

**RECHAZA SOLICITUD DE ALZAMIENTO
PRESENTADA POR TIANQI LITHIUM
CORPORATION POR RAZONES QUE SE
INDICA.**

RESOLUCIÓN EXENTA N°95

Santiago, 2 de marzo de 2023

VISTOS:

1.- El Acuerdo Extrajudicial suscrito por la Fiscalía Nacional Económica (“**FNE**” o “**Fiscalía**”) con Tianqi Lithium Corporation (“**Tianqi**” o la “**Solicitante**”) con fecha 27 de agosto de 2018 (“el **Acuerdo Extrajudicial**”, “**Acuerdo**” o “**AE-16**”).

2.- El Informe de la FNE sobre la adquisición por Tianqi Lithium Corporation de una participación accionaria en Sociedad Química y Minera de Chile S.A. (“**SQM**”), de fecha 24 de agosto de 2018, en la investigación Rol N°2493-18 FNE (“**Informe**”).

3.- La resolución del Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“**H. TDLC**”) de fecha 4 de octubre de 2018, en el expediente Rol AE N°16-18, que aprobó el Acuerdo Extrajudicial en conformidad a lo establecido en la letra ñ) del artículo 39 del DFL N°1 de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973, y sus posteriores modificaciones (“**DL 211**”), la cual se encuentra firme y ejecutoriada según consta en certificado emitido por la Secretaria Abogada del H. Tribunal de fecha 31 de octubre de 2018.

4.- La presentación de Tianqi Lithium Corporation de fecha 27 de septiembre de 2022, Correlativo de Ingreso N°30.957 (“**Solicitud de Alzamiento**”), en que solicita la revisión y alzamiento de las medidas impuestas por el Acuerdo Extrajudicial (“**Medidas**”).

5.- Lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 32 y 39 del DL 211; y

CONSIDERANDO:

1.- Que en 2018 esta Fiscalía recibió denuncias de la Corporación de Fomento de la Producción, del H. Senador Alejandro Guillier y del H. Senador Manuel José Ossandón, relativas a posibles efectos anticompetitivos de la adquisición (en adelante, la “**Adquisición**”), por parte de Tianqi, de la participación accionaria de Potash Corporation of Saskatchewan (“**PCS**”) en SQM y que, con fecha 17 de mayo del mismo año, Tianqi y Nutrien Ltd. (“**Nutrien**”) anunciaron públicamente la suscripción de un acuerdo para la Adquisición.

2.- Que, tras el examen de admisibilidad correspondiente, esta Fiscalía decidió instruir una investigación en conformidad al artículo 39 letra a) del DL 211 (“**Investigación**”), por resolución de fecha 15 de junio de 2018.

3.- Que esta Fiscalía consideró improbable la Adquisición produjera riesgos para la competencia, de naturaleza unilateral vertical¹. En

¹ Informe de la Fiscalía Nacional Económica sobre la adquisición por Tianqi Lithium Corporation de una participación accionaria en SQM, de fecha 24 de agosto de 2018, párrafos 224 a 239 y 282 a 284. Disponible

cuanto a la existencia de riesgos coordinados, esta Fiscalía consideró no solamente las relaciones estructurales que Tianqi y SQM tendrían con posterioridad a la Adquisición, sino que también aquellas entre Tianqi y Albemarle Corporation (“**Albemarle**”), dado el control conjunto de ambas de Talison Lithium (“**Talison**”), *joint venture* dedicado a la extracción y producción de concentrado de mineral².

4.- Que la FNE determinó que la Adquisición permitiría la participación accionaria de un competidor en otro, no generaría eficiencias y crearía un nuevo canal de flujo de información entre competidores, haciendo de los mercados relevantes identificados más propensos a la existencia de coordinación³.

5.- Que, en atención a estos riesgos, Tianqi propuso una serie de medidas de mitigación que fueron consideradas por esta Fiscalía como proporcionales, suficientes e idóneas al problema de competencia identificado, las que se materializaron en el Acuerdo Extrajudicial.

6.- Que las principales Medidas contempladas en el Acuerdo⁴ consistieron en que Tianqi se obligó a: **(i)** no proponer ni votar sus acciones en SQM para elegir como miembro del directorio a un director, ejecutivo relevante o empleado suyo; **(ii)** no nominar ni hacer participar a los directores electos con sus votos en SQM, en los órganos de SQM o cualquier compañía controlada por SQM dedicada o relacionada al “*Negocio del Litio*” de SQM⁵; **(iii)** que los directores elegidos con sus votos no se nominen ni participen de los órganos mencionados en el punto anterior; **(iv)** a desvincular a cualquier director, ejecutivo relevante o empleado suyo que fuera designado o hubiera participado en las instancias mencionadas en el punto (ii); **(v)** a realizar sus mejores esfuerzos para proceder a la remoción de un director nominado por éste en SQM que hubiere incumplido alguna de las Medidas; **(vi)** a no solicitar ni acceder a “*Información Comercialmente Sensible*” de SQM⁶ del “*Negocio del Litio*” de SQM y a ejercer sus mejores esfuerzos para asegurar que ningún director propuesto y electo por Tianqi divulgue dicha información a Tianqi o terceros; **(vii)** a comunicar a la FNE, en forma previa a ejecutar o suscribir cualquier acto o acuerdo que diga relación con la producción, el procesamiento, la comercialización y/o la distribución actual o futura de salmuera, carbonato de litio, hidróxido de litio y cualquier otro compuesto de litio con SQM o con el “*Grupo SQM*” y/o Albemarle, su intención de ejecutar o suscribir dicho acto o acuerdo, suspendiéndose su ejecución o suscripción por el transcurso de 30 días hábiles desde tal comunicación; **(viii)** a abstenerse de votar las acciones de las cuales sea titular, directa o indirectamente, en las juntas de accionistas de SQM, o bien ejercer sus derechos políticos como accionista para efectos de influir o intervenir, en beneficio de Tianqi y en perjuicio de los intereses de SQM y de los restantes accionistas de SQM, en el “*Negocio del Litio*” de SQM; **(ix)** a ejercer sus mejores esfuerzos para que los directores que nominó para integrar el directorio de SQM se abstengan de votar en el Directorio de SQM para influir o intervenir en beneficio de Tianqi

en <<https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/09/Informe-Expediente-Rol-N-2493-18-FNE.pdf>> [última visita: 20 de febrero de 2023].

