

ANT.: Denuncia en el mercado de repuestos y mantenimiento de maquinaria en la gran minería. Rol N° 2428-17 FNE.

MAT.: Minuta de archivo.

Santiago, 13 JUL 2017

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS

Por la presente vía, recomiendo a usted el archivo de la denuncia del Antecedente, en virtud de las consideraciones que a continuación se exponen:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 8 de marzo de 2017, un particular ("**la Denunciante**") ingresó una denuncia a la Fiscalía Nacional Económica ("**FNE**" o "**Fiscalía**") en relación a prácticas recurrentes de actores dominantes en el mercado de maquinaria y equipos mineros que tendrían por objeto frenar su crecimiento y/o excluirla del mercado de servicios de mantención y provisión de repuestos para máquinas y equipos de la gran minería. Dichos actores dominantes serían Komatsu America Corp. ("**Komatsu**") y Finning Chile S.A. ("**Finning**").
2. La Denunciante es una empresa que fabrica componentes mayores para equipos mineros de transporte y carguío, tales como tolvas para camiones mineros, baldes para palas, hojas para buldócer, entre otros. Además, presta servicios de reparación y mantenimiento para componentes de equipos que están sometidos al desgaste y la abrasión; dichos servicios se prestarían en forma de *overhaul* programado en mina o en maestranzas propias.
3. Komatsu es filial de Komatsu Ltda., empresa japonesa que provee, principalmente, maquinaria de construcción y equipos mineros en todo el mundo, además de estar presente en otros mercados, tales como el forestal,

tecnológico, logístico e industrial¹. En Chile participa, a través de diversas filiales², proveyendo maquinaria y servicios para la minería y la construcción. En abril de 2017 Komatsu Ltda. perfeccionó una operación de concentración con Joy Global Inc. (“**Joy Global**”) a nivel mundial, siendo último otro actor relevante en el mercado de maquinaria y equipamiento minero³.

4. Finning es el distribuidor de Caterpillar más grande del mundo en lo que respecta a maquinaria, motores y servicios asociados para diversos mercados, entre los cuales destacan la minería, la construcción, petróleo, silvicultura y energía. En Chile, Finning ofrece equipos para minería y construcción, tales como camiones de alto tonelaje, palas, buldóceres y grúas, además de ofrecer repuestos, componentes y servicios de mantención y reparación para los mismos.
5. En detalle, las prácticas denunciadas fueron las siguientes:
 - i. Negativa de venta de un Labio de Balde⁴, esencial para cumplir un contrato de provisión de Balde con [REDACTED]
 - ii. Hechos que podrían calificarse como empaquetamiento por parte de los actores dominantes, en la forma de descuentos cuando la minera contrata, junto a la compra del equipo, el paquete de servicios o componentes mayores.
 - iii. Competencia desleal por la vía de difundir rumores infundados que buscan inducir a las mineras a no contratar con la Denunciante, finalizar anticipadamente los contratos o, simplemente, demorar la entrada en operación de los mismos.
 - iv. Sabotaje en la instalación de puntas de balde o *Ground Engaging Tools* (“**GET’s**”) en la minera [REDACTED]

¹ Véase el párrafo cuarto del Informe de Archivo en Notificación de Operación de Concentración entre Komatsu America Corp. y Joy Global Inc., Rol FNE F70-16, de fecha 23 de febrero de 2017.

² Komatsu Holding South America Ltda., Komatsu Cummins Chile Ltda., Komatsu Finance Chile S.A., Desarrollos Tecnológicos S.A., KCC Training S.A., Komatsu Reman Center Chile S.A., Komatsu Cummins Chile Arrienda S.A., Distribuidora Cummins Chile S.A., Komatsu Chile S.A. y Modular Mining Systems Inc. y Cia. Ltda.

³ Esta operación fue aprobada por la FNE mediante resolución de 23 de febrero de 2017, en la investigación rol FNE F70-16.

⁴ Un labio de balde es un componente que va adosado al balde de una pala o de un buldócer, en el cual se anclan las puntas o GET's. El labio y las puntas, en conjunto, son los primeros componentes que tienen contacto con el mineral, por lo que se desgastan con una mayor rapidez respecto de los demás componentes de un equipo minero. Para mayor referencia, vea la Figura 1.

- v. Competencia desleal por la vía de retrasos o negativa en la entrega del *Body Worksheet* (“**BW**”), esenciales para participar en licitaciones mineras de Tolvas para camiones.
- vi. Rechazo, sin expresión de causa, de la postulación de ingreso de la Denunciante a la Asociación de Proveedores Industriales de la Minería (“**APRIMIN**”).

II. MERCADO EN EL QUE INCIDEN LAS CONDUCTAS DENUNCIADAS

- 6. Para entender la estructura del mercado en que incide la denuncia, primero, hay que tener en consideración que se trata de un *aftermarket*.⁵ Esto es, existe un mercado primario donde se ofrecen equipos para la minería y, para efectos de la denuncia, dos mercados secundarios o *aftermarkets*: 1) el de servicios de mantención y reparación de equipos mineros y sus componentes, y 2) el de venta de repuestos y componentes mayores de equipos mineros⁶. La Denunciante solo participaría en los *aftermarkets*.
- 7. Una característica común en los *aftermarkets* es que el poder de mercado que posee un competidor o agente económico en el mercado primario se puede traspasar y reforzar en el mercado secundario, por el mismo *know how* que tiene el agente acerca de su producto, o por el comportamiento natural de los *aftermarkets* en ausencia de contratos de largo plazo, aun cuando exista competencia en el mercado primario⁷. Dicho poder de mercado puede

