

ANT.: Asociación entre Icafal Inversiones S.A.
y Constructora Conpax SpA.
Rol FNE F177-2019.

MAT.: Informe de aprobación.

Santiago, 05 MAR 2019

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)

DE : JEFE DIVISIÓN DE FUSIONES (S)

Por este medio, y de conformidad a lo establecido en el Título IV del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, y sus respectivas modificaciones (“DL 211”), presento a usted el siguiente informe relativo a la operación de concentración del Antecedente (“Operación”), recomendando la aprobación de la misma, de forma pura y simple, por las razones que a continuación se explican:

I. ANTECEDENTES

1. Mediante presentación de fecha 25 de enero de 2019, ingreso correlativo N°00317-19, Icafal Inversiones S.A. (“Icafal”) y Constructora Conpax SpA (“Conpax” y, con Icafal, las “Partes”), notificaron a esta Fiscalía Nacional Económica (“Fiscalía”) una operación de concentración, consistente en el consorcio para la licitación (“Licitación”) de la obra pública fiscal denominada Mejoramiento Ruta G-21, a construirse en la Región Metropolitana (“Concesión”). Las Partes afirman que la operación es de aquellas mencionadas en el artículo 47 letra c) del DL 211.
2. Las Partes son activas en la construcción de distinto tipo de obras civiles, incluyendo carreteras u otras obras públicas viales. En el caso de Icafal, ésta participa en la propiedad y gestión de empresas relacionadas con presencia en diversas industrias, destacando el sector sanitario, ferroviario, agrícola, transporte, etcétera. Icafal -inversiones- funciona como plataforma de su grupo empresarial para postular a concesiones y, en general, desarrollar infraestructura de uso público y privado, desde su concepción hasta su materialización, puesta en marcha y operación¹. Conpax, por su parte, es una empresa dedicada al desarrollo de proyectos de construcción en el país, comprendiendo negocios relacionados con construcción civil pesada, especialmente en infraestructura, minería y energía. Mantiene especialidad en obras de infraestructura vial, sanitaria, hidráulica, hidroeléctrica, eólica, portuaria, movimientos de tierra, túneles y montaje industrial².
3. Con fecha 2 de octubre de 2018, las Partes celebraron un contrato de promesa de constitución de una sociedad anónima, que tenía por objeto una asociación en el proceso de la Licitación, conformando las Partes un grupo licitante para que, una vez que se les adjudicara la Concesión, y cumplidos otros requisitos previstos en las bases de la Licitación, se constituyera la sociedad concesionaria de la misma.
4. Notificada la Operación antes expuesta, esta Fiscalía ordenó instruir investigación, bajo el Rol FNE F177-2019.

¹ Véase: <http://icafal.cl/linea-de-negocio/inversiones/concesiones/> (Última visita: 11 de febrero de 2019).

² Véase: http://www.conpax.cl/quienes_somos.html (Última visita: 11 de febrero de 2019).

II. INDUSTRIA

5. En la construcción y operación de obras públicas es posible identificar dos grandes segmentos de actividad: la licitación del derecho de concesión ("**Mercado Primario**"), y la administración y explotación de la obra concesionada ("**Mercado Secundario**"). En el Mercado Primario es posible también distinguir entre la licitación propiamente tal, y la industria de licitaciones de obra pública, en general.
6. A propósito del análisis de distintas operaciones de concentración, esta División ha destacado la existencia de una extensa regulación sobre las concesiones de obras públicas, contenida principalmente en el Decreto 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**")³, y en su Reglamento, contenido en el Decreto N° 956 del Ministerio de Obras Públicas ("**MOP**") de fecha 20 de marzo de 1999 ("**Reglamento**"), y en las respectivas Bases de Licitación⁴.
7. Tal como ha reconocido esta División⁵, aspectos relevantes de la licitación y explotación de una obra pública concesionada, tales como la calidad de la construcción, del servicio, plazos de ejecución, precios o tarifas, mejoras en las obras, etcétera, se encuentran regulados en la Ley de Concesiones, el Reglamento, las Bases de Licitación y otras normas.
8. En cuanto al proyecto Mejoramiento Ruta G-21, éste se sitúa entre el sector oriente de la ciudad de Santiago y lo alto de la cordillera de los Andes, mejorando la ruta que conecta esta ciudad con la localidad de Farellones, la Mina Los Bronces, y los centros de esquí ubicados en los alrededores. El trazado se desarrolla a través de las comunas de Las Condes y Lo Barnechea, con una extensión total aproximada de 30 kilómetros en la ruta G-21 y un kilómetro en la ruta G-245. El presupuesto de la obra es de 100 millones de dólares de los Estados Unidos, aproximadamente, y el plazo máximo de concesión es de 45 años⁶.
9. Las Partes adquirieron copia de las bases de la Licitación separadamente⁷, pero ofertaron en conjunto. La oferta económica de las Partes consistió en solicitar UF 4.849.448 como

