

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA N° 70/2008.

Santiago, dos de julio de dos mil ocho.

VISTOS:

I. Las demandas:

1. A fojas 52, con fecha 20 de noviembre de 2006, los señores Luciano Pinto Martínez, Luis Egidio Ávalos Ávalos, Mario Nicolás Morales Véliz, Slobodan Igor Novak Valdés, Arnaldo César Del Campo Arias, Alberto Alejandro Tapia Trujillo y Solbastro García Bordones, todos los mandantes pequeños productores mineros, y el último Presidente de la Asociación Minera de Copiapó, dedujeron demanda en contra de la Empresa Nacional de Minería, en adelante ENAMI, y de su Vicepresidente Ejecutivo y representante legal, don Oscar Landerretche Gacitúa, en atención a que esta empresa posee una posición dominante en el mercado, atendida su naturaleza monopsonica, la cual fija precios e impone otras condiciones de compra de minerales que consideran abusivas.

1.1. En el primer capítulo de su demanda, "Antecedentes", los demandantes señalan que ENAMI se creó en los años 60, con el objeto de promover la pequeña minería, que agrupa a quienes producen menos de 5.000 toneladas de cobre al año.

Los demandantes indican que de conformidad a lo prescrito en el artículo 3° del DFL N° 153, de 1960, de Minería, ENAMI tiene como funciones, entre otras, fomentar la producción, concentración, industrialización, fundición y refinado de toda clase de productos mineros, en la forma que determine su directorio (N° 4 del artículo 3) y comprar, vender y celebrar toda especie de actos y contratos sobre minerales y productos mineros (N° 11 del artículo 3).

En cumplimiento de lo dispuesto en su estatuto y para fomentar el desarrollo de la minería, ENAMI abrió un poder comprador para que los pequeños mineros vendieran sus minerales y productos, actividad productiva que en la Tercera y Cuarta Región del país resulta decisiva.

Actualmente, ENAMI es el único poder comprador que tiene un pequeño minero para vender sus minerales, venta que debe sujetarse a las condiciones que dicha empresa determina, conforme a un reglamento que se denomina "Reglamento de Compra de Minerales y Productos Mineros", el cual fue aprobado por el Directorio

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de la empresa con fecha 27 de Octubre de 1995, en adelante el Reglamento de Compra.

1.2. En el segundo capítulo de la demanda, “Conductas contrarias a la competencia de ENAMI y su Vicepresidente Ejecutivo”, los actores afirman que la empresa demandada tiene una posición dominante en el mercado de compra de minerales, constituyendo un monopsonio, posición desde la cual comete abusos contrarios a la libre competencia.

1.2.1. Señalan que ENAMI es el único poder comprador que tienen los pequeños productores de minerales para vender lo que extraen de sus pertenencias. En la enajenación de ellos, deben sujetarse al Reglamento de Compra, cuyo artículo 7º fija los requisitos para proceder a la compra. La letra e) del citado artículo 7º exige:

“Que los minerales o productos mineros cumplan con los requisitos de cantidad, leyes mínimas y máximas, granularía, humedad, impurezas y demás exigidos por el presente Reglamento o por las normas internas de ENAMI vigentes a la fecha de la entrega”.

Concluyen así, que la demandada condiciona la compra del mineral provisto por aquellos productores que se encuentren inscritos en un registro especial, a que el producto contenga estándares fijados unilateralmente.

1.2.2. Agregan que ENAMI, por sí y ante sí, determina hasta que ley va a recibir el mineral y que, actualmente, compra el mineral que contiene leyes de 1,3% de cobre conforme a la tarifa que el directorio de la empresa fija periódicamente, considerando el valor promedio que haya tenido el metal respectivo en la bolsa de metales. Por su parte, aquellos minerales que presentan leyes entre 1,0 y 1,2% son pagados a una tarifa especial; y, bajo el 1,0% de ley, el mineral no se paga y en la práctica no se restituye a su dueño, pues el artículo 36º del reglamento de compra citado expresa en su inciso final que: *“Si vencido el plazo, el vendedor no ha hecho uso del derecho conferido en el inciso precedente, ENAMI no comprará los minerales y productos mineros rechazados y se entenderá que el vendedor le transfiere su dominio, pudiendo ENAMI disponer de ellos para el uso o destino que estime más conveniente, sin que el vendedor tenga derecho a pago o recurso alguno”.*

Explica que el derecho a que se refiere la citada disposición es que se le permite al productor mejorar la ley del mineral que está bajo la ley mínima de compra, mediante la entrega de otros minerales de leyes superiores, los cuales se compensan. A esta clase de compensación se le denomina “levantado a pluma”.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

El plazo que tienen los pequeños mineros para llevar a efecto el “levantado a pluma” es de 30 días, contados desde la fecha del certificado de análisis del lote original. De tal manera que, si el productor no tiene mineral con leyes suficientes para llevar a efecto el corte a pluma, ENAMI se queda con ese mineral de ley inferior a 1,0%.

1.2.3. Explican que el productor, aunque le resulte lesivo, soporta lo anterior en tiempos de un precio del cobre “normal”, que estiman alrededor de un dólar la libra de cobre, porque la ganancia de la empresa demandada que adquiere el mineral bajo 1,0% de ley es residual.

Sin embargo, el problema se suscita en los tiempos actuales, cuando el cobre ha alcanzado precios superiores a los tres dólares la libra, en un tiempo sostenido, lo cual hace que todo el mineral que ENAMI no ha comprado por tener leyes inferiores a 1,0%, y que ha quedado en sus plantas por aplicación del inciso final del artículo 36º del Reglamento de Compra, le ha reportado un enriquecimiento injusto, que afecta a los pequeños mineros demandantes en su patrimonio, porque ENAMI se apropia a título gratuito de los minerales con leyes inferiores a 1,0%. Sin embargo, con los precios actuales del cobre, esos minerales son absolutamente comerciables hasta con una ley del 0.2%.

1.2.4. Señalan que el accionar de ENAMI constituye un abuso contrario a la libre competencia, que se produce como consecuencia de la posición dominante que tiene, al ser un monopsonio.

1.2.5. Dirigen la demanda también en contra el Vicepresidente Ejecutivo de ENAMI, el señor Oscar Landerretche Gacitúa, en atención a que éste se ha negado sistemáticamente a aceptar las proposiciones de los productores destinadas a terminar con esta práctica abusiva. Señalan que han sido innumerables las reuniones con el señor Landerretche, quien ha persistido en su actitud de perturbar la libre competencia, señalando que ENAMI no puede aceptar la compra de minerales de menor ley, por los altos costos que generaría la caída de las recuperaciones, que en el caso de la Planta Matta, ubicada en la Tercera Región, afectaría el intercambio con Pucobre, aumentaría los stocks y la presión en la ya compleja situación de recepción y chancado de minerales, según manifiesta en carta de fecha 16 de Octubre de 2006, dirigida por el señor Landerretche al demandante señor Pinto.

Agregan que la situación que fundamenta la negativa del demandado para no aceptar la compra de minerales de ley menor a 1,0%, muestra su actitud para

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

impulsar una conducta contraria a la libre competencia, imponiendo un abuso que no es posible aceptar.

1.2.6. Manifiestan que la negativa a pagar minerales con leyes inferiores a 1,0% de cobre, en circunstancias que el precio de la libra de cobre promedia los tres dólares, es apropiarse, de una cantidad de millones de dólares en forma ilícita, constituyendo una practica abusiva que afecta a los pequeños mineros y que es efecto de la posición dominante que los demandados tienen en el mercado minero.

1.2.7. Indican el precio promedio de la libra de cobre en los meses de enero a noviembre de 2006, señalando que su promedio, en los meses considerados, es de 305,1 centavos de dólar.

1.2.8. Agregan que ENAMI ha fijado, como tarifa definitiva para compras de minerales de flotación, en el mes de octubre de este año, una base de 2,5% de cobre y una escala de 1,0% de cobre, que de aplicarse a minerales de 0,9% de flotación, darían un valor de US\$ 35,67 la tonelada de minerales, lo cual denota el abuso que constituye al limitar la compra. Así, considerando que en promedio un pequeño productor minero entrega dos mil toneladas anuales, y que de ellas, la ley media es 0,9%, ENAMI ha obtenido un enriquecimiento indebido que no es posible aceptar, y cuya causa es su posición dominante del mercado.

1.3. Por lo anterior, solicitan que se acoja la demanda, declarando que las conductas llevadas a cabo por los demandados, consideradas en su conjunto, son contrarias a la libre competencia y, en consecuencia, se aplique a éstos una multa a beneficio fiscal equivalente a 20.000 Unidades Tributarias Anuales, o la que este Tribunal disponga.

2. A fojas 165, con fecha 18 de mayo de 2007, Sociedad Comercial Claal Ltda., en adelante Claal, dedujo demanda por infracción a la libre competencia en contra de ENAMI, expresando que la empresa demandada ha incurrido en actos abusivos entorpecedores de la libre competencia, de aquellos a que se refieren las letras b) y c) del artículo 3º del Decreto Ley N° 2 11, por lo que solicita se declare tal circunstancia en definitiva, aplicando a ENAMI una multa de 20.000 Unidades Tributarias Anuales, o la que este Tribunal disponga.

Claal funda su demanda en los siguientes hechos:

2.1. Como cuestión previa, señala que Claal es una pequeña empresa minera de la Tercera Región, que celebra contratos con ENAMI, empresa estatal de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

naturaleza monopsonica que fija en los hechos, en forma unilateral y arbitraria, los precios de compra de minerales a los pequeños y medianos mineros, e impone todas las condiciones de los contratos que con ella se celebran, los cuales corresponden a contratos de adhesión.

2.2. En el primer capítulo de su demanda, “Antecedentes”, Claal explica que el sector productivo minero se encuentra representado en el país por una Gran Minería, en el cual se concentran aquellos establecimientos que producen más de 50.000 toneladas de cobre al año o su equivalente; por otro segmento productivo que se conoce con el nombre de Mediana y Pequeña Minería, el primero de los cuales, produce entre 5.000 y hasta 50.000 toneladas de cobre anuales, y el segundo, que obtiene menos de 5.000 toneladas de cobre anuales; todos los cuales representan un porcentaje significativo de las exportaciones del país.

En lo que respecta a los pequeños productores mineros, éstos se concentran principalmente en la Tercera Región, entre Chañaral y Vallenar.

Con el objeto de fomentar la pequeña minería y abrir un poder de compra más eficiente, se procedió a fusionar la Caja de Crédito y Fomento Minero con la Empresa Nacional de Fundiciones, creando la ENAMI, regida por el DFL N° 153 de Minería, de 1960.

Claal señala que ENAMI tiene por objeto fomentar el desarrollo de la pequeña y mediana minería, brindando los servicios requeridos para acceder al mercado de metales refinados, en condiciones competitivas. El Estado, en su condición de dueño, le ha establecido un rol de fomento y desarrollo de la actividad minera, siendo ENAMI el único ente estatal que no tributa ni entrega sus fondos al erario nacional.

Para cumplir con su objeto, ENAMI concentra su accionar en la gestión prioritaria de tres instrumentos, que son el Desarrollo Minero, el Beneficio de Minerales y el instrumento de Fundiciones y Refinería.

Según lo prescribe el artículo 3° del DFL N° 153, ENAMI tiene como funciones, entre otras, fomentar la producción, concentración, industrialización, fundición y refinamiento de toda clase de productos mineros, en la forma que determine su directorio, esto es, comprar, vender y celebrar toda especie de actos y contratos sobre minerales y productos mineros.