⁵ Un *aftermarket* corresponde al mercado de productos o servicios necesarios para, o relacionados con, el uso de piezas o equipos que tienen una duración relativamente larga y ya han sido previamente adquiridos. Véase Temple Lang, John, *Practical Aspects of Aftermarkets in European Competition Law*, en *Competition Policy International*, Vol. 7, N° 1, Spring 2011, p. 199. Para una definición alternativa centrada en las características de los mismos, véase Shapiro, Carl y Teece, David J., *Systems competition and aftermarkets: an economic analysis of Kodak*, en *The Antitrust Bulletin/Spring 1994*, p. 139. Ejemplos comunes de *aftermarkets* son, en general, los servicios de reparación y mantenimiento, y la venta de repuestos y piezas consumibles, como tinta para impresora o cápsulas de café.

En cuanto al tratamiento de éstos en la jurisprudencia, véase al menos *Eastman Kodak Co. V. Image Technical Services, Inc., et al.*, 504 U.S. 451 (1992), Supreme Court, de 8 de junio de 1992, para el caso estadounidense; y *Pelikan/Kyocera*, Case N° IV/34.330, European Commission, de 22 de septiembre de 1995, para el europeo.

⁶ Tanto en el mercado primario como en los secundarios es posible distinguir, además, entre mercados de equipos de perforación, de carguío, de transporte y de apoyo. Además, es posible diferenciar los tipos de servicios y componentes que se proveen en cada uno de estos mercados. No obstante, y en atención a la denuncia, los mercados de equipos mineros relevantes a analizar serán los de carguío y de transporte.

⁷ El traspaso de poder de mercado es uno de los aspectos tratados en *Eastman Kodak Co. V. Image Technical Services, Inc., et al.*, antes mencionado, y es un riesgo común a los casos de integraciones verticales. Véase también en Borenstein, S., MacKie-Mason, J.K., Netz, J.S. (2000), *Exercising market power in proprietary aftermarkets*, *Journal of Economics and Management Strategy* 9, p. 157–188.

ser aún más fuerte en la medida que existan garantías y patentes asociadas al producto, las cuales podrían inducir a la exclusividad en el *aftermarket*⁸.

i. Mercado del Producto

8. Los actores relevantes del mercado primario de equipos mineros serían Komatsu, Finning y Liebherr, sin perjuicio de que existan otros más pequeños en la esfera nacional. A los actores del mercado primario se les conoce como OEM⁹. De ellos, Komatsu y Caterpillar, este último a través de Finning, serían los actores con mayor participación, según se desprende del catastro de equipamiento minero en Chile para el periodo 2013-2014 (Gráfico 1)¹⁰. En

⁸ Ahora bien, el poder sostener dicha afirmación para este caso tiene como presupuesto previo la distinción entre los distintos tipos de *aftermarket* y sus consecuencias. Usualmente se distingue entre tres tipos: (i) Mercados sistémicos, que consisten en un único mercado para combinaciones de productos primarios y secundarios, en la medida que los compradores toman decisiones informadas que consideran los costos de toda la vida útil, teniendo en consideración el valor del producto secundario al comprar el primario; (ii) Mercados múltiples, que contienen un mercado para los productos primarios, y mercados separados para los productos secundarios compatibles con el producto primario de cada fabricante; (iii) Mercados duales, que poseen un mercado para los productos primarios, y un mercado separado para todos los productos secundarios, si son compatibles con todos los productos primarios; para lo anterior, véase Temple Lang, *Practical Aspects of Aftermarkets*, p. 201.

Una primera etapa pasa por descartar que los *aftermarkets* de maquinaria minera sean de carácter sistémico, y se considera que existen buenas razones para ello. En Pelikan/Kyocera, la EC realiza un test al que se le ha dado dicho nombre, para determinar si un mercado es sistémico, lo que ocurriría cuando: (i) los consumidores pueden tomar una decisión informada que incluya los precios del ciclo de vida; (ii) es probable que estos tomen dicha decisión en consecuencia; (iii) un número suficiente de consumidores adaptaría sus decisiones de compra en el mercado primario si se intentara ejercer una conducta explotativa en el secundario; (iv) dicho cambio se produjese en un tiempo razonable, Pelikan/Kyocera, C° 61.

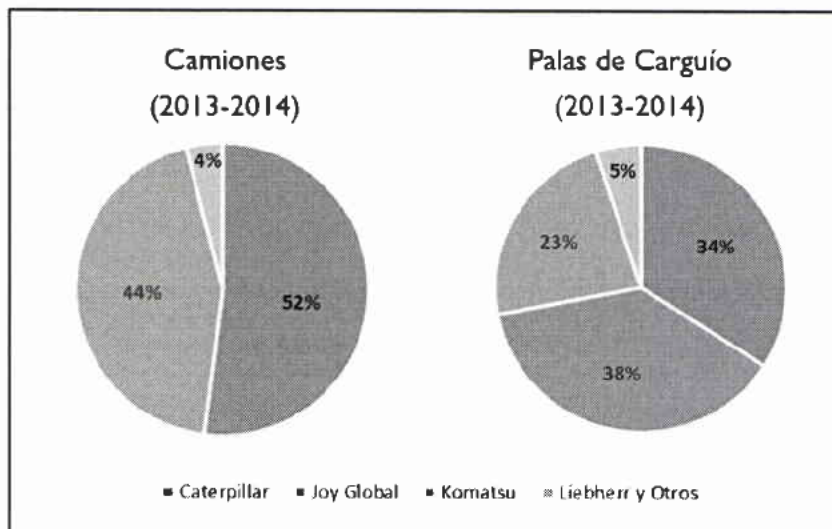
Según la información recopilada durante la etapa de admisibilidad, la elección de maquinaria se ve afectada en ocasiones por las características técnicas de las faenas mineras, al mismo tiempo que se busca optimizar la compatibilidad en las cargas entre diferentes maquinarias lo que, sumado al alto valor de los insumos involucrados, dificulta el cambio oportuno de la maquinaria de un competidor a otro. Además, dado el alto desgaste al que se encuentran expuestos estos tipos de equipos y sus componentes, se hace difícil predecir con certeza la vida económica del producto, el que se puede ver expuesto a distintas eventualidades. Esto, sumado al hecho que los repuestos y componentes compatibles con la maquinaria de un competidor original no lo son con la de los demás, inclina a considerar que se trata de un mercado múltiple, en el que puede darse el traspaso indicado en el texto.