² Como expresa el párrafo 243 del Informe (n 1), Talison representa para Tianqi y Albemarle una instancia “*que les permite tener acceso a información relevante del principal insumo común –el Concentrado– para la producción de Refinados de Litio*”.

³ Ver sección VII.c. ii. del Informe (n 1), párrafos 240 a 281.

⁴ Ver Acuerdo Extrajudicial entre la Fiscalía Nacional Económica y Tianqi Lithium Corporation, secciones D, E y, especialmente, C. Disponible en <<https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/09/Acuerdo-Extrajudicial-FNE-Tianqi-con-firma-27.08.18.pdf>> [última visita: 20 de febrero de 2023]

⁵ El Acuerdo define el ‘Negocio de Litio de SQM’ como “*los negocios presentes o futuros relacionados a la industria del litio, tales como la producción, procesamiento, comercialización y/o distribución actual o futura de salmuera, carbonato de litio, hidróxido de litio y cualquier otro compuesto de litio producido por SQM y/o las sociedades controladas por dicha sociedad o sobre las cuales ésta ejerce Influencia Decisiva*”. *Ibidem*, p.6.

⁶ Según el Acuerdo Extrajudicial, ‘Información Sensible’ es “*la información comercial estratégica relativa al Negocio de Litio de SQM, especialmente referida a las cantidades de producción, políticas de inventario, inversiones, tecnologías, know how, contratos de venta, políticas de precios, patentes, nuevos proyectos de explotación, refinación o expansión, nuevos negocios, costos y otras variables estratégicas competitivas, ya sea que se comuniquen por cualquier medio o que estén contenidas en resúmenes internos, actas, presentaciones, acuerdos u otros documentos*”. *Ibidem*.

y en perjuicio de los intereses de SQM y de los restantes accionistas de SQM, en el “*Negocio del Litio*” de SQM; **(x)** a notificar voluntariamente, de acuerdo a lo dispuesto en el Título IV del DL 211, si adquiere control o influencia decisiva sobre SQM y/o cualquier entidad del Grupo SQM; **(xi)** a suscribir con los directores nominados por ella en SQM un convenio denominado *Directorship Agreement*, donde estos asumirán como propias las obligaciones contenidas en las Medidas respecto de sus actuaciones personales, y; **(xii)** a presentar reportes periódicos a la Fiscalía que den cuenta del cumplimiento de las Medidas por sí mismo y por parte de sus directores nominados en SQM, en los términos del párrafo 49 del Acuerdo.

7.- Que, tras la suscripción y aprobación del AE-16, esta Fiscalía instruyó la investigación Rol N°2521-18 FNE a efectos de fiscalizar el cumplimiento de las Medidas (“**Fiscalización**”), por resolución de fecha 7 de diciembre de 2018. Cabe hacer presente que la Fiscalización aún se encuentra en curso y es en este contexto en que se realiza el presente análisis.

8.- Que, con fecha 28 de septiembre de 2022 y Correlativo de Ingreso N°30957, Tianqi solicitó el alzamiento y/o revisión de las Medidas, argumentando que se habrían “*producido cambios de circunstancias en el mercado (...) que son significativos, permanentes y hacen inconducente continuar con la aplicación de medidas*”⁷. Específicamente, Tianqi indica que existirían tres circunstancias que habrían variado desde la suscripción del Acuerdo Extrajudicial, a saber: **(i)** una mejora en las condiciones de competencia, reflejada en una disminución de la participación de las principales empresas competidoras y la desconcentración del mercado; **(ii)** la “superación” de las barreras de entrada, que implicaría el posible ingreso de nuevos competidores; y **(iii)** la baja probabilidad de ocurrencia de efectos coordinados⁸.

9.- Que, además, la Solicitante argumenta que el alzamiento de las Medidas traería aparejadas tres eficiencias: **(i)** Tianqi aportaría a SQM su *know-how*, con lo que esta última reduciría sus costos; **(ii)** Tianqi también contribuiría con su amplio conocimiento del mercado asiático y; **(iii)** Tianqi y SQM podrían concurrir conjuntamente a innovar e invertir.

10.- Que, según los párrafos 54 y 55 del Acuerdo, la mayor parte de las Medidas tenían una duración de cuatro años y se han renovado o renovarán automáticamente por un período de dos años adicionales, contados desde la fecha de cierre de la Adquisición o la primera nominación de directores de Tianqi en SQM, según sea el caso⁹.

11.- Que el Acuerdo Extrajudicial contempla que, en caso de que las condiciones de la inversión de Tianqi en SQM o las del mercado del litio varíen en forma tal que la imposición de las Medidas ya no se justifique, Tianqi puede exponer fundadamente a la FNE la necesidad de concurrir al H. TDLC para solicitar la revisión y/o eliminación de una o más de las Medidas. Con las mismas condiciones, el Acuerdo también permite que Tianqi y la FNE concurren de forma conjunta o separada, y de manera fundada, al H. TDLC a solicitar el término, modificación o sustitución de una o más secciones del Acuerdo. Por ende, de forma análoga a lo establecido en sede judicial por el H. TDLC, la modificación o alzamiento de las Medidas puede darse solo sobre la base de nuevos antecedentes que constituyan un cambio sustancial y permanente de circunstancias respecto de aquellas que se tuvieron a la vista para imponerlas. De esta

⁷ Presentación de Tianqi Lithium Corporation que solicita alzamiento de medidas contenidas en el Acuerdo Extrajudicial, Ingreso Correlativo N°30957 de fecha 28 de septiembre de 2022, p.1.

