

Santiago, 9 de marzo de 2018

Señor

Felipe Irarrázabal Philippi
Fiscal Nacional Económico
Huérfanos N°670, piso 8

Presente

Ref.: Denuncia hechos y solicita lo que indica

De nuestra consideración,

En representación de la Corporación de Fomento de la Producción (“Corfo” o la “Corporación”), domiciliada en Moneda 921, comuna de Santiago, me dirijo a usted para denunciar una serie de hechos y efectos jurídicos anticompetitivos que se gatillarían en Chile en el evento de que Tianqi Lithium (“Tianqi”) o cualquier otra entidad relacionada con ella de forma directa o indirecta (incluyendo compañías controladas por el Estado chino) adquiera, como muy probablemente ocurrirá en ausencia de la intervención de esta Fiscalía Nacional Económica (“FNE”), un interés en Sociedad Química y Minera de Chile (“SQM”). Dichos hechos, de materializarse sin intervención de la FNE, podrían dar lugar a actos contrarios al Decreto Ley N°211, en particular a su artículo 3, al distorsionar o tender a distorsionar gravemente la rivalidad competitiva del mercado relevante de extracción y comercialización de litio y sus mercados conexos. Todo ello, según se detalla a continuación.

I. Principales hechos y argumentos de derecho presentados por Corfo en esta denuncia

Según se analiza en detalle en lo sucesivo, dado que Tianqi y SQM son competidores sumamente cercanos en el mercado de extracción y comercialización de litio, el hecho de que la primera adquiera un interés -incluso minoritario- en la segunda generará importantes efectos anticompetitivos en el mercado referido y en sus mercados conexos.

En efecto, la FNE bien conoce de los riesgos anticompetitivos derivados de las participaciones minoritarias en competidores, los que se ven severamente agravados cuando dichas participaciones minoritarias van acompañadas de *interlocking*, como muy probablemente ocurrirá en este caso.

Ello es particularmente relevante en un mercado como el del litio que, por lo demás, es uno ya altamente concentrado. Lo anterior, por cuanto se trata de un mercado global con importantísimas expectativas de crecimiento en el corto y mediano plazo, como resultado principalmente de una mayor producción de vehículos eléctricos a nivel mundial. Siendo así las

cosas, lo cierto es que resulta esencial que esta FNE haga todo lo que esté a su alcance para que el mercado de extracción y comercialización de litio tenga una estructura competitiva que limite la aptitud y los incentivos de las firmas que participan del mismo para incurrir en ilícitos anticompetitivos.

Es por ello, que una intervención preventiva por parte de la FNE en un caso como éste, en el que la vinculación propietaria entre Tianqi y SQM cambiaría de manera determinante y de largo plazo la estructura competitiva del mercado, resulta esencial. De no tomarse medida alguna por la autoridad de libre competencia, el resultado de esta vinculación estructural entre Tianqi y SQM implicará que firmas que controlan alrededor de un 70% del mercado mundial de extracción y comercialización de litio tengan potentes aptitud e incentivos tanto para abusar del poder de mercado que ostentarían, como para, y especialmente, incurrir en ilícitos coordinados. Todo ello, de acuerdo con lo que ha expuesto la propia FNE en un estudio que publicó sobre las participaciones minoritarias y el *interlocking*, al que se hará referencia más adelante.

La presente denuncia se estructura de la siguiente forma. La sección II expone quién es Corfo y su relación con el mercado de extracción y comercialización de litio, dando cuenta de los acuerdos que actualmente mantiene con Albemarle Limitada (“Albemarle”, ex Rockwood Litio Limitada, ex Sociedad Chilena del Litio) y SQM Salar S.A. En seguida, la sección III da cuenta de las principales características del mercado de extracción y comercialización de litio. Luego, la sección IV expone los hechos y consecuencias jurídicas más relevantes de la fusión entre Agrium Inc. (“Agrium”) y Potash Corporation of Saskatchewan (“PotashCorp”), que es la que tiene como consecuencia que la entidad fusionada deba desprenderse de su participación accionaria en SQM. A continuación, la sección V da cuenta del interés que tiene Tianqi por adquirir la participación accionaria referida, según es un hecho público y notorio. La sección VI, por su parte, expone que la compra de los activos a ser enajenados por la entidad fusionada por parte de Tianqi no estaría sujeta al control de operaciones de concentración consagrado en el Título IV del Decreto Ley N°211, por no encuadrar dentro de la literalidad de la norma a estos efectos, pero que, pese a ello, la FNE está llamada a investigar los riesgos derivados de la misma por su aptitud anticompetitiva y potencial gravedad. Hecho lo anterior, la sección VII explica por qué la FNE es plenamente competente para conocer de los hechos y las consecuencias jurídicas de los mismos expuestos en esta denuncia. En seguida, la sección VIII expone los serios riesgos anticompetitivos que se verificarían en caso de que la adquisición de los activos de PotashCorp por parte de Tianqi se materialice sin que la FNE analice en detalle los efectos de la misma, e imponga las medidas de mitigación necesarias para evitar la verificación referida. Finalmente, la sección IX presenta las peticiones concretas de Corfo.

II. Corfo y su relación con el mercado de extracción y comercialización de litio. Los acuerdos con Albemarle y SQM

Corfo es un organismo del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se relaciona con el ejecutivo a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. Tiene a su

cargo apoyar el emprendimiento, la innovación y la competitividad en el país, junto con fortalecer el capital humano y las capacidades tecnológicas¹.

Entre sus activos, Corfo cuenta con pertenencias mineras en el Salar de Atacama, las que se encuentran debidamente inscritas en el Registro de Propiedad del Conservador de Minas de Calama². Estas pertenencias fueron constituidas con anterioridad al 1° de enero de 1979, por lo que no se encuentran sujetas a gran parte de la normativa que sí rige para las pertenencias mineras inscritas después de esa fecha.

En efecto, el Decreto Ley N°2.886 de 1979, que modificó la Ley N°16.319 de 1965, creó la Comisión Chilena de Energía Nuclear y estableció la reserva del Estado sobre el litio por así exigirle el interés nacional -dado su carácter estratégico por su uso para aplicaciones nucleares-, pero exceptuó de esta disposición el litio existente en pertenencias mineras constituidas o en trámite de constitución antes del 1 de enero de 1979.

En ese contexto, el artículo 19 N°24 de la Constitución Política de la República y el artículo 8 del Código de Minería, que rigen a las pertenencias mineras constituidas después de la mencionada fecha, establecen que la exploración y/o la explotación de sustancias calificadas como no susceptibles de concesión minera (como es el caso del litio) sólo puede ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación otorgados a privados, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo.

El mismo el Decreto Ley N°2.886 de 1979 otorgó a la Comisión Chilena de Energía Nuclear la facultad de autorizar la explotación del litio, sin eximir a las pertenencias anteriores al 1° de enero de 1979 de la necesidad de contar con esta autorización.

Este es el marco normativo que explica que, al día de hoy, Corfo tenga vigentes dos contratos de explotación de litio y potasio en el Salar de Atacama con las empresas Albemarle y SQM.

El contrato con Albemarle (antes Sociedad Chilena de Litio) data de 1980. Este contrato no establecía rentas de arrendamiento para la explotación del litio por parte de Albemarle, ni tampoco un plazo cierto de vencimiento.

El 2016, se modificó el contrato con Albemarle, y se fijó como fecha de término del mismo el año 2043. También se aumentó la cuota de producción de litio, y se establecieron las tasas de comisiones más altas del mundo en minería no metálica, un monitoreo participativo permanente de su producción, aportes significativos en investigación y desarrollo, se determinó

¹ Más información sobre Corfo puede encontrarse en su sitio web: www.corfo.cl.

² Pertenencias mineras inscritas a Fojas 408, N°11 del Registro de propiedad del Conservador de Minas de Calama, correspondiente al año 1977.

que un 25%³ de la producción debía venderse a precios preferentes para producir productos de valor agregado y se contemplaron beneficios concretos para las comunidades. El beneficio de este contrato para Chile supera los US\$ 7 mil millones considerando inversiones, desarrollo industrial, impuestos, aportes a investigación y desarrollo y comisiones a Corfo⁴. Este contrato fue aprobado por todas las instancias públicas pertinentes para dicha materia, es decir, Consejo de Ministros de Corfo⁵, Consejo de la Comisión Chilena de Energía Nuclear y Contraloría General de la República⁶.

Por su parte, Corfo suscribió -en 1987- un contrato de arriendo y un contrato para proyecto con SQM, ambos con duración hasta el año 2030. En ellos se establecía una renta de arrendamiento de 6,8% sobre las ventas de productos de litio con una serie de rebajas de costos y gastos que implicaban un descuento cercano al 1%⁷.

El año 2013, el Estado de Chile inició acciones judiciales en contra de SQM, por incumplimientos a los contratos suscritos. En 2014, Corfo solicitó el término anticipado de los contratos y la devolución de las propiedades a la Corporación, su dueña, tal como lo preveía el mismo contrato.

En 2016, Corfo solicitó la resolución del contrato de proyecto, pues, a su juicio, mediante acciones deliberadas, SQM vulneró la integridad de los derechos del Estado en el Salar de Atacama, ejecutando acciones que trataron de impedir una licitación competitiva al término del contrato al año 2030 para limitar la incorporación de terceros en la explotación del Salar.

En el litigio referido, el juez árbitro convocó a conciliación obligatoria el año 2016. En esta conciliación, el árbitro propuso una compensación a Corfo por US\$ 17,1 millones, lo que fue rechazado por la Corporación. Tras este primer intento fallido de conciliación, en octubre del 2017 se produjo la segunda reunión obligatoria de conciliación en que nuevamente el árbitro propuso la compensación por US\$ 17,1 millones. Corfo exigió la modificación y el mejoramiento sustancial de los contratos para aumentar las comisiones al mismo nivel del contrato de Albemarle, que, como se indicó *supra*, son las mayores del mundo en minería no

³ En un periodo inicial, esta obligación de precio más favorable no puede exceder del 15% de la capacidad de producción teórica de ciertos productos. Una vez que se haya asignado íntegramente este 15%, dicho porcentaje será incrementado en tramos de 2,5% anuales, hasta llegar a un 25% de la capacidad anual de producción teórica. (Anexo Convenio Básico Corporación de Fomento de la Producción y Rockwood Lithium Inc., Foote Minera e Inversiones Limitada y Rockwood Litio Limitada, cláusula cuarta, numeral ocho).

⁴ Presentación del Gobierno de Chile “Modificación de contratos del Estado de Chile con Albemarle y SQM durante el actual Gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet”, p. 7.

⁵ En el cual participan los Ministros de Economía, Hacienda, Relaciones Exteriores, Agricultura y Desarrollo Social, más dos representantes privados nombrados por la Presidenta de la República.

⁶ Presentación del Gobierno de Chile “Modificación de contratos del Estado de Chile con Albemarle y SQM durante el actual Gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet”, p. 7.

⁷ *Ibid.*, p. 6.

metálica; la reserva del 25⁸% de la producción para vender a eventuales interesados en Chile a precios internacionales para desarrollo de industrias de valor agregado de litio en el país; el cumplimiento irrestricto de las normas ambientales, y la restitución de derechos de agua y mineros a Corfo.

Adicionalmente, Corfo en acuerdo con su Consejo de Ministros, exigió un cambio importante en el gobierno corporativo de SQM, para poder establecer una relación societaria de largo plazo basada en principios de transparencia y apego a las disposiciones legales y normas mínimas de ética en los negocios.

En diciembre del año 2017, el Grupo Pampa -actual controlador del 29,97% de las acciones emitidas por SQM- accedió a negociar la pérdida del control de la sociedad referida. Corfo aceptó los términos de esta conciliación (“Acuerdo de Conciliación”), dado que SQM accedió a parte importante de sus requerimientos y puesto que, de continuar con el arbitraje, su resultado se esperaba para entre mayo y agosto del 2018, demora que hubiese afectado de manera relevante el interés público involucrado en la disputa.

