

ACUERDO EXTRAJUDICIAL
FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA
E
INVERSIONES LOTA GREEN SPA

En Santiago de Chile, a 4 de enero de 2022, comparecen, por una parte, la **FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA** (“FNE”), Rol Único Tributario número 60.701.001-3, persona jurídica de derecho público, representada legalmente por el Fiscal Nacional Económico, don RICARDO RIESCO EYZAGUIRRE, abogado, cédula nacional de identidad número 13.039.666-6, ambos domiciliados en Huérfanos 670, octavo piso, comuna de Santiago, Región Metropolitana; y, por otra, **INVERSIONES LOTA GREEN SPA** (“Lota Green”), Rol Único Tributario número 87.866.800-6, representada por don FELIPE SILVA MENDEZ, chileno, casado, ingeniero comercial, cédula nacional de identidad número 15.312.401-9, ambos domiciliados para estos efectos en Avenida La Dehesa 1201, departamento O 409, Lo Barnechea, Región Metropolitana (conjuntamente, las “Partes”), quienes suscriben el siguiente acuerdo extrajudicial en relación con la investigación Rol F86-2017 FNE (“Acuerdo Extrajudicial”), a fin de ser presentado para su aprobación ante el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“H. TDLC”), de conformidad con lo establecido en el artículo 39 letra ñ) del Decreto con Fuerza de Ley Número 1/2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de Decreto Ley N° 211 de 1973 y sus modificaciones posteriores (“DL 211”).

I. ACUERDO EXTRAJUDICIAL N°14-17

El día 4 de noviembre de 2016, Holchile S.A. (“Holchile”) e Inversiones Caburga Limitada, hoy Lota Green, notificaron voluntariamente a la FNE la operación de concentración consistente en la adquisición por parte de Lota Green, de todas las acciones que Holchile detentaba en Cementos Polpaico S.A. (“Operación”).

Con fecha 30 de mayo de 2017, la Fiscalía suscribió de forma conjunta con Holchile y Lota Green, un acuerdo extrajudicial (“AE-14”), de conformidad con lo establecido en el artículo 39 letra ñ) del DL 211, el cual contenía diversos compromisos estructurales y conductuales que debían cumplirse una vez perfeccionada la Operación.

El H. TDLC, aprobó dicho acuerdo, en el marco del expediente Rol AE-14-2017, mediante resolución de fecha 29 de junio de 2017, cuya calidad de ejecutoriada fue certificada el día 12 de julio de 2017.

Dentro de los compromisos contenidos en el AE-14, se comprendía la desinversión de un paquete de activos consistente en siete plantas de hormigón premezclado, que al momento de la suscripción eran de propiedad de Hormigones Bicentenario S.A. (“**HBSA**”), filial de Lota Green. Dichas plantas, ubicadas en La Serena, San Felipe, Concón, Quilicura, Rancagua, San Fernando y Chillán, así como el conjunto de bienes tangibles e intangibles necesarios para mantener su normal funcionamiento, debían ser enajenadas como una unidad económica funcional a un comprador adecuado por medio del procedimiento previsto en el propio AE-14 (“**Desinversión**”). Adicionalmente, se incluyeron compromisos conductuales transitorios, accesorios y complementarios a la Desinversión, con el objeto de asegurar la viabilidad del negocio desinvertido y de preservar las condiciones competitivas existentes previo a la Operación¹.

II. INVESTIGACIÓN ROL F86-2017 FNE

Con fecha 12 de julio de 2017, la FNE instruyó de oficio la investigación Rol F86-2017 FNE, con el fin de velar por el cumplimiento de todos los compromisos ofrecidos por Lota Green y Holchile, conforme a los términos establecidos en el AE-14 (“Investigación”).

La Investigación referida arrojó que la Desinversión, monitoreada por un agente fiduciario y autorizada por la FNE², se llevó a cabo mediante la suscripción de una compraventa de acciones ocurrida el día 22 de marzo de 2018³, cumpliéndose el compromiso estructural adquirido en el AE-14. Sin embargo, durante la Investigación se constató que Lota Green no cumplió, en los términos establecidos en dicho instrumento, con algunas de las obligaciones que se mantenían vigentes en forma posterior al perfeccionamiento del compromiso estructural. En particular, la Investigación arrojó los siguientes hallazgos:

¹ Dentro de los cuales se encontraba la prohibición de recompra durante el plazo de 10 años; un conjunto de garantías a favor del comprador; el compromiso de abstenerse de obtener y utilizar información confidencial; abstenerse de ejecutar acciones de justificar en la intervención de cualquier autoridad pública; obligación de suministro de materias primas; reportes de cumplimiento; prohibición de contratación a trabajadores de la filiales desinvertida, entre otras. Adicionalmente, se comprendía la contratación de un agente fiduciario, con el objeto de supervisar el proceso de Desinversión.

