

EN LO PRINCIPAL: Informa.

EN EL OTROSI: Personería.

13:20 Hrs.



H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ENRIQUE VERGARA VIAL, FISCAL NACIONAL ECONÓMICO, con domicilio en Agustinas N° 853, Piso 2, Santiago, en los autos Rol C N° 157-08, caratulados "**Demanda del Sr. Gustavo Hasbún Selume contra Copec S.A., Esso Chile Petrolera Ltda. y Shell Chile S.A.**", a ese H. Tribunal respetuosamente digo:

Que, de conformidad con lo dispuesto por ese H. Tribunal mediante resolución de fecha 15 de enero de 2009, vengo en evacuar informe, en los términos siguientes:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 4 de abril de 2008, don **Gustavo Hasbún Selume**, en esa época Alcalde de la Ilustre Municipalidad de Estación Central, formuló demanda, ante ese H. Tribunal, en contra de las empresas **Compañía de Petróleos Chile S.A.**, en adelante Copec; **Esso Chile Petrolera Ltda.**, en adelante Esso; y **Shell Chile S.A.**, en adelante Shell, por infracciones a la libre competencia, consistentes en abuso de posición dominante y acuerdos colusorios en la fijación de precios de gasolina al público en el mercado de venta de combustibles líquidos, en la Región Metropolitana.
2. El demandante ha fundado su acusación, principalmente, en el hecho que las estaciones que operan bajo la marca de las demandadas, no traspasarían al público de manera inmediata la rebaja de los precios decretadas por la Empresa Nacional de Petróleo, en adelante ENAP. Esta situación se habría hecho evidente, en opinión del demandante, la semana anterior a presentar su demanda, en la cual se produjo una reducción en el precio de los combustibles de \$53 por litro. Sin embargo, a pesar de esa rebaja, las estaciones de servicio no habrían realizado la deducción correspondiente.

3. Lo anterior, según el demandante, tendría lugar por el hecho de que esas empresas, junto con Repsol YPF –actualmente Terpel S.A.-, controlan el 90% del mercado, situación que les permite acordar entre ellas los precios que imponen al público.
4. Por otro lado, el Sr. Hasbún alega que estas compañías de distribución mayorista de combustibles estarían integradas verticalmente con las distribuidoras minoristas de combustibles, situación que presumiría un mercado con amplio margen para ejercer poder monopólico.
5. Concluye solicitando a ese H. Tribunal instruir a las empresas demandadas que pongan término a todo acuerdo o concertación entre ellas, ordenándoles el cese inmediato del mismo, e imponiéndoles la obligación de comportarse independientemente en las decisiones de precios que deban adoptar en lo sucesivo. Asimismo, solicita que se reitere a esas empresas la prohibición de efectuar cualquier actividad, negociación, tratativa o acuerdo que tenga o pueda tener por objeto o efecto coordinar, concertar o aunar decisiones de precios de venta de combustibles líquidos. Finalmente, solicita se instruya a las empresas distribuidoras para que determinen de manera clara y precisa el precio base o neto de contado o a plazo para cada uno de los combustibles que comercialicen, el cual debe ser público para todas las estaciones de servicio, y establecer condiciones de venta precisas, generales, razonables, no discriminatorias y públicas, eliminando todos los descuentos no objetivos que no reúnan esas características.
6. A fojas 52, ese H. Tribunal tuvo por interpuesta la demanda en contra de Shell, Copec y Esso, las cuales en sus respectivas contestaciones solicitaron el rechazo del libelo, en virtud de las razones que a continuación se reseñan:
 - a) Shell señala que su participación es de un 21%, mientras que la de Copec es superior a 50%, por lo cual no es sostenible que aquella tenga una posición de dominio y menos que abuse de ella. Por su parte, atendida su política de precios, niega que haya existido o exista actualmente un acuerdo con sus competidoras sobre esta materia. En relación con una eventual integración vertical, señala que ésta no es en sí una conducta reprochable, más aún, suele ser el resultado de la misma competencia. Sin perjuicio de lo anterior, sostiene que el hecho que una estación de servicio sea propiedad del distribuidor mayorista o minorista, no implica

que exista integración vertical. Agrega que, aún cuando la mayoría de las estaciones de servicio de la red de Shell son de su propiedad o arrendadas, éstas son explotadas por distribuidores y franquiciados independientes. Respecto del Fondo de Estabilización del Precio del Petróleo (FEPP) y el Fondo de Estabilización de Precios de los Combustibles (FEPCO), hace presente que ella no tiene relación directa ni injerencia alguna con los mismos. Finalmente, señala que la demanda del Sr. Hasbún se basa en hechos inexactos y afirmaciones infundadas.

