

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA N° 148/2015.

Santiago, veintitrés de diciembre de dos mil quince.

VISTOS:

1. A fojas 2, con fecha 7 de julio de 2014, la Fiscalía Nacional Económica (en adelante indistintamente la "Fiscalía", la "FNE" o la "Requirente") dedujo un requerimiento en contra de Asfaltos Chilenos S.A. (en adelante indistintamente "ACH" o "Asfaltos Chilenos"), Dynal Industrial S.A. (en adelante indistintamente "Dynal"), Empresa Nacional de Energía Enex S.A. (en adelante indistintamente "ENEX") y Química Latinoamericana S.A. (en adelante indistintamente "QLA"), en lo sucesivo colectivamente consideradas como las "Requeridas". En su requerimiento, la FNE sostiene que ACH, Dynal, ENEX y QLA habrían infringido el artículo 3° del Decreto Ley N° 211 ("D.L. N° 211") mediante la celebración y ejecución de acuerdos de reparto de mercado entre empresas proveedoras de productos asfálticos a nivel minorista, consistentes en la asignación de contratos específicos de provisión de productos asfálticos para la construcción, reposición y/o reparación de obras, rutas y faenas viales u obras privadas adjudicadas a empresas constructoras; afectando o tendiendo a afectar el mercado de los cementos o ligamentos asfálticos a nivel minorista.

1.1. La Requirente señala que el 12 de noviembre de 2012 ENEX solicitó a la FNE acogerse a los beneficios del programa de delación compensada contemplados en el artículo 39 bis del D.L. N° 211, la cual fue acogida a tramitación. En dicho proceso ENEX reconoció haber participado en conductas anticompetitivas ilícitas referidas a la venta minorista de productos asfálticos entre los años 2011 y 2012, en las que también habrían participado ACH, QLA y Dynal. La Fiscalía instruyó la apertura de la investigación Rol Interno FNE N° 2226-2013 (en adelante indistintamente la "Investigación").

1.2. La Fiscalía expone que los acuerdos objeto del requerimiento habrían ocurrido con ocasión de procesos de cotización de productos asfálticos que los distintos clientes –principalmente empresas constructoras– realizaban para el desarrollo de sus proyectos.

1.3. En este contexto, los ejecutivos de las Requeridas se habrían coordinado vía telefónica y en reuniones presenciales en hoteles y cafés de Santiago, para el objeto de asignarse la provisión de asfalto para distintas obras, rutas y faenas.



REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.4. Señala la Fiscalía que si bien algunos ejecutivos de las Requeridas, al declarar en el marco de la Investigación, adujeron motivos distintos a la colusión para justificar esos contactos, fue precisamente con ocasión de ellos que las Requeridas habrían concertado los acuerdos que se les imputan; sosteniendo múltiples conversaciones telefónicas en los días previos o incluso en el mismo día de presentación de cotizaciones a los clientes.

1.5. Los clientes y obras que habrían sido asignados concertadamente por parte de las Requeridas son los siguientes: (i) Dragados CVV S.A. y Dragados S.A. (en adelante ambas "Grupo Dragados") para las obras "Concesión Ruta 5 Pargua Puerto Montt" en adelante indistintamente "Puerto Montt-Pargua" y "Licitación de Reposición Ruta Q-90-0 Cruce Longitudinal La Laja, Sector Cruce Longitudinal-Puente Perales" (en adelante indistintamente "Laja"); (ii) Besalco Construcciones S.A. (en adelante indistintamente "Besalco") para construcción de las obras construcción *bypass* Ruta A-65, cuesta Duplijisa, sector Ruta 5 Norte, Tramo DM. 0.000,00- DM.16.998,039, comuna de Pozo Almonte, Provincia del Tamarugal, Región de Tarapacá (en adelante indistintamente "Duplijisa"); reposición Ruta 5, sector Portofino-Chañaral, Provincia de Chañaral, Región de Atacama (en adelante indistintamente "Chañaral"); y, reposición Carpeta Asfáltica Ruta 50 Acceso Radomiro Tomic (en adelante indistintamente "Radomiro Tomic"); y, (iii) Constructora Figueroa Vial Limitada (en adelante indistintamente "Figueroa Vial" o "FV"), Constructora Tafca Limitada (en adelante indistintamente "Tafca") y Constructora Recondo S.A. (en adelante indistintamente "Recondo") para las obras ampliación de la Ruta 28, cruce con Ruta 5, sector La Negra (en adelante indistintamente "La Negra"), el mejoramiento de la Ruta F-50, sector Lo Orozco-Quilpué (en adelante indistintamente "Lo Orozco") y el mejoramiento de la Ruta 7, Pichicolo-Hornopirén Km. 80,00 - Km. 94,664, Provincia de Palena (en adelante indistintamente "Pichicolo-Hornopirén" o "Hornopirén"), respectivamente.