Según Roskill Consulting (2017) y Bloomberg (2017), el mercado de productos de litio alcanzó -el año 2017- 210 mil toneladas de carbonato de litio equivalente -LCE por su sigla en inglés- con un crecimiento superior al 15%. Al 2026, según diversos analistas y expertos, el mercado mundial superaría las 700 mil toneladas de LCE. En este estado de cosas, en virtud de los acuerdos que ha celebrado Corfo con Albemarle y SQM, ambas firmas en conjunto alcanzarían en la fecha señalada una producción superior a 300 mil toneladas de LCE, lo que representaría entre el 45% y 50% de la oferta mundial proyectada de este mineral al 2026⁹, permitiendo a nuestro país posicionarse de forma ventajosa frente a la esperada alza mundial que se encuentra ocurriendo y se agudizará en los próximos años en la demanda de litio. Esto es particularmente relevante dado que el Salar de Atacama -explotado por Albemarle y SQM- constituye el mayor depósito del recurso litio en salares del mundo y permite su extracción con los menores costos a nivel mundial, lo que otorga rentas relevantes a sus titulares¹⁰.

Los dos productores nacionales de carbonato de litio en Chile, han ido aumentando en forma periódica su capacidad de producción, de acuerdo a los requerimientos del mercado. Albemarle tiene actualmente una capacidad instalada de 48.000 toneladas anuales de LCE y un reciente anexo al convenio básico original suscrito con Corfo en noviembre de 2016 y por una eventual modificación en curso, que le permitirá expandir su capacidad de producción a un rango de 125.000-140.000 toneladas de LCE anuales al 2026¹¹.

⁸ Cláusula redactada en términos similares al Anexo Convenio Básico con Rockwood, estableciendo un 15% inicial con incrementos de 2,5% anual hasta llegar a un 25% de la capacidad anual de producción teórica.

⁹ *Ibid.*, p. 19.

¹⁰ Unidad de Gestión de Activos de la Gerencia Corporativa de Corfo, “La Industria del Litio en Chile”, 2017, p. 1.

¹¹ *Ibid.*, p. 4.

Con respecto a SQM, por su parte, con una capacidad de producción de 50 mil toneladas de LCE el 2017, expandirá a 66 mil toneladas de LCE el 2018 y luego del reciente acuerdo con Corfo podrá llegar a 216 mil toneladas de LCE el 2027.

III. Descripción del mercado de extracción y comercialización de litio

III.1. El mercado de explotación y comercialización de litio

III.1.1. Dimensión de producto y geográfica del mercado de explotación y comercialización del litio

Siendo este el escenario en que se encuentra actualmente la extracción de litio en Chile, corresponde a continuación profundizar en la manera en que dicho mineral se extrae y comercializa tanto en el país como en el resto del mundo.

Como punto de partida, es importante constatar que, en la naturaleza, el litio sólo se encuentra combinado en la forma de minerales de litio (denominado espódumeno) y mayoritariamente en salmueras. Posee propiedades físicas y químicas de carácter singular, principalmente por su alto potencial electroquímico y su bajo peso específico, que lo han convertido en un elemento clave en numerosas aplicaciones, algunas de las cuales tienen un alto nivel tecnológico, como baterías, aleaciones, cerámicas y como generador de tritio en reactores de fusión nuclear y en medicamentos¹². Principalmente impulsada por sus aplicaciones energéticas y de almacenamiento, la demanda de litio ha crecido de manera exponencial, y se espera que, a futuro, dicha tendencia se acentúe todavía más¹³.

Según el Servicio Geológico de Estados Unidos -USGS, por su sigla en inglés-, en 2013, las reservas mundiales de litio, es decir, aquella parte de los recursos explotables en forma económica, ascenderían sólo a unos 13 millones de toneladas, de las cuales 7,5 millones corresponderían a Chile¹⁴. Estas reservas se consideran más que suficientes para abastecer cualquier demanda previsible requerida por la industria, y aquellos depósitos con ventajas comparativas, que permiten lograr costos bajos de producción, están mayoritariamente en Chile.

Lo que se viene diciendo se erige como un primer indicador de la importante concentración que afecta a la industria del litio. Las principales empresas productoras y comercializadoras de litio se encuentran en Chile (SQM y Albemarle), Argentina (FMC Lithium), China (varios

¹² *ibid.*, p. 8.

¹³ *ibid.*

¹⁴ *ibid.*, p. 13.

actores, entre los que destaca Tianqi), Estados Unidos (Albemarle) y Australia (Talisson Lithium, (“Talisson”), un *joint venture* entre Albemarle y Tianqi)¹⁵.

En cuanto a la manera en que estas firmas determinan sus precios de comercialización de litio, es interesante notar que, a diferencia de otros minerales y *commodities*, el litio no se transa en bolsa y el precio es el resultante de las negociaciones directas entre productor y cliente¹⁶, las que se traducen en contratos de corto y mediano plazo. Por ello, las ventas spot representan un porcentaje muy bajo del volumen de transacciones¹⁷.

Finalmente, en lo que respecta a su dimensión geográfica, resulta importante señalar que tanto la explotación como la comercialización del litio se desarrollan en el contexto de un mercado global. Dada la ubicación, tanto de las fuentes de este material, -presentes en cuatro continentes- como de los compradores del mismo, es posible señalar que tanto la extracción como la comercialización se llevan a cabo en todo el planeta, sin que haya razones para distinguir mercados nacionales o regionales dentro de este mercado global.

Lo anterior resulta evidente al analizar los intereses transnacionales de la mayoría de las compañías que participan de este mercado. Albemarle, por ejemplo, es una empresa norteamericana que explota litio en Chile, Estados Unidos y Australia (en cooperación con Tianqi en ésta última), mientras que procesa parte de este material en China. El carácter global de este mercado se advierte también en los países destino de las principales exportaciones de los productores de este material. Por ejemplo, Chile exporta principalmente a Corea del Sur, Japón, Bélgica, Canadá, China, Alemania¹⁸. China, por otro lado, exporta principalmente a Japón, Tailandia, Holanda e India, entre otros¹⁹.

Adicionalmente, numerosos reportes, estudios y documentos relacionados con la industria se refieren al “mercado mundial del litio”, siendo evidente, para los distintos actores y agencias procesadoras de información relacionados con el litio, el alcance global de este mercado²⁰.

III.1.2. Principales actores del mercado de explotación y comercialización del litio

III.1.2.1. *SQM*

¹⁵ *Ibid.*, p. 14.

¹⁶ *Ibid.*, p. 16.

¹⁷ Unidad de Gestión de Activos de la Gerencia Corporativa de Corfo, “La Industria del Litio en Chile”, 2017, p. 8.

¹⁸ Roskill Information Services Ltd., “Lithium: Global Industry, Markets and Outlook to 2015”, 13th Edition, p. 77.

¹⁹ *Ibid.*, p. 82.

²⁰ De esta forma, Albemarle, en su filing a la SEC, formulario 10-K p.4 indica “*The global lithium market consists of producers located in the Americas, Asia-Pacific and, to a lesser extent, Africa. We are a leading global provider of lithium compounds. Major competitors include FMC Corporation, Sociedad Química y Minera de Chile S.A., SichuanTianqi Lithium, and Jiangxi Ganfeng Lithium. In the metal-based specialty chemicals business, key competitors include Cabot Corporation and Sigma-Aldrich Corporation. Competition in the global lithium market is largely based on product quality, product diversity, reliability of supply and customer service.*”

SQM fue constituida en virtud de escritura pública de fecha 17 de junio de 1968, en la Notaría de don Sergio Rodríguez Garcés, Notario Público de Santiago, inscrita en el Registro de Comercio de Santiago a fojas 4533, N°1991 del año 1968.

La sociedad es administrada por un Directorio compuesto por 8 miembros. De ellos, 7 son elegidos por los accionistas de la serie A, mientras que el restante es elegido por los accionistas de la serie B. Al menos uno de los 8 directores debe tener la calidad de independiente²¹⁻²².

Los directores duran 3 años en sus funciones y pueden ser reelegidos indefinidamente²³. Para la elección de directores en la Junta de Accionistas que corresponda, cada acción de la serie A y cada acción de la serie B tiene derecho a un solo voto. Cada serie vota de forma separada, de modo que resultan elegidas la o las personas que obtengan las más altas mayorías dentro de la votación de cada serie, hasta completar el número de cargos que cada serie tiene derecho a elegir²⁴.

Siempre de acuerdo con los estatutos de SQM, en la primera reunión que celebre el Directorio después de su elección, designará de entre sus miembros un presidente y, acto seguido, un vicepresidente. Estas designaciones se harán con el voto conforme de la mayoría absoluta de los directores presentes y, en caso de empate en la elección del presidente, se realizará una nueva votación en la cual sólo podrán participar aquellos directores que hayan sido elegidos por los accionistas de la serie A²⁵. El quorum de funcionamiento para el Directorio es de 5 de sus miembros y los acuerdos se adoptan por la mayoría de los directores asistentes. En caso de empate, decide quien preside la sesión^{26,27}.

Las acciones de la SQM se dividen en dos series: acciones serie A y acciones serie B. De acuerdo con la Memoria Anual de SQM del año 2016, el número total de acciones emitidas a ese momento era el siguiente²⁸:

Tabla N°1

²¹ Artículo 9 de los Estatutos Sociales de SQM.

²² Conforme al Acuerdo de Conciliación alcanzado con SQM, sujeto actualmente a los trámites de aprobación correspondientes, dos de los directores de SQM tendrán la calidad de independientes. (Acuerdo en Relación con los Gobiernos Corporativos de SQM, cláusula cuarta, letra a).

²³ Artículo 10 de los Estatutos Sociales de SQM.

²⁴ Artículo 11 de los Estatutos Sociales de SQM.

²⁵ Artículo 14 de los Estatutos Sociales de SQM.

²⁶ Artículo 19 de los Estatutos Sociales de SQM.

²⁷ El Acuerdo de Conciliación alcanzado con SQM, establece ciertas materias que deberán ser aprobadas únicamente por la mayoría absoluta de los miembros del Directorio de SQM, respecto de las cuales el presidente del Directorio no ejercerá el voto dirimente establecido en los estatutos de la compañía y en la ley. (Acuerdo en Relación con los Gobiernos Corporativos de SQM, cláusula cuarta, letra a).

²⁸ Memoria Anual de SQM, año 2016, p. 86

Series de acciones de SQM

Serie A	142.819.552
Serie B	120.376.972

De ellas, PotashCorp controla directa o indirectamente un 32% de las acciones emitidas por la sociedad (y un 44,84% de las acciones serie A), lo que le da derecho a designar 3 directores, a través de las siguientes sociedades²⁹:

Tabla N°2
Acciones de PotashCorp en SQM

	Acciones Serie A		Acciones Serie B	
Inversiones El Boldo Ltda.	29.330.326	20,53%	16.363.546	13,59%
Inversiones PCS Chile Limitada	15.526.000	10,87%	1.600.000	1,33%
Inversiones RAC Chile Limitada	19.200.242	13,44%	2.202.773	1,82%
Total Grupo PotashCorp	64.056.568	44,84%	20.166.319	16,74%

Por su parte, el Grupo Pampa controla un 29,97% de las acciones emitidas por la sociedad, (y un 50,32% de las acciones serie A), que le da derecho a designar 3 directores:

Tabla N°3
Acciones del Grupo Pampa en SQM

	Acciones Serie A		Acciones Serie B	
Potasios de Chile S.A.	18.179.147	12,73%	-	-
Inversiones Global Mining Chile Ltda.	8.798.539	6,16%	-	-
Sociedad de Inversiones Pampa Calichera S.A.	44.894.152	31,43%	7.007.688	5,82%
Total Grupo Pampa	71.871.838	50,32%	7.007.688	5,82%

Finalmente, el Grupo Kowa controla un 2,11% de las acciones emitidas por la sociedad (y un 3,83% de las acciones Serie A), que le da derecho a designar 1 director, a través de:

Tabla N°4
Acciones del Grupo Kowa en SQM

	Acciones Serie A		Acciones Serie B	
Inversiones La Esperanza Chile Limitada	3.711.598	2,60%	46.500	0,04%
Kochi SA	737.057	0,52%	50.000	0,04%
Kowa Co Ltd.	781.429	0,55%	-	-
La Esperanza Delaware Corporation	227.550	0,16%	-	-
Total Grupo Kowa	5.457.634	3,83%	96.500	0,08%

El Grupo Pampa y el Grupo Kowa suscribieron el día 21 de diciembre de 2006, un acuerdo de actuación conjunta y, como consecuencia del mismo, tienen actualmente la calidad de grupo

²⁹ Acta Cuadragésimo Segunda Junta General Ordinaria de Accionistas de Sociedad Química y Minera de Chile S.A., de fecha 28 de abril de 2017, p. 3.

controlador de la Sociedad, y controlan cerca del 32,08% de la totalidad de sus acciones. Con todo, en virtud del Acuerdo de Conciliación, SQM se obligó a poner término el acuerdo de actuación conjunta con Kowa, en el plazo de 30 días desde que se hayan cumplido las condiciones y los plazos establecidos en la cláusula quinta del mismo instrumento³⁰.