⁸ *Ibidem*, pp. 2, 15.

⁹ Siguiendo la enumeración hecha en el considerando séptimo de esta resolución, las medidas (i), (iv), (vi), (vii), (viii), (x) y (xii) se renovaron al cumplirse 4 años desde la fecha de cierre de la Adquisición, esto es, el 5 de diciembre de 2022. Por otro lado, las medidas (ii), (iii), (v), (ix) y (xi) se renovarán al cumplirse 4 años desde la primera nominación de directores de Tianqi en SQM, es decir, el 17 de abril de 2023. Por ende, ellas expirarán, el 5 de diciembre de 2024 y el 17 de abril de 2025, respectivamente.

forma, no basta cualquier alteración de las circunstancias fácticas. Por el contrario, las Medidas “*deben ser objeto de modificación o extinción sólo en cuanto muten substancial o significativamente los supuestos fácticos, económicos o jurídicos que las sustentaron*”¹⁰.

12.- Que, de manera similar, la práctica comparada contempla la revisión de medidas de mitigación de operaciones de concentración si, copulativamente, existe un cambio de circunstancias que **(i)** sea significativo, es decir, que cuente con una magnitud tal que altere la naturaleza de los riesgos tenidos a la vista para fundar la resolución de la autoridad de competencia; **(ii)** que sea permanente; y **(iii)** que torne las medidas en inoficiosas e inconducentes, esto es, que dejen de operar en el sentido esperado por la autoridad de competencia que las impuso¹¹.

13.- Que, atendido lo anterior, corresponde a esta Fiscalía determinar si las condiciones fácticas en que se suscribió el Acuerdo Extrajudicial han variado significativamente y en forma permanente, de forma tal que las Medidas ya no estén justificadas según la finalidad para la cual fueron impuestas y, por ende, sea necesario concurrir al H. TDLC para solicitar su modificación o alzamiento sobre la base de nuevos antecedentes, conforme a lo dispuesto en el artículo 32 del DL 211, los que deben dar cuenta de un cambio de circunstancias jurídicas y/o económicas.

14.- Que, para efectos de verificar lo señalado por Tianqi en relación a la existencia de un cambio significativo y permanente de circunstancias que haga que los riesgos previstos al momento de la suscripción del AE-16 ya no estén vigentes, la FNE ha realizado diversas diligencias en el marco de la Fiscalización de cumplimiento del Acuerdo Extrajudicial. En particular, se ofició y tomó declaración a representantes de Tianqi y SQM, se ofició a Albemarle y se solicitó información a la Comisión Nacional del Cobre (“**Cochilco**”), la que aportó estudios propios y de terceros sobre la industria del litio.

15.- Que, tal como esta Fiscalía estableció en el Informe, es posible distinguir dos mercados relevantes posiblemente afectados por la participación accionaria de Tianqi en SQM: el de Carbonato de Litio y el de Hidróxido de Litio¹². Ambos mercados, a la vez, tienen una dimensión geográfica mundial¹³.

16.- Que, aunque tal como lo indica Tianqi, en la actualidad se encuentran disponibles proyecciones de la industria del litio hasta el año 2051, esta Fiscalía sólo debe considerar en su análisis los cambios de circunstancias efectivamente acaecidos con posterioridad al establecimiento de las Medidas, esto es, aquellas ocurridas entre la fecha de imposición de las Medidas y la actualidad. Esto es conteste con el informe de FK Economics (“**Informe FK**”) acompañado a la Solicitud de Alzamiento, que no extiende el cálculo del Índice Herfindahl-Hirschmann modificado más allá de 2025, debido a la disminución de probabilidades de concreción que tienen los proyectos al ampliar el horizonte temporal de análisis¹⁴. Además, debe considerarse la relativamente breve vigencia restante de las medidas del Acuerdo Extrajudicial, que ya

¹⁰ Véanse: Sentencia N°117/2011, considerando 21°; Resolución N°53/2018, párr.123; Resolución N°57/2019, párr. 50 y ss. Asimismo, véase la Resolución N°77/2023, parr. 7 de la parte considerativa que señala: “*para efectos del pronunciamiento de fondo es necesario determinar la finalidad económica que la medida buscaba originalmente en el caso concreto y bajo ese prisma, examinar si existe un cambio en las circunstancias relevante que amerite su alzamiento o modificación (véase, Sentencia N°147/2015, C°10°). Las Resoluciones N°64/2021 y N°70/2022, que acogieron la solicitud de alzamiento de condiciones impuestas en los mercados de radiodifusión y supermercadista, respectivamente, confirman los anteriores precedentes*”.

¹¹ La Comisión Europea ha delineado estos requisitos a partir de las facultades establecidas en el Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) N°139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) N°802/2004 de la Comisión Europea. Véase, por ejemplo, Comisión Europea, decisión de 25 de julio de 2016, Caso N° COMP/M.3770 – Lufthansa / Swiss, párrafo 18; decisión de 3 de mayo de 2011, Caso N° COMP/M.950 – Hoffmann-La Roche/ Boehringer Mannheim, párrafo 23.

¹² Informe (n 1), párrafos 136 a 166.

¹³ Ibídem, párrafos 167 a 172.

¹⁴ FK Economics, “Análisis del Mercado del Litio y los efectos en este de la participación de Tianqi en el Directorio de SQM”, p.27.

acota temporalmente su vigencia¹⁵. En efecto, el aspecto a decidir por esta Fiscalía se encuentra circunscrito a verificar si concurren o no los supuestos jurídicos y/o económicos que ameritarían la modificación o el alzamiento de aquellas, en forma anticipada, ante el H. TDLC.