⁹ Los OEM (del inglés, *Original Equipment Manufacturer*) son aquellas empresas dedicadas a la producción de maquinaria de transporte y carguío, como camiones y palas mineras, aun cuando por regla generalísima provean también componentes, repuestos y servicios respecto a su propia maquinaria. Además, cabe señalar que existen otros OEM importantes a nivel mundial, como la japonesa Hitachi, la china TZ Mining (TYHI) y la bielorrusa Belaz, pero la participación de estos es mínima o incipiente en nuestro país. En el mismo mercado siguen estando presentes otras marcas como Joy Global –a través de su marca P&H– y Bucyrus, pero ambas fueron adquiridas por otro actor de la industria: Komatsu en el caso de Joy Global y Caterpillar en el caso de Bucyrus.

¹⁰ A la fecha de dicho catastro, Komatsu y Joy Global eran competidores. Sin embargo, a la fecha de este informe, Komatsu perfeccionó su operación de concentración con Joy Global, por lo que corresponde considerar la participación conjunta ambas.

este mercado primario se ofrecen camiones de alto tonelaje (Figura 1), palas (Figura 2) y cargadores frontales¹¹.

GRÁFICO 1: Participación de mercado por marca y por segmento



Fuente: Elaboración propia con datos de Minería Chilena (MCh)

FIGURA 1: Pala y componentes

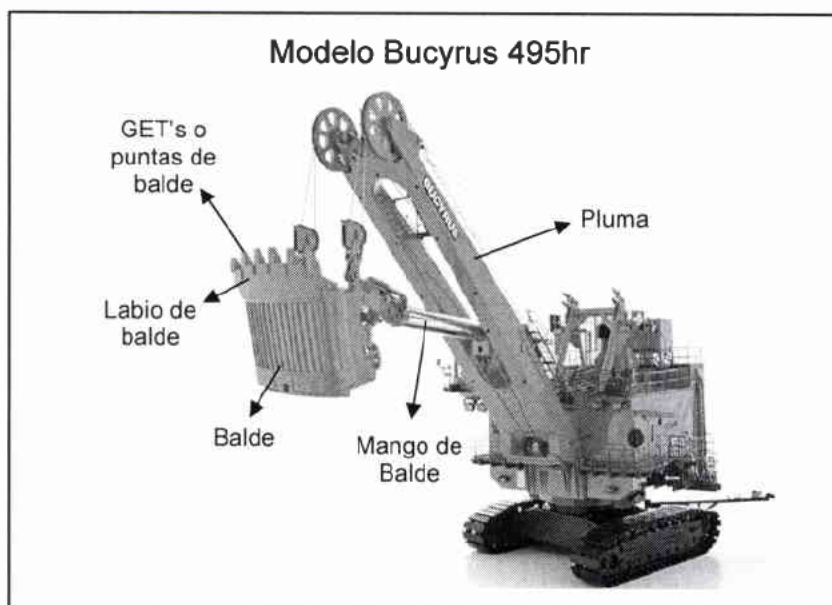


Imagen referencial de los principales componentes de una pala minera.

¹¹ Los camiones mineros pueden ser eléctricos o de motor diésel, y la elección de uno u otro depende, principalmente, de las condiciones geográficas y ambientales a las que se someterá el equipo en la faena minera. Además, cabe señalar que un camión minero cuesta, en promedio, de 4 a 5 millones de dólares, su garantía es por 6.000 hrs. de operación (1 año aproximadamente), y poseen una vida útil de 10 años. No obstante, en algunas faenas se ha reemplazado la flota completa de camiones antes de cumplir su vida útil por el alto costo de mantenimiento y/o baja productividad. En cuanto a las palas, estas se pueden diferenciar entre las hidráulicas y las de cable o eléctricas. Las palas hidráulicas utilizan un motor diésel, lo que les permite una buena maniobrabilidad y movilidad dentro de una mina. En cambio, las de cable tienen una menor movilidad, pero una mayor capacidad de carga y potencia. Adicionalmente, cabe señalar que una pala cuesta, en promedio, 25 millones de dólares, tiene una garantía de 6.000 hrs. de operación (1 año aproximadamente), y una vida útil de 10 años, aunque, en ocasiones, su vida económica es mayor. Por último, señalar que los cargadores frontales se mueven fácilmente dentro de una mina, pero son de menor capacidad de carga y, por ende, no son muy utilizados en la gran minería.

