

ANT.: Asociación entre Chile Pacífico Holdco 1 SpA, Besalco Concesiones S.A., Besalco Construcciones S.A. y Arrigoni Ingeniería y Construcción S.A. Rol FNE F270-2021.

MAT.: Informe de aprobación.

Santiago, 23 de abril de 2021.

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : JEFA DE DIVISIÓN DE FUSIONES

De conformidad a lo preceptuado en el Título IV del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 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**”), presento a usted el siguiente informe, relativo a la operación de concentración del antecedente (“**Operación**”), recomendando su aprobación en forma pura y simple, en virtud de las razones que a continuación se exponen:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 5 de abril de 2021, mediante el documento ingreso correlativo N°8100-21, se notificó a la Fiscalía Nacional Económica (“**Fiscalía**”) una eventual operación de concentración consistente en la formación de un consorcio entre Chile Pacific Holdco 1 SpA filial de Macquarie Group Limited (“**Macquarie**”), Besalco Concesiones S.A. (“**Besalco Concesiones**”), Besalco Construcciones S.A. (“**Besalco Construcciones**”) y en conjunto con Besalco Concesiones, “**Besalco**”) y Arrigoni Ingeniería y Construcción S.A. (“**Arrigoni**”) y conjuntamente con Macquarie y Besalco, “**Partes**”), para llevar a cabo el mejoramiento y operación de la ruta minera a la Mina la Escondida (“**Operación**”).
2. Con fecha 9 de abril de 2021 se dictó resolución mediante la cual se instruyó el inicio de una investigación a efectos de analizar la Operación, bajo el rol FNE F270-2021¹ (“**Investigación**”).
3. Como antecedente, Minera Escondida Limitada (“**Minera Escondida**”) convocó durante el año 2020 a una licitación privada (“**Licitación**”) con el objeto de llevar a cabo el mejoramiento, operación, conservación y mantenimiento del camino que conecta la localidad denominada “La Negra” con la faena minera de Minera Escondida, ubicadas en la Región de Antofagasta, con una longitud aproximada de 137 kilómetros (“**Ruta Minera**”)².

¹ Las Partes, en forma previa a la Notificación, y de manera voluntaria, contactaron a la División de Fusiones e iniciaron un proceso de pre-notificación, conforme con el Título IV del Formulario de Notificación Simplificado, dictado por la Fiscalía en junio de 2017.

² Ibídem.

Imagen 1: Ruta Minera objeto de la Licitación



Fuente: Notificación, p. 43.

4. La Operación propuesta consiste en la conformación de una nueva entidad entre Macquarie, Besalco y Arrigoni (“SPV”), en virtud de la adjudicación de la Licitación antes mencionada. La SPV será controlada por [REDACTED]³ y será constituida con el objetivo de proceder al mejoramiento y operación de la ruta minera a la Mina la Escondida por un período de 17 a 23 años⁴.
5. La SPV será administrada por un directorio de cinco integrantes, al menos uno por cada una de las accionistas Besalco y Arrigoni y los restantes por Macquarie. La SPV cuenta además con autonomía jurídica, al poder obligarse frente a terceros como una nueva entidad.
6. Conforme a lo señalado por las Partes, y de acuerdo a lo verificado por esta División⁵, la Operación daría origen a un agente económico independiente de éstas, que ejercería sus actividades de forma permanente y autónoma. Dicha autonomía se expresa, en primer lugar, desde una perspectiva funcional – en cuanto a su soberanía jurídica y patrimonial – ya que contará con una administración y personal propio dedicado a sus operaciones diarias, un gobierno corporativo y administración propia, con capacidad de obligarse ante terceros⁶.
7. En segundo lugar, se observa que la SPV tendrá autonomía económica, toda vez que obtendrá recursos para operar en el mercado de manera independiente de sus

³ Al constituirse SPV y de acuerdo a lo establecido en el Contrato de Promesa, Macquarie tendrá una participación de [REDACTED]%, Besalco Concesiones de un [REDACTED]%, Besalco Construcciones de un [REDACTED]% y Arrigoni de un [REDACTED]%. Notificación, p.20.

⁴ Notificación, p.3, indicando las Partes que incluso, conservadoramente, su duración sería de 30 años.

