

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Santiago, nueve de febrero de dos mil veintidós.

VISTOS:

1. El acuerdo extrajudicial sometido a la aprobación de este Tribunal, que rola a fojas 1 de estos autos (“Acuerdo Extrajudicial”);
2. El expediente de investigación de la Fiscalía Nacional Económica (“Fiscalía” o “FNE”), Rol N° F86-2017 FNE, acompañado en el segundo y el cuarto otrosí de la presentación de fojas 3;
3. Lo dispuesto en el artículo 39 letra ñ) del Decreto Ley N° 211 (“D.L. N° 211”); y
4. Lo expuesto en la audiencia de 2 de febrero de 2022 por los apoderados de la FNE y de Inversiones Lota Green SpA (“Lota Green”).

Y CONSIDERANDO:

Primero: Que el acuerdo extrajudicial que la FNE y Lota Green sometieron a la aprobación de este Tribunal (“Acuerdo Extrajudicial”) tiene como antecedente la investigación de la Fiscalía Rol N° F 86-2017 FNE, caratulada “*Fiscalización cumplimiento Acuerdo Extrajudicial suscrito por la Fiscalía Nacional Económica con Inversiones Caburga Limitada y Holchile S.A.*” (“Investigación”);

Segundo: Que la Investigación tuvo por objeto fiscalizar el cumplimiento del acuerdo extrajudicial suscrito el 30 de mayo de 2017 entre la Fiscalía, Holchile S.A. (“Holchile”) e Inversiones Caburga Limitada, hoy Lota Green (“AE-14”), a raíz de la operación de concentración consistente en la adquisición por parte de Lota Green, de todas las acciones que Holchile poseía en Cementos Polpaico S.A. (“Operación”);

Tercero: Que este Tribunal aprobó dicho acuerdo mediante resolución de 29 de junio de 2017;

Cuarto: Que, según da cuenta la presentación de fojas 3, dentro de los compromisos contenidos en el AE-14 se comprendía la desinversión de un paquete de activos consistente en siete plantas de hormigón premezclado, así como el conjunto de bienes tangibles e intangibles necesarios para mantener su normal funcionamiento (“Desinversión”). Adicionalmente, se incluyeron compromisos conductuales transitorios, accesorios y complementarios a la Desinversión, con el objeto de asegurar la viabilidad del negocio desinvertido y de preservar las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

condiciones competitivas existentes previas a la Operación;

Quinto: Que, durante la Investigación, la Fiscalía constató que Lota Green dio cumplimiento a la Desinversión, pero no cumplió, en los términos establecidos en el AE-14, con algunos de los compromisos conductuales que se mantenían vigentes con posterioridad a la materialización de dicha Desinversión;

Sexto: Que, en particular, según se indica en el Acuerdo Extrajudicial, la Investigación dio cuenta de los siguientes hallazgos: (a) Lota Green no cumplió con las condiciones establecidas en los párrafos 51 y 52 del AE-14 para la determinación del precio de venta al que debía suministrarse el cemento y los áridos a la filial desinvertida; (b) Lota Green incumplió la obligación de enviar tres reportes de cumplimiento a la FNE, según establecía el párrafo 86 del AE-14; (c) Lota Green no cumplió íntegramente con la obligación de auditar los reportes de cumplimiento, tal como establecía el párrafo 87 del AE-14; y (d) Lota Green no notificó los hallazgos anteriores, en el plazo de dos días hábiles establecido en el párrafo 75 de dicho acuerdo;

Séptimo: Que Lota Green reconoce haber incurrido en los hallazgos identificados en la Investigación, pero declara lo siguiente: (a) respecto del precio de venta del cemento y los áridos a la filial desinvertida, el precio fue menor al que habría resultado de la aplicación de los mecanismos de determinación del precio previstos en el AE-14, lo que habría sido beneficioso para la posición competitiva de la filial desinvertida; (b) en cuanto al incumplimiento de la obligación de enviar tres reportes de cumplimiento, la entrega no oportuna de dichos informes obedeció al estado de emergencia decretado a partir de fines de 2019 y respecto de los dos del año 2020, a las restricciones impuestas por la pandemia del COVID-19. Ambos reportes fueron entregados el 2 de abril de 2021; y (c) en relación con el no cumplimiento íntegro de la obligación de auditar los reportes de cumplimiento, respecto de los áridos no fue posible desarrollar dicha auditoría por ausencia de ventas de áridos a terceros en la composición o *mix* requeridos por una empresa de producción de hormigón, existiendo solo ventas esporádicas;

Octavo: Que la FNE indicó que, si bien los compromisos incumplidos por Lota Green eran accesorios a la medida principal de Desinversión, los mismos son relevantes porque tenían por objeto garantizar condiciones para la efectividad de dicha medida, así como su adecuada fiscalización. De acuerdo con ello, las obligaciones de auditoría y de reporte a la FNE son importantes en sí mismas y tenían por objeto justamente asegurar que las condiciones de legitimidad

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

acordadas respecto de la operación de concentración objeto del AE-14 se cumplieran.