1.6. En lo que respecta a la asignación del cliente Dragados para las obras Puerto Montt-Pargua y Laja, la FNE señala que el año 2010, Concesiones Viarias S.A. se adjudicó una concesión del Ministerio de Obras Públicas (en adelante indistintamente "MOP") para la construcción, ejecución, conservación y explotación de la Puerto Montt-Pargua, para la cual precisaba el suministro de Cemento Asfáltico CA-24, entre otros productos. La construcción de la ruta fue encargada a Dragados CVV S.A. (conformada a partir de un consorcio formado por la empresa Dragados S.A. y de la empresa constructora Claro Vicuña Valenzuela)



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

S.A.). En abril del año 2011, Dragados S.A. se adjudicó la licitación Laja, para la cual demandó la adquisición de asfalto CA-24, entre otros productos.

1.7. Durante el segundo semestre de 2011 el señor Patricio Seguel Bunster, gerente general de la requerida QLA habría ofrecido telefónicamente al señor Cristián Rivas, en esa época subgerente de ventas del área construcción de ENEX, sus oficios a fin de intermediar para que la requerida ACH no persistiera en su interés de proveer asfaltos para las obras de Dragados CVV S.A. y Dragados S.A. Como consecuencia de lo anterior, ENEX se asignaría dichos contratos sin perjuicio de la participación de ACH y QLA en el proceso.

1.8. Como contrapartida a tales ofrecimientos, el señor Seguel habría solicitado al señor Rivas que ENEX no insistiera en concretar una oferta para la provisión de material asfáltico que había formulado a la empresa Sacyr Chile S.A. (en adelante indistintamente "Sacyr"), empresa encargada de la construcción, ejecución, conservación y explotación del tramo Caldera-Vallenar de la Ruta 5. Dicha faena, que desde fines del año 2010 estaba siendo abastecida por ACH, mantenía un remanente pendiente de ejecución.

1.9. Luego de dicha intermediación de parte del gerente general de QLA, el señor Rivas se habría comunicado telefónicamente con el gerente comercial de pavimentos de ACH, el señor Sergio Moroso Labadia, con quien habría acordado que las obras de Dragados CVV S.A. y Dragados S.A. antes señaladas serían adjudicadas a ENEX. Por su parte, el señor Rivas se habría comprometido a que ENEX no insistiría en las gestiones para aprovisionar a Sacyr, y de esta forma respetaría al cliente de ACH.

1.10. Conforme a lo acordado, el día 24 de octubre de 2011, ENEX habría enviado a Dragados CVV S.A. su última cotización para la provisión de la obra de Puerto Montt-Pargua. Ese mismo día, los mencionados ejecutivos de ACH y ENEX habrían sostenido una conversación telefónica en la cual se habría materializado el acuerdo, de modo tal que esa última empresa ofreció un precio final menor que su competidor para los productos asfálticos requeridos. Por su parte, ACH habría continuado siendo el único proveedor de Sacyr.

1.11. Expone la FNE que, tal y como fuera previsto, las últimas ofertas de ACH y QLA habrían sido superiores a la de ENEX, de modo que con fecha 7 de noviembre de 2011 Dragados CVV S.A. le informó a ENEX que se había adjudicado el respectivo contrato.



REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 1.12.** Asimismo, a principios de noviembre de 2011 ENEX habría enviado una última cotización a Dragados S.A. para adjudicarse el contrato de provisión de asfalto para la ruta Laja, que finalmente se adjudicó a fines de ese mes.
- 1.13.** En lo que respecta a la asignación del cliente Besalco para construcción obras Duplijsa, Chañaral y Radomiro Tomic, la Fiscalía indica que las Requeridas QLA, Dynal y ENEX se habrían concertado durante el año 2012 para asignarse respectivamente esas tres obras. Ellas habrían contado con la venia de ACH, que habría concurrido al acuerdo pese a no participar en las cotizaciones, bajo el compromiso de no enfrentar competencia en una obra posterior a definir.
- 1.14.** La Fiscalía sostiene que entre los años 2011 y 2012, Besalco se adjudicó las siguientes obras en el norte del país: Duplijsa, Chañaral y Radomiro Tomic.
- 1.15.** De acuerdo con lo informado por Besalco en la Investigación, la adquisición de ligamentos y especialidades asfálticas para las tres obras se negoció simultáneamente a partir del mes de agosto de 2012, con el propósito de obtener un mejor precio en conjunto.
- 1.16.** Afirmo la Fiscalía que, con el objetivo de discutir sobre la asignación de estas faenas, las cuatro Requeridas se habrían reunido a principios del mes de septiembre del año 2012 en el Hotel Radisson de la comuna de Lo Barnechea. A dicha reunión habrían concurrido el subgerente de ventas del área de construcción de ENEX, los gerentes generales de QLA y Dynal y el gerente comercial de ACH. En la referida reunión, las Requeridas habrían acordado el reparto de las obras de Besalco, tomando la determinación de que Chañaral sería asignada a QLA, Radomiro Tomic a Dynal, y Duplijsa a ENEX, compartiendo en esa instancia los precios referenciales que ofertarían al cliente. De este modo, las cuatro Requeridas habrían coordinado sus cotizaciones en las distintas obras, a fin de asegurar su asignación en la forma concertada.
- 1.17.** La FNE aduce que, en cumplimiento de lo acordado, y cuidando de guardar apariencias de normalidad en el procedimiento de cotización, ENEX, Dynal y QLA habrían presentado sistemáticamente ofertas en condiciones tales que impulsaron al cliente Besalco a adquirir los productos asfálticos de cada una en las obras tal y como había sido acordado previamente en la desarrollada en el Hotel Radisson.



REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.18. En esa misma reunión el gerente general de QLA habría exhibido una copia impresa de una planilla titulada "Estudio de Mercado 1998/99", que contenía la individualización de diversos contratos y concesiones celebrados o ejecutados durante los años 1998 y 1999. En dicha planilla, cada una de las Requeridas figuraba individualizada con un número del 1 al 4, de tal forma de indicar a cuál de las Requeridas se le asignaba cada obra y cliente, correspondiendo el número 1 a Asfaltos Chilenos, el número 2 a ENEX, el número 3 a QLA, y el número 4 a Dynal. El gerente general de Dynal habría manifestado que la referida planilla daba cuenta de la forma en que las empresas habían operado antiguamente en el mercado a fin de evitar guerras de precios y hacer estable el negocio. A continuación, los ejecutivos de QLA y ACH se habrían comprometido a actualizar la planilla a la época.

1.19. En lo que respecta a la asignación de los clientes Figueroa Vial, Tafca y Recondo para las obras rutas La Negra, Orozco y Hornopirén, la FNE señala que el día 27 de septiembre del año 2012 las Requeridas habrían participado en una reunión en el Hotel Regal Pacific, ubicado en la comuna de Las Condes. A dicha reunión habrían asistido nuevamente el gerente comercial de pavimentos de ACH, los gerentes generales de QLA y Dynal y el subgerente de ventas del área construcción de ENEX. En esa reunión los ejecutivos de QLA y ACH habrían entregado a ENEX un *pendrive* que contenía una versión actualizada de una planilla con la individualización de diversas licitaciones, contratos y clientes, con espacios en blanco para asignar a las distintas empresas proveedoras de asfalto, de acuerdo con el número asignado a cada una (ACH 1, ENEX 2, QLA 3 y Dynal 4). El archivo digital habría sido copiado por ENEX para su uso interno, devolviendo luego el *pendrive* al gerente general de QLA.

