidos, e incurriendo en un costo muy bajo para ingresar a la nueva categoría de producto¹⁹⁻²⁰.

21. A efectos de evaluar la sustitución desde el lado de la oferta, la Fiscalía podrá considerar los siguientes antecedentes, no taxativos:

Technologies, Inc.”, pp.39-40; (iv) Rol FNE F218-2019 “Fusión ente Outotec OYJ y Metso Oyi”, p.23; (v) Rol FNE F220-2019 “Adquisición de control en GrandVision NV (Rotter & Krauss) por parte de EssilorLuxottica S.A.” Informe de Riesgos, p.139; y (vi) Rol FNE F233-2020 “Fusión entre Fiat Chrysler Automobiles N.V. y Peugeot S.A.” p.30.

¹⁷ Al momento de analizar las opiniones de actores del mercado, la Fiscalía tomará en consideración que dichos actores pueden, eventualmente, tener intereses estratégicos derivados de una Operación. Por ello, generalmente se le suele dar más relevancia a las opiniones de clientes que a las opiniones de competidores de las partes que se concentran, por cuanto en Operaciones que puedan reducir sustancialmente la competencia, los primeros serían dañados frente a un alza de precios, mientras que los segundos podrían eventualmente verse beneficiados de dicha alza.

¹⁸ Sin perjuicio de ello, y aun en el caso de que no se cumpla la sustitución del lado de la oferta, la Fiscalía podrá analizar la reacción de los oferentes de productos frente a cambios en precios durante las fases posteriores de su análisis.

¹⁹ En el extremo, pueden existir casos con muy alta sustituibilidad de la oferta en que es posible, sin ningún costo y en el muy corto plazo, alternar entre la producción de bienes distintos. Véase Rol FNE F71-2016 “Operación de Concentración entre Cementos Polpaico S.A. y Cementos Bicentenario S.A.”, Anexo I Informe de la Fiscalía Nacional Económica, p.10.

²⁰ Esto puede ocurrir, por ejemplo, en mercados de licitaciones, donde los productos licitados no necesariamente son sustitutos desde el lado de la demanda, sin perjuicio de lo cual existe una serie de oferentes plausibles para una serie de productos. En dicho caso, la disciplina competitiva vendría dada por la disposición del consumidor a cambiar de oferente, más que de la disposición del consumidor de cambiar de producto. Véanse: (i) Rol FNE F110-2017 “Consortio entre Besalco Concesiones S.A. y Empresa Constructora Belfi S.A. para la licitación de la concesión “Mejoramiento Ruta Nahuelbuta”, pp.4-5; y (ii) Rol FNE F162-2018 “Asociación entre BASF SE y Solenis International, LLC”, p.14.

- i. Evidencia de que la sustitución por parte de los oferentes es técnica y económicamente factible²¹, y que existe capacidad disponible para aquello;
- ii. Costos y tiempos requeridos, ya sea para redirigir la producción hacia otros bienes, o para su comercialización hasta el consumidor final; y/o
- iii. Evidencia de que, en el pasado, los oferentes redirigieron su producción y/o su comercialización en respuesta a cambios en precios u otras variables competitivas relevantes.

B. MERCADO RELEVANTE GEOGRÁFICO

22. La FNE entiende delimitado el mercado relevante por la menor área geográfica dentro de la cual sería posible para un monopolista hipotético ejercer poder de mercado respecto del producto o grupo de productos que lo componen. Además, se entiende que en dicho ámbito las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas, resultando factible su diferenciación respecto de otras áreas.

23. Las herramientas analíticas que utilizará la Fiscalía para definir el mercado geográfico son análogas a las indicadas para definir el mercado de producto²²⁻²³.

24. En la práctica, para aproximar un mercado geográfico determinado la Fiscalía podrá utilizar las denominadas 'áreas de captación' o *catchment areas*²⁴. Éstas corresponden a zonas geográficas delimitadas por un radio en donde se concentra un porcentaje determinado de las ventas de un producto²⁵ o un porcentaje predefinido de los consumidores²⁶⁻²⁷ y que se relaciona con la distancia que ellos están dispuestos a recorrer

²¹ Véase Rol FNE F71-2016 "Operación de Concentración entre Cementos Polpaico S.A. y Cementos Bicentenario S.A.", Anexo I Informe de la Fiscalía Nacional Económica, p.8.

²² Por lo tanto, el test del monopolista hipotético se aplicará considerando qué ocurriría si el monopolista del producto relevante, en un ámbito geográfico en particular, impusiera un alza en precios pequeña, pero significativa y no transitoria. Si como resultado, un número suficiente de consumidores se cambiara de proveedor a otra zona, de tal forma que dicha alza en precios no resultara rentable, es necesario repetir el ejercicio aumentando el área geográfica considerada, comprendiendo dicha zona.

²³ Esto incluye tanto la sustitución por el lado de la demanda como por el lado de la oferta.

²⁴ También denominadas áreas de influencia.

²⁵ Dicho porcentaje puede depender de las particularidades de los mercados estudiados. Sin embargo, generalmente es utilizado un porcentaje de 80%, verificando la sensibilidad de los resultados del análisis mediante el uso de otros porcentajes. Véanse: (i) Rol FNE F71-2016 "Operación de Concentración entre Cementos Polpaico S.A. y Cementos Bicentenario S.A.", Anexo I Informe de la Fiscalía Nacional Económica respecto a Investigación de Operación entre Cementos Polpaico S.A. y Cementos Bicentenario S.A.", pp.14-15; (ii) Rol FNE F1-2013 "Adquisición de Colmena Golden Cross por Fondo Privado / LarrainVial", pp.5-6; y (iii) Rol FNE F108-2017 "Fusión entre Linde Aktiengesellschaft y Praxair Inc.", p.61.

²⁶ Véanse: (i) Rol FNE F157-2018 "Adquisición de Casino de Juegos Pacífico S.A., Casino Gran Los Ángeles S.A. y San Antonio Hoteles II SpA por parte de Enjoy S.A. y Enjoy Gestión Limitada.", pp.9-13; y (ii) Rol FNE F304-2022 "Adquisición de control en los Colegios Dunalastair por parte de Cognita Chile Limitada" pp.3-4.

²⁷ De manera similar, el indicador de Elzinga-Hogarty, ya sea en sus versiones original o modificada, ha sido utilizado para la definición de mercados geográficos en el análisis de Operaciones que involucren a prestadores de salud. Al respecto, véanse: (i) Rol FNE F247-2020 "Adquisición de control en Red de Clínicas Regionales S.A. por parte de Asociación Chilena de Seguridad", pp.9-10 y Anexo 1; y (ii) Rol FNE F178-2019 "Adquisición de control de Clínica Iquique S.A. por parte de Redinterclínica S.A.", pp.45-55.

para proveerse del producto ofrecido o con la distancia que están dispuestos a recorrer los agentes económicos para distribuir sus productos.

25. En la determinación del mercado relevante geográfico, la Fiscalía podrá considerar los siguientes antecedentes, en forma no taxativa:

- i. Definiciones de mercado relevante y de sus alternativas plausibles, contenidas en la notificación de la Operación;
- ii. Información acerca de las características físicas de los productos, tales como su perecibilidad y la factibilidad técnica de su transporte a distancia²⁸;
- iii. Tiempo y costos de transporte del producto²⁹;
- iv. Necesidad de que los proveedores se encuentren localizados cerca de sus respectivos consumidores³⁰;
- v. El origen o procedencia de los consumidores³¹ o áreas de influencia de ciertos puntos de venta³² y/o plantas productivas³³ con que cuenten las partes y sus competidores;
- vi. Los niveles de precios³⁴ y de las correlaciones entre ellos³⁵ entre distintas zonas geográficas;
- vii. Los cambios o desvío de demanda de productos desde un área geográfica a otra, frente a variaciones en las condiciones de oferta o demanda;
- viii. Evidencia histórica acerca del rol de las importaciones del producto³⁶;
- ix. Documentos internos, tales como estudios de estrategia o marketing, que puedan dar luces acerca de las áreas de influencias y tamaño del mercado;
- x. Opinión de consumidores o competidores; y/o
- xi. Jurisprudencia nacional y comparada que resulte ilustrativa según la Operación que se analiza.

C. OTRAS CARACTERÍSTICAS DEL MERCADO

26. Al definir el mercado relevante en que recae una Operación, y sin perjuicio de la utilización del *test* del monopolista hipotético como herramienta conceptual, la Fiscalía

²⁸ Véase Rol FNE F211-2019 "Fusión entre Inversiones Quillayes SpA y Surlat Corporación S.A.", p.8.

²⁹ Véase Rol FNE F108-2017 "Fusión entre Linde Aktiengesellschaft y Praxair Inc.", p.59.

³⁰ Véase Informe de la FNE para el caso Rol NC 385-10 "Consulta de Soprole Inversiones S.A. y Nestlé Chile S.A. sobre Operación de concentración", p.80.

³¹ Véanse: (i) Rol FNE F247-2020 "Adquisición de control en Red de Clínicas Regionales S.A. por parte de Asociación Chilena de Seguridad", pp.9-10 y Anexo 1; y (ii) Rol FNE F178-2019 "Adquisición de control de Clínica Iquique S.A. por parte de Redinterclínica S.A.", pp.45-55.

³² Véase Rol FNE F216-2019 "Adquisición de activos de Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada por parte de Compañía de Petróleos de Chile COPEC S.A.", pp.17-22.

³³ Véase, por ejemplo, Rol FNE F71-2016 "Operación de Concentración entre Cementos Polpaico S.A. y Cementos Bicentenario S.A.", pp.13-15.

³⁴ Véase Rol FNE F223-2019 "Adquisición de control en activos de la marca First por parte de Inversiones Mitta SpA", p.5.

³⁵ Véase Informe de la FNE para el Rol NC 385-10 "Consulta de Soprole Inversiones S.A. y Nestlé Chile S.A. sobre Operación de concentración", pp.81-88.

³⁶ Véase Rol FNE F108-2017 "Fusión entre Linde Aktiengesellschaft y Praxair Inc.", pp.27, 84 y 87.

adicionalmente tomará en consideración para ello los siguientes factores dependiendo de la Operación específica y de las características particulares del mercado, en forma no taxativa:

- i. Dimensión de los consumidores o canales de venta: En el evento que los oferentes pueden cobrar diferentes precios a distintos grupos de consumidores o por distintos canales de venta, puede ser necesario definir mercados relevantes distintos según los diferentes grupos o canales³⁷. Por ejemplo, si existen requerimientos sustancialmente diferentes entre grandes y pequeños consumidores o si las condiciones entre distintos canales de venta son sustancialmente distintas y sólo un subconjunto de los oferentes estaría en condiciones de satisfacer la demanda de cada grupo de consumidores o canal de venta.
- ii. Dimensión temporal: La Fiscalía podrá considerar la dimensión temporal de un mercado relevante cuando exista evidencia de demandas fluctuantes en lapsos cortos o prolongados de tiempo, o bien si se trata de bienes durables o de rápida obsolescencia.
- iii. Mercados de dos o más lados: Cuando existen mercados que conectan distintos grupos de consumidores, no relacionados entre sí, como en el caso de plataformas digitales u otros³⁸, puede ser necesario considerar las relaciones entre dichos grupos al definir el o los mercados relevantes respectivos³⁹.
- iv. Mercados secundarios o *aftermarkets*: Los productos secundarios son aquellos que únicamente son adquiridos después de haber sido obtenido otro producto relacionado, denominado primario⁴⁰⁻⁴¹. De tal manera, dependiendo de la compatibilidad entre productos secundarios y productos primarios, la Fiscalía podrá definir a ambos productos como parte de un mismo mercado, como mercados separados, o bien, como varios mercados, agrupando los productos secundarios en distintos mercados según la compatibilidad con el bien primario respectivo⁴².

³⁷ Véanse: (i) Rol FNE F163-2018 "Adquisición de control sobre activos de Aresta, Delco y Fastcom por parte de Telepizza", p.8; y (ii) Rol FNE F211-2019 "Fusión entre Inversiones Quillayes SpA y Surlat Corporación S.A.", pp.15-16.

³⁸ Véanse: (i) Rol FNE F199-2019 "Asociación entre Inmobiliaria Puente Limitada y Compañía de Seguros Confuturo S.A.", p.4; y (ii) Resolución N° 41 de fecha 27 de septiembre del 2012 del H. TDLC en causa Rol NC N° 404-12 "Consulta de la Fiscalía Nacional Económica relativa a la adquisición por parte de Radiodifusión SpA de concesiones de radiodifusión de Comunicaciones Horizonte Ltda.", considerando 10.1.

³⁹ Las particularidades de las plataformas digitales se analizarán en la sección III.C.5.

⁴⁰ Véase Rol FNE F226-19 "Adquisición de control en Bergé Automoción, S.L.U por parte de Mitsubishi Corporation.", pp.17-18.

⁴¹ Véanse: (i) Rol FNE F89-2017 "Notificación de Operación de Concentración entre HP Inc. y Samsung Electronics Co., Ltd", p.6; (ii) Rol FNE F200-2019 "Adquisición de control de Grupo Coseche por parte de Inversiones GAC S.A.", pp.8-12; y (iii) Rol FNE F218-2019 "Fusión ente Outotec OYJ y Metso Oyi", p.33.

⁴² Si bien el análisis podría variar para considerar las particularidades de cada caso, usualmente cuando los productos secundarios solamente sean compatibles con un producto primario, la Fiscalía

- v. Auto-oferta: La Fiscalía podrá incluir dentro de un mismo mercado la producción interna de los agentes económicos, esto es, la relativa al autoconsumo de éste o de alguna entidad que forme parte de su grupo empresarial⁴³. Lo anterior se efectuará sólo si para el respectivo agente económico resulta rentable poner a disposición de terceros dicha producción ante un aumento significativo en precios.

III. ANÁLISIS COMPETITIVO

A. PARTICIPACIONES DE MERCADO

27. Como se indicó en la sección II, la FNE generalmente identificará el o los mercados involucrados en la Operación, ya sea sobre la base de la definición de mercado relevante que efectúe, las alternativas plausibles del mismo, o la definición más conservadora cuando no sea necesario adoptar una definición estricta del mismo⁴⁴. En cualquier caso, se identificarán los principales oferentes que participan en él y la industria o segmento involucrado.

28. La FNE determinará las cuotas de mercado en función de las ventas monetarias anuales de los actores del mercado. Alternativamente, la unidad de medida que la FNE utilice para calcular dichas cuotas, corresponderá a aquella que sea generalmente utilizada en la industria respectiva, o dadas las peculiaridades de cada mercado, la que mejor refleje la significancia competitiva de cada actor⁴⁵.

29. El periodo de tiempo a considerar para medir las participaciones podrá variar y ser indicativo de la importancia relativa de cada competidor en el mercado, como puede ocurrir en mercados con grandes transacciones y que se producen de forma poco frecuente en el tiempo⁴⁶.

considerará a ambos como parte del mismo mercado. Por otra parte, si los productos secundarios son compatibles con cualquier producto primario, usualmente la FNE los considerará como mercados separados. En casos de compatibilidades entre algunos de los bienes secundarios con los primarios, podrán considerarse mercados distintos.

⁴³ Véase Rol FNE F71-2016 "Operación de Concentración entre Cementos Polpaico S.A. y Cementos Bicentenario S.A.", Anexo I Informe de la Fiscalía Nacional Económica respecto a Investigación de Operación entre Cementos Polpaico S.A. y Cementos Bicentenario S.A., p.4, donde fueron incluidas en la contabilización de las ventas del producto cemento, las ventas a entidades relacionadas realizadas por el respectivo incumbente.

⁴⁴ Véanse párrafos 12-13.

⁴⁵ Así, también es posible utilizar las ventas en términos de unidades físicas, la capacidad instalada y/o disponible de cada actor, las reservas en el caso de recursos naturales, u otras variables según la forma en que usualmente se midan por los actores del mercado. Véase Rol FNE F233-2020 "Fusión entre Fiat Chrysler Automobiles N.V. y Peugeot S.A.", pp.39 y ss.

⁴⁶ Véanse: (i) Rol FNE F218-2019 "Fusión de Outotec Oyj con Metso Oyj" p.17; (ii) Rol FNE F277-2021 "Adquisición de control en Colbún Transmisión S.A. por parte de Alfa Desarrollo SpA" p.10; y (iii) Rol FNE F199-2019 "Asociación entre Inmobiliaria Puente Limitada y Compañía de Seguros Confuturo S.A." pp.6-10.