17.- Que, en consecuencia, el análisis de esta Fiscalía debe remitirse a examinar si las circunstancias que se tradujeron en la detección de riesgos coordinados en la Investigación de 2018 han variado en forma sustancial y permanente, de modo tal que justifiquen el alzamiento o modificación de las Medidas conforme a la finalidad para la cual fueron acordadas y aprobadas por el H. TDLC. Por ende, no corresponde, en esta etapa, como parece pretender hacer la Solicitante, reabrir la discusión sobre las conclusiones que el Informe adoptó basándose en las circunstancias que se constataron en su momento, sin mediar una argumentación de cambio sustancial¹⁶.

18.- Que si bien Tianqi indica que la participación de mercado de los principales agentes —entre los que se encuentran SQM, Tianqi y Albemarle— habría disminuido¹⁷, la evidencia recabada por esta Fiscalía en el marco de la Fiscalización muestra que la participación conjunta de aquellos actores no ha disminuido en forma significativa desde la suscripción del Acuerdo Extrajudicial¹⁸⁻¹⁹. De hecho, el Informe FK muestra que no existen cambios significativos en esta materia a la fecha, ni tampoco en el horizonte de proyección contemplado a 2025²⁰. Esto también ha quedado de manifiesto en estudios de mercado independientes, que dan cuenta que las participaciones de mercado conjuntas de SQM, Tianqi y Albemarle incluso exceden algunas estimaciones y proyecciones que fueron contempladas por esta Fiscalía en su Informe,

¹⁵ Sobre la vigencia restante de las Medidas, ver nota al pie número 9.

¹⁶ A este respecto, se estima improcedente el análisis de argumentos que no dicen relación con un cambio de circunstancias de los aspectos que fundaron el análisis de riesgos del Informe. En este sentido, no proceden cuestionamientos de fondo a los riesgos tales como el o los mecanismos de coordinación, de formación de precios u otros como condiciones de mercado ya presentes al momento de suscribir el AE-16, y que a la fecha no han registrado cambio alguno. En relación a esta clase de argumentaciones, Presentación de Tianqi (n 7), p.9, y pp.26-31.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 2, 18.

¹⁸ La Solicitante señala que “*la participación en el mercado de litio de Tianqi ha estado disminuyendo gradualmente*” (*Ibidem*, p.18). No obstante, ello no sería efectivo ni a nivel de explotación ni refinación. En cuanto a la explotación de Talison Lithium (Greenbushes) y la planta de refinamiento en Kwinama, ambas en Australia, aun cuando Tianqi se desprendió del 49% de su participación en dichos activos, logró mantener el control operativo de ambas sociedades. Por otra parte, en los próximos años la participación de Tianqi en la comercialización de hidróxido de litio tendería a incrementarse a partir de la entrada en funcionamiento de la planta de refinamiento (en construcción) en Suining (China). Al respecto, véase información disponible en: <<https://www.igo.com.au/site/investor-center/tianqi-transaction-information>>, [última visita: 21 de febrero de 2023], y estudio Lithium Forecast Q4-2022 de BMI en respuesta de Cochilco a Oficio Ord. N°1803-22.

¹⁹ Los niveles de concentración en la industria del Litio aun darían cuenta de una industria concentrada —en contraste con la industria del cobre que se encontraría más atomizada—. En efecto, Cochilco estima que: “*Como se puede deducir, el mercado está altamente concentrado y, en efecto, se puede definir como un oligopolio (Nikkei Asia, 2021) o al menos como un mercado con características oligopólicas (Jeon & Mo, 2018). Así, midiendo por participación corporativa en 2020 vemos que dos empresas, Albemarle y SQM, concentraron el 36% de la producción mina agregada, y, si se agregan las cuatro empresas siguientes, se llega a un 60%. Esta situación contrasta, por ejemplo, con el mercado del cobre, donde el mayor actor mundial, Codelco, actualmente no contribuye más del 10% de la producción mina agregada, y se debería considerar a alrededor de 20 empresas para alcanzar una proporción equivalente al 60% de la producción mina.*”. El mercado de litio: desarrollo reciente y proyecciones al 2030, elaborado por Cochilco y disponible en: <https://www.cochilco.cl/Mercado%20de%20Metales/Produccion%CC%81n%20y%20consumo%20de%20litio%20hacia%20el%202030%20edicio%CC%81n%202021%20versi%C3%B3n%20def.pdf>, [última visita: 21 de febrero de 2023].

²⁰ Informe FK (n 14), pp. 14-15.

observándose aún una industria de características oligopólicas²¹⁻²². De esta manera, la participación de mercado conjunta del grupo compuesto por SQM, Tianqi y Albemarle no ha cambiado sustancialmente, desestimándose el argumento (i) expuesto en el Considerando 10 de esta Resolución.

19.- Que, respecto a las barreras de entrada en los mercados relevantes, la Solicitante apunta a que no serían un impedimento para detener el ingreso de nuevos participantes²³. Como evidencia de ello, el Informe FK sostiene que el número de competidores se habría prácticamente duplicado tanto para el mercado de hidróxido de litio como el de carbonato de litio²⁴.

20.- Que, a la luz de la información recabada en la Fiscalización, esta Fiscalía difiere del análisis hecho por Tianqi y el Informe FK, puesto que la mera entrada de algunos actores no es prueba de que los impedimentos que fueran identificados sean actualmente poco relevantes, o que las condiciones de entrada se hayan facilitado hasta el punto de poder afectar la sostenibilidad externa de un acuerdo coordinado²⁵.

