Santiago, diez de agosto de dos mil diez.

Vistos:

En estos autos rol 68-10 Anagra S.A y posteriormente Soquimich Comercial S.A. sometieron a consulta del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la fusión que pretenden realizar, la que se materializaría por la absorción de Anagra por parte de Soquimich Comercial S.A., y solicitaron la aprobación de la operación consultada por ajustarse a la normativa de la libre competencia.

A fojas 651 la Sociedad Nacional de Agricultura aportó antecedentes, manifestando que la fusión consultada tiene riesgos elevados y sería altamente lesiva para el desarrollo agrícola nacional.

A fojas 1634 Cosayach Nitratos S.A. aportó antecedentes a la consulta, manifestando su oposición a la operación.

A fojas 1752 la Fiscalía Nacional Económica aportó antecedentes, analizando la operación consultada, y señaló que la fusión tiende a restringir la libre competencia en los términos del artículo 3 del Decreto Ley 211, sin que existan antecedentes que permitan visualizar medidas de mitigación eficaces para los riesgos de abusos unilaterales y coordinados.

A fojas 2368 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictó sentencia y aprobó la fusión consultada, dictaminando que ésta deberá someterse a l as siguientes condiciones:

1.- Soquimich Comercial S.A. tendrá la obligación de consultar a ese tribunal en los términos del artículo 31 del Decreto Ley N° 211, cualquier operación de integración vertical con intermediarios en la

comercialización de fertilizantes primarios en que pretenda intervenir, directa o indirectamente, en los términos del artículo 100 de la Ley 18.045 sobre Mercado de Valores, en forma previa a su materialización, así como cualquier contrato que pretenda celebrar con distribuidores y que contemple cláusulas de exclusividad o condiciones que reflejen en definitiva una exclusividad.

2.- Soquimich Comercial S.A. no podrá discriminar arbitrariamente entre sus clientes en la comercialización directa o indirecta de los fertilizantes de producción propia o de sus personas relacionadas en los términos del artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores.

3.- Soquimich Comercial S.A. no podrá vender los fertilizantes de producción propia o de sus personas relacionadas únicamente en forma atada a otros productos o servicios. En caso de contemplar ofertas conjuntas de distintos productos o servicios por un único precio Soquimich Comercial S.A. deberá mantener a la venta, por separado, cada uno de los productos o servicios que comercialice bajo esta modalidad e informar el precio de venta correspondiente a cada uno de ellos.

4.- Soquimich Comercial S.A. deberá mantenerse como S.A. abierta con patrimonio independiente y administración separada de Soquimich S.A. y de sus empresas relacionadas que produzcan fertilizantes, y deberá consultar a ese tribunal en los términos del artículo 31 del Dl 211 en caso de que desee modificar esta situación en el futuro.

Contra esta sentencia la Sociedad Nacional de Agricultura Federación Gremial, a fojas 2434, y Cosayach Nitratos S.A, a fojas 2439, dedujeron recurso de reclamación.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que por intermedio del recurso en estudio la Sociedad Nacional de Agricultura señala que esta fusión infringe las normas del Decreto Ley 211 y por ende no es aceptable. En este caso ?afirma- en que tanto el mercado internacional como el nacional está restringido a muy pocos oferentes, la desaparición de uno de ellos, como lo es Anagra, y el traspaso de su segm ento del mercado a otro, dará origen

al potencialismo, máxime que las empresas que se fusionan tienen una gran capacidad de gestión. Por ello estima que las condiciones impuestas no son suficientes para asegurar un comportamiento de este mercado de fertilizantes que sea menos inadecuado que el actualmente existente. Si bien reconoce que las condiciones 1 y 4, referidas a la integración vertical y a la separación patrimonial administrativa respect
ivamente, son necesarias para evitar abusos, no son suficientes porque existen posibilidades de abusos en la fijación de políticas de precios y condiciones de venta, independientemente del cumplimiento de las condiciones impuestas.
En lo que dice relación con la segunda condición impuesta, argumenta que la no discriminación arbitraria en la comercialización no puede ser considerada como una condición para la fusión, porque ella en sí es un requisito de competencia, independiente de si se lleva a efecto o no la operación consultada. Luego señala que la sentencia no define lo que se entiende por discriminación arbitraria, por lo que se trata de un concepto ambiguo.
Respecto de la tercera condición, esto es el impedimento de vender sus productos o servicios únicamente en forma atada a otros, afirma que no se justifica pues de llevarse a cabo tal conducta ello constituye una discriminación arbitraria de precios. Además, tal condición no garantiza que se materialice el intercambio con aquellos que no compran atadamente, porque el precio que se fije al producto por separado podría ser alto, logrando así el objetivo de discriminación.
SEGUNDO: Que, por su parte, Cosayach Nitratos S.A. en su reclamación sostuvo que las condiciones impuestas son insuficientes para la defensa de las normas de la libre competencia ya que no van a impedir que el ente resultante de la operación consultada controle los precios de mercado de los productos que comercializa, sin necesidad de celebrar contratos que involucren algún grado de integración vertical. Soquimich Comercial S.A. siempre se ha visto en la obligación de informar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Tanto así que ahora ha efectuado la consulta respecto de esta fusión.

La discriminación arbitraria es una conducta prohibida por nuestra legislación, de manera que la segunda más que una condición es una reiteración de tal prohibición.
Respecto a la tercera, argumenta que al no fijar la sentencia rangos o relación entre los casos planteados, venta atada a otro producto y/o servicio, y venta por separado, carece de eficacia desde que el ente fusionado puede perfectamente vender los productos por separado al doble, triple o más del valor que se les asigna dentro de la venta atada, obteniendo con ello dos objetivos: dar estricto cumplimiento a la condición impuesta y, ejercer completamente su poder de mercado.
Respecto a la última de las condiciones, agrega que si bien ésta en principio garantiza que la nueva sociedad que se forme sea independiente tanto en administración como en patrimonio de Soquimich Industrial S.A. y sus relacionadas, ello no obsta a que controle los precios de los productos que vende, con independencia de los precios de adquisición de los fertilizantes, teniendo en consideración el grado de concentración del mercado, tanto en la importación como en la distribución de los productos.
Supone que el ente resultante de la fusión podrá fijar a su arbitrio los precios de venta internas ya que los distribuidores que le compran sus productos se verán empujados a subir los precios de venta en la medida que lo haga Soquimich Comercial S.A. De elevarlos sólo a los consumidores finales, los distribuidores se verán beneficiados por este aumento al incrementarse sus utilidades, por lo que no tendrán incentivo en competir, caso que importará un aumento de precios para los consumidores finales, quienes se verán menoscabados.
En subsidio de la petición de rechazo de la fusión, solicita que se establezcan para condicionar la fusión las siguientes condiciones:
1.- El impedimiento de las ventas atadas.
2.- El establecimiento del nuevo ente como Sociedad Anónima abierta.

3.- La fijación de un porcentaje o rango máximo que puedan cobrar por los productos que ofrezcan por sobre sus costos de colocación, y
4.- De no prohibirse las ventas de productos atados a otros o a

servicios, la fijación de una proporción en relación al precio que puedan cobrar por los productos para su v
enta por separado.

TERCERO: Que del análisis de los antecedentes de la causa aparece que las medidas dispuestas por la sentencia que se revisa por esta vía aparecen como suficientes y adecuadas para cautelar la libre competencia.

En efecto, justamente porque en la sentencia se determinó que, de aprobarse y verificarse la operación tal como fue solicitada, el grado de concentración aumentaría de forma tal que podría tener efectos negativos en la competencia en el mercado relevante, es que se decidió aprobar la operación con las condiciones impuestas.

La sentencia en primer término concluye que la fusión reducirá de cuatro a tres los principales actores en los mercados relevantes que determinó, a saber, de comercialización en todo el territorio nacional de: a) fertilizantes granulados nitrogenados, b)fertilizantes granulados potásicos y, c)fertilizantes granulados fosfatados; elevando así los actuales niveles de concentración, situación que aumenta el riesgo de la existencia de abusos competitivos, riesgo que se reduce con la existencia en el mercado de un número significativo de distribuidores independientes que pueden importar los productos en forma directa, así como la existencia de importadores ya instalados con posibilidades de aumentar sus importaciones. Fue justamente tal conclusión la que llevó al tribunal a imponer la primera condición.

CUARTO: Que al imponer el tribunal la obligación de consultarle en forma previa en los términos del artículo 31 del Decreto Ley 211 cualquier operación de integración vertical con intermediarios en la comercialización de fertilizantes primarios en que pretenda intervenir directa o indirectamente, así como cualquier contrato que pretenda celebrar con distribuidores que contemple cláusulas de exclusividad o condiciones que reflejen en definitiva una exclusividad; evita que Soquimich Comercial S.A. siga aumentando de manera indiscriminada su participación en el mercado, y con ello los riesgos de abuso de posición dominante que tal situación conlleva.

QUINTO: Que se le impone además a Soquimich Comercial S.A. la obligación de no discriminar arbitrariamente entre sus clientes en la comercialización directa o indirecta de los fertilizantes de producción propia o de sus personas relacionadas, condición que persigue un trato igualitario a los clientes que a su vez son competidores de la empresa fusionada;

SEXTO: Que el hecho de impedírsele a la entidad fusionada vender los fertilizantes de fabr icación propia o de sus personas relacionadas únicamente en forma atada a otros productos o servicios resulta ser una medida efectiva de mitigación del riesgo que se quiere evitar con la fusión. Contrariamente a lo que sostienen los reclamantes, la posibilidad de vender más caros los productos al hacerlo en forma separada, para así obtener que el cliente finalmente prefiera las ventas atadas, se aleja desde que de suceder que el precio por los productos individualmente considerados sean muy superiores y resulten menos convenientes que adquirirlos junto a otro producto o servicio importará que el cliente recurra a otro oferente, competidor de Soquimich Comercial S.A., y lo adquiera a un precio más conveniente. Es decir, en un caso como éste opera la regulación natural del mercado. Finalmente, en este punto sólo resta señalar que la fijación de precios pretendida por los reclamantes atenta contra el sistema de libre mercado que opera en nuestra economía;

SÉPTIMO: Que la obligación impuesta por el tribunal a Soquimich Comercial S.A. de mantenerse como una sociedad anónima abierta permite que exista a su respecto una mayor fiscalización, desde que, de acuerdo al artículo 2° de la Ley 18.046, éstas son fiscalizadas por la Superintendencia de Valores y Seguros, organismo al que, de acuerdo al artículo 4° del Decreto Ley 3.538, le corresponde velar porque las personas o instituciones fiscalizadas, desde su iniciación hasta el término de su liquidación, cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otr
as disposiciones que las rijan.

OCTAVO: Que, por último, el hecho de que el mercado sea limitado determina que, de producirse una fusión, casi en forma inevitable se

produzca el fenómeno de concentración del mercado, cuyas consecuencias se verán luego de encontrarse operando las empresas fusionadas, sin que necesariamente ellas sean negativas si, como en el caso que nos ocupa, la autoridad correspondiente ha impuesto las condiciones que importan medidas destinadas a evitarlas. Sin perjuicio de ello, si luego de concretarse esta operación se produce alguna situación que se estime atentatoria contra la libre competencia, tanto la Fiscalía Nacional Económica como los particulares que se sientan perjudicados con dicha situación podrán, la primera, presentar un requerimiento y los segundos, entablar un reclamo. parPor estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 18 N°2 y 31 del D.F.L. N°1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211 de 1973, SE RECHAZAN los recursos de reclamación deducidos a fojas 2.434 y 2.439 por la Sociedad Nacional de Agricultura Federación Gremial y Cosayach Nitratos S.A., respectivamente, en contra de la sentencia N°31/2009, de nueve de diciembre del año pasado, escrita a fojas 2.368.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Pierry.

Rol 68-2010. Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry, Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito y la Fiscal Judicial Sra. Mónica Maldonado. No firma, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo la Fiscal Judicial señora Mónica Maldonado por estar con licencia médica. Santiago, 10 de agosto de 2010.

Autorizada por la Secretaria de esta Corte Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.

En Santiago, a diez de agosto de dos mil diez, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.