30. Normalmente, la FNE considerará las participaciones de mercado de cada actor al momento en que se analiza la Operación⁴⁷. Sin embargo, las cuotas podrán ser calculadas considerando los cambios que puedan razonablemente esperarse en un futuro cercano. Para estos efectos, la FNE podrá tener presente eventuales salidas o entradas de actores en el mercado, así como posibles contracciones o expansiones inminentes⁴⁸.

31. Cuando las características del mercado así lo requieran, la FNE podrá analizar las participaciones de mercado históricas, así como su evolución a través del tiempo⁴⁹. Esto último será relevante especialmente en mercados con participaciones volátiles, como aquellos mercados caracterizados por la innovación.

B. ÍNDICES DE CONCENTRACIÓN

32. En general, la Fiscalía utilizará los cálculos de la concentración del mercado como punto de partida en su análisis, principalmente para identificar aquellas Operaciones que preliminarmente no revisten riesgos para la competencia⁵⁰. Por regla general, la FNE evitará considerar una determinada medida de concentración como el único predictor del desempeño competitivo de un mercado.

33. En su análisis, la FNE generalmente determinará el nivel de concentración del mercado y los cambios que en tales niveles provoque la Operación que se analiza. Para tal efecto, se utilizará de manera preferente, aunque no exclusiva⁵¹, el denominado Índice de Herfindahl - Hirschman (“IHH”)⁵²⁻⁵³.

⁴⁷ Usualmente serán los datos más recientes disponibles, en la medida que mejor representen la realidad competitiva.

⁴⁸ Véase Rol FNE F71-2016 "Operación de Concentración entre Cementos Polpaico S.A. y Cementos Bicentenario S.A.", Anexo I Informe de la Fiscalía Nacional Económica respecto a Investigación de Operación entre Cementos Polpaico S.A. y Cementos Bicentenario S.A., pp.18-19.

⁴⁹ Véase Rol FNE F155-2018 "Adquisición de 21CF por parte de Disney", pp.27-29.

⁵⁰ En ese sentido, como se indicó anteriormente, la Fiscalía muchas veces considera la definición de mercado relevante plausible donde se maximiza la concentración. Si en ese escenario los índices de concentración permiten descartar la necesidad de un mayor análisis, no será necesario definir de forma estricta el mercado relevante.

⁵¹ Por ejemplo, la Fiscalía puede utilizar el número de competidores como medida de concentración. Véase Rol FNE F71-2016 "Operación de Concentración entre Cementos Polpaico S.A. y Cementos Bicentenario S.A.", Anexo I Informe de la Fiscalía Nacional Económica respecto a Investigación de Operación entre Cementos Polpaico S.A. y Cementos Bicentenario S.A., p.30.

⁵² El IHH se calcula sumando los cuadrados de las participaciones de mercado de los diversos actores en términos porcentuales.

⁵³ El IHH tradicional está diseñado para el caso de fusiones o adquisiciones completas. Para los casos de adquisiciones parciales y/o joint venture, esta Fiscalía suele utilizar IHH modificados. Véanse: (i) Acuerdo Extrajudicial Rol AE-12-2015 P "Acuerdo extrajudicial entre Fiscalía Nacional Económica y Electrolux Chile S.A.", p.3; (ii) Rol FNE F219-2019 "Adquisición de control en Eletrans S.A. y otros por parte de Chilquinta Energía S.A., y adquisición de control en Chilquinta S.A. por parte de State Grid International Development Limited", p.16; (iii) Rol FNE F247-2020 "Adquisición de control en Red de Clínicas Regionales S.A. por parte de Asociación Chilena de Seguridad", p.12; y (iv) Rol FNE F303-2021 "Asociación entre Isa Inversiones Chile SpA, Transelec Holdings Rentas Limitada y China Southern Power Grid International (HK) Co., Limited" pp.16-17.

34. Así, todo lo demás constante, mientras más elevada sea la participación de mercado que alcanza un agente económico concentrado, y mayores sean los índices de concentración del mercado y su variación esperada producto de dicha Operación, mayor será la probabilidad que se generen efectos anticompetitivos en el mercado con ocasión de ella. En dichos casos, mayor será la necesidad para la FNE de efectuar un análisis de competencia en profundidad del mercado involucrado en la Operación y de los efectos generados por ésta.

35. Es por ello que la FNE entiende que, habitualmente, las Operaciones que afectan a mercados cuyos índices de concentración no sobrepasan un determinado umbral de concentración tienen un escaso potencial para reducir sustancialmente la competencia. En consecuencia, por lo general la FNE descartará un mayor análisis si, con posterioridad a la Operación, el índice de concentración del mercado es:

- i. Inferior a un IHH de 1500;
- ii. Superior a un IHH de 1500 e inferior a un IHH de 2500 (índice expresivo de un mercado moderadamente concentrado), con una variación proyectada del IHH (o ΔIHH^{54}) menor a 200; o
- iii. Superior a un IHH de 2500 (índice expresivo de un mercado altamente concentrado), con una variación proyectada del IHH (o ΔIHH) menor a 100.

36. Por el contrario, la FNE analizará con mayor detención los efectos competitivos de las Operaciones que recaigan en mercados que iguallen o sobrepasen los umbrales de concentración referidos o que, no excediéndolos, concurren a su respecto ciertas circunstancias especiales, no taxativas, que así lo ameriten, tales como:

- i. Cuando una de las partes involucradas en la Operación sea un competidor potencial, o un entrante reciente, con una cuota de mercado pequeña que no necesariamente refleje la participación que podría razonablemente alcanzar en un futuro cercano⁵⁵;
- ii. Cuando una de las partes involucradas en la Operación sea un innovador importante o un competidor especialmente vigoroso e independiente (un agente económico *maverick*⁵⁶) en un sentido que no se refleje en sus cuotas de mercado;
- iii. Cuando las partes que se concentran sean competidores cercanos en mercados con productos diferenciados;
- iv. Cuando existan vínculos relevantes entre los actores del mercado respectivo, ya sea estructurales (ej. participaciones minoritarias) o contractuales (ej. acuerdos de cooperación, de colaboración o suministro, acuerdos de financiamiento, etc.), que puedan reducir su independencia y/o autonomía competitiva;

⁵⁴ El ΔIHH corresponde a la variación en el Índice de Herfindhal - Hirschman producto de la Operación.

⁵⁵ Según se señala en la sección III.C.1.iv).

⁵⁶ Los agentes económicos *maverick* son aquellos jugadores atípicos en un mercado, usualmente firmas pequeñas, que suelen actuar de forma independiente y sin necesariamente seguir la tendencia de los restantes actores o de el/los agente(s) económico(s) líder(es), lo que las vuelve competidoras vigorosas y que usualmente ejercen presión competitiva efectiva en el mercado o segmento en el que participan.

- v. Cuando el mercado presente una estructura tendiente a la coordinación, o hayan existido indicios de coordinación en el pasado reciente;
- vi. Cuando existan reparos relevantes de consumidores en relación con los efectos de la Operación, o bien aprensiones del mismo tenor sobre las dinámicas competitivas del mercado o industria respectiva;
- vii. Cuando en Operaciones similares en Chile o a nivel comparado se haya concluido la existencia de riesgos para la competencia por la autoridad correspondiente; y/o
- viii. Cuando exista evidencia o cualquier otro indicio de posibles riesgos competitivos con ocasión de la Operación.

37. Cuando los riesgos para la competencia derivados de la Operación no puedan descartarse en una etapa preliminar, la FNE complementará y profundizará su análisis con las herramientas cualitativas y cuantitativas que se presentan en las siguientes secciones.

C. EFECTOS SOBRE LA COMPETENCIA

38. El ejercicio central del análisis de Operaciones consiste en comparar los niveles de competencia que se esperaría que existan si la Operación llegase a tener lugar, con el escenario *contrafactual*.

39. Así, resulta factible esperar que se produzca una reducción sustancial de la competencia si la materialización de una Operación, puede otorgar, reforzar o incrementar la capacidad de la entidad resultante de la Operación para, por sí misma (generando riesgos unilaterales) o en conjunto con otros (generando riesgos coordinados), deteriorar significativamente las condiciones competitivas del mercado respectivo en comparación con el *contrafactual*. En otros términos, una Operación generará riesgos competitivos cuando pueda otorgar la habilidad y los incentivos para que la entidad concentrada, ya sea de manera unilateral o en coordinación con sus competidores, incremente sus precios o afecte otras variables competitivas, en perjuicio de los consumidores.

1. RIESGOS UNILATERALES

40. La forma más evidente en que una Operación podría generar efectos competitivos adversos es eliminando la competencia entre las partes que se concentran, permitiendo a la entidad resultante de la Operación ejercer poder de mercado por sí misma, en forma unilateral.

41. Una entidad concentrada podría, bajo ciertas circunstancias, pasar a tener un poder de mercado tal que le otorgase la capacidad e incentivos para afectar unilateralmente variables de competencia en forma negativa, tales como alzar sus precios, disminuir las

cantidades producidas o reducir los niveles de innovación⁵⁷, calidad o variedad que ofrece a sus consumidores, entre otros⁵⁸.

42. La Fiscalía puede considerar distintos enfoques para la evaluación de riesgos unilaterales que pueden derivar del perfeccionamiento de una Operación, dependiendo de los agentes económicos que se concentran, de los productos ofrecidos por éstos y de las características particulares que exhiba el mercado⁵⁹.

i) Productos homogéneos / Productos diferenciados

43. Una primera clasificación para delimitar el análisis de efectos unilaterales consiste en caracterizar los productos según su grado de diferenciación.

44. En mercados donde los productos son ‘homogéneos’, fácilmente intercambiables entre sí desde la perspectiva de la demanda, los compradores son mayormente indiferentes acerca de qué agente económico produce el producto que ellos adquieren⁶⁰. En dichos mercados, los otros competidores pueden afectar los precios principalmente modificando la cantidad de productos que ofrecen en el mercado. En estos casos, la configuración de los riesgos unilaterales y su magnitud dependerán de los incentivos y habilidad de la entidad resultante de la Operación para reducir su producción con el objeto de aumentar los precios, sin que dicha reducción pueda necesariamente ser compensada oportunamente y en forma íntegra por un aumento de la producción de sus competidores.

45. Por otro lado, en mercados donde los productos son ‘diferenciados’ -por ejemplo, en atributos físicos, en calidad, ubicación geográfica, percepción de marca, servicios postventa, entre otras características-, algunos productos son sustitutos más cercanos y compiten de forma más intensa entre sí que otros⁶¹. Bajo esas circunstancias, es más probable que se verifiquen efectos unilaterales cuando los productos ofrecidos por los agentes económicos que se concentran son sustitutos relativamente cercanos. En este caso, la FNE generalmente buscará evaluar si resultaría rentable para la entidad concentrada alzar los precios de forma unilateral.

⁵⁷ Algunas particularidades del análisis de mercados en los que la competencia dinámica y la innovación juegan un rol importante, se detallarán en la sección III.C.4.

⁵⁸ Otro tipo de efectos unilaterales que pueden ser analizados por esta Fiscalía son los efectos del tipo excluyente. En efecto, la Fiscalía analiza si la Operación dota a la entidad resultante de la habilidad e incentivos para realizar prácticas exclusivas respecto de sus competidores, determinando si en virtud de dichas prácticas, éstos pueden ser excluidos del mercado respectivo, concluyendo que, sin la Operación, hubiesen continuado ofreciendo sus productos, o bien hubiesen ingresado a dicho mercado relevante.

⁵⁹ Dichas formas de aproximación no son necesariamente excluyentes entre sí. Por ejemplo, la Fiscalía podrá analizar, al mismo tiempo, el mercado como uno de bienes diferenciados y en el que la forma de competencia es por licitaciones.

⁶⁰ Véase Rol FNE F109-17 “Operación de Concentración entre Aza Participaciones SPA, Matco Cables SPA y otros”, p.26.

⁶¹ Véase Rol FNE F85-2017 “Notificación de la Operación de concentración entre Essilor International y Luxottica Group”, p.19.

46. La distinción entre productos homogéneos y diferenciados no siempre es clara⁶². Productos percibidos *a priori* como homogéneos, podrían presentar grados importantes de diferenciación que justifiquen realizar un análisis de productos diferenciados⁶³. Por esta razón la Fiscalía analizará, caso a caso, la naturaleza del mercado y a la luz de ello determinará las herramientas cualitativas y cuantitativas más adecuadas para efectuar su análisis.

47. En el caso de bienes homogéneos, la información que podría ponderar la FNE para evaluar posibles riesgos unilaterales derivados de la Operación, incluye, de modo no taxativo:

- i. Participaciones de mercado e índices de concentración;
- ii. La capacidad instalada disponible o la existencia de *stock* disponible de los competidores y, de tratarse de productos importados, la facilidad de importarlos;
- iii. La forma de comercialización y los términos incluidos en los contratos de venta, tales como la duración promedio de los contratos, la posibilidad de renegociar precios o cantidades durante la vigencia del contrato, los que podrían dar indicios de la capacidad de la entidad resultante de la Operación de disminuir su producción o alzar los precios a sus consumidores;
- iv. La elasticidad de la demanda; y/o
- v. Otros factores que inhiban la habilidad e incentivos de los competidores para responder en caso de una reducción de la producción o aumento de precios de la entidad concentrada.

ii) Cercanía competitiva

48. Adicionalmente a los factores ya mencionados para bienes homogéneos, cuando se trata de productos diferenciados, la FNE podrá evaluar la cercanía competitiva entre los productos ofrecidos por las partes de la Operación, con miras a determinar si la nueva entidad tendría incentivos a subir sus precios, considerando especialmente la posible recaptura de sus ventas entre las partes que se concentran⁶⁴.

⁶² Casi todos los productos o servicios poseen características que los diferencian de otros de la misma clase, como, por ejemplo, servicios, accesorios, ubicación geográfica, confiabilidad, entre otras.

⁶³ Véase Rol FNE F71-2016, "Operación de Concentración entre Cementos Polpaico S.A. y Cementos Bicentenario S.A.", Anexo I Informe de la Fiscalía Nacional Económica respecto a Investigación de Operación entre Cementos Polpaico S.A. y Cementos Bicentenario S.A., pp.11-12 y Rol FNE F216-2019 "Adquisición de activos de Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada por parte de Compañía de Petróleos de Chile COPEC S.A.", p.25.

⁶⁴ Lo anterior se explica en razón de que, al alzar sus precios, los agentes económicos enfrentan dos efectos contrapuestos: por un lado, obtienen mayores ganancias en las unidades que continúan vendiendo, pero, por otro lado, ven reducida la cantidad que venden, atendido que algunos consumidores deciden consumir productos sustitutos o, incluso, no adquirir el producto. De tal manera, si como consecuencia de una Operación, dicho agente económico adquiere el control o se fusiona con un competidor, parte de las ventas anteriormente perdidas a raíz de un alza en precios podrían ser recapturadas por la entidad resultante de la Operación, provocando una presión al alza en los precios. Este efecto será mayor mientras mayor sea el valor de las ventas recapturadas por el agente económico concentrado, las que dependerán positivamente de la cercanía competitiva entre las partes de la Operación y de los márgenes asociados a dichas ventas recapturadas.

49. La cercanía competitiva de los productos de las partes de la Operación puede evaluarse ya sea respecto de todo su ámbito de actividades, o bien en relación con algunos de los productos con los que compiten en el mercado. A la luz de las características y estructura del mercado específico, una operación de concentración podrá implicar una reducción sustancial de la competencia si la Operación conlleva la eliminación del competidor más cercano y si las partes que se concentran son las que se ejercen, recíprocamente, la mayor disciplina competitiva⁶⁵. No obstante, una Operación podría igualmente tener un efecto significativo en la dinámica competitiva del mercado si la Operación remueve del mercado a un rival que, siendo cercano, no es la fuente más relevante de presión competitiva.

50. La cercanía competitiva entre dos o más productos puede determinarse tanto cualitativa como cuantitativamente. Los elementos cualitativos que permiten determinar el grado de cercanía competitiva de los productos comercializados por los agentes económicos que se concentran son los siguientes, no taxativos:

- i. Análisis del comportamiento de los consumidores y sus patrones de uso o consumo⁶⁶;
- ii. Características de los productos que den cuenta de similitudes de usos⁶⁷; y/o
- iii. Análisis del comportamiento de los agentes económicos de la industria respectiva, como la existencia de monitoreo sistemático a algún rival o la circunstancia de considerar, en el desenvolvimiento competitivo propio, las decisiones estratégicas de un competidor⁶⁸.