1.20. A partir de esa planilla, junto con discutir una serie de aspectos relacionados a variables competitivas como precios de fletes y condiciones de crédito, los competidores habrían acordado asignar a ENEX la provisión de productos asfálticos para la faena La Negra, adjudicada a Figueroa Vial, debiendo el resto de las Requeridas presentar cotizaciones con precios superiores. Por su parte, ACH habría solicitado mantener para sí la provisión del cliente Tafca, en particular para el suministro de la obra Lo Orozco-Quilpué. Finalmente, el gerente general de Dynal solicitó mantener la provisión de asfalto a Recondo para la obra Hornopirén, cliente tradicional de Clase S.A. (en adelante indistintamente "Clasa"), una empresa relacionada a Dynal, que es proveedor de productos asfálticos a obras desde la VIII Región hacia el sur y que para esos efectos es abastecida por Dynal.



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 1.21. Señala la Fiscalía que, según da cuenta la "Solicitud Formal de Beneficios" de ENEX, los ejecutivos de las cuatro Requeridas se habrían reunido posteriormente en la Pastelería Mozart, en la comuna de Vitacura, oportunidad en la cual ENEX habría declarado abiertamente su intención de no continuar el reparto de faenas en el mercado.
- 1.22. No obstante lo anterior, el día 17 de octubre de 2012, el subgerente de ventas del área construcción de ENEX habría concurrido a una nueva reunión en el restaurant Ruby Tuesday ubicado en la comuna de Lo Barnechea, convocada por el gerente general de QLA; quien junto con insistir sobre la conveniencia de volver a la repartición de faenas, entregó a ENEX un *pendrive* que contenía una planilla de larga data (en palabras de ENEX en su Solicitud Formal "*un archivo Excel con un listado de contratos, concesiones, clientes y plantas de asfalto para repartirse entre los competidores, las que ya venían asignadas y repartidas entre ellos*").
- 1.23. La Fiscalía indica que ENEX le reveló estos hechos el día 12 de noviembre de 2012. Luego afirma que las conductas ejecutadas por las Requeridas restringirían y entorpecerían la libre competencia en el mercado minorista de los ligantes asfálticos y sus derivados, o habrían tendido a producir tales efectos.
- 1.24. En lo que respecta la industria del asfalto, la Fiscalía señala que el asfalto o ligamento asfáltico es un producto derivado del petróleo crudo, utilizado principalmente en la construcción de calles, carreteras y caminos, entre otros.
- 1.25. El asfalto es comercializado principalmente de dos formas, como cementos asfálticos y como especialidades asfálticas. Esta última categoría corresponde a subproductos elaborados a partir de cemento asfáltico más ciertos aditivos. Las especialidades son utilizadas para la colocación de mezclas asfálticas en los caminos. El cemento asfáltico CA-24 constituye la principal materia prima para la elaboración de las especialidades, dado que no contiene aditivos agregados, y es el principal producto que se importa. También se comercializan –en menor medida– otros tipos de cemento asfáltico, como por ejemplo el CA-14. Cada producto cumple un rol específico en la construcción de carreteras y caminos, presentando un carácter complementario en su uso.
- 1.26. En la industria nacional de productos asfálticos es posible distinguir el segmento mayorista y uno minorista. En el mayorista se encuentran la Empresa Nacional de Petróleo (en adelante indistintamente "ENAP"), que es el principal productor nacional y cuya producción representó alrededor del 16% del



REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

asfáltico producido en o internado a Chile durante el año 2012; y las empresas ENEX, ACH y Productos Bituminosos S.A. ("Probisa"), cuyos modelos comerciales se basan en la importación. Esas empresas comprenden conjuntamente el 84% restante del cemento asfáltico producido o internado en el mercado nacional durante el año 2012. En la comercialización y distribución minorista también participan ACH, ENEX y Probisa, pero a ellas se agregan QLA y Dynal. Estas últimas adquieren alternativamente el producto asfáltico de mayoristas importadores o de ENAP. Por último, Probisa destina su producción fundamentalmente a su relacionada Bitumix S.A. (en adelante "Bitumix") y, salvo contadas excepciones, no abastece al resto del mercado minorista.