21.- Que, en este sentido, y de acuerdo a lo expresado *supra*, lo que corresponde es evaluar si ha ocurrido un cambio de circunstancias significativo y permanente entre la suscripción del Acuerdo Extrajudicial y esta fecha, de forma tal que sea razonable prever que la entrada de nuevos actores es probable, oportuna y suficiente para desestabilizar la coordinación, o si quienes han entrado son competidores

²¹ De acuerdo con el estudio de Benchmark Mineral Intelligence (“BMI”), las participaciones de mercado cuantificadas por producción mina (considerando sólo explotaciones en operación o mantención, o bien con alta probabilidad de ser ejecutadas), indicarían que la participación conjunta de SQM, Tianqi y Albemarle alcanzó el [50-60]% durante el año 2022, y se proyecta que alcance un [50-60]%, [40-50]% y un [40-50]%, durante los años 2023, 2024, y 2025, respectivamente. En forma consistente con lo anterior, un estudio elaborado por Cochilco y utilizando datos de S&P Global Market Intelligence, estima que al año 2021, la producción mina de litio de estas tres empresas alcanzó una participación del [50-60]% en la producción global. A mayor abundamiento, este mismo estudio de Cochilco, estima que la producción chilena de litio, donde sólo operan SQM y Albemarle, alcanzó una participación del [30-40]% de la producción global en el año 2021, manteniéndose en un nivel similar para el año 2022. Así, los niveles de producción actuales y proyectables a 2025 se encontrarían por sobre aquellos proyectados en el cuadro 16 del Informe. Véase estudios: (i) Lithium Forecast Q4-2022 de BMI; y (ii) El mercado de litio: desarrollo reciente y proyecciones al 2035 (manuscrito no publicado); ambos en respuesta de Cochilco a Oficio Ord. N°1803-22.

Al considerar las participaciones por mercado relevante, y de acuerdo al estudio de BMI (considerando sólo plantas de producción en operación o mantención, o bien con alta probabilidad de ser construidas y operadas), el grupo de coordinación potencial contemplado por la Fiscalía alcanzaría una participación del [20-30]% y [50-60]% para el hidróxido de litio y carbonato de litio, respectivamente, durante el año 2022; incrementándose la de hidróxido de litio hasta el [30-40]% para el año 2025, mientras que la de carbonato de litio se reduciría hasta el [40-50]%. Al respecto, si bien los niveles de participación del grupo de coordinación potencial en el mercado de hidróxido de litio se encontrarían en niveles similares a los determinados en el cuadro 15 del Informe, los de carbonato de litio serían sustancialmente superiores a los estimados en el cuadro 14. Cabe consignar que, de acuerdo a las estimaciones incluidas en el Informe FK, la participación conjunta de estos actores en el mercado del hidróxido de litio alcanzó el [20-30]% en 2021, y un [30-40]% para el carbonato de litio; no obstante, estos datos subestimarían en forma relevante la participación de SQM. En efecto, comparando con los datos de capacidad efectiva de SQM para el año 2021, respecto al carbonato de litio, Wood Mackenzie —empleado como fuente del Informe FK— subestima la capacidad de SQM en 39,7 kt; y en 9,7 kt para el hidróxido de litio. Habida cuenta de estas correcciones, la participación conjunta para el año 2021 del grupo de coordinación potencial ascendería a [20-30]% y [40-50]% para el hidróxido de litio y carbonato de litio, respectivamente, en lugar de las indicadas en el Informe FK. Véase: (i) estudio Lithium Forecast Q4-2022 de BMI en respuesta de Cochilco a Oficio Ord. N°1803-22; (ii) Informe FK, pp. 40-42; y (iii) Reporte de Sostenibilidad 2021 de SQM, p. 134, disponible en: <https://www.sqm.com/wp-content/uploads/2022/05/reporte-de-sostenibilidad-2021-v15_compressed.pdf> [última visita: 20 de febrero de 2023].

²² Es más, en junio de 2022, la propia Solicitante indicó que el 85% de la oferta de litio estaría concentrada en cinco empresas y que el grupo compuesto por Albemarle, SQM, Ganfeng y Tianqi son las principales empresas del mercado, contando entre ellas con el 50% aproximadamente de la oferta global de productos de litio refinado. Tianqi Lithium Corporation, Global Offering Prospectus, p.12. Disponible en <<https://www1.hkexnews.hk/listedco/listconews/sehk/2022/0630/2022063000043.pdf>> [última visita: 20 de febrero de 2023]

²³ Presentación de Tianqi (n 7), p.15.

²⁴ Informe FK (n 14), p. 28.

²⁵ El propio Informe FK, de hecho, reconoce que existe una serie de barreras de entrada. Véase *ibídem*, p.28.

capaces de disciplinar a los incumbentes o si, por el contrario, constituyen actores de nicho²⁶⁻²⁷.

22.- Que, a propósito de la oportunidad de la entrada, los antecedentes recopilados en la Fiscalización muestran que las barreras existentes en los mercados relevantes, si bien no impiden de manera absoluta la aparición de nuevos actores —pues, en efecto, se constata la entrada de ciertos competidores²⁸—, sí es un elemento que la retrasa en forma importante. En efecto, el desarrollo de proyectos de litio toma un tiempo significativo en concretarse, pudiendo transcurrir hasta 18 años desde la fase de exploración hasta la explotación comercial del mineral y su posterior refinación²⁹⁻³⁰.

23.- Que, a propósito de la suficiencia de la entrada, es necesario recordar que el ingreso de un nuevo competidor al mercado no implica necesariamente que aquel contará con la capacidad de disciplinar el comportamiento de los principales actores del mercado o de afectar la sostenibilidad externa de una eventual coordinación entre ellos³¹. Por el contrario, para que ello ocurra es necesario que sus activos se encuentren optimizados y que sea capaz de producir volúmenes considerables de litio, de forma tal que un desvío relevante de clientes desde las empresas coordinadas hacia el entrante sea posible. Como bien indica Tianqi, la pregunta clave en esta materia es si la oferta eventualmente desviada desde el grupo de coordinación potencial es reabsorbida por competidores y a qué precio³². Sin embargo, el agente económico no ha aportado antecedentes que permitan prever razonablemente que los entrantes recientes o los posibles entrantes futuros tienen o tendrán tal capacidad³³.