Tal como se señaló *supra*, la capacidad de las instalaciones de SQM alcanza hoy en día para la producción de 48.000 toneladas al año de LCE. Ello ubica a SQM, junto con Talison, como el mayor productor y comercializador de litio a nivel mundial, con cerca de un 25% de participación de mercado en manos de SQM.

III.1.2.2. *Albemarle*

Albemarle es una compañía fundada en 1993, con sede en el estado de North Carolina, Estados Unidos. Se dedica al desarrollo, fabricación y comercialización de químicos especializados (tales como litio y bromo). La compañía extrae litio desde el Salar de Atacama y Silver Peak, Nevada, en los Estados Unidos, y tiene un *joint venture* con Tianqi en Australia (Talison). Adicionalmente, cuenta con plantas procesadoras de este mineral en Estados Unidos, Alemania, Francia y Taiwán³¹ en las que desarrolla y fabrica una amplia variedad de compuestos de litio, entre los que se cuentan carbonato de litio, hidróxido de litio, cloruro de litio y otros productos de litio de especialidad³².

La presencia en Chile de Albemarle se debe a la compra de Rockwood Holding, matriz de Rockwood Lithium, y a su vez de Rockwood Litio Limitada (antes Sociedad Chilena del Litio Limitada), en el año 2015. Desde el año 2016, la filial chilena también adoptó el nombre de Albemarle, pasando a llamarse Albemarle Limitada.

En la actualidad, Albemarle posee un 17% de participación en el mercado de oferta de litio³³, con operaciones en Australia, a través de su *joint venture* con Tianqi, (Talison), Estados Unidos, China y Chile.

III.1.2.3. *Tianqi*

Tianqi fue fundada en 1995 como una empresa de propiedad estatal, bajo el nombre de Shehong Lithium Industry Co., Ltd., habiendo sido posteriormente adquirida por el grupo Chengu Tianqi Group el año 2004 (que posee el 36% de sus acciones). Es líder en la

³⁰ La cláusula quinta del Acuerdo en Relación con los Gobiernos Corporativos de SQM, de fecha 18 de diciembre de 2017, establece las siguientes condiciones: (i) que Corfo acepte las condiciones establecidas en un plazo de 120 días corridos; (ii) que se modifiquen los contratos de arrendamiento; y, (iii) que los instrumentos en que consten los acuerdos entre Corfo y SQM cuenten con todas las autorizaciones requeridas por el ordenamiento jurídico para que puedan ser ejecutados de conformidad a sus términos.

³¹ Formulario 10-K Albemarle 2017, U.S. Securities and Exchange Commission (SEC), p.4.

³² *Ibid.*, p.3.

³³ Signum Box, "Litio: Situación actual y perspectivas", p. 16.

distribución de productos de litio, incluyendo el desarrollo y explotación de recursos de litio, siendo el líder mundial de extracción desde roca dura (“*hard-rock feed*”), producción *aguas abajo* y comercialización de una extensa lista de productos de litio, incluyendo concentrados minerales. Tianqi participa de Talison, un *joint venture* con Albemarle, donde cuenta con el 51% de derechos sobre su matriz, Windfield Holdings Pty., Ltd. La única fuente de extracción de litio con que cuenta es la mina de Greenbushes, precisamente gracias a su participación en Talison. En su búsqueda por nuevas fuentes de este material, el año 2008 Tianqi obtuvo licencias de exploración para depósitos de espodumeno en Cuola, China, adquiriendo más tarde la licencia para su explotación, el año 2012. Este proyecto se encuentra actualmente en su etapa de evaluación y proyecta alcanzar una capacidad de producción de 100.000 toneladas por año de concentrado de litio³⁴.

La compañía tiene presencia en China, Hong Kong, Australia y Chile, desde donde distribuye a los mercados de Europa, Asia, las Américas y Oceanía. Cuenta además con dos plantas procesadoras de litio (mercado *aguas abajo*) en China, en las que produce ciertos compuestos de litio³⁵.

III.1.2.4. Talison

Talison es un *joint venture* conformado por Tianqi y Albemarle, quienes son titulares de un 51% y 49% del mismo, respectivamente.

La compañía extrae litio desde la mina de Greenbushes, en Western Australia, la mina más grande de extracción de litio desde roca dura. En ella, produce concentrado de espodumeno, el que es exportado principalmente a plantas de conversión en China, o a consumidores de concentrado de espodumeno en Europa, Norteamérica y China. El año 2015 Greenbushes produjo 70.000 LCE de concentrados de mineral.

Adicionalmente, Talison tiene participación en un proyecto de salmuera de litio en la región de Atacama en Chile “Salares 7 Lithium Project”. Se trata de un proyecto que comprende 39.400 hectáreas de propiedad de Talison y San Antonio Sociedad Contractual Minera (“San Antonio”) en partes iguales. Los siete salares son los siguientes: Agua Amarga, Aguilar, La Isla, Las Parinas, Salar Grande, Piedra Parada y Maricunga³⁶. Se estima que los siete salares conjuntamente comprenden un área de unos 394 km², con un promedio de 148 partes por millón de litio³⁷.

A la fecha se han realizado numerosos estudios para comprobar la concentración de litio con que cuentan los salares. Durante los años 2010 y 2011, Talison llevó a cabo tomas de muestras

³⁴ Roskill Information Services Ltd., “Lithium: Global Industry, Markets and Outlook to 2015”, 13th Edition, p. 371.

³⁵ *Ibid.*, pp. 370 y 371.

³⁶ <http://www.mch.cl/2017/08/01/wealth-minerals-firma-acuerdo-adquirir-participacion-proyecto-litio-siete-salares/#>

³⁷ Roskill Information Services Ltd., “Lithium: Global Industry, Markets and Outlook to 2015”, 13th Edition, p. 370.

y perforaciones exploratorias en la zona. Estos estudios sugieren que los salares podrían exceder los 200 metros de profundidad³⁸. Sin embargo, desde entonces, el proyecto no ha avanzado³⁹.

III.1.2.5. Otros actores relevantes

Otro actor relevante en la industria es FMC Lithium (“FMC”), una filial de FMC Corporation, una compañía cuya casa matriz se encuentra en el estado de Pensilvania, Estados Unidos. Elabora productos de litio para su uso en diversas industrias. Su participación en el mercado del litio se debe a la adquisición de Lithium Corp. of America el año 1985, el que a la fecha se erigía como un importante productor de este mineral⁴⁰.

Actualmente FMC posee un 8% de participación en el mercado de oferta de litio, el que es extraído principalmente del Salar de Hombre Muerto, en Argentina⁴¹. Adicionalmente, cuenta con plantas procesadoras de este mineral en Argentina, China, India, Japón, Reino Unido y los Estados Unidos⁴².

Menor en importancia, Orocobre es una compañía productora de litio con operaciones en Argentina. Actualmente opera el proyecto Olaroz Fase 1, el que tiene una capacidad instalada de 17.500 toneladas anuales de LCE. Orocobre planea expandir sus operaciones con la Fase 2 del proyecto, lo que le permitiría aumentar su capacidad en unas 25.000 toneladas anuales de LCE. Adicionalmente, está entre sus proyectos construir una planta procesadora de hidróxido de litio en Japón, junto a su socio Toyota Tsusho.

Siendo así las cosas, el mercado de extracción y comercialización de litio en la actualidad se encuentra concentrado en manos de los siguientes actores:

Tabla N°5
Participaciones de mercado de las empresas explotadoras y comercializadoras de litio

Empresa	Participación en mercado internacional⁴³
SQM	22%
Albemarle	17%
Tianqi (incluyendo Talison)	26%
Otros China (excluyendo	14%

³⁸ <https://wealthminerals.com/news/wealth-signs-letter-agreement-to-acquire-interest-in-seven-salars-lithium-project-in-chile/>

³⁹ <http://www.mch.cl/2017/08/01/wealth-minerals-firma-acuerdo-adquirir-participacion-proyecto-litio-siete-salares/#>

⁴⁰ Roskill Information Services Ltd., “Lithium: Global Industry, Markets and Outlook to 2015”, 13th Edition, p. 334.

⁴¹ Signum Box, “Litio: Situación actual y perspectivas”, p. 16.

⁴² Roskill Information Services Ltd., “Lithium: Global Industry, Markets and Outlook to 2015”, 13th Edition, p. 334.

⁴³ Signum Box, “Litio: Situación actual y perspectivas”, p. 16.

Tianqi)	
FMC	8%
Otros	13%

Según lo informado por el Servicio Geológico de Estados Unidos, Chile tiene el 52% del total de reservas de litio en el mundo, en su mayoría en el Salar de Atacama⁴⁴. Ello se aprecia en la Tabla N°6 siguiente:

Tabla N°6
Reservas de Litio por país (Total 14,5 millones toneladas Li)

País	Porcentaje de participación⁴⁵
Chile	52%
China	22%
Argentina	14%
Australia	5%
Portugal	1%

III.2. Los mercados *aguas abajo* de comercialización de productos a base de carbonato de litio e hidróxido de litio

III.2.1. Principales diferencias entre el carbonato de litio y el hidróxido de litio

Los compuestos de litio más producidos en la industria son el carbonato de litio y el hidróxido de litio. El carbonato de litio es un polvo blanco, producido directamente desde las salmueras, minerales y arcillas, o de otros compuestos de litio, como el cloruro de litio o el hidróxido de litio. Este compuesto es relativamente estable expuesto al ambiente, pero reacciona con ácidos fuertes y es frecuentemente usado para la fabricación de sales de litio.

El hidróxido de litio, por otro lado, puede ser directamente obtenido del espodumeno (o mineral de roca) u otros minerales en un proceso que tiene lugar a altas temperaturas, aunque la forma más usual de producción de este compuesto es la conversión de carbonato de litio. Se trata de un polvo fino y blanco con baja solubilidad en el agua, empleado usualmente en grasas y lubricantes. Algunos productores ya han comenzado a utilizarlo en la producción de hidróxido de litio grado batería, usado en la producción de cátodos de baterías Li-ion⁴⁶.

III.2.2. Principales destinos del litio en la actualidad

⁴⁴ *Ibid.* p. 6.

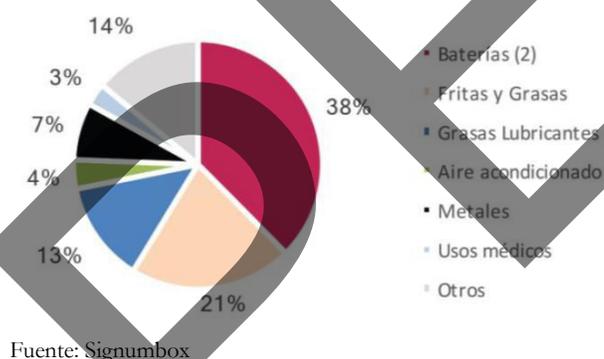
⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 32 y 33.

Durante el año 2017, la demanda de litio fue de unas 210.000 toneladas como carbonato de litio equivalente, de las cuales cerca de un 40% corresponde al segmento de baterías. Es esta industria, en particular, la de baterías recargables, que ha registrado un fuerte aumento en la demanda de este mineral, de la mano del creciente mercado de los vehículos eléctricos e híbridos, junto a la expansión de los artículos electrónicos portátiles, tales como computadores, celulares, *tablets*, etc.

En orden de importancia, le siguen las industrias de cerámicas, vitrocerámicos, vidrio, grasas lubricantes, metalurgia (producción de aluminio), aire acondicionado, polímeros (productos orgánicos de litio usados como catalizadores de polimerización en la fabricación de caucho sintético) e industria farmacéutica⁴⁷. Lo que se viene diciendo puede apreciarse en el siguiente Gráfico N°1:

Gráfico N°1
Principales destinos del litio



III.2.3. Proyecciones de consumo de litio a futuro. El rol de la ‘electromovilidad’ como *driver* de demanda del litio en las próximas décadas

La demanda de litio, en sus diversas formas, ha experimentado sucesivas alzas en el último tiempo. Como indicamos *supra*, el alza más relevante la han enfrentado las baterías de litio, que pasaron de representar el 5% de la demanda global el año 2000, a ocupar un 14% el 2016. Dentro de las baterías, el segmento con más proyecciones de crecimiento es el de los vehículos eléctricos, que representarían aproximadamente un 70%⁴⁸ del total de la demanda de litio esperada para el año 2025 (unas 420 mil toneladas anuales de carbonato de litio)⁴⁹.