Véanse: (i) Resolución N°43 de fecha 12 de diciembre de 2012 del H. TDLC en causa Rol NC N°397-11 "Consulta de SMU S.A. sobre los efectos en la libre competencia de la fusión de las sociedades SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A.", considerando 11.4.; (ii) Rol FNE F36-2014 "Operación de Concentración entre Promotora Camino a Canaán S.A. y Nuestros Parques", pp.11-13; y (iii) Rol FNE F51-2015 "Adquisición de TNT Express N.V. por parte de FedEx Corporation.", p.28.

⁶⁵ La FNE ha empleado este enfoque de análisis en diversas oportunidades, tales como: (i) Rol F178-2019 "Adquisición de control de Clínica Iquique S.A. por parte de Redinterclínica S.A."; (ii) Rol F135-2018 "Adquisición de las acciones de Grupo Empresas Navieras, SAAM Puertos y Ransa Comercial en Terminal Puerto Arica por Inversiones Neltume e Inversiones y Construcciones Belfi S.A."; (iii) Rol FNE F101-2017 "Operación de concentración entre Banco Santander - Chile y Sociedad de Recaudación y Pagos de Servicios Limitada"; (iv) Rol F220-2019 "Adquisición de control en GrandVision N.V. (Rotter & Krauss) por parte de EssilorLuxottica S.A."; (v) Acuerdo Extrajudicial entre FNE y Holchile S.A. e Inversiones Caburga Ltda., Rol TDLC AE-14-17; y, más recientemente; (vi) Rol FNE F250-2020 "Adquisición de control en OK Market S.A. por parte de Cadena Comercial Andina SpA y Comercial Big John Limitada". En la jurisprudencia del H. TDLC, véase Resolución N°43/2012, "Consulta de SMU S.A. sobre fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A.", Rol NC 397-11.

⁶⁶ Véanse: (i) Rol FNE F51-2015 "Adquisición de TNT Express N.V por parte de FedEx Corporation", pp.28-31; (ii) Rol FNE F217-2019 "Adquisición de control en Cornershop por parte de Uber Technologies, Inc.", Anexo II Encuesta a consumidores finales de Cornershop y Uber Eats; y (iii) Rol FNE F211-2019 "Fusión entre Inversiones Quillayes SpA y Surlat Corporación S.A.", pp.7-8.

⁶⁷ Véase Rol FNE F51-2015 "Adquisición de TNT Express N.V. por parte de FedEx Corporation", pp.33-36.

⁶⁸ Véase Rol FNE F155-2018 "Adquisición de 21CF por parte de Disney", p.22.

51. Lo anterior puede obtenerse de diversos elementos, tales como encuestas o cuestionarios a consumidores⁶⁹; estudios de *marketing*, documentos internos de las partes y/o de terceros, y opiniones de competidores, consumidores y/o expertos de la industria⁷⁰, entre otros.

52. Según las particularidades de la Operación analizada y la disponibilidad de información, la Fiscalía intentará cuantificar el grado de cercanía competitiva mediante el cálculo de 'razones de desvío'⁷¹. Algunas fuentes de información que podría utilizar la Fiscalía para efectos de estimar razones de desvío son las siguientes, no taxativas:

- i. Encuestas o cuestionarios a consumidores⁷²;
- ii. Experimentos naturales⁷³;
- iii. Estimaciones econométricas⁷⁴;
- iv. Patrones de cambio históricos⁷⁵; y/o
- v. Participaciones de mercado⁷⁶.

⁶⁹ La FNE podrá utilizar encuestas, ya sea encargadas por sí misma o por terceros. Véanse: (i) Rol FNE F178-2019 "Adquisición de control de Clínica Iquique S.A. por parte de Redinterclínica S.A.", p.4; (ii) Rol FNE F217-2019 "Adquisición de control en Cornershop por parte de Uber Technologies, Inc.", Anexo II Encuesta a consumidores finales de Cornershop y Uber Eats; (iii) Rol F36-2014 "Operación de Concentración entre Promotora Camino a Canaán S.A y Nuestros Parques.", pp.14-18; y (iv) Rol FNE F233-20 "Fusión entre Fiat Chrysler Automobiles N.V. y Peugeot S.A.", p.51.

⁷⁰ La FNE podrá enviar cuestionarios para ilustrar la cercanía competitiva entre las partes. Estos cuestionarios buscan generalmente confirmar evidencia obtenida de otras fuentes. Véanse: (i) Rol FNE F218-2019 "Fusión de Outotec Oyj con Metso Oyj", p.18; (ii) Rol FNE F85-2017 "Notificación de la Operación de Concentración entre Essilor International y Luxottica Group.", p.15; y (iii) Rol FNE F233-20 "Fusión entre Fiat Chrysler Automobiles N.V. y Peugeot S.A.", p.51.

⁷¹ La razón de desvío desde una Empresa A hacia una Empresa B es el porcentaje de las ventas perdidas por la Empresa A, que se desvían a la Empresa B ante un alza en el precio de la primera. Por ejemplo, una Empresa A alza el precio de sus productos, y como resultado de ello, sus ventas disminuyen en 1000. Si 400 de estas unidades son capturadas por la Empresa B, entonces la razón de desvío desde A hacia B es igual a $400/1000=0,4$.

⁷² Véanse: (i) Rol FNE F36-2014 "Operación de Concentración entre Promotora Camino a Canaán S.A. y Nuestros Parques", pp.14 y ss.; (ii) Rol FNE F220-2019, "Adquisición de control en GrandVision NV (Rotter & Krauss) por parte de EssilorLuxottica S.A." pp.55-62; y (iii) Rol FNE F233-2020 "Fusión entre Fiat Chrysler Automobiles N.V. y Peugeot S.A.", p.51.

⁷³ La FNE podrá analizar eventos pasados no esperados o experimentos naturales que puedan ser adecuados para representar los efectos competitivos de una Operación. Así, según las circunstancias, podrá resultar pertinente indagar en el impacto de Operaciones recientes, entradas, expansiones, contracciones, salidas (definitivas o temporales), imposición de restricciones, cambios legales o regulatorios, y/o quiebres de stock dentro del mercado relevante determinado o dentro de otros mercados análogos. Véase Rol FNE F65-2016 "Operación de concentración por traspaso de estación de servicio a Copec", p.14.

⁷⁴ Por ejemplo, elasticidades de demanda propias y cruzadas. Cuando los datos permitan la estimación de elasticidades de demanda, la Fiscalía podrá complementar este análisis con una simulación de fusión tal como se indica en el párrafo 54.

⁷⁵ Es decir, cómo han cambiado su conducta los consumidores en el pasado. Véase Rol FNE F150-2018 "Operación de concentración entre Caja de Compensación de Asignación Familiar Los Héroes y Caja de Compensación de Asignación Familiar Gabriela Mistral", pp.10-11.

⁷⁶ Cuando el mercado relevante ya haya sido definido y no existan otras estimaciones mejores disponibles, pueden utilizarse participaciones de mercado para aproximar las razones de desvío, para lo que se deberá tomar en consideración también el porcentaje de las ventas que se desvía hacia el exterior del mercado relevante ante un alza en el precio del bien o servicio para el que se evalúa la existencia de presión al alza en el precio. No obstante, si los elementos cualitativos del análisis muestran que los productos de las partes son más (o menos) cercanos que las otras alternativas, se entenderá que dichas razones de desvío pueden estar subestimadas (sobrestimadas). Véase Rol FNE F71-2016 "Operación de Concentración entre Cementos

53. Cuando la FNE tiene antecedentes suficientes para calcular razones de desvío y, además, posee información confiable de los márgenes de las partes que se concentran⁷⁷, podrá cuantificar el aumento en los incentivos al alza en precios en virtud del perfeccionamiento de la Operación a través de distintos índices que toman como base dicha razón de desvío. A modo ilustrativo, los indicadores frecuentemente utilizados por la FNE son⁷⁸:

- i. *Upward Pricing Pressure* (“**UPP**”), que busca verificar si existe un incentivo a subir los precios en presencia de eficiencias⁷⁹.
- ii. *Gross Upward Pricing Pressure Index* (“**GUPPI**”), similar al UPP, pero que generalmente no considera eficiencias y se expresa en términos porcentuales. Todo lo demás constante, a mayor GUPPI existen mayores incentivos al alza en precios⁸⁰.
- iii. *Illustrative Price Rise* (“**IPR**”), que busca cuantificar, bajo ciertas hipótesis, el alza de precios proyectada una vez perfeccionada la operación⁸¹.
- iv. *Compensating Marginal Cost Reduction* (“**CMCR**”), que busca medir el nivel de eficiencias que podría contrarrestar el incentivo a alzar los precios⁸².

54. Otro método que podrá ser utilizado por la Fiscalía, a la luz de las particularidades de la Operación y la disponibilidad de información, es la estimación de modelos econométricos que simulen los efectos unilaterales de la Operación. Dichos modelos pueden incluir, entre otros, modelos reducidos de relación entre el precio (u otras variables de competencia⁸³) y la estructura de mercado⁸⁴ (denominada ‘relación precio-estructura’) o una simulación de fusiones, que compara el precio de equilibrio entre el escenario previo y posterior a la Operación, a efectos de cuantificar la magnitud del alza en precios.

Polpaico S.A. y Cementos Bicentenario S.A.”, Anexo I Informe de la Fiscalía Nacional Económica respecto a Investigación de Operación entre Cementos Polpaico S.A. y Cementos Bicentenario S.A., pp.31-32.

⁷⁷ Si bien teóricamente es preferible utilizar el margen incremental, en la práctica, dicho margen es difícil de estimar con precisión por lo que la Fiscalía lo aproximará utilizando el margen variable o de contribución.

⁷⁸ Dependiendo de las particularidades de cada caso, la Fiscalía podrá utilizar uno o más de dichos índices. Adicionalmente, podrá ocupar versiones modificadas que permitan capturar ciertas particularidades del mercado o podrá ocupar nuevas versiones que se desarrollen en el futuro.

⁷⁹ Véase Rol FNE F216-2019 “Adquisición de activos de Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada por parte de Compañía de Petróleos de Chile COPEC S.A.”, pp.29-31.

⁸⁰ Véanse: (i) Rol FNE F36-2014 “Operación de Concentración entre Promotora Camino a Canaán S.A. y Nuestros Parques”, pp.20-22; (ii) Rol FNE F233-2020 “Fusión entre Fiat Chrysler Automobiles N.V. y Peugeot S.A.”, pp.65-67; y (iii) Rol FNE F250-2020 “Adquisición de control en OK Market S.A. por parte de Cadena Comercial Andina SpA y Comercial Big John Limitada”, pp.65-68.

⁸¹ Véanse: (i) Rol FNE F43-2015 “Enajenación de Foods Cía. De Alimentos”, pp.22-24; y (ii) Rol FNE F178-2019 “Adquisición de control de Clínica Iquique S.A. por parte de Redinterclínica S.A.”, pp.78-82.

⁸² Véanse: (i) Rol FNE F178-2019 “Adquisición de control de Clínica Iquique S.A. por parte de Redinterclínica S.A.”, pp.77-79; y (ii) Rol FNE F233-2020 “Fusión entre Fiat Chrysler Automobiles N.V. y Peugeot S.A.”, pp.67-68.

⁸³ Véase Rol FNE F56-15 “Notificación de Operación de Concentración entre Banco Santander-Chile, Banco de Chile y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, Chile.”, p.19.

⁸⁴ Véase Rol FNE F216-2019 “Adquisición de activos de Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada por parte de Compañía de Petróleos de Chile COPEC S.A.”, pp.31-35.

55. Finalmente, es posible señalar que la afectación de variables distintas al precio tiende a ser compleja de cuantificar, por lo que su análisis prospectivo se basa frecuentemente en evidencia cualitativa⁸⁵. No obstante, en caso de ser posible, esta Fiscalía podrá utilizar adicionalmente índices de presión al alza u otras herramientas cuantitativas disponibles.

iii) Agentes económicos concentrados que compiten en mercados de licitaciones y negociaciones

56. Los ‘mercados de licitaciones y negociaciones’ son aquellos en que los precios son determinados principalmente mediante procesos concursales entre compradores y vendedores que se generan tanto en el ámbito público como en el privado⁸⁶. En el marco de dichos procesos, los compradores generalmente negocian con más de un proveedor y los hacen competir entre sí. Dentro de dichos mercados, las negociaciones que se encuentran fuertemente estructuradas usualmente reciben el nombre de licitaciones, mientras que otras siguen procesos de negociación más informal, que difieren según el caso⁸⁷.

57. Una Operación en esta clase de mercados puede dotar a la entidad concentrada de la habilidad e incentivos para alzar sus precios, dado que la pérdida de un competidor en el mercado puede resultar en una competencia menos intensa -especialmente si las partes eran competidores cercanos- al perder el comprador la posibilidad de hacerlos competir entre sí.

58. A fin de estimar los efectos asociados a una concentración que afecte este tipo de mercados, sea que se trate de bienes homogéneos o diferenciados, la FNE considerará -además de las metodologías ya expuestas- los siguientes elementos, no taxativos⁸⁸:

- i. El hecho que las partes participen generalmente en las mismas licitaciones o negociaciones⁸⁹;
- ii. El hecho que las partes sean consideradas alternativas cercanas por los compradores⁹⁰;

⁸⁵ Véase Rol FNE F178-2019 “Adquisición de control de Clínica Iquique S.A. por parte de Redinterclínica S.A.”, pp.59-71.

⁸⁶ Respecto al ámbito público, véase Estudio de Mercado sobre Compras Públicas (EM05-2019), División Estudios de Mercado FNE, Santiago, noviembre de 2020.

⁸⁷ Véase Rol FNE F300-2021, “Asociación entre Constructora y Edificadora GIA+A, S.A. de C.V., Infraestructura Social Concepción SpA y Eductrade Concesiones S.A.”.

⁸⁸ Respecto a las participaciones de mercado, véase supra, sección III.A.

⁸⁹ Véase Rol FNE F299-2021 “Adquisición de control en Thyssenkrupp Mining Technologies GmbH por parte de FLS Germany Holding GmbH”, pp.8-15.

⁹⁰ En mercados de licitaciones, esto se traduce en el orden de calificación de las ofertas presentadas por las partes, las cuales mientras más cercanas sean (especialmente cuando una resulta adjudicada y la otra llega en segundo lugar) podría considerarse como un elemento de cercanía competitiva. Al respecto, véase, por

- iii. Estimaciones que determinen el eventual efecto en el precio adjudicado que tenga la presencia de la otra parte en la licitación; y/o
- iv. Número de actores participantes⁹¹.

iv) Eliminación o pérdida de un competidor potencial o entrante reciente

59. Si una Operación involucra, por un lado, a un agente económico activo en un mercado y, por otro lado, a un competidor potencial o reciente con potencial de crecimiento ('entrante reciente'), dicha Operación podría reducir sustancialmente la competencia si, en ausencia de la Operación, el competidor potencial hubiese ingresado al mercado o el entrante reciente hubiese expandido sus operaciones incrementando significativamente los niveles de presión competitiva que podían razonablemente preverse en el futuro cercano⁹².

60. Para evaluar la presión competitiva que podría ejercer un competidor potencial o un entrante reciente en el mercado, la Fiscalía considerará, en primer lugar, la probabilidad de que el agente económico se convierta en un competidor efectivo. La FNE ponderará los antecedentes que demuestren que dicho agente económico ingrese al mercado o expanda sus operaciones en ausencia de la Operación. De acreditarse lo anterior, la FNE analizará el comportamiento competitivo que tendría el respectivo agente económico con su entrada o expansión⁹³. Luego, la Fiscalía considerará si la pérdida de presión competitiva que produciría la Operación podría verse suficientemente compensada por el reposicionamiento o reacomodo de otros actores que estuvieran en condiciones de ejercer una presión competitiva comparable a la que ejercería el competidor potencial o entrante reciente en el mercado⁹⁴.

v) Operaciones entre compradores

61. La FNE considera que las Operaciones que involucren a compradores de un mismo insumo pueden aumentar el poder de mercado desde la perspectiva de la demanda de forma equivalente a como una concentración entre oferentes puede aumentar el poder de mercado desde la perspectiva de la oferta.

ejemplo, Rol FNE F294-2021 "Adquisición de control en Cobra Servicios Comunicaciones y Energía, S.L.U. por parte de Vinci S.A.", pp.6-8.

⁹¹ Véase Rol FNE F277-2021 "Adquisición de control en Colbún Transmisión S.A. por parte de Alfa Desarrollo SpA", pp.10-11.

⁹² Véase Resolución N° 37 de fecha 21 de septiembre de 2011 del H. TDLC Rol NC N° 388-11 "Consulta de Conadecus sobre Operación de concentración entre LAN Airlines S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A.", considerando 111.

⁹³ En particular, se analizará el posible posicionamiento en el mercado, el grado de cercanía con los productos de la otra parte y terceros, la escala proyectada, entre otros factores.