FIGURA 2: Camión minero y componentes

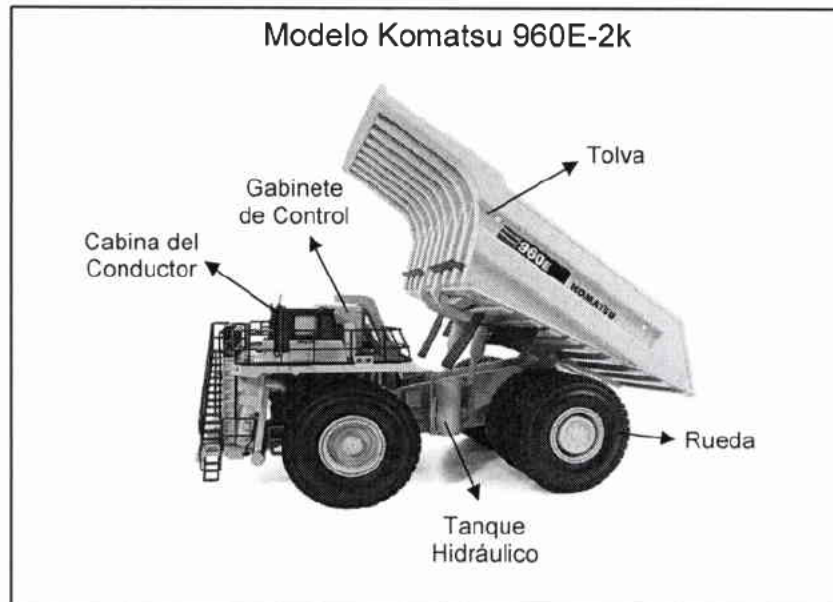


Imagen referencial de los principales componentes de un camión minero.

9. Respecto a la relación entre los equipos mineros y los mercados secundarios, cabe señalar que, en los camiones, el principal componente sometido al desgaste y la abrasión es la tolva; en las palas, es el balde y sus componentes, entre los cuales destacan el labio y las puntas por su mayor frecuencia de reemplazo. Estos componentes mayores (tolvas y baldes) y menores (labios y puntas) forman la parte más importante de los *aftermarkets* de repuestos y componentes, y de servicios de reparación y mantenimiento¹², sin perjuicio de que existan otros mercados secundarios que no son atingentes a la denuncia.

10. En dichos *aftermarkets*, además de los OEM –los cuales no ofrecen componentes ni servicios para otras marcas distintas de las propias, y por lo tanto no compiten entre sí en dichos mercados¹³–, se encuentran diferentes

¹² Según estimaciones de la Denunciante, en base a datos de la Corporación Chilena del Cobre ("Cochilco") y de Minería Chilena ("MCh"), y para dimensionar el tamaño de estos *aftermarkets*, la inversión proyectada en la gran minería para el periodo 2016-2020 alcanzaría los [1], de los cuales el [2] se invertiría en componentes mayores de equipos mineros. De igual modo, el gasto operacional anual estimado en la minería alcanzaría los [3], de los cuales el [4] se destinaría a la reposición de equipos y componentes del *aftermarket*, y el [5] a servicios de mantenimiento y reparación de los mismos. Lo anterior, según [6]. En adelante, [#] corresponde a información contenida en el Anexo Confidencial.

¹³ En adición, dado que cada OEM diseña componentes específicos para cada línea de productos y mantiene servicios asociados al mismo, los cuales no son sustituibles con marcas de otros OEM, debiese considerarse cada *aftermarket*, proveniente del match OEM/Mercado de Carga o Transporte, como un mercado en sí mismo.

proveedores alternativos, entre los cuales destacan Conymet, Austin Ingenieros, Minetec, grupo ME Elecmetal y Ford Steel Chile, entre otros¹⁴.

11. En relación a la participación de los OEM en los mercados secundarios de provisión de repuestos y componentes mayores, esta División considera que hay indicios que permiten presumir que existiría posición dominante por parte de los OEM, respecto de los componentes compatibles con su maquinaria. Además de sus mayores ventas de repuestos, dicha posición se consolidaría por diversos factores: el poder de mercado que cada empresa mantendría en el mercado primario, la existencia de garantías que incentivarían el uso de repuestos y componentes originales –al menos durante los primeros años de vida útil del equipo–, el elevado capital financiero requerido para evitar quiebres de stock en la provisión de los mismos, el conocimiento que los OEM tienen acerca de sus productos, y el alto nivel de especificidad o customización de los componentes útiles para cada equipo. Esto último se refiere a que existe un repuesto y/o componente único para cada máquina de cada OEM, puesto que generalmente están hechos a la medida, tanto respecto del equipo, como de las necesidades y requerimientos del cliente.

12. Luego, en lo que respecta a los mercados secundarios de servicios de mantención y reparación, no es claro que el mayor poder de mercado de los OEM se traduzca propiamente en una posición dominante. Esto, pues si bien realizan la mayor parte de la reparación a sus equipos, existirían menos elementos que dificulten la entrada a potenciales competidores. La principal barrera a la entrada sería el contar con la escala mínima eficiente necesaria para entrar a operar una maestranza cerca de una faena minera, es decir, se necesita de un volumen mínimo de operaciones que justifiquen la elevada inversión en activos específicos que se requieren en este mercado. Sin embargo, la barrera indicada puede verse contrapesada por la alta duración promedio de los contratos, que incentivaría la competencia en las licitaciones de este *aftermarket*. Dicha mayor competencia se manifestaría en ciertos hechos y comportamientos presentes en el mercado: un OEM habría dejado de operar una maestranza en [REDACTED] en razón de la competencia generada por proveedores alternativos¹⁵; algunas faenas mineras estarían

¹⁴ Dentro del mercado secundario, además de las operaciones que Komatsu realiza directamente, opera también a través de su filial Desarrollos Tecnológicos Hi-Load (“DTH”).