⁴⁷ Unidad de Gestión de Activos de la Gerencia Corporativa de Corfo, “La Industria del Litio en Chile”, 2017, pp. 6 y siguientes.

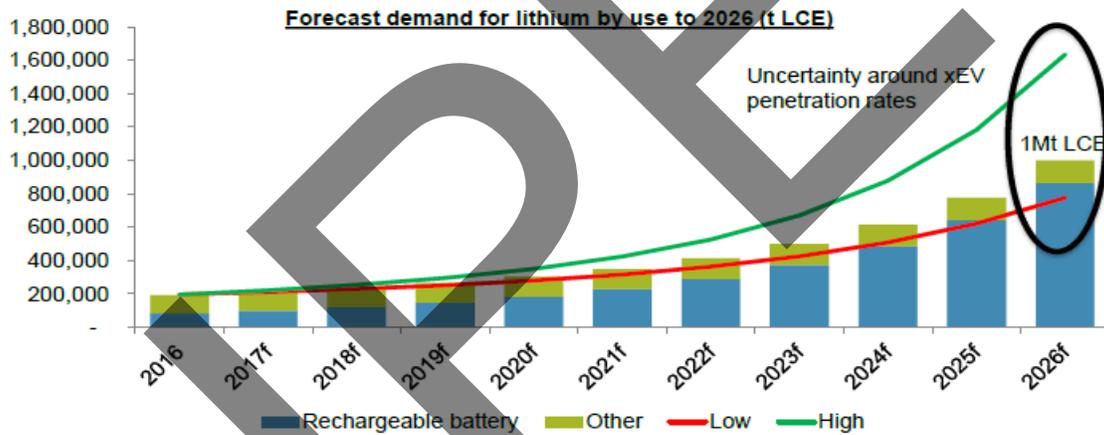
⁴⁸ Morgan Stanley sitúa esta cifra en un 73%, mientras que Signum Box en un 64% a 70%. Unidad de Gestión de Activos de la Gerencia Corporativa de Corfo, “La Industria del Litio en Chile”, 2017, p. 8.

⁴⁹ Morgan Stanley, “Lithium, the Long-term pain of new supply”, 26 de febrero, 2018, p. 16.

Estas proyecciones de crecimiento son consecuencia de ambiciosos planes de descontaminación de diversos países que, a través de tratados internacionales y acuerdos internos, buscan establecer políticas públicas tendientes a disminuir las emisiones de CO2, -las que usualmente comprenden subsidios estatales para impulsar la compra de vehículos eléctricos-.

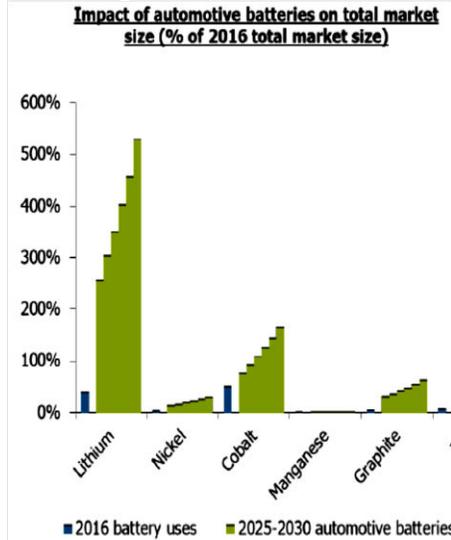
Precisamente la ‘electromovilidad’ será el principal *driver* de la demanda de litio en las próximas décadas. Se estima que la demanda de litio aumentará de 180.000 toneladas de LCE por año y US \$1.000 millones en ventas al 2016, a 640.000 toneladas de LCE por año y a US \$6.000 millones en ventas globales al 2025. Al 2035, se espera que la demanda de litio ya haya superado el millón y medio de toneladas. Lo anterior se debe a que los automóviles eléctricos usan importantes cantidades de litio en sus baterías, a diferencia de lo que ocurre con los automóviles tradicionales. Lo que se viene diciendo puede apreciarse en los Gráficos N°2 y N°3 siguientes:

Gráfico N°2
Proyección de demanda de litio



Fuente: Roskill Consulting

Gráfico N°3
Impacto de las baterías para vehículos en la demanda de litio



III.2.4. Posibilidades de desarrollo de un mercado de productos de valor agregado de litio en Chile. Convocatoria Corfo

Como fue señalado brevemente *supra*, consciente del potencial de la industria del litio, la Corfo ha incorporado como parte integrante de su contrato con Albemarle, medidas tendientes a permitir avances en la investigación y desarrollo de procesos industriales de la cadena de valor del litio. De esta forma, estableció la obligación para esta compañía de ofrecer, durante toda la vigencia del mismo, precios preferentes a los productores especializados de productos de valor agregado que desarrollen sus labores de producción en Chile, de acuerdo a las especificaciones y límites establecidos en el mismo instrumento.

Para dar cumplimiento a lo anterior, la Corfo procedió a dar inicio a la selección de estos productores. Tras la convocatoria, 12 compañías provenientes de Rusia, Estados Unidos, China, Corea, Bélgica y Chile manifestaron su interés en participar, las que se encuentran en la etapa de evaluación⁵⁰.

Por ejemplo, uno de los proyectos, presentado por Posco-Samsung SDI, consiste en la producción de materiales para cátodos, necesarios para la elaboración de baterías, con plantas que se ubicarían en el Norte de Chile. Considera una inversión de unos US\$ 291 millones. Se trataría de un proyecto muy importante que busca desarrollar productos con mayor valor agregado.

De esta forma, existe certeza de que en el mediano plazo empresas con sede en nuestro país requerirán de este mineral, creando un nuevo mercado interno de manufactura de productos que emplean el litio como insumo⁵¹; esto es, productos con valor agregado.

IV. Antecedentes de la fusión entre Agrium y PotashCorp (accionista de SQM). La decisión de las autoridades de India y China de libre competencia y sus efectos en Chile

⁵⁰ Tal como lo publicó el Diario La Tercera en su edición de 27 de febrero, hubo varias firmas interesadas en participar del proceso de licitación referido: <http://www.latercera.com/negocios/noticia/samsung-molymet-asoman-ganadoras-licitacion-valor-agregado/82165/>.

⁵¹ Una cláusula en similares términos fue insertada en el Acuerdo de Conciliación con SQM, de modo tal que esta iniciativa se replicará en relación con la oferta de litio que realiza esta compañía.

IV.1. Breve explicación de la operación de concentración entre Agrium y PotashCorp

Previo a su fusión con PotashCorp, Agrium era una compañía canadiense productora de nutrientes de cultivos primarios y distribuidora de insumos, servicios y soluciones para cultivos. Por su parte, PotashCorp era una compañía productora de fertilizantes y productos relacionados. De acuerdo con los términos de su fusión, las dos compañías crearon una nueva sociedad matriz, Nutrien, dueña de las filiales Agrium y PotashCorp, y cuyos accionistas son ahora dueños de ella en un 48% y 52% respectivamente⁵². La nueva compañía se erige como el productor de insumos y servicios para cultivos más grande del mundo, con cerca de 20.000 colaboradores y operaciones e inversiones en 14 países⁵³.

Dada la envergadura de la operación, las autoridades de libre competencia involucradas fueron informadas de la misma, habiendo finalmente obtenido la totalidad de las aprobaciones correspondientes, previo el compromiso de adoptar ciertas medidas de mitigación de los efectos competitivos de la operación. En particular, las autoridades condicionaron su aprobación a ciertas medidas de desinversión que debían adoptar las partes. Por ejemplo, la FTC en los Estados Unidos, exigió la venta de dos plantas de producción de Agrium, la que fue aceptada por esa compañía.

Sin embargo, fueron las condiciones impuestas por las autoridades de libre competencia de India y China las que afectan a nuestro país, debido a la exigencia que éstas impusieron de venta de la participación de 32% que PotashCorp posee en SQM.

De esta forma, mediando las exigencias antes mencionadas, el cierre del negocio tuvo lugar el 1 de enero de 2018, iniciando su cotización en la Bolsa de Valores de Toronto (TSX) y Nueva York (NYSE) el día 2 de enero de 2018⁵⁴.

IV.2. La decisión de la Competition Commission of India

IV.2.1. Algunas consideraciones generales

Para entender adecuadamente la decisión de la Competition Commission of India (“CCI”), es importante señalar que PotashCorp, Agrium y The Mosaic Company (“Mosaic”) son dueñas en partes iguales de Canadian Potash Exporters (“Canpotex”). Esta compañía es la distribuidora exclusiva a nivel mundial del potasio producido por PotashCorp, Agrium y

⁵² <http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/buwei/201711/20171102672899.shtml>

⁵³ <https://www.nutrien.com/investors/news-releases/2018-agrium-and-potashcorp-merger-completed-forming-nutrien-leader-global>

⁵⁴ <https://www.ctvnews.ca/mobile/business/nutrien-shares-begin-trading-after-agrium-potash-corp-merger-1.3742222>
<http://markets.businessinsider.com/news/stocks/Agrium-and-PotashCorp-Merger-Completed-Forming-Nutrien-a-Leader-in-Global-Agriculture-1012405746>

Mosaic (excluyendo únicamente a Canadá y a los Estados Unidos). Cada una de estas compañías vende a través de Canpotex un volumen proporcional a la capacidad de producción de potasio de sus respectivas minas.

Además de su participación directa en el mercado del potasio a través de Canpotex, PotashCorp también está relacionado con este mercado a través de su participación en Arab Potash Company (“APC”), SQM e Israel Chemicals Limited (“ICL”). En lo que respecta a APC, su negocio principal es la cosecha de potasio desde el Mar Muerto. PotashCorp es dueña del 28% de las acciones de APC y tiene el derecho de elegir a 3 de sus 13 directores, así como a importantes ejecutivos.

En lo que respecta a SQM, esta compañía produce potasio, especialmente productos de nutrición de cultivos, litio y yodo. PotashCorp es dueña del 32% de SQM y tiene el derecho de escoger a tres de los ocho directores de la compañía.

Finalmente, en relación con ICL, esta compañía participa del mercado de producción de bromo, potasio y ácido fosfórico. Fabrica fertilizantes de especialidad, fosfatos de especialidad y retardantes de fuego. PotashCorp cuenta con un 14% de su propiedad⁵⁵.

En este contexto, la CCI sostuvo que la fusión entre Agrium y PotashCorp llevaría a un cambio en la forma en que las partes están presentes en ese país, argumentando que, bajo la nueva estructura de control, no sólo los accionistas de PotashCorp controlarían APC y SQM, sino que los accionistas de Agrium también pasarían a participar del control de estas compañías.

Adicionalmente, la CCI indicó que la reducción en el número de accionistas de Canpotex revestía especial importancia, debido a que previo a la notificación, cada accionista estaba limitado por otros dos accionistas y, luego de ella, sería limitado sólo por uno. De ello, la CCI concluyó que tanto los intereses como los incentivos de los accionistas post transacción estarían más alineados⁵⁶.

Por otro lado, la CCI consideró las participaciones de mercado de los distribuidores de potasio en la India, notando que APC, ICL y SQM concentran de un 45% a un 50% del mismo, mientras que los otros dos competidores de cierta relevancia cuentan con un 20% a 25% del mercado cada uno.

Finalmente, la CCI destacó que una hipotética desinversión de las partes notificantes en APC, ICL y SQM, tendría el efecto de crear tres competidores independientes en el mercado indio, con el incentivo y las habilidades para competir por una mayor participación en el mismo.

⁵⁵ Competition Commission of India, Combination Registration No. C-2016/10/443 de fecha 27.10.2017, pp. 2 y siguientes.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 7.

Atendiendo a todo lo anterior, impuso, como condición necesaria para la aprobación de la operación de concentración, la materialización de las mencionadas desinversiones y especificó además el modo, la manera y las condiciones para su implementación.

IV.2.2. El proceso de desinversión ordenado por la CCI

En virtud de la decisión de la CCI, las partes deberán vender o procurar vender sus acciones en APC, ICL y SQM dentro del “primer periodo de desinversión”, esto es, un período de 18 meses desde la “fecha efectiva” (el momento en que las partes reciben la orden)⁵⁷.

