

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Santiago, veintinueve de junio de dos mil diecisiete.

VISTOS:

1. El acuerdo extrajudicial sometido a la aprobación de este Tribunal, acompañado a fojas 109 de estos autos (“Acuerdo Extrajudicial”);
2. El expediente de investigación de la Fiscalía Nacional Económica (“Fiscalía” o “FNE”) Rol N° F71-2016, acompañado a fojas 161 de estos autos;
3. Lo dispuesto en el artículo 39° letra ñ) del Decreto Ley N° 211, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado mediante el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (“D.L. N° 211”); y
4. Lo expuesto por los apoderados de la FNE y Holchile S.A. (“Holchile”) e Inversiones Caburga Limitada (“Caburga”), colectivamente consideradas las “Partes”, en la audiencia celebrada el 13 de junio del presente año;

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que, según se explica en el Acuerdo Extrajudicial acompañado a fojas 109, Caburga y Holchile suscribieron un contrato por el cual la primera promete adquirir el 54,32% de las acciones que Holchile posee actualmente en Cemento Polpaico S.A. (“Polpaico”), sujeto a la condición suspensiva de que este acto sea aprobado por las autoridades de competencia (la “Operación”). En virtud de lo anterior, las partes notificaron voluntariamente la Operación a la FNE, quien instruyó la investigación Rol N° F71-2016;

Segundo: Que, según el Acuerdo Extrajudicial, Polpaico, Caburga y sus respectivas relacionadas participan en los mercados del cemento gris y de los áridos, que son materias primas para producir el hormigón premezclado (“RMX”), mercado en el que también participan dichas empresas, por lo que la Operación podría tener efectos horizontales y verticales;

Tercero: Que la FNE analizó en detalle cada uno de los mercados señalados, fundamentando por qué cada uno de ellos debe ser considerado de manera separada y estableciendo su dimensión geográfica local (atendidos los costos de transporte, entre otros factores). Asimismo, para cada uno de esos mercados realizó un examen de las barreras de entrada, centrándolo en las firmas participantes (directamente o a través de empresas relacionadas), el número de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

plantas existentes, la potencialidad de ingreso de nuevos competidores y las condiciones de importación de cada uno de los productos que conforman los mercados aludidos;

Cuarto: Que, según da cuenta el Acuerdo Extrajudicial, una vez establecida la estructura de la industria, la FNE realizó un análisis específico de los riesgos unilaterales y coordinados que la Operación producía en cada uno de los mercados relevantes identificados. En el caso de los mercados del cemento gris y de los áridos, basó el examen en el índice HHI y sus variaciones; mientras que, en el caso del mercado del RMX utilizó el *Gross Upward Pricing Pressure Index* (GUPPI). Los detalles del análisis se encuentran en el Acuerdo Extrajudicial. La aplicación de estos tests le permitió enfocar el análisis en un número acotado de localidades. Es importante señalar que, en cada caso, los riesgos fueron contrastados con las eficiencias que podrían ser alcanzadas con la Operación, teniendo en consideración las eventuales medidas para mitigarlos en caso de que ellos continuasen existiendo;

Quinto: Que, respecto de los riesgos unilaterales en el mercado del cemento gris, la FNE concluyó que ellos no existirían o serían menores y suficientemente mitigados en Antofagasta, Coquimbo y la zona central. En cuanto al aumento de los riesgos de coordinación en el mismo mercado, la FNE argumentó que en la localidad de La Serena no existirían porque las Partes ofrecen sus productos a segmentos distintos y existe una posibilidad de entrada de actores. Asimismo, concluyó que en la zona central se vislumbran riesgos por la existencia de factores que facilitan las conductas coordinadas y la posibilidad de reparto por zonas geográficas o de clientes, sin perjuicio de que las negociaciones sean privadas y bilaterales. No obstante, dichos riesgos se mitigarían por la existencia de actores pequeños y con la desinversión propuesta como medida de mitigación que se analiza más adelante;

Sexto: Que, en el mercado de los áridos, la FNE concluyó que los riesgos unilaterales sólo eran relevantes en las regiones Metropolitana y de Valparaíso. Sin embargo, los descartó principalmente porque los clientes encuestados no hicieron reparos respecto de este producto. Respecto de los riesgos coordinados, la FNE determinó que es poco probable que se den conductas de tipo, pues existiría un amplio número de oferentes y las negociaciones son bilaterales y privadas;