² Mediante resolución de fecha 2 de febrero de 2018, contenida en el expediente Rol FNE F86-2017.

³ Compraventa de acciones de Hormigones Independencia S.A. Mehuin Fondo de inversión Privado y otro a Unicon y otro.

A. Lota Green no cumplió con las condiciones establecidas en el AE-14 para la determinación del precio de venta al que debía suministrarse el cemento y los áridos a la filial desinvertida

Dentro de las medidas accesorias o complementarias a la Desinversión, el AE-14 estableció que, con el objetivo de dar continuidad al funcionamiento normal de las plantas desinvertidas, Lota Green, a través de sus entidades relacionadas, debía otorgar una opción irrenunciable de abastecimiento tanto de cemento de alta resistencia a granel como de áridos (arena, grava y gravilla), sin exclusividad, a favor de la sociedad desinvertida.

Dentro de las condiciones bajo las cuales debía otorgarse dicho abastecimiento, el AE-14 estableció expresamente la forma de determinación del precio, tanto en el caso de la provisión de los áridos como en la de cemento.

En el caso de los áridos, el AE-14 estableció en el párrafo 51 que para las plantas ubicadas en La Serena, Quilicura y Concón, se otorgaría año a año a la filial desinvertida la opción de abastecimiento, a un precio respecto de cada venta, por metro cúbico, calculado mensualmente, igual al menor valor entre tres mecanismos alternativos de determinación de dicho precio⁴.

En el caso del abastecimiento de cemento, por su parte, el párrafo 52 señalaba que se otorgaría al comprador de la Desinversión, la opción de suministro de cemento de alta

⁴ “Para las Plantas ubicadas en las comunas de La Serena, Quilicura y Concón, y por el plazo máximo de tres Años contados desde la Fecha de Desinversión, se otorgará la opción antes mencionada, la cual deberá ser ratificada año a año por la Filial Independiente, por una cantidad anual máxima que alcanzará los 750.000 metros cúbicos, a un precio respecto de cada venta, por metro cúbico, calculado mensualmente, igual al menor valor entre: (a) el precio de transferencia a Relacionadas productoras de RMX, de la especificación de áridos que corresponda, neto de costo de transporte, determinado y efectivamente cobrado y facturado por quien suministra el árido, provisto desde la misma planta de áridos que abastezca a la zona donde se ubica la Planta respectiva; y (b) el precio promedio ponderado de la especificación de áridos que corresponda, a granel, neto de costo de transporte, percibido y facturado por quien suministra a título de pago del mismo por parte de sus cinco principales clientes no Relacionados en volumen de la planta de áridos que corresponda, multiplicado por 0,95; o (c) si la planta de áridos respectiva no efectuare ventas a terceros o a plantas hormigoneras relacionadas, la (o las) letra(s) (a) y/o (b) anteriores se sustituirá(n) mediante el promedio de los valores señalados en cotizaciones formales solicitadas a tres proveedores de áridos no Relacionados que cumplan con calidad y regularidad de abastecimiento”;

resistencia, cuyo valor debía ser calculado mensualmente y correspondería al menor valor entre dos mecanismos de determinación del precio⁵⁻⁶.

Por otro lado, el AE-14 no contemplaba un mecanismo especial para la modificación de las formas de cálculo del precio, por lo que debía aplicarse la cláusula general a este respecto contenida en el párrafo 92, que señalaba expresamente que *“Las Partes y la FNE dejan constancia que cualquier modificación al presente Acuerdo, sean al alcance de sus obligaciones o a los plazos involucrados para el cumplimiento de las mismas, acordado entre éstas, quedará sujeto a lo que oportunamente resuelva el TDLC en el ejercicio de sus atribuciones”*.

A pesar de lo anterior, durante la investigación se pudo constatar que las condiciones de determinación del precio, tanto de cemento, como áridos, fueron modificadas en contrato suscrito por las relacionadas de Lota Green y la adquirente de la filial desinvertida, Unicon Chile S.A., con fecha 25 de abril de 2019⁷. Dichas modificaciones ocurrieron sin previa autorización del H. TDLC, como lo establecía expresamente el AE-14, fijando un precio que no dice relación con ninguna de las formas de cálculo contenidas en dicho instrumento.