La desinversión debe verificarse a través de la transferencia de los activos respectivos, ya sea en virtud de una venta negociada a uno o más compradores, o a través de una oferta secundaria intermediada, o por una combinación de ambas⁵⁸.

Si la venta se verifica en el mercado secundario, las partes deben asegurarse de que ningún comprador adquiera más del 5% de interés en ninguna de las sociedades mencionadas (PC, ICL y SQM)⁵⁹.

En el caso que la venta sea producto de una negociación directa y alguno de los compradores adquiera más del 5%, la venta deberá realizarse a un comprador aprobado, de acuerdo con el acuerdo aprobado de compraventa⁶⁰.

Si el cierre del negocio no tiene lugar de acuerdo con la expresado *supra*, la CCI debe nombrar una Agencia de Desinversión (la “Agencia”) para llevar a cabo la venta⁶¹. Su nombramiento tendrá efecto a contar del segundo período de desinversión o desde el día de su nombramiento, cualquiera sea lo último que ocurra⁶².

Durante el segundo período de desinversión, la entidad fusionada cooperará con la Agencia para facilitar la venta de los intereses de PotashCorp en APC, ICL y SQM⁶³.

IV.2.3. Obligaciones adicionales impuestas por la CCI

Como complemento de las obligaciones de desinvertir a las que se hizo referencia, la CCI impuso ciertas obligaciones adicionales a las partes. En ese sentido, las partes deben procurar no ejercer sus derechos de voto en relación con los activos que serán vendidos, desde la fecha en que hayan tomado conocimiento de la orden y hasta el cierre del negocio⁶⁴.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 43.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 44.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ibid.*, p. 45.

⁶¹ *Ibid.*, p. 46.

⁶² *Ibid.*, p. 47.

⁶³ *Ibid.*, p. 48.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 52.

Además, durante el período de desinversión contemplado en la orden de la CCI, la entidad fusionada no podrá adquirir, ofertar o proponer la adquisición de acciones adicionales en APC, ICL o SQM, sea a través de la consolidación de una fusión, oferta pública u otra forma (incluyendo su adquisición a través de la propiedad de valores derivados, sean o no susceptibles de ejercicio inmediato, con privilegio de ejercicio o de conversión o un acuerdo de pago u otro mecanismo)⁶⁵.

Adicionalmente, dentro de 30 días contados desde el cierre de la fusión propuesta, la entidad fusionada debe nominar como designado para el Directorio de APC y SQM, sólo a directores independientes que no sean empleados de PotashCorp, de la entidad fusionada o de cualquier otro productor de potasio. Adicionalmente, la CCI impuso la obligación a la entidad fusionada de asegurarse de que los actuales empleados de APC y SQM permanezcan sujetos a las medidas de segregación detalladas *infra* y de no nombrar ni secundar a ninguno de sus empleados para servir en puestos de gerencia de APC y SQM⁶⁶.

Es posible apreciar cómo el propósito de estas obligaciones de separación es: **(i)** asegurar que no existan vínculos estructurales entre las partes y APC, ICL y SQM; **(ii)** asegurar que información competitivamente sensible no sea intercambiada entre las partes de APC, ICL y SQM; y **(iii)** prevenir un daño a la competencia durante el período en que se verifica la desinversión⁶⁷.

Por otro lado, en un punto que resulta bastante relevante para el impacto de esa fusión en Chile, la CCI dispuso que en aquellos casos en que los activos sean transferidos a través de una venta negociada y alguno de los compradores adquiera más del 5% de interés en APC, ICL o SQM, la identidad del comprador y el contrato de compraventa final serán condicionales a la aprobación de la CCI. En ese sentido, la CCI estableció que, para que sea aprobado, el comprador que las partes propongan debe, entre otros: **(i)** ser independiente y no tener conexión alguna con las partes, de forma tal que no se trate una compañía subsidiaria, afiliada o asociada a PotashCorp, Agrium o la entidad fusionada; y, **(ii)** no crear ni poner en riesgo la implementación de la orden en el tiempo que corresponda y deberá, en particular, esperar razonablemente su aprobación por parte de las autoridades relevantes para la adquisición de los activos a ser vendidos⁶⁸.

IV.3. La decisión del Ministro de Comercio de la República Popular de China

El Ministro de Comercio de la República Popular de China (“MOFCOM” por sus siglas en inglés), con fecha 7 de noviembre de 2017, procedió a aprobar la operación de concentración

⁶⁵ *Ibid.*, p. 53.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 54.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 55.

⁶⁸ *Ibid.*, p.59.

propuesta, exigiendo ciertas condiciones que deben ser cumplidas por las partes⁶⁹. Realizando un análisis similar al de su contraparte india, el MOFCOM también exigió a las partes la venta de los activos de PotashCorp en las compañías APC, ICL y SQM.

Sin embargo, los términos en que lo hizo difieren de los de la autoridad india. El MOFCOM se limitó a establecer un plazo para que tuviera lugar la venta de los activos y se reservó la facultad de aprobar al comprador. De esta forma, estableció -al menos *a priori*- menos exigencias que las establecidas por la CCI.

La autoridad china estableció, en el caso de venta negociada de los activos, un plazo de 15 meses para determinar el o los compradores y someterlo(s) a la aprobación del MOFCOM. Luego de ello, la entidad fusionada dispone del plazo de 3 meses para someter a la aprobación de la autoridad el contrato de compraventa mismo. Por otro lado, de tratarse de una venta en el mercado secundario, las partes disponen de 18 meses para su verificación.

La entidad fusionada y sus afiliadas no podrán recomprar los activos enajenados de ninguna forma y deben reportar al MOFCOM acerca del proceso de desinversión en tiempo y forma.

V. Tianqi ha manifestado un serio interés por adquirir los derechos sociales en SQM de los que PotashCorp tiene que deshacerse

Llegados a este punto, nos encontramos con el hecho fundamental que motiva la presente denuncia, cual es que Tianqi ha manifestado un interés serio por adquirir la participación minoritaria -aunque relevante- en uno de sus principales competidores en el mercado mundial de litio: SQM.

En efecto, Tianqi ha aparecido públicamente dando cuenta de su interés por adquirir el 32% de participación en SQM que PotashCorp se encuentra actualmente obligado a vender. Numerosos medios de prensa han reportado acerca de la intención de la compañía china. Tal es el caso del diario La Tercera, que el pasado 17 de febrero aseguró que a esa fecha habían aparecido compañías chinas interesadas en comprar las acciones de Nutrien (ex PotashCorp), entre las que se cuenta Tianqi⁷⁰. En el mismo sentido, el diario El Mostrador también menciona a Tianqi como la posible adquirente de la participación en SQM que PotashCorp está obligada a desinvertir⁷¹.

Este interés es consecuente con lo informado por los medios de comunicación en relación al interés del Estado chino en realizar inversiones en mercados clave como el del litio. Una fuente citada en el diario La Tercera en relación al interés de Tianqi en SQM señaló que “*las empresas*

⁶⁹ <http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/buwei/201711/20171102672899.shtml>

⁷⁰ <http://www.latercera.com/negocios/noticia/sqm-los-movimientos-tras-la-venta-del-ano/71431/>

⁷¹ <http://www.elmostrador.cl/mercados/2017/11/23/rio-tinto-tianqi-y-albemar-le-la-lista-corta-por-el-paquete-de-sqm-que-complica-al-estado-de-chile/>

chinas tienen el mandato de aglomerar material para el mercado de baterías y son ellos los que están corriendo con mayor interés y con muchas ganas de pagar lo que sea necesario”⁷². Esa disposición para pagar “lo que sea necesario” se predicó también respecto de Tianqi en el proceso que culminó en su adquisición de control en Talison⁷³, lo que da cuenta de un cierto *modus operandi* de parte de la primera.

En el mismo sentido, medios extranjeros han tildado este interés como una desesperada carrera global por lograr el control del litio para los vehículos eléctricos. La CNBC destacó la declaración de Jay Jacobs, director de investigación en Global X (compañía de soluciones de inversión), quien aseguró que “dado el poder del gobierno chino para dirigir la economía, si ellos quieren convertirse en líderes mundiales en los vehículos eléctricos, seguramente pueden lograrlo” (“*Given the government's power in China to direct the economy, if they want to become the world leaders in electric vehicles, they can likely achieve it*”). Agregó que China no está enfocándose sólo en la fabricación de vehículos eléctricos, sino que está adquiriendo proyectos de litio y apoyando el crecimiento de los productores de baterías, de forma que puedan controlar una mayor parte de la cadena de suministros de los vehículos eléctricos⁷⁴.

Esta vinculación entre Tianqi y el Estado chino puede apreciarse también en el rol que suele jugar China Investment Corporation en este tipo de transacciones. China Investment Corporation es un fondo de inversiones, responsable del manejo de parte de las reservas extranjeras de la República Popular China. Es accionista de Tianqi y, en 2012, cofinanció la adquisición de control en Talison. Esta vinculación es la que también permitió a Tianqi en ese momento y le permitiría ahora, pagar precios sustancialmente más altos que los que pueden ofrecer sus competidores⁷⁵, esto es, precios más altos que los de equilibrio de mercado con tal de hacerse del control de empresas explotadoras de litio tales como SQM.

VI. La compra de PotashCorp por parte de Tianqi no estaría sujeta al control de operaciones de concentración consagrado en el Título IV del Decreto Ley N°211. Pese a ello, la FNE está llamada a investigar los riesgos derivados de la misma

VI.1. No habría adquisición de control en los términos del artículo 47 del DL 211

Parece útil iniciar esta sección dando cuenta de que, de materializarse la adquisición de PotashCorp por parte de Tianqi, la misma no estaría sujeta al control obligatorio de

⁷² <http://www.latercera.com/negocios/noticia/sgm-los-movimientos-tras-la-venta-del-ano/71431/>

⁷³ <http://www.miningbusiness.net/content/tianqi-signs-takeover-pact-talison-lithium>
<https://www.businesswire.com/news/home/20140528005569/en/Rockwood-Completes-Acquisition-49-Interest-Talison-Lithium>
<https://www.businesswire.com/news/home/20131202005410/en/Rockwood-Acquire-49-Interest-Talison-Lithium-Joint>

⁷⁴ <https://www.cnbc.com/2017/12/04/china-in-pole-position-amid-global-race-to-secure-lithium-supplies.html>

⁷⁵ <http://www.4-traders.com/TIANQI-LITHIUM-CORP-6888062/company/>

operaciones de concentración establecido en el Decreto Ley N°211. En efecto, no concurriría en este caso ninguna de las vías consagradas en el artículo 47 del referido cuerpo legal, por lo que las partes no estarían obligadas a someter la operación en cuestión a aprobación de las autoridades de libre competencia.

Al efecto, parece necesario explicar con algo más de detención por qué no se configuraría la hipótesis del literal b) del artículo 47 recién referido en ese caso. Dicho literal se refiere a la adquisición directa o indirecta, de derechos que permitan, en forma individual o conjunta, influir decisivamente en la administración de otro agente económico.

La sola adquisición de un interés de 32% en SQM no otorgaría a Tianqi, ni directa ni indirectamente, ni en forma individual ni conjunta, la posibilidad de influir decisivamente en la administración de SQM. Ello, principalmente dado que un 32% de participación accionaria daría a Tianqi el derecho a designar 3 del total de 8 directores de SQM. En ese mismo sentido, esos 3 directores que podrían ser designados por Tianqi, tampoco darían a dicha compañía, ni *de iure* ni *de facto*, una influencia decisiva en la elección del presidente de SQM.

Por ello, es esperable que las partes de la operación concluyan que no están obligados a notificar de la misma a las autoridades chilenas de libre competencia. Ello, pese a los importantes riesgos anticompetitivos que la misma generaría, por el hecho de dar lugar a una participación minoritaria -aunque relevante en su entidad- de una empresa en un competidor, y a potenciales situaciones de *interlocking*.

VI.2. Necesidad de analizar la adquisición de PotashCorp por parte de Tianqi en los términos del artículo 3 del DL 211

VI.2.1. La aproximación de la doctrina y jurisprudencia a las participaciones minoritarias en competidores y al *interlocking*

La circunstancia de que un hecho, acto o convención no quede sometido al control obligatorio preventivo de operaciones de concentración regulado en el Título IV del DL 211, no impide que el mismo pueda ser analizado en los términos del artículo 3 del mismo cuerpo legal. Lejos de ello, participaciones minoritarias en competidores o situaciones de *interlocking* como las que podría dar lugar la adquisición de los derechos sociales que PotashCorp mantiene en SQM por parte de Tianqi pueden perfectamente dar lugar a hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia o que tiendan a producir dichos efectos.