⁹⁴ Véanse: (i) Rol FNE F246-2020 "Asociación entre Archer-Daniels-Midland Company y NBM US Holdings, Inc.", p.7; (ii) Rol FNE F217-2019 "Adquisición de control en Cornershop por parte de Uber Technologies, Inc.", sección 4.2.1; (iii) Rol FNE F250-2020 "Adquisición de control en OK Market S.A. por parte de Cadena Comercial Andina SpA y Comercial Big John Limitada", pp.80-88; y (iv) Rol FNE F290-2021 "Adquisición de control en WarnerMedia LLC, por parte de Discovery Inc. y otros", pp.16-18.

62. El marco conceptual que utilizará la Fiscalía para evaluar si una Operación entre compradores podría o no resultar apta para reducir sustancialmente la competencia, es análogo al utilizado para evaluar una concentración entre oferentes⁹⁵.

2. RIESGOS COORDINADOS

63. Los cambios estructurales que involucra una Operación pueden afectar los incentivos que tienen los agentes económicos a competir según sus méritos y serles más rentable coordinarse que rivalizar en el mercado.

64. En particular, una Operación podría reducir los niveles de competencia en uno o más mercados, si su perfeccionamiento permite, facilita o hace más efectivo el comportamiento coordinado de la entidad resultante de la Operación con uno o más de sus competidores⁹⁶.

65. Dicha coordinación puede ser el resultado de un acuerdo o práctica concertada, o bien consistir simplemente en una conducta paralela que no responda a un entendimiento previo entre las empresas. Esto implica que los efectos coordinados, dentro del análisis prospectivo propio del control de Operaciones, incluye conductas que no necesariamente serán reprochables por el derecho de la competencia en otros escenarios.

66. La coordinación puede adoptar distintas formas y surgir en torno a alguna o varias variables de competencia en el mercado. Así, por ejemplo, los agentes económicos pueden coordinar sus precios, repartirse el mercado geográficamente o en función de las características de sus clientes, así como también disminuir la agresividad de sus ofertas, entre otros mecanismos.

67. Una Operación puede permitir que aumente la probabilidad de que los actores del mercado adecúen entre sí su comportamiento, generando riesgos coordinados. Para que dicha coordinación sea plausible, no es necesario que todos los actores de dicho mercado adecúen entre sí su comportamiento, sin perjuicio de que aquellos que se coordinan deben ser capaces colectivamente de ejercer algún grado de poder de mercado. Así, y especialmente cuando en el mismo existen algunos competidores vinculados entre sí mediante vínculos estructurales, tales como participaciones cruzadas en la propiedad o participaciones conjuntas en *joint ventures*⁹⁷, relaciones verticales o vínculos contractuales como acuerdos de colaboración, la Fiscalía podrá entonces centrar su análisis en los posibles riesgos de coordinación entre dichos agentes económicos⁹⁸.

⁹⁵ Véanse: (i) Informe de la FNE para el caso Rol NC N° 385-10 "Consulta de Soprole Inversiones S.A. y Nestlé Chile S.A. sobre Operación de concentración.", p.206; y (ii) Rol FNE F211-2019, "Fusión entre Inversiones Quillayes SpA y Surlat Corporación S.A.", pp.12-14.

⁹⁶ O entre la entidad resultante y las partes constituyentes, en el caso de un joint venture, según se define en la sección III.C.3.

⁹⁷ Al respecto, véase sección III.C.3 y Guía de Competencia de junio de 2017 de la Fiscalía, p.22.

⁹⁸ Véanse: (i) Rol FNE F109-2017 "Operación de Concentración entre Aza Participaciones SpA, Matco Cables SpA y otros.", pp.25-27; (ii) Rol FNE F243-2020 "Asociación entre CMA CGM, COSCO Shipping Lines,

68. Adicionalmente, evidencia histórica de coordinación en el mercado involucrado en la Operación, o bien en mercados similares o comparables a éste, podrá ser indicativa de la necesidad de un análisis en mayor profundidad de la probabilidad de la Operación de crear, incrementar o reforzar las condiciones para generar una coordinación en los mercados.

69. Para analizar los riesgos coordinados, la Fiscalía evaluará cómo la Operación genera, refuerza o incrementa la probabilidad de concurrencia de una o más de las siguientes condiciones: a) la capacidad de alcanzar los términos de la coordinación; b) la sostenibilidad interna de la coordinación; y c) la sostenibilidad externa de la coordinación⁹⁹.

a) Capacidad de alcanzar los términos de la coordinación

70. Para que la coordinación exista, es necesario que los agentes económicos involucrados puedan alcanzar un entendimiento común acerca del objetivo de dicha coordinación¹⁰⁰. Como se indicó, tal conocimiento puede ser el resultado de un acuerdo explícito o tácito, pero también consistir simplemente en una conducta paralela que no responda a un entendimiento previo entre los agentes económicos¹⁰¹.

71. Algunos factores que la Fiscalía analizará para evaluar si los agentes económicos son capaces de alcanzar los términos de una coordinación, pueden incluir los siguientes, de forma no taxativa:

- i. El nivel de concentración de mercado y, en particular, el bajo número de actores;
- ii. El grado de diferenciación del producto;
- iii. El grado de similitud de características entre los agentes económicos del mercado¹⁰²;
- iv. El número, y el tipo de productos y/o variables en los que compiten los agentes;
- v. La estabilidad de la demanda;

COSCO Shipping Ports, SIPG, Hapag-Lloyd, PSA, Hutchinson Ports, OOCL y Qingdao Port Lines”, pp.8,12-13; y (iii) Rol FNE F303-2021 “Asociación entre Isa Inversiones Chile SpA, Transelec Holdings Rentas Limitada y China Southern Power Grid International (HK) Co., Limited” pp.19-22.

⁹⁹ Véase Rol FNE F101-2017 “Operación de concentración entre Banco Santander – Chile y Sociedad de Recaudación y Pagos de Servicios Limitada”, p.67.

¹⁰⁰ Por ejemplo, un acuerdo de precios o una repartición de consumidores.

¹⁰¹ Esto implica que los riesgos coordinados en materia de Operaciones incluyen conductas que no necesariamente serían reprochables por el derecho de la competencia en otros escenarios. Véase Resolución N° 43 de fecha 12 de diciembre de 2012 del H. TDLC en causa Rol NC N°397-11 “Consulta de SMU S.A. sobre los efectos en la libre competencia de la fusión de las sociedades SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A.”, considerando 12.2.

¹⁰² Entre otros factores, la Fiscalía analiza la simetría de las participaciones de mercado y de las estructuras de costos de los agentes económicos que son activos en el respectivo mercado relevante. Véase Resolución N° 43 de fecha 12 de diciembre de 2012 del H. TDLC en causa Rol NC N°397-11 “Consulta de SMU S.A. sobre los efectos en la libre competencia de la fusión de las sociedades SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A.”, considerandos 9.39 y 12.11.

- vi. La frecuencia y oportunidad de intercambio de información (por ejemplo, existencia de asociaciones gremiales, plataformas de seguimiento de precios, anuncios públicos de estrategias comerciales, etc.); y/o
- vii. Presencia de vínculos estructurales entre sí.

72. La Fiscalía, al analizar la vulnerabilidad de un mercado a la coordinación, suele identificar variables en torno a las cuales la probabilidad de una acción coordinada podría surgir, estabilizarse o incrementarse, tales como el precio de uno o más productos o la repartición geográfica del mercado o de los consumidores, el convenir los resultados de licitaciones, entre otras.

73. En ambientes competitivos más simples, que involucren productos con escasa diferenciación, pocas variables a coordinar y más estables, puede resultar más fácil para los agentes económicos que participan en el mercado alcanzar los términos de la coordinación. Por el contrario, alcanzar dichos términos presentará un mayor desafío en ambientes menos simples, por ejemplo, al existir productos diferenciados. No obstante, incluso en dichas circunstancias se podría llegar a un entendimiento común, por ejemplo, simplificando los parámetros de competencia, utilizando tecnologías computacionales que faciliten la coordinación¹⁰³ o a través de un reparto del mercado, entre otros.

b) Sostenibilidad interna de la coordinación

74. Para que la coordinación sea sostenible internamente, es necesario que los beneficios de la coordinación la hagan suficientemente rentable para los partícipes de ésta, y que exista un mecanismo para monitorear y castigar posibles desvíos de la misma.

75. Si la coordinación no es suficientemente rentable¹⁰⁴, o si el castigo de desviarse de ésta no es lo suficientemente creíble y/o severo, los agentes económicos podrían preferir no cumplir el acuerdo y desviarse, por lo que éste no sería sostenible¹⁰⁵.

76. Para que la coordinación sea sostenible en el tiempo, debe ser posible el monitoreo del comportamiento entre los agentes económicos que forman parte del mismo, con el objeto de detectar -y castigar- eventuales desvíos. Un elemento facilitador de la coordinación es la existencia de un cierto grado de transparencia respecto a la variable que

¹⁰³ Véase Resolución N° 43 de fecha 12 de diciembre de 2012 del H. TDLC en causa Rol NC N°397-11 "Consulta de SMU S.A. sobre los efectos en la libre competencia de la fusión de las sociedades SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A.", considerando 12. 17.

¹⁰⁴ Respecto a la rentabilidad del acuerdo, esta Fiscalía podrá analizar también los factores enumerados en el párrafo 71 supra.

¹⁰⁵ El castigo puede consistir en diferentes mecanismos, aunque generalmente consistirá en volver a competir intensamente respecto de quien incumple. Cuando existan interacciones repetidas en uno o más mercados, que representen un porcentaje importante de los ingresos de los agentes económicos que buscan coordinarse, o bien cuando existan vínculos estructurales entre ellos -tales como la existencia de joint ventures-, existen más instancias de castigo creíbles. En este último caso, un posible castigo a los desvíos del comportamiento coordinado son una reducción de las inversiones en el joint venture, o bien, omitir los intereses del agente económico que se desvía en la toma de decisiones a propósito de su administración.

podría ser objeto de la misma, o que al menos existan mecanismos indirectos de monitoreo¹⁰⁶. En casos donde dicho nivel de transparencia es muy bajo, se hace más difícil proyectar una coordinación sostenible, más aún en ausencia de un entendimiento explícito.

77. La Fiscalía evaluará el nivel de transparencia respecto a variables competitivas relevantes, identificando posibles flujos de información entre competidores del mercado, analizando qué y cuánto pueden inferir los agentes económicos acerca del comportamiento de sus competidores a partir de la información que tienen disponible y cómo la Operación puede crear, reforzar o incrementar dicha transparencia¹⁰⁷. La FNE también evaluará el impacto de la Operación en las posibilidades de monitoreo de variables competitivas relevantes entre la entidad resultante con respecto a sus competidores¹⁰⁸.

78. Otro elemento que la Fiscalía podrá considerar para evaluar si la Operación crea, refuerza o incrementa la sostenibilidad interna de la coordinación, es la rapidez entre el desvío que se detecta y el castigo¹⁰⁹, así como el costo del castigo tanto para el agente económico que es reprimido¹¹⁰ como para el resto de los partícipes de la coordinación.

79. Pueden existir diversas razones por las cuales una Operación puede reducir la asimetría en los incentivos de las partes a participar de una eventual coordinación, facilitando la coordinación en el mercado. Por ejemplo, la adquisición de un *maverick* o de un agente económico que usualmente ejerce una disciplina competitiva importante en el mercado por parte de un competidor con mayores incentivos a participar de una coordinación, podría preliminarmente generar riesgos coordinados¹¹¹.

¹⁰⁶ Como, por ejemplo, información de cantidades o rangos de precios en vez de precios exactos.

¹⁰⁷ Por ejemplo, cuando la coordinación es factible respecto a la variable precios, la Fiscalía analiza en qué medida cada agente económico conoce los precios de sus rivales, o puede inferirlos a partir de la información que posee. En mercados digitales, la existencia de *big data* (como se definirá infra en la sección III.C.5) puede facilitar la coordinación. En relación a tecnología *blockchain* y acceso a información, véase Rol FNE F243-2020 "Asociación entre CMA CGM, COSCO Shipping Lines, COSCO Shipping Ports, SIPG, Hapag-Lloyd, PSA, Hutchinson Ports, OOCL y Qingdao Port Lines", pp.13-15. Por otra parte, si la coordinación es factible a través de un reparto de consumidores, la Fiscalía podría analizar, entre otros factores, en qué medida los agentes económicos pueden conocer con qué competidor se abastece cada consumidor y los costos que implica la obtención de dicha información.

¹⁰⁸ Un análisis similar se puede efectuar respecto a las posibilidades de monitoreo entre agentes económicos que participan de un joint venture o de un acuerdo de colaboración.

¹⁰⁹ En este sentido, en un mercado en que las ventas son ocasionales, aumentan los incentivos al desvío dado que los efectos del castigo no se producirían inmediatamente. Asimismo, ciertas cláusulas contractuales, como de cliente más favorecido, puede aumentar el costo esperado del desvío al garantizar una respuesta de los competidores.

¹¹⁰ La existencia de contactos multimercado entre los agentes económicos puede hacer más estable el equilibrio coordinado.

¹¹¹ Como lo sería, por ejemplo, un agente económico con un modelo de negocios de bajo costo. Véase Rol FNE F216-2019 "Adquisición de activos de Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada por parte de Compañía de Petróleos de Chile COPEC S.A.", p.50.

c) Sostenibilidad externa de la coordinación

80. Aun cuando la Operación cree, refuerce o incremente la posibilidad de alcanzar y monitorear los términos de una coordinación, y existan mecanismos de castigo creíbles y eficaces ante eventuales desviaciones, la coordinación podría ser difícil de sostener si los competidores que no forman parte de ella, o bien si terceros ajenos a ésta, pueden ejercer un rol disciplinador importante, afectando con ello las ganancias esperadas derivadas de la coordinación¹¹².

81. En particular, lo anterior podría verificarse: (i) cuando la competencia “fuera” del grupo coordinado representa una proporción significativa del mercado; (ii) mediante el ingreso de nuevos competidores al mercado; o (iii) a través de determinadas acciones de consumidores que puedan actuar como factores desestabilizadores de la coordinación¹¹³⁻¹¹⁴.

3. JOINT VENTURES

82. Cuando la Operación que se analiza consista en la conformación de un nuevo agente económico independiente y distinto de los agentes económicos que se asocian, que desempeñe sus funciones de forma permanente (*joint venture* o “JV”)¹¹⁵, la Fiscalía pondrá énfasis en la evaluación de los posibles riesgos coordinados que pudieran surgir, con independencia del mercado en que el JV se desenvuelva y sin perjuicio del análisis de efectos no horizontales que proceda.

83. Ello se debe a que por medio de los *joint ventures* se crean o fortalecen vínculos estructurales entre las matrices¹¹⁶. Lo anterior podría permitir a los constituyentes del JV acrecentar la capacidad de coordinar su comportamiento competitivo entre sí, tanto en el mercado en que éste se desarrollará como fuera de él, especialmente si las actividades del JV se desarrollan en el mismo mercado o mercados conexos o relacionados con aquellos en los que se desarrollan las actividades de sus constituyentes¹¹⁷.

¹¹² Las condiciones de entrada son analizadas en detalle en la Sección III.D.

¹¹³ Como agentes económicos *maverick*. Con todo, el ingreso de competidores que compitan de forma marginal con los partícipes de la coordinación difícilmente podrá desestabilizar dicha coordinación.

¹¹⁴ Esto último podría ocurrir cuando los consumidores concentren una cuota relevante de las ventas de un proveedor, o cuando sea habitual la suscripción de contratos de suministro a largo plazo. El poder de contrapeso de los clientes es analizado en detalle en la Sección III.E.2

¹¹⁵ Véase la Guía de Competencia de junio de 2017 de la Fiscalía que detalla las características de un *joint venture* que califica como Operación.

¹¹⁶ Conforme se señaló supra en la Sección III.C.2.

¹¹⁷ La coordinación en mercados diferentes al del JV es conocida como el efecto expansivo del JV (*spill-over effects*). Véanse: (i) Rol FNE F199-2019 “Asociación entre Inmobiliaria Puente Limitada y Compañía de Seguros Confuturo S.A.”, pp.7-12; y (ii) Rol FNE F243-2020 “Asociación entre CMA CGM, COSCO Shipping Lines, COSCO Shipping Ports, SIPG, Hapag-Lloyd, PSA, Hutchinson Ports, OOCL y Qingdao Port Lines”, pp.12-18.