- b) Esso, por su parte, hace presente que la materia que el demandante somete a conocimiento del H. Tribunal es idéntica a la presentada por la Fiscalía Nacional Económica ante la H. Comisión Resolutiva en noviembre de 2002, y que existe por lo tanto cosa juzgada, oponiendo al efecto la excepción correspondiente. Señala además que, en caso de no acogerse la excepción, la demanda debe desecharse, por no existir prueba alguna de colusión para fijar precios. Agrega que es falso que las variaciones de precio de ENAP se transfieran en lapsos de dos semanas, ya que éstas son semanales, y que en general los precios a público cambian dentro de las 24 horas de implementada la variación por la empresa estatal. Asimismo, indica que sus precios son determinados por una filial distinta a Esso Chile Petrolera Limitada, cual es Esso Standard Oil S.A., sociedad constituida y domiciliada en Guatemala. Esta filial recibe los nuevos precios por parte de ENAP y ella determina el precio distribuidor mayorista para los revendedores y el precio a público en el caso de los comisionistas. El precio que cobra la mayorista a los revendedores es comunicado los días jueves y son estos últimos los que deciden sobre el precio al público, mientras que en el caso de los comisionistas, la mayorista determina el precio que deben cobrar a partir de los días jueves. Agrega que, conforme lo ha declarado el H. Tribunal, la existencia de asimetría en la baja o alza de precios, que en esta industria se comportaría como el fenómeno de "*cohetes y plumas*", no atenta contra la libre competencia. Finalmente, señala que la demanda no contiene en su texto fundamentación alguna y que, por el contrario, los propios documentos que acompaña la desvirtúan, como sería del caso de la "Encuesta Nacional de Precios de Combustibles Líquidos" de 2007, del Servicio Nacional del Consumidor, SERNAC.

- c) Copec rechaza derechamente la demanda, por cuanto estima que la imputación que se le hace es falsa y se funda en presupuestos y presunciones erróneas. Argumenta su posición señalando que el demandante confunde la alta concentración del mercado con una señal de falta de competencia, en circunstancias que la evidencia empírica muestra que ello no es indicador de la competitividad del mercado y que, por el contrario, sectores muy concentrados evidencian conductas altamente competitivas. Asimismo, señala que la presunción que el demandante hace respecto que la integración vertical existente en las distribuidoras, sólo sería una forma de proyectar el poder de mercado que ellas ostentan al mercado minorista. Por el contrario, argumenta la demandada, mientras mayor es la integración en la industria del petróleo, mayor es la eficiencia en la misma, permitiendo traspasar los beneficios de ésta a la sociedad. En otro orden de ideas, señala que, dada la naturaleza uniforme del producto –gasolina– y la fácil visibilidad de sus precios, es posible comparar éstos muy fácilmente, pudiendo el cliente elegir la estación de servicio que más le convenga, sin que deba cambiar su recorrido. Al igual que Esso, Copec cita la Sentencia N° 18/2005 de ese H. Tribunal, en el sentido que la existencia de asimetría en el comportamiento de los precios en este mercado, no necesariamente es prueba de la presencia de colusión. Finalmente, señala que la baja transitoria del impuesto al producto no obliga a que sea traspasada a los concesionarios, y que, no obstante ello, la demandada voluntariamente hace ese traspaso.

