

Santiago,veintinueve de noviembre de dos mil seis.

Vistos:

En estos autos rol 3449-06, Producción Química y Electrónica Quimel S.A. dedujo demanda en contra de la empresa James Hardie Fibrocementos Limitada, alegando que aquella cometió desacato al Dictamen de la Comisión Preventiva Central N° 1287, de fecha 30 de abril de 2004, y como consecuencia de ello, a partir de esa fecha ha ejecutado actos reiterados tipificados en el artículo 3° letra c) del DL 211, en particular, la venta reiterada de planchas lisas de fibrocemento a bajo costo. Solicitó se aplique a la demandada la medida de disolución de la persona jurídica de derecho privado denominada James Hardie Fibrocementos Limitada. En subsidio de lo anterior solicitó que se ordene a la demandada el cese inmediato en la conducta que motiva la demanda, para lo cual el Tribunal fijará periódicamente el precio mínimo de venta de dichas planchas, debiendo someterse ésta a la fiscalización del cumplimiento de esta medida por un plazo fijo prorrogable, o se adopte la medida correctiva que el tribunal estime. Además de lo anterior, solicitó se la condene al pago de una multa a beneficio fiscal de veinte mil unidades tributarias anuales, o la multa que el Tribunal determine, además del pago de las costas. A fs. 272 rola demanda de Cementa S.A., sociedad del giro de fabricación de productos de fibrocemento, también en contra de James Hardie Fibrocementos Ltda., por infracción al DL 211 de 1973, al vender desde su incorporación al mercado nacional sus planchas lisas de fibrocemento a precios inferiores a su costo de producción, conducta que mantuvo luego del dictamen de la Comisión Preventiva Central de fecha 30 de abril de 2004. A fs. 184 y 301 respectivamente, James Hardie Fibrocementos Limitada contestó las demandas interpuestas en su contra, solicitando el rechazo de éstas, con costas, desde que no ha incurrido en ninguna de las conductas tipificadas como atentatorias a la libre competencia en el DL 211, por lo que no corresponde que se le aplique sanción alguna. A fs. 326 se recibió la causa a prueba, adicionándose un punto a fs. 361, rindiéndose la que consta en autos. A fs. 344 la Fiscalía Nacional Económica emitió su informe. A fs. 958 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictó sentencia, y rechazó las demandas interpuestas, sin costas, luego de concluir que la demandada no infringió las normas de libre competencia, por cuanto no se puede inferir que haya detentado, al inicio y durante el período de presunta fijación de precios predatorios, de suficiente poder de mercado como para formarse una expectativa razonable de poder recuperar a futuro las pérdidas de corto plazo asociadas a la práctica materia de autos, ni tampoco que haya comercializado su producción de planchas lisas de fibrocemento bajo los costos evitables relevantes. Contra esta sentencia Cementa S.A. a fs. 980, y Producción Química y Electrónica Quimel S.A. a fs. 990, interpusieron sendos recurso de reclamación, solicitando que éstos se acojan, y se revoque la sentencia impugnada, dando lugar a las demandas por ellas interpuestas, con costas.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

1°) Que por intermedio del recurso en estudio Cementa S.A. reprocha a la sentencia impugnada el no haberse hecho cargo de toda la prueba rendida por las partes, haber sido dictada sin lograr una certeza de sus convicciones, y haberse basado netamente en la teoría sin llevar ésta al caso práctico en particular. Sostiene la recurrente, primeramente, que su parte solicitó el envío de oficios a diversas empresas, petición a la que el Tribunal accedió. Sin embargo, al momento de resolver no se hizo cargo de las respuestas de éstas a los oficios enviados, las que- afirma- contienen información relevante por cuanto demostraron la evolución de los precios y, que la demandada vendía bajo sus costos, así como la evolución de la participación de James Hardie en el mercado nacional.