84. En el evento que alguna de las partes participe en el mismo mercado del *joint venture* o bien sea éste quien concentre las actividades de las partes en un mismo mercado, la Fiscalía analizará también los eventuales efectos unilaterales que puedan derivarse de la creación de la nueva entidad mediante la Operación. Al respecto, la FNE considerará: (i) cómo se alteran los incentivos de cada uno de los constituyentes por sobre sus propias variables de competencia, tomando en consideración que cualquier fuga de consumidores sería al menos en parte recapturada por su participación en el JV¹¹⁸; y (ii) la existencia o no de facultades de cada una de las partes de la Operación para influir en el comportamiento competitivo del *joint venture*, así como el alcance de dichas prerrogativas.

85. La Fiscalía analizará con mayor detención un *joint venture* en el que alguna de las partes pueda ser un competidor potencial de la otra o bien de la nueva entidad que se crea¹¹⁹.

4. MERCADOS DINÁMICOS Y DE INNOVACIÓN

86. El proceso competitivo conlleva una rivalidad entre los actores que operan en un mercado que versa, generalmente, sobre variables de competencia de corto plazo como precio o cantidad. Sin embargo, dicho proceso también implica -en mayor o menor medida y según el mercado en específico- una competencia por el mejoramiento de los productos ya existentes, la creación de nuevos productos, el establecimiento de nuevas formas de resolver las necesidades de los consumidores u otros tipos de rivalidades que impliquen actividades de innovación. La competencia existente respecto de este tipo de variables se denomina 'competencia dinámica'.

87. Sin perjuicio de las dificultades inherentes de predecir la afectación de la competencia dinámica que podría ocasionar una Operación, la Fiscalía utilizará el mismo marco conceptual tradicional utilizado para evaluar efectos estáticos en la competencia, analizando, por tanto, cómo la Operación alteraría los incentivos de los agentes económicos de un mercado en la determinación de las diferentes variables competitivas.

88. No obstante, en aquellos mercados en que la variable innovación es relevante para competir, las condiciones competitivas existentes no necesariamente constituyen un buen *contrafactual* para evaluar los posibles riesgos de una Operación, por cuanto la estructura de los mercados se encuentra en desarrollo y puede evolucionar, en el corto o mediano

¹¹⁸ De modo general, la evaluación de esta teoría de daño sigue la idea que se desarrolló en los párrafos 40 en adelante, con la diferencia que en el caso de análisis de JV, las ganancias recuperadas no representan el 100% de las ganancias obtenidas por el JV producto de la fuga de clientes del constituyente, sino que serían proporcionales a la participación de éste en la propiedad del JV. Véase Rol FNE F101-2017 "Operación de Concentración entre Banco Santander-Chile y Sociedad de Recaudación y Pagos de Servicios Limitada.", pp.30-37.

¹¹⁹ Véanse: (i) Rol FNE F246-2020 "Asociación entre Archer-Daniels-Midland Company y NBM US Holdings, Inc.", p.7. y (ii) Rol FNE F272-2021 "Asociación entre Ontario Teachers' Pension Plan Board, y Forestal Arauco S.A.".

plazo, hacia escenarios distintos a los observados al examinar el impacto competitivo de la Operación.

89. Lo anterior podría ocurrir, por ejemplo, cuando en un mercado afectado se observan procesos de 'innovación disruptiva'¹²⁰, escenarios en los que parte importante de la competencia se da 'por el mercado' y no 'en el mercado'¹²¹. En otros términos, se trata de un proceso competitivo consistente en desarrollar una innovación que luego es preferida por los consumidores y que tiene la capacidad de desplazar a los demás competidores¹²².

90. En mercados dinámicos, entonces, una Operación entre un agente económico con una posición relevante de mercado y un entrante reciente, o con una baja participación en el mismo, pero que ha desarrollado una innovación relevante y que ha expandido sus operaciones e incrementado significativamente el nivel de competencia que cabía esperar en el futuro, podría ser apta para reducir sustancialmente la competencia¹²³.

91. Las condiciones competitivas actuales podrían también ser un *contrafactual* inadecuado para evaluar Operaciones, en aquellos casos en que la Operación afecte mercados donde se observen procesos de 'innovación progresiva'¹²⁴. En estos casos, las partes de una Operación podrían competir por mejorar sus servicios en los mercados en que participan o desarrollar algún nuevo producto para obtener una 'ventaja de primer movimiento'¹²⁵. Los riesgos de una Operación de este tipo, respecto de las actividades de innovación, podrían no depender de la estructura previa del mercado, sino que de la disminución de incentivos a innovar que implique la desaparición de una amenaza competitiva.

92. En consecuencia, en mercados cuyas condiciones de competencia son preeminentemente de naturaleza dinámica, ya sea que se caractericen por innovaciones disruptivas o progresivas, la estructura de mercado observada en el período previo a la Operación podría no ser un buen indicador de la situación *contrafactual*. Una aproximación

¹²⁰ Escenarios en que un producto innovador se transforma en el estándar de la industria, desplazando a las versiones previas.

¹²¹ La competencia por el mercado ocurre cuando los productos tienen características tales que llevan a los agentes económicos a competir por ser proveedoras de todo un mercado o segmento, más que por alcanzar o incrementar su cuota en éstos. Un caso extremo sería el de un producto que todavía no sale al mercado, en el cual no existe competencia en el mercado, pero donde sí podría existir competencia en su creación (competencia por el mercado).

¹²² Respecto a la teoría económica tras la noción de innovación disruptiva, véase Rol FNE F217-2019 "Adquisición de control en Cornershop por parte de Uber Technologies, Inc.", pp.8-9.

¹²³ El análisis de la adquisición de un competidor potencial se analiza con mayor detalle en la sección III.C.1.iv) supra.

¹²⁴ Instancias en que la incorporación de una innovación en el mercado no sea capaz de desplazar completamente a los demás competidores.

¹²⁵ Una ventaja de primer movimiento corresponde a la ventaja competitiva que obtiene un oferente al ser el primero en comercializar un producto o servicio. Ser el primero puede aportar ventajas competitivas, por cuanto permite al agente económico adelantarse a las posibles acciones estratégicas de los rivales, e incorporarlas en sus decisiones comerciales. También, puede permitir que un agente económico genere lealtad de marca antes que los demás competidores, puede permitir explotar curvas de aprendizaje o aprovechar mejores economías de escala y/o efectos de red.

preferible será evaluar la posición competitiva de otros actores del mercado para desarrollar innovaciones y la cercanía competitiva de las partes de la Operación respecto del desarrollo de innovaciones potencialmente competidoras.

93. La FNE considera que una Operación podría reducir los incentivos a innovar de las partes que se concentran especialmente cuando éstas tengan proyectos de innovación de una naturaleza similar¹²⁶. En dichos casos, la FNE evaluará la probabilidad de que, con ocasión de la Operación, se elimine uno de los proyectos, afectando así la velocidad de entrada al mercado y/o la variedad disponible para los consumidores en un futuro próximo¹²⁷. Dichos incentivos podrían verse asimismo mermados cuando en un mercado intensivo en innovación, en que pueden existir distintas líneas de investigación y desarrollo, se materializa la Operación y la entidad resultante decide eliminar, degradar o postergar aquellos proyectos que podrían canibalizar las ganancias de un producto actual o futuro de la misma¹²⁸.

94. Por el contrario, una Operación podría incrementar los incentivos a innovar si la entidad resultante logra apropiarse de mejor forma del valor generado por la misma, a partir del cambio estructural que supone la concentración¹²⁹⁻¹³⁰.

95. La Fiscalía analizará el efecto de la Operación sobre los incentivos a innovar de las partes que se concentran según los parámetros expuestos. A la luz del caso en particular, se podría seguir la estructura y lineamientos del análisis de cualquier operación, tratando de evaluar el nivel de cercanía competitiva de las partes que se concentran en términos de innovación¹³¹.

96. En su análisis, la FNE podrá considerar el número e identidad de los actores presentes en el mercado y de competidores potenciales, evaluando en ambos casos su desempeño en términos de innovación y el grado de disciplina competitiva que pudieran ejercer sobre las partes que se concentran. Al respecto, un elemento relevante a considerar

¹²⁶ Para cuantificar el estado de los proyectos de innovación de las partes, la FNE realizará un análisis caso a caso considerando la seriedad de los planes, proyecciones de implementación, creación de prototipos, cronogramas o puesta en marcha de planes piloto, la realización de inversiones en la innovación, existencia de un presupuesto vinculado a la innovación, entre otros.

¹²⁷ Este argumento también aplica respecto de aquellas innovaciones que hayan sido lanzadas recientemente al mercado, y que aún no alcanzan una escala de operación relevante, pero que en el escenario contrafactual a la Operación habrían ejercido una presión competitiva importante.

¹²⁸ Se produce 'canibalización' si los potenciales desarrollos de una de las partes capturasen una parte sustancial de los ingresos de la otra parte.

¹²⁹ Por ejemplo, producto de la eliminación de oportunismo o *free riding*, la internalización de externalidades positivas, denominados *spillover effects*.

¹³⁰ Adicionalmente, una Operación podría aumentar la habilidad y/o los incentivos a innovar, cuando existan sinergias entre los equipos de investigación y desarrollo que impliquen reducciones de costos de innovación, o cuando se permita el acceso a financiamiento de inversiones en investigación y desarrollo, que no pudiera ser obtenido en ausencia de la Operación. Esta eficiencia depende de la existencia de imperfecciones para obtener fondos en el mercado de capitales externo. Véase Rol FNE F217-2019 "Adquisición de control en Cornershop por parte de Uber Technologies, Inc.", p.102.

¹³¹ Por ejemplo, actores con mayor intensidad en innovación -en términos de inversiones o planes de inversión- y con similares lineamientos de innovación, podrían causar mayores efectos anticompetitivos.

es si los procesos innovativos que se observan en los respectivos mercados son de naturaleza disruptiva o progresiva, así como la existencia o no de derechos de propiedad intelectual y su efecto en la habilidad e incentivo a innovar en los agentes económicos¹³².

5. PLATAFORMAS DIGITALES Y MERCADOS DIGITALES

97. La presente sección se enfocará en el análisis de las características distintivas propias de las plataformas y mercados digitales y los elementos que difieren al análisis tradicional que se efectúa de mercados tradicionales.

98. En general, las plataformas digitales son un caso particular de plataformas que se caracterizan por un uso intensivo de datos y tecnologías. Hay diversos tipos de 'plataformas digitales'¹³³. Sin que la enumeración sea taxativa, y de acuerdo con el ámbito o segmento en que participan, se pueden mencionar las siguientes¹³⁴: i) Plataformas digitales de información¹³⁵; ii) Plataformas digitales de comunicación¹³⁶; iii) Plataformas digitales de intermediación de bienes y/o servicios¹³⁷; iv) Plataformas digitales para cadenas de suministro y logística (*supply chain and logistics platforms*)¹³⁸; v) Plataformas digitales que facilitan la contratación de capital humano (*task platforms*); y vi) Plataformas digitales que facilitan sistemas de pago y otros servicios financieros (*fintech*).

99. Existen distintos ámbitos en que operan plataformas digitales, distinguiéndose entre aquellas cuyo objeto es facilitar transacciones ('plataformas transaccionales') -como las de intermediación de servicios o las *Fintech*- y aquellas cuyo fin no es intermediar transacciones, sino que facilitar otro tipo de interacciones ('plataformas no transaccionales'), tales como las plataformas digitales de información o las plataformas digitales de comunicación.

¹³² Por cuanto los derechos de propiedad intelectual podrían determinar ciertos aspectos de la competencia en innovación como, por ejemplo, la capacidad de innovar sobre productos ya existentes o sobre los incentivos a innovar.

¹³³ Se pone énfasis en este tipo de plataformas debido a que se espera tengan una creciente importancia en el tiempo. El análisis de esta sección puede ser aplicable también para plataformas no digitales.

¹³⁴ Estos grupos no pretenden ser comprensivos de la totalidad de usos posibles en que puedan existir plataformas digitales.

¹³⁵ Aquéllas que permiten a sus usuarios obtener información, tales como los motores de búsqueda a través de Internet, servicios de mapas y ubicación geográfica, sitios web informativos, vinculados a periódicos, radios o televisión, enciclopedias, etc.

¹³⁶ Aquéllas que facilitan el traspaso de contenidos y opiniones entre personas, tales como redes sociales, sitios web que permiten compartir archivos de música, videos, o participar en juegos a través de Internet, etc.

¹³⁷ Aquéllas que posibilitan el comercio electrónico o que facilitan la oferta de servicios, como por ejemplo la compra y entrega de productos de supermercados o restaurantes, o compartir vehículos para el transporte en áreas urbanas (*ride-sharing*). Véase Rol FNE F217-2019 "Adquisición de control en Cornershop por parte de Uber Technologies, Inc.", p.11.

¹³⁸ Aquéllas que sirven a un determinado proceso logístico, mediante la recepción y entrega de información, junto con la realización de transacciones y optimización de procesos administrativos. Véase Rol FNE F243-2020 "Asociación entre CMA CGM, COSCO Shipping Lines, COSCO Shipping Ports, SIPG, Hapag-Lloyd, PSA, Hutchinson Ports, OOCL y Qingdao Port Lines", pp.6-7.

100. Adicionalmente, las plataformas digitales se caracterizan por la presencia y relevancia de los ‘efectos de red’. Los efectos de red pueden ser tanto positivos como negativos e implican que la valoración de la plataforma para cada usuario depende (positiva o negativamente) del número de otros usuarios del mismo grupo o lado que la utilicen (‘efecto directo de red’), o del número de usuarios de otros grupos o lados que la utilicen (‘efecto indirecto de red’)¹³⁹.

5.1. Definición de mercado relevante

101. En mercados de plataformas digitales, la definición de mercado relevante que efectúe la Fiscalía considerará la interacción entre distintos grupos de usuarios, toda vez que la presencia de efectos indirectos de red implica que el valor que un grupo de usuarios obtiene al usar la plataforma puede depender del volumen de consumidores de otro grupo. Así, los precios cobrados a cada conjunto de consumidores tienen en cuenta los efectos sobre los otros grupos de usuarios de la plataforma. Con todo, la aplicación del test del monopolista hipotético genera ciertas dificultades al ser aplicado *mutatis mutandi* a las plataformas digitales¹⁴⁰⁻¹⁴¹.

102. Considerando que las plataformas digitales participan en mercados de múltiples lados, el análisis competitivo puede realizarse considerando una única definición de mercado relevante que incorpore a todos los grupos de usuarios de las plataformas, o bien definiendo un mercado relevante para cada lado de la misma, pero considerando las relaciones entre los distintos mercados que atienden. La Fiscalía evaluará la conveniencia de adoptar uno u otro enfoque de mercado relevante, dependiendo de las características particulares de la Operación analizada, considerando especialmente si las plataformas son transaccionales o no¹⁴².

¹³⁹ Por ejemplo, en el caso de una plataforma digital de comunicación, es posible que la valoración de los usuarios por ésta dependa de la cantidad de usuarios que quieran utilizarla para comunicarse. Lo anterior sería un ejemplo de efecto directo de red positivo. En el caso de una plataforma digital de intermediación de bienes y/o servicios que posibilite, por ejemplo, compartir vehículos, la valoración de la plataforma por parte de los usuarios que requieran servicios de transporte, podría depender de la cantidad de conductores que utilicen la plataforma para ofrecer sus servicios. Este sería un ejemplo de efecto indirecto de red positivo.

¹⁴⁰ En primer lugar, dado que podría no haber necesariamente un precio único para ambos conjuntos de consumidores a los que aplicar un alza pequeña pero significativa y no transitoria de precios (SSNIP), pudiendo verse amplificado el efecto de dicha alza en precios en la demanda de un conjunto de consumidores por los efectos que produce el cambio de precios en otro grupo de usuarios. En segundo lugar, al tomar en consideración que las restricciones competitivas sobre los productos de las partes pueden no provenir exclusivamente de otras plataformas, sino también de otro tipo de agentes económicos que solo sirven a un conjunto de consumidores. En tercer lugar, el análisis también tendrá en cuenta que en estos mercados pueden existir productos ofrecidos a ‘precio cero’. Un agente económico ofrece sus productos a precio cero cuando los consumidores no pagan un precio monetario por dichos productos. Así ocurre por ejemplo con las plataformas digitales de comunicación las que rentabilizan su negocio principalmente por medio de publicidad, otorgando de forma gratuita, desde una perspectiva pecuniaria, los servicios a un lado de la plataforma con el objeto de atraer a un mayor número de avisadores o buscadores de datos. Véase Rol FNE F217-2019 “Adquisición de control en Cornershop por parte de Uber Technologies, Inc.”, p.11.