⁵ A la luz de los criterios de la Guía de Competencia de la FNE, de junio de 2017 (“Guía de Competencia”), pág. 22 y siguientes.

⁶ Conforme a los términos y condiciones acordados en el documento llamado Memorandum de Entendimiento Licitación Ruta Minera Escondida, suscrito por las Partes, en el contrato de promesa de constitución de la SPV (aún por constituirse en Chile, previa aprobación de esta Fiscalía), en el borrador de Contrato para la Explotación de la Ruta Minera y en otros documentos del expediente, acompañados a la Notificación, según consta en expediente F270-2021.

constituyentes y dispondrá de recursos aportados como capital por las Partes, así como de los ingresos que obtenga de Minera Escondida⁷.

8. Así, las Partes concurrirán a la constitución de una sociedad en Chile, la SPV, independiente de ellas y con vocación de permanencia. Lo anterior, toda vez que los documentos constitutivos de la SPV dan cuenta que este nuevo agente económico se proyecta con una duración de 17 a 23 años. Esta División considera que los señalados antecedentes satisfacen los criterios de permanencia y autonomía cuyos lineamientos ha establecido previamente esta Fiscalía⁸.
9. A la luz de lo anterior, esta División estima que la Operación coincide con lo señalado en el artículo 47 letra c) del DL 211, al ser una asociación para conformar un *joint venture* de plenas funciones, un agente económico independiente de sus constituyentes, que desempeñe sus funciones de forma permanente⁹.

II. MERCADO RELEVANTE Y ANÁLISIS COMPETITIVO

10. En decisiones anteriores relativas a la participación en licitaciones para efectos de la construcción y posterior operación de obras de infraestructura, esta División ha distinguido dos segmentos: (i) la licitación, en concreto ("**Mercado Primario**"); y (ii) la administración y explotación de la obra concesionada ("**Mercado Secundario**"). En el Mercado Primario, es posible asimismo distinguir entre el mercado general de licitaciones¹⁰ y el mercado de la licitación específica que se esté analizando¹¹.
11. En relación con la Operación, el Mercado Primario de la licitación específica corresponde a la licitación que llevó a cabo Minera Escondida para el mejoramiento, operación, conservación y mantenimiento de la Ruta Minera. Por su parte, el Mercado Secundario corresponde a la operación y explotación de dicha ruta.
12. Respecto del Mercado Primario de licitaciones en general, es posible distinguir entre licitaciones públicas y privadas¹². Las primeras se rigen por una extensa regulación

⁷ Esta División ha revisado que la operación de la ruta implicará el [REDACTED], ingresos que serán percibidos por la SPV, los que, sumados a los pagos comprometidos por Minera Escondida, le permitirán a la SPV financiarse, para desenvolverse en dicho mercado de forma independiente de sus constituyentes.

⁸ En la Guía de Competencia y decisiones anteriores. Véase al efecto, por ejemplo, FNE Resolución relativa a la presentación por parte de Bío Bío Comunicaciones S.A., Compañía Chilena de Comunicaciones S.A., Copesa S.A., Canal 13 SpA, Red Televisiva Megavisión S.A. e Iberoamericana Radio Chile S.A., Rol F206-2019 y Resolución relativa a la asociación entre Zenith Electronics LLC y Luxoft USA Inc., Rol F237-2020, sobre criterios de permanencia y autonomía.

⁹ De acuerdo al criterio establecido en los párrafos 92, 93 y 94 de la Guía de Competencia de junio de 2017, una vez que se adjudique esta licitación se cumplirá con el criterio de durabilidad requerida para este tipo de consorcios o asociaciones en particular. En este sentido, las Partes indican que "*la sociedad vehículo producto del consorcio será la encargada de desarrollar el proyecto de mejoramiento de la ruta, no correspondiendo por tanto a un consorcio de carácter temporal*". Notificación, p.16.

¹⁰ Sin perjuicio de que la Operación tiene su origen en una licitación privada, a juicio de esta División es posible aplicar esta distinción a los mercados involucrados.

¹¹ Véase, por ejemplo, FNE Informe de Aprobación Asociación entre Icafal Inversiones S.A. y Constructora Conpax SpA, Rol F177-2019, p.2 e Informe de Aprobación Operación entre Atlantia SpA y Albertis Infraestructuras S.A., Rol F71-2017, p.3.