24.- Que, sin perjuicio de lo anterior, los antecedentes recabados dan cuenta de dos circunstancias que apuntan a desestimar lo sostenido por Tianqi. Primero, que la mayoría de los actores que han entrado o lo harán hasta el año 2025 corresponden a actores de nicho, con bajos volúmenes de producción. Así, por ejemplo, de 33 actores que se proyecta que estarán presentes en el mercado de hidróxido de litio para el año 2025, 20 de ellos tendrán una participación de mercado igual

²⁶ Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales de mayo de 2021, párrafos 118 y siguientes. En particular, corresponde a la FNE en esta instancia analizar si, habida cuenta de algún cambio en las condiciones de mercado, es probable el ingreso de nuevos actores, si tal ingreso será lo suficientemente rápido y oportuno para disuadir el ejercicio de poder de mercado por parte del grupo compuesto por SQM, Tianqi y Albemarle, y si los entrantes tendrán el alcance y extensión suficiente para mitigar los riesgos detectados en la Investigación.

²⁷ En el mismo sentido, véase Informe de Prohibición sobre Adquisición de control en Colmena Salud S.A. por parte de Nexus Chile SpA, Rol FNE F271-2021, §498 y ss.

²⁸ Al respecto, véase estudio Lithium Forecast Q4-2022 de BMI en respuesta de Cochilco a Oficio Ord. N°1803-22.

²⁹ Se estima que, en tiempo teórico, un proyecto de litio podría tardar entre siete a 11,5 años desde la exploración a la etapa de operación y refinamiento. No obstante, en términos facticos, el tiempo efectivo puede alcanzar hasta 18 años. A modo ejemplar, los proyectos de Pastos Grandes y Sal de Vida en Argentina, de materializarse ambos en los años previstos, implicarán un tiempo transcurrido de 10 y 16 años, respectivamente, desde la fase de exploración. Otro caso corresponde al proyecto Thacker Pass en Estados Unidos que, de comenzar a operar en el año 2025, habrán trascurrido 18 años desde iniciada la fase de exploración. Al respecto, véase documento 'Pregunta 3 (a y b)' acompañado por Cochilco en respuesta al Oficio Ord. N°1803-22.

³⁰ Además, según antecedentes recopilados en el marco de la Fiscalización, la adquisición de *know-how*, si bien no es una barrera insalvable, es particularmente importante para retardar la aparición de nuevos actores.

³¹ Al respecto, Véase Considerandos 40 y ss. De sentencia N°182/2022 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en Recurso de Revisión Especial de Nexus Chile SpA y otro en contra la Resolución de la FNE, de 3 de febrero de 2022, rol RRE-2-2022.

³² Presentación de Tianqi (n 7) p.27.

³³ La Solicitante esgrime que el interés manifestado por diversos actores en los procesos de licitaciones de cuotas de litio en Chile desde 2018 a la fecha, y el interés del Ejecutivo en la creación de la Empresa Nacional del Litio, darían cuenta que, con alta probabilidad, nuevos actores ingresarían a la explotación de litio (ibídem, pp.16-17). Al respecto, esta FNE estima que dichos antecedentes no dan cuenta de una alta probabilidad de entrada dadas las dificultades jurídicas, técnicas y económicas que enfrentan los proyectos de litio. En efecto, las cuotas adjudicadas a empresas en enero de 2022 fueron posteriormente dejadas sin efecto por la Corte Suprema. Asimismo, aun cuando dichas entradas fuesen probables, no serían oportunas de conformidad a los antecedentes expuestos *supra*.

o inferior al [0-5]%³⁴. Segundo, de acuerdo con los antecedentes a la vista, una cantidad importante de dichos entrantes parece estar limitada a contratos *off-take*, teniendo su producción comprometida a uno o pocos clientes durante un periodo relevante de tiempo, no resultando ser actores con posibilidades materiales para absorber las necesidades de litio de clientes potencialmente desviados desde el grupo de coordinación³⁵.

25.- Que el punto anterior se ve fortalecido por el hecho de que el mercado ha estado caracterizado por un exceso de demanda por sobre la oferta, tendencia que es razonable prever se siga produciendo³⁶. Esto implica que, ante un eventual ejercicio coordinado de poder de mercado por parte del grupo compuesto por Tianqi, SQM y Albemarle, los compradores de refinado de litio no podrían contar con la posibilidad de desviarse hacia otros competidores en forma rápida, pues la estrechez de la oferta y la alta presencia de contratos de largo plazo en estos mercados lo impediría. De este modo, en función de lo expuesto, resulta posible desestimar el argumento (ii) del Considerando 10 de esta Resolución.

26.- Que, al tenor de lo aseverado en los Considerandos 20 y 27 de la presente Resolución, resulta posible también desestimar el argumento (iii) de Tianqi, en los términos expuestos en el Considerando 10 de esta Resolución, no resultando posible verificar la concurrencia de nuevos antecedentes que den cuenta de un cambio de circunstancias jurídicas y/o económicas que ameriten el alzamiento o modificación de las Medidas acordadas. Así, esta Fiscalía estima que, en tanto se mantengan las características del mercado mundial del litio, ya referidas, los riesgos coordinados existirán mientras Tianqi posea una participación accionaria relevante y presencia en el Directorio de SQM.