¹⁴¹ En casos donde no se cobre un precio por el respectivo producto, podrá eventualmente modificarse el test utilizando una disminución pequeña pero significativa y no transitoria en la calidad.

¹⁴² En general, la Fiscalía considerará preferible adoptar un enfoque de definir múltiples mercados por cada grupo de usuario que utilice las plataformas, en el caso de las plataformas no transaccionales, en atención

5.2. Análisis competitivo

103. En forma consistente con el examen de Operaciones tradicional, más que tratar de realizar una definición precisa de mercado relevante, la Fiscalía enfocará el análisis de Operaciones en mercados digitales en determinar sus posibles efectos en la competencia¹⁴³.

104. En su evaluación, la FNE utilizará las herramientas cualitativas y cuantitativas que se encuentren razonablemente disponibles y tomará en consideración los posibles efectos de la Operación en todos los lados del mercado, aun cuando alguno de ellos tenga un precio cero. La Fiscalía igualmente evaluará la presión competitiva que productos no digitales podrían ejercer a los mercados digitales y viceversa¹⁴⁴.

105. La Fiscalía analizará con detención los posibles efectos de la Operación tomando en consideración no solo su dimensión horizontal, sino que también aspectos verticales y/o de conglomerado¹⁴⁵. Respecto a los aspectos horizontales, la Fiscalía analizará con mayor detención los efectos competitivos en los mercados en que concurren los siguientes elementos, no taxativos:

- i. Cuando un agente económico pueda eliminar a competidores potenciales o entrantes recientes que pudieran desafiar su posición competitiva en el mercado¹⁴⁶;
- ii. Cuando se puedan generar riesgos de menoscabo de variables distintas al precio, tales como términos de uso de las plataformas (ej. políticas de privacidad) o los incentivos a innovar de las partes que se concentran;
- iii. Cuando se puedan gatillar posibles estrategias de monetización de plataformas no transaccionales, aun cuando al perfeccionarse la Operación dichas estrategias no se estén explotando¹⁴⁷; y/o

a que ello recogería de mejor manera los distintos sustitutos para cada uno de los lados de la plataforma. En estos casos es posible que existan sustitutos de las plataformas con modelos de negocio diversos (que no atiendan exactamente los mismos grupos de usuarios o que no sean plataformas y que presten servicios que podrían competir con éstas). Por el contrario, en mercados digitales donde compitan plataformas transaccionales, la FNE podría considerar la opción de adoptar un enfoque de definir un único mercado que agrupe los distintos lados. Lo anterior, puesto que el producto ofrecido por las plataformas transaccionales podría depender del uso simultáneo de diversos lados de una plataforma, probablemente en proporciones fijas, en cuyo caso no sería posible ofrecer el servicio a un grupo de usuarios si no se cuenta con los otros grupos de usuarios de manera simultánea.

¹⁴³ Véase párrafos 12-13 de esta Guía.

¹⁴⁴ Por ejemplo, véanse: (i) Informe de la FNE en Rol NC N° 421-14 “Consulta de la Fiscalía Nacional Económica sobre acuerdo para el desarrollo de una plataforma de distribución de contenidos digitales “Over The Top”, pp.38-39; y (ii) Rol FNE F161-2018 “Adquisición de control sobre Delivery Technologies SpA por parte de Walmart”, pp.15-16.

¹⁴⁵ Estos efectos escapan del alcance de la presente Guía.

¹⁴⁶ Algunas de estas Operaciones se conocen a nivel comparado bajo la denominación de *killer acquisitions*.

¹⁴⁷ En estos casos, es razonable suponer que las partes de la Operación eventualmente explotarán posibles estrategias de monetización (mediante avisadores, por ejemplo), por lo que la Fiscalía analizará la

- iv. Cuando a consecuencia de la combinación de ciertos activos de información de las partes que se concentran (por ejemplo, bases de datos de sus consumidores y de sus preferencias), se facilite levantar barreras a la entrada o de expansión que puedan generar un debilitamiento de competencia, en caso de que con ello les otorgase una ventaja competitiva difícil de replicar por otros actores¹⁴⁸.

i) Efectos de red y *tipping*

106. En mercados de plataformas digitales, una teoría de riesgo usualmente considerada es aquella en que, como consecuencia de la Operación, se pueda proyectar razonablemente que la entidad resultante adquiriría una importancia tal que, debido a los efectos de red positivos, difícilmente pueda ser desafiada por sus rivales en el mercado. Dicho riesgo se contrapondrá a posibles eficiencias derivadas de la Operación respectiva.

107. En el mismo sentido, también es frecuente la presencia de economías de escala en la provisión de los servicios que ofrecen las plataformas digitales, en que generalmente existen costos medios de comercialización decrecientes respecto a las unidades vendidas, para el nivel de ventas relevante dado el tamaño del mercado. Ello se debe a que en estos mercados los costos fijos suelen ser elevados, mientras que los costos de atender a un consumidor adicional suelen ser bajos. De esta forma, un aumento de las ventas implicará, generalmente, costos medios decrecientes.

108. La confluencia de efectos positivos de red y de economías de escala, genera que, en ciertos casos, los mercados deriven en '*tipping*', lo que se traduce en que, una vez superada una determinada escala de operación, los mercados tiendan a concentrarse y eventualmente a cerrarse bajo un único actor o uno dominante.

109. En algunos casos, la predisposición a cierre de los mercados o la cercanía a un punto de inflexión o *tipping*, puede ser propiciada por una Operación o por ciertas prácticas que limiten las posibilidades de cambio de plataforma por parte de los usuarios¹⁴⁹. En otros casos, el *tipping* puede no estar relacionado a la Operación, sino que obedecer a una tendencia previa del mercado, el que naturalmente convergía hacia la formación de un único actor o uno dominante. En todos estos casos, la Fiscalía analizará las posibilidades de disputar la posición de la plataforma digital líder del mercado, a través de innovaciones disruptivas que pudieran realizar nuevos actores y, adicionalmente, si dichas posibilidades se modifican o no de perfeccionarse la Operación.

competencia potencial entre las partes en las actividades de monetización que resulten razonablemente previsibles y si la Operación afecta la habilidad y/o los incentivos de las partes de explotar dichas estrategias y los eventuales efectos de las mismas.

¹⁴⁸ Véase Rol FNE F217-2019 "Adquisición de control en Cornershop por parte de Uber Technologies, Inc.", p.80.

¹⁴⁹ Los cambios en la habilidad, incentivos o efectos excluyentes de dichas prácticas podrían ser efectos de una Operación que correspondería analizar.

110. Por otro lado, entre las características que generalmente favorecen la existencia y desarrollo de diversos actores en un mercado de plataformas digitales, se encuentran, de manera no taxativa:

- i. La presencia de restricciones de capacidad en la provisión de los productos;
- ii. Las posibilidades de diferenciación por parte de las plataformas digitales;
- iii. La compatibilidad entre distintas plataformas digitales¹⁵⁰; y/o
- iv. La presencia de bajos costos de cambio para los consumidores.

111. Al respecto, la FNE considerará si se trata de plataformas ‘*multi-homing*’ -aquellas que los usuarios utilizan, con frecuencia, simultáneamente con otras que prestan el mismo servicio- o ‘*single-homing*’, que son aquellas cuyo uso significa que se prescinde de las demás alternativas.

112. En general, si existe una cantidad relevante de usuarios que utilizan con frecuencia múltiples plataformas, los efectos de red indirectos no necesariamente inducirán a altos grados de concentración, por cuanto distintas plataformas podrían compartir la base común de usuarios que hacen *multi-homing*¹⁵¹. No obstante, la existencia de este elemento no necesariamente será considerado como un contrapeso a los riesgos que se deriven de una Operación en mercados digitales. Lo anterior, toda vez que la existencia de *multi-homing* también podría ser indicativa de una alta cercanía competitiva entre las partes de una operación de concentración.

ii) Uso de datos

113. En el caso de las plataformas digitales, es relevante para el análisis competitivo que la información obtenida a través de las mismas suele ser un insumo relevante tanto en el mismo mercado en que se obtiene, en cuanto permite mejorar los servicios ofrecidos, como eventualmente en otros mercados.

114. Dentro de su análisis, la Fiscalía podrá evaluar adicionalmente la existencia de lo que se ha denominado ‘*big data*’¹⁵² y ponderar la importancia de este insumo en la capacidad de los agentes económicos para competir en el mercado¹⁵³. En casos en que los

¹⁵⁰ Esto es, por ejemplo, la posibilidad de interconectar contenido y aplicaciones de diversas plataformas entre ellas.

¹⁵¹ Véase Rol FNE F217-2019 “Adquisición de control en Cornershop por parte de Uber Technologies, Inc.”, p.64.

¹⁵² Para efectos del derecho de competencia se entiende por *big data* la acumulación de grandes volúmenes de información que pueden analizarse computacionalmente para revelar patrones, tendencias y diversos aspectos del comportamiento de los consumidores y/o competidores u otros agentes del mercado.

¹⁵³ Tales como incentivos a innovar y/o a mejorar productos. Al respecto, se analizará especialmente la exclusividad de los datos, la cantidad de datos necesaria para ingresar al mercado, la fuente de la ventaja en datos y sus implicancias dinámicas.

datos se transen en el mercado, el análisis seguirá fundamentalmente los lineamientos utilizados para analizar mercados de bienes diferenciados¹⁵⁴.

115. Asimismo, pueden existir efectos horizontales en el uso estratégico de datos¹⁵⁵. Por ejemplo, la FNE podrá analizar si el acceso a mejores datos que sus rivales entrega a la entidad resultante una escala tal que, debido a los efectos de red, difícilmente pueda ser desafiada por sus rivales. Dicho riesgo se contrapondrá a posibles eficiencias derivadas de contar con mejores datos.

116. Adicionalmente, la posibilidad de interoperar y/o utilizar conjuntamente bases de datos por parte de plataformas digitales que se fusionan, a la luz del caso particular, podría tener el efecto de dificultar la entrada o la expansión de competidores en el mercado, si es que aporta una ventaja competitiva significativa y no replicable para los competidores¹⁵⁶.

117. Si la Operación permite obtener poder de mercado, y ello posibilita la obtención de una cantidad aún mayor de información mediante la disposición de políticas de privacidad más invasivas, podría existir un efecto de retroalimentación a partir del cual la plataforma digital que obtiene una determinada ventaja podría tender a fortalecer progresivamente su posición en el mercado¹⁵⁷.

D. CONDICIONES DE ENTRADA¹⁵⁸

118. Las posibilidades que tienen los agentes económicos de ingresar a un mercado, o de expandirse mediante el reacomodo o reposicionamiento de sus productos, así como las condiciones que enfrentan al ingresar o expandirse en el mercado, se evaluarán cuando, a la luz de la Operación que se analiza, sea necesario determinar cómo ciertos elementos dinámicos de la competencia -eventuales reacciones de competidores actuales y/o potenciales de las partes que se concentran- podrían influir en el escenario competitivo una vez perfeccionada la Operación¹⁵⁹.

¹⁵⁴ Así, y para determinar si existen riesgos horizontales, se analizará la cercanía competitiva de las partes respecto a la información que comercializan en el mercado (ej. si es utilizada por los mismos consumidores y si tiene usos similares). Los efectos de la información en otros mercados, en términos de efectos de conglomerado o verticales, superan el alcance de la presente Guía.

¹⁵⁵ Sin perjuicio de que las teorías de daños más usuales respecto al uso estratégico de datos son de naturaleza vertical (riesgos exclusorios o cierre de mercado). Véase Rol FNE F217-2019 “Adquisición de control en Cornershop por parte de Uber Technologies, Inc.”, pp.78-83.

¹⁵⁶ La Fiscalía considerará la naturaleza de la información adicional a la que tendría acceso la entidad resultante de la Operación, considerando si es un insumo relevante para la provisión de los productos que provea la plataforma y si los competidores, ya sea actuales o potenciales, tendrían acceso a insumos de similar calidad.

¹⁵⁷ Véase Rol FNE F217-2019 “Adquisición de control en Cornershop por parte de Uber Technologies, Inc.”, p.79.

¹⁵⁸ Como se señaló, el análisis de Operaciones horizontales que efectúa la FNE no es lineal, por lo que en algunos casos se analizarán las condiciones de entrada al mercado como una característica de la industria, previo al análisis competitivo de la Operación.

¹⁵⁹ En lo sucesivo, esta sección de la Guía aborda las condiciones a la entrada comprendiendo las de expansión, salvo cuando expresamente se efectúe la distinción.

119. La evaluación de las condiciones de entrada se efectuará especialmente cuando la FNE requiera analizar con mayor detención los efectos de la Operación en el mercado, conforme a la sección III de esta Guía¹⁶⁰. En específico, si con ocasión del análisis de las condiciones de entrada a un mercado la Fiscalía alcanza la convicción de que el ingreso de nuevos competidores resulta copulativamente probable, oportuno y suficiente, ello podría generar presión competitiva suficiente para morigerar los riesgos competitivos que conllevaría una Operación.

120. Para efectos de evaluar la probabilidad, oportunidad y suficiencia de la entrada, la Fiscalía ponderará especialmente la evidencia histórica de ingresos al mercado, a la luz de las condiciones de mercado existentes al momento de cada uno de ellos¹⁶¹. También se considerarán los eventuales planes de entrada que tengan agentes económicos que, por sus características, parezcan candidatos plausibles para ingresar al mercado¹⁶², así como posibles planes de expansión que tengan tanto los competidores de las partes que se concentran o actores que operen en mercados próximos o aledaños al de la entidad resultante, evaluando las posibilidades de reacomodo o reposicionamiento de sus productos¹⁶³.

121. La FNE también podrá considerar, como indicios de condiciones de entrada desfavorables, las dificultades enfrentadas por distintos agentes económicos en su ingreso al mercado¹⁶⁴⁻¹⁶⁵ y la ausencia de entrada ante un incremento no transitorio del poder de mercado de los actuales competidores o ante un crecimiento relevante del tamaño del mercado.

122. El análisis de las condiciones de entrada se efectuará según su probabilidad, oportunidad y suficiencia.

¹⁶⁰ En el evento que el análisis de la Fiscalía concluya que la Operación tiene un escaso potencial para reducir sustancialmente la competencia, podrá prescindir de analizar las condiciones de entrada de un mercado determinado.

¹⁶¹ Véase Rol FNE F178-2019 "Adquisición de control de Clínica Iquique S.A. por parte de Redinterclínica S.A.", p.108.

¹⁶² Ya sea por tener activos necesarios para participar en la industria o en mercados adyacentes o complementarios, o bien porque exhiben características que revelen la existencia de incentivos suficientes para entrar en el mercado relevante respectivo.

¹⁶³ Véase Sentencia 166 de fecha 27 de noviembre de 2018 del H. TDLC en causa Rol RRE N°1-18 "Recurso de Revisión Especial de Ideal S.A. y otro en contra de la Resolución de la FNE de 10 de mayo de 2018", considerando 107 y ss.

¹⁶⁴ Véanse: (i) Rol FNE F109-2017 "Operación de Concentración entre Aza Participaciones SpA, Matco Cables SpA y otros.", p.28; y (ii) Rol FNE F178-2019 "Adquisición de control de Clínica Iquique S.A. por parte de Redinterclínica S.A.", p.107.

¹⁶⁵ No obstante, en el caso de productos nuevos, el costo del primer entrante puede ser distinto al de los demás ya que, para aquel actor, puede haber sido necesario incurrir en costos asociados a la promoción o difusión del nuevo producto, que pueden no ser necesarios para los siguientes entrantes.

1. PROBABILIDAD DE LA ENTRADA

123. La probabilidad de entrada de un nuevo agente económico a un mercado determinado depende de los incentivos para que se produzca dicho ingreso. La decisión de ingreso generalmente obedece a una evaluación de la rentabilidad esperada con ello, tomando en consideración los costos en los que debería incurrir el entrante. Dichos costos incluyen no sólo los costos financieros y contables, sino también los costos de oportunidad y los riesgos financieros involucrados en el proceso de entrada.

124. Aun cuando sea rentable ingresar a un mercado, pueden existir dificultades o impedimentos para dicho ingreso. Por ello, la Fiscalía analizará la existencia de factores que constituyan barreras a la entrada, en tanto puedan afectar la probabilidad de ingreso de nuevos entrantes¹⁶⁶.

2. OPORTUNIDAD DE LA ENTRADA

125. La FNE analizará el grado de rapidez y continuidad asociado a la entrada, a efectos de determinar si ella podría generar disciplina competitiva suficiente capaz de disuadir o imposibilitar el ejercicio del poder de mercado por parte de la entidad resultante de la Operación.