³ La última modificación al texto de dicha ley está en la ley N° 20.908, publicada el 20 de abril de 2016.

⁴ Informe de Aprobación. Rol F-71-2017. Operación entre Atlantia SpA y Abertis Infraestructuras S.A. ("**Caso de Atlantia con Abertis**"), pp. 5-11.

⁵ Inicialmente en el Caso de Atlantia con Abertis. Posteriormente, se reafirmó la misma opinión al menos en los siguientes casos: a) rol F95-2017, Operación de concentración entre Acciona Concesiones Chile Limitada y Acciona Construcción, S.A., Agencia en Chile, con Global Vía Infraestructuras Chile S.A. y Globalvía Chile SpA, por la adquisición de Sociedad Concesionaria Acciona Concesiones Ruta 160 S.A.; b) rol F96-2017, Operación de concentración entre Concesiones Viarias Chile S.A. y Fondo de Inversión Público Penta Las Américas Infraestructura 3, por la adquisición de Sociedad Concesionaria Ruta del Canal S.A.; y c) rol F105-2017, Notificación de Operación de Concentración entre HOCHTIEF AG y Abertis Infraestructuras S.A..

⁶ Cabe hacer presente que como la modalidad de licitación es por ingresos totales de la concesión (ITC), el plazo efectivo de la concesión es variable y depende del cumplimiento del monto de ITC solicitado por el grupo licitante en su oferta económica.
[<http://www.concesiones.cl/proyectos/Documents/Mejoramiento%20Ruta%20G21/Minuta%20T%C3%A9cnica%20de%20Evaluaci%C3%B3n%20G21%2001.02.18.pdf>] (Última visita: 5 de febrero de 2019).

⁷Véase

[http://www.concesiones.cl/proyectos/Documents/Mejoramiento%20Ruta%20G21/Empresas_compra_Bali_Ruta%20G21.pdf] (Consulta: 5 de febrero de 2019).

ingresos totales de la concesión (ITC), junto al cobro de un peaje troncal de \$4.000 pesos, conforme al factor de licitación señalado en las bases económicas de la Concesión⁸.

10. La Operación incide principalmente en el Mercado Primario, considerando la Licitación en sí misma, sin perjuicio que debe analizarse igualmente la incidencia de ésta en el Mercado Primario en general y en el Mercado Secundario pues, una vez ejecutado el mejoramiento de la ruta, corresponderá a las Partes notificantes llevar a cabo la operación y explotación de la Concesión.

III. ANÁLISIS COMPETITIVO

III.1. Mercado relevante

11. En lo que respecta al Mercado Primario, resulta necesario analizar dos aspectos de éste. La Licitación como un mercado de producto y geográfico en sí mismo (*mercado por la cancha*), por una parte, y el mercado de licitaciones de concesiones de obras públicas en general, por la otra.
12. En lo que respecta a la Licitación en particular, para definir el mercado relevante del producto la jurisprudencia comparada ha señalado que en éste participan los competidores potenciales que creíblemente podrían ofertar en el proceso de licitación, ejerciendo presión competitiva sobre quienes efectivamente presentan las ofertas⁹. Para el caso de la Licitación, 15 empresas compraron las bases de licitación ("**Bases**") para participar del proceso por lo que, en principio, todas ellas tendrían el potencial de ejercer presión competitiva¹⁰.
13. Sin embargo, luego de analizar el historial de licitaciones en el país, junto a información recabada en el contexto de la investigación, esta División estima que, del total de empresas que adquirieron las Bases, sólo diez de ellas pueden ser consideradas competidores potenciales creíbles¹¹. Teniendo aquello en consideración, esta División estima que pueden considerarse como competidores en la Licitación a las empresas Icafal, Compax, Besalco, Belfi, Sacyr, Grupo Costanera SpA, ACS, Acciona, Ferrovial y OHL.
14. En cuanto al segundo aspecto, esto es al mercado de licitaciones de concesiones de obras públicas viales en general, esta División ha señalado¹² que los actores que potencialmente pueden participar en las licitaciones efectuadas por el MOP dependerán de la magnitud,