Esto es generalmente aceptado tanto en Chile como en el extranjero. A modo de ejemplo, la FNE publicó un documento que expone el panorama tanto de la doctrina como jurisprudencia

comparada⁷⁶, por lo que Corfo estima que no es necesario, en esta etapa de la denuncia, elaborar con mayor detalle el estado del arte sobre esta materia en la doctrina y jurisprudencia. Simplemente, nos remitimos al efecto a dicho exhaustivo documento de la FNE.

Con todo, sí estimamos adecuado realizar algunos énfasis. Al efecto, es importante comenzar señalando que la FNE entiende que:

“En la medida que los *interlocking* de directores y las participaciones minoritarias presenten riesgos para la competencia, sin importantes eficiencias que sirvan de contrapeso, tal como se ha argumentado en este documento, dichas estructuras pueden ser alcanzadas por el DL 211 y se encuentran sujetas al control de los órganos antimonopolio”⁷⁷.

Lo anterior es bastante razonable, por cuanto los riesgos de libre competencia asociados a participaciones minoritarias e *interlocking* de directores pueden ser igualmente graves que los derivados de operaciones de concentración. En palabras de la FNE:

“Las participaciones minoritarias no son, por tanto, cualitativamente distintas de una fusión en cuanto a sus efectos, según se verá a continuación”⁷⁸.

Es por ello, que se hace necesario ahondar en las teorías del daño anticompetitivo vinculadas a la existencia de participaciones minoritarias en competidores y a situaciones de *interlocking*. En ese sentido, y particularmente respecto de participaciones minoritarias en competidores, la FNE ha señalado que incluso en ausencia de control, dichas participaciones pueden generar riesgos anticompetitivos:

“El escenario en que resulta más sencillo analizar los efectos de las participaciones minoritarias se configura cuando estas no traen aparejadas ningún tipo de “derecho de control”, es decir, cuando el interés financiero que una empresa tiene en su competidor no le otorga acceso a información sobre su competidor, no le permite nombrar representantes en su directorio, ni vetar decisiones estratégicas de la compañía. Incluso en este contexto aparentemente inocuo, es posible que se manifiesten ciertos riesgos unilaterales y riesgos de coordinación”⁷⁹.

Ahondando en los riesgos derivados de la existencia de participaciones no controladoras en competidores, la FNE ha explicitado que las mismas pueden dar lugar tanto a efectos unilaterales como coordinados. En relación con los efectos unilaterales, la FNE ha señalado que:

“La adquisición de participaciones minoritarias muestra sólo diferencias cuantitativas con la estructura de incentivos generada por una fusión, en tanto altera los incentivos a

⁷⁶ Fiscalía Nacional Económica, División de Fusiones y Estudios, “Participaciones minoritarias y directores comunes entre empresas competidoras”, noviembre de 2012.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 47.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 7.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 8.

competir de la empresa que realiza la adquisición. En este caso, un aumento de precios, otrora perjudicial, puede volverse rentable para la compañía adquirente (A), en tanto la participación minoritaria le permitirá capturar parte de las rentas adicionales que la compañía adquirida (B) obtendrá producto de un aumento en su demanda. Aunque, a diferencia del caso en que existe una fusión completa, la captura por parte de la compañía adquirente (A) de las rentas adicionales obtenidas por la compañía adquirida (B) no será completa, ésta todavía puede ser de una entidad suficiente como para volver rentable un aumento sustancial en los precios”⁸⁰.

En relación con los efectos coordinados, la FNE ha afirmado que:

“Además de los riesgos unilaterales, los vínculos materiales entre competidores pueden aumentar los riesgos de coordinación al interior de un mercado. Como ha señalado el TDLC, dicho riesgo ‘no sólo se refiere al de colusión expresa o tácita entre las empresas que participan en el mercado relevante, que en general serían ilícitas, sino que también a un concepto más amplio de comportamientos coordinados que es el que surge de la interacción repetida entre empresas, sin que exista necesariamente un acuerdo de cooperación entre éstas, es decir, una coordinación que surja de la mera interdependencia oligopolística’.

En la misma línea, la FNE ha reconocido que los efectos coordinados incluyen conductas que no necesariamente serían reprochables por el derecho de la competencia en otros escenarios, pero cuyo perjuicio para la competencia obliga a velar preventivamente porque la estructura de mercado no tienda hacia configuraciones más riesgosas.

Al igual que en los escenarios de fusiones, las participaciones minoritarias generan riesgos de coordinación, bien mejorando las posibilidades de monitoreo entre los competidores, bien volviendo menos atractiva la desviación del eventual acuerdo colusivo”⁸¹.

La jurisprudencia y doctrina comparada también han desarrollado en detalle las posibles teorías de daño asociadas a la existencia de intereses no controladores en competidores. Se ha señalado que hay al menos cinco formas en que intereses no controladores en competidores pueden afectar la libre competencia. La primera teoría se basa en efectos unilaterales en la forma de incentivos reducidos para competir entre la firma adquirente y aquella en la cual adquirió el interés no controlador⁸². La segunda teoría se basa en la posibilidad de que el adquirente adquiera la habilidad y el incentivo de influenciar la dirección estratégica de la firma en la cual alcanzó una participación minoritaria⁸³. Tercero, se entiende que un interés no controlador por parte de un competidor puede aumentar el riesgo de acuerdos o prácticas concertadas consistentes en intercambios de información sensible⁸⁴. La cuarta teoría del daño se funda en que un accionista minoritario puede inducir a la firma en cuestión a discriminar a

⁸⁰ *Ibid.*, pp. 8 y 9.

⁸¹ *Ibid.*, p. 10.

⁸² Nicholas Levy, “Expanding EU merger control to non-controlling minority shareholdings: a sledgehammer to crack a nut?”, *Competition Policy International*, diciembre de 2014, p. 4.

⁸³ *Ibid.*, p. 5.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 6.

sus rivales o contrapartes con el objeto de beneficiar los intereses del accionista minoritario⁸⁵. Finalmente, se entiende que la existencia de intereses no controladores en competidores puede desincentivar la entrada por parte de terceros al mercado⁸⁶.

Lo que se viene diciendo respecto de las participaciones minoritarias es incluso más pronunciado en relación con casos de *interlocking* de directores. La FNE entiende por *interlocking* la situación que se da “cuando una misma persona integra el directorio de dos o más empresas”⁸⁷. Las situaciones de *interlocking* son particularmente relevantes para el derecho de la libre competencia cuando las dos o más empresas en las que una misma persona es director, son competidoras entre sí. Esta situación es la que en doctrina ha recibido el nombre de *interlocking* horizontal directo.

Profundizando en estos riesgos, la FNE ha señalado que:

“El flujo de información entre competidores generado por estos *interlocking* traiciona los presupuestos sobre los que descansa la operación del mercado, como bien señala el documento publicado por la OECD: ‘From an antitrust perspective, because vigorous competition on the market is premised on the assumption that firms take business decisions independently from each other, the fact that competing firms share the same board members may raise question as to the independence of the companies involved and their ability to perform competitively in the market. In these situations, *interlocking* directorates have the potential to reduce or eliminate competition and to facilitate collusion. In particular, [...] these arrangements could lead to horizontal co- ordination of the business conduct of competing firms, through the exchanges of information, parallel behavior, foreclosure of rivals, or a number of other activities that might affect competition adversely to the detriment of consumers’ welfare’.

En términos de la OFT, ‘*interlocking* directorates provide directors or managers with a particularly privileged level of access to information about the commercial activities of the firm’. El nombramiento de un director en una empresa competidora permite, en principio, participar en la evaluación de decisiones de negocios de dicha empresa, acceder a información sobre potenciales inversiones y planes de desarrollo futuro, así como a información sobre precios (presentes y futuros), costos y volúmenes de manera privada y desagregada, todo ello, además, sobre la base de un contacto frecuente y estable (junta de directores), al que se agrega a veces la existencia de vínculos estructurales adicionales que generan intereses financieros comunes entre las compañías. Tal y como señalamos supra para el caso de las participaciones minoritarias, la presencia de este tipo de mecanismos que aumentan el flujo de información entre competidores facilita el reconocimiento de la interdependencia oligopolística, cuestión que motiva un actuar coordinado entre los agentes aún en ausencia de un acuerdo explícito”⁸⁸.

En virtud de lo que se viene señalando, la FNE ha abogado por un acercamiento preventivo y

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Fiscalía Nacional Económica, División de Fusiones y Estudios, “Participaciones minoritarias y directores comunes entre empresas competidoras”, noviembre de 2012, p. 14.

⁸⁸ *Ibid.*, pp. 28-30.

ex ante a potenciales situaciones de *interlocking*:

“Así, no es que los *interlocking* sean por sí mismos prueba de un acuerdo colusorio. Al contrario, al establecer una base de contacto frecuente entre las empresas, pueden generar coordinación entre las empresas sin necesidad de dicho acuerdo. Su control, por tanto, se basa en una visión preventiva, que resulta indispensable en el marco de la libre competencia. En términos del TDLC: ‘Es central a la labor preventiva que se ejerce en el control de concentraciones considerar que diversas conductas coordinadas no se podrán castigar, ya sea porque se adoptan a través de la interdependencia oligopolística o porque aún siendo casos de colusión, son difíciles de detectar. Ello exige a este Tribunal considerar los cambios en la estructura del mercado que podrían favorecer dichos comportamientos, a efectos de mitigar tales riesgos’.

Adicionalmente, los *interlocking* facilitan la detección de desviaciones de un eventual acuerdo colusorio con relativamente poco rezago, en tanto conforman una plataforma de intercambio de información con cierta periodicidad (i.e., no son intercambios contingentes y esporádicos de información). Esto, como ha reconocido el TDLC, permite que la reacción de castigo sea más rápida, haciendo menos rentable dicha desviación y, por ende, facilitando la colusión”⁸⁹.

La doctrina comparada ha sistematizado los riesgos a los que se viene haciendo referencia de la siguiente manera:

“Acquisitions of structural links may lead to anticompetitive effects by: (a) reducing the competitive pressure between competitors (horizontal unilateral effects); (b) facilitating coordination among competitors (horizontal coordinated effects); or (c) allowing companies to hamper competitors’ access to inputs or customers in the case of vertical structural links (vertical effects). While such potential anticompetitive effects are likely to be less pronounced than in the case of acquisitions of control, they may nonetheless lead to a significant impediment of effective competition (potentially affecting, eg, innovation, growth, offer, or prices). Moreover, the scope for potential efficiencies is generally smaller in the case of structural links than in the case of acquisitions of control”⁹⁰.

Siendo así las cosas, es posible concluir que una política de libre competencia adecuada debe preocuparse de estructuras que potencialmente pueden tener efectos anticompetitivos, como es lo que ocurre con las participaciones minoritarias en competidores y con los *interlocking*. Esta misma circunstancia es la que ha llevado a que, por ejemplo, en Estados Unidos, las participaciones minoritarias en competidores y los *interlocking* se encuentren prohibidos⁹¹.

En Chile, el ámbito de aplicación del artículo 3 del DL 211 permite abarcar sin problema alguno el análisis de participaciones minoritarias en competidores e *interlocking* en aquellos casos en que podrían generar efectos anticompetitivos. En efecto, el ámbito de aplicación del

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Jonathan Faull and Ali Nikpay, “The EU Law of Competition”, p. 564.

⁹¹ *Ibid.*, pp. 34-36.

artículo 3 del DL 211 es más amplio que el de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por lo que en Chile no hay espacio para discusiones tales como las que tuvieron lugar en Europa en relación con la procedencia de acercarse a participaciones minoritarias entre competidores e *interlocking*⁹².

Plenamente consistente con lo anterior es la reciente consagración en el artículo 3 del DL 211 de su nuevo literal d), que señala explícitamente a la participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí como ejemplo de un hecho acto o convención que puede impedir, restringir o entorpecer la libre competencia. Por lo demás, es interesante constatar que esta consagración legal deja en evidencia que la FNE está llamada a ejercer las atribuciones que le confiere el artículo 39 del DL 211 e investigar participaciones minoritarias entre competidores y situaciones de *interlocking*.