¹² Al respecto, las Partes han indicado como criterios para distinguir a las licitaciones públicas de las privadas, los siguientes: (i) quien ha convocado la licitación; y, (ii) quien puede ofertar en una concesión. La Operación trataría de una licitación privada tanto respecto de quién la convoca, Minera Escondida, como respecto de su convocatoria misma, en donde las Partes fueron invitadas por Minera Escondida a participar y a ofertar en dicho proceso. Notificación, p.39-40.

sectorial aplicable¹³, mientras que las privadas se rigen por las bases establecidas por los mandantes de la licitación¹⁴.

13. Por otro lado, el alcance geográfico del Mercado Primario general de licitaciones podría considerarse como nacional, e incluso internacional, dado que en múltiples licitaciones han participado actores extranjeros sin presencia en el país¹⁵.
14. En este caso en particular, no resulta necesario definir de manera precisa el mercado relevante de producto y geográfico del Mercado Primario general de licitaciones, puesto que la SPV se conforma sólo para ofertar en la Licitación y no implica una asociación permanente entre las Partes para otros proyectos, que permita suponer que estas cesarán en su competencia en futuros procesos licitatorios, públicos o privados¹⁶, más allá de su asociación para la Licitación¹⁷. Adicionalmente, resulta ilustrativo que en los últimos cinco años las Partes no habrían participado en licitaciones privadas relacionadas a la construcción e ingeniería de concesiones viales¹⁸. A la luz de lo anterior, resulta posible descartar una afectación a la competencia en futuras licitaciones en virtud de la Operación.
15. Respecto al Mercado Primario general de licitaciones, a nivel comparado se ha señalado que la conformación de consorcios para participar en una licitación puede tener aspectos pro competitivos. Estos aspectos pueden ser, por ejemplo, permitir a las firmas que lo componen diversificar riesgos, y a la vez, complementar conocimientos, incentivando la participación de actores que, de otro modo, no ofertarían en una licitación¹⁹. Sin embargo, también se ha sostenido que, en ciertas ocasiones, la conformación de consorcios puede reducir la competencia, al disminuir el número de ofertas que se presentan²⁰⁻²¹.

¹³ Contenida principalmente en el Decreto Supremo N°900 del Ministerio de Obras Públicas, publicado con fecha 18 de diciembre de 1996, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N 164 de 1991 ("**Ley de Concesiones**"), y en su Reglamento, contenido en el Decreto N 956 del Ministerio de Obras Públicas de fecha 20 de marzo de 1999.

¹⁴ FNE, Informe de Aprobación Operación entre Atlantia SpA y Albertis Infraestructuras S.A., Rol F71-2017, p.5-11.

¹⁵ FNE, Informe de Aprobación Rol F71-2017, Ibid, p.16.

¹⁶ Por otra parte, es necesario indicar que más allá de las autorizaciones en sede de competencia que puedan ser necesarias para su establecimiento, si se cumplen determinados requisitos (Guía de Competencia de junio de 2017), el establecimiento de consorcios entre empresas sería habitual en esta industria y se encuentra regulado habitualmente en las mismas bases de licitación propuestas a quienes participan de estos procesos de licitación.

¹⁷ Las Partes indicaron al respecto que "*es importante señalar que la formación del consorcio tuvo como único propósito participar en el proceso de licitación para la mantención y operación de la Ruta Minera y no la intención de participar de forma conjunta en diferentes y futuras licitaciones*". Notificación, p. 42.

¹⁸ Según lo informado por las Partes en la Notificación, párrafo 140.

¹⁹ Estache A. "Joint bidding in infrastructure procurement." ECARES Working Paper (2008_019). En este mismo sentido: Bundeskartellamt, "Operación de Concentración entre Rethemann y Tonsmeier in Gesellschaft für Abfallwirtschaft Kothen" y Consejo Danés de Competencia, "Operación de Concentración entre LKF Vejmarkering A/S y Eurostar Danmark A/S."