Séptimo: Que, a juicio de la FNE, en el mercado del RMX la Operación no representa un incremento en los riesgos unilaterales en las localidades relevantes de Antofagasta, Talca, Concepción, Temuco, Santiago y Viña del Mar, pues, aún en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

aquellos casos en que el GUPPI superó el 5%, existirían competidores que podrían disciplinar el mercado o eficiencias por la sustitución de la importación de cemento gris que mitigarían los eventuales riesgos. Por otra parte, en las localidades de La Serena y Los Andes-San Felipe aumentarían los riesgos unilaterales atendido que (i) sus GUPPI son superiores al 5%; (ii) no existe evidencia de un nuevo entrante; y (iii) se disminuiría el número de competidores que quedarían luego de la Operación. En el caso de Rancagua, San Fernando-San Vicente y Chillán la participación de mercado de la empresa resultante de la Operación superaría el 50% y concurrirían otros factores que aumentarían el riesgo, esto es, nivel de HHI, capacidad ociosa, superposición de la ubicación de clientes y la falta de evidencia de un nuevo entrante;

Octavo: Que, respecto del aumento de los riesgos de coordinación en el señalado mercado del RMX, la FNE analizó únicamente aquéllos que se podrían producir en los proyectos de mayor tamaño y complejidad, porque: (i) allí participarían únicamente cuatro actores y se eliminaría uno de ellos; (ii) existirían varias características estructurales facilitadores de conductas coordinadas (en particular, podría existir un reparto de zonas y clientes porque los camiones de la competencia pueden ser fácilmente monitoreados a través de su conteo a la salida de la respectiva obra o planta); y (iii) existiría un contacto multimercado entre la empresa resultante de la Operación y sus competidoras directas;

Noveno: Finalmente, en lo que respecta a los riesgos verticales, la FNE analizó si podrían producirse dificultades de acceso a los insumos utilizados para las hormigoneras, para lo cual consideró tres elementos que deben cumplirse copulativamente: la habilidad, los incentivos y los efectos. Respecto de la habilidad, señaló que en el mercado de los áridos existen varios proveedores alternativos que permiten descartar riesgos y, en el del cemento gris, los principales competidores de las Partes se encuentran integrados o pueden importarlo, aunque destaca que las hormigoneras pequeñas no tendrían acceso a la importación por no alcanzar la escala mínima eficiente para ésta. En relación con los incentivos, señaló que podría incrementarse el ejercicio de prácticas exclusorias porque se recapturaría una mayor parte de las ventas; sin embargo, como CBSA no suministra cemento gris a ningún competidor, salvo en La Serena y Santiago (donde se aplicarían las medidas de mitigación propuestas), tal riesgo se mitigaría. Atendidas las conclusiones precedentes, la FNE no ahondó en los efectos;

Décimo: Que, de acuerdo con lo expuesto y debido a los riesgos detectados, la FNE solicitó aplicar medidas de mitigación en siete localidades. En cinco de ellas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

identificó riesgos generados por la Operación e incorporó dos localidades (Santiago y Viña del Mar) para aumentar el atractivo del paquete;

Undécimo: Que como medida de mitigación estructural se acordó que Caburga venderá las plantas de HBSA ubicadas en La Serena, San Felipe, Concón, Quilicura, Rancagua, San Fernando y Chillán, asegurando que no exista ningún área geográfica en la que operen menos de cuatro competidores significativos. Esta desinversión se realizará como paquete único de activos para continuar la normal operación productiva de éstos como unidad económica funcional, mantener la competitividad en el mercado y permitir la entrada efectiva y duradera de un competidor viable independiente con una escala suficiente para desafiar a las Partes y a los actores integrados de la industria. Además, el Acuerdo Extrajudicial contempla que la FNE apruebe al comprador de estos activos;

Duodécimo: Que, del mismo modo, la desinversión propuesta se realizará, conforme con las condiciones señaladas en el Acuerdo Extrajudicial, a través de un Agente Fiduciario en él designado. Para ello, Caburga deberá crear una filial que será administrada de manera independiente, separada y de acuerdo con las mejores prácticas comerciales de la industria. Asimismo, las Partes tendrán que cumplir una serie de obligaciones conductuales, tales como informar en caso de incumplimiento y enviar reportes escritos auditados, entre otras; y de prohibiciones, tales como la de recompra durante 10 años y la de utilizar información confidencial, entre otras. La desinversión se llevará a cabo en la forma y plazos establecidos en el Acuerdo Extrajudicial, cumpliendo una serie de obligaciones que permiten resguardar el éxito de la medida;