En el mismo orden de ideas, y en cumplimiento de lo dispuesto en su estatuto, ENAMI desde su creación abrió un poder comprador para que los pequeños

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mineros vendieran sus minerales y productos, y de esta forma, fomentar el desarrollo de la minería.

Indica que, sin embargo, la realidad de eficiencia y eficacia de ENAMI no demuestra que se encuentran vigentes las razones que motivaron su creación consistentes en subsidiar y fomentar a la pequeña y mediana minería.

La compra de minerales y productos mineros de la pequeña y mediana minería, asegurando un mercado final a dicho segmento, involucran el cumplimiento de este rol de fomento y, a su vez, netamente productivo.

Entiende que ENAMI debe fijar tarifas de compra no monopsónicas ni discriminatorias y proteger a los mineros de modo que no se vean enfrentados al libre juego del mercado, debiendo actuar, de esta forma, como regulador en los mercados en que interviene directamente.

Señala que el DFL N° 153, que regula el actuar de ENAMI, no faculta a ésta, a su directorio, a su vicepresidente ejecutivo ni a su gerente general, a determinar y fijar abusivos reglamentos de compra, que vayan en contra del espíritu de esa norma.

Precisa Claal que hace estos alcances, atendido que con fecha 27 de octubre de 1995, fue aprobado en sesión ordinaria de directorio N° 756, y modificado en sesiones ordinarias N° 767 de 1° de abril de 1996 y sesión N° 790 de 18 de abril de 1997, el Reglamento de Compra, que establece en su artículo 7° letra e) que los minerales o productos mineros para ser adquiridos deben cumplir con los requisitos de cantidad, leyes mínimas y máximas, granulometrías, humedad, impurezas y demás exigidos por el presente reglamento o por las normas internas de ENAMI vigentes a la fecha de entrega, agregando a continuación, en su artículo 10°, que el precio de los minerales y de los productos mineros, será el que cada uno de ellos tenga asignado en las tarifas de compra vigentes a la fecha de cierre del lote respectivo, con deducción de los descuentos contemplados en el citado reglamento y en las normas internas de ENAMI.

Argumenta Claal, que el Reglamento no puede contrariar el DFL N° 153, ya que existen fondos de la Ley de Presupuesto destinados a mantener y fomentar el desarrollo minero; incluso, los artículos 21 y siguientes de la citada norma establecen que, a lo menos, existirán dos departamentos, el de operaciones y el de fomento, con contabilidades separadas en sus respectivas actividades y que, cuando en cumplimiento de sus finalidades de fomento de la minería, ENAMI deba comprar, beneficiar, fundir o refinar productos mineros que no sean convenientes

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

desde el punto de vista comercial, el departamento de fomento pondrá a disposición del departamento de operaciones las sumas necesarias para este objeto.

Además, el 21 de agosto de 2003, cuando el precio del cobre estaba totalmente deprimido, se promulgó el Decreto N° 76, de Minería, que contiene la Política de Fomento para la Pequeña y Mediana Minería, que en su punto IV llamado Acceso a Mercados, establece:

“Para garantizar el acceso de la producción del sector a los mercados internacionales, en condiciones comerciales similares a las que obtienen los grandes productores que operan en Chile, la Empresa Nacional de Minería administrará poderes de compra de minerales, concentrados y precipitados, y proveerá servicios de beneficio de minerales.

El valor a pagar por el producto recepcionado, se calculará, descontando al precio de metal los valores de mercado internacionales, de la fusión y refinación electrolítica de concentrados, así como también, en el caso de compra de minerales, los valores que simulen mercados eficientes, de transformación de minerales a concentrados o precipitados... Para la pequeña minería se cobrará el menor cargo de fusión y refinación que se haya acordado en los contratos regulares anuales de compra suscritos por la Empresa con la minería mediana e independiente”.

Este Decreto establece que la tarifa de compra de minerales se debe determinar, deduciendo del precio del metal en el Mercado de Londres (BML), los cargos de maquila (concentración, fusión y refinación) del mercado internacional y los más bajos que ENAMI cobre a empresas de la gran minería.

Al respecto, Claal señala que ENAMI tampoco cumple con el Decreto N° 76 de Minería, puesto que mediante el engaño, descuenta a los pequeños y medianos mineros cargos de fusión y refinación que son más del doble que los que existen en los mercados internacionales. Agrega que ENAMI mantiene en secreto los cargos de maquila -para transformar los minerales o concentrados en cobre refinado- porque ello le permite seguir engañando a los pequeños mineros.

ENAMI no paga el justo precio al minero, sino que se queda gratuitamente con todo lo que ellos arbitraria e ilegalmente consideran “panteón”, esto es, todo mineral menor a 1,3% de ley. Además, todo este mineral lo explotan y venden, o entregan en permuta, gracias al excelente precio del cobre, obteniendo utilidades que pertenecen a los mineros.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.3. En el segundo capítulo de la demanda, “Determinación Arbitraria e Ilegal del Precio”, Claal señala que ENAMI no está actualmente en condiciones físicas o materiales, solamente porque no lo quiere, pues no cuenta en la Tercera Región con una planta de tratamiento de minerales de cobre soluble u oxidado. Este tipo de minerales los permuta o canjea por finos de cobre sulfurado con Minera Punta del Cobre S.A. (Pucobre).

Por lo anterior, Claal se pregunta porqué ENAMI compra minerales de cobre soluble u oxidados, y responde señalando que no es con el objeto de fomentar la pequeña y mediana minería, porque con su actuar la está fulminando, al no pagar por minerales bajo un 1,3% de ley que tienen un alto valor comercial.

Explica que al tener que comprar minerales de cobre soluble y no tener planta de tratamiento, ENAMI debió crear una planta imaginaria basada en el concepto de una planta estándar, ni muy buena ni muy mala, con una recuperación de un 80%, lejos de los resultados y recuperación que se obtienen con una planta de última generación.

Claal señala que ENAMI no se atiene al polinomio de costos, aplicando una tarifa arbitraria. Explica que el polinomio de costos es un resumen de los costos asociados a la obtención de cobre metálico (tales como chancado, refinado, muestreos, fundición, ácido, chatarra), que se confeccionó para fijar y efectuar el cálculo del precio, con parámetros conocidos y como forma de fijar el valor que ENAMI pagará por el mineral de óxidos que compra obligadamente a los pequeños y medianos mineros.

Esos costos son los que producen una alteración en la tarifa de compra de minerales; tarifa que aumentada por el alto precio del cobre, no se está traspasando a los mineros.

Lo anterior, por cuanto los costos involucrados en el polinomio permiten a ENAMI satisfacer perfectamente todos sus costos operacionales y obtener un 20% de utilidades en el proceso de fusión, cifra más que conveniente para una utilidad por maquila, considerando que es una empresa estatal y de fomento.

2.4. En el tercer capítulo de su demanda, “Manual de Procedimientos para Cálculos de Tarifas de Minerales y Productos Mineros”, Claal señala que el Manual de Procedimientos de Cálculos de Tarifas de Minerales y Productos Mineros fue confeccionado junto a la SONAMI en el año 1996, con el objeto de transparentar a los productores mineros la forma como se calculaban los costos

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de cada uno de los productos que adquiere ENAMI, en este caso, cobre para proceso de lixiviación.

Este manual no ha sufrido ninguna modificación desde el año 1996 y es el mismo para las diferentes pastas de minerales y para los diferentes procesos de extracción que ocupa ENAMI.

El precio del cobre permite obtener utilidades, pero no sólo a ENAMI, sino también al dueño de los minerales, que los ha arrancado de la naturaleza con un enorme costo de explotación.

2.5. En el cuarto capítulo de su contestación, “Actos Atentatorios a la Libre Competencia Cometidos por ENAMI”, Claal señala que, actualmente, ENAMI es el único poder comprador que tiene un pequeño minero para vender sus minerales, constituyendo un monopsonio. La compras de minerales que realiza la demandada deben sujetarse a las condiciones que dicha empresa determina conforme al Reglamento de Compra aprobado por el Directorio de la empresa el 27 de octubre de 1995.

El artículo 7º del Reglamento fija los requisitos para proceder a la compra, señalando en su letra e) “Que los minerales o productos mineros cumplan con los requisitos de cantidad, leyes mínimas y máximas, granulometría, humedad, impurezas y demás exigidos por el presente reglamento o por las normas internas de ENAMI vigentes a la fecha de la entrega”.

Es decir, la compradora, condiciona la compra del mineral a que el producto contenga estándares fijados unilateralmente de aquellos productores que se encuentren inscritos en un registro especial que ENAMI tiene, conforme lo señala el artículo 5º del Reglamento.

Claal cita los procesos o actos consecutivos que ocurren en las plantas de acopio y procesamiento de minerales de ENAMI, señalando que existen irregularidades en la forma como opera ENAMI, porque el productor no sabe ni puede conocer la ley del mismo al momento de entregar el mineral, y porque no tiene participación alguna en la determinación de la ley del mineral.

Explica que el plazo que tienen los mineros para llevar a efecto el “levante a pluma” es, de acuerdo con el artículo 36 del Reglamento, de 30 días contados desde la fecha del certificado de análisis del lote original, pero que ENAMI se demora en entregar ese certificado, en promedio, 60 días desde la recepción en planta. Por lo tanto, si el mineral no alcanza la ley de 1,2% ENAMI otorga o

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

concede una opción imposible al minero, constituyendo un abuso contrario a la competencia de su parte, toda vez que, si el mineral no da la ley de 1,2%, ENAMI se apropia de esos panteones.

Indica que, si se tratara de piedras sin valor económico, ENAMI no debería procesarlas pero ésta procesa todo el mineral que se le entrega, obteniendo utilidades con ello, toda vez que el alto precio del cobre -aplicando el polinomio de costos- hace viable pagar al minero por leyes de oxido incluso menores a 0,3%. Agrega que el polinomio de costos debiera también aplicarlo para el canje de minerales con Pucobre que –en todo caso- tiene recuperaciones un 14% más altas, lo que implica una transferencia de riqueza de los productores a esa empresa.

Todos los minerales que no paga, van a un *stock pile*, que es un cono que se forma luego del proceso de chancado, y ese mineral acumulado lo canjea mayoritariamente con Pucobre, con una ley media del orden de 1,8%.

Precisa que el problema se suscita en los tiempos actuales, en que la libra de cobre en la Bolsa de Metales de Londres supera los US\$ 3, lo que implica que la empresa estatal demandada se enriquece ilícitamente.

A su juicio, lo correcto sería aplicar un polinomio de costo que permita que se pague al minero hasta la resistencia crítica que soporte el precio internacional, como establece la ley de ENAMI, no sus abusivos reglamentos.

La negativa de ENAMI a comprar y pagar minerales de menor ley a 1,2% que tienen valor comercial, acredita su actitud contraria a la competencia; situación que se produce atendido el carácter monopsónico de la empresa demandada, que abusa de su posición dominante en la compra de minerales.

Al igual que los señores Pinto, Ávalos, Morales, Valdés, Del Campo, Tapia y García, Claal hace presente el precio del cobre promedio en los últimos meses. Además, indica la fórmula del polinomio de costos que corresponde aplicar.