Lo propio es predicable respecto de la consagración del artículo 4 bis del DL 211, que impone la obligación de informar a la FNE de adquisiciones, por parte de una empresa o de alguna entidad integrante de su grupo empresarial, de participación, directa o indirecta, en más del 10% del capital de una empresa competidora, bajo ciertas condiciones. Es importante dejar en evidencia que la existencia de este artículo 4 bis del DL 211, lejos de impedir que la FNE investigue de manera preventiva situaciones en que se verifiquen participaciones minoritarias en competidores, es una muestra más de la relevancia que este tipo de relaciones entre firmas competidoras debe tener en nuestro derecho de libre competencia.

En este estado de cosas, lo cierto es que, primero, nada impide que la FNE investigue la adquisición del interés de PotashCorp por parte de Tianqi, dado que la misma generaría la existencia de una participación minoritaria en competidores, estableciendo relaciones estructurales entre empresas que controlan cerca de 70% del mercado mundial del litio, con importantes riesgos anticompetitivos y, muy probablemente, situaciones de *interlocking* que no harían sino incrementar la potencialidad anticompetitiva de la adquisición referida, según se expondrá más adelante. De hecho, no sólo nada impide que la FNE investigue esta adquisición haciendo uso de las facultades que le otorga el artículo 39 del DL 211, sino que la política de libre competencia que nuestro país se ha dado, hace imperioso que la FNE se involucre en este tipo de casos, incluso adoptando medidas preventivas.

Por lo demás, la adquisición de los derechos sociales que PotashCorp mantiene en SQM por parte de Tianqi posiblemente quedará sujeta al control de operaciones de concentración en distintas jurisdicciones. En efecto, más allá del control al que se someterá la adquisición de los derechos sociales que PotashCorp tiene en SQM por parte de Tianqi ante las autoridades de China e India, y de la circunstancia de que hay buenas razones para concluir que las partes de dicha operación no están obligadas a someterla a control de operaciones de concentración en

⁹² *Ibid.*, pp. 44, 46 y 47.

Chile, es esperable que la misma sea controlada por autoridades de libre competencia de otras jurisdicciones. Ello podría ser el caso, de cumplirse los umbrales respectivos en cada una de las jurisdicciones referidas -cuestión respecto de la cual Corfo no tiene información en esta etapa-, en Japón, Alemania y Estados Unidos, a modo ejemplar.

VII. Competencia de la FNE para investigar la adquisición del interés de PotashCorp por parte de Tianqi: efectos anticompetitivos derivados de la misma en Chile

El siguiente paso de análisis es establecer la competencia de la FNE para investigar los hechos descritos en esta denuncia. El punto que se mostrará en esta sección es que el hecho de que en la actualidad el litio, principal producto de Tianqi que afecta al mercado chileno, sea un producto principalmente de exportación, no significa que la FNE no tenga competencia para conocer de este asunto.

Al efecto, resulta imperioso dejar establecido que el alcance territorial del DL 211 se basa principalmente en la denominada *doctrina de efectos*. En virtud de la misma, conductas que tienen efectos directos o indirectos en Chile deben considerarse cubiertas por el ámbito de aplicación del DL 211. En ese sentido, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) ha señalado que:

“Trigésimo cuarto. Que, al respecto, este Tribunal ha sido claro en manifestar que, si se siguiera la argumentación de falta de jurisdicción presentada por el requerido, ésta última quedaría reducida únicamente al lugar en el que se comete, celebra, acuerda o desarrolla una conducta eventualmente anticompetitiva, sin alcanzar al lugar en el que se producen los efectos actuales o potenciales de la misma, con lo que se llegaría “al absurdo extremo de no poder juzgarse en Chile restricciones a la competencia efectuadas en el extranjero pero que afectan a alguno o algunos de nuestros mercados, o al de juzgar conductas realizadas en Chile que no sean aptas para producir efectos anticompetitivos en el país”, faltándose en ambos casos a los principios de inexcusabilidad y de economía procesal, y perdiendo además con ello todo sentido la estructura normativa del D.L. N° 211, “cuyo propósito es el de velar, dentro del territorio de la República, por el desenvolvimiento competitivo de sus mercados”⁹³.

En este caso, la adquisición de los derechos sociales que PotashCorp mantiene en SQM por parte de Tianqi tiene efectos actuales o potenciales en los mercados chilenos, particularmente de producción y comercialización de litio, y varios otros mercados de consumo *aguas abajo*, que emplean el litio como insumo para la producción de dichos productos.

En ese sentido, es necesario tener presente que las prácticas potencialmente restrictivas de la libre competencia descritas en esta denuncia tendrían lugar en Chile. En efecto, la adquisición del interés de PotashCorp por parte de Tianqi se refiere a la compra de un interés social en

⁹³ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Sentencia Rol N°117/2011 de 29 de diciembre de 2011.

una firma chilena que produce y comercializa sus productos tanto en Chile como en el extranjero. El más evidente de dichos efectos es el que se daría en la estructura y dinámica competitiva en el mercado de la extracción y comercialización de litio entre SQM, Albemarle y potenciales actores que puedan entrar a desempeñarse en la explotación de otros salares de litio en el país. Esto es particularmente relevante considerando que, según se explicó, el litio es un producto escaso de alta relevancia estratégica para el desarrollo de varios productos en los mercados *aguas abajo*.

En este sentido, el párrafo 100 de la Guía sobre Efecto en el Comercio de la Unión Europea, señala que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se aplica si es que el acuerdo o práctica concertada es implementado o produce sus efectos dentro de la Unión Europea. El caso líder en este sentido es el denominado *Woodpulp*, en el que la Corte de Justicia señaló que:

“16. A este respecto, debemos señalar que una infracción del artículo [101], como es la conclusión de un acuerdo que ha tenido por efecto restringir la competencia dentro del mercado común, implica dos elementos de comportamiento, en concreto, la adopción del acuerdo colusorio y su ejecución. Si se hiciera depender la aplicabilidad de las prohibiciones impuestas por el Derecho de la competencia del lugar de adopción del acuerdo colusorio, ello nos conduciría claramente a facilitar a las empresas un medio fácil para sustraerse a dichas prohibiciones. Lo que es determinante, por tanto, es el lugar en el que el acuerdo colusorio se ejecuta.

17. En este caso concreto, los productores han puesto en práctica su acuerdo sobre precios dentro del mercado común. A este respecto, poco importa que se hayan servido, o no, de filiales, agentes, subagentes o sucursales establecidos en la Comunidad con el fin de entablar contactos entre ellos y los compradores que están establecidos en ésta.

18. En estas circunstancias, la competencia de la Comunidad para aplicar sus normas de Derecho de la competencia a tales comportamientos está cubierta por el principio de territorialidad, que está reconocido universalmente en Derecho internacional público”⁹⁴.

Enseguida, es necesario no perder de vista que el litio exportado por SQM y Albemarle es un insumo importante (o crucial) para la elaboración de productos terminados tales como cerámicas, baterías, artículos electrónicos, vehículos eléctricos y medicamentos. El hecho que dichos productos regresen a Chile, vía importación, conteniendo litio extraído en el país, hace que conductas que se verifiquen en el mercado de extracción y comercialización de litio tengan importantes efectos en Chile además del resto del mundo⁹⁵.

⁹⁴ Asunto *Ahlstrom Osakeyhtio (Woodpulp)* (1998), EU:C:1988:447.

⁹⁵ Este enfoque es consistente con el adoptado por las autoridades de libre competencia de por ejemplo - Estados Unidos. De hecho, ya en sus antiguas *Antitrust Enforcement Guidelines* de 1995, indicaban, por ejemplo, que carteles de exportación quedarían cubiertos por la *Sherman Act* cuando el cartel fija un precio para un insumo que será utilizado en el extranjero para elaborar productos que luego serían importados a Estados Unidos.

En ese sentido, es importante notar que el litio no puede ser visto como un producto que sea parte de un mercado netamente de exportación, dado que no se trata de un producto que sea exportado fuera de Chile y luego no tenga efecto alguno en el país. Las principales razones que permiten argumentar lo anterior son dos.

Primero, porque -como se explicó- los potenciales efectos a la libre competencia no se darían solamente en jurisdicciones distintas de Chile, dado que el del litio es un mercado global, del que Chile también es parte y en el que además tiene un rol muy importante como productor. Siendo así las cosas, los efectos de las conductas ocurridas en el mercado global del litio tienen efectos directos e indirectos en Chile y, por lo mismo, están sujetas al escrutinio de las autoridades de libre competencia del país.

Segundo, porque cualquier restricción o efecto que una conducta pueda tener en las exportaciones de Chile, es contraria al DL 211. Es clave para el país poder ser competitivo en el flujo de exportaciones y de maximizar su flujo de exportaciones por sobre el interés de determinadas empresas privadas que pudieren estar involucradas. Esto es particularmente cierto considerando que el litio es un producto escaso que se explota por privados a base de una autorización otorgada por el Estado.

A modo de ejemplo, una eventual coordinación entre Tianqi y Albemarle para beneficiar su operación en Australia, o para competir de manera menos agresiva impactará necesariamente la producción y exportación de litio en Chile. Por situaciones como la recién descrita, va en directo interés de Chile la existencia y el ingreso de firmas a este mercado que tengan fuertes incentivos para competir de manera intensa, con el objeto de obtener o asegurar para el país una parte relevante de las ganancias mundiales y precios más bajos, así como mejor calidad, en los productos derivados que se exporten a Chile.

Un ejemplo reciente que resulta ilustrativo en este punto es la decisión en el caso Rhodes Food, en Sudáfrica⁹⁶. La misma se refirió a un caso de fijación de precios, repartición de mercado y participaciones colusivas en licitaciones por parte de empresas sudafricanas en mercados extranjeros. La Comisión Sudafricana de Competencia concluyó que la conducta en cuestión vulneró la normativa de libre competencia sudafricana. En efecto, pese a que el impacto de la conducta no se verificó en Sudáfrica, la autoridad sudafricana se estimó competente para conocer del asunto, en virtud de las siguientes consideraciones.

Primero, porque la actividad económica de las partes (la producción del bien en cuestión) se desarrolló en Sudáfrica, lo que hizo que las conductas de dichas firmas quedaran cubiertas por la normativa sudafricana.

⁹⁶ Decisión de la Comisión Sudafricana de Libre Competencia de 8 de octubre de 2014 en el asunto Rhodes Food.

Segundo, porque las firmas involucradas competían con otras firmas sudafricanas en los mercados de exportación. Este argumento es consistente con lo dispuesto por la Comisión Europea y las Cortes Europeas, en virtud de lo cual conducta desarrollada fuera de la Unión Europea podrían afectar a competidores situados en la Unión Europea⁹⁷.

Lo que se viene diciendo es plenamente consistente, además, con el bien jurídico protegido por el DL 211. Sea que se estime que lo que se busca proteger es el bienestar total de la sociedad chilena o el bienestar de los consumidores nacionales, lo cierto es que el objeto de la política de libre competencia y, en particular, del artículo 3 del DL 211 es proteger estructuras competitivas de mercado, y promover y defender la eficiencia económica, con la expectativa de que en el largo plazo esto contribuirá a maximizar el bienestar de los consumidores chilenos⁹⁸. Las maneras explicitadas más arriba revelan cómo la adquisición del interés de PotashCorp por parte de Tianqi en una empresa tan estratégica como lo es SQM para el futuro del país, tendrían efectos en Chile, y afectarían directa y evidentemente tanto el bienestar de los consumidores chilenos como el bienestar total de la sociedad nacional.

Para plantearlo en otros términos, en este caso existe una conexión lo suficientemente clara entre la potencial conducta anticompetitiva y sus efectos en Chile, por lo que las autoridades chilenas de libre competencia están llamadas a actuar para evitar daños a los mercados chilenos y sus consumidores.

VIII. Efectos anticompetitivos derivados de la adquisición de una participación minoritaria de Tianqi en SQM y de la posible situación de *interlocking* a la que daría lugar

VIII.1. Riesgos derivados de participaciones minoritarias en empresas competidoras

Tianqi y SQM son firmas competidoras en el mercado de extracción y comercialización de litio. Se mostró también cómo Tianqi ha manifestado su interés en adquirir un interés no controlador en SQM. En virtud de dicha adquisición, Tianqi no solamente tendría intereses en Chile en virtud de su *joint venture* con Albemarle (la empresa que explota el Salar de Atacama junto con SQM), sino que también a través de la propia SQM, empresa en la que tendría una participación accionaria de 32% y el derecho a nombrar a 3 directores. Más importante, la adquisición referida consolidaría un vínculo estructural entre los dos principales productores de litio en Chile -Albemarle y SQM-, que además concentran cerca del 70% de la producción mundial del mineral referido.