27.- Que, adicionalmente, esta Fiscalía difiere de lo señalado por Tianqi en torno a las diversas eficiencias que surgirían del alzamiento de las Medidas pues, como se indicó en el Informe y ha sostenido esta Fiscalía en varias ocasiones³⁷, las participaciones minoritarias cruzadas no presentan eficiencias que contrapesen sus efectos —cuyo análisis tampoco procede en esta instancia que solo debe dar observancia a cambios significativos en circunstancias jurídicas y económicas—, ni ha ocurrido respecto de ello un cambio de circunstancias respecto de la fecha de aceptación de las Medidas.

28.- Que, a mayor abundamiento, es posible señalar que, si bien el marco de análisis de las eficiencias en estos casos no difiere

³⁴ Véase estudio Lithium Forecast Q4-2022 de BMI en respuesta de Cochilco a Oficio Ord. N°1803-22.

³⁵ Véase estudio Lithium market 2021 outlook to 2050 de Wood Mackenzie, p.12. acompañado a presentación de Tianqi Lithium Corporation que solicita alzamiento de las medidas del Acuerdo Extrajudicial. A modo ejemplar, la compañía Control Thermal Resources —cuya entrada es estimada como probable por BMI— firmó un contrato de *off-take* con el grupo Stellantis para la provisión de 25.000 toneladas al año de hidróxido de litio por 10 años. Información disponible en: < <https://www.spglobal.com/commodityinsights/en/market-insights/latest-news/metals/060222-stellantis-ctr-sign-10-year-lithium-hydroxide-supply-agreement>> [última visita: 21 de febrero de 2023].

³⁶ Al respecto, proyecciones de oferta y demanda contenidas en “El mercado de litio: desarrollo reciente y proyecciones al 2035 (manuscrito no publicado)”, pp. 40-42; y “Lithium Forecast Q4-2022” de BMI; ambos acompañados en respuesta de Cochilco a Oficio Ord. N°1803-22. En el mismo sentido, Tianqi señala que “*la oferta de los activos y proyectos conocidos será insuficiente para satisfacer a nivel global la creciente demanda en los próximos años*”. Presentación de Tianqi (n 7), pp.18-19.

³⁷ Por ejemplo, en 2013 esta Fiscalía afirmó que “*los vínculos estructurales descritos en este documento (participaciones minoritarias e interlocking) presentan escasas eficiencias. Como ha sido reconocido por el TDLC, las participaciones minoritarias, en tanto no producen integración de fusiones entre la empresa adquirente y la adquirida, carecen de las eficiencias que normalmente se presentan en el ámbito de las fusiones*”. Ver División de Fusiones y Estudios, Participaciones Minoritarias y directores comunes entre empresas competidoras (2013). Disponible en < <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/11/Participaciones-minoritarias.pdf>> [última visita: 20 de febrero de 2023]. Ver también versión pública de Minuta de Archivo en Investigación acerca de denuncia contra Jack Mosa por compra de acciones en Parque Arauco, Rol FNE N°2638-20, párrafos 29 y 30. Disponible en < https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/03/inpu_003_2021-Rol-2638-20.pdf> [última visita: 20 de febrero de 2023].

cualitativamente del realizado en una operación de concentración³⁸, a diferencia de una fusión completa, las participaciones accionarias minoritarias en un competidor no generan las eficiencias que la integración entre dos o más agentes económicos podría generar³⁹. Así, el riesgo de coordinación que conllevan estas operaciones, derivado del posible tráfico de información sensible y de la alteración de los incentivos para desviarse de un acuerdo coordinado⁴⁰, no puede ser compensado por posibles eficiencias.

29.- Que, sin embargo, es posible decir que de existir las eficiencias que Tianqi invoca en la Solicitud de Alzamiento, estas tampoco serían inherentes al alzamiento de las Medidas o, incluso, necesariamente vinculadas a la participación de Tianqi en SQM. Primero, porque nada impide a Tianqi invertir separadamente y por su cuenta en las distintas etapas de la industria del litio en nuestro país, sujeta a las mismas reglas aplicables a los demás actores nacionales o internacionales. De hecho, ello sería lo ideal desde una perspectiva competitiva, que permitiría a la larga que el *know how* o tecnología de Tianqi produjere mayores beneficios sociales⁴¹. Segundo, porque la eficiencia es difícilmente verificable, ya que SQM es una empresa con larga e importante presencia en la industria en cuestión, con *know-how* relevante acumulado durante todo ese tiempo y la solicitante no ha acreditado como su *know-how* o tecnología serían necesarios para lograr mayores eficiencias en SQM⁴².

30.- Que en tercer lugar debe tenerse presente que las medidas no impiden que la Solicitante pueda ofrecer su *know-how* o tecnología a SQM, no siendo necesario el alzamiento de las mismas para que ello pueda llevarse a cabo. De hecho, como se indicó, el Acuerdo Extrajudicial contempló la posibilidad de que SQM y Tianqi pudieran llegar a acuerdos comerciales, con la obligación de informar a esta FNE y de cumplir siempre con las demás medidas del mismo. En dicho escenario, ambas empresas podrían arribar a un acuerdo que permitiera dicho traspaso de *know-how*, siempre en circunstancias que sean acordes con la libre competencia⁴³. En dicha línea, como se entiende, las Medidas tampoco impiden la apropiación de los beneficios de esa transferencia tecnológica a través de las utilidades que a Tianqi le corresponden conforme

³⁸ División de Fusiones y Estudios, Participaciones Minoritarias y directores comunes entre empresas competidoras (n 37) p. 7.

³⁹ Por ejemplo, Elhauge afirma que: *‘The grounds for challenging horizontal shareholdings are in one important sense stronger than the grounds for challenging mergers. A true merger creates integrative efficiencies that might offset any anticompetitive effect from increasing concentration. In contrast, stock acquisitions that create horizontal shareholdings generate no such offsetting integrative efficiencies.’* Einer Elhauge, “Horizontal Shareholding” (2016), 129 Harvard Law Review 1267, p. 1303.