Expresa que entre julio de 2003 y mayo de 2006 el cobre ha subido exponencialmente, incorporando un cuadro que señala el precio que ENAMI habría de pagar para diferentes leyes de mineral -desde 0,2% a 2,5%- y diferentes precios de cobre. En dicho cuadro se observa, tal como afirma Claal que, si bien en el 2003 no era rentable procesar minerales con leyes inferiores a 1,2%, si lo sería con los precios actuales del mineral.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2.6. Por lo anterior, solicita se acoja la demanda, declarando que las conductas llevadas a cabo por ENAMI, consideradas en su conjunto, son contrarias a la libre competencia, y en consecuencia se le aplique una multa a beneficio fiscal equivalente a 20.000 Unidades Tributarias Anuales, o la que este Tribunal disponga.

II. Las contestaciones:

3. A fojas 99, con fecha 20 de diciembre de 2006, ENAMI contestó la demanda de los señores Pinto, Ávalos, Morales, Valdés, Del Campo, Tapia y García, solicitando que sea rechazada, con costas, atendidos los fundamentos de hecho, de derecho y económicos que expone:

3.1. Como cuestión previa, ENAMI se refiere a las partes de este juicio indicando que los demandantes son pequeños mineros y pirquineros que venden su producción a ENAMI y que se han regido y aceptado el Reglamento de Compra, que les ha permitido precios estables y sustentables de largo plazo, particularmente, en períodos deprimidos de la industria minera, en condiciones conocidas transparentes y objetivas. Por lo tanto, ahora que el precio del cobre ha subido los demandantes impugnan los mismos mecanismos que les han permitido subsistir en períodos menos favorables.

Por su parte, ENAMI dice ser una empresa del estado con patrimonio y personalidad jurídica propias, que se rige por el DFL N° 153 de Minería, de 1960, que la creó, y por los reglamentos que dicte su Directorio, a quien le corresponde una función de fomento y productiva de acuerdo con el artículo 2° del mencionado DFL.

La función de fomento de ENAMI se justifica porque el mercado no es perfecto para los pequeños productores mineros y pirquineros, ya que éstos no tienen acceso a los procesos de beneficio y comercialización del mineral debido a sus bajos volúmenes de producción, baja capacidad de endeudamiento, limitaciones en el acceso al crédito y otros obstáculos estructurales asociados al volumen de su producción y su precariedad administrativa. Al respecto cita el Decreto N°76 de 24 de julio de 2003, del Ministerio de Minería, que aprueba la “Política de Fomento de la Pequeña y Mediana Minería” y su modificación por el Decreto N° 13 del mismo Ministerio, de 28 de enero de 2005, que dispone que “el objetivo de la política de fomento es generar las condiciones necesarias para que la actividad de la pequeña y mediana minería se desarrolle en forma económicamente

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sustentable, de manera tal que promueva la producción minera y permita el acceso fluido al mercado, de los productos resultantes”.

En cuanto a la función productiva, ENAMI está facultada de acuerdo con el artículo 3º del mencionado DFL para: *“11º Comprar, vender y celebrar toda clase de actos y contratos sobre minerales y productos mineros; 12º Producir toda clase de substancias mineras, sean estas metálicas o no; y 13º Constituir sociedades de cualquier naturaleza relacionadas directa, o indirectamente con la minería, modificarlas, prorrogarlas disolverlas, liquidarlas y suscribir y enajenar derechos sobre las mismas”*.

3.2. En relación con las conductas que se le imputan, ENAMI señala que no son contrarias a la libre competencia y que no podrían llegar a serlo, si se considera adecuadamente su función económica en relación con los pequeños mineros, las características del mercado en que participa, y la normativa y objetivos de la legislación que le es aplicable.

Por las imperfecciones del mercado y la función que la ley le encomienda para subsanarlas respecto de los pequeños mineros, ENAMI tiene una posición dominante en el mercado de minerales en que compiten tales pequeños mineros del país. Sin embargo, ENAMI no fija las condiciones de compra de minerales a los pequeños mineros en un afán lucrativo, ni mucho menos de abuso de tal posición dominante. Se trata de una empresa del Estado cumpliendo, en la forma determinada por su Directorio, la función de fomento que le asigna la ley, en ejercicio de las facultades que le confiere el ordenamiento jurídico.

Muy por el contrario de lo que manifiestan los demandantes y en atención al rol que cumple la Empresa respecto de la pequeña minería, sus objetivos consisten en que: (1) haya un mercado para la oferta de minerales producidos por pequeños proveedores; (2) que tenga la mayor cantidad de demandantes de tales productos; y, (3) que se desarrolle de la forma más competitiva posible.

3.3. En cuanto a la fijación de las condiciones de compra de minerales y productos mineros a los pequeños mineros, ENAMI señala que su actuar es lícito y justificado.

Es lícito, señala ENAMI, porque la vigencia y aplicación del Reglamento de Compra se enmarca en sus facultades legales y el mandato que le entrega el Decreto Nº 76, que estableció la Política de Fomento de la Pequeña y Mediana Minería, cuya ejecución le corresponde.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En este sentido, ENAMI se refiere a la facultad que le confiere el artículo 3 N° 4 de su estatuto orgánico, en orden a *“Fomentar la producción, concentración, industrialización, fundición y refinado de toda clase de productos mineros, en la forma que determine el Directorio, sea por medio de ayuda técnica, por concesión de préstamos en dinero o en cualquiera otras formas”*, la cual se encuentra precisada, además, en el artículo 17 letra d) del DFL N° 153 que dispone textualmente que *“Corresponderá al Directorio administrar la empresa con amplias facultades y podrá celebrar todos los actos, contratos y operaciones que se requieran para la marcha de la actividades de ésta. A este efecto, el Directorio podrá (...) d) Dictar y modificar los reglamentos internos de la Empresa y cumplir y hacer cumplir la ley y dichos reglamentos”*.

Adicionalmente, ENAMI se remite a los considerandos del mencionado Decreto N° 76, vinculados a las dificultades que enfrentan los sectores de pequeña y mediana minería para competir en los mercados internacionales del cobre, y que hicieron *“necesaria la aplicación de una política pública destinada a subsanar dichas dificultades, de manera de mejorar la productividad de la pequeña y mediana minería, aumentar su competitividad y promover el acceso más equitativo a las oportunidades de negocio”*. Precisa que la política implementada se basa en el aumento de ciertas inversiones públicas y, principalmente, en la implementación de instrumentos de fomento y mecanismos de sustentación para atenuar los ciclos de precios bajos, indicando en que consisten los instrumentos de fomento que debe aplicar en lo relativo a la pequeña minería, y que son: a) Fondo de Capital de Riesgo; b) Desarrollo de Capacidades Competitivas, c) Créditos para el Desarrollo Minero; y d) Mecanismos de Acceso a Mercados.

En cuanto al Reglamento de Compra que motiva esta causa, ENAMI hace presente que éste tiene su origen -en lo sustancial- en uno de 1966 que instituye y regula un poder abierto de compra, en virtud del cual todos quienes cumplan los requisitos establecidos en él, pueden vender sus minerales y productos mineros a ENAMI.

Señala que de acuerdo al artículo 1° del Reglamento de Compra, éste constituye la forma en que el Directorio de ENAMI regula *“la compra de minerales y productos mineros que efectúe ENAMI, (...) en todos aquellos casos en que no exista contrato de compraventa”*.

De tal definición, ENAMI concluye que el Reglamento de Compra: (i) es una normativa de aplicación voluntaria, en cuanto obsta pactar condiciones de comercialización diversas a las establecidas en él; y (ii) entendido como la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

regulación de un mecanismo de fomento, resulta también lícito y justificable que éste establezca los términos y condiciones de su aplicación, entre las cuales están aquellas objetadas por los demandantes, al igual que los demás mecanismos de fomento.

Cita el Dictamen N° 1071, de 18 de junio de 1999, de la Comisión Preventiva Central, dictado en la “Denuncia en Contra de ENAMI por Abuso de Posición Monopólica”, que señala que *“(…) de acuerdo a lo informado por el señor Fiscal Nacional Económico, el sistema de compra a los pequeños productores de cobre, no es sino una modalidad de una política proteccionista para aquellos que desarrollan esta actividad sujeta a permanentes cambios de precios en el mercado internacional, pero que les permite a los pequeños mineros mantener su estabilidad a través del denominado precio de sustentación que les paga ENAMI - otro de los mecanismos de fomento y sustentación posteriormente recogido en el Decreto 76-, sistema que por ser de general aplicación no es reprochable a la luz de las disposiciones del DL 211”.*

ENAMI señala que, en definitiva, los términos y condiciones de los mecanismos e instrumentos de fomento se encuentran establecidos en cumplimiento de la ley y de los criterios jurisprudenciales formulados por este H. Tribunal.

En este sentido, menciona los principales términos y condiciones establecidos en el Reglamento de Compra, en lo relativo a: (i) Requisitos para sujetarse a su aplicación; (ii) Procedimiento de Compra; y, (iii) Estructura Tarifaria aplicable al Régimen de Ventas establecido en él.

En cuanto a lo primero (i), los requisitos para sujetarse a la aplicación del Reglamento son:

- (a) Estar inscrito como vendedor en el registro especial que ENAMI lleva al efecto, y cumplir con los requisitos exigidos para la compradora que rijan a la fecha de la entrega (artículo 5° del Reglamento de Compra de ENAMI);
- (b) Sujetarse a las disposiciones del Reglamento de Compra (artículos 1° y 6°);
- (c) Atenerse a las tarifas o precios de compra fijadas y publicadas por ENAMI para los minerales o productos mineros de que se trate (artículo 10); y,
- (d) Cumplir con “los requisitos de cantidad, de leyes mínimas y máximas, granulometría, humedad, impurezas y demás exigidos por el Reglamento o por las normas internas de ENAMI vigentes a la fecha de entrega (artículo 7°, letra e).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Hace presente que la compraventa, conforme al Reglamento de Compra, se perfecciona cuando las partes (Proveedor y ENAMI) convienen en los contenidos de metales finos, humedad e impurezas de una cierta entrega, quedando como fecha cierta de ésta la de suscripción de un documento denominado “Liquidación de Minerales” (artículo 45 del Reglamento) que contiene el precio de los minerales y/o productos, esto es, su valor por tonelada y, además, todos aquellos descuentos que procede efectuar al productor, como cargos por tratamiento, anticipos, tributos, créditos, castigos por impurezas, mermas y otros.

En cuanto a lo segundo (ii), ENAMI describe el Procedimiento de Compra establecido en el Reglamento de Compra, señalando que el productor minero registra su entrega al ingresar a la báscula de pesaje, pues en ese momento queda registrado el peso y se le asigna un número de lote. Posteriormente se muestrea el lote, esto es, mecánicamente se toma una porción representativa del lote, se le asigna un número de muestra y se envía al laboratorio para análisis de leyes, humedad e impurezas. El laboratorio, determina las leyes del lote antes indicado y éstas se ingresan a un sistema computacional especial, denominado “Sistema de Calidad.”

El Jefe de Compra de cada agencia, a través de su propia clave, ingresa al sistema ya indicado, procediendo a imprimir los certificados de ley de los lotes que le corresponden, los revisa y firma.

Posteriormente, se informa al proveedor minero las leyes certificadas a fin que las acepte, pida remuestreo o, si lo estima pertinente, solicite efectuar un canje de leyes en base a un certificado que él traiga de otro laboratorio. De aceptar las leyes certificadas, que es lo que generalmente ocurre, se procede a liquidar el lote o lotes con la ley ya certificada. Al efecto, el proveedor debe emitir la respectiva factura y firmar la liquidación, con lo cual se le paga.