Estas circunstancias darían lugar a la existencia de una participación minoritaria de Tianqi en SQM, que conlleva todos los riesgos anticompetitivos que fueron expuestos *supra*, derivados de

⁹⁷ Decisión de la Comisión Europea de 23 de diciembre de 1992 relativa al asunto IV/32448 – IV/32450: Cewal.

⁹⁸ OECD, “Roundtable on quantification of harm to competition by national courts and competition agencies, note by the delegation of Chile” (DAF/COMP/WD(2011)1).

la existencia de participaciones minoritarias en competidores, los que se ven agravados por la alta probabilidad de que se generen situaciones de *interlocking* entre Talison (de propiedad de Albemarle y Tianqi), Albemarle, Tianqi y SQM.

En primer lugar, dado el *joint venture* que Tianqi mantiene con Albemarle -Talison, que opera en Australia y Chile-, lo cierto es que los incentivos que Tianqi tendría para influir en SQM con el objeto de mitigar la competencia entre la propia SQM, Albemarle, Tianqi y Talison son evidentes.

Lo anterior, dado que Tianqi pasaría a estar presente no solamente en tres de los principales actores del mercado mundial del litio, sino que lo haría en los dos actores presentes en Chile, lo que hace que sus incentivos para morigerar la intensidad competitiva sean altos.

En efecto, el hecho de estar presente en -o tener enlaces estructurales con- SQM, Albemarle y Talison, hace que alzas de precios que en el pasado pudieron haber sido perjudiciales para Tianqi, pasen a ser rentables, dado que sea quien fuere quien capitaliza esos mayores precios, dichas alzas no implicarán una pérdida de demanda relevante para Tianqi, pues es altamente probable que alguna de las empresas de las que participa capture desvíos de demanda que se den como consecuencia de las alzas referidas. Esto es particularmente cierto considerando el amplísimo alcance que tienen las operaciones de Tianqi y Albemarle, el que les permitiría incluso que alzas menores de precios les resulten altamente rentables.

Por otro lado, los riesgos de conductas coordinadas principalmente en la forma de intercambios de información sensible entre empresas competidoras se acrecientan de manera relevante por pasar Tianqi a estar presente en las dos empresas productoras y comercializadoras de litio presentes en Chile, además de estarlo en tres -además de la propia Tianqi- de las más importantes a nivel mundial.

Es esperable que dada su presencia en los dos actores que operan en la actualidad en Chile, Tianqi aumentaría su aptitud e incentivos para bloquear el ingreso de nuevos actores al mercado de explotación y comercialización de litio. En efecto, los vínculos estructurales que se generarían entre SQM y Albemarle tendrían por efecto que ambas firmas tengan intereses consistentes, tendientes a bloquear el acceso de nuevos actores a la explotación y comercialización de litio en Chile. Dichos vínculos estructurales facilitarían de manera relevante la materialización de estrategias exclusorias como la que se acaba de exponer.

Los riesgos que se vienen describiendo son equivalentes a los que resultan de aquellas situaciones en las que se crea un *joint venture* por dos o más empresas controladoras que permanecen activas en el mercado del que participa el *joint venture*. Esa circunstancia suele ser una razón para que el *joint venture* en cuestión no sea autorizado por las autoridades de libre competencia, o para que se le impongan medidas de mitigación consistentes en desinversiones de parte de las empresas controladoras, dados los riesgos asociados a este tipo de estructuras.

En concreto, dichos riesgos se basan en: **(i)** el incentivo que tienen las empresas controladoras de usar el control que tienen sobre el *joint venture* y sus propios negocios para maximizar sus ingresos de forma agregada, por la vía de suavizar la competencia entre ellas; y, **(ii)** la mayor aptitud e incentivos de las empresas controladoras para coordinarse.

VIII.2. Riesgos vinculados a la afectación a los mercados de la ‘electromovilidad’ con su vertiente internacional y también local y de manera derivada, a los mercados chilenos de provisión de cobre verde, cobalto, energía solar y otros productos necesarios para el desarrollo de la ‘electromovilidad’

Además de lo que se viene diciendo, es imperioso dar cuenta de que la competitividad del mercado global de litio y del mercado de ‘electromovilidad’, impacta directamente en la demanda por (i) ‘cobre verde’⁹⁹, esto es cobre producido con altos estándares ambientales y que también será demandado para la producción de vehículos eléctricos; (ii) tierras raras; (iii) cobalto -que de la misma manera se produce en Chile y que ha tenido en las últimas décadas muy escasa demanda pero será necesario para la producción de ‘electromovilidad’-; y, (iv) energía solar producida en Chile necesaria para la producción de ‘cobre verde’, todo lo que redundará en importantes beneficios directos para los mercados chilenos, y así para el bienestar social en nuestro país, así como para el bienestar de los consumidores que demanden ‘electromovilidad’ en los próximos años y menores precios para esos productos. Por ello, una afectación artificial a los mercados de la ‘electromovilidad’ por la vía de un manejo anticompetitivo de los precios del litio, tendrá efectos directos en los mercados chilenos recién referidos (cobre verde, tierras raras, cobalto, energía solar), así como en el precio de los vehículos eléctricos que se importen a Chile.

En este sentido, un riesgo relevante de distorsión anticompetitiva del mercado del litio derivado de una posible adquisición de la participación de PotashCorp en SQM por parte de Tianqi, con efectos adversos directos e indirectos sobre la economía chilena, se produciría si Tianqi por sí sola o en conjunto con otras empresas chinas, que están participando del proceso de compra de acciones, decidieran a través de la influencia que tendrían en el directorio de SQM, redireccionar las ventas de litio de esta última a China, imponiendo condiciones especiales de comercialización favorables a ese país en términos de volúmenes mínimos y precios. Estas distorsiones reducirían artificialmente los volúmenes de oferta en otros mercados y, como consecuencia de ello, aumentarían los precios. Esto no sólo tendría impacto en los productos *aguas abajo* en la cadena de valor del litio, sino que también en la concentración de demanda en mercados complementarios que se derivan de la ‘electromovilidad’.

En efecto, la competencia del mercado global de litio y del mercado de ‘electromovilidad’, impacta directamente, como decíamos, en la demanda por ‘cobre verde’¹⁰⁰, esto es cobre producido con altos estándares ambientales y que también será demandado para la producción de vehículos eléctricos; y también en la demanda por tierras raras y cobalto, respecto de los cuales Chile tiene un potencial de producción importante.

Es un hecho que el desarrollo de la ‘electromovilidad’ se está viendo limitado por la disponibilidad de litio. En efecto, informes de expertos, tales como Signumbox¹⁰¹, señalan que varias compañías automotrices aún no deciden involucrarse decididamente en el desarrollo de autos eléctricos por el temor de que el litio, clave para las baterías de estos vehículos, sea muy escaso y no cuenten con un abastecimiento de baterías acorde al crecimiento del mercado¹⁰². Es por ello que asegurar abastecimiento de litio se ha transformado en un tema estratégico que preocupa a los países más desarrollados, dada la enorme importancia que tiene para estos países el disponer de una industria automotriz doméstica¹⁰³.

A Chile le conviene que el mercado de ‘electromovilidad’ se desarrolle globalmente sin distorsiones y, en particular, que las empresas automotrices de los mercados europeos, de Estados Unidos, Corea y Japón, entre otros, hagan una opción decidida por ‘electromovilidad’.

El auto eléctrico consume cuatro veces más cobre que el de combustión interna, y otros minerales que Chile posee en abundancia. Así, distorsiones en el mercado del litio, debido a intentos estratégicos de China de controlar este insumo clave, inhibirían el desarrollo de la ‘electromovilidad’ en el resto de los países desarrollados, reduciendo la demanda por recursos que Chile posee en abundancia.

La opción de concentración de esta industria en China, en cambio, donde no existe una demanda por componentes verdes, generaría un riesgo de ejercicio de poder monopsónico y de reducir la demanda global de vehículos eléctricos y, en particular, por vehículos eléctricos con componentes certificados bajos en traza de carbono, que es donde Chile tiene una enorme ventaja debido a su potencial solar.

¹⁰⁰ Chile está a la vanguardia de la producción de cobre verde o cobre de baja emisión, cuya característica más importante es precisamente la trazabilidad de su proceso productivo. Se trata de un cobre de alta pureza que, adicionalmente, es producido de forma medioambientalmente responsable, resguardando la seguridad de sus trabajadores, en un país políticamente estable, en armonía con la comunidad vecina y constituyendo un aporte en la calidad de vida de sus habitantes. Codelco, a partir de un plan de sustentabilidad está avanzando en este sentido, al 2020 se ha impuesto lograr el 5% de cátodos trazables, llegando al 2024 siendo un referente mundial en la materia.

¹⁰¹ Así lo indica Daniela Desormeaux, economista y experta en recursos naturales, en una entrevista para Radio Duna, el 5 de marzo de 2018, disponible en <http://www.duna.cl/programa/informacion-privilegiada/2018/03/05/daniela-desormeaux-no-creemos-que-el-precio-del-litio-se-vaya-a-desplomar-como-lo-plantea-morgan-stanley/>

¹⁰² <http://www.signumbox.com/lithium-reports/>

¹⁰³ En este sentido, distintos actores de la industria automotriz han buscado aliados para asegurar el suministro de litio necesario para sus operaciones: <https://www.cronista.com/financiertimes/Las-automotrices-salen-a-asegurarse-el-litio-para-sus-vehiculos-electricos-20180227-0023.html>

En la zona en que SQM explota el Salar de Atacama se extraen cerca de 110 mil toneladas de litio metálico equivalente. Sin embargo, por restricciones regulatorias -la cuota impuesta por la Comisión Chilena de Energía Nuclear-, solamente se aprovecha entre el 9% y 11% del litio contenido en la salmuera. Albemarle, competidor de SQM, tiene proyectado llegar a una utilización del 80% del litio en la salmuera. Si se extrapola esta situación para SQM, resulta que ésta podría llegar a producir más de 450 mil toneladas de LCE. Esto es más de dos veces el tamaño de todo el mercado mundial hoy. Es por ello que, el tener influencia en la comercialización del litio de SQM es una materia de carácter estratégico, a la cual Chile no puede quedar indiferente.

Intentos anticompetitivos -esperables- de restringir la venta a ciertos mercados y redirigir artificialmente la oferta al mercado Chino, por ejemplo, sería una distorsión a la competencia, que además tendría efectos indirectos sobre la demanda por recursos como el 'cobre verde' y la energía solar, además de que encarecería el precio de los vehículos eléctricos, lo que hace imprescindible que la FNE investigue la anunciada adquisición por parte de Tianqi de la participación de PotashCorp en SQM.

IX. Peticiones concretas

La gravedad de los hechos de los que se ha dado cuenta justifica plenamente la necesidad de abrir una investigación al efecto. Corfo no cuenta con las facultades necesarias para ello y, por lo tanto, requiere de la intervención de vuestra FNE, único organismo facultado para hacer uso de las herramientas investigativas del artículo 39 del DL 211. En todo caso, dejamos constancia que mi representada está plenamente disponible a cooperar con esta investigación, así como a aclarar y/o despejar cualquier duda que pudiese existir sobre las materias denunciadas, así como para acompañar la información adicional que pueda requerir la FNE.

Finalmente, y dado el impacto internacional de los hechos que por este acto se denuncian, nos permitimos hacer presente a la FNE la necesidad de que actúe de manera coordinada con las autoridades de libre competencia de otras jurisdicciones a las que los hechos de esta denuncia también puedan resultar relevantes o que cuenten con antecedentes que puedan ser relevantes para esta FNE. De particular importancia parecieran ser las autoridades de libre competencia de Australia e India en lo que se refiere a la producción de litio y sus derivados; y las autoridades de los Estados Unidos, Alemania, Francia, Reino Unido, Japón y Corea del Sur, entre otros, en lo que se refiere a su impacto en los mercados de 'electromovilidad' del que estos países serán importantes proveedores.

Sin otro particular, saluda atentamente a usted,

Eduardo Bitrán
Vicepresidente Ejecutivo
Corporación de Fomento de la Producción

CIPER