¹⁵ En toma de declaración de 17 de abril de 2017.

considerando abandonar las licitaciones por contratos MARC, dado el aumento que experimentan en la escala de operación¹⁶; y, aún más relevante, las mismas mineras realizan en ocasiones sus propias mantenciones en mina, con personal propio¹⁷. En cualquier caso, las participaciones de los OEM en sus *aftermarkets* justifican el análisis conductual que sigue más adelante¹⁸.

ii. Mercado Geográfico

13. En cuanto a los alcances geográficos del mercado, y en línea con la distinción hecha para el mercado del producto, el mercado primario tendría alcance mundial, toda vez que cualquier OEM puede participar de las licitaciones en la gran minería para el aprovisionamiento de equipos mineros, sobretodo en la medida que las licitaciones sean de gran escala.
14. La misma situación se da en lo que respecta a los mercados secundarios de provisión de repuestos y componentes mayores, y de servicios. No obstante, en el de servicios, y sin perjuicio de lo anterior, se requiere de activos específicos en la región, como maestranza y personal en mina, los cuales podrían compartirse entre proyectos y favorecer la participación de un competidor en ciertas licitaciones. En cualquier caso, la necesidad de realizar dicha inversión respondería a una escala mínima eficiente y constituiría una barrera de entrada relevante para nuevos competidores.

iii. Extensión Temporal de las Transacciones

15. Dado que la gran mayoría de las transacciones entre mineras y agentes económicos que participan en estos mercados se realiza a través de licitaciones, es pertinente señalar que los contratos obtenidos en las

¹⁶ En toma de declaración de 21 de abril de 2017. Un contrato MARC (del inglés, *Maintenance and Repair Contract*) corresponde a un contrato integral de mantenimiento para un equipo minero. Dicho contrato también puede referir al compromiso de pago por hora de operación del equipo. Suele utilizarse en los primeros años de vida útil del equipo por el mayor conocimiento –y, por ende, menor costo y riesgo en la operación del equipo– que tiene el fabricante respecto del mismo.

¹⁷ Puede atribuirse al menor riesgo de operación, al mayor conocimiento de los equipos por parte de una minera, o a la mayor escala y consumo de repuestos en la operación de una mina.

¹⁸ Si bien la denuncia fue formulada en términos amplios, las escasas menciones a Finning en el apartado del análisis de la conducta se explican porque, en definitiva, no se le vinculaba con las conductas concretas que estaban siendo denunciadas, ni tampoco se encontraron antecedentes distintos de conductas anticompetitivas por parte de la misma, en el curso de esta admisibilidad.

licitaciones para el mercado de servicios aquí descrito duran, en promedio, de 3 a 4 años.

III. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA

i. Consideraciones preliminares sobre competencia desleal

16. En atención a que cuatro de las seis conductas denunciadas se enmarcarían dentro de la categoría de actos de competencia desleal, salvo la denuncia de negativa de venta y la de empaquetamientos entre el mercado primario y el *aftermarket*, se hace necesario referirse primero a los requisitos generales para la persecución de la competencia desleal en sede de libre competencia en virtud del art. 3 letra c) del DL N° 211.
17. La Ley N° 20.169 de 16 de febrero de 2007, que Regula la Competencia Desleal (Ley de Competencia Desleal o “LCD”), en su art. 3 define estos actos como *“toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medio ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado”*, para luego contemplar un catálogo no exhaustivo de estos en su artículo 4°. Ahora bien, dada la diferencia en los bienes jurídicos protegidos por ambas normativas¹⁹, la conjunción de estas configura tanto una relación de especialidad como un sistema de jurisdicción dual a propósito de la competencia desleal: Lo primero, toda vez que existen actos perseguibles por la LCD que pueden no serlo bajo el DL N° 211, al contemplar el DL requisitos adicionales para la configuración de un injusto anticompetitivo. Lo segundo, en la medida que el órgano competente para esta última

¹⁹ Respecto a la diferencia de bienes jurídicos y el tratamiento de la competencia desleal, véase la Minuta de Archivo en Denuncia contra Sociedad Los Robles S.A. por Competencia Desleal, Rol 2414-16 FNE, de fecha 23 de enero de 2017, en línea: http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/02/inpu_xx_2017.pdf [última vista: 29 de junio de 2017]

Como se menciona en su párrafo 6: *“Por lo anterior, la doctrina ha explicado que “el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia no tiene atribuciones para resolver casos de competencia desleal puros, esto es, cuando no agreden a la vez a la libre competencia”, ya que el bien jurídico tutelado en uno y otro caso difiere: “[en el caso de la competencia desleal] el bien protegido no es la estructura competitiva y abierta del mercado, sino la decencia y la corrección de la conducta de los competidores en un mercado de estructura competitiva”, con citas a Tapia, Mauricio. La ley 20.169 sobre competencia desleal: una hipótesis de responsabilidad civil extracontractual. Cuadernos de Análisis Jurídico - Serie. Colección Derecho Privado. Universidad Diego Portales, 2008, N° IV, p. 181; y Barros, Enrique. Tratado de responsabilidad extracontractual. Editorial Jurídica de Chile (2007), p. 1043, respectivamente.*

Véase también: Nehme, Nicole. *Competencia Desleal*, en: Decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia años 2004-2005. Tomo II. Comentarios a la jurisprudencia e índices analíticos. Facultad de Derecho. Universidad Adolfo Ibáñez. Santiago. 2008, p. 104.

subcategoría de actos de competencia desleal anticompetitivos será el TDLC, mientras que para todos los demás será competente la justicia ordinaria²⁰.