Decimotercero: Que, además de la medida estructural de desinversión descrita, Caburga y Holchile deberán cumplir con obligaciones conductuales transitorias, accesorias y complementarias consistentes en mantener todos los bienes tangibles e intangibles que dichas plantas tenían en marzo de 2017, para preservar su viabilidad, competitividad y atractivo comercial. De este modo, Caburga, por ejemplo: (i) hará sus mejores esfuerzos para mantener el total de los trabajadores, incluyendo el personal clave, que se desempeñaban en dichas plantas en marzo de 2017; (ii) se obliga a no contratar a dichos trabajadores por un período de dos años; (iii) aportará camiones mezcladores; (iv) cederá los arrendamientos de seis plantas y enajenará la porción del inmueble de la planta de La Serena, siempre que fuera factible; (v) otorgará una opción irrenunciable de abastecimiento de cemento gris de alta resistencia a granel y de áridos, sin exclusividad, a la filial independiente por un año desde su constitución, la que posteriormente tendrá derecho a optar año

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a año a adquirir dichos insumos hasta por tres años, con un máximo anual; y (vi) cederá a la filial independiente licencias de software y la lista de clientes de cada una de las Plantas;

Decimocuarto: Que atendido el breve plazo establecido por la ley para aprobar o rechazar un acuerdo extrajudicial, el estudio del Acuerdo Extrajudicial por parte de este Tribunal tiene por objeto comprobar si la investigación y análisis realizados por la FNE que le sirvieron de fundamento, cumplieron con los parámetros y exigencias propios para la evaluación de una operación de concentración.

Decimoquinto: Que, en este sentido, no existen en el proceso antecedentes ni argumentos que permitan desvirtuar el análisis económico realizado por la FNE;

Decimosexto: Que, asimismo, el análisis de los riesgos para la libre competencia que la FNE detectó en su investigación parece correcto, atendidas las características de los mercados concernidos, el nivel de competencia y las condiciones de entrada que analizó la Fiscalía en su investigación.

Decimoséptimo: Que lo mismo puede señalarse respecto de las medidas de mitigación propuestas en el Acuerdo Extrajudicial para evitar que se reduzca sustancialmente la competencia en los mercados afectados por la Operación. En efecto, las obligaciones de desinversión asumidas por Holchile, Caburga y sus respectivas relacionadas, y los demás compromisos complementarios contemplados el Acuerdo Extrajudicial, permitirían mitigar los riesgos identificados por la FNE al incentivar la entrada de un competidor viable, independiente y con una escala suficiente para desafiar competitivamente a los incumbentes;

Decimoctavo: Que, por todo lo anterior, este Tribunal aprobará el Acuerdo Extrajudicial propuesto por la FNE, Holchile y Caburga;

Decimonoveno: Que la aprobación del presente Acuerdo Extrajudicial no impide que terceros con interés legítimo, que estimaren que los hechos sobre los que versa este acuerdo afectan la libre competencia, puedan presentar las acciones que en su concepto procedan;

SE RESUELVE: Aprobar el acuerdo extrajudicial alcanzado entre la Fiscalía Nacional Económica, y Holchile S.A. e Inversiones Caburga Limitada, acompañado a fojas 109.

Acordada con la prevención de los Ministros Sra. Domper y Sr. Arancibia en cuanto a que, si bien comparten la aprobación de este Acuerdo Extrajudicial, estuvieron

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

por excluir el requisito de “*aprobación o rechazo respecto de la identidad del Comprador*” por la FNE, establecido en los números 68 al 70 del Acuerdo, por cuanto dicho órgano no puede atribuirse, por vía de un acuerdo, la potestad extralegal de autorizar mediante una resolución la entrada al mercado de un agente específico y concreto.

La libre competencia en los mercados protege la libertad de entrada a los mismos, de modo tal que la Fiscalía sólo puede proponer y exigir condiciones objetivas de entrada a un mercado, pero no someter a su autorización administrativa y previa la entrada de un actor específico.

En virtud de lo anterior, a juicio de estos previnientes, en el evento de que la empresa obligada por este acuerdo no cumpla con los requisitos de venta de sus activos a un tercero comprador, la Fiscalía sólo podría requerirla ante este Tribunal por incumplimiento de los mismos;

Notifíquese por el estado diario y archívese en su oportunidad.

Rol AE N° 14-17

Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sra, María de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Eduardo Saavedra Parra, Sr. Javier Tapia Canales y Sr. Jaime Arancibia Mattar. Autorizada por la Secretaria Abogada Sra. María José Poblete Gómez.

Certifico que, con esta fecha, se notificó por el estado diario la resolución precedente.