126. Para lo anterior, la Fiscalía evaluará el tiempo necesario para la construcción, implementación o reactivación, según el caso, de los activos específicos que se precisen para operar, para la optimización de su uso, los plazos de producción de los productos y para alcanzar una escala necesaria. En ese sentido, se evaluará si estos permiten desarrollar, acceder o reforzar, según el caso, una red de distribución y/o adquirir una masa crítica de consumidores.

127. Adicionalmente, se considerará la frecuencia con que se verifican las transacciones en dicho mercado y la naturaleza y duración remanente de los contratos entre los oferentes y los consumidores, por cuanto éstos pueden actuar como protección frente a eventuales alzas de precios de la entidad resultante de la Operación¹⁶⁷.

128. No obstante que el período de tiempo máximo en que deberá producirse la entrada para entenderse como oportuna dependerá de las características y la dinámica del mercado específico, la Fiscalía considera que mientras más frecuentes sean las transacciones y los contratos tengan menor duración remanente, menor será el tiempo tolerable para que la entrada pueda ser considerada oportuna. En general, la FNE no considerará oportuna una entrada en un plazo superior a los dos años.

¹⁶⁶ Lo que se efectúa en la sección III.D.1 siguiente.

¹⁶⁷ Por ejemplo, en mercados donde no existen contratos formales, un alza de precios puede ser materializada en un tiempo muy breve, mientras que en el caso de mercados donde existen contratos de largo plazo, en general, no será posible materializar dichas alzas hasta que venzan dichos contratos.

3. SUFICIENCIA DE LA ENTRADA

129. Además de probable y oportuna, la entrada de un agente económico al mercado ha de tener un alcance y extensión suficiente para mitigar los potenciales efectos anticompetitivos asociados a la Operación.

130. Para que el ingreso sea suficiente, el entrante debe alcanzar una escala de tal entidad que sea capaz de provocar una presión competitiva efectiva a la entidad resultante de la Operación¹⁶⁸. La FNE ponderará aquellos factores que afecten la probabilidad de ingreso oportuno de un nuevo competidor con una escala suficiente, tales como la existencia de economías de escala o de ámbito, posibles efectos de red, entre otros.

131. En mercados de bienes diferenciados, cuando sea factible, la FNE considerará el grado de cercanía competitiva de los productos que comercializaría el competidor entrante con aquellos comercializados por la entidad resultante de la Operación. Ello se debe a que la suficiencia de la entrada no solo se vincula al tamaño que alcance el entrante, sino también al nivel de cercanía competitiva que tenga con la entidad resultante¹⁶⁹.

132. Evidencia de entrada a pequeña escala o en segmentos de nicho¹⁷⁰ no constituiría, en principio, un ingreso suficiente al mercado, ya que generalmente tales ingresos no logran imprimir una disciplina competitiva capaz de disuadir o imposibilitar los efectos anticompetitivos de la Operación¹⁷¹.

4. BARRERAS A LA ENTRADA

133. La Fiscalía considera que una 'barrera a la entrada' es cualquier factor o característica del mercado que previene u obstaculiza el ingreso probable, oportuno y/o suficiente a un mercado determinado. En general, pueden entenderse como un costo en el que debe incurrir un entrante que los actuales competidores ya amortizaron y no tienen en la actualidad, o en el que no debieron incurrir para ingresar al mercado en el que participan.

134. La FNE evaluará como barreras a la entrada aquellas características del mercado que otorgan ventaja a los agentes económicos que participan del mismo respecto de sus competidores potenciales o actores en mercados próximos o aledaños, impidiendo, retardando o haciendo más costoso su ingreso. En general, las barreras a la entrada permiten el ejercicio de poder de mercado por los agentes económicos que participan en el mismo, durante un período de tiempo determinado, al resguardarlos de la disciplina competitiva externa.

¹⁶⁸ Véase Rol FNE F297-2021 "Adquisición de control en Operadora de Tarjetas de Crédito Nexus S.A. por parte de Minsait Payments Systems Chile S.A.", p.12.

¹⁶⁹ Véase supra sección III.C.1.ii) y Rol FNE F233-2020 "Fusión entre Fiat Chrysler Automobiles N.V. y Peugeot S.A.", p.81.

¹⁷⁰ Véase Rol FNE F71-2016 "Operación de Concentración entre Cementos Polpaico S.A. y Cementos Bicentenario S.A.", Anexo I Informe de la Fiscalía Nacional Económica, pp.61-62.

¹⁷¹ En el mismo sentido, experiencias aisladas de importaciones tampoco implicarían un ingreso suficiente capaz de proporcionar una restricción competitiva efectiva.

135. La Fiscalía analizará si existen barreras a la entrada que impiden el ingreso a un mercado en forma absoluta, y si existen otras que lo inhiben o dificultan, al aumentar los costos y los riesgos asociados a la entrada.

136. Adicionalmente, se analizará si una Operación podría crear, incrementar o profundizar las barreras a la entrada, considerando la influencia simultánea que ejercen todas las barreras que, en su conjunto, podrían impedir o inhibir los ingresos al mercado, sobre la base de elementos tanto cualitativos como cuantitativos¹⁷².

137. Las principales barreras a la entrada que considerará la Fiscalía en sus análisis de los efectos de una Operación, y sin que el listado sea taxativo, son las siguientes:

i) Barreras legales

138. Se considerarán ‘barreras legales’ aquellos obstáculos a la entrada que tengan por fundamento o fuente una herramienta regulatoria que, como efecto, impida el ingreso de nuevos competidores o genere una ventaja de costos para los agentes económicos establecidos en el mercado. Este tipo de barreras pueden consistir en normas jurídicas, regulaciones sectoriales¹⁷³, derechos de propiedad intelectual, licencias o permisos administrativos para el ejercicio de determinadas actividades, entre otras¹⁷⁴.

ii) Barreras estructurales

139. Las ‘barreras estructurales’ corresponden a aquellas barreras naturales que un entrante debe enfrentar al ingresar a un mercado.

140. A este respecto, la FNE examinará especialmente la presencia de ‘costos hundidos’¹⁷⁵. Ellos pueden corresponder a costos de puesta en marcha (como acopio de información del mercado, desarrollo y prueba de diseños del producto, instalación de equipos y establecimiento de sistemas de distribución), la inversión en activos específicos,

¹⁷² Tales como evidencia histórica e información del mercado, tal como la mencionada en la sección III.A. En algunos casos, un factor individualmente considerado puede no ser suficiente para obstaculizar o impedir la entrada de nuevos competidores al mercado.

¹⁷³ Véase Rol FNE F80-2017 “Notificación Operación de Concentración Dow Chemical y DuPont”, p.17.

¹⁷⁴ Véase Resolución N° 56 de fecha 13 de agosto de 2019 del H. TDLC en causa Rol NC N°452-19 “Consulta de Iberoamericana Radio Chile S.A. y otros sobre participación en concursos públicos para la renovación de concesiones de radiodifusión sonora”, pp.24-25.

¹⁷⁵ Los costos hundidos son aquellos que el agente económico no puede recuperar en un plazo razonable al salir del mercado.

inversión en publicidad y *marketing*, creación de marcas¹⁷⁶, servicios postventa¹⁷⁷, costos de investigación y desarrollo, y costos de innovación y tecnología¹⁷⁸, entre otros.

141. Las economías de escala también pueden operar como una barrera a la entrada. Si un mercado detenta importantes economías de escala por el lado de la oferta que ya han sido explotadas por los agentes económicos activos en el mercado, ello puede operar como un disuasivo a la entrada de nuevos actores¹⁷⁹. En los mercados digitales, la presencia de economías de escala, sumadas a la existencia de efectos de red¹⁸⁰ en mercados de dos o más lados¹⁸¹, también pueden dificultar la entrada.

142. La existencia de activos difíciles de replicar en el mercado, ya sean tangibles o intangibles, también pueden implicar una barrera a la entrada. Los activos tangibles pueden consistir, entre otros, en el 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 los agentes económicos activos en el mercado¹⁸². Los activos intangibles pueden consistir, entre otros, en el poder de la marca¹⁸³ y el nivel de fidelidad a la misma por parte de los consumidores, así como las relaciones con proveedores y/o distribuidores.

143. Adicionalmente, la Fiscalía analizará la existencia de otros factores que puedan afectar la probabilidad, oportunidad y suficiencia del ingreso a un mercado, tales como, la madurez del mercado¹⁸⁴, los costos de cambio¹⁸⁵, el grado de certidumbre de la demanda y el exceso de capacidad instalada de la industria, entre otros.

iii) Barreras estratégicas

144. Constituyen 'barreras estratégicas' aquellas acciones o amenazas creíbles que puedan ser ejecutadas por agentes económicos activos en un mercado determinado, que tengan la aptitud de dificultar o inhibir la entrada al mismo.

145. La Fiscalía ponderará en su análisis diversos factores o prácticas comerciales que, en general, tienen por efecto la disminución de los ingresos de potenciales competidores,

¹⁷⁶ Véase Rol FNE F233-20 "Fusión entre Fiat Chrysler Automobiles N.V. y Peugeot S.A.", pp.84-87.

¹⁷⁷ Véase Acuerdo Extrajudicial Rol AE-11-2015 P "Acuerdo extrajudicial entre la Fiscalía Nacional Económica, Contitech Chile S.A. y Veyance Technologies Chile Ltda.", p.13.

¹⁷⁸ Véase Rol FNE F80-2017 "Notificación Operación de Concentración Dow Chemical y DuPont", pp.32-33.

¹⁷⁹ Véase Rol FNE F97-2017 "Notificación de la Operación de Concentración entre Bayer AG y Monsanto Company", pp.21-22.

¹⁸⁰ Véase supra sección III.C.5.

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² Véase Rol FNE F108-2017 "Fusión entre Linde Aktiengesellschaft y Praxair Inc.", p.62.

¹⁸³ Véase Rol FNE F60-2015 "Notificación de Operación de Concentración entre NV Bekaert S.A y Ontario Teachers' Pension Plan Board", pp.25-26.

¹⁸⁴ Véase Rol FNE F220-2019 "Adquisición de control en GrandVision NV (Rotter & Krauss) por parte de EssilorLuxottica S.A." Informe de Riesgos, p.112

¹⁸⁵ Véase aporte de antecedentes FNE en "Consulta de VTR Comunicaciones SpA sobre alzamiento de condiciones impuestas por la Resolución N°1/2004", Rol NC-459-2019, pp.88-92.

tales como la sobreinversión en capacidad instalada o en *marketing*, la proliferación de marcas, las conductas de acaparamiento (de patentes, de espacio en góndolas u otros insumos relevantes para competir), la existencia de ciertas cláusulas de no competencia y/o de exclusividad¹⁸⁶, determinados esquemas de descuento o estrategias de fidelización de marca¹⁸⁷, los sistemas de descuentos retroactivos y la reputación de competidor agresivo como consecuencia de la aplicación de políticas agresivas de precios, entre otras¹⁸⁸.

E. CONTRAPESOS A LOS RIESGOS

146. La FNE ponderará todos los antecedentes de que disponga, especialmente aquellos aportados por las partes que se pretenden concentrar, que constituyan contrapesos a los riesgos competitivos que la Operación conllevaría, con la finalidad de determinar si aquéllos permitirían o no descartar que la Operación, de perfeccionarse, sea apta para reducir sustancialmente la competencia.

147. Para estos efectos, se considerarán, entre otros, las posibles eficiencias que deriven de la Operación y el eventual contrapeso al poder negociador de las partes que puedan efectuar sus clientes.

1. EFICIENCIAS

148. Las Operaciones pueden permitir a las partes que se concentran alcanzar diversas eficiencias. Cuando una Operación, de perfeccionarse, podría resultar apta para reducir sustancialmente la competencia, las eficiencias que de ella se deriven pueden representar un contrapeso a los riesgos de competencia aparejados a la misma.

149. Sin embargo, por regla general, las eficiencias que pueda conllevar una Operación no se considerarán suficientes para mitigar los riesgos de una Operación que propicie la creación de un monopolio.

1.1 Tipos de Eficiencias

150. Las eficiencias emanadas de una Operación pueden ser productivas o dinámicas.

¹⁸⁶ Véase Rol FNE F250-2020 "Adquisición de control en OK Market S.A. por parte de Cadena Comercial Andina SpA y Comercial Big John Limitada", pp.90 y ss.

¹⁸⁷ Véanse: (i) Resolución N° 43 de fecha 12 de diciembre de 2012 del H. TDLC en causa Rol NC N°397-11 "Consulta de SMU S.A. sobre los efectos en la libre competencia de la fusión de las sociedades SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A.", considerando 9.35-9.37; y (ii) Rol FNE F216-2019 "Adquisición de activos de Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada por parte de Compañía de Petróleos de Chile COPEC S.A.", p.56.

¹⁸⁸ Véase Resolución N° 37 de fecha 21 de septiembre de 2011 del H. TDLC en causa Rol NC N° 388-11 "Consulta de CONADECUS sobre Operación de concentración entre LAN Airlines S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A.", considerando 103-106.

151. Las 'eficiencias productivas' son aquellas que implican reducciones de costos. Éstas podrían constituir un contrapeso a los riesgos unilaterales detectados si es que la entidad resultante de la Operación disminuye su curva de costos marginales a tal punto que inhiba sus incentivos para alzar sus precios, respecto del escenario *contrafactual*.

152. Las eficiencias productivas pueden también constituir un contrapeso a los riesgos de coordinación, en el evento que se acredite que la nueva curva de costos de la entidad resultante de la Operación hace más rentables posibles desvíos del actuar coordinado¹⁸⁹.

153. Las eficiencias productivas se manifiestan principalmente en la forma de sinergias¹⁹⁰, economías de escala¹⁹¹, economías de ámbito y economías de densidad¹⁹².

154. Las 'eficiencias dinámicas', por su parte, se refieren a complementariedades entre las partes que se concentran u otros cambios en la habilidad y/o los incentivos con ocasión de la Operación que propician el desarrollo de nuevos, o mejores productos¹⁹³. No obstante que el desarrollo de innovaciones tiene como fuente primaria la propia dinámica competitiva de cada mercado, la FNE reconoce que las Operaciones pueden generar eficiencias dinámicas, las que serán analizadas en su mérito.

155. En mercados donde la pérdida de competencia dinámica pueda implicar una reducción sustancial de la competencia, las eficiencias dinámicas, en general, tendrán una mayor relevancia, atendido que la innovación y mejora continua de los productos son elementos constitutivos de éstos. Si dichas eficiencias son mayores que la pérdida de innovación por la superposición de proyectos similares de los agentes económicos que se concentran, las eficiencias dinámicas podrían operar como un contrapeso directo a estos riesgos.

156. Sin embargo, en mercados en que los riesgos competitivos aparejados a la Operación no son mayoritariamente de orden dinámico, este tipo de eficiencias generalmente sólo contrapesan los riesgos de manera indirecta. En efecto, una Operación puede afectar a los consumidores por la vía de precios más altos y, a la vez, favorecerlos al crear una estructura corporativa que propicie eficiencias dinámicas. En estos casos, las eficiencias dinámicas serán consideradas por la FNE dentro del análisis global de la

¹⁸⁹ No obstante, las eficiencias también podrían facilitar la coordinación si producto de ellas el castigo se vuelve más severo. La Fiscalía analizará el efecto neto de las eficiencias sobre la posibilidad de coordinación.

¹⁹⁰ Se entiende por sinergia la disminución de costos marginales de toda o parte de la producción de la entidad resultante derivadas de la Operación. Por ejemplo, esto podría suceder por complementariedades, efectos de red, entre otros.

¹⁹¹ Véase Rol FNE F71-2016 "Operación de Concentración entre Cementos Polpaico S.A. y Cementos Bicentenario S.A.", Anexo I Informe de la Fiscalía Nacional Económica respecto a Investigación de Operación entre Cementos Polpaico S.A. y Cementos Bicentenario S.A., pp.32-35.

¹⁹² Lo anterior en lo que respecta al tratamiento de eficiencias productivas en Operaciones horizontales. Las eficiencias productivas, en términos de Operaciones de conglomerado o verticales, como por ejemplo la eliminación de la doble marginalización, exceden el alcance de la presente Guía.

¹⁹³ Por requerir, generalmente, de complementariedad entre los agentes económicos que se concentran, este tipo de eficiencias son más propias de Operaciones de carácter vertical o de conglomerado.

Operación y se ponderarán cualitativamente ambos efectos a la luz de sus riesgos competitivos.

1.2 Requisitos de procedencia

157. La FNE solo contrapondrá a los riesgos de la Operación las eficiencias que resulten copulativamente verificables, inherentes a la Operación y aptas para compensar el mayor poder de mercado que obtendría la entidad resultante.