18. El requisito determinante para que un acto de competencia desleal sea a la vez contrario a la libre competencia viene dado por la propia redacción del art. 3 letra c) del DL N° 211: *“prácticas (...) de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”*. Así, es necesario que o bien se trate de una empresa que detente una posición dominante en el mercado, la que busca mantener o incrementar mediante dichos actos, o bien una compañía que no teniendo dicha posición pueda plausiblemente alcanzarla a través de los mismos²¹. Así, debe demostrarse tanto la existencia del acto en sí como de la posición dominante, y la forma en que el primero tiene la aptitud de incidir –además de que se encuentre causalmente vinculado²²– sobre la segunda.

19. Si bien el análisis puede ser más exigente cuando la autora no detenta previamente dicha posición dominante, en el presente caso dicha posición estaría presente en los *aftermarkets* investigados, como se desprende del apartado anterior. Respecto a los actos denunciados en concreto, y la aptitud de estos para afectar las condiciones de competencia en el mercado, se examinarán caso a caso a continuación.

ii. Actos denunciados como contrarios a la libre competencia

a) Negativa de venta de labio de balde

20. La doctrina y jurisprudencia consideran reprochable la negativa de venta cuando tiene por objeto o efecto extender una posición dominante a un

²⁰ Esto, toda vez que el artículo 8° de la LCD habilita al juez de letras en lo civil del domicilio del demandado o del actor para conocer las infracciones a la misma, mientras que las infracciones al DL N° 211 son competencia del H. TDLC.

²¹ Para una tematización de los requisitos de la competencia desleal desde la perspectiva de la libre competencia, véase Nehme, Nicole, *Competencia Desleal*, pp. 122-135.

²² Respecto a causalidad en competencia desleal, el H. TDLC ha señalado: *“Sin embargo, no constan en autos elementos de hecho que permitan identificar las causas del descenso de los montos importados, lo que pudo deberse a diversos factores”, y “Que, entonces, este Tribunal no ha adquirido convicción respecto de la existencia de una relación de causalidad entre la campaña realizada por Epson Chile y una disminución de la participación de Ricardo Rodríguez en el segmento de tintas marca Epson.”*, H. TDLC, 14 de agosto de 2007, Rol C 90-06, Sentencia N° 58/2007, *Demanda de Ricardo Rodríguez y Cía. Ltda. contra Epson Chile S.A.*, C° 33 y 36, respectivamente.

mercado secundario, o evitar el surgimiento de un nuevo producto o consumidor. Como requisitos copulativos se reconocen generalmente los siguientes: (i) La existencia de dos mercados relacionados entre sí y una empresa integrada verticalmente en ambos; (ii) Un insumo indispensable para el mercado aguas abajo; (iii) Exclusión de un competidor o limitación a la entrada en el mercado secundario, y; (iv) Ausencia de justificación objetiva a la negativa de venta²³.

21. Según los términos de la denuncia, la Denunciante habría vendido en 2014 un balde para pala en el marco de un contrato con una faena minera. Para su fabricación, necesitaba adquirir un labio de balde original para dicho modelo, lo que intentó con la fabricante “Joy Global-Berkeley” a través de su distribuidor autorizado en Chile y, posteriormente, su distribuidor estadounidense. La fabricante se habría opuesto dando explicaciones, a juicio de la Denunciante, poco creíbles.

22. Al margen de las razones que se hicieron valer para la negativa²⁴, la conducta indicada no cumple con los requisitos necesarios para un abuso de posición dominante a través de una negativa de venta, toda vez que el insumo no era propiamente indispensable: si bien era necesario, era replicable a un costo y en un plazo razonable. De hecho, la Denunciante logró replicar el labio de balde y cumplir con el contrato²⁵.

b) Descuentos y supuesto empaquetamiento por la adquisición conjunta de maquinaria y repuestos o servicios

23. La doctrina y la jurisprudencia reconocen el carácter anticompetitivo de las ventas atadas y el empaquetamiento cuando, por medio de ellas, una empresa busca traspasar una posición dominante de un mercado a otro o proteger su posición en el mercado original. Como requisitos copulativos de las mismas se señalan: (i) la existencia de dos mercados independientes o productos distintos; (ii) posición dominante en el mercado del bien vinculante –o en uno de los dos en el caso del empaquetamiento–; (iii) que exista un

²³ Respecto al tratamiento de la negativa de venta y sus requisitos en el sistema europeo, véase en profundidad en O’Donoghue, Robert y Padilla, Jorge, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 2ª Edición, Oxford y Portland: Hart Publishing, 2013, pp. 509-595.

²⁴ [7].

²⁵ Como puede verse en la propia formulación de la denuncia.

cierre anticompetitivo de mercado; y (iv) la ausencia de justificaciones objetivas y eficiencias que la contrapesen²⁶. Ahora bien, para el caso de que el empaquetamiento no sea por medio de una obligación contractual sino por un descuento multiproducto –*mixed bundling*–, como se alega en este caso, el foco se desplaza al impacto que el menor precio produce en la decisión de compra del consumidor, viendo si existe un cierre de mercado a través de un precio predatorio implícito²⁷.