Noveno: Que, sin perjuicio de ello, la Fiscalía tiene en cuenta que el compromiso estructural adquirido en el AE-14 fue íntegramente cumplido por Lota Green y que durante la Investigación no se encontraron antecedentes que dieran cuenta que sus hallazgos provocaran algún efecto o perjuicio en el mercado de hormigón premezclado afectado por la Operación, o que pudieran de otra forma alterar la competencia en dicho mercado;

Décimo: Que, en el Acuerdo Extrajudicial Lota Green se compromete a: (i) publicar, durante el periodo de un año contado desde que la resolución que apruebe el acuerdo se encuentre firme y ejecutoriada, el texto del acuerdo en el sitio *web* de las entidades pertenecientes a su grupo empresarial que participan en el mercado de hormigón premezclado, en una sección de fácil visualización y acceso para terceros; y (ii) pagar a beneficio fiscal la suma única y total de 270 (doscientas setenta) unidades tributarias anuales, en su equivalente en pesos al día del pago efectivo;

Undécimo: Que, en la audiencia de rigor, la FNE y Lota Green ratificaron los términos del Acuerdo Extrajudicial y solicitaron su aprobación;

Duodécimo: Que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 39 letra ñ) del D.L. N° 211, el análisis de un acuerdo extrajudicial tiene por objeto establecer si las medidas acordadas entre la FNE y los investigados son suficientes para cautelar la libre competencia en el mercado respectivo. De acuerdo con la misma norma, el Tribunal sólo puede aprobar o rechazar un acuerdo extrajudicial, sin que sea posible disponer medidas adicionales;

Decimotercero: Que, en este sentido, en este procedimiento el Tribunal ejerce una potestad de control, cuyo objeto es verificar si el acuerdo extrajudicial sometido a su aprobación cautela la libre competencia y no ejerce una función de revisión jurisdiccional, por lo que su análisis no tiene por objeto examinar los hechos que dieron lugar a la suscripción del acuerdo y sus efectos en la libre competencia;

Decimocuarto: Que, por otra parte, no se observa un impedimento para que la FNE pueda celebrar acuerdos extrajudiciales en el marco de investigaciones que tienen por objeto precisamente fiscalizar el cumplimiento de acuerdos previos entre las partes. Lo anterior es sin perjuicio de que el acuerdo se pueda rechazar, en definitiva, porque no cautela adecuadamente la libre competencia;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Decimoquinto: Que Lota Green cumplió a cabalidad la obligación de Desinversión establecida en el AE 14, según ha sido reconocido por la Fiscalía en estos autos;

Decimosexto: Que no existe controversia en cuanto a la efectividad de los incumplimientos detectados en la Investigación y que en esta no se constató ninguna afectación de la competencia en el mercado involucrado producto de dichos incumplimientos;

Decimoséptimo: Que, en ese contexto, las obligaciones asumidas por Lota Green en el Acuerdo Extrajudicial, referidas en el considerando décimo, cautelan adecuadamente la competencia en el mercado en cuestión y resultan proporcionales y suficientes para poner término a la Investigación; y

Decimoctavo: Que la aprobación del 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 en todas sus partes el Acuerdo Extrajudicial suscrito entre la Fiscalía Nacional Económica e Inversiones Lota Green SpA, que rola a fojas 1 y siguientes.

Notifíquese por el estado diario y archívese en su oportunidad.

Rol AE N° 24-22.

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

Pronunciada por los Ministros Sr. Enrique Vergara Vial, Presidente, Sra. Daniela Gorab Sabat, Sra. Maria de la Luz Domper Rodríguez, Sr. Ricardo Paredes Molina, Sr. Jaime Barahona Urzúa. Autorizada por el Secretario Abogado(S), Sr. Francisco Alvarado García



1B879670-DBB6-42DE-8331-0E5E937D75E2

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tdlc.cl con el código de verificación indicado bajo el código de barras.