⁸ Las bases de licitación establecían que la oferta económica debía consistir en solicitar ingresos totales de la concesión hasta por un máximo de UF 6.399.255, equivalentes al cobro de un peaje troncal de \$6.150 pesos. En consecuencia, la oferta realizada por las Partes fue un 24% inferior al máximo posible. La otra oferta que se presentó en la licitación fue la realizada por el consorcio Besalco/Mota-Engil, la que resultó ser un 3% más baja que el máximo posible. En relación a las ofertas presentadas, véase <http://www.concesiones.cl/noticias/Paginas/DetalledeNoticias.aspx?item=583> (Última visita: 5 de febrero de 2019).

⁹ Así lo ha afirmado la Comisión Europea en los siguientes casos: Caso COMP/M1879. Boeing / Hughes. COMP/M3148. Siemens / Alstom Gas and Steam Turbines. Comisión Europea. Caso COMP/M1940. Framatome / Siemens /Cogéma / JV. Comisión Europea. Caso COMP/M2079. Raytheon / Thales / JV.

¹⁰ Las empresas que compraron bases de licitación son: (1) Empresa Constructora Belfi S.A. ("**Belfi**"), (2) Icafal, (3) Sacyr Concesiones Chile SPA ("**Sacyr**"), (4) Remavesa S.A. ("**Remavesa**"), (5) Grupo Costanera SPA, (6) Compax, (7) Constructora Valko S.A. ("**Valko**"), (8) Dragados S.A. – Agencia en Chile ("**ACS**"), (9) FLESAN S.A. ("**FLESAN**"), (10) Besalco Concesiones S.A. ("**Besalco**"), (11) Acciona Concesiones Chile Limitada ("**Acciona**"), (12) Cintra Global Ltd. ("**Ferrovial**"), (13) OHL, (14) Claro Vicuña, y (15) Mota-Engil Chile.

¹¹ Se consideró como competidores potenciales creíbles a las empresas que presentaron ofertas en procesos de licitación de obras públicas viales en los últimos cinco años en el país. Esto descarta a Mota-Engil Chile, Remavesa, Valko, FLESAN y Claro Vicuña.

¹² Caso de Atlantia con Abertis, p. 16.

complejidad o del tipo de obra licitada, pudiendo existir algunos nichos en que sólo algunas empresas se encuentren habilitadas para competir.

15. El alcance geográfico de las licitaciones en general pareciese ser más amplio que el nacional, dado que en múltiples licitaciones han participado actores extranjeros sin presencia previa en el país, sin perjuicio que, en ocasiones, el idioma, regulaciones locales, la cultura u otras variables puedan restringir o dificultar la participación de algunas empresas extranjeras¹³.
16. En este mismo caso, definir de forma precisa el mercado relevante del producto y geográfico no resulta necesario, debido a que sea cual sea la definición que se adopte, las conclusiones del presente informe no se ven alteradas. En efecto, las Partes han señalado que la constitución del consorcio se encuentra restringido a cumplir con lo estipulado por el contrato de concesión en particular, no pudiendo realizar otra actividad. Indican, además, que -conforme a lo informado por las Partes- no existe ningún acuerdo entre éstas que tenga por objeto asociarse de modo permanente para participar conjuntamente en el mercado de las licitaciones de obra pública. Por lo tanto, la Operación no genera ningún cambio futuro en la estructura competitiva del Mercado Primario, en lo que a las licitaciones en general se refiere¹⁴.
17. En lo que respecta al Mercado Secundario, no existe entre las Partes traslape alguno entre las obras públicas operadas y, además, ninguna de las Partes opera actualmente autopistas u otros medios de transporte que tengan como ruta origen – destino aquél contemplado en la Ruta G21, lo que descarta cualquier posible efecto de la Operación sobre este mercado¹⁵.