24. La Denunciante asegura que, tras su creciente participación en el mercado minero y sus constantes innovaciones, los OEM no solo bajaron sus precios e imitaron sus innovaciones, sino que, además, empezaron a realizar descuentos en los servicios de mantención y reparación si la minera también adquiriría la máquina o el componente original.
25. En las respuestas de parte importante de los clientes mineros²⁸, se reconoce la existencia de descuentos en las tarifas de servicios asociados a la mantención y/o reparación, siempre y cuando se adquiriera la maquinaria o los componentes mayores a los fabricantes originales (OEM). No obstante, al mismo tiempo reconocen que los proveedores alternativos son competencia técnica y económica de estas ofertas de los OEM, por lo que, en su visión, no estarían excluidos del mercado ni imposibilitados de participar en las licitaciones respectivas.
26. De esta manera, difícilmente puede considerarse que exista un precio predatorio implícito que produzca un cierre anticompetitivo de mercado, en la medida que uno de los factores más importantes por los que se opta por un proveedor alternativo en los componentes y mantención, es el hecho de que ofrezcan mejores precios que los OEM.

²⁶ Véase O'Donoghue y Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, pp. 615-632 respecto de los requisitos generales, y pp. 632-635 sobre ventas atadas y *aftermarkets*.

En cuanto a jurisprudencia, véanse *Asunto T-201/04, Microsoft/Comisión, Rec. 2007, p. II-3601, apartado 842*; y Sentencia 97/2010, Rol C 135-07 "Demanda de Voissnet S.A. contra Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A.", C° 9, para su tratamiento por el H. TDLC.

²⁷ O'Donoghue y Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, pp. 635-644. Véase también Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, Comisión Europea, par. 59; y la Sentencia 97/2010, C° 84.

²⁸ [8].

c) Actos de competencia desleal

1) Rumores infundados

27. Según fuera señalado, se alega que se estarían difundiendo rumores²⁹ con el propósito de dañar la reputación de la Denunciante y para inducir a las mineras a no contratar con ésta, a finalizar anticipadamente sus contratos, o bien, demorar la entrada en operación de los acuerdos.
28. Respecto a este punto, los actores que fueron consultados en el curso de la investigación, en su gran mayoría, no respaldaron la aseveración de la Denunciante respecto a la existencia de rumores en la industria, menos aún individualizados en su contra³⁰. Sin perjuicio de lo anterior, y para mayor abundamiento, el TDLC ha exigido que se demuestre que existe una pérdida de clientes o contratos, y que la misma se encuentra causalmente vinculada a la campaña de denostación³¹. En el transcurso de esta admisibilidad, al menos, no se han podido acreditar pérdidas de contratos por parte de la Denunciante, menos aún que se encuentren vinculadas a los supuestos rumores.

2) Sabotaje en la instalación de GET's

29. La Denunciante sostiene que, sin haber cambiado de proveedor de puntas de balde (GET's), y después de haber corroborado que su proveedor tampoco ha modificado las condiciones en las que se producen dichos componentes menores, sus GET's habrían comenzado a presentar un mayor desgaste y, por ende, una menor vida económica de lo usual en una de las faenas mineras en las que se ha adjudicado licitaciones³². Además, agrega, el 80% de las fallas se producirían en el turno de noche, cuando la

²⁹ [9].

³⁰ Así, en toma de declaración de 20 de abril de 2017, un competidor señala que nunca se ha puesto en duda su idoneidad o reputación, ni tampoco la de actores pequeños o nuevos. En toma de declaración de 21 de abril de 2017, en tanto, un ex funcionario de una minera tampoco vea especiales problemas en ese sentido. Asimismo, indicó que incluso si un competidor intentaba desprestigiar a otro con el fin de mejorar su participación, esto no afectaba particularmente la decisión de la minera, pues la existencia de seguros y su conocimiento del mercado le daba libertad a la hora de elegir.

³¹ Como se indica en detalle en la cita del pie de página 14, respecto a la Sentencia N° 58/2007.

³² [10].

Denunciante no mantiene personal en faena, y se habría evidenciado claramente el día cuando se produjo la ruptura de un adaptador³³.

30. Sin perjuicio de la denuncia y el informe acompañado como antecedente³⁴, diversos actores del mercado, incluido la propia Denunciante, no pudieron afirmar que el aumento de fallas de los GET's se deba necesariamente –o incluso con un grado de probabilidad relevante– al personal ajeno a la Denunciante que haría su instalación. Lo anterior, dado que las causas que podrían provocar el mayor desgaste de los GET's son diversas, entre ellas, un cambio en las condiciones del suelo y de la operación.

3) Retardo o negativa en la entrega de BW

31. La Denunciante acusa el retardo –en el último tiempo– en la entrega de certificados de compatibilidad para tolvas de camiones Komatsu (BW), lo que los obliga a conseguirlos en el extranjero. El BW sería esencial para participar en licitaciones según reconocen las propias mineras, ya que les permite mantener la garantía de [12] que tienen los camiones Komatsu, aun cuando utilicen tolvas alternativas compatibles y que demuestren estar fabricadas bajo las especificaciones técnicas del fabricante.
32. La relevancia del BW se limita, entonces, exclusivamente a aquellas licitaciones de tolvas de camiones marca Komatsu. No obstante, Komatsu señala haber cesado su entrega en septiembre de 2016³⁵, situación que, en todo caso, no sería conocida en el mercado. Este cambio en el modelo de negocios hace que Komatsu asemeje su conducta a la forma en que actúan los demás OEM en el mercado, desapareciendo el rol que podría haber jugado en una licitación de componentes compatibles con su maquinaria³⁶,

³³ [11].

³⁴ [13].

³⁵ [14].

³⁶ La desaparición del mecanismo de los BW es distinta a la negativa o retardo en la entrega de un BW particular, toda vez que, al no existir la alternativa de obtenerlo, las mineras dejan de considerarlo dentro de su proceso de decisión a la hora de realizar una licitación. Esto se muestra, por ejemplo, en el caso de licitaciones de componentes compatibles con otras marcas como Caterpillar, en que los proveedores alternativos tienen la posibilidad de ganar licitaciones cuando compiten por precios o calidad, aun cuando no existan certificados de compatibilidad. Lógicamente, para atribuir la responsabilidad en caso de fallas –en el caso que no sea cubierto, en general, por los seguros que se contratan–, deberá determinarse en qué componente –y de qué actor– se encuentra el origen de la falla.

es decir, desaparecería el riesgo de que inhiba la posible entrada de un competidor a través de dicho certificado.

33. En atención al párrafo precedente, esta División solicitó a Komatsu divulgar dicha información, sobre el cese en la entrega de BW, además de especificar las condiciones en las que se garantizarán los camiones Komatsu que utilicen componentes mayores alternativos, en la medida que habrá diversas empresas garantizando diferentes piezas.

4) Rechazo, sin expresión de causa, de la postulación de ingreso a APRIMIN

34. En el curso del [15], la Denunciante postuló a la Asociación de Proveedores Industriales de la Minería por recomendación de un ejecutivo de esta última. Meses después, su ingreso fue rechazado, constando en acta solo la decisión y la solicitud de mayores antecedentes de su comportamiento en el mercado. La comunicación de rechazo tampoco consta por escrito y, según los antecedentes recopilados, tampoco se hizo mención a las causas que motivaron su rechazo³⁷.

35. En tomas de declaración, se pudo constatar que las causas del rechazo fueron:

- i. La situación financiera de la solicitante³⁸.
- ii. Supuestas malas prácticas comerciales por parte de un ejecutivo de la solicitante. En adición a la falta de pruebas, este argumento no se enmarcaría dentro de algún requisito para asociarse³⁹.
- iii. Comentarios de algunos directores respecto a supuestas copias de un balde diseñado por un OEM, situación que tampoco se pudo acreditar, ni gozaría de pruebas objetivas o disputas legales al respecto.

36. A juicio de esta División, pese a que una de las razones esgrimidas –y según las afirmaciones de la Asociación, la principal– se encontraba dentro de los requisitos de APRIMIN, las condiciones en las que se efectuó el rechazo y el proceso mismo levantan dudas respecto a su idoneidad. Así, su estructura actual puede generar potenciales riesgos anticompetitivos, como la

³⁷ [16].

³⁸ [17].

³⁹ [18].

posibilidad de usar la plataforma de manera estratégica, impidiendo el acceso de competidores que, en términos objetivos, pudieran cumplir sus requisitos.

37. Por tal motivo, en el curso de la admisibilidad de la denuncia, APRIMIN ha comprometido los siguientes cambios de conducta acordes a la guía de Asociaciones Gremiales y Libre Competencia (2011) elaborada por esta Fiscalía:
- i. El registro, con mayor detalle, de sus sesiones de directorio, no limitándose a los acuerdos suscritos sino incluyendo, también, las consideraciones que llevan a estos. Por otro lado, en momentos en que se lleve a cabo una votación, se registrará el voto particular de cada director o participante de la junta, en relación al respectivo acuerdo o propuesta.
 - ii. Un protocolo para comunicar la aceptación o rechazo de futuros socios, donde conste por escrito las causales de la decisión que se adopte.
 - iii. Una instancia de reposición o apelación dentro de la asociación, en la cual la empresa que fue rechazada por el directorio pueda contraargumentar y/o aportar nuevos antecedentes, para perseverar en su intención de ingresar a la asociación. Dicha instancia deberá ser distinta del comité y directorio que votó en primera instancia.

IV. CONCLUSIÓN

38. En síntesis, todas las conductas denunciadas, según la información que se pudo recopilar durante el curso de la admisibilidad, especialmente en el caso de las que podían ser catalogadas como competencia desleal, carecerían de uno o más de los requisitos necesarios para poder afirmar su carácter anticompetitivo.
39. No obstante, la imposibilidad de acreditar de manera retrospectiva la existencia de conductas anticompetitivas, dos de las situaciones denunciadas hicieron ver la existencia de posibles riesgos futuros de infracción de la normativa de libre competencia, tanto en el uso estratégico de los BW en licitaciones mineras, como en las condiciones de ingreso a APRIMIN.
40. Ahora bien, respecto a la primera de ellas, Komatsu declara haber cesado definitivamente la entrega de los certificados en cuestión, en línea con la acción de los demás OEM, por lo que los riesgos identificados habrían de

desaparecer. En cuanto a la segunda situación, y en vista de los potenciales riesgos que podría producir el accionar de la asociación, APRIMIN se ha comprometido con esta Fiscalía a mitigar dichos riesgos y adecuar sus procesos.

41. Por tanto, vistas las condiciones de mercado en las que efectuarían las conductas denunciadas y los cambios de conducta señalados, se recomienda al Sr. Fiscal Nacional Económico archivar la presente denuncia, salvo su mejor parecer. Lo anterior, sin perjuicio del derecho del Denunciante de intentar acciones ante el H. Tribunal de la Libre Competencia, o en la sede que estime pertinente.

Saluda atentamente a usted,


GASTÓN PALMUCCI
JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS


FBT