Por el contrario, de no estar conforme con la ley determinada por el laboratorio de ENAMI, éste podrá acompañar un certificado propio, o sin este último, pedir remuestreo para lo cual, el tercer paquete antes indicado se envía a un laboratorio externo (generalmente el de alguna Universidad con competencia en la materia) para que sea esta institución la que determine una tercera ley, la cual servirá de parámetro para determinar, en conjunto con la ley del proveedor y de ENAMI, la ley definitiva, a través de procedimientos que están normados en el Reglamento de Compra.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ahora bien, aquellos minerales que no cumplan con los requisitos exigidos por ENAMI, esto es leyes mínimas, impurezas, etc., no son pagados por ENAMI y se aplica, entonces, lo dispuesto en el inciso final del artículo 36 del Reglamento de Compra, esto es, si *“el vendedor no ha hecho uso del derecho conferido en el inciso precedente (mejorarlos con minerales de igual tipo y mejor calidad), ENAMI no comprará los minerales y productos mineros rechazados y se entenderá que el vendedor le transfiere su dominio, pudiendo ENAMI disponer de ellos para el uso o destino que estime más conveniente, sin que el vendedor tenga derecho a pago o recurso alguno”*.

En cuanto a lo tercero (iii), ENAMI señala que la estructura tarifaria que aplica para la compra de minerales, precisando el precio del cobre en que se basa y los cargos que aplica por beneficio en planta, por fusión y por refinación.

Destaca que los cargos mencionados no corresponden a costos y, específicamente, los cargos por fundición y refinación corresponden a los menores cargos que se hayan acordado en los contratos de compra anuales y regulares suscritos por ENAMI con la mediana y la gran minería, los cuales, a su vez, son consistentes con los del mercado internacional, informados por la publicación CRU Metal Monitor, de Copper Research Unit, entidad con sede en Londres.

En relación a los cargos de beneficio de los minerales, ENAMI utiliza como referencia una planta prototipo, concensuada en 1995 con el sector minero a través de la SONAMI, de la cual son miembros los demandantes, denominada “Planta Estándar”.

Este modelo se basa en la definición de una planta de beneficio con determinada tecnología (flotación con producción de concentrados en el caso de los minerales sulfuros de cobre y lixiviación con precipitación con producción de precipitados para el caso de los minerales oxidados); de capacidad mensual del orden de las 15.000 a 18.000 toneladas métricas y ley promedio de los minerales beneficiados de 2,5% en el caso de cobre, 77,68% de recuperación de finos de cobre, entre otras características.

Destaca que los modelos así acordados se incluyeron en el cálculo de las tarifas a partir de febrero de 1996, y que los valores de costos del mismo no han sido actualizados desde 1999, período a partir del cual los costos de la energía y combustible y los costos internos (sueldos y salarios), expresados en dólares han aumentado significativamente.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Precisa que el concepto de la “Planta Estándar” se aplica en las diversas plantas de ENAMI, salvo en la Planta Manuel Antonio Matta, donde los cargos de proceso son menores, y tampoco se aplica en aquellas plantas que han incorporado la tecnología de electro-obtención, SxEw, que ha permitido a ENAMI ofrecer al proveedor minero mejores tarifas.

3.4. Por otra parte, ENAMI señala que las conductas que se le imputan no configuran abuso de posición dominante. Señala que, aunque no constituye un monopsonio como aseveran los demandantes, pues existen otros poderes compradores para la pequeña minería, ENAMI es más conveniente y sí tiene una posición dominante en el mercado de compra de minerales del sector. En todo caso, señala que la literatura y jurisprudencia sostienen que la posición dominante *per se* no es atentatoria de la libre competencia.

En este sentido, indica que a pesar de tener una posición dominante en el mercado de compra de minerales a pequeños mineros y pirquineros (no buscada y que es consecuencia de su labor de fomento establecida por la ley), no ha incurrido en ningún tipo de abuso respecto de los distintos productores mineros, por cuanto no discrimina por volumen de ventas, tonelaje, ley de mineral, periodicidad en la entrega, no impone ventas o compras atadas, etc; cumpliendo a cabalidad su función legal de fomento de la pequeña minería y las normas de defensa de la competencia.

3.5. Cita las Sentencias N^{os} 7/2004, 9/2004 y 16/2005 de este Tribunal, señalando que este último ha fijado los siguientes criterios de licitud de las condiciones de compra que se fijen al público desde la perspectiva de la competencia:

- (a) Las condiciones de compra deben ser claras, transparentes, objetivas, no discriminatorias, precisas;
- (b) Las condiciones de compra no pueden ser alteradas *ex post*, ni de manera unilateral, deben constar por escrito y ser conocidas por las dos partes; y,
- (c) Deben existir listas de precios para evitar diferencias arbitrarias.

Agrega que tales criterios jurisprudenciales, son aplicados por ENAMI en su relación con sus proveedores, toda vez que:

- (a) Los precios de los minerales que venden los mineros a ENAMI, según se explicó en extenso en el acápite “Estructura Tarifaria de ENAMI”, cumplen

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

con los parámetros establecidos en el Decreto 76, son fijados ex ante, publicados y conocidos por todos los proveedores;

- (b) Las condiciones de compra de ENAMI y la estructura de cargos que se aplican a la venta de productos minerales, como la aplicación de leyes mínimas y máximas, son determinadas por ENAMI, en conjunto con la SONAMI a través del desarrollo de la Planta Estándar; y,
- (c) Las referidas condiciones de compra fijadas por ENAMI son objetivas, claras, transparentes, públicas y no discriminatorias para los mineros; están establecidas por escrito y publicadas en el Reglamento de Compra, desde el año 1995.

3.6. Además, ENAMI indica que los supuestos actos atentatorios de la libre competencia que se le imputan, estarían constituidos por lo dispuesto en los artículos 5°, 7° y 36° del Reglamento, señalando al respecto que el cumplimiento de la ley no puede constituir un ilícito, puesto que el artículo 3° del DFL 153 que establece las funciones de ENAMI, en su número 11 señala *“Comprar, vender y celebrar toda especie de actos y contratos sobre minerales y productos mineros”*; y, por su parte, el artículo 17 del mismo, que establece las funciones del Directorio de ENAMI, en su letra d) señala: *“Dictar y modificar los reglamentos internos de la empresa y cumplir y hacer cumplir la ley y dichos reglamentos”*. Lo anterior, menos aún si el ejercicio de tales facultades legales se realiza en cumplimiento de la legislación vigente en materia de defensa de la libre competencia.

En este sentido cita lo informado por la Fiscalía Nacional Económica en 1999, con ocasión de una denuncia de la Asociación Gremial Minera de Tal-Tal por abuso de posición dominante, relativo a la implementación de mecanismos de sustentación del precio del cobre.

Precisa que es la propia ley que crea ENAMI, la que obliga a ésta, a su Directorio y sus funcionarios, a comprar minerales y fijar a través de reglamentos los mecanismos y condiciones de compra, lo que en ningún caso puede constituir una acción arbitraria, ilegítima o atentatoria del Decreto Ley N°211.

De todo lo anterior, resulta fácil concluir que la facultad que establece el artículo 36° del Reglamento en relación con el artículo 49 del mismo –principal fundamento de la demanda- no puede constituir un abuso de posición dominante, puesto que este procedimiento tiene una clara justificación jurídica, toda vez que constituye uno de los elementos que el directorio de ENAMI legítimamente, en el ejercicio de sus facultades y en plena concordancia con los criterios jurisprudenciales de este

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tribunal, ha definido como parte de las condiciones de fomento y desarrollo de la pequeña minería.

3.7. Adicionalmente, ENAMI señala que el artículo 36 del Reglamento de Copra tiene plena justificación técnica y económica, en atención a que:

- (a) La devolución del mineral procesado es físicamente imposible: porque dadas las características del proceso no resultaría técnicamente posible ni económicamente eficiente que la planta separara el mineral chancado de cada uno de los pequeños proveedores y pirquineros, puesto que el mineral ya está siendo procesado junto con otros en una pila común.
- (b) Los minerales con leyes inferiores tienen un inferior porcentaje de recuperación: Ello hace que bajo la ley mínima fijada para la compra de mineral, el proceso de chancado y beneficio se haga más costoso en relación con los porcentajes de cobre fino que se recuperan.
- (c) Al procesar minerales de baja ley, también aumentan significativamente los costos de producción, en razón de hacer más extenso el proceso de beneficio necesario para obtener niveles de concentración de mineral fino apto para su comercialización. Lo anterior hace más ineficiente el proceso e impide aprovechar las economías de escala que genera el proceso productivo, además de hacer más extenso y demoroso el proceso de beneficio para alcanzar los niveles de concentración que son exigidos para la comercialización de los minerales.
- (d) En vista y considerando que existe una capacidad limitada de procesamiento de mineral si se incentivara la entrega de minerales de calidad inferior a la exigida por ENAMI se agravaría la actual situación de congestión o atochamiento, puesto que se incrementaría la producción y colapsarían los poderes de compra. Ello traería consigo perjuicios a los pequeños productores mineros ya que sus costos, tales como fletes, costos financieros, costos internos y otros, aumentarían por el incremento en la demora de entrega del mineral.
- (e) El cobre de baja ley contiene una mayor cantidad de impurezas, lo que afecta al medio ambiente, porque hace el proceso de beneficio más contaminante y ENAMI es una empresa comprometida con el desarrollo sustentable y que cumple con la normativa ambiental que se le aplica.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- (f) La recepción de minerales de leyes inferiores va en directo perjuicio de los pequeños mineros y pirquineros (supuestos afectados en esta causa), y beneficia a los medianos. Los pequeños mineros y pirquineros, en general, proveen a ENAMI mineral de mejor ley que los medianos, atendido que seleccionan su mineral en procesos menos industrializados que los medianos.

ENAMI, como consecuencia del aumento en el precio del cobre, se ha visto en la obligación de extender los turnos en sus plantas, procesar minerales en plantas de Codelco y otras empresas mineras, asumiendo íntegramente el costo de transporte que eso conlleva, e incluso ha debido acumular stock y cubrirlo mediante contratos de futuros a costos considerables. Por lo anterior, bajar las leyes mínimas o devolver los panteones (minerales sin ley suficiente para ser comprados), incentivaría un aumento en la producción y llevaría a un colapso del sistema en perjuicio de todos los sectores mineros, especialmente de los más pequeños.

- (g) Es racional, desde el punto de vista económico, establecer límites por calidad a la cantidad adquirida. En cumplimiento de la ley orgánica de ENAMI, el Decreto N° 76 y el Reglamento de Compra, la empresa debe simular una situación competitiva en la adquisición de minerales a los pequeños mineros y pirquineros. Por eso es que les traspasa las eficiencias de los precios negociados por la mediana minería, aplicando a los pequeños mineros los cargos y descuentos más ventajosos negociados con el sector mediano.

3.8. Por otro lado, ENAMI señala que, en caso de que el sistema impugnado en autos resultare ineficiente en perjuicio de los pequeños mineros, en términos que ENAMI se estuviese apropiando injustificadamente de excedentes de la industria, que otros actores del mercado relevante de que se trata estuvieren dispuestos o tuvieren capacidad de aprovechar, nada ni nadie les impide que ello pueda ocurrir; toda vez que no hay barreras a la entrada de nuevos competidores a este mercado, que es perfectamente desafiante.