1.27. La Requirente señala que durante los años 2009 y 2012 los volúmenes comercializados a nivel nacional fluctuaron entre 172 mil y 236 mil toneladas de productos asfálticos. En términos nominales, esos volúmenes involucraron montos que variaron entre \$63 mil y \$104 mil millones en el mercado minorista. La demanda final por el producto asfáltico corresponde principalmente a constructoras que se adjudican proyectos viales, representando aproximadamente un 59% de las ventas en términos de volumen. Los segundos demandantes más importantes, con aproximadamente un 33% de participación de las ventas en el año 2012, son plantas elaboradoras de mezclas asfálticas que comercializan esos productos a privados.

1.28. La Fiscalía define el mercado relevante de autos como el de "*la comercialización minorista de productos asfálticos y sus derivados en el mercado nacional a empresas constructoras para la construcción y/o reparación de obras viales en el territorio nacional*". A juicio de la Fiscalía, éste corresponde a un mercado altamente concentrado, cuyo un índice de Herfindahl-Hirschman (HHI) es predominantemente superior a los 2.800 puntos en el período 2009 a 2013.

1.29. En lo que respecta a las condiciones de entrada, señala la Fiscalía que el acceso al insumo asfáltico tendría un carácter esencial para la comercialización minorista y constituiría la principal barrera a la entrada a este mercado.

1.30. El único productor nacional de asfalto ENAP estaría reduciendo anualmente su producción y tendría comprometida la mayor parte de su volumen con Depósitos Asfálticos S.A. ("DASA"). Por tanto, el productor nacional contendría con los volúmenes mínimos para abastecer a un potencial entrante, atendidas las cantidades necesarias para la construcción de obras



REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.31. Por otra parte, con el objeto de reducir el costo fijo asociado al flete marítimo, la alternativa de importación directa de asfalto habría de efectuarse a una gran escala (desde 6.000 hasta 35.000 toneladas aproximadamente); lo que a su vez exigiría contar con grandes volúmenes de demanda estables en el tiempo que hagan económicamente viable recuperar la inversión asociada a la infraestructura de almacenamiento necesaria para semejantes volúmenes. Por lo anterior, el ingreso a este mercado no podría materializarse rápidamente y las inversiones asociadas no se recuperarían en un corto plazo.

1.32. Por último, la alternativa de adquirir o comprar el producto asfáltico a los importadores mayoristas de la industria tampoco sería un medio viable de acceso al insumo. En el caso de Probisa, al momento de ejecución de la conducta, no se habría encontrado en condiciones de abastecer o garantizar a terceros los volúmenes que requiere el negocio minorista, por cuanto la mayor parte de su importación la destinaba a su relacionada Bitumix. En cuanto a los importadores mayoristas restantes –ACH y ENEX–, si bien son potenciales oferentes, éstos operan también en el mercado minorista. Así, los incentivos a comercializar el insumo a un entrante a un costo competitivo serían limitados.

1.33. En consecuencia, –afirma la Fiscalía– las condiciones a la entrada descritas y la concentración de la industria permitirían sostener que el acuerdo alcanzado por las Requeridas les confirió poder de mercado y, con ello aptitud para producir efectos en los precios que enfrentaron los clientes finales.

1.34. Indica la Fiscalía que en el mercado concurrirían varios factores estructurales que la doctrina reconoce como facilitadores del comportamiento colusorio, situación que habría sido aprovechada por las Requeridas. En primer término, el mercado analizado contaría con un reducido número de actores de frecuente interacción. En segundo lugar, existirían propiedades comunes entre oferentes, pues los controladores de las requeridas QLA y Dynal mantendrían una participación conjunta del 48% en la propiedad de ACH. En tercer lugar, las Requeridas celebrarían acuerdos de importación conjunta o tendrían participación conjunta en terminales o depósitos de almacenamiento. Precisa la FNE que DASA constituye un importante depósito asfáltico destinado principalmente a la producción de la refinería de ENAP, cuya propiedad es compartida por las Requeridas ACH, ENEX, QLA y Dynal con un 20% de participación cada una, correspondiendo el 20% restante a la empresa mayorista Probisa. Por otra parte, desde el año 2001, ACH y ENEX tendrían un modelo de importación conjunta a través de barcos graneleros. Finalmente, esas empresas



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

serían dueñas en partes iguales del terminal de almacenamiento denominado Asfaltos Cono Sur S.A. (en lo sucesivo indistintamente "Cono Sur") ubicado en Ventanas, V Región, principal punto de recepción de ligante asfáltico del país.