II. LA INDUSTRIA

7. La industria sobre la cual recae el presente juicio, se puede dividir en tres niveles o mercados: 1) exploración y explotación, 2) refinación, almacenamiento y transporte, y 3) distribución mayorista y minorista. Cada uno de ellos puede desarrollarse en forma independiente o presentar integración vertical en dos o tres niveles. Por otra parte, cabe mencionar la importación de combustibles, que se relaciona estrechamente con los mercados de refinación y distribución.
8. La configuración de la industria del petróleo y sus derivados en Chile se caracteriza por la presencia de una empresa que opera aguas arriba, ENAP, que es la encargada de realizar las actividades de exploración y explotación de petróleo crudo en Chile, principalmente en la XII Región. De acuerdo a la

legislación vigente, los yacimientos son de propiedad del Estado, quien puede ejercer la facultad de explotarlos a través de ENAP, concesiones administrativas, o bien mediante Contratos Especiales de Operación Petrolera (CEOP).^{1 2}

9. La actividad de la refinación³ se caracteriza por presentar importantes economías de escala, debido a que los costos fijos deben ser distribuidos sobre una amplia base de activos. Precisamente, por la magnitud de los activos comprometidos, en términos de plantas, capacidad de almacenamiento y red de distribución, esta actividad presenta elevadas barreras a la entrada. En efecto, ENAP cuenta con el 100% de la capacidad instalada de refinación en Chile, con tres plantas ubicadas en las Regiones V, VIII y XII. La capacidad de refinación asciende, según la propia ENAP, a 36.000 metros cúbicos diarios, lo que equivale a 13 millones de metros cúbicos de combustibles al año, con lo cual alcanza una participación en el total nacional de aproximadamente 85 %.

10. Tanto la explotación como la refinación de petróleo requieren de una serie de obras complementarias, que permiten que el producto pueda llegar a su destino. Esta infraestructura está constituida por plantas de almacenamiento, terminales marítimos y oleoductos de conexión. ENAP realiza el manejo de la infraestructura logística para el transporte y almacenamiento de esos productos. En efecto, a través del Departamento de Almacenamiento y Oleoductos (DAO), ENAP Refinerías S.A opera las plantas de almacenamiento de combustibles de Maipú, San Fernando y Linares, y el oleoducto que va desde Refinería Bío Bío y la planta de San Fernando.⁴ La distribución de la mayoría de los productos, que se realiza a través de oleoductos, la efectúa por intermedio de la Sociedad Nacional de Oleoductos Ltda. (Sonacol)⁵, vía terminales marítimos o directamente en Patios de Carga a las compañías distribuidoras.

¹ La utilización de estos contratos de operación petrolera no implican una modificación en el dominio de los yacimientos, perteneciendo éstos al Estado. Además, a través de este tipo de contratos, ENAP inició en 2008 la exploración conjunta con las compañías Pan American Energy LLC, Greymouth y Apache, en los bloques Coirón, Lenga y Caupolicán, respectivamente.

² Para un mayor detalle de las líneas de negocios en que participa ENAP véase www.ena.cl

³ La refinación de petróleo es el proceso industrial por el cual el petróleo crudo es procesado y refinado para obtener productos derivados de mayor valor, como con gasolina, kerosén, diesel, fuel oil, base para lubricantes, gas licuado, etc.

⁴ Además, opera el Terminal Vinapu, en Isla de Pascua.

⁵ En la propiedad de SONACOL participan, además de ENAP, Copec, ESSO y Shell, siendo Copec la que mayor participación tiene.

11. En el segmento de la distribución mayorista de combustibles líquidos, participa un reducido número de empresas privadas, las que comercializan tanto los productos refinados por ENAP como los importados. Dentro del total de ventas de combustibles líquidos, dependiendo del canal de distribución, se puede distinguir entre ventas directas y ventas a través de canales minoristas. Las primeras, en general, se orientan a mercados industriales y de grandes clientes⁶, mientras que las segundas se orientan principalmente al transporte de vehículos livianos. Dentro de este último segmento, las principales distribuidoras mayoristas -Copec, Shell, Esso y Terpel⁷-, adquieren cerca del 100% de sus necesidades de combustible a ENAP, para luego comercializarlo a diferentes canales o sub-mercados, siendo uno de los más importantes la distribución minorista.
12. Los minoristas conforman una red de distribución a través de estaciones de servicio en todo el país, que se relacionan con las empresas mayoristas por medio de contratos de distribución (que regulan, entre otros puntos, la propiedad del combustible, de la infraestructura y del terreno donde se encuentra la respectiva estación de servicio).⁸
13. En la relación entre los distribuidores mayoristas y minoristas, existen principalmente dos modelos de negocios. En primer lugar, las estaciones de servicio pueden ser de propiedad del mayorista, en cuyo caso la integración vertical es plena. En segundo término, las estaciones pueden ser de propiedad de operadores independientes o arrendadas por éstos, lo que les permite gozar de mayor capacidad de negociación frente a los mayoristas, pudiendo el minorista pasar a operar con otro de aquéllos una vez terminado el contrato con el anterior. En ambos casos, existen contratos sobre la propiedad del combustible, que puede ser vendido o entregado en consignación por un margen fijo, por cada litro de combustible comercializado.⁹

⁶ En el segmento de las ventas directas también participa ENAP.

⁷ La sociedad Petróleos Trasandinos YPF S.A. cambió su razón social a Petróleos Trasandinos S.A. con fecha 26 de diciembre de 2007, pasando el día siguiente a tener un nuevo accionista controlador, Organización Terpel Chile Ltda., ligada al grupo empresarial colombiano Terpel.

⁸ También operan distribuidores independientes, como JLC y Najle, que compran directamente a ENAP y que tienen la característica de estar verticalmente integrados.

⁹ Se debe tener presente que en virtud de la exclusividad en los contratos entre distribuidores mayoristas y minoristas, éstos sólo pueden adquirir el combustible de parte del mayorista con el cual han celebrado el respectivo contrato.

14. La principal diferencia entre estos dos modelos de negocios, radica en quién determina el precio de venta al público. En el caso de las estaciones de servicios integradas con los mayoristas, son estos últimos quienes finalmente determinan dicho precio, mientras que en las estaciones independientes, ello no necesariamente acontece.
15. Efectivamente, en términos generales, la forma de comercialización de las distribuidoras mayoristas con los minoristas puede clasificarse, según si la empresa mayorista es propietaria o no del combustible, en dos grupos:
 - Revendedores. En estos contratos la empresa mayorista vende el combustible a los distribuidores minoristas, para que éstos, a su vez, lo revendan a los consumidores finales. Es decir, la propiedad de los productos que suministra la compañía mayorista se transfiere de ésta al operador en el momento de descargue del camión-estanque en el establecimiento comercial. De esta manera, la distribuidora mayorista no opera como dueña del combustible. Los ingresos de los revendedores se determinan según sus volúmenes de ventas y por sus márgenes de comercialización, los que resultan de la diferencia entre el precio de venta al público y el precio de venta de la distribuidora mayorista hacia ellos.
 - Consignatarios o Comisionistas. En este tipo de contratos, el distribuidor minorista opera como un “empleado” de la compañía mayorista, en el sentido de que recibe un pago por la venta de combustibles. En este caso, la propiedad de los combustibles que suministra la compañía mayorista en el establecimiento del distribuidor minorista, será siempre de su dominio, y el operador sólo los tendrá para su venta por cuenta de aquélla. Los ingresos de los minoristas están determinados por los volúmenes de ventas y por las comisiones de consignación que otorga la compañía mayorista por la venta de sus combustibles.

III. MERCADO RELEVANTE

16. Esta Fiscalía considera por mercado relevante el de un producto o grupo de productos respecto de los cuales no se encuentran sustitutos suficientemente próximos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado.¹⁰

III. A. Mercado relevante del producto

17. El mercado relevante del producto se determina principalmente por el comportamiento de la demanda. Específicamente, conforman el mercado relevante, el producto o grupo de productos respecto de los cuales no se encuentran sustitutos suficientemente próximos.
18. Para la distribución minorista de combustibles, esta Fiscalía considera que la gasolina y el petróleo diesel para transporte, son productos que no tienen sustitutos cercanos, al menos desde una perspectiva de corto plazo.
19. De esta manera, el mercado relevante del producto se encuentra conformado por la comercialización de combustibles líquidos que, a su vez, son bienes relativamente homogéneos entre las distintas estaciones de servicio de diferente marca.¹¹

III. B. Mercado relevante geográfico

20. La dimensión territorial del mercado relevante se encuentra delimitada por la menor área geográfica dentro de la cual es probable ejercer poder de mercado respecto del producto o grupo de productos relevantes.
21. En opinión de esta Fiscalía, la alternativa correcta para determinar el mercado geográfico, en la especie, sería considerar las posibilidades de sustitución que tienen los consumidores para trasladarse de una estación de

¹⁰ Guía Interna para el Análisis de Concentraciones Horizontales. Fiscalía Nacional Económica. Octubre de 2006, disponible en <http://www.fne.cl>.

¹¹ Esto quiere decir que los productos que comercializan las distintas estaciones de servicio (gasolinas de 93, 95 y 97 octanos, y petróleo diesel) son relativamente similares. En cuanto a las posibles diferencias, ellas serían debido a los esfuerzos de venta, promoción y publicidad, etc.

servicio a otra con el fin de obtener un mejor precio.¹² Así, dos estaciones de servicio deberían considerarse como parte del mismo mercado geográfico relevante si los consumidores de los productos comercializados se trasladan hacia una u otra de ellas, ubicadas en zonas cercanas, y con esto obtienen precios más convenientes. Por lo tanto, el mercado relevante geográfico se debe determinar según al *área de influencia* de la estación de servicio, en términos del tiempo recorrido por los consumidores en busca de un mejor precio.

22. El criterio anterior -áreas de influencia- ha sido reiteradamente utilizado para definir el mercado relevante geográfico, por otras autoridades de libre competencia. Por ejemplo, la Comisión de Defensa de la Competencia de Cataluña ha definido que el mercado geográfico relevante medio, de la gasolina sin plomo de 95 octanos, para cada una de las gasolineras, es de una distancia medida en siete minutos de desplazamiento.¹³ Por otro lado, el criterio adoptado por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina, ha sido considerar como participantes del mercado geográfico a las estaciones de servicio ubicadas dentro de un radio de 15 cuadras, con centro en la estación de servicio involucrada.¹⁴
23. Las participaciones de mercado de las empresas distribuidoras de combustibles y las condiciones de entrada al mismo, por ser materia de uno de los puntos de prueba establecidos por ese H. Tribunal, se referirán en la próxima sección.

IV. ANÁLISIS PARTICULAR AL TENOR DE LOS PUNTOS DE PRUEBA FIJADOS POR EL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

24. En autos, ese H. Tribunal ha establecido como hechos substanciales, pertinentes y controvertidos, los siguientes, que serán tratados a continuación por esta Fiscalía:

¹² Suponiendo un nivel de calidad equivalente entre las estaciones de servicio.

¹³ Joan-Ramon Borrell, Jordi Perdiguero (2006), "La competència en la distribució de gasolina a Catalunya", Tribunal Català de Defensa de la Competencia.

¹⁴ Dictamen N° 582, Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, noviembre de 2006, Argentina.

- a. Estructura y características del mercado en que se comercializan los productos materia de autos, y participación de las demandadas en el mismo, en la Región Metropolitana, a la época de las conductas denunciadas.
- b. Efectividad de que las demandadas fijen el precio a público de los combustibles que distribuyen a través de terceros; de que exista un acuerdo o práctica concertada entre aquéllas; y oportunidad con que se reflejan en los precios a público las variaciones informadas semanalmente por ENAP, y su justificación, especialmente durante la última semana del mes de marzo del año 2008, en la Región Metropolitana.

IV.1. Estructura y características del mercado en que se comercializan los productos materia de autos, y la participación de las demandadas en el mismo, en la Región Metropolitana, a la época de las conductas denunciadas.

A. Estructura y características del mercado en que se comercializan los productos

25. La estructura general del mercado ha sido descrita precedentemente. No obstante, es importante tener en cuenta algunas características específicas de dicho mercado.
26. En primer lugar, en lo que se refiere a la forma en que compiten las empresas distribuidoras mayoristas de combustible, objeto de la denuncia en autos, es preciso indicar que, según la naturaleza de la maximización de beneficios en este tipo de industria, los elementos claves para la competencia son ubicación, precio y calidad de imagen y servicio. En este sentido, cada distribuidor mayorista de gasolina escoge, en una primera etapa, una localización en el espacio físico y, después, en una segunda etapa, dada la ubicación de sus competidores, escoge el precio al que ofrecerá los productos de su punto de venta y la calidad de los servicios a prestar.
27. En la elección de la ubicación de las estaciones de servicio, el factor determinante es el atractivo comercial donde se instalen los puntos de venta, para lo cual resulta clave tanto el flujo vehicular como el desarrollo de las distintas urbanizaciones. En cuanto al precio que se puede cobrar al público, éste viene determinado fundamentalmente por las variaciones de los precios para los distribuidores mayoristas que informa ENAP, tal como se detallará

- más adelante. Y en cuanto a la calidad, lo que buscan las compañías distribuidoras es mantener una imagen adecuada hacia los consumidores.
28. De acuerdo a información recabada por esta Fiscalía, las compañías distribuidoras de combustibles determinan la oferta sobre la base de *trade areas* o áreas de influencia, determinadas por la presencia de otras compañías distribuidoras de combustible. En efecto, para cada estación de servicio se define una *trade area*, fundamentalmente teniendo en cuenta el volumen de venta de las distintas estaciones de servicio, los cambios de precio y el uso de cualquier herramienta de marketing que utilice la compañía competidora.¹⁵
 29. Según lo anterior, la decisión de competencia para una estación de servicio contemplará sus capacidades de infraestructura, nivel de servicio, nivel de la oferta (con o sin tienda, si es o no autoservicio), y otras características (por ejemplo, si otorga descuentos, incluye lavado, etc.). De esta manera, si una determinada estación de servicio se encuentra en similares condiciones que su competencia, el precio a público que debiera observarse debiera ser similar al del competidor.
 30. Otra característica importante de este mercado tiene que ver con la formación de los precios de los insumos para las distribuidoras mayoristas; esto, por cuanto la mayor parte de lo que se vende en el mercado lo provee ENAP.
 31. Tal como describe en su sitio web (www.enap.cl), en los últimos años, ENAP ha continuado aplicando una política basada en el seguimiento semanal de la paridad de importación. En términos simples, ENAP elige la mejor alternativa de costos que se ofrece para cualquier importador de traer un producto a Chile desde un mercado de referencia, como lo es el de la costa del Golfo de México.
 32. A partir de ello, ENAP mantiene contratos de venta con las compañías distribuidoras. Asimismo, calcula los correspondientes precios de los productos que entrega a los mayoristas, considerando los siguientes elementos: i) valores de paridad de importación y tipo de cambio; ii) impuestos específicos e IVA; iii) costos de transporte y logística (oleoductos,

¹⁵ Las áreas de influencia pueden estar acotadas por barreras geográficas o barreras naturales, como puede ser un bandejón central en una avenida. Puede haber estaciones que estén una frente a la otra, pero no pertenecer a la misma área de atracción.

almacenamiento); iv) costos de internación o arancel aduanero; v) seguros; y vi) aplicación de las Leyes N° 19.681 (2000), sobre el funcionamiento del FEPP, y N° 20.278 (2008), sobre el funcionamiento del FEPCO, y de las respectivas modificaciones efectuadas por la Comisión Nacional de Energía (CNE) en los valores de referencia de ambos fondos.

33. En consecuencia, ENAP considera los valores del mercado internacional según la mejor alternativa de suministro que tienen las compañías distribuidoras y, a partir de ello, informa periódicamente a los distribuidores mayoristas el precio de referencia, que, según antecedentes de esta Fiscalía, ocurre los días martes de cada semana. Luego, generalmente los días jueves, ENAP pone a disposición del público la información básica de la composición de precios con que entrega sus productos a los distribuidores mayoristas en Chile. A modo de ejemplo, en el siguiente Cuadro se indica la estructura de precios de ENAP a los distribuidores mayoristas en Santiago publicado el día jueves 22 de enero de 2009.

Cuadro N° 1
Precios de ENAP a Distribuidores Mayoristas en Santiago
 Participación % sobre el Precio de Venta al 22/01/2009

	Gasolinas	Diesel
Precio ENAP puesto en Concón	53,7%	67,0%
Oleoducto Concón/Maipú	1,6%	2,0%
FEPP	0,0%	0,0%
Impuesto Específico	34,2%	17,9%
IVA	10,5%	13,1%
Precio Venta a Mayoristas	100%	100%

Fuente: ENAP.

34. A partir del precio que cobra ENAP a los distribuidores mayoristas, éstos determinan libremente los precios al público, según sus márgenes de comercialización. Este último depende principalmente del grado de competencia que enfrenten los distribuidores minoristas en el mercado geográfico en que participan. El traspaso de las variaciones que informa ENAP, a los precios a público por parte de las distribuidoras minoristas, dependerá además del tipo de contrato comercial que éstas tengan con la distribuidora mayorista de combustibles.
35. Para aquellas estaciones de servicio que operan bajo la modalidad de revendedores, en que la propiedad de los combustibles corresponde al

distribuidor minorista, son éstos los que deciden el traspaso de precios a los consumidores finales. Es decir, determinan libremente, considerando su área de influencia, el precio a público.