⁴⁰ OECD Policy Roundtables, “Minority Shareholdings” (2008) pp. 30-31.

⁴¹ La literatura contemporánea sobre innovación enfatiza el rol de la competencia en ella. Por ejemplo, Carl Shapiro propone tres principios guía para fomentar la innovación: contestabilidad, apropiabilidad y sinergias. Aunque la innovación se potencia mediante el aprovechamiento de sinergias dentro de las empresas y asegurándose que ellas puedan apropiarse de las recompensas del proceso innovativo, es clave que exista contestabilidad en el mercado, esto es, que la empresa se vea incentivada por la posibilidad de obtener nuevas ganancias o proteger las actuales. Tal incentivo va de la mano de la presión competitiva. De forma similar, Jonathan Baker argumenta que la competencia entre productos es la que empuja a las empresas a buscar formas de reducir sus costos, mejorar su calidad y, en general, innovar. Ver Carl Shapiro, “*Competition and Innovation: Did Arrow Hit the Bull’s Eye?*” en Josh Lerner y Scott Stern (eds), *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited* (National Bureau of Economic Research 2012), p. 364; Jonathan B. Baker, “*Beyond Schumpeter vs Arrow: How Antitrust Fosters Innovation*” (2007) 74 Antitrust Law Journal 575, p. 579.

⁴² En esta línea, y considerando el argumento de Tianqi sobre la creación de una eficiencia respecto de su conocimiento y experticia en el mercado asiático, cabe mencionar que SQM ya cuenta con presencia en aquel. Así, a modo de ejemplo, es de público conocimiento que esta última tiene oficinas en China, Corea y Japón. Ver, en particular, la información disponible en la sección “SQM Around the World” del sitio web de la empresa en < <https://www.sqm.com/en/sqm-en-el-mundo/>> [última consulta: 20 de febrero de 2023].

⁴³ Algunas jurisdicciones cuentan con guías específicas a propósito de los acuerdos horizontales de investigación y desarrollo. Por ejemplo, en la Unión Europea, el tema se encuentra tratado en la Sección 3 de la Guía de Acuerdos Horizontales (Comunicación de la Comisión de 14 de enero de 2011 – Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal 2011/C 11/01) y en la *Block Exemption Regulation* aplicable a este tipo de acuerdos (Reglamento N°1217/2010 de la Comisión de 14 de diciembre de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo L335/36). Ambos textos se encuentran actualmente en proceso de consulta pública y reforma. Ver < https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2022-hbers_en> [última consulta: 21 de febrero de 2023].

a su participación accionaria en SQM u de otras formas de remuneración que puedan acordar las partes.

31.- Que, en suma, en base a lo anterior, es posible desestimar las alegaciones de Tianqi en cuando que el alzamiento de las Medidas sería condición necesaria para que SQM alcanzara determinadas eficiencias, descritas en el Considerando 11 de esta Resolución.

32.- Que, por último, no deja de llamar la atención de esta FNE lo que ha sostenido públicamente Tianqi en el sentido de que sus directores en SQM ejercen impacto estratégico en esta última⁴⁴. Asimismo, Tianqi indicó al Ministerio de Comercio de China que esperaba participar en la formulación de estrategias para SQM al nivel del Directorio⁴⁵. Ello por cuánto las Medidas pretenden justamente lo contrario: prevenir el flujo de información de SQM a Tianqi y de Tianqi a SQM, manteniendo la independencia competitiva entre ambos. De dicha forma, la mantención de dicha independencia resultará esencial mientras se mantengan los riesgos detectados por esta FNE y validados por el H. TDLC al aprobar un acuerdo con medidas para contenerlos. Esto, por cierto, no implica que los miembros del directorio de SQM elegidos por Tianqi no cumplan con su función de administración, sino de que la ejerzan respetando los deberes fiduciarios que les son exigibles: diligencia y cuidado, lealtad y transparencia⁴⁶, en función del interés social y no de los accionistas específicos que los designaron.

33.- Que, en definitiva, esta Fiscalía estima que la Solicitante no ha acreditado que exista un cambio significativo de las circunstancias que fundaron el Acuerdo Extrajudicial y las Medidas y, habiéndose realizado diligencias que permiten afirmar que los riesgos descritos en el Informe no han variado sustancialmente y es razonable prever que no lo harán mientras se mantenga la participación accionaria de Tianqi en SQM y su presencia en el Directorio de esta última—, no se estima procedente ni conveniente concurrir al H. TDLC para solicitar el alzamiento o modificación de las Medidas.

34.- Que, atendido lo expuesto,

RESUELVO:

1.- RECHAZAR, en virtud de lo expuesto, la Solicitud de Alzamiento presentada por Tianqi Lithium Corporation mediante presentación de 28 de septiembre de 2022, reiterándose que durante el plazo de vigencia del Acuerdo Extrajudicial debe darse estricto cumplimiento a las mismas.

ANÓTESE, COMUNÍQUESE Y ARCHÍVESE.

**MÓNICA SALAMANCA MARALLA
FISCAL NACIONAL ECONÓMICO (S)**

RTM

⁴⁴ Tianqi Lithium Corporation, Global Offering Prospectus (n 22), p.215: *'Despite the restrictions imposed by the FNE Agreement, the directors nominated by us usually would share similar views in terms of industry and business development. Subject to compliance with the FNE Agreement, the three directors nominated by us have actively participated and will continue to actively participate in SQM board meetings, exerting important strategic impact on SQM at the board level.'*

⁴⁵ Ver Informe (n 1), párrafo 226 y nota al pie 271.

⁴⁶ Francisco Pfeffer Urquiaga, "Deber de lealtad de directores y gerentes de sociedades anónimas al interior de un grupo de sociedades, a propósito del denominado Caso Cascadas" (2015) 32 Revista Actualidad Jurídica 207, p. 210.