III.2. Análisis de riesgos

18. Tal como fue señalado en el apartado anterior, las características de la Operación permiten descartar cambios en la estructura competitiva del Mercado Primario. Además, la ausencia de traslape en el Mercado Secundario, permite descartar cualquier riesgo competitivo asociado a la administración y explotación de infraestructura vial concesionada.
19. La literatura económica y la jurisprudencia han señalado que la conformación de consorcios para participar en una licitación puede tener aspectos pro y anti competitivos¹⁶. El principal aspecto pro competitivo sería que la formación de consorcios permite a las firmas que los componen diversificar riesgos, y a la vez complementar conocimientos, incentivando de este modo la participación de actores que, de otro modo, no ofertarían en una licitación. Sin embargo y, por el contrario, en ocasiones la conformación de consorcios puede reducir la competencia, al disminuir el número de ofertas que se presentan¹⁷.
20. Dentro del Mercado Primario, para el caso del mercado relevante conformado por la Licitación en sí misma, el análisis de los efectos de la Operación se enfocará en detectar

¹³ Ibid.

¹⁴ Notificación párrafo 5.

¹⁵ Dentro de las concesiones de obra pública, Icafal es activo en aeropuertos, mientras Conpax lo es en el transporte público urbano en la Región Metropolitana, dentro del sistema Transantiago.

¹⁶ Véase informe de aprobación "Mejoramiento Ruta Nahuelbuta", Rol FNE F110-2017.

¹⁷ ESTACHE A. *Joint bidding in infrastructure procurement*. ECARES Working Paper (2008_019). En este mismo sentido: BUNDESKARTELLAMT, Operación de Concentración entre Rethemann y Tönsmeier in Gesellschaft für Abfallwirtschaft Köthen. CONSEJO DANÉS DE COMPETENCIA. Operación de Concentración entre LKF Vejmarkering A/S y Eurostar Danmark A/S.

si la asociación entre las Partes fue anti competitiva, es decir, si tuvo el potencial de reducir la competencia en la Licitación, alterando de forma negativa el resultado de la misma. Teniendo en consideración los criterios antedichos, participan de este mercado las diez empresas mencionadas *supra*. Bajo el supuesto hipotético de que, *ex ante*, todas ellas contaban con la misma probabilidad de adjudicarse la concesión¹⁸, las participaciones de mercado serían de 10% para cada una de ellas.

21. Teniendo en consideración dichas participaciones, la Operación habría generado un cambio en el índice de Herfindahl - Hirschman de 200 unidades, lo que se encuentra exactamente en el límite de los umbrales de concentración establecidos en la Guía de Operaciones de Concentración de 2012, de esta Fiscalía. No obstante, y a mayor abundamiento, se procede a ahondar en los potenciales efectos sobre la competencia que pudo tener la asociación entre Icafal y Conpax.
22. Al analizar los competidores potenciales mencionados *supra*, se observa que los principales actores del mercado de licitaciones de concesiones de obras públicas en general eran competidores potenciales del Consorcio. En efecto, entre los competidores potenciales probables se encontraba el Grupo Costanera, Sacyr, OHL, Cintra, Acciona, Ferrovial y ACS, empresas internacionales con vasta experiencia en el mercado de concesiones de obras públicas chileno¹⁹.
23. Para el análisis de riesgos respecto a la Licitación, adicionalmente, es importante dilucidar si los miembros del Consorcio podrían haber ofertado de manera individual en ésta y, por lo tanto, esclarecer si las Partes, de forma individual, eran competidores actuales y potenciales²⁰. En caso de haber podido ofertar de manera individual, en la práctica, el Consorcio habría reducido el número de competidores potenciales de diez a nueve.
24. Al evaluar el historial de las Partes presentando ofertas en licitaciones de obras públicas viales, se observa que, en los últimos tres años, tanto Icafal como Conpax, siempre participaron mediante consorcios²¹. Esto sería consistente con lo señalado por las Partes en su Notificación cuando indican que la envergadura de la inversión y el riesgo patrimonial asociado a ella les impide ofertar de manera competitiva sin asociarse con terceros²².
25. En efecto, otro antecedente a considerar es que la Concesión surge como una iniciativa privada propuesta por Icafal, y declarada de interés público por el MOP, por lo que Icafal, o su grupo licitante, contaba con una bonificación de 3% en la evaluación de su oferta económica. Esto, sumado al hecho de que el proyecto fue diseñado por Icafal, que la aventajaría respecto de sus competidores en cuanto a los conocimientos de los costos del

¹⁸ Debe tenerse presente que este supuesto subestima la participación de mercado de Icafal debido a que fue el proponente del proyecto, situación que lo situaba en una posición ventajosa frente al resto, tanto en conocimiento de los costos del proyecto como en la bonificación del 3% en la licitación, conforme establece la Ley de Concesiones para el proponente. Lo anterior implica que, *ex ante*, la probabilidad de adjudicarse la concesión habría sido mayor para Icafal que para el resto de sus competidores. Sin perjuicio de ello, por simplicidad y sin que ello modifique las conclusiones del informe debido a la existencia de múltiples actores participantes potenciales, se obviará tal subestimación.