²⁰ En general, un menor número de competidores podría implicar *a priori* menor competencia. Sin embargo, en un proceso de licitación, es posible que el mismo mecanismo designado para la licitación asegure un alto nivel de competencia entre los diferentes oferentes (por ejemplo, en licitaciones en que, cumplidas ciertas condiciones técnicas, se adjudica la licitación a la mejor oferta económica). Asimismo, en ciertas licitaciones - por ejemplo privadas- el licitante se puede reservar el derecho de dejar sin efecto la licitación si las ofertas no cumplen con el objeto de la licitación.

²¹ Esta disminución del número de ofertas puede ser especialmente relevante en casos en que el número de empresas que califiquen técnica o económicamente para participar en una licitación sea ya acotado, por los requisitos del proyecto, que pueden hacer necesario que éstas cumplan con ciertos estándares - eventualmente altos- en términos de experiencia en obras similares, de haber obtenido licitaciones anteriores por montos determinados, de solvencia y liquidez, entre otros.

16. En el caso de la Operación, se trata de una licitación privada de carácter cerrado, en que Minera Escondida invitó a participar a la Licitación a un grupo acotado de agentes económicos²² y, dentro de este grupo, sólo se encontraba una de las Partes²³. A mayor abundamiento, cada uno de los agentes económicos que presentaron ofertas en la fase vinculante del proceso licitatorio lo hicieron también en consorcios, integrados por más de un agente económico²⁴. Adicionalmente, para el desarrollo del proyecto adjudicado, y considerando el giro de cada una de las Partes, éstas contribuirán en la ejecución de diferentes actividades relativas al objeto de la nueva entidad²⁵. A la luz de lo anterior, es posible entender que la Operación no sería apta para reducir sustancialmente la competencia en este mercado.
17. Finalmente, respecto del Mercado Secundario, ninguna de las Partes de la Operación participa actualmente en el mejoramiento y operación de rutas en la Región de Antofagasta ni específicamente en la Ruta Minera de Minera Escondida, ni desarrollan actividades en segmentos verticalmente integrados a dicha actividad²⁶. Por lo tanto, no existirían traslapes en el Mercado Secundario entre las Partes de la Operación, y por ende éste no se vería afectado de perfeccionarse la Operación.

III. CONCLUSIONES

18. De este modo, conforme al análisis realizado, esta División ha llegado a la convicción de que la Operación no resultaría apta para reducir sustancialmente la competencia en los mercados involucrados. Por tanto, en atención a los antecedentes y al análisis realizado por esta División, se recomienda la aprobación de la Operación, salvo el mejor parecer del señor Fiscal. Ello, sin perjuicio de la facultad de la Fiscalía para velar permanentemente por la libre competencia en los mercados analizados.

Francisca
Javiera
Levín Visic

Firmado digitalmente
por Francisca Javiera
Levín Visic
Fecha: 2021.04.23
16:55:44 -03'00'

FRANCISCA LEVIN VISIC
JEFA DE DIVISIÓN DE FUSIONES

FIP

²² En la etapa no vinculante de la licitación participó un número relevante de empresas, invitadas por Minera Escondida a dicha etapa del proceso licitatorio. Conforme se indicó por Minera Escondida: "(...) *la Licitación se dividió en dos etapas. La primera, denominada "Fase No Vinculante", tenía por objeto establecer el rango de las ofertas para el proyecto a ser licitado con la finalidad de determinar la viabilidad financiera del mismo. La segunda etapa, denominada "Fase Vinculante", tenía por objeto la elección de la contraparte de Escondida con la cual, luego de obtenidas las aprobaciones societarias correspondientes, se celebrará el Contrato para la Explotación de la Ruta Minera".* Respuesta de Minera Escondida Limitada a Oficio Ord. N°515 de 2021.

²³ Resulta razonable indicar que las Partes no habrían participado por separado en la Licitación, en ausencia de la Operación, dado que sólo una de ellas participó en la Fase No Vinculante de la Licitación, necesaria para avanzar a la Fase Vinculante de la misma.

²⁴ Respuesta de Minera Escondida Limitada a Oficio Ord. N°515 de 2021.

²⁵ En particular, Macquarie prestará asesoría financiera al SPV, Besalco Construcciones y Arrigoni aportarán al mejoramiento y mantenimiento de la ruta, mientras que Besalco Concesiones contribuirá a la administración del contrato de concesión. Notificación, p.38.

²⁶ Notificación, p. 38.