B. Lota Green incumplió la obligación de enviar tres reportes de cumplimiento

El AE-14 también comprendió la obligación de *“[...] enviar semestralmente a la FNE reportes escritos auditados en idioma castellano, respecto al cumplimiento de sus obligaciones durante el Periodo de Fiscalización, los cuales deberán ser presentados a la FNE dentro de los primeros cinco Días Hábiles del semestre de cada Año, contado desde la Fecha de Aprobación, hasta el término de sus respectivas obligaciones”*. El periodo de

⁵ *“En relación con el cemento, y en el evento que el Comprador no disponga suficientemente de producción propia en Chile de este insumo, Caburga, a través de sus Relacionadas, otorgará a la Filial Independiente la opción de suministro de cemento de alta resistencia a granel conforme establecido en el Párrafo 48. anterior, la cual deberá ser ratificada año a año por la Filial Independiente, por el plazo máximo de tres Años contado desde la Fecha de Desinversión, para efectos de abastecer todas las Plantas con cemento a granel del tipo alta resistencia, por una cantidad anual máxima que alcanzará las 313.200 toneladas. El precio por tonelada será calculado mensualmente, e igual al menor valor entre: (i) el precio de transferencia de cemento a Relacionadas productoras de RMX, neto de costo de transporte, determinado y efectivamente cobrado y facturado por quien suministra el cemento, provisto desde la misma planta cementera que abastezca a la zona donde se ubica la Planta respectiva; y (ii) el precio promedio ponderado de cemento de alta resistencia a granel, neto de costo de transporte, percibido por quien suministra a título de pago del mismo por parte de sus cinco principales clientes no Relacionados en volumen de la planta cementera que corresponda, multiplicado por 0,95”*.

⁶ Asimismo, el párrafo 57 señalaba que: *“en el evento que la entidad que suministre el cemento de alta resistencia no efectúe ventas de este producto a su Relacionada productora de RMX, el precio de venta máximo a cobrar a la Filial Independiente corresponderá al promedio del costo de abastecimiento de cemento de la respectiva Relacionada productora de RMX a la Planta respectiva, neto de costo de transporte. Por otra parte, si en el Periodo Intermedio el abastecimiento mediante importaciones es menos costoso que el abastecimiento desde la planta de cemento ubicada en Chile, el precio de venta máximo a cobrar corresponderá al costo de abastecimiento de este producto a su Relacionada productora de RMX, neto de costo de transporte”*.

⁷ Así fue informado por Lota Green en el reporte de cumplimiento entregado el 5 de julio de 2019 y confirmado en la respuesta al oficio Ord. 873, de fecha 5 de julio de 2021.

fiscalización, de acuerdo a las definiciones del mismo AE-14⁸, finalizó el 4 de mayo de 2021, por lo que hasta dicha fecha Lota Green debía dar cumplimiento a su obligación de enviar semestralmente los reportes referidos a la Fiscalía.

Si bien Lota Green envió dos reportes de cumplimiento semestrales, los días 9 de noviembre de 2018 y 5 de julio de 2019, omitió el envío de los reportes correspondientes a los semestres posteriores, hasta el envío de un informe de dicha naturaleza, como respuesta al Oficio Ord. 428 de esta Fiscalía, de fecha 2 de abril de 2021, remitido en el marco de la Fiscalización Rol F86-2017. De dicha forma, Lota Green no entregó oportunamente los reportes correspondientes al segundo semestre de 2019, primer semestre de 2020 y segundo semestre de 2020⁹.

C. Lota Green no cumplió íntegramente con la obligación de auditar los reportes de cumplimiento

El AE-14 contemplaba un conjunto de requisitos de auditoría que debían satisfacer los reportes de cumplimiento, principalmente:

“[...] Dichos informes deben ser auditados por un auditor externo, que forme parte del Registro de Inspectores de Cuentas y Auditores Externos de la Superintendencia de Valores y Seguros, respecto de quien no debe existir Conflicto de Interés alguno y debe poseer las calificaciones y experiencia adecuada para llevar a cabo sus funciones, no deberá ser ninguna de las empresas auditoras que en dicho momento preste servicios de auditoría a cualquiera de las entidades del Grupo Caburga”.

Respecto a esta obligación, Lota Green acompañó dos informes de auditoría realizados por BDO Auditores y Consultores Ltda., relativos a los contratos de suministro de cemento para el período correspondiente a mayo-septiembre del año 2018 y octubre de 2018 a marzo de 2019, respectivamente, los cuales daban cuenta del cumplimiento por parte de Lota Green de las obligaciones referidas a dicho instrumento.