158. La existencia de las eficiencias derivadas de una Operación, así como la satisfacción de todos y cada uno de sus requisitos de procedencia, debe ser alegado y acreditado por las partes que se concentran¹⁹⁴. La FNE evaluará si las eficiencias invocadas cumplen con los requisitos, preeminentemente conforme a la información aportada por las partes.

159. La evaluación de la FNE podrá determinar que las eficiencias son de tal magnitud que la Operación no cuenta con la aptitud para reducir sustancialmente la competencia. Por el contrario, la FNE también podrá concluir que la Operación igualmente cuenta con la aptitud para reducir sustancialmente la competencia si los antecedentes tenidos a la vista son insuficientes para acreditar que las eficiencias invocadas cumplan con los señalados requisitos copulativos.

i) Las eficiencias deben ser verificables

160. Las eficiencias que se invoquen deberán ser acreditadas por las partes que se concentran a la FNE, mediante evidencia convincente de la que razonablemente dispongan, tanto en lo relativo a su probabilidad de realización como en lo concerniente a su magnitud. La Fiscalía no considera verificables aquellas eficiencias que se formulen en términos vagos, meramente teóricos o especulativos¹⁹⁵.

161. Al respecto, las partes que se concentran deberán aportar antecedentes suficientes que describan detalladamente las eficiencias productivas y/o dinámicas que esperan obtener de la Operación, señalando su probabilidad de ocurrencia, cuantificándolas y justificando el plazo en que se considera que se concretarán sus efectos¹⁹⁶. Además, para que las eficiencias sean verificables, la cuantificación de las

¹⁹⁴ Véase Sentencia 166 de fecha 27 de noviembre de 2018 del H. TDLC en causa Rol RRE N°1-18 “Recurso de Revisión Especial de Ideal S.A. y otro en contra de la Resolución de la FNE de 10 de mayo de 2018”, considerando 83.

¹⁹⁵ Véanse: (i) Rol FNE F233-2020 “Fusión entre Fiat Chrysler Automobiles N.V. y Peugeot S.A.”, p. 114; y (ii) Rol FNE F217-2019 “Adquisición de control en Cornershop por parte de Uber Technologies, Inc.”, pp. 101 y ss.

¹⁹⁶ Dentro de la información que podría servir para acreditarlas se cuentan, entre otros, los antecedentes relevantes de la Operación (que podrían dar luces de la racionalidad económica de la misma y de las potenciales eficiencias), estados financieros, informes de investigación y desarrollo, planes comerciales y estratégicos, planes de integración, estudios de consultores donde se evalúen potenciales eficiencias y otros antecedentes equivalentes de las partes que se concentran.

mismas y su probabilidad de ocurrencia debe ser factible de ser replicada, por parte de la Fiscalía¹⁹⁷.

ii) Las eficiencias deben ser inherentes a la Operación

162. Las partes que se concentran deben demostrar que las eficiencias que invocan son inherentes a la Operación, es decir, atribuibles directamente a ésta y no alcanzables mediante alternativas menos restrictivas de la competencia, tales como el crecimiento interno, acuerdos de colaboración temporales u otras formas de cooperación entre competidores¹⁹⁸.

iii) Las eficiencias deben ser aptas para compensar el mayor poder de mercado obtenido por la entidad resultante

163. Considerando que las eficiencias emanadas de una Operación deben ser aptas para mitigar los riesgos a la competencia que se deriven de ella, este requisito exige acreditar que las eficiencias son copulativamente suficientes, oportunas y traspasables a consumidores.

164. Para ser consideradas suficientes, las eficiencias deben ser de una magnitud capaz de contrarrestar el incentivo de la entidad resultante para aumentar los precios como consecuencia del mayor poder de mercado que se alcanzaría por la Operación¹⁹⁹. Así, mientras mayor sea la entidad de los riesgos que generaría la Operación, mayor deberá ser la entidad de la eficiencia acreditada. Al respecto, en el evento que los riesgos estén sustentados en ejercicios cuantitativos, la Fiscalía podrá contrapesar éstos con las eventuales eficiencias acreditadas²⁰⁰.

¹⁹⁷ En efecto, para que las eficiencias sean replicables, las partes deben aportar los datos que han sido utilizados para el cálculo de las eficiencias estimadas. Las fuentes y supuestos utilizados deben encontrarse debidamente justificados y deben ser también verificables. No obstante, la FNE reconoce que en el caso de estimaciones de eficiencias dinámicas la factibilidad de aportar información que permita su replicabilidad exacta puede ser más acotada.

¹⁹⁸ Ello no implica que la FNE efectuará un análisis teórico acerca de las diferentes posibilidades existentes distintas de la Operación, sino sólo una mirada a las alternativas prácticas que resulten razonables atendidas las particularidades de las partes que se concentran. Véanse: (i) TDLC, Sentencia 166/2018, Recurso de Revisión Especial de Ideal S.A. y otro en contra de la Resolución de la FNE, Rol RRE-1-2018, Considerando 81; (ii) TDLC, Resolución 54/2018, Consulta de la Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G. sobre operación de concentración LATAM Airlines Group, American Airlines Inc. y otras, Rol NC 434-2016, párrafo 141; y (iii) Rol FNE F178-2019, Informe de Prohibición de Adquisición de control de Clínica Iquique S.A. por parte de Redinterclínica S.A., pp.113-114.

¹⁹⁹ Para determinar la suficiencia, la FNE podrá hacer uso de distintas herramientas cuantitativas para evaluar si las eficiencias debidamente acreditadas compensan la presión al alza en el precio generada por la disminución en la intensidad competitiva entre las partes. Para estos efectos podrá hacer uso de índices como el GUPPI o CMCR, descritos en el párrafo 53 de esta Guía.

²⁰⁰ Véase Rol FNE F71-2016 "Operación de Concentración entre Cementos Polpaico S.A. y Cementos Bicentenario S.A.", Anexo I Informe de la Fiscalía Nacional Económica respecto a Investigación de Operación entre Cementos Polpaico S.A. y Cementos Bicentenario S.A., pp.29 y ss.

165. Para ser consideradas oportunas, las eficiencias deben coincidir temporalmente con los riesgos anticompetitivos asociados a la Operación. De ello se sigue que, por regla general, mientras más tiempo demoren las eficiencias en concretarse, menor consideración les asignará la FNE en su evaluación.

166. Para ser consideradas traspasables a consumidores, las eficiencias deben redundar en menores precios para éstos, en un aumento en los niveles de calidad de los productos ofrecidos, en la introducción al mercado de nuevos productos o en un mejoramiento de otras variables competitivas que sean relevantes para competir a la luz de la Operación²⁰¹. Las reducciones de costos que afecten variables competitivas se producen generalmente ante rebajas de costos variables o marginales. Sin embargo, las reducciones de costos fijos podrán ser consideradas dentro del análisis de eficiencias, sobre todo en mercados de competencia dinámica, si las partes que se concentran acreditan la forma en que dichas reducciones podrían constituir un beneficio a los consumidores.

167. Cuando las eficiencias acreditadas benefician a los consumidores de los mismos mercados en que se suscitan los riesgos de competencia, éstas se considerarán como un contrapeso directo a dichos riesgos. Esto debido a que, la entidad concentrada, a pesar de haber adquirido la habilidad de incrementar sus precios con ocasión de la Operación, tendrá menores incentivos para hacerlo como consecuencia de una disminución de sus costos.

168. La Fiscalía ponderará aquellas eficiencias productivas que las partes invoquen, acrediten y tengan lugar en los mismos mercados en el cual se detectaron los riesgos de la Operación. Adicionalmente, aquellas eficiencias que las partes invoquen y acrediten en productos diversos a aquel respecto del cual se generan los riesgos, podrán ser consideradas por la FNE en la evaluación de la Operación, en la medida de que se acredite su inherencia a la Operación y se encuentren vinculadas intrínsecamente a los mercados en donde se generan los riesgos de la misma²⁰².

169. Asimismo, la FNE evaluará si las reducciones de costos invocadas provienen de sinergias entre los agentes económicos que se proyectan concentrar, o de una reoptimización de la producción²⁰³⁻²⁰⁴, dándole mayor peso al primer tipo de eficiencias que a las segundas, atendida su mayor probabilidad de ser traspasadas a los consumidores²⁰⁵.

²⁰¹ Véase Resolución N° 43 de fecha 12 de diciembre de 2012 del H. TDLC en causa Rol NC N°397-11 "Consulta de SMU S.A. sobre los efectos en la libre competencia de la fusión de las sociedades SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A.", considerando 13.7.

²⁰² Es decir, aquellas eficiencias que, para alcanzarse, la Operación deba necesariamente ser materializada en aquellos mercados en donde se observan riesgos.

²⁰³ Esto es, la igualación de costos del agente económico menos eficiente con los del más eficiente, como resultado de la reorganización de la producción, sin mediar sinergias.

²⁰⁴ Véase Rol FNE F216-2019 "Adquisición de activos de Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada por parte de Compañía de Petróleos de Chile COPEC S.A.", pp.60-61.

²⁰⁵ De la misma forma, la FNE no considerará como eficiencias aquellas que se deriven de una reducción anticompetitiva en la cantidad o producto de un aumento anticompetitivo en el poder de compra. Véase Resolución N° 37 de fecha 21 de septiembre de 2011 del H. TDLC en causa Rol NC N° 388-11 "Consulta de CONADECUS sobre Operación de concentración entre LAN Airlines S.A. y TAM Linhas Aéreas S.A.", considerando 265.

2. PODER DE NEGOCIACIÓN DE LOS CLIENTES

170. Adicionalmente a la presión competitiva ejercida por sus competidores actuales y/o potenciales, la entidad resultante de la Operación, de perfeccionarse, también podría encontrarse disciplinada por el contrapeso que le puedan ejercer sus clientes.

171. Este contrapeso consiste en que, ciertos clientes de la entidad resultante de la Operación puedan ejercer presión competitiva sobre ella y contrarrestar su capacidad para aumentar los precios, frente a la amenaza verosímil de sustituirla en un periodo razonable. Mientras más reducidas sean las opciones de proveedores que tiene el cliente para reemplazar a la entidad resultante, menor será el poder de negociación de los clientes y su magnitud como contrapeso.

172. Este contrapeso puede analizarse a la luz de diversos elementos, tales como la entidad de los clientes, su relevancia comercial respecto de la entidad resultante o su sofisticación²⁰⁶, entre otros. Dichos factores serán analizados por la FNE en su mérito, a la luz de las condiciones del mercado.

173. Para que el poder de negociación de los clientes sea evaluado como un contrapeso a los riesgos de la Operación, las partes deberán acreditar, en primer lugar, su posición de dependencia respecto de sus clientes y la habilidad e incentivo de éstos para utilizar su poder de contrapeso²⁰⁷. En efecto, se asume que, a mayor incidencia del producto comercializado por la entidad resultante de la Operación en el total de los costos de sus clientes, mayores serán los incentivos de los clientes a utilizar su poder de contrapeso.

174. En segundo lugar, las partes deberán acreditar que los clientes podrían ejercer una amenaza creíble y oportuna a la entidad resultante de la Operación, de prescindir de sus productos en caso de un alza en precios²⁰⁸.

175. La amenaza creíble y oportuna puede consistir en: (i) la eventual sustitución de la entidad resultante por fuentes alternativas de aprovisionamiento; (ii) la posible integración vertical de las operaciones del cliente; y/o (iii) el eventual patrocinio por el cliente de la entrada de nuevos competidores al mercado²⁰⁹.

²⁰⁶ Véase (i) Rol FNE F218-2019 “Fusión ente Outotec OYJ y Metso Oyi”, p.25; y (ii) Rol FNE F297-2021 “Adquisición de Operadora de Tarjetas de Crédito Nexus S.A. por parte de Minsait Payments Systems Chile S.A. pp.16-18.

²⁰⁷ En este sentido, la dependencia de las partes se analizará considerando el tamaño relativo de las partes en el mercado en particular.

²⁰⁸ Es decir, que en caso de no cumplirse lo que solicitan, efectivamente tengan la habilidad y los incentivos para cumplir dicha amenaza, contando con proveedores alternativos en condiciones de entregar sus productos en iguales términos de calidad y cantidad, y que la misma tenga resultados en un tiempo razonable de acuerdo a la dinámica propia del suministro, proceso productivo y mercado en particular.

²⁰⁹ Contando con recursos financieros necesarios y con un tiempo suficiente para dicha integración vertical. Véase Rol FNE F70-2016 “Notificación de Operación de Concentración entre Komatsu America Corp. y Joy Global Inc.”, p.4.

176. Con todo, aun cuando existan ciertos clientes que con ocasión de su poder de negociación podrían encontrarse protegidos frente a una eventual alza en precios tras el perfeccionamiento de la Operación, la Fiscalía igualmente indagará si, adicionalmente, existen otros clientes que carecen de dicho poder de negociación y que podrían verse afectados²¹⁰.

F. DEFENSA DE EMPRESA EN CRISIS

177. Las partes que se concentran pueden invocar a la Fiscalía la defensa de empresa en crisis, a efectos de descartar la ocurrencia de riesgos derivados de la Operación²¹¹.

178. La defensa de empresa en crisis procederá en el evento que el agente económico objeto de la Operación, se encuentre en una situación de crisis financiera tal que, de no perfeccionarse la Operación, sea razonablemente posible prever su irremediable abandono del mercado y el de sus activos en un futuro próximo, habiéndose hecho esfuerzos razonables por preservarlos de una forma menos gravosa para la competencia que la concentración²¹².

179. Para configurar la defensa de empresa en crisis, las partes que se concentran deberán acreditar el cumplimiento de los siguientes requisitos copulativos:

- i. El agente económico presuntamente en crisis, a causa de sus dificultades financieras, abandonará el mercado en un futuro próximo en ausencia de la Operación²¹³;
- ii. Dicha situación de crisis hará inevitable la desaparición del mercado de los activos tangibles e intangibles de ese agente económico²¹⁴; y

²¹⁰ Véase Rol FNE F233-2020 “Fusión entre Fiat Chrysler Automobiles N.V. y Peugeot S.A.” pp.107-108.

²¹¹ En el Rol FNE F268-2021 “Adquisición de activos de Inmobiliaria Santander S.A. por parte de Walmart Chile S.A.”, se señaló que, no existiendo riesgos derivados de la operación, no era necesario pronunciarse sobre una defensa de empresa en crisis, puesto que ésta tendría la naturaleza de contrapeso respecto de aquellos (Informe de aprobación, párrafo 47).

²¹² Esta circunstancia debe ser un hecho cierto y no una mera probabilidad. Véase Rol FNE F216-2019 “Adquisición de activos de Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada por parte de Compañía de Petróleos de Chile COPEC S.A.”, pp. 64-65.

²¹³ Al respecto, el análisis deberá determinar si resulta posible prever razonablemente que una de las partes, por sus dificultades financieras, abandonará el mercado de no mediar la Operación. Véase Rol FNE F216-2019 “Adquisición de activos de Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada por parte de Compañía de Petróleos de Chile COPEC S.A.”, p.62. Un elemento, entre otros, que permitiría acreditar el abandono del mercado en el futuro próximo, es la circunstancia de no ser económica y/o jurídicamente viable la reorganización o que sólo proceda la liquidación del agente económico, en los términos previstos por la Ley N° 20.720 de Insolvencia y Reemprendimiento de 9 de enero de 2014, que sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, o la norma que la sustituya.

²¹⁴ Véase Rol FNE F216-2019 “Adquisición de activos de Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada por parte de Compañía de Petróleos de Chile COPEC S.A.”, pp.66-67.

- iii. No existe otra opción que pueda generar efectos menos perjudiciales para la competencia que la Operación, habiéndose realizado esfuerzos de buena fe por encontrar alternativas²¹⁵.

180. Las partes que se concentran deben proveer a la Fiscalía, oportunamente, los antecedentes suficientes que permitan comprobar el cumplimiento de los requisitos para acreditar la defensa de empresa en crisis²¹⁶.

181. De cumplirse los requisitos y configurarse la defensa, se alterará el análisis prospectivo de la Operación en que recaiga, toda vez que la Fiscalía considerará que el deterioro en la estructura competitiva del mercado no es un efecto inherente o atribuible a la Operación, sino que ello habría ocurrido igualmente o incluso en mayor medida sin la Operación, lo que hubiera implicado la salida de la empresa en crisis y sus activos del mercado.

²¹⁵ Ibid.

²¹⁶ Véase Rol FNE F268-2021 “Adquisición de control sobre activos de Inmobiliaria Santander S.A. por parte de Walmart Chile S.A. Rol FNE F268-2021 (acumulado con FNE F269-2021)”, p.13.