1.35. La Fiscalía afirma que los hechos descritos configuran una conducta contraria a la libre competencia, prevista y sancionada por el artículo 3° del D.L. N° 211 e indica que concurren los elementos que ha establecido el Tribunal en su jurisprudencia: (i) existencia de un acuerdo o confluencia de voluntades entre las Requeridas; (ii) el acuerdo es anticompetitivo; y, (iii) el acuerdo les confirió poder de mercado.

1.36. Para determinar la magnitud de eventuales sanciones, la Fiscalía solicita que se tenga presente que las colusiones constituirían la más grave violación desde el punto de vista de la libre competencia, lo que habría sido reconocido por la jurisprudencia de este Tribunal y de la Excm. Corte Suprema. Además, solicita que se tenga presente que las Requeridas habrían obtenido beneficios económicos al asignarse obras y contratos sin enfrentar competencia, y al vender productos asfálticos a un precio mayor que en un escenario competitivo. Finalmente, solicita que se tenga en cuenta el efecto disuasorio que las multas han de generar.

1.37. En mérito de lo descrito, la Fiscalía solicita a este Tribunal:

- (i) Ordenar a las Requeridas el cese inmediato del tipo de prácticas imputadas, prohibiéndoles ejecutarlas en el futuro, ya sea directa o indirectamente, por sí o por medio de asociaciones gremiales o sociedades en las que participen, bajo apercibimiento de ser consideradas como reincidentes.
- (ii) Imponer a Asfaltos Chilenos S.A. y a Química Latinoamericana S.A. multas de 5.000 Unidades Tributarias Anuales (en adelante indistintamente "UTA"), o aquellos montos que este Tribunal estime ajustado a derecho;
- (iii) Se imponga a Dynal Industrial S.A. una multa de 1.500 UTA, o aquel monto que este Tribunal estime ajustado a derecho (multa menor atendido que se le imputa intervención en un menor número de acuerdos y su inferior participación de mercado);
- (iv) Se condene a Asfaltos Chilenos S.A., Química Latinoamericana S.A. y Dynal Industrial S.A. al pago de las costas de la causa.



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 1.38.** Respecto de ENEX, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 bis del D.L. N° 211, hace presente que dicha empresa cumplió los requisitos para acceder al beneficio de exención de multa, por lo que la individualiza como acreedora de dicha exención y no solicita la aplicación de una multa.
- 2.** A fojas 46, con fecha 8 de agosto de 2014, Dynal contestó el requerimiento de la FNE, solicitando su rechazo, con expresa condenación en costas, por las consideraciones siguientes:
- 2.1.** Indica que se constituyó como sociedad anónima en diciembre de 1963, bajo el nombre de Refinería Nacional de Lubricantes Dynamic Oil S.A. A la fecha del requerimiento tiene tres áreas de producción y servicios: área industrial, área de construcción y área de pavimentación. Por medio de esta última provee productos para la construcción de las obras viales, entre ellos los cementos asfálticos CA-24 y CA-14 para construcción de pavimentos asfálticos, cemento asfáltico elastomérico, asfaltos cortados y emulsiones asfálticas.
- 2.2.** Para definir el mercado relevante, Dynal toma como base la definición realizada por la FNE, para luego explicar que no entran en ese mercado relevante las ventas directas a empresas mineras, ventas a *retail* y otros.
- 2.3.** En lo que respecta al mercado mayorista definido por la Fiscalía, señala que no participa en el mismo, y que éste está integrado por ENAP y los importadores de asfaltos que en la práctica son dos: Probisa y ACH-ENEX, que importan en forma conjunta.
- 2.4.** A continuación Dynal describe cómo operan ENAP y cada uno de los dos importadores existentes. En primer lugar, hace referencia al terminal Cono Sur, señalando que es propiedad por partes iguales de ACH y ENEX y que recibe el asfalto que importan conjuntamente esas empresas. Cono Sur tiene estanques en el puerto de Ventanas, con capacidad de almacenamiento de 50.000 toneladas, y recibe barcos que transportan hasta 35.000 toneladas por viaje.
- 2.5.** Dynal sostiene que la verdadera barrera a la entrada para los fabricantes de cemento asfáltico, emulsiones asfálticas y otros derivados sería la falta de acceso a un terminal en puerto como el de Cono Sur. Señala que podría analizarse la característica de facilidad esencial de ese terminal, cuya capacidad de almacenamiento sería suficiente para abastecer varias veces la demanda anual existente en Chile. Por lo anterior, estima absurdo pretender que Dynal