Posteriormente indica que los sentenciadores en diversas partes del fallo recurrido señalan que no tienen la certeza de los hechos, y sin embargo de todas maneras resuelven el asunto sin haber logrado la convicción de todos los elementos fácticos, ni haber decretado alguna diligencia probatoria que pudiese haber aclarado los dudosos. Además de ello- contin
Posteriormente indica que los sentenciadores en diversas partes del fallo recurrido señalan que no tienen la certeza de los hechos, y sin embargo de todas maneras resuelven el asunto sin haber logrado la convicción de todos los elementos fácticos, ni haber decretado alguna diligencia probatoria que pudiese haber aclarado los dudosos. Además de ello- continúa- la sentencia es contradictoria, pues mientras en varias de sus partes afirma no tener certeza sobre los hechos, en el considerando trigésimo tercero concluye que la demandada no ha infringido las normas que regulan la libre competencia. Por otro lado, reprocha el recurso que la sentencia desconoció tanto el Dictamen de la Comisión Preventiva ya individualizado y los antecedentes de las demandas de autos, como el informe que emitiera, en aquella oportunidad, la Fiscalía Nacional Económica, sobre cuál es el mercado relevante, para determinar si la demandada tenía suficiente poder de mercado durante el desarrollo de las prácticas predatorias que se le imputan, para ser capaz posteriormente de recuperar sus pérdidas a corto plazo. Al respecto, el recurso señala que dicha empresa ingresó al mercado chileno el año 2001, y ese año alcanzó una participación en el mercado de las planchas lisas de fibrocemento de un 6,1 %, la que aumentó en el año 2002 a un 15,3%, para luego llegar, el año 2003, a un 24,5%. Esa participación aumentó a un 30,9% en Octubre del año 2004, alza que continuó ocurriendo durante el transcurso del tiempo, debido a la salida de las pequeñas y medianas empresas que participaban en dicho mercado y, en un pequeño porcentaje, a la disminución de la participación del grupo Pizarreño. Si bien la demandada no es la empresa dominante en el mercado, es un hecho que ha ido aumentando su participación en él, como consecuencia de vender bajo sus costos. Por ello es que, sostiene la recurrente, no importa si

James Hardie era o no la empresa dominante en el mercado, sino que, en el caso particular de que se trata, lo relevante es su intención de sacar del mercado a sus competidores, lo que logró vendiendo sus productos bajo el precio de costo. Su intención era alcanzar una posición de poder en el mercado, siendo ello una de las conductas descritas en el artículo 3 letra c) del DL 211. Agrega que según el criterio de la Fiscalía Nacional Económica, para que se configure la conducta anticompetitiva de precios predatorios, basta que ella sea apta para provocar el daño económico, la insolvencia y/o la quiebra del depredado, y que el actor ostente una importante capacidad financiera, la que la demandada tiene, según consta de los balances existentes en autos.

Por otro lado, el Tribunal de la Libre Competencia consideró que no existían barreras de entrada en el mercado de las planchas lisas de fibrocemento, ni de capital, tecnológicas o de cualquier otro tipo. Sin embargo -afirma- en nuestro país existen barreras de capital desde que para instalar una fábrica de planchas de fibrocemento, según lo sostuvo la demandada y sus testigos, se necesitan entre cinco a diez millones de dólares de inversión, sin esperar retornos de esta inversión por lo menos durante el plazo de cinco años.

Sostiene, además, que durante todo el proceso se estableció que existe predación de precios cuando éstos son fijados por debajo del costo medio variable. Sin embargo, la sentencia habla de los costos evitables, que son aquellos exclusivamente necesarios para producir. La conducta reprochada por la ley es vender bajo los costos, pero el fallo agregó otra exigencia al señalar que se reprocha el vender bajo los costos evitables relevantes, sin siquiera definirlos o delimitarlos;

2°) Que, por su parte, Producción Química y Electrónica Quimel S.A. reclamando de la sentencia dictada por el Tribunal de la Libre Competencia, argumenta que el informe del Fiscal Nacional Económico, emitido en esta causa a petición del Tribunal y que ha sido la base de la sentencia recurrida, adolece de innumerables errores, tanto en el procesamiento de la información en que se sustenta, cuanto en las conclusiones a las que arriba. Explica que coincide con dicho organismo en que el mercado relevante es "el de la producción, distribución y venta de planchas lisas de fibrocemento, confeccionadas con cemento, celulosa y sílice, que se utilizan como revestimientos para fachadas, tabiquerías y muros perimetrales". No obstante, este informe es inconsistente al definir como mercado geográfico relevante "la totalidad del territorio nacional" y luego incluir en su análisis de costos y de la supuesta eficiencia de la demandada las exportaciones de ésta al mercado Norteamericano, con las cuales "indica- subsidia su actividad predatoria en Chile. Aparte de ello, ese informe omitió considerar la información de Grau y Fibrocementos Maipú, que vendieron planchas de fibrocemento, la primera entre 1985 y el año 2001, y la segunda entre 1997 y 2002, lo que afectó notoriamente sus conclusiones.

Agrega el recurrente que el informe planteó que el mercado habría acumulado un crecimiento del 40% entre el año 2001 y el 2004, muy superior al 17% de expansión que habría registrado en el mismo período el índice de crecimiento de la construcción. Por ello, en lo que excede al 17% ya indicado, James Hardie no habría crecido a expensas de su competencia sino como consecuencia de este crecimiento marginal del mercado. Sin embargo- afirma-, como ya se dijo, en él se omitió incluir la producción de Grau y Maipú, lo que importa que el crecimiento del mercado realmente fue de un 22,7%, y el crecimiento de éste por sobre el de la construcción sólo de un 5,7%, lo que se explica- continúa el recurrente- en los bajísimos precios de venta de las planchas de fibrocemento en el período, y en el porcentaje de pérdida del precio con respecto al IPC que, acumulado entre el año 2001 y 2004 fue de 9,3%, lo que probablemente determinó un pequeño margen de sustitución de algún otro material de construcción por las planchas de fibrocemento, que se encontraban extremadamente baratas. Se agrega a ello que no se han abierto nuevos mercados, por lo que cualquiera de los actores que existía al año 2001, de no ser por la actividad predatoria de James Hardie, podía haber accedido al aumento de la construcción. El crecimiento de la demandada no puede explicarse sino en la salida de su competencia del mercado. Así, si se suman las bajas de participación de los demás productores, más alguna porción del crecimiento marginal del mercado por sobre el crecimiento de la construcción, se obtiene la participación de James Hardie en el mercado.

Luego, en lo relativo a la capacidad instalada de la demandada ésta no es de un 51,6% como lo señala el informe de la Fiscalía, sino que utiliza el 80% de su capacidad instalada, de los cuales un 61% corresponden a la producción para el mercado interno y un 19% a la producción para el mercado de exportación. Por ello, y siendo un hecho que ninguna empresa utiliza el 100% de su capacidad instalada- concluye el recurrente- James Hardie llegó a su plena producción, lo que importa que ya no tiene margen para mejorar su eficiencia a los precios a los que ha vendido las planchas. O sea, a plena capacidad sigue vendiendo bajo el costo. Encima, ahora puede empezar a subir fuertemente sus precios, pues tiene ocupada plenamente su planta, y así resarcirse de lo que significaron cuatro años de precios predatorios, consumándose la infracción antieconómica.

Continúa el recurso analizando el informe, y sostiene que éste contiene información errónea respecto de los precios de Quimel y Pizarreño, lo que afecta sus conclusiones. Se omite informar los precios de Grau y Maipú, y en el caso de los precios de la demandada, se considera éste según factura de venta y en cambio no se toma en cuenta que muchos de los precios son "puestos en el lugar de destino", con lo que habría que rebajar el valor del flete. El informe considera para el año 2001 el precio promedio anual, respecto del producto de la demandada, y no el de los meses de entrada al mercado por parte de esta empresa. Tampoco discrimina respecto de precios en distintos lugares del territorio nacional, tomando en consideración que los productores pequeños no venden en todo el territorio nacional, sino que se concentran en Santiago: un precio promedio no muestra como la demandada mantuvo precios más bajos en esta ciudad, así como en las regiones donde vendían los productores pequeños, manteniendo un precio mayor en las demás regiones. Los precios corregidos de Pizarreño evidencian que James Hardie nunca ha vendido más caro, o al mismo precio que aquella empresa. Empero, ésta es la que menos ha perdido en el mercado, lo que importa que James Hardie no tiene la mejor plancha del mercado, y por ende, la guerra se ha dado en el terreno de los precios donde sólo los grandes pueden resistir. Si bien el Fiscal en su informe señala que "la evidencia no muestra que esta empresa (James Hardie) haya desarrollado una política de precios más agresiva que la de sus competidores", también indica que la demandada ha vendido siempre bajo sus costos; desde que se

instaló en Chile ha sido el productor que ha vendido más barato de todo el mercado, es el productor con mayores costos del mercado, el que registra las mayores pérdidas del mercado, y es el único productor que ha crecido en cuatro años, y en un 564%. Explica el recurrente que, si bien los demás fabricantes bajaron los precios de sus productos, ello no obedeció a una guerra de precios, sino a una medida tendiente a evitar quedarse con las planchas en sus bodegas. Luego, se agrega en el libelo, el informe plantea que los costos variables y fijos de la demandada han disminuido conforme ésta ha aumentado su producción y ventas, y sobre esta base predice que esta situación debería seguir produciéndose hasta que alcance el nivel de producción y ventas programado para el diseño de planta, lo que, a juicio del recurso no es efectivo, toda vez que la demandada ya alcanzó la plenitud de su capacidad, y, como ya lo dijo antes, sus costos ya no bajarán, y lo único que le permitirá generar utilidad es el aumento de los precios.

Aduce que el Fiscal reconoce que el margen unitario al incorporar los costos fijos es negativo durante todo el período en análisis (cuatro años), pero le resta valor a dicha situación con el argumento falso -a juicio del recurso- de las economías de escala a las que llegará la demandada. Explica que ello es falso, pues, como antes dijo, ésta llegó a su plena capacidad productiva. Después el Fiscal sostiene que si se considera solamente el costo variable, James Hardie obtiene un leve margen, introduciendo un elemento absolutamente nuevo, como lo es el concepto de margen sobre el costo variable, señalando que no hay conducta predatoria cuando los precios lo superan, lo que ni siquiera la jurisprudencia europea postula. En efecto, ésta señala que la actividad predatoria debe presumirse cuando los precios son inferiores al costo variable, y si son superiores a éste e inferior al costo total, tal conducta se considerará predatoria si se establece que el propósito de éste ha sido eliminar a sus competidores, lo que, a juicio del arbitrio, en este caso se encuentra plenamente establecido. Sin perjuicio de lo anterior, la sociedad Quimel postula que para determinar si existe o no actividad predatoria deben considerarse los costos totales.

Tampoco concuerda esta reclamante con el informe del Fiscal en lo que se refiere a la inexistencia de las barreras de entrada a que éste hace referencia, pues existiendo actualmente sólo dos actores en el mercado, ambos de propiedad de transnacionales gigantescas, es muy difícil que un tercero pudiera ingresar a competir;

3°) Que, a continuación y refiriéndose a la sentencia impugnada, asegurar que es ilógico que concluya que la demandada no podía tener suficiente poder de mercado, por ser Pizarreño el actor principal de éste -hecho este último no debatido- ya que ello implica que sólo puede efectuar la conducta que sanciona el artículo 3 letra c) del DL 211 el actor dominante del mercado, quien, a su entender, no tendrá interés en ello pues ya es el principal productor.

Insiste en que, a diferencia de lo que sostiene la sentencia, sí hay barreras de entrada al mercado, consistentes en barreras de capital además del temor que el ingreso de cualquier nuevo agente puede ser abortado por la vía de una nueva guerra de precios.

Por último, expresa que yerra el fallo al sostener como criterio para la existencia de precios predatorios que éstos sean inferiores a los costos unitarios relevantes, desde que el artículo 3 letra c) del DL 211 no habla de ellos, sino únicamente de costos. Lo que esta ley intenta evitar es que alguien venda bajo el costo con la intención sacar a sus competidores del mercado.

4°) Que, tal como lo sostienen los recurrentes, y **contrariamente a lo dictaminado por el Tribunal de la Libre Competencia, con la prueba rendida en autos, a juicio de esta Corte, se acreditó que la demandada, empresa James Hardie Fibrocementos Ltda. incurrió en la conducta descrita en el artículo 3 letra c) del DL 211 de 1973.** En efecto, es un hecho no debatido por las partes que el 30 de abril del año 2004 la Comisión Preventiva Central emitió el dictamen N°1287, por el que sostuvo que la conducta permanente y persistente de James Hardie de vender su producto por debajo del costo durante los últimos tres años (2001, 2002 y 2003) ha tenido consecuencias para el mercado de las planchas de fibrocemento, en especial, sobre las pequeñas y medianas empresas que actúan en dicho mercado. Por ese motivo la Comisión Preventiva Central en esa oportunidad previno a la ahora reclamada señalándole que la persistencia de dicha práctica podría constituir una conducta de precios predatorios prohibida y sancionada en el artículo 3 letra c) del DL 211. En aquella oportunidad la Comisión estimó que James Hardie no era todavía un actor dominante en el mercado de las planchas lisas de fibrocemento, porque sólo poseía alrededor de un 20% de éste, situación que varió ostensiblemente poco tiempo después, desde que, según informó el Fiscal Nacional Económico a fs. 344 y sgtes., el año 2004 su participación en dicho mercado era ya de un 32,5%, y aunque aún Pizarreño seguía siendo el actor dominante, cabe destacar que James Hardie, con su política de vender bajo el precio de costo total las planchas de fibrocemento, que llevó a cabo durante todos los años que operó en nuestro país, del 2001 al 2004, logró un notorio incremento de sus ventas físicas y monetarias, alcanzando un 546% en las primeras, y un 519,5% en las segundas, según da cuenta el informe antes mencionado, aumento casi equivalente al crecimiento de las ventas totales del mercado, mientras Pizarreño-Pudahuel sólo alcanzó un alza de un 24,9% en las ventas físicas, y un 7,7% en las monetarias en el mismo período, y Quimel y Cementa registraron fuertes disminuciones, de un 56,8% y 60,4% respectivamente en el caso de las ventas físicas, y disminuciones de un 64,8% y 53,3%, respectivamente, en el caso de las ventas monetarias.

Así, mientras la participación en el mercado por parte de la empresa James Hardie varió de 0% a 32,5% entre los años 2001 y 2004, la de todos sus competidores disminuyeron, incluido Pizarreño -Pudahuel que lo hizo, desde un 67% que tenía el año 2001, a un 59,9% el 2004.

Por su parte, se consigna también en el informe del Fiscal Nacional Económico que las ventas extranjeras -exportación de tejas de fibrocemento- reportaron a la demandada ganancias durante los mismos cuatro años, que sPor su parte, se consigna también en el informe del Fiscal Nacional Económico que las ventas extranjeras -exportación de tejas de fibrocemento- reportaron a la demandada ganancias durante los mismos cuatro años, que sólo tuvo pérdidas por la venta en el mercado interno de las planchas de fibrocemento; de lo que se concluye, tal como lo hizo en su oportunidad la Comisión Preventiva Central, según se lee del dictamen rolante a fs. 27, que la principal razón por la cual James Hardie fue revirtiendo esas pérdidas entre los años 2001 a 2004, fue el aporte que le entregó el mercado de la exportación, situación que le

permitió mantener la política de precios bajo el costo durante su permanencia en nuestro país;

5°) Que es también un hecho establecido en autos que la conducta de la demandada en orden a vender sus productos a un precio inferior al costo se mantuvo pese a la advertencia que en ese sentido le hiciera la Comisión Preventiva Central, desde que, según ya se señaló, el Fiscal Nacional Económico estableció que durante el año 2004 James Hardie también vendió las planchas de fibrocemento bajo el costo total de producción;

6°) Que el artículo 3 del DL 211 de 1973 señala: "El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.

Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:"

"c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante".

De esta disposición se infiere que no es necesario para estar frente a una práctica predatoria que quien la ejerza tenga una posición dominante en el mercado, desde que uno de sus objetivos es justamente alcanzar ésta precisamente por no tenerla. En el caso sub lite, tal como ya se ha manifestado, James Hardie durante los años en que operó en nuestro país mantuvo una conducta de precios predatorios, es decir, tuvo como estrategia para la venta de las planchas de fibrocemento la aplicación de precios artificialmente bajos, sin mediar eficiencia desde que vendió bajo el costo de producción; **lo que hizo con el objetivo de eliminar a la competencia y así ganar poder en el mercado, logrando la salida de parte de ella(Quimel y Cementa) y la disminución de la participación en el mercado de Pizarreño -Pudahuel, con la intención de obtener rentas sobre normales en el largo plazo, luego de llevar a cabo una conducta de tipo secuencial, destinada a depredar primero a las pre sas más débiles y posteriormente al resto de la industria.** Para ello poseía los mecanismos necesarios para financiar las pérdidas económicas asociadas a la realización de dicha conducta, desde que obtenía utilidades por las exportaciones de tejas de fibrocemento a Estados Unidos de Norteamérica;

7°) Que atento lo razonado en las motivaciones anteriores, habiendo incurrido la demandada en la conducta descrita en el artículo 3 letra c) del DL 211 de 1973, es que resulta procedente acoger las reclamaciones interpuestas.

Por estas consideraciones y visto, lo dispuesto en los artículos 18 N°1, 20 y 27 del D.F.L. N°1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973, 3 letra c) y 26 letra c) del decreto ley antes mencionado se declara:

Que **se acogen** los recursos de reclamación deducidos a fojas 980 y 990 por Cementa S.A. y Producción Química y Electrónica Quimel S.A respectivamente, en contra de la sentencia N°39/2006, de trece de junio de dos mil seis, escrita a fojas 958, y se declara que se hace lugar a las demandas interpuestas a fs. 135 y 272 por Producción Química y Electrónica Quimel S.A y Cementa S.A. respectivamente, sólo en cuanto se condena a la empresa James Hardie Fibrocementos S.A. al pago de un mil (1.000) unidades tributarias anuales, por ejecutar la conducta descrita en la letra c del artículo 3 del DL 211 de 1973, con costas.-

Acordada contra el voto del Ministro Sr. Juica y del Abogado Integrante Sr. Hernán Álvarez, quienes estuvieron por rechazar las reclamaciones de autos en virtud de los siguientes argumentos:

PRIMERO: Que, en opinión de los disidentes, de los antecedentes aportados al proceso aparece de manifiesto, y es además un hecho no debatido por las partes, que James Hardie no fue un actor dominante en el mercado interno de las planchas de fibrocemento, desde que logró el año 2004, último en que operó en nuestro país, tan sólo el 32,5% de la participación en éste, mientras que la empresa Pizarreño Pudahuel a esa época ostentaba un 59,9%. Por lo anterior, no es dable suponer que fuera la demandada quien fijaba los precios. Sólo era lo que en economía se denomina "un seguidor de precios", ya que la única empresa que estaba realmente en condiciones de imponerlos era Pizarreño- Pudahuel;

SEGUNDO: Que, en efecto, consta de los antecedentes agregados a la causa, especialmente del informe de fs. 344 que la actora dominante en el mercado, empresa Pizarreño- Pudahuel, el año 2001, época de ingreso de James Hardie al mercado nacional, bajó los precios de las planchas de fibrocemento por debajo de los de la demandada, conducta que también tuvo Quimel, empresa esta última que mantuvo su actitud hasta el año 2004. Si bien Pizarreño - Pudahuel los subió el año 2002, volvió a fijarlos por debajo de los de la demandada el año 2004, y esta, a su vez en dicho período los subió.

Por ello, siendo James Hardie una empresa que recién iniciaba en el año 2001 su participación en el mercado, partiendo de 0% de participación en éste, y habiendo bajado los precios el actor dominante, no puede pretenderse que el hecho de bajar sus precios fuera parte de una estrategia de precios predatorios, sino que constituye una forma de enfrentar a este competidor poderoso, e ir de a poco, como ocurrió, elevando su posición en el mercado;

TERCERO: Que de otro lado, si bien se estableció que ésta vendió por debajo del costo total de producción, sus precios durante todo el tiempo que operó en nuestro país fueron superiores a sus costos medios variables. No resulta extraño entonces que, siendo una empresa que recién comenzaba en este mercado, sus precios fueran inferiores a los costos medios totales, es decir, costos variables más costos fijos, ya que éstos últimos necesariamente al comienzo son muy altos, atendida la gran inversión inicial que se requiere, situación que va revirtiéndose con el tiempo. Ello explica que, según lo señala el Fiscal Nacional Económico en su informe, la diferencia entre el precio de las planchas de fibrocemento y el costo medio total era cada vez menor, el déficit era cada vez menor.

Por lo expuesto es que, **no puede entonces entenderse que exista una conducta predatoria como la que se le imputa a**

la demandada, considerando para ello la relación existente entre el precio del producto y el costo medio total, toda vez que entonces toda empresa que comienza a operar en el mercado incurriría en ella. Lo anterior es concordante con el hecho de que la demandada al año 2004 sólo había ocupado algo más de la mitad de su capacidad instalada, según lo informó un organismo técnico e imparcial, como lo es la Fiscalía Nacional Económica, por lo que estos disidentes dan valor a su informe, por sobre los documentos acompañados por la parte de Quimel S.A. Así, resulta entonces evidente que los costos fijos serán más altos, lo que irá decreciendo a medida que la empresa va utilizando mayor parte de su capacidad, hasta llegar a la plena.

CUARTO: Que por último, impide la existencia de las prácticas predatorias imputadas a la demandada, en concepto de la minoría, el hecho de que, tal como lo señala la sentencia recurrida, no hay barrera de entrada a este mercado, ya sean de capital, tecnológicas u otras, como lo estableció primero la Comisión Preventiva Central y lo sostuvo luego el Fiscal Nacional Económico en su informe. **La existencia de dichas barreras es indispensable para estar frente a una conducta de precios predatorios, desde que sin ellas de nada serviría lograr terminar con los competidores para luego subir desmesuradamente los precios, como lo plantean los reclamantes, si muchas otras empresas podrían ingresar al mercado por resultarles conveniente tales precios.** Desde luego no puede entenderse como una barrera de entrada la inversión que realizó James Hardie para ingresar al mercado interno, dado que de todos modos, cualquiera sea la empresa que ingresa, necesariamente requiere efectuarla.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Gálvez.

Rol N° 3449-2006.-

Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Ricardo Gálvez, Sr. Milton Juica, Sr. Adalis Oyarzún y los Abogados Integrantes señores Oscar Herrera y Hernán Álvarez G. No firma no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo el abogado integrante señor Álvarez, por estar ausente. Santiago, 29 de noviembre de 2006.

Autorizado por el Secretario de esta Corte Sr. Carlos A. Meneses Pizarro.