¹⁹ Tal como ha conocido esta Fiscalía en el análisis de anteriores operaciones de concentración, tales como las citadas en el pie de página N°5.

²⁰ Para mayor detalle sobre qué elementos se consideran al momento de evaluar los efectos anticompetitivos de un consorcio en una licitación, véase, por ejemplo: "*Is your consortium illegal?*" [<http://eu-competitionlaw.com/is-your-consortium-illegal/>].

²¹ Y en general, siempre han participado mediante consorcios, salvo Conpax para la concesión vial Melipilla – Camino de la Fruta, de julio de 2015 (respuesta de las Partes de fecha 14 de febrero de 2019).

²² Notificación párrafo 64.

proyecto, podría explicar el motivo por el cual se recibieron sólo dos ofertas en la licitación, siendo la oferta de las Partes un 22% más baja (o competitiva) que la de su competidor²³.

26. Al ser consultadas las empresas que compraron Bases sobre los motivos por los cuales optaron por no presentar ofertas, éstas señalaron que las condiciones establecidas en éstas les parecieron poco atractivas desde el punto de vista de sus modelos de negocios, sin que ninguna acusara riesgos de una reducción sustancial de la competencia²⁴.
27. En definitiva, es posible descartar la presencia y/o materialización de riesgos unilaterales en la Operación notificada debido a que:
 - a. En lo que respecta a la Licitación en particular existieron otros potenciales competidores y, en opinión de esta División, resultaba razonable suponer que tanto Icafal como Compax no habrían participado en solitario en ésta, lo que implica que la asociación habría sido inocua desde el punto de vista de la libre competencia o incluso pudo ser pro competitiva si esta era necesaria para la participación de las Partes. Además, de las empresas que podrían establecer un consorcio en conjunto con Icafal, Compax sería una de las de menor tamaño y relevancia –ambas son constructoras nacionales–, por lo que los riesgos eventuales asociados al Consorcio serían menores o nulos en relación a aquellos resultantes de la asociación de Icafal con otra empresa de las consideradas como competidores potenciales, en particular una empresa internacional de gran tamaño;
 - b. En lo que respecta a las licitaciones de obras públicas, en general, no existe una asociación permanente entre las Partes que permita suponer que éstas cesarán en su competencia en futuros procesos licitatorios; y
 - c. En lo que respecta al Mercado Secundario, las Partes no tienen actualmente presencia en obras que compitan entre sí, ni que impliquen traslapes con la Concesión.
28. En lo relacionado a riesgos coordinados, es posible descartar que la Operación incida en aumentar sustancialmente la probabilidad de coordinación entre las Partes y entre éstas y terceros en los mercados analizados en general, atendido que su alcance se ve limitado a un proyecto en particular y existe un número importante de otros competidores potenciales.

IV. CONCLUSIONES


29. De este modo, conforme al análisis realizado, esta División ha llegado a la convicción de que la Operación no resulta apta para reducir sustancialmente la competencia en los mercados involucrados. Por tanto, en atención a los antecedentes y al análisis realizado

²³ En términos monetarios la bonificación de 3% equivale a una ventaja de alrededor de US\$ 8 millones de dólares en los ingresos totales de la concesión solicitados por los oferentes. Es decir, un competidor del Consorcio tenía que solicitar US\$ 8 millones de dólares menos que éste para lograr adjudicarse la Concesión.

²⁴ En el mismo sentido, el Ministerio de Obras Públicas, en su respuesta de fecha 15 de febrero de 2019, correlativo ingreso N°00827-19.

por esta División, se recomienda la aprobación de la Operación, de forma pura y simple, salvo el mejor parecer del señor Fiscal.

LLS


REPUBLICA DE CHILE
JEFE DE FUSIONES
FISCALIA NACIONAL ECONOMICA
FERNANDO COLOMA RÍOS
JEFE DIVISIÓN DE FUSIONES (S)