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

tendría capacidad de influir en el mercado y menos todavía de repartirse el mercado con los dueños del terminal.

2.6. A continuación señala que Probisa se habría constituido en los últimos años en la mayor empresa importadora de materia prima de asfalto en Chile, dado que su necesidad de abastecimiento no era satisfecha por ACH y ENEX. Probisa, que no participa en el mercado minorista, desarrolló una modalidad de importación de asfalto en barcos de menor capacidad (del orden de 7.000 toneladas en lugar de las 35.000 toneladas que emplean ENEX y Asfaltos Chilenos), con un sistema de descarga directa en caliente de barco a camiones. Ese sistema, además de su mayor costo, resulta más complejo que el desembarque rápido por un ducto a un estanque en el mismo puerto, pero asegura el abastecimiento casi exclusivo que Probisa efectúa a su empresa relacionada, la constructora Bitumix. Esta solución implicaría inversiones que se sólo justificarían por los volúmenes de venta aseguradas a través de Bitumix.

2.7. No obstante lo anterior, Dynal habría conseguido abastecimiento con Probisa a mejores precios que los que ofrecían los socios de Cono Sur. En lo que respecta a ENAP, Dynal compraría todo lo que puede a ENAP utilizando el almacenamiento y despacho a través de DASA, en la V Región. DASA sólo proporcionaría servicios de recepción, almacenamiento y despacho de asfalto, pero no compraría ni vendería ese producto. Cualquiera de las empresas socias de DASA (ENEX, ACH, QLA, Probisa y Dynal) podría realizar compras a ENAP, de acuerdo con las políticas y condiciones que ésta fija. Dynal afirma que, a la fecha del requerimiento, el abastecimiento que obtiene de ENAP alcanzó a poco más del 10% de sus necesidades de Dynal, cifra no le permite competir en igualdad de condiciones en el mercado relevante.

2.8. Según indica Dynal, el giro de DASA tendría limitaciones estatutarias en virtud del cual sólo pueden adquirir el *pitch* asfáltico procesado por la Refinería de Petróleo Concón S.A. Explica que tanto Dynal como QLA habrían intentado ampliar la capacidad de la planta de DASA para recibir también productos importados y tener otra fuente de suministro, pero ACH y ENEX se habrían opuesto, aun a riesgo de paralizar dicha planta, dañando a DASA, a ellos mismos y a los otros accionistas. A juicio de Dynal dicho comportamiento se explicaría porque para ACH y ENEX sería mejor perder esa inversión e impedir que otras empresas cuenten con capacidad de importación y almacenamiento de asfalto. Se mantendría de esa forma la gran barrera a la entrada a través del terminal



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cono Sur, lo que podría considerarse un "hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia [...]".

2.9. Señala Dynal que ACH-ENEX tendrían poder de mercado y son los importadores de materia prima. Dynal no tendría poder de mercado ni materia prima en condiciones competitivas, por lo tanto mal podría acordar con ellos alguna repartición de mercado. Dynal compra materia prima a Provisa, empresa que no fue requerida en autos y con la cual, señala, ha logrado acuerdos comerciales razonables para ambas partes. Por otra parte, ACH y ENEX no tendrían "[...] los incentivos a comercializar el insumo a un entrante o hacerlo a costo competitivo [...]" (lo que es indicado por la propia FNE en el requerimiento). Siendo así, sería absurdo pretender que ACH y ENEX quisieran coludirse con Dynal, como también absurdo que Dynal buscara lo mismo.