En consecuencia, atendida la vigencia del período de fiscalización establecido en el AE-14, Lota Green incumplió la obligación de entregar oportunamente a la Fiscalía el o los reportes auditados relativos al suministro de cementos, correspondientes al período que se extiende

⁸ Según el texto del AE-14, este periodo fue definido en los siguientes términos: “*Periodo Definitivo o Periodo de Fiscalización: periodo de tiempo de tres Años contado desde la Fecha de Desinversión*”.

⁹ Así fue reconocido por Lota Green en respuesta al Oficio Ord. 509 de fecha 14 de abril de 2021.

desde abril de 2019 a abril del año 2020, fecha a partir de la cual Unicon Chile S.A. decidió no ejercer la opción de compra.

En cuanto al suministro de áridos, por su parte, Lota Green no acompañó ningún reporte auditado durante el período de vigencia de la medida, razón por la cual esta Fiscalía estima que también incumplió íntegramente con dicha obligación.

Por otro lado y en relación con lo anterior, cabe señalar que el AE-14 indica explícitamente que la obligación de auditoría debía recaer sobre el reporte de cumplimiento, no sobre alguna obligación específica. En dicho sentido, la empresa no dio íntegro cumplimiento a sus obligaciones ni tampoco solicitó autorización al H.TDLC para modificar los términos de la medida, en base a las consideraciones que hubiere estimado pertinentes, conforme lo establecía expresamente el párrafo 92 de este instrumento.

D. Lota Green no notificó los hallazgos anteriores, en plazo de dos días hábiles establecido en el AE-14

Por último, cabe señalar que el AE-14 señalaba en el párrafo 75, la obligación de notificar cualquier incumplimiento en 2 días hábiles:

“Informe de incumplimientos: en el evento que las Partes caigan en hipótesis de incumplimiento de obligaciones emanadas de este Acuerdo, o bien de sus obligaciones legales generales, deberán informar a la FNE de dicha situación en un máximo de dos Días Hábiles desde acaecido el hecho que constituye dicho incumplimiento”.

Al respecto, cabe señalar que Lota Green no notificó los incumplimientos señalados a lo largo de esta sección, en el plazo de dos días hábiles indicados en el AE-14.

III. RECONOCIMIENTOS Y DECLARACIONES DE LOTA GREEN Y LA FNE

En este acto, Lota Green reconoce haber incurrido en los hallazgos identificados por la Investigación y que se describen en el apartado anterior de este documento.

Sin perjuicio de este reconocimiento, Lota Green viene a realizar las siguientes declaraciones:

- (a) Respecto del cumplimiento de las condiciones establecidas en el AE-14 para la determinación del precio de venta al que debía suministrarse el cemento y los áridos a la filial desinvertida, el precio de venta de cemento y áridos modificados según instrumentos de fecha 25 de abril de 2019, que fueron entregados a la FNE en el informe semestral de cumplimiento del AE-14, consistieron en el establecimiento de un precio menor al resultante de la aplicación de los dos mecanismos de determinación del precio previstos en el AE-14. Lota Green sostiene que una rebaja del precio de estas materias primas no constituyó una modificación al alcance de sus obligaciones o plazos involucrados para el cumplimiento de las mismas, en la medida que constituyó un rebaja del precio y en consecuencia un beneficio para la posición competitiva de la filial desinvertida. El entendimiento de Lota Green es que, como toda restricción tarifaria, la impuesta en el AE-14 se refiere a montos máximos.
- (b) En cuanto al incumplimiento de la obligación de enviar tres reportes de cumplimiento, la entrega no oportuna de dichos informes obedeció al estado de emergencia decretado a partir de fines de 2019 y respecto de los dos del año 2020, a las restricciones impuestas por la pandemia del COVID-19. Efectivamente dichos reportes fueron entregados el 2 de abril de 2021.
- (c) En relación con el no cumplimiento íntegro de la obligación de auditar los reportes de cumplimiento, efectivamente los reportes auditados semestrales entregados a la FNE señalan expresamente que respecto de los áridos, no fue posible desarrollar dicha auditoría por ausencia de ventas de áridos a terceros en la composición o mix requeridos por una empresa de producción de hormigón (arena, grava y gravilla), sino solamente se contaba con ventas esporádicas de productos individuales y con calidades y especificaciones muy distintas y variables, lo que hizo imposible el desarrollo de una auditoría al respecto.