En este sentido, indica que el mercado relevante de producto en esta causa está constituido por los minerales cobre, plata y oro, que son los que ENAMI ofrece comprar de acuerdo a su ley constitutiva y el Reglamento de Compra. Por su parte, el mercado relevante geográfico, estaría conformado por todas las regiones del país en las que se producen tales minerales y hay poderes compradores de ENAMI o de terceros.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.9. En relación a las barreras de entrada, ENAMI hace presente que:

- (a) No existen barreras legales;
- (b) El nivel de inversión para ingresar al mercado puede ser afrontado por numerosas medianas empresas que, de hecho, tienen sus propias plantas de beneficio, lo que demuestra que es perfectamente posible que una empresa o una agrupación de pequeños mineros pueda instalar y operar su propia planta;
- (c) No existen barreras de entrada tecnológicas, puesto que la infraestructura y sistemas de las plantas de beneficios son relativamente sencillos y se encuentran disponibles a diversos precios tanto en el mercado nacional como en el extranjero; y
- (d) Tampoco se aprecian “otras barreras artificiales”, entendiendo por aquellas las creadas por empresas que ya actúan en el mercado para impedir que otras accedan al mismo. Ciertamente, atendido a su finalidad y funciones, ENAMI no tiene incentivos legales para crear este tipo de barreras.

Cita una sentencia de la I. Corte de Apelaciones de La Serena de 1989 que, resolviendo un recurso de protección deducido en su contra, señaló que no hay disposición legal que establezca un monopolio en su favor en la compra de concentrados de minerales en el país, por lo que nada impide que la recurrente comercie de otra forma sus productos pudiendo, incluso, exportarlos directamente al extranjero. También hace presente lo resuelto por la Comisión Preventiva en Dictamen N°946 de 20 de septiembre de 1995, relativa a la consulta de fusión de las empresas Moly Cop y Proacer.

3.10. ENAMI concluye señalando que:

- (a) El sistema de compra, establecido en el reglamento impugnado, establece por anticipado, las condiciones y los valores de los minerales y productos que ENAMI ofrece comprar sin obligatoriedad de tonelaje y sólo sujeto a determinados niveles de calidad, tanto en metales como en impurezas contenidas, como en su oportunidad lo reconoció la Comisión Preventiva Central en su Dictamen 1071, de 18 de junio de 1999.
- (b) El citado reglamento es de aplicación general y se encuadra dentro de la política de fomento a la pequeña minería. Dicha política es sostenida en el tiempo, con prescindencia del precio del cobre y de los intereses

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

particulares de uno o más productores mineros en un momento determinado.

- (c) El Reglamento de Compra ha sido confirmado, en cuanto instrumento de fomento de la pequeña y mediana minería, legítimamente dictado y aplicado por ENAMI dentro del ámbito de sus atribuciones, en diversos análisis y pronunciamiento judiciales, tanto en sede de libre competencia, como en tribunales de orden civil y recursos de protección. Al respecto, cita la opinión de la Comisión Preventiva Central en el referido Dictamen 1071 de 1999, que señala que, en su opinión, las conductas que en esa oportunidad se le imputaban como abuso de posición dominante contrario a la libre competencia no son *“reprochables a la luz de las disposiciones del Decreto Ley N°211, de 1973, sobre libre competencia, ya que los sistemas y condiciones de compra; de registro o empadronamiento y de crédito sectorial impugnados por el denunciante, no se perciben ni constituyen por sí mismo exigencias abusivas por parte de ENAMI, atendidas las condiciones especiales establecidas, precisamente, a favor de la pequeña minería para atenuar las bajas en el precio del cobre y lo dispuesto en el Reglamento de Compra de Minerales y Productos Mineros de la señalada empresa”*.

4. A fojas 99, con fecha 20 de diciembre de 2006, el Vicepresidente Ejecutivo de ENAMI señor Oscar Landerretche Gacitúa, también contestó la demanda de los señores Pinto, Ávalos, Morales, Valdés, Del Campo, Tapia y García, solicitando que sea rechazada, con costas, atendidos los fundamentos de hecho y de derecho que expone:

El señor Landerretche hace presente que fue designado como Vicepresidente Ejecutivo de ENAMI, según Decreto Supremo N° 53, de fecha 28 de marzo de 2006, del Ministerio de Minería, publicado en el Diario Oficial del día 11 de mayo del 2006, y cita el artículo 18 del DFL N° 153, que señala que *“el Vicepresidente Ejecutivo tendrá la representación legal de la Empresa y el carácter y facultades generales de Jefe administrativo de ella. Tendrá, además, las siguientes facultades y deberes específicos: a) ejecutar los acuerdos que adopte el directorio”*.

Expresa que no hay ningún acto atentatorio o contrario a los principios de la libre competencia en sus actuaciones, enfatizando que éstas siempre han respetado el marco constitucional, legal y reglamentario que rige a ENAMI y a los miembros de los órganos del Estado.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Indica que la aceptación de las proposiciones de los productores, además de ser injustificada desde un punto de vista de la libre competencia, hubiera significado extralimitarse en sus funciones y, por lo tanto, infringir el principio de legalidad de la Constitución y el mandato legal que le entrega el DFL N° 153. Las supuestas actitudes atentatorias contra la libre competencia que se le imputan no se sujetan al principio de la autonomía de la voluntad, sino que se encuentran en el ámbito de las normas de derecho público.

Además, explica que el DFL N° 153 distingue expresa mente las funciones y atribuciones del directorio de aquellas entregadas al Vicepresidente Ejecutivo para la administración de la Empresa. En la especie, dado que la facultad de comprar y adquirir a cualquier título, toda clase de bienes raíces y muebles (entre ellos, minerales) es privativa del directorio, sin perjuicio de las delegaciones que éste haya efectuado de ellas a distintos órganos de la Empresa, cualquier actuación de su parte en contrario hubiera significado una intromisión en el ámbito de las atribuciones del directorio de ENAMI y una extralimitación en las facultades que le otorga el DFL N°153.

Por lo tanto, concluye que la demanda en su contra se basa en que en su calidad de miembro de un órgano de Estado habría simplemente cumplido con la ley.

5. A fojas 210, con fecha 19 de junio de 2007, ENAMI contestó la demanda de Claal, solicitando que sea rechazada, con costas, atendidos los fundamentos de hecho de derecho y económicos que expone y que son similares a los expuestos en relación a la demanda de interpuesta por los señores Pinto, Ávalos, Morales, Valdés, Del Campo, Tapia y García.

5.1. En cuanto a las partes de este juicio, agrega en esta contestación que Claal es una sociedad de responsabilidad limitada que vendió su producción a ENAMI entre junio de 2005 y mayo de 2006, por lo que es un productor nuevo que sólo ha aparecido en razón del buen precio que el cobre ha tenido en los últimos 3 años.

5.2. En relación a las prácticas predatorias que le imputa Claal, ENAMI niega su realización e indica que la demanda no señala las conductas de ENAMI que configurarían esa conducta, agregando que no es posible sostener que venda bajo el costo porque lo hace conforme a precios internacionales.

5.3. En cuanto a la fijación de las condiciones de compra de minerales y productos mineros a los pequeños mineros en que centra su defensa, ENAMI cita también el Dictamen N° 25.877 de 27 de abril de 2007, de la Contraloría General de la República, que señala que el criterio observado por ENAMI para el pago de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

los minerales que entregan los pequeños mineros no reviste caracteres discriminatorios y aparece razonablemente sustentado.

5.4. En cuanto al Procedimiento de Compra establecido en el Reglamento de Compra, ENAMI agrega que Claal sostiene que el derecho de levante a pluma es impracticable porque confunde el procedimiento aplicable e incurre en afirmaciones falsas en relación con los plazos de entrega de las muestras.

5.5. En cuanto a la estructura tarifaria que aplica ENAMI para la compra de minerales, reitera y destaca que los cargos por fusión y refinación se fijan cada año sobre la base de estándares internacionales y previa revisión de los mineros representados por SONAMI, no siendo efectivo lo afirmado por Claal en cuanto a que los cargos que aplica por estos conceptos sean superiores.

Precisa que la estructura de cargos aplicada por ENAMI es difundida y publicitada por ENAMI; más no, como afirma Claal un secreto celosamente guardado por la empresa. Lo anterior aparece demostrado por el hecho de que la demandante señala en su demanda detalladamente el polinomio de costos aplicable para los minerales óxidos que se someten a proceso de lixiviación y por lo señalado en el Dictamen Nº 25.877 de la Contraloría General de la República que así lo reconoce.

ENAMI agrega que el señalado Dictamen de la Contraloría reafirma que no ha incurrido en abuso de posición dominante, citando además otros dos dictámenes que confirman la licitud de su actuar.

Hace presente que es una falacia lo afirmado por Claal en cuanto a que con el precio de hoy es rentable procesar cobre de 0,4% de ley, porque la planta estándar y los polinomios de costo se desarrollaron tomando en cuenta la resistencia de los minerales a leyes mínimas y máximas.

5.6. ENAMI señala que el Reglamento tiene plena justificación técnica y económica, por las siguientes razones adicionales:

5.6.1. El polinomio de costos está diseñado considerando leyes mínimas y máximas: Conceptualmente, en los procesos metalúrgicos tales como la flotación y la lixiviación, los parámetros operacionales de costos y de rendimientos están íntimamente ligados con la ley de alimentación a los mencionados procesos, es decir, la calidad del material que entra a proceso. La Planta Estándar, está modelada considerando una ley de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mineral de 2,5%, por lo que minerales con leyes significativamente más bajas deben ser valorizados con valores de parámetros diferentes.

Por lo tanto, el polinomio de costos que se aplica en las tarifas de ENAMI no es aplicable a minerales con calidades o rangos de leyes muy diferentes a las calidades para los cuales fue diseñado. Su validez es sólo para leyes en las vecindades de las leyes de diseño de la mencionada planta estándar. La valorización de minerales con leyes significativamente más bajas que la compra habitual de la Empresa debe ser realizada con los parámetros que sean aplicables a sus características y concentraciones metalúrgicas.

5.6.2. Sobrestock: En vista del explosivo aumento en la producción de minerales en los últimos años hay un sobrestock de producción que trae consigo enormes costos financieros. Para graficar la gravedad de la situación, hace presente que el sobrestock le costó a ENAMI en el mes de mayo del presente año US\$ 1.055.000, alrededor de US\$ 0,47 por tonelada al mes por costo financiero y de cobertura de precio del cobre (*backwardation*), lo que demuestra la inviabilidad de lo solicitado por el demandante de autos en el sentido de bajar las leyes mínimas de compra de mineral.

5.7. Además, ENAMI señala en esta contestación que la demandante hace una serie de afirmaciones e imputaciones en contra de ENAMI que no dicen relación con la realidad, las cuales hace presente y dicen relación con: (i) el límite para ser considerado pequeño productor; (ii) La afirmación de que ENAMI no tributa ni entrega sus fondos al erario fiscal; (iii) la existencia de un Manual de Procedimiento para Cálculo de Tarifas de Minerales y Productos Mineros que no se actualizaría desde 1996; (iv) las supuestas irregularidades en el proceso de compra; y, (v) que ENAMI debería proteger a los mineros del libre juego del mercado.

5.8. En relación a la pregunta que se formula Claal en cuanto a porqué la empresa demandada compra minerales de cobre soluble si no tiene planta, ENAMI incorpora una respuesta a ello, expresando que lo hace precisamente en cumplimiento del deber de fomento de la actividad minera que le impone la ley.

Además, aclara que (i) no es cierto que permute a Pucobre todos los minerales oxidados que adquiere, porque la Planta Matta recibe aproximadamente 60.000 toneladas de minerales óxidos cada mes; y, (ii) los óxidos y sulfuros tienen distintas recuperaciones.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Por último, hace presente que en Planta Matta esta proyectada la construcción de una planta para procesar óxidos que estará lista en el mes de agosto de 2008.