2.10. A su juicio, la FNE no fue capaz de comprender los hechos y equivocó la interpretación de algunas reuniones, al menos en lo que se refiere a Dynal.

2.11. Dynal explica que el abastecimiento de materia prima ha sido la permanente y gran limitación para su área de pavimentación. La planta de Dynal en Santiago tiene estanques cuya capacidad total de almacenamiento, ya sea materia prima o producto terminado, es de 2.500 toneladas. Esta capacidad propia de almacenamiento es ínfima en relación a las 50.000 toneladas del terminal Cono Sur, como también frente a la cantidad económicamente óptima de importación en un solo barco: 35.000 toneladas. Con estanques con capacidad total de 2.500 toneladas en su planta y sin capacidad de almacenamiento propia o contratada en puerto, Dynal no podría realizar importaciones ni acceder a grandes contratos.

2.12. Dynal estaría obligada a seguir una política prudente a la hora de celebrar contratos por grandes volúmenes. Cada vez que se obliga a entregar cierto tonelaje corre el riesgo de no tener abastecimiento o de que los costos de ese abastecimiento varíen por el precio a que le venden los importadores y por los mecanismos de reajustabilidad.

2.13. La FNE situaría a Dynal al mismo nivel que ENEX y ACH, pero no tendría racionalidad pensar que esas empresas, con una venta de al menos 80.000 toneladas, capacidad de almacenamiento de 50.000 toneladas, plena seguridad de abastecimiento y costos inferiores, tengan motivos para buscar un acuerdo con Dynal para repartirse el mercado sin competir. A su juicio, a la FNE le



REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

análisis crítico al aceptar que Dynal pudiera ser efectivamente parte de un acuerdo colusivo.

2.14. En este sentido, Dynal precisa que sus relaciones con ACH-ENEX habrían estado marcadas por su búsqueda de abastecimiento, que no habría tenido éxito a pesar de sus esfuerzos, y que en nada se parecerían a acuerdos colusivos.

2.15. Por otra parte, aguas abajo Dynal cotiza a clientes minoristas que serían empresas muchas veces más grandes que el mismo Dynal. Dynal vendería cementos asfálticos y otros derivados a constructoras por un valor del orden de US\$ 18 millones al año, mientras que las compras de los minoristas (Belfi, Dragados, Sacyr, Salfacorp, Besalco, Claro Vicuña Valenzuela y otras) se medirían al menos en cientos de millones de dólares. Si Dynal intentara extraerle la renta a una de esas empresas, difícilmente tendría éxito porque todas ellas tienen la posibilidad de recurrir a otros proveedores.

2.16. A juicio de Dynal existirían otras conductas que distorsionarían la competencia: ENEX tendría en el mercado del asfalto un complemento de su negocio principal de lubricantes y combustibles en el campo de las empresas constructoras de obras públicas. Siendo esa complementariedad atractiva para la empresa constructora, el riesgo de atrasos en los pagos para ENEX disminuiría, pues esta última tendría la herramienta eficaz de cortar el suministro de combustible con lo que la obra se paralizaría. Por tanto, frente a proveedores distintos, la constructora privilegiaría los pagos de ENEX antes que los de terceros. En segundo lugar, clientes le habrían indicado que ENEX ofrecería descuentos o rebates anuales por volumen del orden del 3% al 4% del total de la venta y que ofrecería también camiones de servicios de lubricación completamente equipados, sin costo de arriendo o venta. Cuando esto ocurre Dynal queda simplemente fuera de competencia. Por esas razones no tendría sentido que ENEX sostenga haber celebrado acuerdos con Dynal para repartirse clientes si ENEX tiene tantas ventajas y las utiliza.

2.17. Dynal indica que la FNE le solicitó todas las cotizaciones realizadas a 15 empresas entre los años 2009 a 2013, y especialmente las referidas a 22 obras de infraestructura. De las 15 constructoras, Dynal tuvo ventas en sólo 7 de ellas. En lo que respecta a las ventas totales anuales en toneladas entre los años 2009 y 2013 el promedio de venta a esas empresas fue de 1.955 toneladas anuales.

2.18. Señala que no tendría sentido sostener que Dynal se repartió el mercado para lograr aproximadamente 1.900 toneladas anuales distribuidas entre



ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL