

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

SENTENCIA N° 148/2015.

Santiago, veintitrés de diciembre de dos mil quince.

VISTOS:

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

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

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

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

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

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

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

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

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

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

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.12. Asimismo, a principios de noviembre de 2011 ENEX habría enviado una última cotización a Dragados S.A. para adjudicarse el contrato de provisión de asfalto para la ruta Laja, que finalmente se adjudicó a fines de ese mes.

1.13. En lo que respecta a la asignación del cliente Besalco para construcción obras Duplijsa, Chañaral y Radomiro Tomic, la Fiscalía indica que las Requeridas QLA, Dynal y ENEX se habrían concertado durante el año 2012 para asignarse respectivamente esas tres obras. Ellas habrían contado con la venia de ACH, que habría concurrido al acuerdo pese a no participar en las cotizaciones, bajo el compromiso de no enfrentar competencia en una obra posterior a definir.

1.14. La Fiscalía sostiene que entre los años 2011 y 2012, Besalco se adjudicó las siguientes obras en el norte del país: Duplijsa, Chañaral y Radomiro Tomic.

1.15. De acuerdo con lo informado por Besalco en la Investigación, la adquisición de ligamentos y especialidades asfálticas para las tres obras se negoció simultáneamente a partir del mes de agosto de 2012, con el propósito de obtener un mejor precio en conjunto.

1.16. Afirma la Fiscalía que, con el objetivo de discutir sobre la asignación de estas faenas, las cuatro Requeridas se habrían reunido a principios del mes de septiembre del año 2012 en el Hotel Radisson de la comuna de Lo Barnechea. A dicha reunión habrían concurrido el subgerente de ventas del área de construcción de ENEX, los gerentes generales de QLA y Dynal y el gerente comercial de ACH. En la referida reunión, las Requeridas habrían acordado el reparto de las obras de Besalco, tomando la determinación de que Chañaral sería asignada a QLA, Radomiro Tomic a Dynal, y Duplijsa a ENEX, compartiendo en esa instancia los precios referenciales que ofertarían al cliente. De este modo, las cuatro Requeridas habrían coordinado sus cotizaciones en las distintas obras, a fin de asegurar su asignación en la forma concertada.

1.17. La FNE aduce que, en cumplimiento de lo acordado, y cuidando de guardar apariencias de normalidad en el procedimiento de cotización, ENEX, Dynal y QLA habrían presentado sistemáticamente ofertas en condiciones tales que impulsaron al cliente Besalco a adquirir los productos asfálticos de cada una en las obras tal y como había sido acordado previamente en la reunión desarrollada en el Hotel Radisson.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

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

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.21. Señala la Fiscalía que, según da cuenta la “Solicitud Formal de Beneficios” de ENEX, los ejecutivos de las cuatro Requeridas se habrían reunido posteriormente en la Pastelería Mozart, en la comuna de Vitacura, oportunidad en la cual ENEX habría declarado abiertamente su intención de no continuar el reparto de faenas en el mercado.

1.22. No obstante lo anterior, el día 17 de octubre de 2012, el subgerente de ventas del área construcción de ENEX habría concurrido a una nueva reunión en el restaurant Ruby Tuesday ubicado en la comuna de Lo Barnechea, convocada por el gerente general de QLA; quien junto con insistir sobre la conveniencia de volver a la repartición de faenas, entregó a ENEX un *pendrive* que contenía una planilla de larga data (en palabras de ENEX en su Solicitud Formal “*un archivo Excel con un listado de contratos, concesiones, clientes y plantas de asfalto para repartirse entre los competidores, las que ya venían asignadas y repartidas entre ellos*”).

1.23. La Fiscalía indica que ENEX le reveló estos hechos el día 12 de noviembre de 2012. Luego afirma que las conductas ejecutadas por las Requeridas restringirían y entorpecerían la libre competencia en el mercado minorista de los ligantes asfálticos y sus derivados, o habrían tendido a producir tales efectos.

1.24. En lo que respecta la industria del asfalto, la Fiscalía señala que el asfalto o ligamento asfáltico es un producto derivado del petróleo crudo, utilizado principalmente en la construcción de calles, carreteras y caminos, entre otros.

1.25. El asfalto es comercializado principalmente de dos formas, como cementos asfálticos y como especialidades asfálticas. Esta última categoría corresponde a subproductos elaborados a partir de cemento asfáltico más ciertos aditivos. Las especialidades son utilizadas para la colocación de mezclas asfálticas en los caminos. El cemento asfáltico CA-24 constituye la principal materia prima para la elaboración de las especialidades, dado que no contiene aditivos agregados, y es el principal producto que se importa. También se comercializan –en menor medida– otros tipos de cemento asfáltico, como por ejemplo el CA-14. Cada producto cumple un rol específico en la construcción de carreteras y caminos, presentando un carácter complementario en su uso.

1.26. En la industria nacional de productos asfálticos es posible distinguir un segmento mayorista y uno minorista. En el mayorista se encuentran la Empresa Nacional de Petróleo (en adelante indistintamente “ENAP”), que es el único productor nacional y cuya producción representó alrededor del 16% del cemento

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

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

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

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

1.30. El único productor nacional de asfalto ENAP estaría reduciendo anualmente su producción y tendría comprometida la mayor parte de su volumen con Depósitos Asfálticos S.A. (“DASA”). Por tanto, el productor nacional no contaría con los volúmenes mínimos para abastecer a un potencial entrante, atendidas las cantidades necesarias para la construcción de obras viales.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

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

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

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

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

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

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

(i) Ordenar a las Requeridas el cese inmediato del tipo de prácticas imputadas, prohibiéndoles ejecutarlas en el futuro, ya sea directa o indirectamente, por sí o por medio de asociaciones gremiales o sociedades en las que participen, bajo apercibimiento de ser consideradas como reincidentes.

(ii) Imponer a Asfaltos Chilenos S.A. y a Química Latinoamericana S.A. multas de 5.000 Unidades Tributarias Anuales (en adelante indistintamente “UTA”), o aquellos montos que este Tribunal estime ajustado a derecho;

(iii) Se imponga a Dynal Industrial S.A. una multa de 1.500 UTA, o aquel monto que este Tribunal estime ajustado a derecho (multa menor atendido que se le imputa intervención en un menor número de acuerdos y su inferior participación de mercado);

(iv) Se condene a Asfaltos Chilenos S.A., Química Latinoamericana S.A. y Dynal Industrial S.A. al pago de las costas de la causa.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1.38. Respecto de ENEX, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 bis del D.L. N° 211, hace presente que dicha empresa cumplió los requisitos para acceder al beneficio de exención de multa, por lo que la individualiza como acreedora de dicha exención y no solicita la aplicación de una multa.

2. A fojas 46, con fecha 8 de agosto de 2014, Dynal contestó el requerimiento de la FNE, solicitando su rechazo, con expresa condenación en costas, por las consideraciones siguientes:

2.1. Indica que se constituyó como sociedad anónima en diciembre de 1963, bajo el nombre de Refinería Nacional de Lubricantes Dynamic Oil S.A. A la fecha del requerimiento tiene tres áreas de producción y servicios: área industrial, área de construcción y área de pavimentación. Por medio de esta última provee productos para la construcción de las obras viales, entre ellos los cementos asfálticos CA-24 y CA-14 para construcción de pavimentos asfálticos, cemento asfáltico elastomérico, asfaltos cortados y emulsiones asfálticas.

2.2. Para definir el mercado relevante, Dynal toma como base la definición realizada por la FNE, para luego explicar que no entran en ese mercado relevante las ventas directas a empresas mineras, ventas a *retail* y otros.

2.3. En lo que respecta al mercado mayorista definido por la Fiscalía, señala que no participa en el mismo, y que éste está integrado por ENAP y los importadores de asfaltos que en la práctica son dos: Probisa y ACH-ENEX, que importan en forma conjunta.

2.4. A continuación Dynal describe cómo operan ENAP y cada uno de los dos importadores existentes. En primer lugar, hace referencia al terminal Cono Sur, señalando que es propiedad por partes iguales de ACH y ENEX y que recibe el asfalto que importan conjuntamente esas empresas. Cono Sur tiene estanques en el puerto de Ventanas, con capacidad de almacenamiento de 50.000 toneladas, y recibe barcos que transportan hasta 35.000 toneladas por viaje.

2.5. Dynal sostiene que la verdadera barrera a la entrada para los fabricantes de cemento asfáltico, emulsiones asfálticas y otros derivados sería la falta de acceso a un terminal en puerto como el de Cono Sur. Señala que podría analizarse la característica de facilidad esencial de ese terminal, cuya capacidad de almacenamiento sería suficiente para abastecer varias veces la demanda anual existente en Chile. Por lo anterior, estima absurdo pretender que Dynal

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

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

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

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

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

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

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

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

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

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

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

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

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

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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

clientes, según expone la FNE, en circunstancias que una sola concesión puede requerir más de 10.000 toneladas anuales. En este sentido, indica que el volumen total de productos asfálticos vendidos por Dynal en ese mismo período, incluidos otros mercados, fue en promedio 23.113 toneladas anuales. Al mismo tiempo, si las obras a que se refiere la FNE es el universo en el cual se habrían producido los repartos de mercado, la eventual no realización de las ventas supuestamente repartidas prácticamente no habría afectado sus resultados.

2.19. Por otra parte, Dynal realizó una estimación del volumen total de las 22 obras respecto de las cuales la FNE le requirió información. Según Dynal, el total de toneladas de productos asfálticos en esas obras fue del orden de 164.000 toneladas. De ella, a Dynal le pidieron cotización en 17 casos, y terminó adjudicándose solamente una, que representaba aproximadamente el 2% del total (4.050 toneladas) y que en definitiva se redujo a 2.767 toneladas.

2.20. Según la relación de hechos de la FNE, Dynal habría participado en conversaciones solamente durante el mes de septiembre de 2012, pues ENEX habría comunicado su decisión de terminar los acuerdos unos treinta días después, a comienzos de octubre de 2012. A juicio de Dynal, ningún acuerdo se podría haber tomado en ese período: Dynal no cerró ningún contrato en ese período, los contratos anteriores al mismo estarían fuera del período de sospecha, y los contratos posteriores habrían sido disputados en competencia, ya que no existía acuerdo según la FNE y ENEX.

2.21. Dynal señala que no habría participado en ninguno de los tres casos en los que la FNE señala que habría habido algún tipo de acuerdo.

2.22. En lo que respecta al primer grupo, esto es la asignación del cliente Grupo Dragados para las obras Puerto Montt-Pargua y Laja, señala que Dynal no figura en el relato. Indica que, de acuerdo con la información que dispone, esas obras habrían implicado en torno a 25.000 toneladas, cantidad que correspondería a casi tres veces el promedio anual que Dynal vende a todos sus clientes en el mercado relevante y que no habría podido negociar la asignación de ese cliente sin antes asegurar el suministro. Dynal añade que desconoce el caso de las obras recién señaladas y que Dragados es una de las empresas con las cuales nunca ha hecho negocios dentro de este mercado.

2.23. En lo que respecta al segundo grupo, esto es, la asignación del cliente constructora Besalco para construcción obras Duplijsa, Chañaral y Radomiro Tomic, Dynal afirma los siguientes hechos: (i) el 2 de agosto de 2012 envió por

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

correo electrónico una cotización al señor Iván Pizarro de Besalco por el cemento asfáltico elastomérico para Radomiro Tomic, que le fue solicitado por esa empresa. Dado que Dynal había hecho nuevas inversiones para fabricar este producto, esa cotización era de especial interés para ella; (ii) el 27 de agosto de 2012 la señora Claudia París de Besalco solicitó la cotización para las tres obras incluidas en el grupo; (iii) el 5 de septiembre Dynal envió una nueva cotización para la obra Radomiro Tomic que fue de \$665.814 por tonelada entregado en obra; (iv) durante septiembre del año 2012 hubo llamadas telefónicas y una reunión con Besalco; (v) a petición de esa misma empresa el 20 de septiembre de 2012 se envió una nueva cotización para la obra Radomiro Tomic, esta vez con el precio rebajado a \$660.820; (vi) el 4 de octubre de 2012 hubo una reunión entre el señor Manuel Balmaceda, gerente técnico de Besalco, y el señor Jaime Díaz, representante de Dynal; (vii) como consecuencia de esa reunión, el mismo día en la tarde el señor Jaime Díaz envió un correo electrónico al señor Manuel Balmaceda que en parte dice lo siguiente: “*hemos revisado nuestros costos, y podemos ofrecer un descuento en el CA Elastomérico... \$652.212/Ton*”; (viii) el mismo día 4 de octubre el señor Manuel Balmaceda respondió el correo electrónico al señor Jaime Díaz diciendo “*se agradece el esfuerzo realizado. Esperamos tener el lunes una decisión tomada al respecto*”; (ix) la decisión no se tomó ese lunes 8 de octubre, sino que hubo nuevas negociaciones durante dos semanas más; (x) el 22 de octubre la señora Claudia Paris de Besalco escribió al señor Jaime Díaz de Dynal un correo electrónico confirmando un descuento ofrecido telefónicamente; (xi) el 24 de octubre Dynal envió un correo electrónico con la cotización final de \$648.951; y (xii) ese día el señor Andrés Salazar de Besalco envió por correo electrónico la orden de compra por 4.050 toneladas al precio señalado.

2.24. A juicio de Dynal, los hechos antes descritos darían cuenta de una negociación normal entre Besalco y ella, iniciada el 2 de agosto que implicó sucesivas rebajas de precio y concluyó el 24 de octubre. La obra se inició cuatro meses después y la cantidad suministrada se redujo desde las 4.050 toneladas de la orden de compra a 2.767 toneladas, esto es, bajó en 32%. Los posibles aumentos de costos por esa demora como también la disminución de la cantidad, que también puede aumentar los costos, fueron de cargo exclusivo de Dynal.

2.25. Dynal sostiene que si lo acusado por la FNE en su requerimiento fuera efectivo, no habría tenido ningún sentido para Dynal haber bajado cuatro veces el precio cotizado con posterioridad a la eventual reunión con sus competidores, ya que supuestamente no tenía competencia. Además, hubo dos rebajas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

obtenidas por Besalco durante el mes de octubre, época en la que según la FNE el acuerdo en que participaba ENEX ya había terminado.

2.26. En lo que respecta al tercer grupo, esto es, la asignación de los clientes constructora Figueroa Vial, Tafca y Recondo para las obras Ruta La Negra, Orozco y Hornopirén, la imputación de la FNE consistiría en que el gerente de Dynal habría solicitado “*mantener la provisión de asfalto a Constructora Recondo S.A. para la obra Mejoramiento Ruta 7, Pichicolo-Hornopirén [...] cliente tradicional de una empresa relacionada a DYNAL cuya razón social es CLASA S.A. [...]*”. Al respecto Dynal sostiene que no correspondería requerirla por supuestos acuerdos de otra empresa, por muy relacionada que pudiera ser. Precisa que Clasa, pese a tener controladores comunes con Dynal, tendría una gestión completamente separada, con gerencia propia, domicilio y actividad independiente efectiva en la VIII Región.

2.27. De todos modos, Dynal afirma, a partir de información recabada con Clasa, que: (i) a petición Recondo, el jefe de operaciones y ventas de Clasa envió la cotización N° 031 el 29 de febrero de 2012; (ii) nada ocurrió con esa cotización, por lo que concluye que se trató de una de esas cotizaciones referenciales que las constructoras utilizan para elaborar su propuesta para una licitación; (iii) un año y medio más tarde, Recondo solicitó una nueva cotización, la que fue enviada por Clasa el 4 de octubre de 2013; (iv) esa nueva cotización contenía productos diferentes a la anterior, pues la obra cambió sus especificaciones; (v) el 20 de noviembre de 2013 Clasa emitió otra cotización para esa obra y probablemente Recondo buscó también cotizaciones de otras empresas; (vi) las negociaciones continuaron, presentándose nuevas cotizaciones los días 2 de diciembre de 2013, 3 de enero de 2014 y 3 de febrero de 2014; (vii) la orden de compra de Constructora Recondo S.A. se emitió finalmente el 15 de febrero de 2014 y los despachos efectivos a la obra comenzaron recién el 20 de febrero de 2014, extendiéndose hasta el 23 de mayo de ese mismo año.

2.28. Indica Dynal que le parece inaudito que la FNE acuse que Dynal en septiembre de 2012 “*solicitó mantener la provisión de asfalto*” en una obra que no existía, que por lo mismo no estaba proveyendo y que recién terminó de negociarse a comienzos del 2014. A la época de la reunión en el Hotel Regal Pacific, a la que Dynal no habría asistido, ella nada sabía de ese eventual negocio para el que otra empresa había emitido una cotización referencial siete meses antes y que comenzó a negociarse trece meses después. Sería absurdo siquiera pensar la existencia de colusión al respecto.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.29. En relación con las cuatro reuniones que según la FNE tuvieron lugar en los meses de septiembre y octubre de 2012, Dynal hace presente que sólo tiene conocimiento de una de ellas y no de las otras tres, y de otra reunión adicional, que sería conocida por la FNE pero que se omitió en el requerimiento.

2.30. En primer lugar, se refiere a la reunión en el Hotel Radisson de la comuna de Lo Barnechea a principios de septiembre del año 2012. Indica que el gerente de Dynal fue invitado a esa reunión y asistió para tratar temas de abastecimiento de asfalto que en esa época eran críticos para las empresas no importadoras como Dynal y QLA. Las otras partes asistentes a la reunión eran ACH y ENEX, en su calidad de importadores que actúan en forma conjunta y son dueños de terminal Cono Sur. Esa reunión no fue la primera vez en que Dynal planteaba la posibilidad de comprar asfalto a ACH y ENEX o la posibilidad de pagar un servicio para importar y almacenar en ese terminal. Dynal señala que su gerente no participó en ninguna conversación sobre el reparto de obras o contratos.

2.31. Respecto de la afirmación de la FNE relativa a que el gerente de QLA exhibió en esa ocasión una copia impresa de un “Estudio de Mercado 1998/99”, indica que esa copia no fue conocida ni recibida por el gerente de Dynal. En cualquier caso, los hechos objetivos señalados por la FNE no incluyen a Dynal: la FNE imputa en su requerimiento que QLA exhibió un estudio de mercado antiguo, y QLA y ACH se comprometieron a actualizarlo.

2.32. En segundo lugar Dynal hace referencia a la reunión en el Hotel Atton en septiembre 2012, la que no habría sido mencionada en el requerimiento. Indica que el gerente de Dynal en su declaración ante la FNE del 27 de septiembre de 2013 señaló recordar esa reunión, que se realizó unos días después de la reunión del Hotel Radisson. También declaró que estaban las mismas personas que en la reunión anterior y que se discutieron los mismos temas de abastecimiento, sin llegar a resultado alguno. A Dynal le llama la atención que la FNE omita esa reunión en su relato, pese a tener conocimiento de ella.

2.33. En tercer lugar hace referencia a la supuesta reunión efectuada en el Hotel Regal Pacific el 27 de septiembre del año 2012, en la que habrían estado presente todas las Requeridas. El gerente de Dynal no recuerda haber sido invitado ni haber participado en dicha reunión, por lo que sería la FNE quien debiera demostrar que asistió. Además Dynal no aparecería en los hechos relatados con un gran nivel de detalle, lo que corroboraría que no asistió a esa reunión. Y si Dynal hubiera asistido a dicha reunión, resultaría inexplicable que no haya ni entregado ni recibido la información de contratos. Sostener que los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

otros tres asistentes se pusieron de acuerdo, intercambiaron un *pendrive*, lo grabaron y se lo devolvieron a su propietario y que Dynal se habría mantenido como un mero espectador sería absurdo.

2.34. En cuarto lugar, Dynal hace referencia a la supuesta reunión en la Pastelería Mozart en octubre de 2012. Indica que no es efectivo que Dynal haya participado en esa reunión y añade que en ninguna de las dos oportunidades en que el gerente de Dynal concurrió a declarar a la FNE se le preguntó por ella.

2.35. En quinto lugar Dynal hace referencia a la reunión en restaurant Ruby Tuesday, sosteniendo, tal como indica la FNE, que Dynal no estuvo en ella.

2.36. A continuación Dynal se refiere a las comunicaciones telefónicas entre las empresas. Indica que Dynal que no participó en el negocio número uno, por lo que carece de sentido analizar llamadas desde o hacia Dynal buscando alguna coordinación. En el negocio número dos la FNE pretende que la adjudicación de una de tres obras a Dynal fue producto de un acuerdo. Sin embargo, Dynal señala que resultaría contradictorio sostener que los primeros días de septiembre de 2012 se le asignó un negocio y simultáneamente pretender demostrar ese acuerdo por las llamadas telefónicas *“en los días previos o incluso el mismo día de presentación de cotizaciones a los clientes”*.

2.37. Agrega que el análisis de las llamadas con origen o destino del gerente de Dynal tendría una perfecta correspondencia con temas que habitualmente deben conversar las empresas producto de temas objetivos como compras a ENEX, DASA y un proyecto de construcción de un nuevo estanque de almacenamiento, la calidad de accionistas de ACH, y otros. El análisis del número de llamados entre el gerente de Dynal y las otras empresas revelaría que éste no aumenta en el período de las reuniones de septiembre de 2012.

2.38. En lo que respecta a las comunicaciones vía correo electrónico entre las empresas, indica que ellas serían conocidas por la FNE y abarcan diversos temas. No existiría mención en el requerimiento a la existencia de estas comunicaciones, lo que significa que efectivamente se referirían a temas lícitos. Con ACH existirían muchos correos electrónicos referidos a conversaciones de compra de asfaltos, citaciones a juntas de accionistas y repartición de dividendos. Con ENEX existiría un conjunto de correos electrónicos referidos a suministro de asfalto y otros. Con QLA existiría una mayor cantidad de correos electrónicos relativos a diversos temas, tales como el suministro, la calidad y compras de asfalto a ENAP y un proyecto de construcción de un nuevo estanque

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de asfalto. Finalmente, indica que las comunicaciones referidas a DASA, empresa con cinco socios, también ocurren principalmente con QLA. Eso se debe a que ACH, ENEX y Probisa se interesarían poco en este estanque al lado de la refinería de Concón, pues realizan sus propias importaciones y a un costo inferior al precio de venta de ENAP.

2.39. Dynal afirma que existiría una estrecha correspondencia entre las llamadas telefónicas y los temas mencionados en los correos electrónicos.

2.40. En cuanto a los elementos facilitadores de la colusión indicados por la FNE, Dynal afirma: (i) que no sería parte de la propiedad exclusiva del terminal Cono Sur; (ii) que tampoco sería parte del acuerdo de maquila entre ENEX y ACH; (iii) que DASA no sería una propiedad compartida que facilite la colusión, sino que una propiedad común en que algunos socios (ENEX y ACH) tienen el poder suficiente para bloquear a otros socios (Dynal y QLA) su uso y de esa forma evitar que les compitan; (iv) que la participación de Dynal y QLA en ACH no sería un elemento facilitador de la colusión, sino que habría obligado a sostener múltiples comunicaciones con QLA con objetivos que nada tienen que ver con acuerdos de reparto de mercado. Lo que habría motivado a Dynal y a QLA para adquirir participación en ACH sería tener acceso al terminal Cono Sur; expectativas que no se cumplieron, manteniéndose Dynal como un inversionista pasivo en ACH. Tampoco existiría traspaso de información comercial relevante entre las empresas; y, (v) en cuanto a la participación en asociaciones gremiales o similares, indica que Dynal perteneció por varios años al Instituto Chileno del Asfalto (en adelante indistintamente "ICHA"), pero que se retiró en junio de 2010.

2.41. Señala Dynal que la FNE no distinguiría entre las empresas que tienen condiciones objetivas y capacidad para alcanzar acuerdos de mercado, asignar cuotas, zonas o afectar el resultado de licitaciones, de aquellas empresas que como Dynal simplemente no las tienen. Según Dynal, ella habría demostrado que el único caso que la FNE le imputa no es efectivo, que no dispone de las condiciones esenciales para tomar acuerdos aunque quisiera hacerlo y que se comunica con otras empresas por temas legítimos y normales de negocios.

2.42. En relación con la obra Pichicolo-Hornopirén efectuada por Recondo, Dynal opone la excepción de falta de legitimación pasiva, fundándose en que el artículo 3° del D.L. N° 211 sanciona conductas propias de los agentes económicos que están siendo juzgados. Sostiene que en el caso de autos no sería claro si la FNE plantea que el gerente de Dynal habría pretendido que a Clase se le mantuviera el cliente o si trataba de que Dynal capturara para sí esa

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

venta. En el evento que se estime que Clasa participó activa o tácitamente del presunto acuerdo y se benefició con él, Dynal entiende que el requerimiento debió dirigirse contra dicha empresa y que, por consiguiente, corresponde acoger la excepción de falta de legitimación pasiva.

2.43. Dynal añade que no concurrirían los elementos que la jurisprudencia ha establecido para el ilícito colusivo a su respecto. La FNE sostiene su imputación en dos elementos generales: (i) una declaración prestada ante la propia FNE por la empresa ENEX, uno de los presuntos coludidos; y, (ii) la existencia de diversas comunicaciones de Dynal con cada uno de los demás requeridos. Respecto del primer antecedente, indica que la pretendida confesión no ha sido prestada ante el Tribunal, sino que ante el órgano administrativo que es la FNE. Respecto de las comunicaciones, indica que tienen una motivación y contenido muy distinto al que le atribuye la FNE y que ella dio *“explicaciones alternativas razonables desde el punto de vista económico”* para su participación en las reuniones.

2.44. Finalmente, en lo que respecta a la cuantía de la sanción solicitada, Dynal señala que la FNE no explica cómo llegó a su quantum. Tampoco habría tomado en cuenta que Dynal nunca ha sido condenada por el Tribunal ni investigada por la FNE.

3. A fojas 79, con fecha 8 de agosto de 2014, ACH contestó el requerimiento, solicitando su rechazo, con expresa condenación en costas, por las consideraciones siguientes:

3.1. En términos generales, señala que en lo que se refiere a Asfaltos Chilenos, lo expuesto en el requerimiento no sería efectivo y carecería de todo fundamento en los hechos y el derecho.

3.2. Asfaltos Chilenos es una empresa chilena que desde el año 1964 se dedica a la importación y comercialización de asfalto en el territorio nacional. Para atender la demanda de asfalto, ACH posee terminales desde donde lo transporta a sus plantas de tratamiento. Por una parte, el terminal ubicado en Concón, de DASA, tiene por objeto recibir el asfalto que produce ENAP. Por la otra, Asfaltos Conosur S.A., formada por ENEX y ACH, es propietaria de los terminales en Ventanas y Mejillones. Este último no estaba en operaciones en el período a que se refiere el requerimiento.

3.3. En lo que respecta al mercado del asfalto en Chile, señala que son cinco las empresas que adquieren asfalto de primera fuente en Chile: Dynal, QLA,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Probisa, ENEX y ACH. Por su parte, son dos las principales fuentes de abastecimiento: la importación y la compra de asfalto nacional a ENAP.

3.4. El proceso de comercialización del asfalto en territorio nacional contempla tres grandes etapas: abastecimiento, procesamiento y comercialización. La importación de asfalto se hace por tres empresas: ACH, ENEX y Probisa, que trasladan el producto en buques especializados desde el origen a alguno de los puertos habilitados en Chile para su recepción directamente al terminal o a partir de camiones. Las importaciones de asfalto han aumentado desde cerca de 110.000 toneladas en 2009, a cerca de 180.000 toneladas en 2013.

3.5. Por otra parte, el producto puede ser adquirido a ENAP, que lo produce como derivado del petróleo. Esta fuente de suministro muestra una tendencia a la baja que equivale a una disminución de un 43% de 2009 a 2013. El asfalto adquirido por este canal es almacenado en los depósitos asfálticos en Concón de propiedad de DASA y en plantas en la Región del Bío.

3.6. La segunda etapa contempla el traslado del asfalto desde los respectivos terminales o depósitos, a través de camiones, a las plantas de tratamiento, donde es procesado. ACH es propietario de dos plantas de esta naturaleza, ubicadas en Concón y Talcahuano, que poseen capacidades de almacenamiento de 9.000 y 8.000 toneladas, respectivamente.

3.7. Finalmente, en la tercera etapa se lleva a cabo el proceso de comercialización propiamente tal. En esta etapa pueden apreciarse dos mercados. El primer mercado, denominado aguas arriba, contempla la venta de asfalto por parte de las empresas importadoras, esto es, ACH, ENEX y Probisa al resto de las empresas del sector. El segundo mercado, denominado aguas abajo o minorista, contempla la venta directa de asfalto por parte de las empresas señaladas a los consumidores finales del producto, conformados por las empresas constructoras, y que en una gran proporción construyen obras que les han sido adjudicadas a través de procesos de licitación públicas. En este canal participan todas las empresas mencionadas en el requerimiento y también Probisa, aunque su principal cliente es su coligada Bitumix que, además de ofrecer el servicio de suministro, ofrece la colocación del asfalto en las obras.

3.8. La dinámica de venta de asfalto en el mercado aguas abajo o minorista es la siguiente. En primer lugar los demandantes de asfalto, básicamente empresas constructoras que se han adjudicado la licitación de alguna obra pública, solicitan una cotización por una determinada cantidad de asfalto (en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cualquiera de sus formas) a alguna de las empresas comercializadoras (ACH, ENEX, QLA, Dynal o Probisa), la que contesta con algún monto. En posesión de dicha cotización, la empresa demandante opta por aceptar la cotización, o por recotizar con la misma empresa, o bien por cotizar con otra empresa. El proceso se repite hasta que el demandante se decide por alguna de las ofertas realizadas por las empresas vendedoras de asfalto.

3.9. ACH indica que presenta sus estados financieros en forma pública, a la Superintendencia de Valores y Seguros (“SVS”) y al público en general. En ellos se puede observar que en el año 2012, en que se supone que se celebraron dos de los tres acuerdos de reparto de contratos de suministro de obras específicas, las ventas cayeron a una cifra aún más baja que los tres años anteriores y las ganancias antes de impuestos se redujeron dramáticamente de la suma M\$1.907.710 a la suma de M\$66.735 en un año, es decir, casi correspondieron a pérdidas del ejercicio. Algo similar ocurrió con el margen bruto y la utilidad sobre ventas. Agrega que si ACH hubiese participado en acuerdos de reparto de mercado como los que se investigan, éstos debieron haberse traducido en rentabilidades mayores a las que se presentaron en los períodos de supuesta normalidad. Nada de eso se verificaría en los estados financieros de ACH.

3.10. En cuanto a los hechos que motivan el requerimiento, señala que la sola circunstancia que en este caso se imputen acuerdos puntuales de reparto de contratos específicos y no un acuerdo de reparto de mercado de carácter general y continuo, permite cuestionar el monto de las multas que la FNE solicita, las que no guardan relación alguna con las infracciones imputadas.

3.11. Luego destaca que QLA y Dynal son clientes de ACH; QLA, Dynal, ENEX y ACH son socias en DASA; ENEX y ACH son socios en Cono Sur; ACH produce para ENEX especialidades asfálticas bajo sus formulaciones. Las relaciones antes indicadas –todas las cuales son absolutamente legítimas–, justificarían que personeros de ACH mantengan permanentemente contactos con personeros de QLA, Dynal y ENEX. Por lo anterior, de la circunstancia que el señor Moroso haya tenido conversaciones con los señores Rivas, Seguel y Brenner no se podría inferir ninguna conclusión respecto de los hechos denunciados por la FNE.

3.12. A continuación analiza los acuerdos que la FNE sostiene habrían alcanzado las Requeridas para la asignación de contratos específicos de algunos clientes. En su análisis sólo se refiere a la actuación de ACH.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.13. En cuanto a la asignación del cliente constructora Dragados para las obras Puerto Montt-Pargua y Laja, señala que en el requerimiento no se indica que a QLA se le haya asignado contrato específico alguno por sus “buenos oficios”, lo que pugnaría con la lógica de un acuerdo de reparto de mercado, particularmente si se considera la mala relación que existe entre el señor Seguel y los controladores de ACH. Añade que la administración de ACH consultó al señor Sergio Moroso sobre el referido acuerdo, quien negó absolutamente la existencia del mismo, razón por la cual lo niega enfáticamente.

3.14. Adicionalmente, un acuerdo como el señalado resulta absolutamente inverosímil, por las siguientes razones: (i) entre Sacyr y ACH existiría un contrato para el suministro de asfalto para la obra Ruta 5 Norte Tramo Caldera-Vallenar que no contemplaba cláusula alguna que permitiera a Sacyr terminarlo anticipadamente, de forma de poder reemplazar a ACH por ENEX como proveedor de asfaltos; (ii) ACH realizó a Sacyr un descuento del precio pactado en el contrato antes referido, a raíz de una oferta realizada por ENEX y atendida la relación comercial que tenía ACH y Sacyr, padeciendo ACH el único efecto adverso de la oferta de ENEX; y, (iii) el suministro de asfalto de la obra “Ruta 5 Norte Tramo: Caldera-Vallenar” terminó el día 1 de octubre de 2011.

3.15. No obstante no indicarse en el requerimiento la fecha exacta en que habría ocurrido el supuesto acuerdo entre el señor Moroso y el señor Rivas, este sólo podría situarse en septiembre u octubre de 2011, ya que Dragados CVV S.A. y Dragados S.A. adjudicaron el suministro de sus contratos en el mes de noviembre de 2011. Así, a la fecha en que se habría alcanzado el acuerdo imputado en el requerimiento se encontraría terminado o próximo a terminar el suministro de la obra Caldera-Vallenar. Atendido lo anterior, juicio de ACH, el acuerdo que la FNE pretende que el señor Moroso habría alcanzado con el señor Rivas sería inverosímil. Ello se vería agravado si se considera que el gestor del acuerdo habría sido el señor Seguel, quien no habría obtenido nada para QLA, empresa de la cual es gerente general y dueño.

3.16. En cuanto a la asignación del cliente Besalco para construcción de las obras Duplijsa, Chañaral y Radomiro Tomic, ACH indica que sería extraño que, tras un primer supuesto acuerdo, hayan transcurrido entre diez a doce meses, para un segundo acuerdo y que se refieran a contratos específicos. A este respecto, el requerimiento sostiene que ACH habría dado su venia a un acuerdo alcanzado por QLA, Dynal y ENEX y que, por ello, habría solicitado “*no enfrentar competencia en alguna obra posterior a definir*”. Es decir, no habría obtenido

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

beneficio alguno del acuerdo, sino que una promesa de un beneficio futuro, cuyo cumplimiento dependía, en la lógica del requerimiento, de personas deshonestas, que serían parte de acuerdos de reparto de mercado y de gente que es controlada –en el caso de QLA y Dynal–, por personas con las cuales las controladoras de ACH mantienen severas diferencias. Indica que al conocer requerimiento, la administración de ACH consultó al señor Sergio Moroso al tenor del mismo, quien negó absolutamente la existencia del acuerdo.

3.17. Adicionalmente, a la fecha en que Besalco cotizó y adjudicó el suministro de asfaltos para las obras antes indicadas, QLA, Dynal y ENEX habrían tenido un acuerdo con Probisa en virtud del cual ésta les proveía asfalto desde su terminal de Mejillones. ACH sólo habría alcanzado un acuerdo similar con Probisa en el mes de marzo de 2013 y comenzó a operar el terminal de Mejillones en el mes de agosto de 2013, razón por la cual debía asumir mayores costos de transporte que los de su competencia (más de 1.000 kilómetros de distancia). Las circunstancias antes indicadas habrían sido conocidas por QLA, Dynal y ENEX, por lo que sabían que ACH no era una real competencia para la provisión de asfalto de las obras Duplijsa, Chañaral y Radomiro Tomic.

3.18. A lo anterior se debe agregar que sería un hecho conocido por QLA y Dynal que Besalco no ha contratado a ACH para que le suministre asfalto para una obra desde 1998, ya que el año 1997 se habría suscitado un conflicto entre ACH y una sociedad relacionada a Besalco, en virtud de la cual ésta debió pagar íntegramente a ACH el precio del asfalto suministrado y asumir los costos que demandó rehacer todos los trabajos ejecutados, con las consiguientes pérdidas económicas que ello implica. A partir de tales acontecimientos, Besalco nunca más contrató a ACH para proveerle el asfalto de una obra. De hecho, en el período revisado Besalco no habría comprado siquiera cantidades menores de asfaltos a ACH como para atender a una urgencia o un problema de suministro.

3.19. En virtud de lo expuesto, en el evento que QLA, Dynal y ENEX quisieran llegar a un acuerdo para repartirse las obras de Besalco en caso alguno habrían necesitado de la venia o anuencia de ACH.

3.20. Finalmente, carecería toda lógica que ACH haya otorgado su venia contra un beneficio futuro, cuando a principios del mes de septiembre de 2012 habrían existido diversas obras que se encontraban en proceso de adjudicación, muchas de las cuales resultaban de su interés.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.21. En cuanto a la asignación de los clientes Figueroa Vial, Tafca y Recondo para las obras rutas La Negra, Orozco y Hornopirén, ACH señala que, de conformidad al requerimiento, QLA no se asignó obra alguna, a pesar de que el señor Seguel habría participado en la referida reunión. Sería inverosímil que un participante en un acuerdo de reparto de mercado no se asigne contrato alguno.

3.22. En lo que se refiere a ACH, existirían cinco circunstancias a tener presente: (i) Figueroa Vial no ha contratado suministro de asfalto a ACH para obra alguna; (ii) Recondo no ha contratado suministro de asfalto a ACH para obra alguna, ni le solicitó cotización por la obra Hornopirén; (iii) a septiembre de 2012 la información que ACH manejaba respecto de la obra Lo Orozco era que Tafca iba a subcontratar la ejecución de la partida respectiva, por lo que no contrataría suministro de asfalto (por consiguiente, habría carecido de sentido aceptar como contrapartida en el acuerdo imputado una obra que se creía no iba a ser ejecutada); (iv) Tafca contrataría prácticamente todas sus obras con ACH, por lo que tampoco requeriría de involucrarse en un acuerdo con terceros; y, (v) Tafca habría contratado a ACH el suministro de asfalto para la obra Lo Orozco en el mes de abril de 2013, es decir, Tafca contrató a ACH en un período en que la FNE no ha pretendido la existencia de acuerdos anticompetitivos.

3.23. A juicio de ACH, los acuerdos de la naturaleza que imputa la FNE supondrían necesariamente la mantención de las participaciones de mercado de los involucrados. No obstante, las participaciones de mercado mostrarían gran variación desde la fecha en que la FNE señala se alcanzó el primer acuerdo. Sería insólito suponer que acuerdos de reparto de mercado que produjeran un aumento de 9 puntos en la participación de mercado del segundo actor, con desmedro de 12 puntos en la del que era el principal actor (ACH).

3.24. Por otro lado, ACH desconocería total y absolutamente las condiciones de las cotizaciones que pudieron haber presentado Dynal, QLA y ENEX a las empresas constructoras para las obras específicas a que se refiere el requerimiento. ACH señala que la FNE no incluyó información alguna a tal respecto, a pesar que en el requerimiento se indica que para materializar los acuerdos imputados, aquellas de las Requeridas a las que no se habría acordado adjudicar un determinado contrato u obra formulaban cotizaciones a precios mayores que aquella a la que se le adjudicó. A su juicio, la omisión en que incurre la FNE sería cuestionable, pues afectaría el derecho a defensa de las Requeridas. Además la FNE tampoco habría divulgado en el requerimiento los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

antecedentes que habría entregado ENEX, lo que infringiría un derecho constitucional al debido proceso.

3.25. ACH añade que durante los últimos años habrían existido un número importante de litigios o controversias entre las Requeridas que habrían debido ser conocidas por los tribunales de justicia o por la SVS, y que harían inverosímil la existencia de una colusión en el mercado. Dichas controversias consistirían en, en primer término, el ingreso hostil de las sociedades controladoras de Dynal y QLA a ACH. En segundo término, en la denuncia efectuada por el señor Patricio Seguel Bunster ante la SVS en contra de ACH por haber infringido lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley N° 18.046, en cuanto permite el examen, entre otros, de la documentación contable de la sociedad, durante los quince días anteriores a la junta ordinaria de accionistas.

3.26. En tercer término, en el juicio de exclusión de las controladoras de ACH en contra de Compañía de Inversiones QLA S.A., por haber adquirido acciones de ACH con el propósito atacar a un competidor mutuo, para disminuirlo o sacarlo simplemente del mercado. En opinión de los accionistas controladores de ACH, el accionista Inversiones QLA S.A., a través del director designado con sus votos, habría utilizado información privada y confidencial de la sociedad su propio en beneficio y en perjuicio de ACH, privando a ésta de una excelente oportunidad de negocios. En concepto de los controladores de ACH, el ingreso de QLA a la sociedad no tiene por objetivo obtener beneficios de su aporte sino, por el contrario, conocer las estrategias de un competidor y coartarlas desde su inicio. Por ello habrían solicitado judicialmente la exclusión de dicho accionista de la sociedad, materia en conocimiento de la Excma. Corte Suprema.

3.27. En cuarto lugar, ACH hace referencia a un juicio para intentar privar del control de Asfaltos Chilenos a su controlador. Indica que uno de los accionistas de ACH es la sociedad Inversiones Concón Limitada compañía en comandita por acciones (en adelante "Concón Ltda. CPA"), de la que don Nelson Walter King Farías, quien fue gerente general de la sociedad ACH hasta mayo de 2008, es socio comanditario. En agosto del mismo año el señor King, suscribió una escritura de renuncia a la sociedad Inversiones Concón Ltda. CPA, alegando que dicha renuncia ponía fin a la sociedad con el propósito de disolverla y de recibir en reparto 3.150.000 acciones de ACH para luego venderlas a Dynal. Al no aceptar sus socios el término de la sociedad, el señor King los demandó ante los tribunales civiles, acción judicial que en último término fue desestimada por la Excma. Corte Suprema.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.28. Después de esa serie de acciones hostiles por parte de sus competidores sería inverosímil sostener que ACH se hubiera concertado con ellos para repartirse parte del mercado del asfalto o para no competir con ellas.

3.29. ACH afirma que no habría participado en un acuerdo de reparto de mercado entre las Requeridas y, por ende, tampoco en un reparto de contratos de provisión de asfalto para determinadas rutas y faenas.

3.30. ACH añade que las Requeridas tampoco representarían el 100% de la oferta de ligantes asfálticos y sus derivados a nivel minorista a empresas constructoras en el territorio nacional.

3.31. ACH también afirma que la ley exigiría otro requisito adicional para configurar la infracción de colusión, consistente en producir efectos anticompetitivos constatables y precisos, al punto que la prescripción no se contaría desde el acuerdo, sino desde el cese de los efectos anticompetitivos. De esta forma, aunque pareciera que sólo se exige que el acuerdo confiera efectivamente poder de mercado a los protagonistas de la colusión, esto no bastaría. Para que se configure la infracción el poder de mercado debería ejercerse efectivamente. Luego indica que el acuerdo imputado por el Requerimiento, de haber existido, tampoco habría generado ganancias o utilidades extraordinarias.

3.32. Finalmente, ACH señala que las multas propuestas por la FNE serían completamente desproporcionadas, desmedidas y excesivas para el caso de ACH, ya que: (i) no habría obtenido beneficio alguno de la supuesta colusión, pues en el caso del contrato con Sacyr, éste se celebró el año 2010, es decir, antes de que ocurrieran los acuerdos imputados; y ,en el caso de Tafca, el contrato se celebró en abril de 2013, esto es, en el período que la FNE no pretende que existían acuerdos colusivos. Como consecuencia de lo anterior, los precios de dichos contratos se pactaron en períodos en que no existirían acuerdos colusivos (2010 y 2013), es decir, en escenarios competitivos; (ii) la supuesta conducta no habría sido grave, solo afectaría a un conjunto muy pequeño de empresas constructoras y para obras específicas de las mismas; (iii) ACH jamás había sido acusada de una conducta anticompetitiva; y, (iv) ACH colaboró con la FNE durante su investigación.

3.33. Por las razones antes expuestas, ACH solicita que el requerimiento sea rechazado con expresa condena en costas en lo que respecta a ella y, en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

subsidio, que se reduzca la multa al mínimo legal, o a la suma inferior que el Tribunal exime ajustada a derecho.

4. A fojas 110, con fecha 8 de agosto de 2014, QLA contestó el requerimiento de la FNE, solicitando su rechazo, con expresa condenación en costas, por las consideraciones siguientes:

4.1. Señala QLA que ninguna de las acusaciones de la FNE serían efectivas, y que ella no habría celebrado ni ejecutado acuerdos anticompetitivos como los imputados. Indica que el requerimiento se basaría en conjeturas y sería vago. Añade que en el período cubierto por la investigación de la FNE, QLA participó en la licitación de 571 obras, representando las licitaciones cuestionadas un porcentaje mínimo del total de licitaciones en las que QLA presentó ofertas, mientras que el único contrato que habría ganado en virtud de la supuesta colusión representa un 0,17% de ese total. Expresado en toneladas, ese contrato representaría el 2,77% del total de toneladas vendidas por QLA entre los años 2011 y 2013 y le habría reportado un margen promedio por tonelada de producto inferior al promedio habitual de la empresa.

4.2. A continuación QLA describe la industria del asfalto en Chile. Explica que por asfalto se comprende a los cementos asfálticos y sus modificaciones, y a las especialidades asfálticas. El cemento asfáltico es un ligante de uso más masivo en la construcción de caminos de todo tipo, donde los más utilizados son el CA-24 y el CA-14. Sus modificaciones se elaboran agregándole otros elementos (polímeros) y de ahí su denominación como “cementos asfálticos elastoméricos”, los que permiten obtener un producto de propiedades mejoradas de alto desempeño para pavimentos de alta calidad sometidos a condiciones climáticas extremas o de caminos con pendientes fuertes y tránsito pesado. Las especialidades asfálticas incluyen principalmente las emulsiones asfálticas.

4.3. Para fabricar los productos asfálticos recién descritos, las empresas minoristas necesitan abastecerse de asfalto, su materia prima, la que pueden obtener de sólo dos fuentes: de la producción de ENAP o de la importación que prácticamente efectúan sólo tres empresas en Chile: ENEX, ACH y Probisa. Estas tres empresas son además comercializadores minoristas de asfalto, compitiendo en el mismo mercado que aquellas empresas que no importan asfalto y únicamente se dedican a la venta minorista, como QLA y Dynal.

4.4. Indica QLA que a la fecha de contestación del requerimiento ENAP produce del orden de un 14-15% del asfalto que se precisa para abastecer las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

necesidades de este producto en Chile y que prácticamente todo el abastecimiento necesario faltante proviene de asfalto importado. Por ello, QLA se ve obligada a comprar la materia prima mayoritariamente a sus propios competidores (75,9% en el período 2011 a 2013).

4.5. Los principales clientes de las empresas que comercializan productos asfálticos a nivel minorista son las constructoras que desarrollan proyectos viales. El proceso de compra consiste en que las empresas constructoras solicitan varias cotizaciones a las comercializadoras minoristas de asfalto hasta poco antes del inicio propiamente tal de las faenas de pavimentación. Se trata de una instancia informal, de meses, en donde muchas veces los precios se entregan por medio de correos electrónicos o incluso telefónicamente.

4.6. En lo que respecta a la forma de calcular el precio de cada cotización y a los factores que inciden en esto, señala que el precio inicial que QLA entrega a cada constructora y la capacidad de rebajarlo depende de: (i) el precio de la materia prima al momento de la cotización; (ii) la disponibilidad de dicha materia prima; (iii) los volúmenes de productos asfálticos involucrados; (iv) las fechas de pago que contemple la constructora; (v) los plazos de entrega; (vi) la ubicación de la obra; (vii) el historial o “crédito” que el cliente empresa constructora de que se trate tenga con QLA; (viii) la capacidad operativa de transporte; y, (ix) la capacidad financiera del cliente al momento del negocio.

4.7. QLA afirma que lo que la FNE imputa como una concertación organizada para “repartirse” licitaciones de obras o faenas, no sería más que el lícito intercambio de opiniones entre los actores de la industria del asfalto ante la grave crisis de abastecimiento y las lícitas reuniones de empresas agrupadas gremialmente en el Instituto Chileno del Asfalto, donde también participan empresas constructoras, incluyendo algunas de las supuestas víctimas de la colusión imputada.

4.8. Acerca de las motivaciones que pudo haber tenido ENEX para hacer uso del mecanismo de la delación compensada, QLA explica que delación compensada le brindaría a ENEX la posibilidad de un doble beneficio. Por una parte, le permitiría aparecer ante el mercado como un actor supuestamente recto y, por la otra, le permitiría utilizar el sistema de protección de la libre competencia para atacar a sus competidores –en especial a los más pequeños y menos protegidos–, pues las multas solicitadas por la FNE, de ser acogidas, les impedirían seguir compitiendo en el mercado nacional de los productos asfálticos. Con ello, ENEX quedaría mejor posicionada para hacerse de la gran

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mayoría de las licitaciones de proyectos futuros, logrando así el efecto inverso al buscado por las normas de libre competencia.

4.9. Explica que en diciembre de 2001 la antecesora de ENEX –Shell–, formó Cono Sur, a través de la cual adquirió un terminal capaz de recibir y almacenar 50.000 toneladas métricas de asfalto importado. En septiembre del año 2002, Shell le cedió a ACH el 50% de Cono Sur. De esta manera, una de las denunciadas (ACH) es socia de ENEX en una instalación de importancia estratégica para el desarrollo del negocio, lo que genera desventajas para los actores nacionales del mercado minorista.

4.10. A raíz de la situación descrita –y dado que el asfalto utilizado como materia prima es un *commodity*–, a partir del año 2008 QLA decidió cambiar el foco de su negocio y se concentró en fabricar emulsiones asfálticas. A partir del año 2011 hubo un fuerte aumento en la demanda nacional de estos productos y las ventas de QLA prácticamente se duplicaron. En ninguno de estos años la producción propia de QLA fue suficiente para abastecer la demanda de sus clientes, por lo que no tuvo más alternativa que adquirir la materia prima de los importadores como ACH, ENEX y Probisa, los que, por otro lado, son sus competidores.

4.11. En el período investigado por la FNE se habría generado una severa crisis de abastecimiento de materia prima asfalto, provocada fundamentalmente por la alta demanda de productos asfálticos para obras viales. Dicha crisis habría impactado con mayor intensidad a QLA, quien se vio obligada a mantener constantes negociaciones con sus únicos proveedores posibles, que son dos de las requeridas (ENEX y ACH), además de Probisa.

4.12. Señala que no se entiende qué interés podrían haber tenido los actores más grandes y que cuentan con acceso ilimitado al asfalto que ellos mismos importan (ACH y ENEX) para concertarse con las minoristas como QLA, ni qué poder de negociación podría haber tenido QLA ante empresas de las que depende para abastecerse.

4.13. En lo que respecta a las imputaciones de la FNE relativas a las obras Puerto Montt-Pargua y Laja QLA sostiene que la acusación de la FNE utilizaría un lenguaje impreciso, al señalar que el supuesto ofrecimiento por parte del gerente general de QLA habría ocurrido en algún punto indeterminado del segundo semestre del año 2011. Además, señala que no se vislumbraría cuál sería el beneficio obtenido por QLA.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4.14. Afirma QLA que todas las imputaciones formuladas respecto de QLA y su gerente general serían falsas. Jamás habría ofrecido sus “oficios” ni intermediación de ninguna especie para que ENEX y ACH llegaran a algún tipo de acuerdo. Si ENEX y ACH hubieran necesitado coludirse para asignarse contratos, no habría sido necesaria la intermediación de QLA.

4.15. Indica QLA que a través de sus acusaciones la FNE insinuaría que ella y su gerente tendrían motivos para cautelar los intereses de ACH. Explica que si bien QLA posee el 24,3% de ACH a través de una sociedad de inversiones denominada Inversiones QL, la adquisición de dicho porcentaje accionario se produjo el año 2007 y habría tenido como objetivo acceder al terminal de Cono Sur, para así mejorar las condiciones de abastecimiento de materia prima. Sin embargo, dicho objetivo no se habría logrado y, muy por el contrario, el hecho que Inversiones QLA sea dueña del dicho porcentaje de ACH se habría tornado en una permanente fuente de conflictos con los controladores de dicha empresa. Esos conflictos se habrían manifestado en la existencia de: (i) un reclamo ante la SVS, en virtud de la cual Inversiones QLA denunció que se le había negado el acceso a la información contable de ACH, lo que redundó en la aplicación de sanciones por parte de la SVS al gerente general de ACH; y de (ii) un juicio arbitral en virtud del cual Inversiones QLA fue demandada solicitando que se ordenara su exclusión de ACH, juicio que aún no habría terminado. Así, QLA no tendría razones para interceder por ACH, ni su gerente general influencia en los ejecutivos de ACH. Como consecuencia de lo anterior, a la fecha ACH tendría un directorio totalmente judicializado, donde parte importante de los directores nombrados por los accionistas serían abogados litigantes.

4.16. A continuación explica que las comunicaciones entre el señor Patricio Seguel (de QLA) y el señor Cristián Rivas (de ENEX) se debieron a motivos distintos a la supuesta intermediación que acusa la FNE y obedecieron a dos motivos principales: (i) la permanente necesidad de abastecimiento de materia prima por parte de QLA –entre los meses de octubre de 2011 y febrero de 2012 las compras de asfalto de QLA a ENEX aumentaron considerablemente–; y (ii) la intención de ENEX de negociar un eventual contrato en virtud del cual QLA le proveería de emulsiones y otras especialidades asfálticas. ENEX carece de la capacidad para fabricar especialidades asfálticas más allá del asfalto *commodity*, tales como las emulsiones asfálticas. Por el contrario, a partir del año 2008 QLA se enfocó en la fabricación de dichas especialidades asfálticas y en la segunda mitad del año 2011 se iniciaron conversaciones entre ENEX y QLA.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4.17. Con respecto de la obra Puerto Montt-Pargua, indica que a QLA se le solicitó cotizar el asfalto para dicho proyecto debido a su larga relación de negocios con la constructora Claro, Vicuña, Valenzuela. Se presentaron cotizaciones en tres oportunidades durante el año 2011: en marzo, octubre y noviembre. Señala que las diferencias en los precios de los fletes en cada caso se deben al lugar de origen desde donde se podía despachar el producto. Así, en el caso del CA-24 la primera cotización consideraba entrega desde Talcahuano (más próximo al lugar de la obra). Sin embargo, a partir de septiembre de ese año QLA habría dejado de tener abastecimiento en esa zona, debiendo calcular todos sus despachos desde su planta en Viña del Mar.

4.18. Por otra parte, destaca que en general los márgenes de utilidad de QLA fueron bajando en cada cotización. Así por ejemplo, de un margen de 1,5% en la cotización inicial de CA-24, principal producto solicitado para el proyecto, se llegó a un margen de 1,2% en la cotización final. A su turno, de un margen de 15,6% en la cotización inicial de cemento asfáltico modificado CA-60/80 Stylink, se llegó a un margen de 2,4% en la cotización final. El único margen que subió fue el del producto QLA Prime, pero eso se debe a que es una de las especialidades de QLA, y la cantidad de este producto respecto del contrato total era mínima (menos del 10%). Así, la utilidad esperada de QLA habrían ido a la baja en las respectivas cotizaciones.

4.19. QLA destaca la envergadura del proyecto Puerto Montt-Pargua, indicando que el total de toneladas involucradas en la obra fue de 17.450, lo que habría representado más de un tercio de lo que QLA vendió en el año 2011 (45.081 ton), lo que reflejaría que QLA no tenía posibilidad alguna de abastecer ese contrato y explicaría que no haya realizado esfuerzos mayores para llevárselo.

4.20. En lo que respecta al proyecto Laja, QLA indica que esa obra fue ejecutada por Dragados, empresa con la cual QLA nunca ha trabajado. Por lo mismo, la constructora no le habría solicitado cotizaciones a QLA. Por su parte, QLA tampoco buscó adjudicárselo, ya que carecía del abastecimiento necesario en la zona sur del país.

4.21. En lo que respecta al segundo grupo de acuerdos imputados por la Fiscalía, esto es, los relativos a Constructora Besalco por las obras Duplijsa, Chañaral y Radomiro Tomic, QLA señala que la FNE realizaría un relato impreciso de los hechos. Señala QLA que ninguna de las imputaciones de la FNE serían efectivas en lo que respecta a QLA, reiterando que las reuniones y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

contactos telefónicos con ENEX, Dynal y ACH –incluida la del Hotel Radisson– se debieron a la necesidad de contar con materia prima.

4.22. Con respecto de la supuesta planilla a que hace alusión la Fiscalía, señala que lo por ella afirmado no sería efectivo. Para desarrollar su negocio, QLA haría un levantamiento diario de información, a fin de estar al tanto de los proyectos viales que se van a licitar y de cuánto producto asfáltico éstos van a necesitar, con el objetivo de anticipar potenciales negocios. Dicha información sería estratégica para la empresa, por lo que no la entregaría a la competencia.

4.23. QLA señala además que Besalco habría sido por muchos años un cliente tradicional suyo, y que le pidió cotizaciones para las tres obras. QLA le habría hecho saber a Besalco desde el principio de las negociaciones que sus condiciones productivas de cemento asfáltico modificado CA-60/80 Stylink habrían sido muy limitadas, por lo que no habría estado en condiciones de abastecer las obras Duplijsa y Radomiro Tomic, que requerían 1.400 y 4.000 toneladas de ese producto, respectivamente. Para efectos de dimensionar esos volúmenes, cabe señalar que en todo el año 2012 QLA vendió 2.065,18 toneladas de CA-60/80 Stylink (de las cuales produjo 647,22, debiendo adquirir el resto de los importadores), mientras que en 2013 dicha cantidad se redujo a 1.305,87 toneladas (de las cuales produjo 1.205,68). Más aún, la poca producción con que QLA sí contaba ya estaba comprometida para la obra Paso Pehuenche del Consorcio Paso Pehuenche Ltda., que se estaba ejecutando desde principios de 2012.

4.24. QLA explica que las cotizaciones entregadas a Besalco para las obras Duplijsa y Radomiro Tomic en general mantuvieron o bajaron sus márgenes de utilidad en cada uno de los períodos en que se entregaron. Sin embargo, los descuentos no habrían sido mayores, atendido que QLA no habría tenido capacidad para ejecutar los contratos y, por esa razón, comercialmente no podía arriesgarse a ganárselos para después verse forzada a renunciar a ellos y quedar mal con uno de sus clientes más importantes (caso Radomiro Tomic) o tener que comprar a terceros (caso Duplijsa).

4.25. QLA argumenta que el proyecto Chañaral se habría encontrado en una situación distinta. Esa obra requería principalmente cemento asfáltico CA-24 (3.059 toneladas) más una cantidad menor de la especialidad QLA Prime (287 toneladas). Dado que QLA sí contaba con producto suficiente para abastecer esta obra, efectuó sucesivas cotizaciones a fin de otorgarle a Besalco el mejor precio posible para un proyecto importante y de largo plazo (11 meses de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

suministro). Como consecuencia de lo anterior, QLA se adjudicó el proyecto Chañaral, obteniendo Besalco condiciones muy ventajosas y favorables para el suministro de asfalto. Sobre este punto, resulta pertinente agregar que, según sus propias declaraciones, Besalco también habría obtenido buenas condiciones para las obras Duplijsa y Radomiro Tomic.

4.26. En cuanto al tercer grupo de proyectos cuestionados por la FNE, esto es la asignación de los clientes Figueroa Vial, Tafca y Recondo para las obras rutas La Negra, Orozco y Hornopirén, QLA señala no cotizó respecto los contratos de Orozco y Hornopirén porque las constructoras involucradas no serían clientes de QLA. Tafca habría sido siempre cliente de ACH y en la práctica le compraría todos los productos asfálticos que requiere a esa empresa. Dado que QLA nunca le habría podido vender, en este caso ni siquiera se le habría cotizado. En cuanto a Recondo, esa constructora tuvo un desencuentro comercial con QLA años atrás, producto del cual simplemente no le compraría a QLA.

4.27. A juicio de QLA, la FNE también efectuaría imputaciones sin fundamento a este respecto. Según QLA, el objeto de la reunión de 27 de septiembre de 2012 en el Hotel Regal Pacific fue una vez más buscar una solución para la crisis en el suministro de materia prima. A partir del mes de julio de 2012 QLA nuevamente debió incrementar sus compras de materia prima asfalto a sus competidores. La otra empresa minorista –Dynal– se habría encontrado en una situación similar de falta de abastecimiento. Ante este escenario, tanto QLA como Dynal debieron negociar con ENEX y ACH en su calidad de importadores de asfalto, a fin de solucionar sus problemas de abastecimiento.

4.28. Respecto de la supuesta entrega de un *pendrive* que habría contenido una planilla, QLA afirma que su gerente general no le habría entregado ni a ENEX ni a ninguna otra empresa *pendrive* alguno. QLA levantaría información y elaboraría registros sobre licitaciones futuras para planificar el desarrollo de su negocio. Esos registros constituirían información estratégica y privada de la compañía que, por lo mismo, jamás se compartirían con la competencia.

4.29. En lo que respecta a las cotizaciones efectuadas por QLA para el proyecto La Negra, indica que el proceso de cotizaciones constó de una cotización inicial en diciembre del año 2011 y casi un año después, en septiembre y octubre del año 2012, otras dos cotizaciones con márgenes de utilidad más bajos, llegando a un precio final con un margen bajísimo. Entre la cotización inicial de diciembre de 2011 y la final de octubre de 2012, el margen ofertado por QLA se redujo en casi 5 puntos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4.30. Sobre las “*reuniones posteriores entre las requeridas*” en la Pastelería Mozart, en alguna fecha no precisada entre 27 de septiembre y el 16 de octubre de 2012, “*oportunidad en la cual Enex declaró abiertamente su intención de no continuar el reparto de faenas*”, QLA señala no tener registro de que esa reunión se haya llevado a cabo. Por otro lado, no siendo efectiva la existencia del supuesto acuerdo colusorio, malamente podría haber ENEX manifestado su intención de no perseverar en él.

4.31. La FNE continúa refiriéndose a una reunión llevada a cabo el día 17 de octubre de 2012 en el restaurant Ruby Tuesday entre QLA y ENEX, lo que no se condeciría con su pretendida renuncia al supuesto acuerdo colusorio. Efectivamente, la reunión tuvo lugar, pero en ella no se habría tratado sobre supuestas concertaciones para asignarse clientes; ni mucho menos el gerente general de QLA habría entregado *pendrive* alguno. Como en todas las ocasiones anteriores, para QLA esta reunión habría sido importante por su falta de abastecimiento de materia prima.

4.32. QLA concluye que no existiría una conducta anticompetitiva por su parte; sus actuaciones habrían sido lícitas, toda la participación de QLA en las reuniones y llamadas telefónicas constituirían actuaciones desarrolladas en el marco de la legalidad, además las mismas habrían sido absolutamente necesarias para poder desarrollar su negocio y cumplir con sus compromisos con los clientes.

4.33. En lo que respecta al mercado relevante, explica que en el mercado nacional de los productos asfálticos existirían dos tipos de empresas: (i) las minoristas que fabrican, comercializan y distribuyen productos asfálticos a los clientes finales; y (ii) las mayoristas ACH, ENEX y Probisa que operan sobre la base de importar asfalto, el cual luego venden a las empresas minoristas. Las mayoristas individualizadas también operan en el mercado minorista, junto con Dynal y QLA.

4.34. En este sentido, el análisis del mercado relevante debería incluir las ventas de la empresa Probisa, independientemente de que su producción sea adquirida mayoritariamente por Bitumix, constructora relacionada con ella. Lo anterior debido a que se trata precisamente de la comercialización minorista de productos asfálticos a una empresa constructora de obras viales, la cual se desarrolla en Chile. Esto no sería trivial, pues las ventas de Probisa representarían del 26% al 27% del mercado nacional, constituyendo Bitumix el mayor consumidor de productos asfálticos a nivel nacional. En efecto, esa

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

empresa constructora se adjudicaría una gran cantidad de las obras viales que son llamadas por licitación pública cada año, todas las cuales serían parte del mercado minorista de productos asfálticos, por lo que si no se abasteciera de Probisa tendría que ser provisto por alguno de los otros actores del mercado

4.35. Por otro lado, QLA señala que la Fiscalía omitiría considerar que sí existen sustitutos para los productos asfálticos que se utilizan en la construcción y reparación de obras viales. Para ese tipo de obras viales la competencia tradicional del asfalto sería el pavimento de hormigón de cemento, que actuaría como una contención a potenciales aumentos de precios de los productos asfálticos, pues el MOP y los mandantes no tendrían problema en utilizarlo si el precio del asfalto sube mucho. A mayor abundamiento, la tecnología del pavimento de hormigón de cemento sería ampliamente dominada en el área vial y tendría un liderazgo natural en los proyectos viales.

4.36. En definitiva, a juicio de QLA la FNE habría entregado una definición de mercado relevante que sería funcional a sus imputaciones sobre una supuesta colusión. La Fiscalía habría invertido el orden lógico, imputando en primer término las conductas supuestamente anticompetitivas para luego amoldarlas a una definición de mercado relevante creada al efecto, cuando lo que debió hacer es definir el mercado relevante conforme a análisis económicos y jurisprudenciales, para luego determinar si los hechos descritos serían constitutivos de colusión en dicho mercado.

4.37. La definición del mercado relevante constituiría uno de los factores primordiales para efectos de determinar si existe poder de mercado. Así, incluyendo tanto (i) los bienes sustitutos de productos asfálticos (hormigón de cemento, el que se utiliza a nivel país en un 50% de las obras viales urbanas e interurbanas y rurales); como (ii) la participación de mercado de Probisa, la participación de mercado de QLA sería de alrededor de un 10%, muy inferior a las participaciones de 30%, 28% y 26% que la FNE le asignaría para los últimos tres años.

4.38. Indica QLA que el tamaño relativo de las empresas de productos asfálticos (sobre todo de aquellas que, como QLA, se dedican sólo al comercio minorista) sería muy inferior al tamaño relativo de sus clientes, las empresas constructoras de obras viales. Por consiguiente, serían las empresas constructoras las que realmente tendrían poder de mercado respecto de las comercializadoras de asfalto, y no a la inversa, de modo que una colusión para imponerles condiciones resultaría impensable.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4.39. En lo que respecta a las barreras a la entrada, el requerimiento describe que la principal barrera para nuevos actores en la comercialización de productos asfálticos viene dada por el acceso al insumo asfáltico. A este respecto, QLA precisa que sólo ENEX y ACH podrían traer barcos con capacidades superiores a 10.000 toneladas, dado que cuentan con la capacidad de almacenaje del terminal Cono Sur. Ese dato tendría la mayor relevancia, pues existirían significativas economías de escala al factorizar el flete.

4.40. QLA afirma que si bien lo aseverado por la FNE en cuanto la disponibilidad de materia prima asfalto sería en general efectivo, habría omitido algunos datos relevantes que indican que la entrada de nuevos actores al mercado no es tan dificultosa como la descrita. A modo de ejemplo, la empresa Andes Oil operaría en Arica desde el año 2011, contando con sus propias instalaciones y abasteciéndose de asfalto desde Colombia. Aun más relevante sería el caso de la empresa Oil Malal, que a la fecha de contestación del requerimiento se encontraría en la etapa de montaje de sus instalaciones en el puerto de San Antonio, donde se abastecerá por vía marítima.

4.41. En lo que respecta a los elementos supuestamente facilitadores de la colusión señalados por la FNE, QLA sostiene que si bien dichas situaciones existen y teóricamente podrían ser indicadores de la presencia de facilitadores para potenciales acuerdos colusivos, la realidad distaría de ser así. Por ejemplo, la participación de Inversiones QLA como accionista de ACH ha generado una relación enteramente conflictiva entre esta última y QLA según se señaló.

4.42. A juicio de QLA, no constaría en autos acción u omisión alguna llevada a cabo por las Requeridas que dé a entender algún tipo de seguimiento o control de las supuestas asignaciones concertadas, o que corrobore la ejecución de un acuerdo de esas características a partir de una estructura predeterminada, cuestión fundamental si lo que se persigue es efectivamente concretar una conducta colusoria de cartel. Asimismo, ninguno de los antecedentes señalados por la FNE tendría (i) la capacidad de producir los efectos anticompetitivos en los precios (que por su naturaleza se derivan de las prácticas colusorias); (ii) ni menos la aptitud de entregar a QLA el poder de mercado que se pretende: la única licitación que QLA habría logrado ganar en virtud del supuesto acuerdo (Chañaral) habría implicado una oferta absolutamente conveniente para Constructora Besalco.

4.43. Para que se configure colusión, necesariamente deben concurrir los siguientes dos requisitos copulativos (i) voluntad anticompetitiva y (ii) producción

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de consecuencias económicas determinadas, o bien la aptitud objetiva para producir esas consecuencias, requisitos que no concurrirían en la especie. Además, según el entender de la FNE las Requeridas se habrían aprovechado del desconocimiento que habrían tenido los adjudicatarios de las obras sobre cada una de las ofertas presentadas, propuestas que eran conocidas previa e íntegramente por todos los concursantes, de forma de saber quién presentaría la mejor oferta, cuál sería el precio y cuáles serían sus condiciones, lo que debe ser demostrado por la FNE, lo cual le agrega una carga adicional, cuál es acreditar tanto la existencia de dolo por parte de los supuestos infractores. QLA niega haber tenido el conocimiento o la intención que exige el ordenamiento jurídico para acreditar el dolo que describe el artículo 3º del D.L. N° 211, elemento que sería fundamental para tener por acreditada este tipo de conducta.

4.44. Agrega QLA que las sanciones cuya aplicación solicita la FNE serían improcedentes y que la Fiscalía ha omitido ponderar correctamente todos los criterios establecidos por el artículo 26 letra c) del D.L. N° 211. En cuanto al beneficio económico, el requerimiento nada dice al respecto, cuestión que no sólo revelaría la improcedencia de las acusaciones, sino también su vaguedad y falta de antecedentes. En cuanto a la gravedad de la conducta, QLA señala que tiene una restricción constante en su poder de negociación con el resto de los agentes, por lo que resulta inverosímil considerarla como gestor, líder e instigador del supuesto acuerdo. Finalmente, QLA no tendría la calidad de reincidente en sede de competencia.

4.45. En subsidio de ello, y para el evento que este Tribunal determine la existencia de estos supuestos hechos, hace presente que la multa solicitada por la FNE para QLA representaría el 29% del patrimonio de la compañía. Con la aplicación de esa multa no sólo se impediría a QLA seguir compitiendo en el mercado nacional de los productos asfálticos, sino que además, se aumentaría la participación de ENEX a niveles casi monopólicos en el mercado relevante. QLA hace presente que el objeto de una sanción en los ilícitos anticompetitivos sería principalmente preventivo y que en este caso la multa no guardaría relación con el disvalor de los supuestos injustos denunciados, con la eficacia racional en relación al contexto relatado, ni con la protección de la libre competencia.

4.46. Por lo anterior, QLA solicitó que se la exima del pago de la multa –atendida absoluta inexistencia de conductas anticompetitivas de su parte– o, en subsidio, que ésta se fije en un monto mínimo, de acuerdo con lo que proporcional y razonablemente fije este Tribunal conforme al mérito de autos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5. A fojas 169, con fecha 8 de agosto de 2014, ENEX contestó el requerimiento de la FNE, ratificando lo expuesto por la FNE en cuanto a que tiene la calidad de acreedora del beneficio de exención de multa por haber cumplido todos los requisitos establecidos en el artículo 39 bis del D.L. N° 211.

5.1. Indica que entregó a la FNE todos los antecedentes de que disponía respecto de los hechos descritos en el capítulo II del requerimiento, titulado “Hechos que motivan el requerimiento”.

5.2. Reafirma su más irrestricto respeto a la normativa de libre competencia y rechaza enérgicamente cualquier conducta contraria a ella, las que no sólo contravendrían la legislación vigente, sino que los valores y principios de negocios con los que la compañía se encuentra fuertemente comprometida. En este sentido, ENEX indica que tan pronto como tomó conocimiento de los hechos que han dado lugar al requerimiento, se acogió al beneficio que concede el artículo 39 bis del D.L. N° 211.

6. A fojas 294, con fecha 23 de octubre de 2014, Besalco Construcciones S.A. solicitó ser parte coadyuvante de la Fiscalía Nacional Económica en el procedimiento de estos autos.

6.1. Besalco indica que su interés actual en el resultado del juicio se fundamenta en su calidad de parte directamente afectada por las conductas colusorias imputadas por la FNE en su requerimiento. Esto es, que las cuatro requeridas se comprometieron a presentar cotizaciones a Besalco, pero incluyendo precios y condiciones que permitieran en definitiva asignar las mismas de la manera previamente concertada.

6.2. Este actuar coordinado habría permitido a las Requeridas beneficiarse al obtener la asignación de contratos de suministro sin enfrentar competencia y así proveer productos asfálticos a Besalco a precios superiores a los que se habrían presentado en un escenario competitivo.

7. A fojas 422, con fecha 7 de octubre de 2014, se recibió la causa a prueba y se fijaron como hechos substanciales, pertinentes y controvertidos, los siguientes: *“(1) Hechos y circunstancias relativos a la estructura, características y funcionamiento del o los mercados objeto del requerimiento, en el período comprendido entre enero de 2010 y julio de 2014; y, (2) Efectividad, características, partícipes, circunstancias, oportunidad, objeto y efectos de los acuerdos imputados en el requerimiento”.*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

8. Prueba documental:

8.1. Por parte de la Fiscalía Nacional Económica: a fojas 2: 5 CD con registros telefónicos y carta de respuesta de Movistar; a fojas 350: copia del expediente de investigación FNE y antecedentes relativos a los tráficos telefónicos.

8.2. Por parte de Dynal: a fojas 46: carta de renuncia de Dynal al ICHA; a fojas 464: certificado emitido por HQS Consultores Ltda.; copias de documentos del directorio de Depósitos Asfálticos S.A.; cotizaciones emitidas por Clasa a Constructora Recondo S.A.; a fojas 1910: copia autorizada ante notario público del libro de accionistas de Dynal Industrial S.A.

8.3. Por parte de ACH: a fojas 1976: (i) copia del contrato de provisión de materiales para la obra “Concesión Ruta 5 Norte Tramo Caldera Vallenar” celebrado entre Sacyr y Asfaltos Chilenos S.A. con fecha 1 de junio de 2010; (ii) copia de notas de crédito N° 0013594 y 0012595, ambas del 31 de agosto de 2011; (iii) copia de guía de despacho emitida por ACH a Dynal con fecha 9 de agosto de 2012; (iv) copia de guías de despacho de ACH a ENEX emitidas en los meses de agosto, septiembre y octubre de 2012; (v) copia de guías de despacho de ACH a QLA emitidas en los meses de agosto, septiembre y octubre de 2012; a su vez, copia de órdenes de compra emitidas por QLA a ACH; (vi) copia de documento de rendición de gastos del señor Sergio Moroso Labadia correspondiente a un viaje a Río de Janeiro; (vii) impresión de página de ayuda soporte técnico de Windows que explicaría cómo cambiar las propiedades de un archivo; (viii) impresión de página web del Instituto Chileno de Asfalto que contiene información del Índice Pitch del año 2011 y 2012; (ix) impresión de las sentencias de fecha 6 de abril de 2015 en la causa Rol N° 17.218-13 y 26 de octubre de 2012 en la causa Rol N° 1.008-10, ambas de la Excma. Corte Suprema; (x) copia de la Resolución Exenta N° 150 de la Superintendencia de Valores y Seguros de 24 de febrero de 2010; (xi) comprobante de vacaciones N° 1318 del señor Vicente León Jaramillo; (xii) copia autorizada de escritura pública de la declaración jurada del señor Vicente León Jaramillo otorgada en la Notaría de Santiago del señor Juan Ricardo San Martín Urrejola bajo el repertorio 16.418; (xiii) copia de contrato de suministro de asfaltos especiales celebrado entre Probisa y ACH de fecha 9 de julio de 2013; (xiv) copias de guías de despacho de agosto, septiembre y octubre de 2011 emitidas por ACH a ENEX; (xv) copia de guías de despacho de agosto, septiembre y octubre de 2011 emitidas por ACH a QLA.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

8.4. Por parte de QLA: a fojas 2081: (i) copia de correos electrónicos que contienen comunicaciones entre QLA y los ejecutivos de las otras empresas de asfalto; (ii) copias de órdenes de compra enviadas por QLA a ACH, Probisa y ENEX entre el año 2011 y 2014; (iii) copia de facturas emitidas por ACH a QLA en los años 2010, 2011 y 2012; (iv) copia de recortes de avisos de licitaciones del Diario Oficial de los años 2012, 2013 y 2014 y registro de propuestas del Ministerio de Obras Públicas de los años 2011 a 2014; (v) copia de las cotizaciones enviadas por QLA a distintas constructoras los años 2010, 2011, 2012 y 2014; (vi) piezas principales del juicio arbitral denominado “Inversiones Axion Ltda. e Inversiones Concón Ltda. CpA con Compañía e Inversiones QL S.A.” y del requerimiento presentado por Compañía de Inversiones QL S.A. ante la Superintendencia de Valores y Seguros el año 2009 en contra del señor Vicente León Jaramillo; (vii) comunicaciones, minuta de reunión y borrador de convenio de accionistas relativos a la Sociedad de Asfaltos Cono Sur S.A.; (viii) Contrato de suministro de productos asfálticos celebrado entre Enap y QLA con fecha 31 de diciembre de 2013; y, (ix) estados financieros de QLA de los años 2012 y 2013; (x) Registro ISO-9000 de revisión de reclamos de clientes en enero de 2012; (xi) tarifarios de empresa de transportes Praga Limitada entre los años 2009 a 2014; (xii) copia de carta enviada por Oil Malal S.A. al Servicio de Evaluación Ambiental de Valparaíso con fecha 6 de noviembre de 2013; y, (xiii) planilla con el resumen de las importaciones de asfalto de Andes Oil durante los años 2010, 2011, 2012 y 2013.

8.5. Por parte de ENEX: a fojas 1971: (i) copia del acta de adjudicación del contrato de suministro de productos asfálticos de Sacyr a ENEX, de fechas 28 de marzo de 2013 y 8 de abril de 2013; (ii) copia de guía de despacho emitida por ENEX el 28 de noviembre de 2013 a Sacyr; (iii) copia de factura que ENEX emitió a Sacyr el 30 de noviembre de 2013; (iv) copia de contrato de trabajo suscrito entre Shell Chile S.A. Comercial e Industrial y el señor Cristián Emilio Rivas Rubio con fecha 1 de enero de 1996, copia de la actualización de dicho contrato con fecha 1 de noviembre de 2012 y copia del anexo N° 2 titulado “Beneficios Temporales” suscrito con fecha 1 de enero de 2012; a fojas 2538 (v) copia de anexo N° 2 del contrato de trabajo suscrito entre ENEX y Ricardo Omar Veloso Molina

8.6. Oficios y documentos acompañados por terceros: a fojas 1034 rola un escrito de ENAP Refinerías S.A. adjuntando información sobre producción de asfalto.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

8.7. Exhibiciones de documentos: a fojas 206 y siguientes, y 340 y siguientes la FNE exhibió documentos en relación a la presentación de fojas 192 de antecedentes originales de la delación compensada.

8.8. A fojas 1347 Productos Bituminosos S.A. exhibió (i) copia autorizada de escritura pública de constitución de Productos Bituminosos S.A. y la protocolización de su extracto y publicación (fojas 1260 a 1269); (ii) copia autorizada de escrituras públicas de modificaciones de la sociedad Productos Bituminosos S.A. y la protocolización de su extracto y publicación (fojas 1274 a 1331); (iii) copia del registro de accionistas de Constructora de Pavimentos Asfálticos Bitumix S.A. y Productos Asfálticos S.A. (fojas 1332 a 1346); (iv) copia de escritura pública de 28 de noviembre de 2008 titulada acta vigésima tercera sesión de directorio Productos Bituminosos S.A., otorgada ante doña Claudia Jiménez A. suplente del señor Juan Facuse Heresi, Notario Público Titular de la primera Notaría de Macul (fojas 1270 a 1273);

8.9. A fojas 1421 Clasa S.A. exhibió: (i) copia de escritura pública de constitución de Clasa S.A. y su respectiva inscripción en el Registro de Comercio del Conservador de Bienes Raíces de Concepción (fojas 1350 a 1359); (ii) copia de escrituras públicas de modificaciones de Clasa S.A. y copia de las respectivas inscripciones en el Conservador de Bienes Raíces de Concepción (1360 a 1409); (iii) el registro de accionistas de Clasa S.A.

8.10. A fojas 1765 Dynal Industrial S.A. exhibió: (i) copia de escritura pública de constitución de Refinería Nacional de Lubricantes Dynamic Oil S.A. (fojas 1424 a 1449); (ii) copia de escrituras públicas de modificaciones a Refinería Nacional de Lubricantes Dynamic Oil S.A. y Dynal Industrial S.A. (fojas 1450 a 1629); (iii) registro de accionistas de Dynal Industrial S.A., sin dejar copia en dicha oportunidad; (iv) copias de la orden de compra N° 21.489 emitida por Dynal Industrial S.A. el 9 de diciembre del año 2011, la factura emitida por ENEX N° 665 de fecha 12 de diciembre del año 2011 y 40 guías de despacho emitidas por Dynal (fojas 1630 a 1673); y, (v) copias de la orden de compra número 28153 emitida por Dynal el 29 de enero del año 2013 y de la factura número 258769 emitida por ACH el 29 de enero del año 2013 (fojas 1674 a 1676).

8.11. A fojas 1765 Química Latinoamericana S.A. exhibió: (i) copia de la factura emitida por ENEX número 669, de fecha 30 de diciembre del año 2011 (fojas 1682); (ii) copia de órdenes de compra de QLA a ACH (fojas 1684 a 1700); y, (iii) copia de facturas emitidas por ACH a QLA (fojas 1701 a 1764).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

8.12. A fojas 1809 Empresa Nacional de Energía ENEX S.A. exhibió copia de sesiones extraordinarias del directorio de ENEX de 2012 a 2014 y copia de partes reservadas de sesiones de directorio de 2013 y 2014 relativas a la delación compensada (versiones públicas a fojas 1762 y 1808).

8.13. A fojas 1914 el señor Sergio Moroso Labadia exhibió una agenda y un taco del año 2012.

8.14. Percepción documental de evidencia electrónica: a fojas 281 y 310 se efectuaron las audiencias de percepción documental solicitadas por la FNE, en relación con documentos electrónicos contenidos en discos duros y *pendrives* que fueron ofrecidas por la FNE en parte de prueba mediante presentación de fojas 192. A fojas 560 bis se efectuó la audiencia de percepción documental solicitada por la FNE en relación con documentos electrónicos contenidos en correos electrónicos y archivos adjuntos que fueron ofrecidos por la FNE en parte de prueba mediante presentación de fojas 350.

9. Informes en derecho, económicos o técnicos acompañados por las partes:

9.1. Por parte de la Fiscalía Nacional Económica a fojas 2038: (i) "*Estimación de la diferencia en precios para contratos de empresas asfalteras investigados por la FNE*" elaborado por el señor José Luis Lima; y, (ii) "*Análisis de comunicaciones telefónicas de las empresas de asfaltos*" elaborado por la señora Valentina Paredes.

9.2. Por parte de ACH a fojas 1.976: (i) "*Informe de Procedimientos Previamente Acordado*", elaborado por PriceWaterhouseCoopers Consultores, Auditores y Compañía Limitada; y, (ii) "*Estructura, Características y Funcionamiento del Mercado del Asfalto en Chile*", elaborado por los señores Jorge Quiroz y Felipe Givovich.

9.3. Por parte de Dynal a fojas 464: "*Análisis económico del caso de Dynal S.A. en Causa 280-14*", elaborado por el señor Juan Manuel Cruz Sánchez.

9.4. Por parte de Besalco a fojas 2104: "*Análisis del precio de asfalto para pavimentaciones pagado por Besalco en el periodo 2012/2013*", elaborado por el señor Miguel Capó Valdés y la señora Carolina Villablanca Hochfarber.

10. Prueba testimonial rendida por las partes:

10.1. Por parte de la Fiscalía Nacional Económica: (i) a fojas 484, la declaración testimonial del señor Rodrigo Guillermo Infante Casanello; (ii) a fojas 499, la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

declaración testimonial del señor Rodrigo Andrés Aguirre Saavedra; (iii) a fojas 502, la declaración testimonial del señor Pablo Esteban Sáez Acuña; (iv) a fojas 762, la declaración testimonial del señor Jaime Omar Castillo Mullor; (v) a fojas 764, la declaración testimonial del señor Eduardo Alberto González Espinoza; (vi) a fojas 815, la declaración testimonial del señor Cristian Emilio Rivas Rubio; (vii) a fojas 1243 y 1814, la declaración testimonial del señor Ricardo Omar Veloso Molina; y, (viii) a fojas 1825, la declaración testimonial del señor Sergio Iván Moroso Labadia.

10.2. Por parte de Dynal: (i) a fojas 503 bis 1 y 964, la declaración testimonial de la señora Hilda Cecilia Parraguez Gallardo; (ii) a fojas 503 bis 4, la declaración testimonial de la señora Claudia Eliana Núñez Muñoz; (iii) a fojas 519, la declaración testimonial del señor Iván Andrés Pizarro Ríos; y, (iv) a fojas 521, la declaración testimonial del señor Richard Berty Wulliamoz Zuñiga.

10.3. Por parte de ACH: (i) a fojas 651, la declaración testimonial del señor Pedro Pablo Vergara Varas; (ii) a fojas 658, la declaración testimonial del señor Jorge Antonio Quiroz Castro; (iii) a fojas 661, la declaración testimonial del señor Felipe Arturo Givovich Díaz; y, (iv) a fojas 1018, la declaración testimonial del señor Claudio Morales García.

10.4. Por parte de QLA: (i) a fojas 724, la declaración testimonial del señor Mario Esteban Ugarte Tello; (ii) a fojas 764, la declaración testimonial del señor Eduardo Alberto González Espinoza; y, (iii) a fojas 1204, la declaración testimonial del señor Sergio Julio Correa del Río.

11. Prueba confesional rendida por las partes:

11.1. Por parte de la Fiscalía Nacional Económica: (i) a fojas 912, la absolución de posiciones del señor Patricio Seguel Bunster; (ii) a fojas 931, la absolución de posiciones del señor Tomás Brenner Grunpeter; (iii) a fojas 943, la absolución de posiciones del señor Julio Enrique Espinoza Lolas; y, (iv) a fojas 954, la absolución de posiciones del señor Juan Eduardo López Quintana.

12. Observaciones a la prueba: (i) a fojas 2148, la Fiscalía Nacional Económica observó la prueba rendida en autos; (ii) a fojas 2244, QLA observó la prueba rendida en autos; y, (iii) a fojas 2293, ACH observó la prueba rendida en autos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

13. A fojas 1936, con fecha 25 de marzo de 2015, este Tribunal ordenó traer los autos en relación. La vista de la causa se efectuó en la audiencia del día 10 de junio de 2015, según consta en certificado que rola a fojas 2477.

Y CONSIDERANDO:

Primero. Que la FNE ha imputado a las Requeridas la celebración de acuerdos de reparto de mercado, consistentes en la asignación de contratos específicos de provisión de productos asfálticos para la construcción, reposición o reparación de obras, rutas y faenas viales u obras privadas adjudicadas a empresas constructoras;

Segundo. Que, de acuerdo con la Requirente, un primer grupo de conductas contrarias a la libre competencia habría sido ejecutado entre los meses de agosto y noviembre del año 2011, con ocasión de la construcción de las obras Concesión Ruta 5 Sur tramo Puerto Montt-Pargua, a cargo de Dragados CVV S.A., y Reposición de la Ruta Q-90-0 Cruce Longitudinal Laja, a cargo de Dragados S.A. En concreto, la FNE señala que QLA, ENEX y ACH habrían acordado que los contratos de provisión de productos asfálticos que requerían dichas constructoras serían adjudicados a ENEX, para lo cual el representante de QLA habría ofrecido sus oficios para intermediar con ACH, la otra empresa que aspiraba adjudicarse esos contratos. Como contrapartida, esas requeridas habrían acordado que ENEX no insistiera en concretar una oferta que habría efectuado a Constructora Sacyr Chile S.A., empresa que estaba encargada de la construcción, ejecución, conservación y explotación del tramo Caldera-Vallendar de la Ruta 5 y que estaba siendo abastecida de productos asfálticos por ACH;

Tercero. Que, enseguida, la FNE indica que un segundo grupo de conductas anticompetitivas se habría ejecutado entre los meses de septiembre y diciembre del año 2012, con ocasión de la adjudicación que el MOP hiciera a la empresa Besalco para que construyera tres obras en el norte del país: (i) Duplijsa; (ii) Chañaral; y (iii) Radomiro Tomic. La provisión de productos asfálticos a Besalco habría sido acordada por las Requeridas en una reunión celebrada a principios del mes de septiembre del año 2012 en el Hotel Radisson La Dehesa, a la que habrían asistido el señor Patricio Seguel, gerente general de QLA; el señor Tomás Brenner, gerente general de Dynal; el señor Sergio Moroso, gerente comercial de ACH; y el señor Cristián Rivas, subgerente de ventas del área de construcción de ENEX. Conforme al requerimiento, las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

requeridas habrían acordado que ENEX se adjudicaría el contrato para proveer la obra Duplijsa; QLA, la obra Chañaral; y Dynal, la obra Radomiro Tomic. En la misma reunión se habría acordado que ACH tendría la prioridad para elegir la próxima obra o cliente;

Cuarto. Que, por último, la FNE señala que las Requeridas habrían acordado asignarse otros contratos específicos de provisión de productos asfálticos a partir de una planilla denominada “Estudio de Mercado 2012/01”, versión actualizada de una planilla que habría sido exhibida por el gerente general de QLA en la referida reunión celebrada en el Hotel Radisson, que contendría un listado de los contratos y concesiones. El acuerdo habría consistido en actualizar la planilla original para asignar los nuevos contratos entre las Requeridas con los números 1 (que correspondería a ACH), 2 (que correspondería a ENEX), 3 (que correspondería a QLA) y 4 (que correspondería a Dynal). De este modo, el 27 de septiembre del mismo año habría tenido lugar una nueva reunión entre los mismos ejecutivos que asistieron a la reunión del Hotel Radisson, esta vez en el Hotel Regal Pacific de Las Condes, en la cual se habría entregado un *pendrive* con la planilla actualizada y se habría acordado realizar la primera asignación de contratos y clientes a partir de ella. Así, en esta primera asignación de contratos y clientes de acuerdo con dicha planilla se habría pactado que (i) ENEX fuera quien proveyera de productos asfálticos a la empresa Figueroa Vial para la ampliación de la Ruta 28, cruce con Ruta 5, sector La Negra; (ii) ACH mantuviera el cliente Tafca, para el suministro de la obra consistente en el mejoramiento de la Ruta F-50, sector Lo Orozco-Quilpué; y, (iii) Dynal mantuviera el cliente Recondo, para el suministro de la obra consistente en el mejoramiento de la Ruta 7, Pichicolo-Hornopirén;

Quinto. Que, a fojas 46, Dynal solicitó que se rechace el requerimiento de la FNE, con costas, porque no habría participado en los acuerdos que ésta le imputa. Señala que, además de no tener poder de mercado, sería irracional para ella haber llegado a un acuerdo para repartirse el mercado si sólo se adjudicó una de las 22 obras investigadas por la FNE entre los años 2009 a 2013, lo que representaba aproximadamente un 2% del volumen total de tales obras. En cuanto a los acuerdos particulares que imputa la requirente, señala que Dynal no aparece en el relato de los hechos a que se refiere el primer grupo de conductas y que, además, la cantidad demandada por la constructora a cargo de esas obras era imposible de ser abastecida por ella. En relación con la asignación de las obras de Besalco, sostiene que la adjudicación de la obra Radomiro Tomic fue producto de una negociación normal con dicha constructora

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

iniciada el 2 de agosto de 2012 y terminada el 24 de octubre del mismo año, en la que Dynal rebajó en numerosas oportunidades el precio y en la que contaba con ciertas ventajas frente al resto de los competidores porque tenía el producto asfáltico especial requerido –cemento asfáltico elastomérico– y seguridad en su suministro. Por último, en lo que se refiere a la mantención del cliente Recondo, para el suministro de la obra Pichicolo-Hornopirén, Dynal niega haber asistido a la reunión en el Hotel Regal Pacific y sostiene que mal podría haber acordado mantener dicho cliente porque esa obra a esa fecha no existía y que, por lo mismo, no le estaba cotizando ya que las negociaciones reales para dicho abastecimiento sólo se iniciaron en octubre de 2013 y terminaron a comienzos del 2014;

Sexto. Que, por su parte, ACH también solicitó en su contestación de fojas 79 que se rechace el requerimiento de la FNE, con costas, porque dice no haber incurrido en ninguna conducta contraria a la libre competencia. En primer término, indica que no es extraño que el gerente general de ACH mantenga reuniones o conversaciones telefónicas con el resto de las requeridas porque QLA y Dynal son clientes de ACH; QLA, Dynal, ENEX y ACH son socias en DASA; ENEX y ACH son socios en Cono Sur; y ACH produce para ENEX especialidades asfálticas bajo sus formulaciones. Indica que el primer acuerdo imputado por la FNE sería inverosímil porque ACH ya tenía un contrato de suministro con Sacyr para abastecer de productos asfálticos la construcción de la obra Caldera-Vallendar, el que no podía ser terminado anticipadamente; además, sostiene que en agosto de 2012 ACH hizo un descuento a Sacyr y que el 1 de octubre de ese mismo año se realizó la última entrega, por lo que mal pudo llegar a un acuerdo en los términos que señala la FNE. En cuanto a las obras de Besalco, sostiene que sería impensable que ACH llegara a un acuerdo con las otras requeridas, pues éstas tenían una ventaja competitiva para proveer de productos asfálticos a dicha constructora porque podían suministrar este producto desde el terminal de Probisa en Mejillones. En cambio, ACH sólo podía suministrar desde su terminal de Ventanas y su planta de Concón, de modo que carecía de todo sentido para las otras empresas acordar que dicha requerida cotizaría a un mayor precio, pues necesariamente debía hacerlo por sus mayores costos. Además sería un hecho público y notorio que Besalco no contrataba con ACH desde el año 1998, oportunidad en que esa constructora la acusó de que los productos asfálticos suministrados por ella el año anterior había presentado deficiencias. Por estas razones, señala que era innecesario su venia para este eventual acuerdo y menos a cambio de un beneficio futuro, por cuanto

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en la misma época en que se habrían asignado las obras de Besalco (Septiembre 2012) se estaban desarrollando diversos proyectos que ACH perfectamente podría haber solicitado que se le asignaran. En relación con la asignación de las obras La Negra, Lo Orozco y Pichicolo-Hornopirén, esa requerida también lo niega, indicando que ella no habría sido nunca una opción de suministro para FV ni para Recondo y recién contrató con Tafca en el mes de abril de 2013. Por último, ACH señala que el requerimiento de la FNE supondría necesariamente la mantención de las participaciones de mercado de los involucrados con posterioridad a la fecha de los supuestos acuerdos y, sin embargo, éstas habrían mostrado gran variación desde la fecha en que la FNE señala que se habría alcanzado el primer acuerdo;

Séptimo. Que, enseguida, QLA también contestó solicitando el total rechazo del requerimiento, con costas, señalando que las reuniones que ha tenido con sus competidores han sido lícitas en el Instituto Chileno de Asfalto; y que los intercambios de opiniones con las otras requeridas se han hecho en el contexto de crisis de abastecimiento y no para repartirse clientes ni obras. En cuanto al primer grupo de acuerdos, niega enfáticamente la participación de su gerente general como mediador entre ENEX y ACH. Además sostiene que si bien QLA tiene una participación indirecta en ACH del 24,3%, ello ha devenido en una permanente fuente de conflictos con los controladores de esta última, por lo que no existiría ninguna razón para interceder en favor de ella. En ese orden de ideas, en cuanto al primer acuerdo que imputa la FNE, afirma que las conversaciones entre su gerente general y el subgerente del área de ventas de construcción de ENEX se referían a temas de abastecimiento para QLA o de compra de emulsiones y otras especialidades asfálticas por parte de la primera, pues ésta solo produciría asfalto *commodity*. Señala que las cotizaciones que envió por la obra Puerto Montt-Pargua fueron hechas autónomamente y que las diferencias de precios tendrían su explicación en el costo de los fletes; además, no habría tenido la capacidad para abastecer la cantidad de volumen demandado. En relación con el proyecto Laja, señala que no le habrían sido solicitadas cotizaciones y no tendría interés por carecer de abastecimiento en la zona sur del país. En lo que respecta a la acusación de reparto de las obras de Besalco, QLA indicó que esa constructora era un cliente tradicional suyo y que no podía abastecer las tres obras, optando por la obra de Chañaral debido a las ventajas que tenía en relación con los productos solicitados, negando que hubiera un acuerdo con ENEX y Dynal. Sobre este punto, si bien reconoció la reunión en el Hotel Radisson, señaló que el objeto de la misma habría sido la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

necesidad de contar con materia prima, negando la entrega de la planilla de clientes y obras. Por último, en cuanto al tercer grupo de proyectos cuestionados por la FNE, afirma que no presentó cotizaciones a Tafca y Recondo porque dichas constructoras no eran clientes de QLA. También reconoció haber asistido el 27 de septiembre de 2012 a la reunión en el Hotel Regal Pacific, pero que el objeto de dicha reunión habría sido buscar una solución para la crisis en el suministro de materia prima, negando que entregara un *pendrive* con información actualizada de la planilla al resto de los asistentes, ya que una información de esa naturaleza sería confidencial y estratégica para la compañía. En lo que respecta al proyecto La Negra, señala que presentó tres cotizaciones con precios a la baja. Por último, niega la existencia de la reunión en la Pastelería Mozart, reconociendo la celebrada en el Ruby Tuesday con el señor Cristián Rivas, pero señalando que sólo se trató de temas de abastecimiento;

Octavo. Que la última requerida en contestar el requerimiento de autos fue ENEX, empresa que se acogió al beneficio establecido en el artículo 39 bis del D.L. N° 211, ratificando lo expuesto por la FNE en su requerimiento;

Noveno. Que, a fojas 294, Besalco se hizo parte de esta causa como tercero coadyuvante de la Fiscalía Nacional Económica, señalando tener un interés actual en el resultado del juicio, que se fundamentaría en su calidad de parte directamente afectada por algunas de las conductas colusorias imputadas por la FNE en su requerimiento. Específicamente, se refiere al segundo grupo de hechos contrarios a la libre competencia y que se describieron en la consideración tercera precedente;

Décimo. Que en forma previa al análisis de la prueba que obra en el proceso sobre la ocurrencia de las conductas imputadas, este Tribunal describirá los principales aspectos de la industria del asfalto en Chile para contextualizar los hechos objeto del presente juicio;

Undécimo. Que el asfalto es un derivado del petróleo crudo, del cual existen numerosas variantes –las que este Tribunal denomina “productos asfálticos”–, y que se utilizan fundamentalmente como ligante en la construcción de calles, carreteras y caminos;

Duodécimo. Que en esta industria se pueden identificar dos segmentos: uno mayorista, en el que se transa la producción o la importación del asfalto o productos asfálticos; y uno minorista, donde se comercializan los productos asfálticos a sus demandantes finales;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Decimotercero. Que el segmento mayorista de la industria se compone de un único productor nacional, ENAP, y de tres empresas importadoras: Probisa y las requeridas ACH y ENEX. Como se puede ver en el siguiente cuadro, contenido en el informe económico acompañado por Dynal a fojas 464, la importancia relativa se ha desplazado en los últimos años desde la producción nacional a la importación de asfalto, representando esta última alternativa alrededor de un 84% de la oferta mayorista disponible durante el año 2013;

Cuadro N° 1: Producción nacional e importaciones *pitch* asfáltico entre los años 2009 y 2013 (toneladas)

	2009	2010	2011	2012	2013
Importaciones ASFALCHILE	51.430	70.111	43.876	70.788	46.763
Importaciones ENEX	58.035	30.281	60.534	11.065	33.041
Importaciones PROBISA	0	13.808	59.590	100.449	114.400
Producción ENAP	59.042	41.814	42.366	39.349	38.359
Total M. Prima	168.507	156.014	206.366	221.651	232.563

Fuente: Informe acompañado por Dynal a fojas 464, en base a importaciones Aduanas, ENAP entregas en DASA V Región y estimación refinería Bío Bío.

Decimocuarto. Que en el segmento minorista participan las tres empresas importadoras señaladas precedentemente, además de dos firmas adicionales, QLA y Dynal, quienes adquieren materia prima de ENAP y, en forma mayoritaria y creciente, de las empresas importadoras, principalmente de Probisa;

Decimoquinto. Que aun cuando existe limitada información en autos acerca de la importancia relativa de Probisa y de las cuatro requeridas en la oferta minorista de productos asfálticos para la construcción en Chile, una estimación de ésta se presentó en el informe acompañado a fojas 1976 y se exhibe a continuación:

Cuadro N° 2: Participación estimada en la oferta de productos asfálticos para la construcción en Chile (2010 a 2013)

	2009	2010	2011	2012	2013
ASFALTOS CHILENOS	21%	25%	25%	18%	23%
ENEX	24%	22%	20%	22%	23%
Q. LATINOAMERICANA	15%	12%	13%	12%	16%
DYNAL	12%	11%	12%	12%	13%
PROBISA-BITUMIX	29%	30%	30%	36%	25%

Fuente: Informe económico presentado a fojas 1976, a partir de información entregada por ACH.

Decimosexto. Que la FNE no presentó, ni en el requerimiento ni en el resto del expediente, un análisis de las participaciones de mercado de los diversos oferentes en el segmento minorista de productos asfálticos, sino sólo con

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

respecto del subconjunto de oferentes que participan de la venta a empresas constructoras; esto es, las cuatro empresas requeridas, sin considerar a Probisa. La FNE no consideró en su requerimiento a esa última empresa dentro de este segmento porque ella le vendería principalmente a su empresa relacionada Bitumix, para sus propios proyectos de construcción. De esta forma, Probisa no participaría como proveedor minorista de productos asfálticos a terceras empresas constructoras. Esa conclusión es consistente con los antecedentes entregados por Probisa a la FNE en el documento 172 del CD N° 1 acompañado a fojas 350 en donde se señala lo siguiente: *“En cuanto a las cotizaciones que se acompañan, la gran mayoría corresponde a cotizaciones realizadas a la empresa Bitumix pues, como ya se explicó, Probisa no tiene por objetivo comercial abastecer al mercado minorista (no cuenta en general con la logística destinada al efecto ni con la infraestructura requerida para ello, siendo su posicionamiento el de una empresa que suministra al mercado mayorista), pero evidentemente sí provee a su relacionada Bitumix, de manera que su perfil de mayorista ha coexistido con el suministrar productos a su relacionada”*;

Decimoséptimo. Que la diferencia entre las Requeridas y Probisa en cuanto a su modelo de negocios y su intención para abastecer productos asfálticos a empresas constructoras también encuentra respaldo en las declaraciones de estas últimas ante la FNE. Por ejemplo, en el documento 138 del CD N° 1 acompañado a fojas 350 por la FNE, la empresa Dragados sostiene, refiriéndose entre otras a Probisa, que *“[a] las otras empresas que usted enumera, no les pedimos cotización en su día para el suministro de Asfaltos sin más razón que por el desconocimiento de que fueran suministradoras de los productos que necesitábamos”*. De la misma forma, en el documento 128 del mismo disco la empresa constructora Salfa comunica a la FNE que *“[h]acemos presente a usted que no se solicitó cotización a Productos Bituminosos S.A., dado que la empresa generalmente presta servicios adicionales de aplicación del producto, los cuales no son requeridos por Constructora Salfa”*;

Decimoctavo. Que, tomando en cuenta lo expuesto en las dos consideraciones anteriores, este Tribunal estima que, al menos durante el tiempo en que ocurrieron los hechos que más adelante se describirán, la empresa Probisa no consideraba a las empresas constructoras como potenciales clientes, ni estas últimas consideraban a Probisa como una potencial suministradora de productos asfálticos para sus obras;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Decimonoveno. Que además de existir un reducido número de actores en la industria, no se encuentra controvertido que éstos tienen una serie de relaciones comerciales y de propiedad, las que se resumen en los siguientes hechos: i) ACH y ENEX son propietarios conjuntos de Conosur, empresa a través de la cual controlan el puerto ubicado en Ventanas por el cual importan asfalto como materia prima; ii) Dynal y QLA son propietarias aproximadamente del 49% de ACH; iii) las cuatro empresas requeridas son, en conjunto con Probisa, los dueños en partes iguales de DASA, empresa por la cual se manejan los retiros de asfalto desde ENAP; iv) existen acuerdos de maquila por productos específicos entre las distintas empresas mencionadas; y, v) hay ventas de materia prima entre empresas;

Vigésimo. Que una vez descritas las principales características de la industria del asfalto en Chile, este Tribunal analizará si se cumplen los supuestos del artículo 3º letra a) del D.L. N° 211 que señala que se consideran como hechos, actos o convenciones contrarios a la libre competencia *“los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación”*. Esta disposición no es más que un ejemplo del tipo general establecido en el inciso primero de dicho artículo, que en su parte pertinente señala que será sancionado todo aquel que *“ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”*;

Vigésimo primero. Que, de conformidad con la normativa señalada, para sancionar una conducta colusoria se debe acreditar la existencia de un acuerdo (i) sobre una variable relevante de competencia (tales como precio o cantidad, o reparto de mercado); (ii) entre competidores; y (iii) que ha otorgado poder de mercado a quienes han participado de él. Para estos efectos, este Tribunal analizará los acuerdos señalados por la FNE en el mismo orden en que aparecen en el requerimiento;

Vigésimo segundo. Que el primer grupo de conductas que imputa la FNE en su requerimiento sería el acuerdo al que habrían llegado ACH, QLA y ENEX, en virtud del cual se habría asignado a este último los clientes Dragados CVV S.A. y Dragados S.A. para las obras Puerto Montt-Pargua y Laja, respectivamente. Como contrapartida, ENEX se habría comprometido a no insistir en concretar

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

una oferta que habría efectuado a Sacyr, empresa que estaba encargada de la construcción, ejecución, conservación y explotación del tramo Caldera-Vallenar de la Ruta 5 y que estaba siendo abastecida de productos asfálticos por ACH;

Vigésimo tercero. Que el primer antecedente probatorio que este Tribunal ponderará es la solicitud formal de beneficios del artículo 39 bis acompañada a fojas 192 y ubicada a fojas 556 del cuaderno de Delación Tomo II (en adelante indistintamente “Solicitud de Beneficios”) presentada por ENEX a la FNE el 14 de febrero del año 2013. Mediante ese documento dicha empresa pidió al señor Fiscal Nacional Económico acogerse al beneficio de exención de la multa contemplado en dicho artículo, declarando que había ejecutado conductas competitivas ilícitas del artículo 3° letra a) de dicho cuerpo legal junto con ACH, QLA y Dynal. En particular, se analizará la relación de los hechos expuestos por ENEX en el capítulo segundo de la Solicitud de Beneficios, en la que se explica la forma, época, mecanismos y partícipes de las conductas que imputa la FNE en su requerimiento;

Vigésimo cuarto. Que, en relación con el valor probatorio de la referida relación de hechos contenida en el capítulo segundo de la Solicitud de Beneficios (fojas 556 del cuaderno de Delación Tomo II), la Excma. Corte Suprema ha señalado que el valor probatorio de la declaración de un agente económico mediante la cual reconoce su participación en un acuerdo colusivo e involucra directamente a las demás empresas implicadas en el mismo depende de los siguientes elementos para que se pueda dar por acreditado el acuerdo: “1.- *El reconocimiento del implicado debe proporcionar antecedentes precisos acerca de la existencia de los elementos de la colusión. Así, deberá entregar datos respecto del origen del acuerdo de colusión, la época de gestación, la forma que adoptó el mecanismo de colusión, los medios de comunicación, entre otros elementos. 2.- El relato del confesante debe ser suficientemente detallado en cuanto a la intervención que correspondió a los demás responsables. 3.- Debería evitar razonablemente al órgano persecutor la carga de probar la colusión. 4.- Los antecedentes de que da cuenta deben ser verificables y corroborados con el resto de los elementos probatorios que obran en el proceso*” (Sentencia de la Excma. Corte Suprema de 7 de septiembre de 2012, Rol 2578-2012).

Vigésimo quinto. Que, en el presente caso, el reconocimiento de ENEX respecto del primer grupo de conductas imputadas por la FNE contenido en el capítulo segundo de la Solicitud de Beneficios está suficientemente detallado en cuanto a la descripción del origen del acuerdo, su época, la forma cómo habría

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

operado, quienes participaron y cómo se comunicaron. En el mismo se señala que estos hechos habrían comenzado el 17 de agosto de 2011 con una reunión en la estación de servicio Copec de Costanera Norte entre los señores Cristián Rivas y Ricardo Veloso de ENEX, por una parte, y los señores Patricio Seguel y Nelson King, de QLA, por otra. Luego contiene una descripción pormenorizada de los contactos que habrían existido entre dichos ejecutivos, principalmente entre los señores Seguel y Rivas, además del señor Moroso de ACH, para materializar el acuerdo. En esta relación ENEX sostiene que el día 13 de octubre del año 2011 el señor Patricio Seguel de QLA habría enviado al señor Cristián Rivas de ENEX un correo electrónico en el que le indicaba que necesitaba ver el tema "*Pargua*". Ese mismo día dicho ejecutivo de QLA habría llamado por teléfono al señor Rivas para intermediar con ACH "*para que fuese ENEX quien abasteciese todas las obras en que participaba y participara, directa o indirectamente, Dragados S.A. Agencia en Chile, a cambio de que ENEX no materializara las atractivas ofertas verbales que le había estado haciendo a Sacyr Chile S.A., específicamente en su obra de Copiapó*". En la misma relación, ENEX expresa que los buenos oficios del señor Seguel habrían terminado el día 18 de octubre por la pérdida de confianza del señor Rivas debido a un eventual incumplimiento al que habría llegado con el señor Seguel por un cliente denominado CIAL. De este modo, señala ENEX que el señor Rivas se habría entendido directamente con el señor Moroso de ACH para llegar al acuerdo planteado, lo que se habría materializado el día 24 de octubre del mismo año;

Vigésimo sexto. Que, en este orden de consideraciones, se encuentra acreditado que ENEX formuló una oferta a Sacyr para la obra de Copiapó. Lo anterior consta de la cadena de correos electrónicos titulados "*RE:Cotización Betun_Vallenar-Caldera_SACYR CHILE*", acompañada a fojas 281 (fojas 18 del cuaderno de percepción documental), en la cual el señor Diego Moneo, de Sacyr, solicitó al señor Ricardo Veloso, de ENEX, "*una cotización formal por 1.800 Toneladas (Tn) de Betún, puesto en obra en los P.K 7.15 y P.K 6.60 en Vallenar de la obra que estamos realizando con el nombre de Vallenar-Caldera*". En este mismo sentido declaró ante la FNE otro ejecutivo de Sacyr, el señor Rubén Díaz según consta de la declaración acompañada a fojas 350, CD N° 12 documento 13, que señala que efectivamente se había solicitado esa cotización a ENEX atendido el alto precio que estaba cobrando ACH. Lo anterior se ve confirmado por las declaraciones testimoniales de los ejecutivos de ENEX, señores Cristián Rivas y Ricardo Veloso, quienes a fojas 988 y 1861 declararon lo siguiente en relación con este hecho: "*Ricardo Veloso se contactó telefónicamente con el*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cliente y le hizo la oferta por esa vía. Luego el cliente nos invitó a sus oficinas para convencernos de que la pusiéramos por escrito” (Rivas); y “El cliente cuando acudimos a la reunión, nos explicó que el precio que ellos venían teniendo (sic) con Asfaltos Chilenos producto de la fórmula de reajustabilidad [...] hoy día estaba [...] alto. Por lo tanto, habían salido al mercado a buscar estas toneladas faltantes para concluir las” (Veloso);

Vigésimo séptimo. Que, por otra parte, también se encuentra acreditado en autos que con fechas 9 y 12 de septiembre del año 2011 y 14, 17, 18, 24 y 27 de octubre del mismo año, QLA, ACH y ENEX presentaron cotizaciones a la empresa constructora Dragados CVV S.A. para la provisión de productos asfálticos para la obra Puerto Montt-Pargua (documentos acompañados a fojas 560 bis 2, cuaderno de percepción 560 bis sección “Claro Vicuña Valenzuela”). A su vez, ese mismo cuaderno, sección “Dragados”, y en el disco N° 11 acompañado a fojas 350, acreditan las cotizaciones que ENEX, ACH y Clasa enviaron a Dragados S.A. por la obra Laja, con fechas 1 de agosto, 28 de octubre y 2 y 4 de noviembre, todas del 2011;

Vigésimo octavo. Que, en el contexto descrito en las consideraciones precedentes, vale decir, aquel en que, por una parte, se llevó a cabo un proceso de cotizaciones por parte de Dragados CVV S.A. y Dragados S.A. por las obras Puerto Montt-Pargua y Laja, respectivamente, y, por la otra, ENEX efectuó una oferta a Sacyr para proveerla del mismo producto para la última etapa del tramo Caldera-Vallenar de la Ruta-5, señala la FNE que, el gerente general de QLA, señor Patricio Seguel, habría llamado al subgerente del área de ventas de construcción de ENEX, señor Cristián Rivas, con el objeto de ofrecer sus buenos oficios con ACH a fin de que ENEX se adjudicara dichas obras a cambio de no insistir con la oferta que ENEX había efectuado a Sacyr;

Vigésimo noveno. Que respecto de la existencia de los oficios ofrecidos por el señor Patricio Seguel, la prueba que obra en el proceso no es clara y concluyente. En efecto, por una parte si bien el señor Rivas ratificó lo señalado por la FNE a fojas 974, señalando que el señor Patricio Seguel habría consultado *“cuál era nuestra intención en la ruta, y que él ofrecía sus oficios para que nosotros fuéramos adjudicados. Algo, oficio, en términos bastantes particulares, era conversar con Asfaltos Chilenos, para que Asfaltos Chilenos no siguiera pujando en esa oferta y fuéramos adjudicados nosotros”*; por otra parte, el aludido señor Seguel negó dicha actuación, no existiendo otra prueba sobre este hecho. Adicionalmente, la falta de claridad también se manifestaría respecto de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la fecha en la que se habría llevado a cabo este ofrecimiento, ya que la FNE señaló a fojas 2 que habrían ocurrido durante el segundo semestre de 2011, mientras que en la relación de hechos contenida en la Solicitud de Beneficios se expresa lo siguiente: “*Con esa misma fecha [13 de octubre de 2011], don Patricio Seguel llamó por teléfono a don Cristián Rivas, ofreciéndoles intermediar entre ENEX y Asfaltos Chilenos*” (fojas 559 de cuaderno Delación Tomo II); por último el testigo señor Cristián Rivas señaló a fojas 974 que habría sido en septiembre de 2011;

Trigésimo. Que por lo expuesto precedentemente, este Tribunal analizará la prueba producida en el proceso en relación con este primer grupo de conductas de la siguiente manera: en primer lugar, aquella evidencia sobre la asignación concertada de las obras del Grupo Dragados para ENEX; y en segundo lugar, la evidencia sobre un acuerdo para que ACH mantuviera el cliente Sacyr;

Trigésimo primero. Que respecto de la adjudicación del Grupo Dragados, la FNE presentó como evidencia, además de la relación contenida en la Solicitud de Beneficios y las cotizaciones, el correo electrónico de 13 de octubre de 2011, enviado por el señor Patricio Seguel al señor Cristián Rivas (fojas 192 del cuaderno Delación Tomo II a fojas 337), que señala textualmente lo siguiente: “*Cristián. ¿Estás de vacaciones? Requero ver contigo el tema Pargua. No me llegó precio por las 500 tons. que indicas en el mail. Saludos*”;

Trigésimo segundo. Que en cuanto a la interpretación de dicho correo electrónico existen divergencias entre el remitente y el receptor. Mientras su autor, Patricio Seguel, señaló que él se refería a temas de abastecimiento para la obra de “Concesión Ruta 5 Sur, tramo Puerto Montt-Pargua” (declaración de fojas 1072); su receptor, el señor Cristián Rivas de ENEX, señala que el objeto de dicho correo electrónico era acordar los buenos oficios de Patricio Seguel en la obra Puerto Montt-Pargua (declaración de fojas 990). En todo caso, se debe tener presente que el citado correo fue enviado en una fecha –13 de octubre de 2011– en la que se estaba desarrollando el proceso de cotizaciones de productos asfálticos para las obras que necesitaban construir las empresas del Grupo Dragados, según se expresó en la consideración Vigésimo séptimo;

Trigésimo tercero. Que, por otra parte, a fojas 2038 de autos se acompañaron antecedentes que dan cuenta del tráfico de llamadas entre ejecutivos de las Requeridas. De los registros que constan en la base de datos acompañada, este Tribunal estima importante analizar los llamados entre ejecutivos de ACH, QLA y ENEX el día en que se envió el citado correo electrónico y los días en que cada

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

una de estas empresas presentó cotizaciones a las empresas del Grupo Dragados;

Trigésimo cuarto. Que, de esta forma y conforme a dichos antecedentes, se encuentra acreditado que el 13 de octubre de 2011 –día en que el señor Patricio Seguel envió el aludido correo electrónico al señor Cristián Rivas–, se efectuaron dos llamados entre los ejecutivos de ACH, QLA y ENEX: uno a las 12 horas 11 minutos, desde el teléfono celular del señor Patricio Seguel, de QLA, al teléfono celular del señor Sergio Moroso, de ACH; y otro a las 12 horas 46 minutos desde el teléfono celular del señor Patricio Seguel, de QLA, al teléfono celular del señor Cristián Rivas, de ENEX;

Trigésimo quinto. Que conforme a los registros que constan en la base de datos analizada, se encuentra acreditado que el 14 de octubre de 2011 –día que ACH presenta una cotización por la obra Puerto Montt-Pargua–, se efectuaron cinco llamados entre ejecutivos de ACH, QLA y ENEX: el primero a las 11 horas 3 minutos, desde el teléfono celular del señor Cristián Rivas, de ENEX, al teléfono celular del señor Sergio Moroso, de ACH; el segundo a las 11 horas 24 minutos, desde el teléfono celular del señor Cristián Rivas, de ENEX, al teléfono celular del señor Patricio Seguel, de QLA; el tercero a las 13 horas 14 minutos, desde el teléfono celular del señor Cristián Rivas, de ENEX, al teléfono celular del señor Patricio Seguel, de QLA; el cuarto a las 17 horas 23 minutos, desde el teléfono celular del señor Sergio Moroso, de ACH, al teléfono celular del señor Patricio Seguel, de QLA; y el quinto a las 17 horas 26 minutos, desde el teléfono celular del señor Patricio Seguel, de QLA, al teléfono celular del señor Sergio Moroso, de ACH;

Trigésimo sexto. Que siguiendo con el análisis de esa prueba, se encuentra acreditado que el 17 de octubre de 2011 –día que ENEX presentó una cotización por la ruta Puerto Montt-Pargua–, se efectuaron tres llamados entre ejecutivos de ACH, QLA y ENEX: el primero a las 15 horas 25 minutos, desde el teléfono celular del señor Sergio Moroso, de ACH, al teléfono celular del señor Patricio Seguel, de QLA; el segundo a las 15 horas 52 minutos, desde el teléfono celular del señor Cristián Rivas, de ENEX, al teléfono celular del señor Sergio Moroso, de ACH; el tercero a las 17 horas 20 minutos, desde el teléfono celular del señor Cristián Rivas, de ENEX, al teléfono celular del señor Patricio Seguel, de QLA;

Trigésimo séptimo. Que, por otra parte, del mismo documento en cuestión se desprende que el 18 de octubre de 2011 –día que QLA presentó una cotización por la ruta Puerto Montt-Pargua–, se efectuaron nueve llamados entre

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ejecutivos de ACH, QLA y ENEX: el primero a las 9 horas 50 minutos, desde el teléfono celular del señor Sergio Moroso, de ACH, al teléfono celular del señor Nelson King, de QLA; el segundo a las 10 horas 29 minutos, desde el teléfono celular del señor Patricio Seguel, de QLA, al teléfono celular del señor Cristián Rivas, de ENEX; el tercero a las 10 horas 52 minutos, desde el teléfono celular del señor Nelson King, de QLA, al teléfono celular del señor Sergio Moroso, de ACH; el cuarto a las 11 horas 23 minutos, desde el teléfono celular del señor Sergio Moroso, de ACH, al teléfono celular del señor Nelson King, de QLA; el quinto a las 11 horas 40 minutos, desde el teléfono celular del señor Sergio Moroso, de ACH, al teléfono celular del señor Nelson King, de QLA; el sexto a las 12 horas 1 minuto, desde el teléfono celular del señor Patricio Seguel, de QLA, al teléfono celular del señor Cristián Rivas, de ENEX; el séptimo a las 17 horas 52 minutos, desde el teléfono celular del señor Cristián Rivas, de ENEX, al teléfono celular del señor Patricio Seguel, de QLA; el octavo a las 18 horas 25 minutos, desde el teléfono celular del señor Cristián Rivas, de ENEX, al teléfono celular del señor Sergio Moroso, de ACH; y el noveno a las 18 horas 31 minutos, desde el teléfono celular del señor Cristián Rivas, de ENEX, al teléfono celular del señor Patricio Seguel, de QLA;

Trigésimo octavo. Que ese mismo día, el 18 de octubre de 2011, está acreditado un intercambio de correos entre los señores Cristián Rivas y Patricio Seguel, que comienza con un mail del primero a las 14 horas 22 minutos que señala: *“Patricio, mañana estoy fuera de Santiago y hoy sé que el directorio será largo. A tu regreso no tengo problemas que nos coordinemos, yo llego el jueves. Favor indícame qué hacemos con el Sur, creo tenemos un problema”*. La respuesta del señor Seguel ocurrió a las 17 horas 37 minutos y señala: *“Cristián, terminó el directorio, puedo juntarme contigo ahora más tarde a un café donde siempre. Si no puedes, avísame y lo dejamos para hora de almuerzo próximo Martes. Por ahora sugiero no innovar en el Sur, hasta que conversemos”*. El último correo electrónico es de Rivas a Seguel a las 17 horas 45 minutos y dice: *“Patricio. Antes de cometer una imprudencia, voy saliendo al Café. Nos vemos”*;

Trigésimo noveno. Que, por último, se encuentra probado que el 27 de octubre de 2011 –día que ACH presenta una nueva cotización por la ruta Puerto Montt-Pargua–, se efectuaron cinco llamados entre ejecutivos de ACH, QLA y ENEX: el primero a las 16 horas 36 minutos, desde el teléfono celular del señor Sergio Moroso, de ACH, al teléfono celular del señor Cristián Rivas, de ENEX; el segundo a las 18 horas 40 minutos, desde el teléfono celular del señor Patricio Seguel, de QLA, al teléfono celular del señor Cristián Rivas, de ENEX; el tercero

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a las 19 horas 4 minutos, desde el teléfono celular del señor Sergio Moroso, de ACH, al teléfono celular del señor Patricio Seguel, de QLA; el cuarto a las 19 horas 17 minutos, desde el teléfono celular del señor Sergio Moroso, de ACH, al teléfono celular del señor Patricio Seguel, de QLA; y el quinto a las 19 horas 23 minutos, desde el teléfono celular del señor Nelson King, de QLA, al teléfono celular del señor Sergio Moroso, de ACH;

Cuadragésimo. Que, por otra parte y en relación a la obra Laja, a fojas 741 del cuaderno de Delación Tomo II se encuentra el CD denominado “DELACION-31.03.2013-PUBLICOS”, en el cual la FNE acompañó otro correo electrónico, esta vez, enviado el día 2 de noviembre de 2011, a las 16 horas 32 minutos, por el señor Ricardo Veloso al señor Cristián Rivas con el asunto “*Precio para Dragados Ruta 5– Puente Perales*”. En el mismo el remitente señala lo siguiente: “*Cristián, no te olvides de los valores. El pitch mensual subió y el precio semanal bajó -5. Saludos*”. De acuerdo con la documental consistente en los registros de llamados telefónicos acompañados a fojas 2038, ese mismo día 2 de noviembre de 2011, a las 17 horas 10 minutos, vale decir, 42 minutos después del mail del señor Veloso, el señor Cristián Rivas realizó un llamado telefónico al teléfono celular de Sergio Moroso, de ACH, el que tuvo una duración de 6 minutos y 30 segundos. En el mismo registro se consigna una llamada realizada inmediatamente después, a las 17 horas 17 minutos, por el señor Cristián Rivas al señor Patricio Seguel, la que duró 13 minutos. De acuerdo con el correo electrónico acompañado a fojas 2241, veinticinco minutos después de la llamada del señor Rivas al señor Seguel, vale decir, a las 17 horas 55 minutos, el primero respondió el referido mail de Ricardo Veloso señalando textualmente lo siguiente: “*Ricardo. Te confirmo que el valor está listo, favor enviar la cotización. Saludos*”. Según da cuenta dicho documento, este correo electrónico es respondido por el señor Veloso a las 21 horas 23 minutos con la siguiente pregunta: “*Cristián, ¿... y cuál es el valor? Saludos*”. A mayor abundamiento, y con respecto a la obra Puerto Montt-Pargua, a fojas 1853 vuelta y 1861 vuelta el señor Ricardo Veloso indicó que los precios que aparecían en la cotización del 24 de octubre de la obra Dragados “*son los precios que me había indicado Cristián Rivas*” y que “*era un precio convenido entre Asfaltos Chilenos y Cristián*”;

Cuadragésimo primero. Que, respecto de estos hechos, QLA ha sostenido a lo largo de este procedimiento que los correos electrónicos y llamadas de teléfonos intercambiados entre sus ejecutivos, señores Patricio Seguel y Nelson King, con el ejecutivo de ENEX, señor Cristián Rivas, se enmarcan en el contexto de las relaciones comerciales que existen entre las dos empresas, en las que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

son clientes recíprocos, pues por un lado ENEX importa asfalto que es comprado por QLA y, por otro, esta última empresa fabrica productos especiales de asfalto a pedido de la primera. En particular, QLA ha señalado que todos los hechos que le imputa la FNE como constitutivos de este primer acuerdo colusorio no serían más que conversaciones y tratos lícitos que habrían tenido lugar durante el segundo semestre del año 2011, en el marco de las negociaciones llevadas a cabo para que QLA le fabricara especialidades asfálticas a ENEX. Con el objeto de acreditar lo expuesto, QLA acompañó a fojas 2081 (fojas 30 del cuaderno de documentos QLA carpeta número 1) un correo electrónico del 10 de agosto de 2011 en el que se da cuenta de la visita de los ejecutivos de ENEX a la planta de QLA en Talcahuano. También acompañó a fojas 2081 (cuaderno de documentos QLA carpeta número 6 sección “correspondencia con ENEX”), cotizaciones por correo electrónico efectuadas a ENEX los meses de agosto, septiembre y octubre de 2011;

Cuadragésimo segundo. Que dichas explicaciones alternativas dadas por QLA sobre estos hechos, en particular sobre el origen y el objeto de los correos electrónicos y registros de llamadas telefónicas analizados en las consideraciones precedentes, no son verosímiles. Lo anterior se concluye del examen de sus fechas y horas específicas de envío o realización, así como del contenido expreso de los correos electrónicos, los que no son consistentes con relaciones bilaterales entre QLA y ENEX relativas a abastecimiento de productos asfálticos;

Cuadragésimo tercero. Que, por todo lo anterior, habiendo analizado la prueba rendida en autos respecto del proceso de cotización de las obras Puerto Montt-Pargua y Laja, se encuentra acreditado de manera clara y concluyente un acuerdo entre ENEX, ACH y QLA para la asignación concertada de las mismas. Dicha conclusión se encuentra fundamentada a partir de: (i) el reconocimiento de estos hechos por parte de ENEX en la Solicitud de Beneficios; (ii) los correos electrónicos de fecha 13 y 18 de octubre de 2011 enviado por el señor Seguel al señor Rivas; (iii) el inusual tráfico de llamados entre los ejecutivos de ACH, QLA y ENEX los días 14, 17, 18 y 27 de octubre de 2011, fechas en las cuales estas tres empresas presentaron cotizaciones a las empresas del Grupo Dragados; (iv) las fechas y horas del envío de las cotizaciones; (v) la prueba expuesta en la consideración Cuadragésimo precedente, pues dichos correos electrónicos entre los señores Veloso y Rivas revelan que el precio ofrecido por ENEX a Dragados el día 2 de noviembre de 2011 no se materializó en virtud de una decisión autónoma de dicha empresa, sino luego de que el señor Rivas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sostuviera una conversación telefónica con el señor Moroso de ACH; y, (vi) la declaración del señor Ricardo Veloso;

Cuadragésimo cuarto. Que en cuanto al acuerdo para mantener para ACH el cliente Sacyr como contrapartida a la asignación de las obras de Dragados a ENEX, señala la FNE en su requerimiento que esta última no insistiría en concretar una oferta que había formulado a la empresa Sacyr, encargada de la construcción, ejecución, conservación y explotación del tramo Caldera-Vallenar de la Ruta 5. Dicha faena, que desde fines del año 2010 estaba siendo abastecida por ACH, mantenía según la FNE un remanente pendiente de ejecución;

Cuadragésimo quinto. Que, a este respecto, ACH señala que el acuerdo relativo a las obras de Dragados no habría existido, por cuanto era imposible que ENEX haya ofrecido como contrapartida no insistir con Sacyr por la obra Caldera-Vallenar, por las siguientes razones: (i) entre Sacyr y ACH existía un contrato para el suministro de asfalto para dicha obra que no contemplaba cláusula alguna que permitiera a Sacyr terminarlo anticipadamente, de forma de poder reemplazar a ACH por ENEX como proveedor de asfaltos; (ii) ACH realizó a Sacyr un descuento del precio pactado en el contrato antes referido, a raíz de una oferta realizada por ENEX y atendida la relación comercial que tenía ACH y Sacyr; y, (iii) el suministro de asfalto de la obra “Ruta 5 Norte Tramo: Caldera-Vallenar” terminó el día 1 de octubre de 2011, con anterioridad a la fecha del cierre de ofertas de Dragados;

Cuadragésimo sexto. Que consta en el proceso que en la fecha que empezaron las conversaciones entre ENEX, QLA y ACH respecto de Dragados, efectivamente existía un contrato entre ACH y Sacyr para proveer de productos asfálticos el tramo Caldera-Vallenar de la Ruta 5 que estaba siendo ejecutado. Lo anterior se desprende del Contrato de Provisión de Materiales entre Sacyr y ACH, Obra: Concesión Ruta 5 Norte Tramo Caldera-Vallenar, acompañado a fojas 1976; así como de la declaración del señor Claudio Morales, quien a fojas 1197 declaró que recibió ofertas con “*el contrato cerrado, durante el contrato en funcionamiento que dice que está cerrado*”. Por su parte, tal como se señaló en la consideración Vigésimo sexto, también consta en el proceso que ENEX hizo una oferta a Sacyr por la obra Caldera-Vallenar;

Cuadragésimo séptimo. Que confirma lo expuesto en la consideración precedente, lo señalado por ACH en su contestación cuando afirma que Sacyr le representó la existencia de otra oferta por la obra de Caldera-Vallenar para

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

obtener una mejora en las condiciones del precio pactado. Por esta razón, ACH optó por realizar un descuento en el precio, el que se materializó a través de notas de crédito con fecha 31 de agosto de 2011, acompañadas por ACH a fojas 1976, documentos 4 y 5 (Nº 13.595 por un valor total de \$56.751.480 y Nº 13.594 por un valor total de \$43.212.802). Esto a su vez fue reconocido por el gerente comercial de ACH, quien en la prueba testimonial a fojas 1879 y 1903 indicó que Sacyr les anunció que habían recibido una cotización a precios muy atractivos. Esto también se encuentra ratificado en autos con las declaraciones de los ejecutivos de Sacyr señores Claudio Morales García (fojas 1197 del cuaderno principal) y Rubén Díaz de la Cruz (fojas 1890 del documento número 13 del CD Nº 12 acompañado a fojas 350 del cuaderno principal);

Cuadragésimo octavo. Que, por último, ACH acompañó a fojas 1976, como documento 1, el “Informe de procedimientos previamente acordado”, emitido por la empresa PriceWaterhouseCoopers, no objetado por la contraria, que señala que con posterioridad al 30 de septiembre del año 2011 ACH no emitió ninguna guía de despacho a Sacyr;

Cuadragésimo noveno. Que, en consecuencia, se encuentra acreditado en el proceso que efectivamente ENEX realizó una oferta a Sacyr para abastecerla de productos asfálticos para la construcción, ejecución, conservación y explotación de la última etapa del tramo Caldera-Vallenar de la Ruta 5, oferta que nunca se materializó por escrito. Sin embargo, a consecuencia de la oferta verbal de ENEX, ACH realizó un descuento a Sacyr un mes antes de la ejecución íntegra del respectivo contrato;

Quincuagésimo. Que por lo expuesto y atendido que las coordinaciones entre ENEX, ACH y QLA respecto de las obras de Dragados sólo se encuentran acreditadas a partir de octubre de 2011, no resulta atendible estimar que un eventual compromiso de ENEX de no insistir en la oferta formulada a Sacyr respecto del tramo Caldera-Vallenar fuera la contrapartida para que le asignaran las obras del Grupo Dragados;

Quincuagésimo primero. Que, sin embargo, lo anterior no resulta suficiente para desacreditar la prueba analizada precedentemente sobre el concierto de voluntades que existió entre ENEX, QLA y ACH para alterar el normal desenvolvimiento competitivo que debió existir en el proceso de cotizaciones para proveer de productos asfálticos a empresas del Grupo Dragados para las obras de Puerto Montt-Pargua y Laja. En otras palabras, la circunstancia de que no hayan sido acreditadas las eventuales contraprestaciones de un acuerdo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

anticompetitivo de reparto de mercado –como ocurre en este caso–, no es suficiente para desvirtuar la prueba que obra en el proceso respecto de este último. A mayor abundamiento, este Tribunal no puede descartar la existencia de una contraprestación entre ENEX y ACH respecto de otras obras, aunque la señalada por la FNE a fojas 6 no haya sido acreditada;

Quincuagésimo segundo. Que en relación con el segundo requisito mencionado en la consideración Vigésimo primero, y tal como se expuso en las consideraciones Undécimo a Decimonoveno, en las que se describieron las principales características de la industria del asfalto en Chile, las empresas que participaron en este acuerdo –ENEX, ACH y QLA– son competidoras entre sí pues participan en el segmento minorista de esta industria, con lo cual se cumple el segundo requisito que establece la letra a) del artículo 3° del D.L. N° 211;

Quincuagésimo tercero. Que, en cuanto al tercer requisito establecido en dicha norma, en las consideraciones siguientes se analizará si el acuerdo entre las empresas competidoras ACH, QLA y ENEX para no participar competitivamente en las obras Puerto Montt-Pargua y Laja les confirió poder de mercado, esto es, *“la habilidad de una firma (o un grupo de firmas, actuando conjuntamente) para elevar el precio por sobre el nivel competitivo sin perder muchas ventas tan rápidamente como para que el incremento de precio no se haga rentable y deba ser rescindido”* (W. Landes y R. Posner, “Market Power in Antitrust Cases”, Harvard L. Rev., 94[5], 1981, p. 937). Ello se puede lograr mediante un acuerdo de reparto de clientes en un proceso privado de cotizaciones como el de autos;

Quincuagésimo cuarto. Que, en este orden de consideraciones, como ha señalado este Tribunal en ocasiones anteriores, en casos de colusión el grado de poder de mercado conferido por el acuerdo que se requiere acreditar es menor al que se exige en un caso de abuso de posición dominante (por ejemplo, sentencia N° 145/2015). Así por ejemplo, en los casos de los acuerdos entre competidores cuyo objeto sea fijar precios, el poder de mercado puede determinarse con el alza efectiva de los mismos y si ella fue sostenible por un determinado período de tiempo;

Quincuagésimo quinto. Que, sin embargo, las conductas imputadas por la FNE en autos son acuerdos de reparto de mercado, consistentes en la asignación de contratos específicos de provisión de productos asfálticos, razón por la cual si el acuerdo les confirió o no poder de mercado deberá determinarse considerando las características propias de los procesos de compra de estos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

productos por parte de las constructoras (procesos de cotización privados), así como algunos aspectos de la industria del asfalto, principalmente en lo que dice relación con los actores que participan en ella;

Quincuagésimo sexto. Que tal como se ha señalado, dentro del segmento minorista de la industria del asfalto en Chile existían, al momento del acuerdo, sólo cuatro empresas relevantes que abastecían a empresas constructoras a través de procesos de cotización: ACH, QLA, ENEX y Dynal. Adicionalmente, también se indicó que existía una quinta empresa, Probisa, que si bien comercializa productos asfálticos a nivel minorista, lo hace mayoritariamente a su empresa relacionada Bitumix. Por otra parte, tal como consta de diversos testimonios en este proceso, las condiciones de entrada a esta industria no son favorables debido, entre otros factores, a la necesidad de contar con un volumen relevante para importar eficientemente (véase declaraciones de los señores Rodrigo Infante de ENEX y de Richard Willemouz de Dynal a fojas 528 y 679, respectivamente), como también la necesidad de contar con una serie de activos específicos para un adecuado manejo logístico del negocio, especialmente en cuanto al almacenamiento y transporte (véase al efecto las declaraciones testimoniales de la señora Claudia Núñez, Jefe de Productos Especiales de ENAP, a fojas 632 y del señor Patricio Seguel de QLA, a fojas 1051);

Quincuagésimo séptimo. Que en el proceso de cotización convocado por Dragados CVV S.A. para la obra Puerto Montt-Pargua sólo se invitó a participar a ENEX, ACH y QLA, es decir, las tres empresas que participaron en la asignación concertada de dicha obra;

Quincuagésimo octavo. Que en el proceso de cotización para la obra Laja, en cambio, no participó la empresa QLA por no haber sido invitada por Dragados S.A. No obstante ello, el hecho de no haber sido invitada no impide considerar la participación de esa empresa en el acuerdo de las obras del Grupo Dragados, el cual fue concebido por los partícipes como un “*paquete integral*” o “*global*” según consta de la declaración del señor Rivas ante la FNE de 11 de febrero de 2013, acompañada a fojas 192 (fojas 589 y 599 del cuaderno Delación Tomo II). Por otro lado, otra empresa Clasa –relacionada a la requerida Dynal– sí participó en el proceso de cotización pero no habría intervenido en el acuerdo. A diferencia de QLA, una empresa del tamaño de Clasa no sería capaz de proveer productos asfálticos a una obra de la magnitud de Laja, la que necesitaba casi 4.000 toneladas de productos asfálticos, tal como se acreditó mediante las distintas cotizaciones para tal obra y que se encuentran acompañadas en el cuaderno de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

percepción documental de fojas 560 bis, sección “Dragados”. Esto fue corroborado por el director de Clasa, señor Tomás Brenner, quien en su declaración ante la FNE, documento 13 del CD N° 8 acompañado a fojas 350, señaló que *“es una cosita chiquitita, osea no, no, no tiene ninguna eh... incidencia en el mercado o sea, Clasa no es nada”* y que *“Clasa debe tener el orden de 8 mil toneladas al año, más o menos, no sé si 8 mil u 8 mil quinientas, que se yo, no es más que eso”*. A juicio de este Tribunal, lo anterior deja de manifiesto que Clasa no habría podido disciplinar a los partícipes del acuerdo requerido;

Quincuagésimo noveno. Que, además, Dynal no es parte de la acusación de la FNE respecto de las obras Puerto Montt-Pargua y Laja, siendo además la única empresa que fue identificada como parte del segmento minorista de la industria del asfalto en la consideración Decimocuarto que no fue invitada a cotizar en las mencionadas cotizaciones; además de Probisa, que no se toma en cuenta a este respecto por las razones expuestas en las consideraciones decimosexta a decimoctava. A mayor abundamiento, además de no haber participado en el proceso de cotizaciones de ninguna de estas dos obras, Dynal señala en su contestación, a fojas 59, que *“[e]stas obras habrían implicado en torno a 25.000 toneladas, cantidad que corresponde a casi tres veces el promedio año que DYNAL vende a todos sus clientes en el mercado relevante. Mal podría haberse sentado a negociar su asignación sin asegurar el suministro”*, aprehensión que es igualmente válida con respecto de su eventual participación en forma competitiva dentro del proceso en cuestión;

Sexagésimo. Que, en cuanto al argumento de ineptitud de las Requeridas para conseguir poder de mercado producto de la posible sustitución de productos asfálticos por hormigón, este Tribunal considera que dicho argumento debe ser desestimado, principalmente por el hecho de que la mayor parte de las obras que demandan productos asfálticos, entre ellas las asociadas al requerimiento, cuentan con especificaciones técnicas que no pueden ser modificadas por la empresa que está a cargo de su construcción, lo que en la práctica elimina el uso de sustitutos si estos tecnológicamente existieran, al menos en el corto plazo. Lo anterior, aunque controvertido por algunas de las Requeridas, se ha reafirmado con el testimonio a fojas 574 del señor Rodrigo Aguirre, gerente adjunto del consorcio Dragados-CVV, y el testimonio a fojas 1844 del señor Ricardo Veloso, jefe de zona de asfalto y construcción de ENEX;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sexagésimo primero. Que además las Requeridas han señalado que no tendrían poder de mercado porque las condiciones de entrada serían favorables ya que no habrían economías de escala relevantes (informe económico presentado por ACH a fojas 1976 denominado “Estructura, características y funcionamiento del mercado del asfalto en Chile”). Sin embargo, además de lo señalado en la consideración Quincuagésimo sexto, los cálculos utilizados en ese informe deben ser desestimadas, a juicio de este Tribunal, por las siguientes razones: i) los datos utilizados son inconsistentes e inverosímiles –existiendo despachos desde 1 a 35.417.872 toneladas, con precios desde 0,267 a 784,9 dólares por tonelada– lo que permite inferir que existen dentro de la misma base algunos datos que están en kilogramos y otros que están en toneladas o, al menos, que los datos no están en las unidades señaladas; ii) la metodología no considera controles que podrían ser relevantes, como por ejemplo, puertos de entrada, precio internacional del asfalto, empresa importadora; y, iii) los tramos de volumen utilizados para estimar las economías de escala en la importación de asfalto no se encuentran suficientemente justificados, siendo posible llegar a resultados distintos al usar otros tramos de volumen;

Sexagésimo segundo. Que adicionalmente a los problemas recién señalados con respecto de las estimaciones de las economías de escala en las importaciones de asfalto, se debe tener en cuenta que la logística del negocio, en cuanto a almacenamiento y transporte, demanda una serie de activos específicos que cumplen con las siguientes características: i) requieren una alta inversión inicial, la que representa en su mayoría costos hundidos, y ii) demoran un tiempo relevante en ser construidos, tal como ha sido descrito en las testimoniales de la señora Claudia Núñez a fojas 632 y el señor Patricio Seguel a fojas 1051;

Sexagésimo tercero. Que, por último, el hecho de que los acuerdos imputados sean para participar en procesos privados de cotizaciones que no pueden esperar la entrada de un nuevo competidor permite concluir que, independientemente de la existencia o no de barreras a la entrada, dicha entrada no podría haberse producido en un tiempo que permitiera impedir los efectos negativos para la libre competencia de los acuerdos imputados;

Sexagésimo cuarto. Que, analizado lo descrito en las consideraciones precedentes, este Tribunal concluye que, en el caso de las obras Puerto Montt-Pargua y Laja, el acuerdo confirió poder de mercado a las empresas involucradas (ENEX, QLA y ACH), permitiéndoles afectar el proceso competitivo de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

asignación de las obras. En primer término, el acuerdo reunía a cada una de las empresas que fueron invitadas a cotizar. Y en segundo lugar, ante la eventualidad de declarar desierto el proceso de cotizaciones, las empresas constructoras, dadas las características de la industria, sólo podían haber acudido a las empresas Dynal y Clasa, respecto de las cuales ha quedado descartada su capacidad para disciplinar el poder de mercado de las empresas requeridas respecto de estas obras;

Sexagésimo quinto. Que el segundo grupo de conductas que imputa la FNE es el acuerdo al que habrían llegado todas las requeridas en una reunión celebrada en el Hotel Radisson de La Dehesa a principios del mes de septiembre del año 2012, a la que habrían asistido los gerentes generales de QLA y Dynal, el gerente comercial de ACH y el subgerente de ventas del área de construcción de ENEX. En virtud de ese acuerdo, las Requeridas se habrían asignado tres obras que construiría la empresa Besalco en el norte del país. Dicho acuerdo habría consistido en que ENEX se adjudicaría el contrato para proveer la obra Duplijsa; QLA, la obra Chañaral; y Dynal, la obra Radomiro Tomic; en la misma reunión se habría acordado que ACH tendría la prioridad para elegir la próxima obra o cliente;

Sexagésimo sexto. Que ENEX sostiene en la relación de hechos contenida en su Solicitud de Beneficios (fojas 562 del cuaderno de Delación Tomo II) que *“a principios del mes de septiembre de 2012, don Patricio Seguel invitó a don Cristián Rivas a un desayuno en el Hotel Radisson de La Dehesa, a través de un llamado telefónico. A este desayuno también asistieron don Tomás Brenner, don Patricio Seguel y don Sergio Moroso. [...] Durante esta reunión los asistentes compartieron la información de los precios y problemas técnicos que tendrían para abastecer las tres rutas que estaban cotizando para Besalco Construcciones S.A. Es en esta oportunidad que los asistentes deciden repartirse cada una de las rutas, acordando que sería QLA quien abastecería Chañaral-Portofino, Dynal quien abastecería Radomiro Tomic y ENEX quien abastecería Duplijsa. Para ello se determinaron los precios de las ofertas de cada uno para que no hubiese mal entendidos. No se le asignó ninguna obra a Asfaltos Chilenos, pues ésta no tenía la intención de presentar ofertas a estos contratos, pero el señor Sergio Moroso señaló que a él le interesaba otra obra futura, por lo que se acordó que el sería quien primero elegiría en los futuros repartos de obras”*. En la misma relación de hechos, ENEX expresa que los contratos de Duplijsa, Radomiro Tomic y Chañaral fueron finalmente adjudicados por Besalco a ENEX, Dynal y QLA, respectivamente, en octubre de dicho año;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sexagésimo séptimo. Que un primer aspecto a considerar es que Besalco tenía la intención de adjudicar las tres obras a un solo proveedor de productos asfálticos, con el objeto de obtener un mejor precio por el volumen que contrataría. Esa intención de adjudicar a un solo proveedor la compra de productos asfálticos fue ratificada en autos por el absolvente señor Julio Espinoza Lolos, ex ejecutivo de Besalco, quien a fojas 1143 declaró lo siguiente: *“recuerdo haberle dado instrucciones a mis gerentes de operaciones y en particular a mi gerente de abastecimiento [...] que tratara de buscar una oferta conjunta”*, y por el testigo Eduardo González Espinoza, también ex ejecutivo de Besalco, quien a fojas 822 declaró que *“aquí vamos a tener que tratar de, por volumen, por volumen, adjudicarle un sólo proveedor para que sea interesante y nos pueda dar una mejor oferta”*;

Sexagésimo octavo. Que en cuanto a la capacidad de las Requeridas para abastecer las tres obras que construiría Besalco en el norte del país, existen diversas versiones y evidencia en el proceso. Así, por un lado, como ya se señaló, el ejecutivo de ENEX señor Ricardo Veloso sostuvo en la audiencia testimonial de rigor que *“nosotros como compañía estábamos capacitados en entregar las tres ofertas a pesar que eran bastante grandes, pero la estrategia que usamos para presentarnos con Besalco, fue que sólo íbamos a participar en dos de las tres obras, argumentando que no teníamos la logística suficiente para abastecer las tres juntas”*; *“[ENEX] es una compañía [cuyo] foco es la venta volumétrica, por lo tanto las restricciones ya sea desde el punto de vista logístico de transporte, o las restricciones desde el punto de vista del producto si bien nos repercuten, no son prioritarias en nuestra área de venta”*; *“el volumen que entregamos en ese periodo no es ningún volumen que no hayamos podido haber entregado en periodos anteriores”*; *“la compañía siempre tiene compromisos de venta y siempre hace un ranking de clientes donde quiere o donde prefiere estar por motivos de índole económica, presencia, etcétera. Besalco es un cliente al cual nosotros nos interesa siempre participar y si nosotros tenemos que desviar recursos para atender a ese cliente perfectamente lo podríamos haber hecho. No existía desde el punto de vista logístico, ni de operaciones, ni de producto una deficiencia como para haber abastecido”* (fojas 1854 vuelta, 1855 y 1865);

Sexagésimo noveno. Que, por otro lado, el señor Cristián Rivas, de la misma empresa, declaró lo siguiente sobre la capacidad de ENEX para proveer las obras de Besalco: *“independientemente de los acuerdos era cierto que no se podían abastecer todas las obras por una misma empresa. Era un gran volumen, sino mal recuerdo eran 6000 toneladas de asfalto modificado [...] y alrededor de*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4000 toneladas de cemento asfáltico. Esto implica entregar en un periodo relativamente muy corto de tiempo, una gran cantidad de asfalto, lo cual operativamente tendríamos que haber dejado al resto de nuestros clientes sin abastecimiento por una falta de camiones” (fojas 993). Por otro lado, los testigos o gerentes de las otras requeridas confirmaron esta versión, tal como se puede apreciar de la declaración testimonial del señor Sergio Moroso (fojas 1893); de la absolución de posiciones del señor Tomás Brenner (fojas 1100); y de la absolución de posiciones del señor Patricio Seguel (fojas 1252);

Septuagésimo. Que, por último, también es importante en esta materia el testimonio del gerente general de Probisa (fojas 849 vuelta), quien sobre estos hechos declaró que dicha empresa podía proveer asfalto a QLA y Dynal en una cantidad suficiente para proveer un mínimo de toneladas por año;

Septuagésimo primero. Que, en consecuencia, la prueba aportada al proceso no es concluyente en cuanto a si ENEX, QLA y Dynal podían abastecer, cada una por sí sola, los tres contratos que asignaría Besalco, pues las declaraciones citadas en las consideraciones precedentes no son consistentes entre sí. En efecto, la declaración del gerente general de Probisa, a pesar de ser la más imparcial e independiente, no asegura que las empresas asfalteras hayan podido comprar y almacenar dicho asfalto. En consecuencia, tanto las explicaciones dadas por el testigo Veloso como por los señores Rivas, Seguel y Brenner son plausibles, no pudiendo este Tribunal determinar –de una manera clara y concluyente– cuál de las dos versiones es cierta;

Septuagésimo segundo. Que, por otra parte, en cuanto a la reunión que habría tenido lugar en el Hotel Radisson de La Dehesa a principios del mes de septiembre de 2012, entre los señores Sergio Moroso de ACH, Tomás Brenner de Dynal, Patricio Seguel de QLA y Cristián Rivas de ENEX, existen diversos antecedentes en autos que confirman su celebración. En primer lugar, la declaración del señor Rivas quien con fecha 16 de noviembre de 2012 indicó lo siguiente: *“me invitaron a el Radisson de la Avenida La Dehesa a tomar desayuno [...] yo entendía que me iba a juntar con Tomás Brenner de DYNAL y Patricio Seguel de QLA, pero eso a esa (sic) ocasión también asistió Sergio Moroso de Asfaltos Chilenos”* (fojas 196 de cuaderno de Delación Tomo I) y en la declaración testimonial a fojas 977 vuelta lo confirma exponiendo que *“se me invita para los primeros días de septiembre a un desayuno en el Hotel Radisson [...] Patricio Seguel, Tomás Brenner y apareció Sergio Moroso”*. Por su parte, el señor Veloso ratificó, como testigo de oídas, lo anterior, declarando a fojas 1851

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

vuelta: “*las reuniones normalmente se hacían en hotel, el Hotel, creo que fue el Radisson uno, en el mall de La Dehesa había algo de unas reuniones, Cristian se juntaba ahí por lo que me comentaba él después de que había tenido las reuniones, y las reuniones empezaron a tener efecto en los contratos*”. Además del reconocimiento que hizo ENEX en su Solicitud de Beneficios sobre ese hecho y de las declaraciones de los señores Rivas y Veloso, tanto QLA (fojas 133) como Dynal (fojas 63) reconocieron la existencia de esta reunión en sus respectivas contestaciones, lo que fue ratificado en autos por sus gerentes generales en las audiencias de absolución de posiciones que rolan a fojas 1102 y a fojas 1254. Si bien es cierto que ACH nada dice respecto de esta reunión en su contestación, su gerente comercial reconoció en la audiencia testimonial a fojas 1887 y 1896 que asistió a una reunión en septiembre en un hotel en La Dehesa, para lo cual exhibió su taco calendario en la audiencia de exhibición de documentos de fecha 4 de febrero de 2015, que rola a fojas 1914, y cuya copia se acompañó a fojas 1923 por la FNE. En dicho taco aparece escrito el día 5 de septiembre de 2012 la cita “08:30 *Abastecim. La Dehesa*”;

Septuagésimo tercero. Que, por lo expuesto, de los antecedentes que obran en el proceso se encuentra acreditada la existencia de dicha reunión. No obstante lo anterior, existen en autos distintas versiones sobre lo que se trató en la misma. Por una parte, ENEX, como se señaló, y el ejecutivo señor Rivas indicó en su declaración testimonial y en su declaración de fecha 11 de febrero de 2013 (a fojas 978 vuelta y a fojas 616 del cuaderno de Delación Tomo II) que uno de los objetos de dicha reunión fue repartirse las obras que Besalco construiría en el norte del país y, por la otra, las restantes requeridas sostienen que en la misma sólo se trataron temas de abastecimiento (fojas 63 y 133);

Septuagésimo cuarto. Que existiendo distintas versiones sobre un mismo hecho –el objeto de la reunión en el Hotel Radisson de La Dehesa– corresponde a este Tribunal otorgar mayor valor a aquella versión que aparezca como más verosímil de acuerdo con las reglas de la sana crítica;

Septuagésimo quinto. Que en este orden de consideraciones, lo primero que llama la atención de este Tribunal es el hecho de que se reúnan en un hotel ejecutivos que tienen responsabilidad en temas comerciales de empresas competidoras. Si bien es cierto y se encuentra acreditado en el proceso que ACH y ENEX abastecen a QLA y Dynal y que estas últimas también proveen de productos específicos a las primeras, lo normal es que estos temas propios de abastecimiento entre algunas de esas empresas sean tratados de manera

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

bilateral y mediante otros canales de comunicación, como pueden ser las reuniones en las sedes corporativas o correos electrónicos institucionales. En segundo lugar, se encuentra acreditado en autos que durante el segundo semestre del año 2012 no hubo compras por abastecimiento de las requeridas QLA y Dynal a ENEX, tal como se aprecia en el acta de la audiencia de exhibición de documentos de dichas requeridas que rola a fojas 1678 y 1765, en la que no se exhibieron documentos que den cuenta de la compra de productos asfálticos de éstas a ENEX acordadas y concretadas durante ese período. También se acredita esa circunstancia con las declaraciones ante la FNE del señor Cristián Rivas a fojas 977, de fecha 16 de noviembre de 2012 y 11 de febrero de 2013 (fojas 152 y 614 del cuaderno de Delación Tomo I y II), y las declaraciones del señor Juan López Quintana, gerente asuntos corporativos de ENEX, ante este Tribunal según consta a fojas 1120;

Septuagésimo sexto. Que, por último, la versión del gerente comercial de ACH, señor Sergio Moroso, sobre el objeto de esta reunión y de su contenido es bastante anómala por cuanto en un principio negó su existencia en las declaraciones que prestó durante la etapa de investigación ante la FNE, lo que puede apreciarse a fojas 167 a 172 de la transcripción contenida en el documento 5 del CD N° 4 acompañado a fojas 350; para luego rectificar dichas declaraciones en su testimonial prestada ante esta Judicatura a fojas 1879, 1887 y 1896, para lo cual exhibió su taco con la cita escrita el día 5 de septiembre de 2012 a fojas 1914. Sin embargo, ese antecedente –el taco– sólo se acompañó en el juicio y no durante la investigación de la FNE, cuando esta empresa ya tenía la versión de las Requeridas sobre el motivo de la reunión en el Hotel Radisson y además tiene escasísimas anotaciones, lo que es extraño si se considera que el gerente comercial de una compañía como ACH debe tener una agenda bastante ocupada, como el mismo señaló en su testimonial de fojas 1879;

Septuagésimo séptimo. Que, de ese modo, aplicando las reglas de la lógica, esto es, aquellas que *“pretende distinguir entre los razonamientos correctos, de aquellos que no lo son, en cuyas proposiciones debe existir una vinculación racional, a las que se les denomina: implicación, equivalencia, consistencia e independencia* (Sentencia de la Excma. Corte Suprema del 7 de septiembre de 2012, rol N° 2578-2012) aparece como más verosímil la versión de los hechos dada por ENEX y su ejecutivo sobre el objeto y contenido de la reunión celebrada en los primeros días del mes de septiembre del año 2012, en el Hotel Radisson de La Dehesa;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Septuagésimo octavo. Que, respecto del acuerdo de asignación para las obras de Besalco, otro elemento probatorio que dice relación con estos hechos es el descuento que ENEX practicó a Besalco mientras se negociaba el contrato para proveerlo de productos asfálticos para la obra Duplijsa. De acuerdo con lo declarado por el testigo señor Ricardo Veloso a fojas 1866, dicho descuento fue otorgado a Besalco luego de que en octubre de 2012 asistiera a una reunión con los ejecutivos de dicha empresa constructora, señora Claudia París y señores Eduardo González y Manuel Balmaceda, en la cual se sintió muy mal porque el señor González –con quien había tenido una intensa relación comercial– le habría interpelado directamente, preguntándole si ENEX se ponía de acuerdo en los precios, para lo cual le habría mostrado todas las ofertas recibidas en el proceso de cotizaciones. El señor Rivas a fojas 994 vuelta, declaró en los mismos términos que *“Ricardo llegó a la oficina bastante consternado porque el cliente le hizo ver que tenía serias dudas respecto a una posible colusión de parte de las asfalteras. Y en la reunión, él trató de defender la posición de que era un tema operativo, que era muy demostrable, pero él quedó con la sensación que el cliente ya algo sabía. Y en esa misma reunión Ricardo Veloso le hizo un descuento para hacer la asignación de ambas obras, principalmente en Duplijsa, y solamente asignándose a nosotros Duplijsa”*. Estas versiones de lo sucedido en esa reunión no solo se ve corroborada por las cotizaciones con fecha 20 de septiembre y 23 de octubre (acompañadas por la FNE a fojas 350 CD N° 13); sino también con la declaración del señor Eduardo González Espinoza, ex subgerente de abastecimiento de Besalco y actual subgerente de mezclas asfálticas de ACH, que rola a fojas 834 vuelta, quien admitió haber tenido la mencionada reunión y haberle dicho a Ricardo Veloso que *“aquí parece como que están arregladas esta cuestión (sic)”*;

Septuagésimo noveno. Que, adicionalmente a la prueba analizada, a fojas 2038 de autos se acompañaron antecedentes que dan cuenta de un intenso tráfico de llamadas entre ejecutivos de Dynal, QLA, ENEX y ACH la misma semana en que se celebró la reunión en el Hotel Radisson de la Dehesa y durante la cual se presentaron cotizaciones;

Octogésimo. Que, en efecto, se encuentra acreditado que el día 5 de septiembre de 2012 Dynal presentó tres cotizaciones a Besalco: la primera a las 14 horas 24 minutos por la obra Radomiro Tomic, la segunda a las 14 horas 29 minutos por la obra Duplijsa y la tercera a las 14 horas 35 minutos por la obra Chañaral. ENEX, a su vez, presentó a las 15 horas 38 minutos cotizaciones por las obras de Duplijsa y Chañaral. Por último, QLA también presentó dos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cotizaciones por dichas obras, la primera a las 18 horas 12 minutos por la obra Chañaral, y la segunda a las 18 horas 18 minutos por la obra Duplijsa;

Octogésimo primero. Que, como se ha dicho, esas cotizaciones fueron precedidas y seguidas de diversos llamados telefónicos entre ejecutivos de ACH, QLA, ENEX y Dynal: el primero a las 11 horas 37 minutos, desde el teléfono celular del señor Cristián Rivas, de ENEX, al teléfono celular del señor Tomás Brenner, de Dynal; el segundo a las 11 horas 40 minutos, desde el teléfono celular del señor Cristián Rivas, de ENEX, al teléfono celular del señor Nelson King, de QLA; el tercero a las 11 horas 43 minutos, desde el teléfono celular del señor Nelson King, de QLA, al teléfono celular del señor Cristián Rivas, de ENEX; el cuarto a las 12 horas 40 minutos, desde el teléfono celular del señor Patricio Seguel, de QLA, al teléfono celular del señor Tomás Brenner, de Dynal; el quinto a las 12 horas 45 minutos, desde el teléfono celular del señor Patricio Seguel, de QLA, al teléfono celular del señor Jaime Díaz, de Dynal; el sexto a las 15 horas 36 minutos, desde el teléfono celular del señor Sergio Moroso, de ACH, al teléfono celular del señor Jaime Díaz, de Dynal; el séptimo a las 15 horas 57 minutos, desde el teléfono celular del señor Cristián Rivas, de ENEX, al teléfono celular del señor Sergio Moroso, de ACH; el octavo a las 16 horas 25 minutos, desde el teléfono celular del señor Patricio Seguel, de QLA, al teléfono celular del señor Cristián Rivas, de ENEX; el noveno a las 16 horas 36 minutos, desde el teléfono celular del señor Sergio Moroso, de ACH, al teléfono celular del señor Cristián Rivas, de ENEX; el décimo a las 16 horas 48 minutos, desde el teléfono celular del señor Jaime Díaz, de Dynal, al teléfono celular del señor Sergio Moroso, de ACH; el undécimo a las 18 horas 3 minutos, desde el teléfono celular del señor Cristián Rivas, de ENEX, al teléfono celular del señor Sergio Moroso, de ACH; y el duodécimo a las 18 horas 44 minutos, desde el teléfono celular del señor Patricio Seguel, de QLA, al teléfono celular del señor Sergio Moroso, de ACH;

Octogésimo segundo. Que dichos llamados telefónicos se hicieron en un contexto en el que (i) al menos tres empresas –QLA, Dynal y ENEX– estaban compitiendo por llevarse los contratos de Besalco, proceso en el cual todas presentaron cotizaciones por las obras de Duplijsa y Chañaral; (ii) los ejecutivos de esas tres empresas hablaron entre sí en la mañana del día 5 de septiembre de 2012, antes de que Dynal presentara la primera cotización por el contrato de la obra Duplijsa, a las 14 horas 29 minutos; y, (iii) ya se había celebrado la reunión en el Hotel Radisson de La Dehesa. Por consiguiente, dichos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

antecedentes e indicios son consistentes con la versión que de estos hechos ha efectuado la FNE durante este proceso;

Octogésimo tercero. Que, por otra parte, conforme al informe “Análisis de Comunicaciones Telefónicas de las Empresas de Asfaltos”, que rola a fojas 2005, se demostró que el tráfico de llamadas entre estas personas aumentó significativamente en la primera semana hábil de septiembre de dicho año con respecto del promedio de llamados entre dichas personas;

Octogésimo cuarto. Que, por último, la coordinación en cuanto al mencionado proceso de cotizaciones se ve reforzado por un mensaje de texto enviado por el señor Tomás Brenner al señor Cristián Rivas el día 13 de septiembre de 2012, el cual señala: “[n]o hay ninguna cotización después que conversamos” acompañado a fojas 192 y percibido a fojas 310;

Octogésimo quinto. Que las explicaciones alternativas que han dado las restantes requeridas sobre estos hechos no son consistentes con la prueba ponderada precedentemente o bien no desvirtúan las anteriores conclusiones, según se analizará en las siguientes consideraciones;

Octogésimo sexto. Que un argumento transversal de ACH, QLA y Dynal ha sido sostener que la reunión en el Hotel Radisson La Dehesa tenía por objeto tratar temas de abastecimiento, lo que ya ha sido descartado en la consideración Septuagésimo quinto;

Octogésimo séptimo. Que en relación con la alegación de ACH sobre la falta de veracidad de esta acusación de la FNE, debido a que era ilógico para dicha empresa llegar a un acuerdo para la provisión de productos asfálticos de las obras Duplijsa, Chañaral y Radomiro Tomic de Besalco, porque habría tenido problemas de abastecimiento que no enfrentaron el resto de las competidoras y porque no había contratado con dicha constructora desde el año 1998, es menester señalar que las mencionadas circunstancias no desvirtúan la prueba analizada en las consideraciones precedentes. En efecto, se encuentra acreditado que el gerente comercial de ACH asistió a la reunión en el Hotel Radisson de La Dehesa, hecho que fue reconocido por el mismo después de haberlo negado en la investigación llevada a cabo por la FNE, según consta de la declaración acompañada a fojas 350 (documento 5 del CD N° 4, fojas 169-171), como también que dicha persona se comunicó telefónicamente con ejecutivos de la competencia el mismo día 5 de septiembre de 2012, en el que QLA, ENEX y Dynal presentaron cotizaciones para las obras de Besalco. Por

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

consiguiente, pese a que ACH no se adjudicó ninguna de dichas obras, sí participó de las conversaciones sostenidas con las otras requeridas que dieron lugar al reparto de contratos mencionados;

Octogésimo octavo. Que, por tanto, analizada en su conjunto la prueba citada en las consideraciones precedentes y que dice relación con el segundo grupo de acuerdos ilícitos que imputa la FNE en su requerimiento, es posible establecer que el reconocimiento de estos hechos por parte de ENEX en la Solicitud de Beneficios, ratificada en lo sustancial por las declaraciones de los ejecutivos de dicha compañía señores Cristián Rivas y Ricardo Veloso, se encuentra corroborado y contrastado con otros antecedentes probatorios de este proceso, en particular con la reunión sostenida por los ejecutivos de las empresas requeridas en el Hotel Radisson de La Dehesa, el testimonio de Besalco en esta materia, el mensaje de texto enviado por el señor Tomás Brenner al señor Cristián Rivas y especialmente con el inusual tráfico de llamados entre los ejecutivos de Dynal, QLA, ENEX y ACH durante el día 5 de septiembre de 2012, fecha en la cual las tres primeras empresas presentaron cotizaciones a Besalco;

Octogésimo noveno. Que acreditado el acuerdo entre ACH, QLA, Dynal y ENEX para no participar competitivamente en las obras señaladas precedentemente, es necesario determinar si tal acuerdo fue entre competidores y si les confirió poder de mercado;

Nonagésimo. Que, por las razones expuestas en las consideraciones unDécimo a Decimonoveno, las empresas que participaron en este acuerdo – ENEX, ACH, QLA y Dynal– son competidoras entre sí. Adicionalmente, y conforme a las consideraciones Quincuagésimo segundo a sexagésimo tercera, este Tribunal no puede sino concluir que este acuerdo confirió poder de mercado a las requeridas, permitiéndoles afectar el proceso competitivo de asignación de las obras. Lo anterior porque, en primer lugar, participaron del mismo todas las empresas que fueron invitadas por Besalco a cotizar. Y, en segundo lugar, dado que ante la eventualidad de declarar desierto el proceso de cotizaciones, Besalco no habría podido acudir a otro proveedor, pues sólo ACH, QLA, ENEX y Dynal abastecen a empresas constructoras a través de procesos de cotización. Como se señaló, Probisa, si bien comercializa productos asfálticos a nivel minorista, lo hace sólo con su empresa relacionada Bitumix;

Nonagésimo primero. Que en el último grupo de conductas que imputa la FNE en su requerimiento, ésta acusa a las requeridas de haber acordado asignar

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

otros contratos específicos de provisión de productos asfálticos a partir de una planilla que contendría un listado de los contratos de obras y concesiones denominada “Estudio de Mercado 2012/01”. Señala la FNE que en la reunión celebrada en el Hotel Radisson se habría acordado actualizar una planilla exhibida por el gerente general de QLA, denominada “Estudio de Mercado 1998/99”, para asignar los nuevos contratos entre las Requeridas, utilizando para ello los números 1 para ACH, 2 para ENEX, 3 para QLA y 4 para Dynal. Indica que el 27 de septiembre del 2012 habría tenido lugar una nueva reunión entre los mismos ejecutivos que asistieron a la reunión del Hotel Radisson, esta vez en el Hotel Regal Pacific de Las Condes, en la cual se habría entregado un *pendrive* con la planilla actualizada, denominada “Estudio de Mercado 2012/01”, acordándose realizar la primera asignación de contratos y clientes a partir de ella. Así, en esa primera asignación de contratos y clientes de acuerdo con dicha planilla se habría convenido que: (i) ENEX fuera quien proveyera de productos asfálticos a la empresa Figueroa Vial Limitada para la ampliación de la Ruta 28, cruce con Ruta 5, sector La Negra; (ii) ACH mantuviera el cliente Constructora Tafca Limitada, para el suministro de la obra consistente en el mejoramiento de la Ruta F-50, sector Lo Orozco-Quilpué; y, (iii) Dynal mantuviera el cliente Constructora Recondo S.A., para el suministro de la obra consistente en el mejoramiento de la Ruta 7, Pichicolo-Hornopirén;

Nonagésimo segundo. Que la primera evidencia que corresponde analizar sobre este último grupo de conductas es el reconocimiento de estos hechos efectuado por ENEX en su Solicitud de Beneficios (fojas 565 del cuaderno de Delación Tomo II). A este respecto dicha empresa señaló que “[e]n la reunión de principios del mes de septiembre de 2012, en el Hotel Radisson de La Dehesa, es la primera vez que se le exhibió a don Cristián Rivas una hoja impresa con una tabla con concesiones actuales y futuras, contratos actuales y futuros, clientes y plantas de asfalto que cuenta con columnas para determinar a quién se le asigna tal o cual según cuál sea el número de cada uno (Asfaltos Chilenos – 1, ENEX -2, QLA -3 y Dynal -4)”, “[c]on fecha 27 de septiembre de 2012 se realizó una reunión en el Hotel Regal Pacific, citada por don Sergio Moroso vía telefónica, en la que estaban presentes don Tomás Brenner, don Patricio Seguel, don Sergio Moroso y don Cristián Rivas. En esta reunión don Patricio Seguel y don Sergio Moroso le presentaron a los intervinientes una nueva tabla, con información actualizada de las licitaciones, contratos, clientes y plantas de asfalto del mercado (sólo tenían dudas respecto de la información de consumo de las plantas de asfalto y don Cristián Rivas se comprometió a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

proporcionárselas posteriormente), que contenía información de los contratos presentes y futuros, con espacios abiertos para asignar los contratos futuros. Se le entregó la lista a don Cristián Rivas en formato físico y digital”, “[a]l final de esta reunión [la del Regal Pacific], don Sergio Moroso decidió ejercer la posibilidad que el resto le había entregado de elegir una obra como compensación por no quedarse con ningún contrato de Besalco Construcciones S.A. Por ello, eligió un contrato de Construcciones y Pavimentos Limitada (COP) por la ruta Lo Orozco-Quilpué, por 2.235 toneladas que era un cliente tradicional de QLA. Asfaltos Chilenos también se habría asignado una obra de Vecchiola S.A. Por su parte, Dynal eligió una obra del cliente Constructora Recondo S.A., Ruta Hornopirén. A ENEX se le asignó Constructora FV Limitada en la obra La Negra. QLA eligió la obra de repavimentación del aeródromo de Chaitén de Constructora Asfalcura S.A., cuestión que no es del agrado de don Cristián Rivas y terminan discutiendo por ella. Esta discusión se sostiene hasta que don Patricio Seguel finalmente termina cediendo la repavimentación del aeródromo de Chaitén de Constructora Asfalcura S.A. a ENEX, quedándose QLA a cambio con obras de Vecchiola S.A. y de Salfacorp S.A. Al final de la reunión se comparten y comentan los precios a los que tienen que ir cada uno de los competidores en los contratos que se les asignaron”;

Nonagésimo tercero. Que, como se puede apreciar, el reconocimiento de ENEX respecto del último grupo de conductas imputadas por la FNE contenido en la Solicitud de Beneficios está suficientemente detallado en cuanto a la descripción del origen del acuerdo, su época, la forma cómo habría operado, quienes participaron y cómo se comunicaron. Sin embargo, contiene una diferencia importante con los hechos expuestos por la FNE en su requerimiento, ya que en éste se sostiene que las Requeridas habrían acordado –en la referida reunión celebrada en el Hotel Regal Pacific– que ACH mantuviera el cliente Constructora Tafca Limitada, para el suministro para la obra consistente en el mejoramiento de la Ruta F-50 sector Lo Orozco-Quilpué; mientras que en la Solicitud de Beneficios ENEX señala que ACH habría ejercido su opción preferente eligiendo un contrato de Construcciones y Pavimentos Limitada (COP), cliente tradicional de QLA, por 2.235 toneladas en la ruta Lo Orozco-Quilpué. Si bien ambas constructoras se adjudicaron parte del mejoramiento de la Ruta F-50 sector Lo Orozco-Quilpué, Constructora Tafca Limitada se adjudicó el tramo entre los km. 12 y 18 de dicha obra, en tanto que COP se adjudicó el tramo entre los km. 18 y 30, la Fiscalía Nacional Económica no explica en su requerimiento por qué se apartó del relato de la solicitud de beneficios a este

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

respecto. La diferencia de tales obras se desprende de la carta de 21 de noviembre de 2013 enviada por COP a la FNE y de la carta de 7 de julio de 2014 enviada por Tafca a la FNE, acompañadas a fojas 350 CD N° 13 y 12, así como también de la ya citada planilla “Estudio de Mercado 2012/01”;

Nonagésimo cuarto. Que, a continuación, se analizará el resto de la prueba que obra en el proceso sobre el último grupo de conductas que imputa la FNE en su requerimiento;

Nonagésimo quinto. Que tal como se concluyó en la consideración Septuagésimo tercero, se encuentra acreditado en autos la existencia de la reunión celebrada a principios del mes de septiembre de 2012 en el Hotel Radisson. En cuanto al contenido de la reunión, la Solicitud Formal de Beneficios (a fojas 565 del cuaderno Delación Tomo II) explicó, como ya se adelantó, que *“[e]n la reunión de principios del mes de septiembre de 2012, el el (sic) Hotel Radisson de La Dehesa, es la primera vez que se le exhibió a don Cristián Rivas una hoja impresa con una tabla con concesiones actuales y futuras, contratos actuales y futuros, clientes y plantas de asfalto que cuenta con columnas para determinar a quién se le asigna tal o cual según cuál sea el número de cada uno [...]. La información en ella estaba desactualizada, pero don Sergio Moroso y don Tomás Brenner explicaron que ésa era la forma en que los competidores operaban antiguamente en el mercado y que era el método que deberían utilizar hacia el futuro [...]”*. Lo anterior fue ratificado por el señor Rivas a fojas 978 y en sus declaraciones ante la FNE de fecha 16 de noviembre de 2012 y 11 de febrero de 2013 (fojas 198 y 615 del cuaderno de Delación Tomo I y II);

Nonagésimo sexto. Que, por otra parte, una segunda reunión entre esas mismas personas el día 27 de septiembre de 2012 en el Hotel Regal Pacific de Las Condes se encuentra acreditada a partir de los siguientes antecedentes: (i) la Solicitud Formal de Beneficios (fojas 566 del cuaderno de Delación Tomo II); (ii) la declaración testimonial del señor Rivas que rola a fojas 982 y en las declaraciones ante la FNE (630 de declaración de 11 de febrero de 2013, 222 acompañadas en el cuaderno de Delación tomo I y II y a fojas 350 documento 2 del CD N° 7, página 4); (iii) el reconocimiento efectuado por QLA en su contestación a fojas 30, indicando que la reunión tenía por objeto buscar una solución para la crisis en el suministro de materia prima; (iv) la declaración del gerente general de QLA, señor Patricio Seguel, en la correspondiente audiencia de absolución de posiciones a fojas 1255; y, (v) la declaración testimonial del gerente comercial de ACH, el señor Sergio Moroso, quien señaló no recordar si

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

había asistido específicamente al Hotel Regal Pacific, pero sí que *“hubo una segunda [reunión] después de la del hotel que está en La Dehesa”* (fojas 1897 vuelta);

Nonagésimo séptimo. Que si bien Dynal, a fojas 64, niega que su gerente general haya asistido a la reunión en el Hotel Regal Pacific, existe prueba en autos que confirma lo contrario. Por una parte, en la relación contenida en la Solicitud de Beneficios se señala que en dicha reunión *“estaban presentes don Tomás Brenner, don Patricio Seguel, don Sergio Moroso y don Cristián Rivas”*. Además, el señor Rivas declaró a fojas 982 que a dicha reunión asistió el señor Tomás Brenner, lo que se confirma con la contestación de una de las Requeridas, QLA a fojas 140, que señala que *“tanto QL como Dynal debieron negociar con Enex y ACH en su calidad de importadores de asfalto, a objeto de solucionar sus problemas de abastecimiento. En ese contexto que se produce la referida reunión en el Hotel Regal Pacific”*; y también, con la absolución de posiciones a fojas 1255 del señor Patricio Seguel;

Nonagésimo octavo. Que, a juicio de este Tribunal, el reconocimiento expreso de la existencia de la reunión del Hotel Regal Pacific por dos de las Requeridas (ENEX y QLA), además de la declaración del gerente comercial de ACH, permite inferir fundadamente que efectivamente se realizó una reunión entre los gerentes generales de QLA y Dynal, el gerente comercial de ACH y el subgerente del área de construcción de ENEX el día 27 de septiembre de 2012 en dicho hotel;

Nonagésimo noveno. Que en cuanto a las materias tratadas en dicha reunión, el señor Rivas señaló a fojas 982 vuelta que la reunión consistió en *“la presentación de esta planilla que le comentaba con un pendrive, y las rutas, ya no del 99 98 como fue la primera vez, sino ahora más bien las del 2012 – 2011”* y en su declaración de fecha 11 de febrero de 2013 detalló que *“se revisó todo lo que eran las condiciones comerciales, como fijar el precio, cuáles eran las tarifas del flete por kilómetro recorrido, cuáles eran las condiciones de crédito, al cual deberíamos estar generando, cuando se ha aportaban y no se aportaban equipamiento entonces (sic)”* (fojas 630 del cuaderno de Delación Tomo II). Asimismo, indicó lo siguiente: *“vimos varias obras, cierto, entre otras etc., FV, Icafal y Asfalcura y ahí detallamos un poco cuál fue la operación [de la planilla]”; “se habló de varios contratos se habló de un contrato de Belfi, [...] Moroso, cobró la palabra del Radisson”; “Asfaltos Chilenos dijo yo me quedo con COP [...] saltó*

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

otra obra que la pidió a Dynal [...] puede ser Recondo” (fojas 633, 635 y 660 del cuaderno de Delación Tomo II);

Centésimo. Que ninguna de las requeridas QLA, ACH y Dynal reconoció que se haya entregado en la reunión del Hotel Regal Pacific una versión actualizada –en formato digital o papel– de la planilla que habría sido exhibida previamente en el Hotel Radisson, como tampoco que se haya acordado la asignación de obras y clientes sobre la base de dicha planilla actualizada, como señala la FNE en su requerimiento. Es más, una de las Requeridas –QLA a fojas 139– sostuvo que en la reunión realizada en el Hotel Regal Pacific se habrían tratado temas de abastecimiento, en particular que *“el objeto de dicha reunión fue una vez más buscar una solución para la crisis en el suministro de materia prima”*;

Centésimo primero. Que al igual que lo razonado a propósito de la reunión sostenida entre los ejecutivos de las cuatro Requeridas en el Hotel Radisson, llama la atención de este Tribunal que las personas encargadas de los temas comerciales de todas las empresas competidoras se reúnan en un hotel. Tal como se señaló en la consideración Septuagésimo quinto precedente, las materias propias de abastecimiento entre algunas de estas empresas deberían ser tratadas de manera bilateral y mediante los canales de comunicación propios de las empresas. Además, tal como se indicó en la misma consideración Septuagésimo sexto se encuentra acreditado en autos que durante el año 2012 no hubo compras relevantes de Dynal y QLA a ENEX. Por lo expuesto, a juicio de este Tribunal la explicación alternativa sobre el objetivo de la reunión Regal Pacific dada por QLA no resulta verosímil;

Centésimo segundo. Que, por consiguiente, este Tribunal analizará si en la referida reunión realizada en el Hotel Regal Pacific se entregó la planilla denominada “Estudio de Mercado 2012/01”, que según la FNE habría sido entregada a los partícipes en un *pendrive* (fojas 10);

Centésimo tercero. Que un primer antecedente que se debe analizar respecto de este hecho, es el documento de seis páginas que contiene una tabla con once columnas que la FNE acompañó a fojas 192 (fojas 430 del cuaderno Delación Tomo I). A juicio de este Tribunal, ese documento, si bien no fue objetado por las Requeridas, se trata solo de una hoja impresa, sin firma alguna, que no aporta ningún antecedente sobre su autoría;

Centésimo cuarto. Que, por otra parte, la FNE acompañó a fojas 192 al proceso un *pendrive* que le fuera entregado por el señor Rivas en la declaración

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de fecha 16 de noviembre de 2012 ante la FNE (cuaderno delación Tomo I fojas 276). Dicho *pendrive* contiene un documento electrónico que fue percibido en la audiencia de rigor de fojas 281. Respecto de dicho documento electrónico, la FNE acompañó a fojas 350 el Informe Forense Informático N° 245/13, ubicado en el cuaderno de documentos FNE, documento 8 del CD N° 1. De acuerdo con ese Informe, en dicho *pendrive* se encuentra un archivo vigente y dos borrados, los que serían aparentemente versiones anteriores del archivo vigente. Asimismo, el archivo vigente aparece creado el 29 de diciembre de 1999 y modificado por última vez el 8 de noviembre de 2012. Las propiedades del archivo muestran que su última versión fue guardada por el señor Cristián Rivas. Con respecto del creador del archivo, en el peritaje aparece “ASFALCHILE”. Finalmente, el Informe concluye que *“la objetividad que puedan presentar las fechas está directamente vinculado a la investigación que se lleve, ya que generalmente estos datos son relativos debido a diversos factores tales como la copia de un archivo desde un computador a otro y la utilización de un formato, entre otros”*;

Centésimo quinto. Que junto con el informe forense acompañado por la FNE, a fojas 350 se acompañó el CD N° 3 que contiene las tres versiones de la planilla mencionadas en consideración anterior, esto es, la versión vigente que se encontraba en el *pendrive* y las dos versiones que habían sido borradas. La versión vigente tiene fecha de última modificación el día 8 de noviembre de 2012, mientras que las versiones borradas tienen fecha de modificación los días 11 de octubre y 18 de octubre de ese mismo año, existiendo entre todas las versiones diferencias mínimas en cuanto a un número limitado de obras y sin que se puedan apreciar cambios en la estructura o diseño de la planilla;

Centésimo sexto. Que respecto de las fechas de las tres versiones electrónicas de la planilla “Estudio de Mercado 2012/01”, este Tribunal estima necesario tener presentes los siguientes hechos: (i) se encuentra acreditado en autos que al 11 de octubre de 2012 las Requeridas estaban coordinadas respecto de las obras Duplijsa, Chañaral y Ramodiro Tomic de Besalco (consideraciones Sexagésimo séptimo a Octogésimo noveno); (ii) dos de las versiones electrónicas de la planilla son anteriores a la denuncia interna realizada por el señor Veloso a ENEX (el 5 de noviembre de 2012, según consta en la declaración de Rodrigo Infante a fojas 16 del cuaderno de Delación Tomo I y Juan López a fojas 1126); y (iii) las tres versiones de la referida planilla contienen diferencias menores entre ellas y sólo respecto de obras que no son parte del requerimiento;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo séptimo. Que la planilla denominada “Estudio de Mercado 2012/01”, acompañada en formato electrónico y percibida a fojas 285, contiene una tabla con 11 columnas y 310 filas. En la primera de las columnas se singulariza la obra, en la segunda el contratista, en la tercera la fecha y en la cuarta la cantidad. Las siguientes cuatro columnas llevan los números 1, 2, 3 y 4, la novena la cantidad, la décima el vendedor y la última observaciones. En esa planilla es posible apreciar 275 obras, entre de las cuales se encuentran: (i) la obra del contratista Figueroa Vial denominada Ruta 28, Sc. La Negra-Antofagasta, Km 6-15, que aparece por una cantidad de 2.280 (no se indica medida) bajo la columna 2 y tiene como fecha asignada el 29-12-2011; (ii) la obra del contratista Tafca denominada Ruta F-50, Sc. Lo Orozco-Quilpué, Km 11-18, que aparece por una cantidad de 980 (no se indica medida) bajo la columna 1 y tiene como fecha asignada el 08-02-2012; y, (iii) la obra del contratista Recondo denominada Ruta 7, Sc. Pichicolo-Hornopirén, Km 85-100, que aparece por una cantidad de 490 (no se indica medida) bajo la columna 4 y tiene como fecha asignada el 22-03-2012. Por su parte, a fojas 192 la FNE acompañó un *pendrive*, que fue percibido en la audiencia de rigor celebrada el día 23 de octubre de 2014, que contiene idéntica información a la planilla titulada “Estudio de Mercado 2012/01”;

Centésimo octavo. Que el señor Veloso declaró el 16 de noviembre de 2012 ante la FNE, según consta a fojas del 109 documento acompañado a fojas 192, que la primera columna de dicha planilla contiene obras que ya estaban en proceso de ejecución y futuras. Lo anterior fue ratificado por el señor Rivas, quien señaló a fojas 982 vuelta que la planilla contenía las obras que “*estaban abasteciendo y las rutas que estaban en proceso y que venían hacia futuro*”. En cuanto al objetivo de la planilla, el señor Veloso indicó a fojas 1896 vuelta que con dicha planilla las Requeridas podían “*saber cuáles eran los contratos que habían en Chile, y finalmente tener los volúmenes adecuados y ver quién iba a ser el potencial proveedor de asfaltos de cada una de las obras que estaban indicadas*”. Para identificar al proveedor de asfaltos se utilizaban los números 1, 2, 3 y 4 con ACH, ENEX, QLA y Dynal según consta de la declaración del señor Rivas a fojas 995 que afirma que “*uno de la planilla era asfaltos chilenos, el dos era Shell [ENEX], el tres QLA, y el cuatro Dynal*”;

Centésimo noveno. Que el señor Veloso relató que luego de una de las reuniones el señor Cristián Rivas le entregó un *pendrive* y le dio la instrucción de actualizar permanentemente una planilla contenida en él y luego le ordenó borrarla de su computador (fojas 1870 del cuaderno principal y fojas 108 a 114

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de la declaración de Veloso de fecha 16 de noviembre de 2012, cuaderno Delación Tomo I). Además, señaló a fojas 1869 vuelta que dicha planilla el señor Rivas “*la obtuvo después de una reunión que tuvo con el resto de la competencia*”;

Centésimo décimo. Que, por lo expuesto, a juicio de este Tribunal existen antecedentes suficientes que permiten inferir fundadamente que la planilla de clientes y obras denominada “Estudio de Mercado 2012/01” fue entregada en la reunión celebrada en el Hotel Regal Pacific. Ese hecho constituye un indicio significativo de la voluntad de las Requeridas de repartir y asignar no sólo las obras y clientes particulares que la FNE imputa en su requerimiento dentro del último grupo de conductas, sino también un número mayor de obras futuras, mediante una coordinación más sofisticada y global en comparación con la asignación de las obras del Grupo Dragados y Besalco. Sin embargo, a juicio de este Tribunal no existe prueba en autos de que la asignación de obras y clientes que figura en la planilla fuera aceptada por las Requeridas. Por consiguiente, este Tribunal analizará en lo sucesivo, con arreglo a la prueba rendida en autos, si las Requeridas actuaron de conformidad con dicha planilla para repartirse las obras La Negra, Tafca y Hornopirén. No analizará, en cambio, el resto de las obras futuras que aparecen asignadas en dicha planilla, en atención a que ellas no fueron objeto del requerimiento;

Centésimo undécimo. Que, en primer término, este Tribunal analizará la asignación de la empresa Figueroa Vial Limitada para la ampliación de la Ruta 28, cruce con Ruta 5, sector La Negra, para ENEX. A fojas 192 del cuaderno principal la FNE acompañó el documento denominado “*Planilla de cotización Bitumen. Período 27 de septiembre al 30 de septiembre de 2012*” (rola a fojas 47 cuaderno delación material de ventas B2B), correspondiente a la cotización que haría ENEX por dicha obra. De acuerdo con lo señalado por el testigo y ex ejecutivo de dicha requerida, señor Cristián Rivas, a fojas 995 vuelta, esa planilla se trataba de un documento interno de ENEX que contenía cada uno de los componentes del costo de un producto, así como también sus márgenes esperados, todo lo cual permitía su monitoreo. Sin embargo, en esta planilla además aparecen en la parte inferior seis columnas manuscritas: en la primera es posible leer las abreviaturas “*CA24, Im y CSS1H*”; en la segunda tres cifras: “*513.000, 420.000 y 437.000*”; en la tercera bajo el título *dcto.* las cifras “*2500, 2000 y 2000*”; en la cuarta bajo el número 1, las cifras: “*521.000, 427.000 y 443.000*”; en la quinta bajo el número 3, las cifras: “*518.000, 425.000 y 441.000*”; y en la sexta bajo el número 4, las cifras: “*525.000, 429.000 y 445.000*”;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo duodécimo. Que dicho documento, no objetado por ACH, QLA y Dynal, fue reconocido por el señor Rivas en la audiencia testimonial cuya acta rola a fojas 995 vuelta, en la que señaló que esas referencias manuscritas fueron escritas por él. También señaló que los números que encabezan las últimas tres columnas corresponden a los que se habían asignado en la planilla cuya versión actualizada se habría entregado en la reunión celebrada en el Hotel Regal Pacific el 27 de septiembre del año 2012, vale decir, el número 1 correspondería a ACH, el número 3 a QLA y el número 4 a Dynal. Asimismo, ese testigo declaró que los valores o cifras que aparecen en la primera columna corresponden a los “*que teníamos presupuestados presentar, y al lado están las columnas con los cuales se van a presentar los distintos, los competidores, producto de la reunión que tuvimos*”. Señaló, por último, que entregó esa planilla con las notas manuscritas singularizadas al señor Ricardo Veloso;

Centésimo decimotercero. Que a fojas 1867 vuelta y 1868 el señor Ricardo Veloso declaró haber recibido la planilla con anotaciones manuscritas del señor Cristián Rivas. Según el señor Veloso, el valor de cotización del producto CA 24 para la obra La Negra debió haber sido de \$508.000 por tonelada, lo que se ve reflejado en sus propios cálculos contenidos en la “*Planilla de cotización Bitumen. Período 27 de septiembre al 30 de septiembre de 2012*” (penúltima columna). Sin embargo, el mismo señor Veloso reconoció a fojas 1869 que, después de la reunión del Hotel Regal Pacific, el precio ofertado por ENEX al cliente FV respecto de la obra La Negra para el producto CA-24 fue de \$513.000 la tonelada, monto coincidente con la anotación manuscrita del señor Rivas sobre el mismo documento, a que se hizo referencia en la consideración anterior. En este sentido, el señor Veloso declaró “*yo construí la planilla con unos márgenes adecuados al negocio, y el margen que Cristián me sugirió que colocara es más alto que el que yo presenté yo presenté (sic) 508 y él me dijo coloca 513 y lo escribió aquí*” (fojas 1869);

Centésimo decimocuarto. Que, en este mismo orden de consideraciones, se encuentran acompañadas al proceso las cotizaciones que las requeridas ACH, ENEX, QLA y Dynal presentaron a la empresa FV por La Negra (Acompañados en la sección “FV Ltda.-” del cuaderno de percepción de fojas 560 bis y a fojas 48 del cuaderno delación material de ventas B2B, acompañado a fojas 192). Al revisar las mismas y compararlas con los valores que aparecen en las anotaciones manuscritas del señor Rivas al documento analizado en las consideraciones precedentes es posible concluir que los valores de la cotización final de ENEX son idénticos a los que aparecen en la primera

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

columna; que los valores de la cotización final de ACH son exactamente los mismos que aparecen bajo la columna titulada 1; que los valores de la cotización final de QLA son prácticamente los mismos que aparecen en la columna titulada 3; y que los valores de la cotización final de Dynal son casi idénticos a los que aparecen bajo la columna titulada 4. Los valores cotizados y su comparación con la planilla manuscrita descrita en la consideración anterior se pueden observar en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 3: Comparación entre valores anotados por el señor Cristián Rivas y cotizaciones efectivamente realizadas por ENEX, QLA, ACH y Dynal para la obra “La Negra” de la constructora Figueroa Vial

	ACH		ENEX		QLA		DYNAL	
	Planilla	Cotización	Planilla	Cotización	Planilla	Cotización	Planilla	Cotización
CA-24	521,000	521,000	513,000	513,000	518,000	519,000	525,000	525,300
Imprimante	427,000	427,000	420,000	420,000	425,000	426,000	429,000	429,500
CSS-1H	443,000	443,000	437,000	437,000	441,000	441,000	445,000	445,700
Fecha de Cotización	01-10-2012		28-09-2012		27-09-2012		01-10-2012	

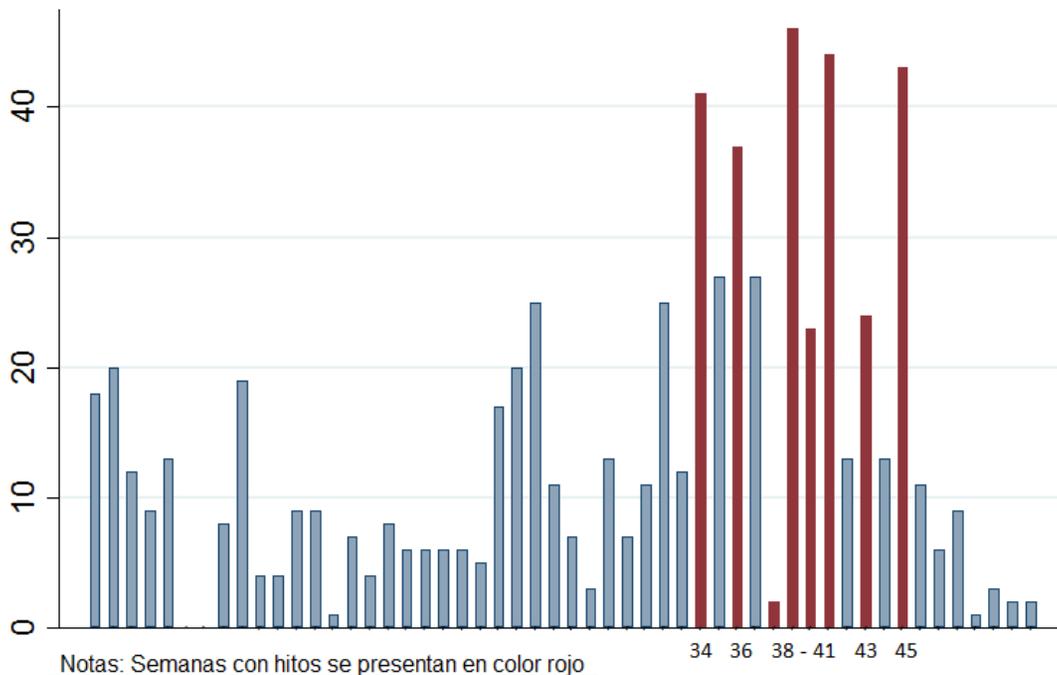
Fuente: elaboración del TDLC a partir de los documentos acompañados a fojas 192 (cuaderno delación material de ventas B2B), 560 bis (cuaderno percepción 560 bis, sección “FV Ltda.-”) y 350 (CD N° 7: cotización de QLA para la obra La Negra de fecha 27 de Septiembre de 2012).

Centésimo decimoquinto. Que, por otra parte, a fojas 2038 de autos se acompañaron antecedentes que dan cuenta de un intenso tráfico de llamadas telefónicas entre ejecutivos de Dynal, QLA, ENEX y ACH durante la última semana de septiembre del año 2012, es decir, cuando tuvo lugar la reunión en el Hotel Regal Pacific y se presentaron las primeras cotizaciones para la obra de FV La Negra. De acuerdo con el informe presentado por la FNE a fojas 2005, dicho tráfico de llamadas telefónicas es completamente inusual y anómalo en relación con el promedio de llamadas de dicho año. En efecto, se señala que “6 de las 8 semanas con hitos se encuentran entre las 10 semanas con mayor número de llamadas. Notar que la semana 38 de año 2012, que corresponde a una de las semanas con menos llamadas de dicho año, es una semana con dos días hábiles debido a la celebración de Fiestas Patrias”. Lo descrito precedentemente se observa a continuación, donde se grafica el número de llamados entre ejecutivos de las Requeridas realizados cada semana y donde se señala en cuáles semanas existen hitos. Entre los hitos se consideran solicitudes de cotización, envíos de cotizaciones y las reuniones de la primera semana de septiembre (que en el gráfico corresponde a la semana número 36 del año 2012), del 27 septiembre y del 11 de octubre. Los hitos aparecen singularizados en la página 5 del referido informe acompañado a fojas 2005;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Gráfico N° 1:

Número de llamadas semanales entre empresas requeridas



Fuente: Informe acompañado por FNE a fojas 2038

Centésimo decimosexto. Que este Tribunal ha llegado a la convicción fundada, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, de que las Requeridas acordaron asignar la obra Ruta 28, Sc. La Negra-Antofagasta Km 6-15, que construiría la empresa FV, a ENEX, simulando un proceso competitivo en la presentación de cotizaciones. Dicha convicción se funda en lo siguiente: (i) la realización de la reunión de 27 de septiembre de 2012 en el Hotel Regal Pacific y de la entrega de la planilla denominada “Estudio de Mercado 2012/01”, según se expone en las consideraciones Nonagésimo sexto y Centésimo décimo; (ii) la inclusión de la obra “La Negra” dentro de esa planilla, específicamente en la columna con el número 2, correspondiente a ENEX (percibida a fojas 281); (iii) el relato de estos hechos por parte de ENEX en la Solicitud de Beneficios; (iv) las declaraciones de los ejecutivos de dicha compañía señores Cristián Rivas y Ricardo Veloso; (v) el documento denominado “*Planilla de cotización Bitumen. Período 27 de septiembre al 30 de septiembre de 2012*”, preparado por ENEX para presentar su cotización a FV por la obra La Negra, con notas manuscritas cuya autoría fue reconocida por el señor Rivas; y, (vi) el intenso e inusual tráfico de llamadas entre ejecutivos de Dynal, QLA, ENEX y ACH durante la última semana de septiembre de 2012, fecha en que se presentaron las primeras cotizaciones por La Negra;

Centésimo decimoséptimo. Que por las razones expuestas en las consideraciones Décimoa a Decimonovenoa las empresas que participaron en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

este acuerdo –ENEX, ACH, QLA y Dynal– son competidoras entre sí. Adicionalmente, y conforme a las consideraciones Quincuagésimo segundo a sexagésimo tercero, este Tribunal no puede sino concluir que el acuerdo confirió poder de mercado a las Requeridas, permitiéndoles afectar el proceso competitivo de asignación de las obras. En primer lugar, pues participaron del mismo todas las empresas que fueron invitadas por FV a cotizar. Y, en segundo lugar, dado que ante la eventualidad de declarar desierto el proceso de cotizaciones, FV no habría podido acudir a otro proveedor, pues sólo ACH, QLA, ENEX y Dynal abastecen a empresas constructoras a través de procesos de cotización. Como se señaló, Probisa, si bien comercializa productos asfálticos a nivel minorista, lo hace sólo con su empresa relacionada Bitumix;

Centésimo decimoctavo. Que, enseguida, corresponde analizar la imputación relativa a la asignación concertada de la obra del contratista Tafca denominada Ruta F-50, Sc. Lo Orozco-Quilpué, Km 11-18, en favor de ACH;

Centésimo decimonoveno. Que, como se adelantó, en este caso los hechos descritos en el requerimiento de la FNE presentan diferencias importantes con el reconocimiento que hace ENEX en la Solicitud de Beneficios. En efecto, mientras en el requerimiento la FNE sostiene que se habría acordado asignar a ACH la obra consistente en el mejoramiento de la Ruta F-50, sector Lo Orozco-Quilpué de Constructora Tafca Limitada, ENEX y el señor Rivas sostienen que dicha empresa habría elegido un contrato de Construcciones y Pavimentos Limitada (COP) por la ruta Lo Orozco-Quilpué, por 2.235 toneladas, que era un cliente tradicional de QLA;

Centésimo vigésimo. Que, en este orden de ideas, las declaraciones prestadas por el señor Rivas ante la FNE con fecha 16 de noviembre de 2012 y 11 de febrero de 2013, respectivamente, se referían a que el señor Moroso (ACH) se quería adjudicar COP, que era “*un cliente tradicional de QLA*” (fojas 226 y 634 del cuaderno de delación, tomos I y II, acompañado por la FNE a fojas 192). Sin embargo, en una posterior declaración, de fecha 6 de septiembre de 2013, el señor Rivas indicó que “*don Sergio Moroso de Asfaltos Chilenos solicita le sea asignado parte de la ‘Ruta Lo Orozco-Quilpué’, la cual tenía adjudicada Tafca*” quien, a su entender, “*era abastecida tradicionalmente por QLA*” (fojas 68 y 69, acompañado a fojas 350, documento 2 del CD N° 7). Luego, como testigo ante este Tribunal, el mismo señor Rivas señaló a fojas 982 que el señor Sergio Moroso eligió una ruta que iba a ser construida por un “*cliente tradicional de QLA [...] en Quilpué o en Olmué*”, pero no recordó el nombre del cliente. Finalmente,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a fojas 996 vuelta sí recordó que en la reunión del Hotel Regal Pacific se discutió la asignación de obras de Tafca, pero no a qué empresa se le asignó.

Centésimo vigésimo primero. Que, aplicando la lógica y las máximas de la experiencia, este Tribunal concluye que el testimonio del señor Cristián Rivas no constituye un indicio que pueda utilizarse para ayudar a formar convicción de que en la reunión celebrada en el Hotel Regal Pacific se haya acordado asignar Tafca a ACH, pues sus declaraciones han sido imprecisas sobre este punto, indicando en un caso que el cliente era COP (16 de noviembre de 2012 y 11 de febrero de 2013), en otro caso que era Tafca (6 de septiembre de 2013) y en otro que no recordaba (11 de diciembre de 2014). Adicionalmente, es necesario hacer presente que la única declaración ante la FNE en donde el señor Rivas indicaría que el cliente a ser asignado a ACH era Tafca fue la última declaración prestada y la única que no fue registrada en audio, circunstancias que reduce aun más su verosimilitud;

Centésimo vigésimo segundo. Que, a mayor abundamiento, el único aspecto consistente de las declaraciones del señor Rivas respecto de estos hechos es que la supuesta solicitud de ACH para que se le asignara la obra "*le dolió*" al señor Patricio Seguel de QLA, porque se habría tratado de un cliente tradicional de esa empresa (declaración de 16 de noviembre de 2012, fojas 226 del cuaderno de Delación, acompañado a fojas 192). Sin embargo, la imputación del requerimiento no es consistente con la molestia de QLA, pues Tafca era un cliente histórico de ACH, según se desprende de los datos de ventas de las distintas empresas de asfaltos, que se encuentran acompañadas al proceso a fojas 350, como parte del expediente de investigación de la FNE. Por el contrario, quien sí era un cliente tradicional de QLA era COP, según se desprende de la carta de 21 de noviembre de 2013 enviada por COP a la FNE, acompañada a fojas 350 CD N° 13. Atendido que la supuesta solicitud de Asfaltos Chilenos de asignarse la obra Orozco de Tafca no afectaba un cliente tradicional de QLA, no resulta plausible para este Tribunal la molestia que relata el señor Rivas en sus declaraciones y, en consecuencia, es una razón adicional para no atribuir verosimilitud a sus dichos respecto de esta imputación;

Centésimo vigésimo tercero. Que, en síntesis, a pesar de que tal como se señaló en la consideración Centésimo décimo precedente, existen antecedentes suficientes para inferir que se entregó la planilla denominada "Estudio de Mercado 2012/01" en la reunión sostenida en el Hotel Regal Pacific, no existe evidencia adicional que permita a este Tribunal formarse convicción sobre la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

existencia de un acuerdo para asignar la obra Orozco-Quilpué de Tafca a ACH, como imputa la FNE. En efecto, la falta de precisión de las declaraciones del señor Rivas y la inexistencia de otros medios probatorios (tales como cotizaciones, tráficos de llamados telefónicos, correos electrónicos, mensajes de texto o al menos una declaración testimonial clara y concluyente) no permiten sustentar, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, los hechos alegados en el requerimiento sobre esta materia. Por ello, este Tribunal no acogerá la acusación de la FNE en este punto;

Centésimo vigésimo cuarto. Que, por último, en cuanto a la imputación relativa a la asignación concertada de la obra del contratista Recondo denominada Ruta 7, Sc. Pichicolo-Hornopirén, Km 85-100, en favor de Dynal, esta requerida opuso, en primer término, una excepción de falta de legitimación pasiva, fundada en que el requerimiento de la FNE sería vago e impreciso al señalar que el gerente de Dynal habría solicitado mantener la provisión de productos asfálticos, para luego agregar que dicha constructora es un cliente tradicional de una empresa relacionada a Dynal, cuya razón social es Clasa S.A. Señala que esta imputación puede implicar dos cosas distintas: (i) que Clasa mantuviera dicho cliente para sí o (ii) que Dynal capturara esa venta. De acogerse la primera alternativa, Dynal sostiene que la sociedad que supuestamente habría participado en ese acuerdo, Clasa, no fue requerida por la FNE y que se trataría de una persona jurídica distinta. Sin embargo, el requerimiento es bastante claro en el sentido que la FNE requirió a Dynal porque ésta habría solicitado, a las otras requeridas, mantener la provisión de asfaltos a Constructora Recondo S.A. para la obra Hornopirén. A juicio de este Tribunal esa imputación se dirige claramente contra Dynal, sin que sea relevante, para estos efectos, si los productos asfálticos iban a ser finalmente provistos a Recondo por Dynal o por su relacionada Clasa, razón por la cual se rechazará la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por Dynal;

Centésimo vigésimo quinto. Que, respecto de esta asignación concertada, como se señaló Dynal negó que su gerente general haya asistido a la reunión en el Hotel Regal Pacific y, por lo tanto, mal podría haber acordado mantener dicho cliente. Sin embargo, tal como se señaló en la consideración Nonagésimo octavo, a juicio de este Tribunal se encuentra acreditada la participación de Dynal en dicha reunión;

Centésimo vigésimo sexto. Que, por otra parte, Dynal señala que la obra Hornopirén no existía a la fecha de la reunión en el Hotel Regal Pacific y que,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

por lo mismo, no le estaba cotizando, pues las negociaciones reales para dicho abastecimiento sólo se iniciaron en octubre de 2013 y terminaron a comienzos del 2014. Para acreditar lo anterior, a fojas 464 acompañó copias de las cotizaciones de 4 de octubre y 2 de diciembre de 2013 que Clasa, empresa relacionada de Dynal, habría efectuado en esa época. Sin embargo, a juicio de este Tribunal este argumento de Dynal no es atendible, toda vez que en las versiones electrónicas de la planilla “*Estudio de Mercado 2012/01*”, cuyas últimas modificaciones datan de 11 y 18 de octubre y 8 de noviembre de 2012, ya aparece la obra Hornopirén de Recondo. Por esa circunstancia, este Tribunal estima que, en principio, era posible alcanzar un acuerdo ilícito para repartirse dicha obra aunque las cotizaciones hubieren comenzado con posterioridad a la reunión celebrada en el Hotel Regal Pacific;

Centésimo vigésimo séptimo. Que, habiéndose descartado las explicaciones alternativas dadas por Dynal, en lo que sigue este Tribunal analizará si existe evidencia adicional de un acuerdo para asignar la obra Hornopirén de Recondo a dicha requerida, atendido el hecho que si bien la planilla denominada “*Estudio de Mercado 2012/01*” constituye un indicio significativo de asignación de obras y clientes, el mismo debe ser corroborado con el resto de la prueba que obra en el proceso a fin de formar convicción a este Tribunal;

Centésimo vigésimo octavo. Que, a este respecto, la evidencia de autos no es clara y concluyente. Para empezar, en la relación contenida en la Solicitud de Beneficios se indica someramente que “*Dynal eligió una obra del cliente Constructora Recondo S.A., Ruta Hornopirén*” (fojas 566), sin entrar en mayores detalles y precisiones sobre cómo se efectuaría dicha asignación. Además de esta relación, sólo consta en el proceso la declaración del señor Rivas ante la FNE, quien se limitó a señalar sobre esta materia que “[FNE] *Bueno, pero vamos de a poco, entonces está COP para Asfaltos Chilenos, Recondo para Dynal.. [Rivas] Sí. Pero por favor ponle un signo de interrogación entre paréntesis, tengo mis dudas [FNE] ¿En relación a qué? [Rivas] Que sea Recondo el adjudicado. Yo sé que Dynal, salió con algo en la mano*” (declaración acompañada a fojas 192 de fecha 11 de febrero de 2013, fojas 636). Como se puede apreciar, la declaración del señor Rivas no contiene los caracteres de gravedad y precisión suficiente respecto de estos hechos para que pueda ser considerada un indicio significativo de su existencia;

Centésimo vigésimo noveno. Que, por lo expuesto, los antecedentes probatorios antes descritos no son claros ni concluyentes respecto de la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

existencia de un acuerdo para asignar la obra Hornopirén a Dynal, como se señala en el requerimiento. En particular, la declaración del señor Rivas es especialmente oscura e imprecisa sobre este punto. Adicionalmente, y a diferencia de lo ocurrido con otros acuerdos que han sido probados, en este caso no existen otros antecedentes probatorios como cotizaciones, tráficos de llamados telefónicos, correos electrónicos, mensajes de texto o al menos una declaración testimonial clara y concluyente que, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, permitan formar convicción sobre la respectiva imputación. En suma, este Tribunal rechazará la acusación de la FNE relativa a la obra Hornopirén de Recondo, en atención a que no existen elementos de prueba suficientes;

Centésimo trigésimo. Que, entonces, dentro del tercer grupo de conductas que imputa la Fiscalía, este Tribunal dará por acreditado un acuerdo para concertar el resultado de la cotización de la obra La Negra en beneficio de ENEX, a partir de la planilla denominada “Estudio de Mercado 2012/01”, y no dará por acreditados los acuerdos imputados asociados a las obras Lo Orozco-Quilpué y Hornopirén;

Centésimo trigésimo primero. Que, finalmente, corresponde referirse a los criterios bajo los cuales la conducta de las Requeridas es sancionada. En lo que respecta a la multa, el artículo 26º del D.L. N° 211 indica que, para su determinación, este Tribunal debe tener en cuenta, entre otras consideraciones, el beneficio económico obtenido por el infractor, la gravedad de la conducta, eventuales reincidencias y la colaboración que los requeridos prestaron en la investigación de la FNE. Asimismo, y sin perjuicio de la fundamentación que se desarrolla en las consideraciones siguientes, el cálculo del monto de la multa que se aplica también ha ponderado cada una de las circunstancias de hecho, derecho y económicas que han permitido acreditar en este caso la existencia de acuerdos entre competidores que les confirió poder de mercado, según se ha expuesto precedentemente;

Centésimo trigésimo segundo. Que como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones, la colusión es el atentado más grave en contra de la libre competencia porque importa socavar los fundamentos de un sistema económico basado en el mercado como asignador eficiente de los recursos productivos;

Centésimo trigésimo tercero. Que en razón de la gravedad de las conductas acreditadas en autos, la multa que se impondrá considerará, en primer término, un porcentaje de las ventas comprometidas en cada una de las obras respecto

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de las cuales se acreditó un acuerdo colusorio, que será dividida en partes iguales entre las empresas que participaron en el respectivo acuerdo. Dicho porcentaje se calculará tomando como base el precio y la cantidad ofrecida en la cotización finalmente aceptada. En segundo término, se adicionará a dicho cálculo un monto que representa los beneficios concretos que cada una de las Requeridas obtuvo producto de los respectivos acuerdos, para lo cual se considerará un porcentaje de las ventas efectivas, esto es, de la cantidad de asfalto despachado por la empresa que se adjudicó cada una de las obras respecto de las cuales se acreditó un acuerdo. Finalmente, el monto que resulte de aplicar las circunstancias descritas se podrá ajustar porcentualmente al alza o a la baja dependiendo de si concurren circunstancias agravantes o atenuantes respecto de cada una de las Requeridas;

Centésimo trigésimo cuarto. Que, en forma previa a calcular el monto de la multa que corresponde a cada una de las Requeridas de acuerdo con los criterios expuestos, se debe tener presente que la Fiscalía en su requerimiento ha señalado que ENEX dio cumplimiento a los requisitos exigidos para la procedencia del beneficio contemplado en el artículo 39 bis del D.L. N° 211 y, por tanto, solicita respecto de ella la exención de la multa. Luego, habiéndose acreditado la conducta de colusión delatada y no habiéndose alegado ni probado que ENEX fue el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás participantes del acuerdo, corresponde aplicar la exención de multa solicitada por la Fiscalía Nacional Económica en su requerimiento, en virtud de lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 39 bis del D.L. N° 211, lo que se tendrá en cuenta en las consideraciones siguientes;

Centésimo trigésimo quinto. Que a juicio de este Tribunal la gravedad de las conductas ilícitas acreditadas en este proceso amerita considerar un monto equivalente al 15% de las ventas comprometidas en cada una de las obras respecto de las cuales se acreditó cada acuerdo. De esta forma: (i) se aplicará un 15% del precio y la cantidad ofrecida en la cotización finalmente aceptada de las obras Puerto Montt-Pargua y Laja, el que se repartirá por partes iguales entre las empresas que participaron del mismo, vale decir, ENEX, QLA y ACH; (ii) se aplicará un 15% del precio y la cantidad ofrecida en la cotización finalmente aceptada de las obras Duplijsa, Chañaral y Radomiro Tomic, el que se repartirá por partes iguales entre las cuatro empresas requeridas, ya que todas ellas participaron de ese acuerdo; y, (iii) se aplicará un 15% del precio y la cantidad ofrecida en la cotización finalmente aceptada de la obra La Negra, el que también

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

se repartirá por partes iguales entre las cuatro empresas requeridas, ya que todas ellas participaron de ese acuerdo;

Centésimo trigésimo sexto. Que en el caso del acuerdo para la asignación concertada de las obras Puerto Montt-Pargua y Laja, existe en autos (cuaderno percepción fojas 560 bis, secciones “Claro Vicuña Valenzuela” y “Dragados”) prueba de que las últimas cotizaciones aceptadas por las empresas del Grupo Dragados correspondientes a dichas obras ascendieron a 22.350 toneladas, por un valor de 10.335,81 millones de pesos, valorizados a noviembre de 2011 en 22.183,5 UTA. Por consiguiente, el 15% de dicha cantidad asciende a un monto de 3.327,5 UTA, correspondiéndole, por lo tanto, a cada una de las empresas que participaron en ese acuerdo –ENEX, ACH y QLA – un monto de 1.109,2 UTA, sin perjuicio de la exención que corresponde aplicar a ENEX;

Centésimo trigésimo séptimo. Que en el caso del acuerdo para la asignación concertada de las obras Duplijsa, Chañaral y Radomiro Tomic, existe en autos (cuaderno percepción fojas 560 bis sección “Besalco”) prueba de que las últimas cotizaciones aceptadas por la empresa Besalco correspondientes a dichas obras ascendieron a un total de 9.521 toneladas, por un valor de 5.444,1 millones de pesos, valorizados a noviembre de 2012 en 11.442,3 UTA. Por consiguiente, el 15% de dicha cantidad asciende a un monto de 1.716,3 UTA, correspondiéndole, por lo tanto, a cada una de las empresas que participaron en este acuerdo – ENEX, ACH, QLA y Dynal – un monto de 429,1 UTA, sin perjuicio de la exención que corresponde aplicar a ENEX;

Centésimo trigésimo octavo. Que, por último, en el caso del acuerdo para la asignación concertada de la obra La Negra, existe en autos (cuaderno percepción fojas 560 bis, sección “FV Ltda.-”) prueba de que la última cotización aceptada por la empresa Figueroa Vial correspondiente a dicha obra ascendió a un total de 2.300 toneladas de productos asfálticos valorizados en un total de 1.158 millones de pesos, equivalentes a 2.433,8 UTA a noviembre de 2012. Por consiguiente, el 15% de dicha cantidad asciende a un monto de 365,1 UTA, correspondiéndole, por lo tanto, a cada una de las empresas que participaron en ese acuerdo –ENEX, ACH, QLA y Dynal– un monto de 91,3 UTA, sin perjuicio de la exención que corresponde aplicar a ENEX;

Centésimo trigésimo noveno. Que, por consiguiente, la gravedad de las conductas en que participaron las requeridas ENEX, ACH y QLA las hace acreedoras, en principio, a una multa por una cantidad de 1.629,5 UTA para cada una de ellas, sin perjuicio de la exención que corresponde aplicar a la primera

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de ellas según se ha explicado. En el caso de Dynal, quien no participó del primer grupo de conductas, el monto de la multa asciende a 520,4 UTA;

Centésimo cuadragésimo. Que, en seguida, para determinar una aproximación lo más cercana posible al beneficio concreto que a cada requerida le reportó cada uno de los acuerdos en que participó, este Tribunal ha optado por utilizar un porcentaje de las ventas efectivas de la empresa que finalmente se adjudicó la obra. Si bien en autos se encuentran acompañados informes económicos que intentan estimar dichos beneficios, esos informes tienen problemas metodológicos, por lo que no resulta aconsejable utilizarlos como base de cálculo, según se explica en las consideraciones siguientes;

Centésimo cuadragésimo primero. Que, en efecto, en el informe económico acompañado por la FNE a fojas 2038 los datos entregados al investigador externo estaban incompletos, tanto en lo que respecta a las empresas incluidas como respecto de los distintos productos considerados. En particular, la base de datos utilizada no cuenta con información de los contratos de ACH, así como tampoco de productos asfálticos distintos a CA24 para Dynal y QLA;

Centésimo cuadragésimo segundo. Que, de modo similar, el informe económico acompañado por Besalco a fojas 2104 establece una serie de supuestos que no están debidamente justificados, tales como: (i) el costo base del flete para el año 2010; (ii) el porcentaje asumido para el ítem “margen e imprevistos”; (iii) la selección de las obras utilizadas para la sección “Análisis Mayor Valor Cemento Modificado” y el descarte de dos de las tres metodologías utilizadas en dicha sección; y, (iv) la aplicación del “factor colusión” calculado previamente para la obra “La Negra” en la estimación de mayor valor en la obra “Catapilco La Laguna”. Dicha falta de justificación es especialmente relevante considerando el efecto que tales supuestos tienen para los resultados de la estimación de sobreprecio reportada;

Centésimo cuadragésimo tercero. Que, en consecuencia, para aproximarse al beneficio económico, este Tribunal establecerá prudencialmente un monto equivalente al 5% de las ventas comprometidas en cada una de las obras respecto de las cuales se acreditó un acuerdo, que se aplicará exclusivamente a la requerida que se adjudicó el respectivo contrato, es decir, ENEX en el caso de las obras Puerto Montt-Pargua y Laja del Grupo Dragados, de la obra Duplijsa de la empresa Besalco y de la obra La Negra de la Constructora Figueroa Vial; QLA en el caso de la obra Chañaral de la empresa Besalco; y Dynal en el caso de la obra Radomiro Tomic de la misma constructora.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sin embargo, tal como se señaló precedentemente, ENEX se acogió al beneficio de la delación compensada establecido en el artículo 39 bis del D.L. N° 211, razón por la cual resulta inoficioso calcular ese monto para dicha empresa;

Centésimo cuadragésimo cuarto. Que para las obras de Chañaral y Radomiro Tomic se incluye en los anexos A y B del informe acompañado por Besalco a fojas 2104, la cantidad de productos asfálticos efectivamente despachados. De allí se desprende que el despacho para la obra Chañaral por parte de QLA ascendió a 3.255 toneladas, valorizados en 3.203 UTA. Por consiguiente, el 5% de dicha cantidad asciende a un monto de 160,2 UTA. Asimismo, para la obra Radomiro Tomic la cantidad de productos asfálticos efectivamente despachada por Dynal ascendió a 3.067,5 toneladas, valorizados en 3.957 UTA. Por consiguiente, el 5% de dicha cantidad asciende a un monto de 197,9 UTA;

Centésimo cuadragésimo quinto. Que en la especie no existe ningún antecedente que permita a este Tribunal considerar, de manera fundada, que concurre alguna circunstancia que atenúe o agrave la responsabilidad de las empresas acusadas en estos autos;

Centésimo cuadragésimo sexto. Que, en consecuencia, la gravedad de las conductas en que participaron las Requeridas y el beneficio particular obtenido por cada una de ellas las hace acreedoras de multas ascendentes a 1.630 UTA para ACH, 1.790 UTA para QLA y 718 UTA para Dynal;

Centésimo cuadragésimo séptimo. Que, finalmente, en forma adicional a las multas impuestas precedentemente y en virtud de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 3° del D.L. N° 211, este Tribunal impondrá como medida preventiva la adopción, por parte de todas las empresas requeridas, incluida ENEX, de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia que satisfaga los requisitos establecidos en la "Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia" (material de promoción N° 3) elaborada por la Fiscalía Nacional Económica, de junio de 2012. Dicho programa deberá tener una duración de a lo menos cinco años;

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 1°, inciso segundo; 2°, 3°, inciso primero; 18° N° 1); 22°, inciso final; 26°; y 29° del Decreto Ley N° 211, cuyo texto refundido coordinado y sistematizado fue publicado en el Diario Oficial de 7 de marzo de 2005, y en el artículo 170° del Código de Procedimiento Civil,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SE RESUELVE:

- 1) **RECHAZAR** la excepción opuesta por Dynal Industrial S.A. de falta de legitimación pasiva;
- 2) **ACOGER** el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 2 en contra de Asfaltos Chilenos S.A., Dynal Industrial S.A., Empresa Nacional de Energía Enex S.A. y Química Latinoamericana S.A., declarando que las Requeridas se coludieron, infringiendo el artículo 3° letra a) del D.L. N° 211, mediante la asignación de: (i) las obras Puerto Montt-Pargua y Laja del Grupo Dragados a ENEX; (ii) las obras Duplijsa, Chañaral y Radomiro Tomic de Besalco Construcciones S.A. a ENEX, QLA y Dynal respectivamente; y, (iii) la obra La Negra de Constructora Figueroa Vial Limitada a ENEX;
- 3) **CONDENAR** a Asfaltos Chilenos S.A. al pago de una multa, a beneficio fiscal, de 1.630 Unidades Tributarias Anuales;
- 4) **CONDENAR** a Dynal Industrial S.A. al pago de una multa, a beneficio fiscal, de 718 Unidades Tributarias Anuales;
- 5) **CONDENAR** a Química Latinoamericana S.A. al pago de una multa, a beneficio fiscal, de 1.790 Unidades Tributarias Anuales;
- 6) **EXIMIR** a Empresa Nacional de Energía Enex S.A. del pago de multa;
- 7) **IMPONER** a las Requeridas la adopción de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia que satisfaga los requisitos establecidos en la "*Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia*" (material de promoción N° 3) elaborada por la Fiscalía Nacional Económica, de junio de 2012, por un plazo de cinco años; y,
- 8) **EXIMIR** a las Requeridas del pago de las costas, en atención a que no fueron totalmente vencidas.

SE PREVIENE que los ministros Sr. Menchaca y Sra. Domper, si bien concurren a la decisión de mayoría, no lo hacen en lo que respecta a la medida en que se impone a todas las Requeridas, incluida ENEX, la obligación de desarrollar un programa de cumplimiento en materias de libre competencia, por las siguientes consideraciones:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1. Que es evidente que la colusión de las Requeridas atenta contra la libre competencia, por lo que no se requeriría un programa de cumplimiento para que lo tengan claro, y menos aún después de la sentencia de autos;
2. Que, por otra parte, si bien comparten la importancia y utilidad de los programas de cumplimiento, a juicio de estos ministros su eficacia depende normalmente que éstos se desarrollen voluntariamente. En efecto, el objeto de esa clase de programas es precisamente evitar que se cometan infracciones a la libre competencia por las empresas que los implementan, las que al hacerlo deben querer evitar que, contra su voluntad, ejecutivos o empleados de las mismas cometan tales infracciones. Ese objetivo es más fácil de lograr si dicho programa se implementa voluntariamente y no si se impuso como obligación, sin que exista la voluntad de ejecutarlo y –eventualmente– de cumplirlo;
3. Que, confirma lo anterior el hecho de que, si se implementa un programa de cumplimiento y se produce una infracción a la libre competencia sin conocimiento de la ejecutivos superiores, órganos de administración y propietarios de la empresa, ello debería importar una atenuante de responsabilidad para la misma y que, por el contrario, si existiendo tal programa y estando por ello la ilicitud de una conducta más claramente en conocimiento de tales personas, ellas igualmente infringen las normas de defensa de la libre competencia, tal circunstancia podría ser estimada como una agravante de responsabilidad de la empresa.

SE PREVIENE que los Ministros Sr. Saavedra y Sr. Tapia estuvieron por señalar que el programa de cumplimiento en materia de la libre competencia impuesto como medida preventiva en la consideración Centésimo cuadragésimo séptimo debería contemplar, como mínimo, las siguientes acciones:

- a) Nombrar, dentro de sesenta días hábiles contados desde que esta sentencia se encuentre ejecutoriada, a un Oficial de Cumplimiento encargado de velar especialmente por el respeto de las normas de defensa de la libre competencia al interior de cada compañía. El Oficial de Cumplimiento deberá desempeñarse a tiempo completo en tal cargo y reportar sus acciones directamente al Directorio de la respectiva empresa, a través de su comité de auditoría u otro equivalente.

El nombramiento del Oficial de Cumplimiento deberá recaer en una persona externa a la compañía y ser informado a la Fiscalía Nacional Económica.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Con todo, este Tribunal podrá autorizar incidentalmente, y en atención al tamaño relativo de la empresa afectada por la medida u otra razón equivalente, que actuales empleados o ejecutivos de la compañía se desempeñen como Oficial de Cumplimiento; o que éste ejecute adicionalmente funciones diversas a las que le correspondan en virtud del programa de cumplimiento;

b) Entregar, dentro de noventa días hábiles contados desde que esta sentencia se encuentre ejecutoriada, una copia de este fallo a los directores, gerentes, subgerentes y, en general, a los ejecutivos o empleados con alta responsabilidad ejecutiva, de administración y de toma de decisiones en materia comercial (ventas, definición de políticas de precios, formulación de cotizaciones en procesos de licitación o cotización u otra equivalente). En el evento que una persona asuma uno de esos cargos con posterioridad al transcurso de ese plazo se le deberá entregar una copia de esta sentencia junto con la suscripción del contrato respectivo o de la aceptación del cargo, según fuere el caso;

c) Proveer anualmente una capacitación comprensiva en materia de libre competencia. Dicha capacitación deberá otorgarse a: (i) las personas señaladas en la letra b) precedente y (ii) toda otra que el Oficial de Cumplimiento estime pertinente. El entrenamiento deberá ser efectuado por un abogado o economista externo y experto en libre competencia. La capacitación deberá incluir siempre un relato del contenido de esta sentencia. Esta medida tendrá una duración obligatoria de cinco años contados desde que esta sentencia quede firme;

d) Obtener, de parte de las personas señaladas en la letra b) precedente, una declaración jurada en la que se indique que han leído y entendido este fallo, y que no se encuentran en conocimiento de ninguna violación a las leyes que protegen la libre competencia. Dicha declaración deberá efectuarse, por primera vez, dentro del plazo de noventa días hábiles contados desde que esta sentencia quede ejecutoriada. Luego deberá efectuarse anualmente, durante cinco años siguientes a la fecha en que esta sentencia quede firme;

e) Llevar a cabo al menos dos auditorías de libre competencia durante el período de cinco años contado desde que esta sentencia se encuentre ejecutoriada. Las auditorías deberán comprender, como mínimo, una revisión de: (i) las casillas de correo electrónico y los registros de llamados telefónicos de las personas señaladas en la letra b) precedente; (ii) los incentivos establecidos en los contratos de trabajos; (iii) la participación de la compañía en procesos de licitación o cotización; (iv) la participación de la compañía en asociaciones gremiales; y, (v) la política interna de libre competencia de la compañía;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

f) Mantener una línea de denuncia anónima que permita a cualquier empleado revelar directamente ante el Oficial de Cumplimiento eventuales infracciones a las normas de defensa de la libre competencia; y,

g) Proveer anualmente un reporte escrito a la Fiscalía Nacional Económica que dé cuenta de la ejecución del programa de cumplimiento. Dicho reporte deberá ser enviado durante los cinco años siguientes a la fecha en que quede firme la presente sentencia.

Notifíquese y archívese, en su oportunidad.

Rol C N° 280-14

Pronunciada por los Ministros señor Tomás Menchaca Olivares, Presidente, señor Enrique Vergara Vial, Sra. María de la Luz Domper Rodríguez, señor Eduardo Saavedra Parra y señor Javier Tapia Canales. Autorizada por el Secretario Abogado (i) Sr. Álvaro Vives Martens.