6. En lo principal de sus escritos de contestación de demanda, ENAMI opuso excepción de prescripción de la acción, atendido que los actos atentatorios de la competencia en que se fundan las demandas se habrían cometido en la dictación de y posteriores modificaciones del Reglamento de Compra, el cual fue aprobado por el directorio el 27 de octubre de 1995 y modificado el 1º de abril de 1996 y el 1º de diciembre de 1999. Por consiguiente, sea que se considere que el plazo de prescripción comenzó a correr desde la fecha de su dictación o de su última modificación, la acción se encontraría prescrita en atención a lo dispuesto en el artículo 20º inciso 3 del Decreto Ley N°211.

7. A fojas 195, con fecha 1 de junio de 2007, se ordenó la acumulación de ambas causas.

8. A fojas 255, con fecha 10 de agosto de 2007, se presentó un avenimiento entre ENAMI y los señores Pinto, Ávalos, Morales, Valdés, Del Campo, Tapia y García, conforme con el cual, a partir de julio de 2007 ENAMI permitirá a los productores mineros el levante a pluma respecto de lotes de una ley mínima de 0,8% para cobre soluble y de 0,7% para cobre soluble, aclarando ENAMI posteriormente, a solicitud del Tribunal, que esas condiciones son de aplicación general y uniforme. Ese avenimiento fue aprobado según resolución de fecha 11 de septiembre de 2007, escrita a fojas 284.

9. A fojas 240, con fecha 28 de junio de 2007, se recibió la causa a prueba, fijándose como hecho substancial, pertinente y controvertido, el siguiente:

Hechos y circunstancias de orden técnico y económico que justificarían las condiciones de compra de minerales objetadas en la demanda, establecidas en el “Reglamento de Compra de Minerales y Productos Mineros” de la demandada. Oportunidad de las mismas y efectividad de que dichas condiciones sean impuestas a los demandantes.

10. Documentos acompañados por las partes:

10.1. Por los demandantes señores Luciano Pinto Martínez, Luis Egidio Ávalos Ávalos, Mario Nicolás Morales Véliz, Slobodan Igor Novak Valdés, Arnaldo César del Campo, Alberto Alejandro Tapia Trujillo y Solbastro García Bardones: A fojas 52, (i) copia del reglamento de compras de minerales y productos mineros de ENAMI, (ii) copia de carta enviada por el señor Slobodan Novak Valdés, al señor

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Oscar Landerretche Gacitúa, con fecha 14 de junio de 2006, (iii) copia de declaración de Tierra Amarilla, de fecha 7 de octubre de 2006, (iv) copia de respuesta a dicha declaración por parte del Vicepresidente Ejecutivo de ENAMI, de fecha 16 de octubre de 2006, (v) copia de minuta de reunión Comisión ENAMI – SONAMI, de fecha 18 de octubre de 2006, (vi) copia de carta enviada por la Asociación Gremial de Mineros Pirquineros de Tierra Amarilla al Vicepresidente Ejecutivo de ENAMI, de fecha 23 de octubre de 2006, (vii) copia de carta de fecha 26 de octubre de 2006, enviada al señor Jorge Jorrat, gerente comercial de ENAMI, (viii) copia de Liquidación de Leyes Media, de mayo a septiembre de 2006, de Luciano Pinto Martínez, (ix) copia del documento en que consta una nómina de lote, peso y ley, entre el 28 de abril y el 1 de septiembre de 2006, (x) copia del documento de tarifa de la Planta Osvaldo Martínez El Salado, de septiembre de 2006.

10.2. Por la demandante Sociedad Comercial Claal Ltda.: A fojas 549, (i) impresos de la página web de ENAMI, (ii) 19 liquidaciones de compra de minerales efectuados por ENAMI a Claal, (iii) copia de carta remitida por Claal al Vicepresidente Ejecutivo de ENAMI; (iv) manual de procedimientos para cálculos de tarifas de minerales y productos mineros (polinomio de costos), (v) copia de intervención del H. Diputado Alberto Robles, de 16 de marzo de 2007, (vi) copia de artículo de www.areaminera.com, (vii) copia de aviso de prensa, referente a llamado a participar en el procesamiento de minerales oxidados en la III Región, (viii) páginas de El Mercurio, de 27 de noviembre de 2006 y 21 de octubre de 2007, (ix) titular y reportaje de diario Chañarcillo, de Copiapó, de 17 de octubre de 2006 y 26 de octubre de 2007. A fojas 1292, (x) informe económico “Informe para el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para determinar el abuso y depredación de la Empresa Nacional de Minería, en el mercado de la Pequeña Minería del Cobre”, elaborado por don Jaime Fernández Torrejón, (xi) Reglamento de Compra de Minerales y Productos Mineros de ENAMI, (xii) manual de procedimientos para cálculos de tarifas de minerales y productos mineros, (xiii) documento “ENAMI y su rol de fomento”, (xiv) tarifas de compra de minerales y productos - ENAMI, meses de julio de 2003, agosto 2007, anticipo de septiembre 2007, noviembre 2007, anticipo de diciembre 2007, (xv) documento “Oportunidad de negocio de procesamiento de minerales oxidados en III región”, (xvi) documento “Lixiviación de minerales oxidados de cobre con soluciones ácidas de alta carga iónica”, (xvii) impresiones de páginas web www.elmostrador.cl, sustentable.cl, portalsonami.cl, (xviii) copia de el Diario Financiero, (xix) copias de “ENAMI – Noticias”, (xx) manual ENAMI “Oportunidad de negocio de procesamiento de minerales oxidados en III región”.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

10.3. Por ENAMI: A fojas 99, (i) copia del Reglamento de Compra de Minerales y Productos Mineros de ENAMI, (ii) copia de gráfico que contiene la variación de la recuperación en función de la ley del mineral de cobre lixiviación, (iii) copia de cuadro de tarifas de compra de ENAMI para diciembre de 2006, (iv) copia del Decreto N° 76, de 24 de julio de 2003, del Ministerio de Minería, que aprueba la Política de Fomento de la Pequeña y Mediana Minería, y su modificación mediante Decreto N° 13 de 28 de enero de 2005 del mismo Ministerio. A fojas 210, (v) copia de cuadro que contiene existencias de minerales de los poderes de compra de ENAMI para mayo de 2007, (vi) copia del Dictamen N° 25.877/07 de Contraloría General de la República, (vii) copia del Dictamen N° 9.203/00 de Contraloría General de la República. A fojas 279 (viii) Certificado emitido por la Secretaría General de ENAMI, en que establece acuerdo de bajar leyes de "levante a pluma", (xi) memorandos y comunicados que informan de dicho acuerdo. A fojas 796, (x) Decretos Exentos N° 754 y N° 1001, de 2007, en que se aprueban estudios y proyectos de inversión de ENAMI de 2007, (xi) oficios N° 062 y 213 de 2005, N° 002, 085 y 236 de 2006, y N° 046, 053, 054, 236, 239, 246 y 298 de 2007, emitidos por Mideplan y Cochilco, en que se informa acerca de los resultados del análisis de proyectos del Programa de Inversiones 2007 de ENAMI, (xii) Decretos Exentos N° 816, de 2005, y N° 1010, de 2006, emitidos por la Dirección de Presupuestos, en que se aprueban estudios y proyectos de inversión de ENAMI, (xiii) certificado emitido por la Secretaría General de ENAMI, que acredita adjudicación a empresa Metso Mineral Chile S.A. del diseño, fabricación y suministro de tres plantas de chancado móviles, (xiv) propuesta técnica y comercial de empresa Metso Mineral Chile S.A., (xv) certificados N° 755 a 760 de la Secretaría General de ENAMI, que acreditan diversas gestiones del directorio de ENAMI respecto de ampliaciones en la operación de la empresa, (xvi) denuncia interpuesta por Claal contra ENAMI ante el Sernac, (xvii) oficio ordinario N° 694 del Fiscal Nacional Económico, en que informa a ENAMI que ha archivado antecedentes relativos a denuncia de Claal, por no haber abuso de posición dominante, (xviii) cuadro que muestra inversiones realizadas por ENAMI debido al aumento en el nivel de compra de minerales, (xix) revista Norte Minero, que incluye un reportaje sobre construcción de planta de lixiviación, con tecnología SX-EW, en la Planta Matta, e informa sobre la baja de la ley de "levante a pluma" aplicada por ENAMI, (xx) presentación en PowerPoint del Vicepresidente Ejecutivo de ENAMI en Asamblea Nacional de Minería de 24 de abril de 2007, (xxi) Reglamento de Compra de Minerales y Productos Mineros de ENAMI, actualizado, y copia de sesiones de directorio en que se efectuaron modificaciones al mismo, (xxii) copias de diarios de Copiapó, Santiago, Antofagasta, La Serena, Calama y

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

diversos portales web, (xxiii) informe de Jefe de Abastecimiento de Minerales de ENAMI, respecto a compras de minerales y stocks entre 2005 y 2007. A fojas 866, (xxiv) informe económico “¿Abuso o eficiencia? El reglamento de compra de minerales de ENAMI”, elaborado por don Ricardo Paredes Molina, (xxv) oficio reservado que contiene Informe de Gestión de ENAMI a noviembre de 2007, (xxvi) carta de Gerencia Comercial de ENAMI a Fiscal Adjunto de Fiscalía de Copiapó, (xxvii) copia de Diario el Mercurio de Antofagasta. A fojas 1318, (xxviii) copia del acta de audiencia de sobreseimiento, de 14 de enero de 2008, celebrada ante el Segundo Juzgado de Garantía de Copiapó, respecto de querrela por supuestos delitos de estafa genérica y residual, malversación de caudales públicos, fraude, apropiación indebida, usurpación, entre otros, interpuesta por Sociedad Comercial Claal Ltda. en contra de ENAMI, (xxix) copia de antecedentes de prensa. A fojas 1534, (xxx) copia de sentencia de 7 de marzo de 2008, de la Corte de Apelaciones de Copiapó en que se confirma el sobreseimiento definitivo respecto de los delitos que Claal imputó a ENAMI y sus dependientes a través de una querrela criminal, (xxxi) certificado de tarifas de compra de minerales de lixiviación con indicación de leyes mínimas de las plantas de la Sociedad Minera Cerro Dominador, marzo 2008.

11. Testimonial rendida por las partes:

11.1. Por la demandante Sociedad Comercial Claal Ltda.: (i) A fojas 1474, don Guillermo Enrique Rojas Sáez; (ii) A fojas 1506, don César Alberto Toledo Madrid.

11.2. Por la demandada ENAMI: (i) A fojas 1538, don Raúl Oreste Sturla Belmar; (ii) A fojas 1548, don Ricardo Paredes Molina.

12. Otras diligencias probatorias solicitadas por las partes:

12.1. Absolución de posiciones solicitada por la demandada ENAMI: A fojas 819 bis 6, con fecha 11 de diciembre de 2007, absolvió posiciones el señor Jaime Claudio Vargas Guerra, representante legal de Sociedad Comercial Claal Ltda.