Por su parte, la FNE viene en señalar que, si bien los compromisos incumplidos por Lota Green eran accesorios a la medida principal de desinversión de activos del AE-14, los mismos son relevantes porque tenían por objeto garantizar condiciones para la efectividad de dicha medida, así como su adecuada fiscalización. De acuerdo a ello, las obligaciones de auditoría y de reporte a la FNE son importantes en sí mismas y tenían por objeto justamente asegurar que las condiciones de legitimidad bajo las cuáles se autorizó la operación de concentración objeto del AE-14 se cumplieran.

Sin perjuicio de ello, se tiene en cuenta que el compromiso estructural adquirido en el AE-14 fue íntegramente cumplido, y que durante la Investigación no se encontraron antecedentes que dieran cuenta que sus hallazgos provocaran algún efecto o perjuicio en el mercado de hormigón premezclado afectado por la Operación, o que pudieran de otra forma alterar la competencia en dicho mercado.

Por todo lo anterior, las Partes estiman que el presente Acuerdo Extrajudicial cautela adecuadamente la libre competencia en los mercados concernidos en el contexto de la Investigación Rol N° F86-2017 FNE, en los términos preceptuados en el inciso primero de la letra ñ) del artículo 39 del DL 211.

IV. COMPROMISOS ASUMIDOS POR LOTA GREEN

A. Medida de publicidad

Con el objeto de promover la exigibilidad de la totalidad de los compromisos asumidos por un agente económico mediante un acuerdo extrajudicial suscrito con la FNE y aprobado por el H. TDLC, Lota Green se obliga a publicar, durante el periodo de un año contado desde que la resolución que apruebe el presente Acuerdo Extrajudicial se encuentre firme y ejecutoriada, el texto de este acuerdo en el sitio web de las entidades pertenecientes a su grupo empresarial que participan en el mercado de hormigón premezclado, en una sección de fácil visualización y acceso para terceros.

B. Pago a beneficio fiscal

Con el objeto de cautelar la libre competencia, Lota Green se compromete a pagar a beneficio fiscal la suma única y total de **270 (doscientas setenta) Unidades Tributarias Anuales**, en su equivalente en pesos al día del pago, lo que se deberá realizar dentro de los 60 días hábiles desde que la resolución que apruebe el presente Acuerdo Extrajudicial se encuentre firme y ejecutoriada. Este pago a beneficio fiscal debe realizarse directamente en la Tesorería General de la República.

V. VIGENCIA

El presente Acuerdo Extrajudicial se encuentra sujeto a aprobación por parte del H. TDLC, de conformidad a lo establecido en el artículo 39 letra ñ) del DL 211, y entrará en vigencia sólo una vez que la resolución judicial que lo apruebe se encuentre firme y ejecutoriada.

Las Partes dejan expresa constancia que los acuerdos, declaraciones expresadas y compromisos asumidos, son efectuados dentro del marco y con el sólo objeto de perfeccionar el presente Acuerdo Extrajudicial, de modo que, si por cualquier motivo éste no es aprobado por resolución firme del H. TDLC, las Partes no podrán invocar estos antecedentes en la investigación o en actuaciones posteriores.

VI. NOTIFICACIONES

Todas las notificaciones y otras comunicaciones dirigidas entre las Partes a propósito del presente Acuerdo Extrajudicial y su cumplimiento deben ser enviadas a las siguientes direcciones:

a. Fiscalía Nacional Económica

Correo electrónico: oficinadepartes@fne.gob.cl

Huérfanos 670, Piso 8

Santiago, Chile.

Atención: Sr. Jefe de División Litigios

Teléfono: + (56) 227535662

b. Inversiones Lota Green SpA

Correo electrónico: fsilva@lotagreen.cl

Felipe Silva Méndez

Avenida El Bosque Central 130, piso 14, Las Condes

Santiago, Chile

Atención: Sr. Felipe Silva Méndez

Teléfono: +(56) 223794500.

VII. PERSONERÍAS

La personería de Ricardo Riesco Eyzaguirre para representar y obligar a la FNE en el Acuerdo Extrajudicial consta en su respectivo Decreto Supremo de nombramiento N° 158, de 11 de diciembre de 2018, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

El poder de don Felipe Silva Mendez para representar legalmente y obligar a Inversiones Lota Green SpA consta en la escritura pública, de fecha 7 de octubre de 2019, otorgada en la Notaría de Santiago de don Iván Torrealba Acevedo.

Todos estos documentos son conocidos por las Partes.

Fiscalía Nacional Económica
p.p. Ricardo Riesco Eyzaguirre

Inversiones Lota Green SpA
p.p. Felipe Silva Mendez