12.2. Oficios solicitados por la demandante Claal: A fojas 828, con fecha 12 de diciembre de 2007, el Tribunal ordenó oficiar, a petición de la demandante Sociedad Comercial Claal Ltda., a la Sociedad Punta del Cobre y a Codelco Chile, a fin de que informaran cuán es la ley mínima del mineral que procesan y el porcentaje de recuperación de finos de cobre que obtienen en sus plantas, señalando además si reciben mineral de terceros, y bajo qué condiciones. Codelco acompañó la información solicitada con fecha 12 de marzo de 2008, y su respuesta se encuentra agregada a fojas 1322.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

13. De Oficio: A fojas 258, con fecha 14 de agosto de 2007, el Tribunal solicitó a la Fiscalía Nacional Económica emitir un informe respecto de los efectos que tendría sobre la competencia la convención entre ENAMI y los señores Pinto, Ávalos, Morales, Valdés, Del Campo, Tapia y García, que motivó el desistimiento de los primeros. Ese informe, fue presentado por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 268, con fecha 23 de agosto de 2007, quien concluye, en síntesis, que la aplicación por parte de ENAMI de un reglamento de compra que condiciona la adquisición del mineral a que el producto tenga una ley de fino mínima no infringe la normativa sobre defensa de libre competencia. Lo anterior, pues (i) la regla de compra establecida por ENAMI resulta en condiciones generales, transparentes, objetivas y no discriminatorias; (ii) la fijación de una ley mínima de compra evita que los mayores niveles de oferta de mineral asociados al actual precio del cobre hagan colapsar la capacidad productiva de ENAMI; (iii) para obtener la ley del mineral, ENAMI incurre en costos que el proveedor deja de asumir, y no es física, técnica, ni económicamente eficiente que ENAMI devuelva el mineral sin ley suficiente, el que sólo tiene costo de desecho; y (iv) la obtención de utilidades por parte de ENAMI obedece a una situación coyuntural, y no a un abuso de su posición de dominio.

CONSIDERANDO:

En cuanto a las tachas:

Primero: Que, a fojas 1538, Sociedad Comercial Claal Limitada tachó al testigo señor Raúl Oreste Sturla Belmar, por las causales establecidas en los números 5° y 6° del Código de Procedimiento Civil, esto es, por ser trabajador dependiente de la parte que lo presenta, y por carecer de la imparcialidad necesaria por tener interés directo en el pleito.

ENAMI, al contestar el traslado que se le confirió al respecto, solicitó su rechazo, con costas. En cuanto a la primera causal invocada, señaló que si bien el testigo es un trabajador dependiente de la parte que lo presenta, es quien más autorizadamente puede ilustrar a este Tribunal respecto a las justificaciones técnicas del Reglamento de Compra. En relación a la segunda causal, ENAMI solicitó su rechazo porque no concurre a su respecto un interés pecuniario en el resultado del juicio, no bastante el mero interés personal o profesional que pudiera tener en su calidad de trabajador dependiente de la empresa demandada;

Segundo: Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a las tachas invocadas, se acogerá la tacha fundada en la causal

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

establecida en el N° 6 del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que el testigo, frente a la pregunta sobre su interés en el resultado del juicio, afirmó categóricamente tenerlo. Así, aún cuando no precisó la naturaleza de su interés, a juicio de este Tribunal, carece de la imparcialidad necesaria para declarar;

Tercero: Que, a fojas 1548, Sociedad Comercial Claal Limitada tachó al testigo señor Ricardo Paredes Molina, por la causal establecida en el número 6° del Código de Procedimiento Civil, esto es, por carecer de la imparcialidad necesaria por tener interés indirecto en el pleito;

ENAMI, al contestar el traslado que se le confirió al respecto, solicitó su rechazo, con costas, atendido que el testigo ha declarado no tener interés alguno en el resultado de este juicio;

Cuarto: Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la tacha invocada, esta será rechazada por cuanto el testigo señaló claramente no tener interés alguno en el resultado del juicio y porque, además, no existe antecedente alguno en su declaración que permita fundar la causal de tacha invocada. Lo anterior, sin perjuicio del valor probatorio que se le pueda asignar a la declaración del testigo de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211;

En cuanto a la excepción de prescripción:

Quinto: Que, a fojas 210, ENAMI opuso excepción de prescripción extintiva, atendido que los actos atentatorios a la competencia en que se funda la demanda se habrían cometido en la dictación y posteriores modificaciones del Reglamento de Compra de Minerales y Productos Mineros (Reglamento de Compra), que fue aprobado por su directorio el 27 de octubre de 1995, y modificado el 1° de abril de 1996 y el 1° de diciembre de 1999. Por consiguiente, sea que se considere que el plazo de prescripción comenzó a correr desde la fecha de su dictación o de su última modificación, ENAMI afirma que la acción se encontraría prescrita en atención a lo dispuesto en el artículo 20° inciso 3 del Decreto Ley N°211;

Sexto: Que, de esa excepción se confirió traslado, el que fue contestado por Claal a fojas 244, quien solicitó que tal excepción sea rechazada atendido que su acción no estaría fundada en el Reglamento de Compra;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Séptimo: Que el plazo de prescripción de las acciones por infracción a la libre competencia debe contarse desde la ejecución de la conducta en que éstas se fundan. En consecuencia, este Tribunal debe analizar cuándo se deben entender los hechos imputados en autos como “ejecutados”, pues el término o fin de dicha “ejecución” señala el momento en que debe iniciarse el cómputo del plazo de prescripción;

Octavo: Que, a juicio de este Tribunal, los hechos que configuran la infracción a la libre competencia denunciada corresponden a la imposición de precios y otras condiciones de compra abusivas por parte de ENAMI, y que se refieren, fundamentalmente, al establecimiento de leyes mínimas y máximas que deben cumplir los minerales para ser comprados por la demandada y, por consiguiente, pagados a los mineros. La demandante argumenta que ENAMI no puede condicionar la compra del mineral y que debiera pagar a los productores todo el mineral que reciba y que reporte utilidades atendido el precio internacional del cobre y los cargos de beneficio, refinación y fundición que corresponde descontar;

Noveno: Que entonces, la conducta cuestionada estaría constituida porque ENAMI se negaría a pagar por los minerales que no cumplen con estándares de calidad determinados unilateralmente por esa empresa. Es decir, se produciría una especie de negativa de compra que se materializaría a los treinta días contados desde el certificado de análisis del mineral que no cumple con la ley mínima de liquidación, sin haberse ejercido por el productor el derecho de “levante a pluma” que contempla el artículo 36º del Reglamento de Compra. Lo anterior, pues en ese momento ENAMI se queda definitivamente con el mineral recibido, sin pagar por él;

Décimo: Que, a juicio de este Tribunal, la negativa de compra denunciada no se materializaría con la dictación del Reglamento de Compra, ni con la determinación o especificación posterior de las leyes mínimas de liquidación o de “levante a pluma” a que alude el primero, sino cada vez que ENAMI adquiere gratuitamente minerales por los que, según la demandante, debería pagar. Por consiguiente, es preciso contabilizar la prescripción considerando las fechas de emisión de los certificados de análisis de minerales que no eran susceptibles de ser pagados por no cumplir con los requisitos de calidad que exigiría ENAMI, pues tales fechas corresponden a la de ejecución de la conducta denunciada;

Undécimo: Que al respecto, el hecho que ENAMI no pague por el mineral que no cumple con determinados estándares de calidad no está

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

controvertido. Sin embargo, no existen antecedentes en autos respecto de las fechas en las que la negativa a pagar se habría materializado, pues no se acompañaron los certificados de análisis de los minerales que no hayan cumplido con tales estándares, ni se acreditó por otros medios la fecha de ejecución de la conducta denunciada;

Duodécimo: Que, por lo tanto, y correspondiendo a la demandada la carga de probar los presupuestos de procedencia de su excepción, sin haberlo hecho, se rechazará la prescripción alegada. Por consiguiente, este Tribunal determinará si la conducta de ENAMI consistente en no pagar por minerales que no cumplan con determinados requisitos de calidad es o no contraria a la libre competencia;

En cuanto al fondo:

Decimotercero: Que, a fojas 52, los señores Luciano Pinto Martínez, Luis Egidio Ávalos Ávalos, Mario Nicolás Morales Véliz, Slobodan Igor Novak Valdés, Arnaldo César del Campo Arias, Alberto Alejandro Tapia Trujillo y Solbastro García Bardones, dedujeron demanda en contra de ENAMI y de su representante legal en ese entonces, don Oscar Landerretche Gacitúa, atendido que habrían incurrido en conductas contrarias a la libre competencia consistentes en abuso de posición dominante mediante la imposición de precios y otras condiciones de compra de minerales que serían abusivos, particularmente atendido el alto precio del cobre observado en los últimos años que no sería traspasado a los pequeños y medianos mineros. Dicha demanda fue contestada a fojas 99;

Decimocuarto: Que por otra parte, a fojas 165, Sociedad Comercial Claal Limitada (en adelante, Claal) también dedujo demanda en contra de ENAMI, por los mismos atentados a la libre competencia denunciados por los señores Ávalos, Morales, Valdés, Del Campo, Tapia y García, y además, por la realización de prácticas predatorias con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar su posición dominante. Dicha demanda fue contestada a fojas 210;

Decimoquinto: Que, en sus descargos, ENAMI reconoce que tiene una posición de dominio en el mercado de compra de minerales a los pequeños y medianos mineros, producto de las imperfecciones del mercado y la labor de fomento que le encomienda el DFL N° 153, de 1960, que la creó, y el Decreto N° 76, de 24 de julio de 2003, del Ministerio de Minería, que establece la Política de Fomento a la Pequeña y Mediana Minería;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Decimosexto: Que, dado que el fundamento inmediato de las acciones iniciadas por los señores Pinto, Ávalos, Morales, Valdés, Del Campo, Tapia y García, y por Claal era el mismo, éstas fueron acumuladas mediante resolución de fecha 1º de junio de 2007, escrita a fojas 195;

Decimoséptimo: Que, no obstante lo anterior, y atendido que, a fojas 255, los demandantes señores Pinto, Ávalos, Morales, Valdés, Del Campo, Tapia y García llegaron a un avenimiento con ENAMI y el señor Landerretche, que fue aprobado por este Tribunal a fojas 284, la acción de éstos debe entenderse extinguida. Asimismo, deben entenderse extinguidas las incidencias relacionadas con estos demandantes durante el curso del juicio; en particular, la objeción que formuló ENAMI a fojas 99, respecto de documentos acompañados por éstos. Por lo tanto, la controversia sobre la cual debe recaer la presente sentencia corresponde exclusivamente a la producida entre Claal y ENAMI;

Decimooctavo: Que, en consecuencia, la controversia se centra en determinar si ENAMI ha abusado o no de una posición de dominio, mediante la determinación unilateral de precios y otras condiciones de compra de minerales, y si la empresa estatal demandada ha realizado prácticas predatorias con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición de dominio;

Decimonoveno: Que por ello, este Tribunal analizará, en primer lugar, el rol de fomento de ENAMI en la pequeña y mediana minería del cobre, y la posición de dominio que emanaría del cumplimiento de las funciones que le encomienda la ley. Posteriormente, se analizará el supuesto abuso en la determinación de precios y otras condiciones de compra de minerales por parte de ENAMI, evaluando la procedencia de las justificaciones esgrimidas por la demandada. Finalmente, esta sentencia se referirá a la acusación de prácticas predatorias contenida en la demanda;

Vigésimo: Que, en cuanto al rol de fomento de ENAMI, éste se funda en las dificultades que tienen los pequeños y medianos mineros para acceder al mercado en condiciones competitivas, y consiste en la aplicación de una política enfocada a entregar a la pequeña y mediana minería un conjunto de beneficios que permitan el desarrollo de su actividad en condiciones más favorables que las que generaría la sola operación del mercado. Dentro de esta política de fomento, se ha implementado un rol para ENAMI como poder de compra, consistente en la generación de una demanda artificial por los minerales extraídos por la pequeña y mediana minería del cobre. Dichos minerales no son demandados en condiciones similares por la mediana y gran minería, puesto que, en general, los procesos de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

extracción, beneficio, fundición y refinación de minerales están integrados verticalmente y operan con escalas mayores. ENAMI separa estas funciones precisamente con el objeto de generar un poder de compra. De no ser por la aplicación de la política de fomento, es probable que, al menos en aquellos periodos en los que el precio del cobre es bajo, la pequeña minería no fuera sustentable;

Vigésimo primero: Que este Tribunal estima que cualquier abuso de posición de dominio debe definirse en base a una comparación entre la situación observada en el mercado y la situación que se esperaría observar en un mercado competitivo. En este caso, debe tenerse presente que ENAMI no posee ningún tipo de exclusividad en la compra de minerales otorgada por el Estado, ni ha desplazado a un eventual poder de compra privado. ENAMI, en la práctica, genera un mercado que no existiría en condiciones normales –o al menos existiría en condiciones menos favorables para los pequeños y medianos mineros–. Confirma lo anterior la absolucón de posiciones del representante de Claal de fojas 819 bis 6, y la declaración del testigo de la demandante don Guillermo Rojas Sáez, quien a fojas 1474 y siguientes asevera que *“la empresa privada te va a cobrar casi dos veces el costo maquila de ENAMI ya que como empresa privada son generadoras de dinero y no en caso de ENAMI que la hizo el estado para favorecer a los pequeños y medianos mineros con dineros del estado”* (sic);

Vigésimo segundo: Que, por consiguiente, este Tribunal considera imposible que dicha empresa abuse de la posición de dominio que soporta por el solo cumplimiento de su función, que consiste en subsidiar a los pequeños y medianos mineros, en el sentido de ofrecer condiciones de compra más ventajosas que las que se observarían en un mercado competitivo;

Vigésimo tercero: Que, en todo caso, ENAMI podría impedir, restringir o entorpecer la libre competencia entre productores si, en la aplicación de la política de fomento que le encomienda la ley, incurriera en discriminaciones contrarias a la libre competencia. Por ello, a continuación se analizarán las condiciones de compra de ENAMI que motivan la demanda de Claal, a fin de determinar si éstas son o no contrarias a la libre competencia, en el sentido de carecer de justificaciones técnicas y/o económicas, que es el punto central de la controversia según se definió en la resolución que recibió la causa a prueba;

Vigésimo cuarto: Que, de acuerdo a lo señalado por la demandada en su contestación (fojas 210), el sistema de compra de minerales a pequeños y medianos mineros de cobre aplicado por ENAMI busca traspasarles las

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

economías de escala que percibe la mediana y gran minería en el beneficio, fundición y refinación de los minerales recibidos. Este objetivo se refleja en la estructura tarifaria aplicable a la compra de minerales, cuyos lineamientos generales se establecen en el artículo 44 del Reglamento de Compra de Minerales y Productos Mineros de ENAMI, acompañado a fojas 796 y 1292. Este reglamento establece un marco general, que se aplica en aquellos casos en que ENAMI no haya celebrado un contrato de compraventa con el minero vendedor;

Vigésimo quinto: Que dicho Reglamento, en su artículo 10, establece que el precio pagado por ENAMI por los minerales y productos mineros que compra, será el que cada uno de ellos tenga asignado en las tarifas de compra vigentes, con deducción de los descuentos “contemplados en el Reglamento y en las normas internas de ENAMI”. De acuerdo a lo expuesto por ENAMI, esta tarifa consiste en el precio internacional del metal, menos los descuentos por los cargos de tratamiento de los procesos de beneficio, fusión y refinación –procesos necesarios para transformar el mineral entregado en cátodos de cobre–, establecidos en un polinomio de costos acordado con la Sociedad Nacional de Minería (SONAMI);

Vigésimo sexto: Que, de acuerdo a los lineamientos planteados en el punto 1.a.iv de la Política de Fomento a la Pequeña y Mediana Minería, con el objeto de traspasar a estos mineros las mejores condiciones posibles en los cargos de fusión y refinación, éstos se igualan todos los años a los menores cargos que se hayan acordado entre ENAMI y los medianos y grandes mineros que mantienen contratos con ella. Respecto a los cargos de beneficio de los minerales, de acuerdo a lo expuesto por ENAMI en su escrito de fojas 210, dado que no existen valores de referencia, pues los minerales no beneficiados no se transan internacionalmente, ENAMI aplica los cargos estimados de una “planta estándar”, que consiste en una planta prototipo, cuyas características fueron consensuadas entre ENAMI y SONAMI en 1996, y ajustadas en 2007. La forma de estimación de dichos cargos es difundida por ENAMI y SONAMI;

Vigésimo séptimo: Que la demandante acusa a ENAMI de cometer los supuestos abusos denunciados a través del condicionamiento de la compra de minerales al cumplimiento de determinados estándares de calidad, principalmente porque ENAMI no paga por los minerales que presenten una ley –porcentaje de cobre contenido en la roca– menor a la determinada por ENAMI (actualmente 1,0% para cobre soluble y 0,9% para cobre insoluble), y que no sean “levantados a pluma” –esto es, complementados con minerales de mayor ley– dentro de 30 días contados desde la fecha del certificado de análisis del lote entregado originalmente. En estos casos, el artículo 36 del Reglamento establece que se

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

entiende que el vendedor transfiere el dominio de los minerales a ENAMI. Lo anterior, en circunstancias que, dado el alto precio del cobre, según lo alegado por la demandante, tales minerales serían económicamente viables de ser beneficiados y pagados, apropiándose injustificadamente ENAMI de la utilidad que reportarían;

Vigésimo octavo: Que, de acuerdo a lo señalado por ENAMI en su contestación de fojas 210 y el informe económico acompañado por ella a fojas 866, existen al menos dos justificaciones claras para la aplicación del artículo 36 del Reglamento, objetado en la demanda, las que se exponen a continuación. En primer lugar, ENAMI posee una capacidad de procesamiento limitada. Ante un escenario de precio alto de dicho mineral, aumentará la cantidad de minerales ofrecidos a ENAMI. Cualquier otra empresa podría, en principio, aumentar los descuentos por concepto de cargos de tratamiento, de forma de racionar la cantidad de mineral recibida. Si ENAMI hiciera esto, naturalmente recibiría sólo aquellos minerales que tengan una mayor ley –y por ende, menores costos de tratamiento–. Sin embargo, para ENAMI no es posible racionar directamente por la vía del precio, de acuerdo a la política de fomento que aplica. Una forma indirecta de racionar, a fin de desincentivar la entrega de minerales de menor ley, consiste en no pagar por aquellos minerales que presenten una ley inferior a un cierto límite. De no desincentivar la extracción y venta de minerales de baja ley, se esperaría un nivel de congestión aún mayor al actual en las plantas de ENAMI (nivel de congestión que consta en los documentos acompañados por la demandada a fojas 796), aumentando las ineficiencias que ello conlleva;

Vigésimo noveno: Que, en segundo lugar, siempre de acuerdo a lo planteado por ENAMI en su defensa, el costo de procesamiento del mineral aumenta a tasas crecientes conforme disminuye su ley. Cabe tener presente que los descuentos aplicados por ENAMI, por los cargos de tratamiento del mineral, no corresponden a costos efectivos, sino a cargos estimados por medio de un polinomio, que reflejaría los costos de una “planta estándar”. Según plantea el informe económico de fojas 866, este polinomio subestima los costos reales de procesamiento para los minerales de leyes inferiores a los umbrales considerados en el diseño de la planta estándar. Por ello, ENAMI no paga a los productores por dicho insumo;

Trigésimo: Que por último, las características del proceso productivo de las plantas de ENAMI, hacen imposible devolver físicamente el mineral una vez ingresado al proceso de beneficio, por lo que ENAMI lo procesa, asumiendo los mayores costos de tratamiento y demás ineficiencias asociadas;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Trigésimo primero: Que este Tribunal considera que las defensas de ENAMI señaladas en los considerandos precedentes, se encuentran debidamente acreditadas en autos, y justifican suficientemente las condiciones de compra establecidas por la demandada. En tal sentido, este Tribunal comparte los criterios planteados en el informe económico acompañado por dicha empresa a fojas 866, en cuanto a que el rol de fomento de ENAMI, y en particular su obligación de posibilitar el acceso a mercados a la pequeña y mediana minería, no implica en ningún caso que dicha empresa no pueda diferenciar entre minerales de distinta calidad. Lo anterior, considerando la capacidad de procesamiento limitada de la demandada y la relación expuesta entre los costos reales de procesamiento del mineral y la ley del mismo;

Trigésimo segundo: Que, por otro lado, a juicio de este Tribunal, ha quedado acreditado en autos que las condiciones de compra de minerales fijadas por ENAMI son de aplicación general, transparentes, claras, no discriminatorias –en el sentido que diferencian por un factor que incide directamente en el costo de procesamiento, como es la ley del mineral–, y están a disposición de todos los vendedores de minerales en todo momento. Lo anterior consta de los documentos acompañados por ENAMI a fojas 279, y de la absolución de posiciones del representante de Claal de fojas 819 bis 6;

Trigésimo tercero: Que por ello, este Tribunal estima que el mecanismo de compra de minerales aplicado por ENAMI no sería contrario a la libre competencia, por lo cual se rechazará la demanda en lo relativo a la acusación de abuso de posición dominante;

Trigésimo cuarto: Que, en cuanto a la acusación de predación planteada en autos, ésta será desestimada por cuanto no podrían concurrir en la especie los presupuestos de procedencia de tales conductas que, a juicio de este Tribunal, se concretan mediante el establecimiento de condiciones de comercialización que implican pérdidas y que tienen por objeto excluir del mercado a competidores para alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante de la cual abusar. Por lo tanto, la sola circunstancia de que Claal y ENAMI no sean competidores y se encuentren en distintos niveles de la cadena de producción y comercialización, excluye la posibilidad de que ENAMI pueda haber incurrido en conductas predatorias respecto de la demandante. Adicionalmente, no se alegó en estos autos la forma en que dicha práctica habría sido realizada, ni se aportó ningún antecedente que dé cuenta de las circunstancias de hecho que permitan eventualmente configurar dicho ilícito;

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en los artículos 1º, inciso segundo; 2º; 3º, inciso primero; 18º Nº 1); 20º, inciso tercero, 22º, inciso final; 26º y 29º del texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley Nº 211, publicado en el Diario Oficial de fecha 7 de marzo de 2005, y en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil,

SE RESUELVE:

En cuanto a las tachas:

1. Acoger la tacha formulada a fojas 1538 respecto del testigo señor Raúl Oreste Sturla Belmar, por la causal establecida en el artículo 358 Nº 6 del Código de Procedimiento Civil;
2. Rechazar la tacha formulada a fojas 1548 respecto del testigo señor Ricardo Paredes Molina;

En cuanto a la prescripción:

3. Rechazar la excepción de prescripción opuesta por la Empresa Nacional de Minería en lo principal de su escrito de fojas 210.

En cuanto al fondo:

4. Rechazar la demanda interpuesta por Sociedad Comercial Claal Ltda. a fojas 165; y,
5. Condenar en costas a la demandante por haber sido totalmente vencida.

Notifíquese y archívese, en su oportunidad.

Rol C Nº 118-06.

Pronunciada por los Ministros Sr. Eduardo Jara Miranda, Presidente, Sra. Andrea Butelmann Peisajoff, y Sr. Tomás Menchaca Olivares. Autoriza el Secretario Abogado Sr. Javier Velozo Alcaide.