36. Por su parte, aquellas estaciones de servicio que operan bajo la modalidad de consignatarios o comisionistas, es la distribuidora mayorista quien determina el precio que se debe cobrar a los consumidores. La operativa mediante la cual se llevan a cabo dichos traspasos de precios es la siguiente: ENAP informa las alzas o bajas de precios, cuando procede, los días martes de cada semana, a las empresas distribuidoras mayoristas de combustible (a la unidad de comercialización encargada de determinar los precios). Luego, la distribuidora mayorista evalúa, ya sea de manera propia o mediante servicios de empresas externas, la variación del precio a aplicar a partir del día jueves. Generalmente, estos cambios son implementados e informados a los consignatarios -o comisionistas- mediante el sistema informático de la propia compañía. Esto ocurre normalmente los días jueves a las 00:00 horas.

B. Participación de mercado de las demandadas

37. Habida consideración que esta Fiscalía no cuenta con antecedentes suficientes que permitan determinar el mercado geográfico relevante de acuerdo a un criterio preciso como el de distinguir las áreas de influencia de cada estación de servicio, se considerará para estos efectos, atendida su densidad poblacional, las comunas, para el caso de la Región Metropolitana, y las ciudades, para el resto de las demás Regiones.
38. A modo referencial, en el Cuadro N° 2 se muestran las participaciones de las distribuidoras mayoristas de combustible, tomando como indicador el número de estaciones de servicio de cada marca en las distintas comunas de la Región Metropolitana, en base a información proporcionada por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC), a febrero de 2008.

Cuadro N° 2
Distribución Minorista de Combustible: Participación de Mercado
 Según número de estaciones de servicios por comuna
 Información disponible a febrero de 2008

COMUNA	COPEC	ESSO	SHELL	Terpel (Ex YPF)	Independientes
ALHUE	0,0	0,0	100,0	0,0	0,0
BUIN	33,3	16,7	16,7	0,0	33,3
CALERA DE TANGO	25,0	0,0	0,0	0,0	75,0
CERRILLOS	33,3	33,3	16,7	0,0	16,7
CERRO NAVIA	0,0	25,0	25,0	25,0	25,0
COLINA	50,0	12,5	12,5	12,5	12,5
CONCHALI	28,6	42,9	0,0	28,6	0,0
CURACAVI	50,0	0,0	25,0	0,0	25,0
EL BOSQUE	33,3	22,2	0,0	11,1	33,3
EL MONTE	66,7	0,0	0,0	33,3	0,0
ESTACION CENTRAL	41,7	16,7	16,7	16,7	8,3
HUECHURABA	40,0	40,0	0,0	20,0	0,0
INDEPENDENCIA	50,0	18,8	25,0	0,0	6,3
ISLA DE MAIPO	100,0	0,0	0,0	0,0	0,0
LA CISTERNA	16,7	33,3	16,7	16,7	16,7
LA FLORIDA	45,5	18,2	13,6	18,2	4,5
LA GRANJA	40,0	20,0	40,0	0,0	0,0
LA PINTANA	50,0	0,0	0,0	25,0	25,0
LA REINA	23,1	30,8	30,8	15,4	0,0
LAMPA	20,0	0,0	20,0	0,0	60,0
LAS CONDES	41,7	20,8	25,0	12,5	0,0
LO BARNECHEA	22,2	33,3	22,2	22,2	0,0
LO ESPEJO	100,0	0,0	0,0	0,0	0,0
LO PRADO	33,3	33,3	33,3	0,0	0,0
MACUL	50,0	16,7	8,3	16,7	8,3
MAIPU	33,3	23,8	23,8	14,3	4,8
MELIPILLA	54,5	9,1	18,2	9,1	9,1
ÑUÑO A	36,7	16,7	30,0	16,7	0,0
PADRE HURTADO	50,0	0,0	25,0	0,0	25,0
P AINE	14,3	0,0	14,3	14,3	57,1
PEDRO AGUIRRE CERDA	45,5	0,0	36,4	18,2	0,0
PEÑAFLO R	22,2	0,0	44,4	11,1	22,2
PEÑALO EN	30,0	20,0	20,0	20,0	10,0
PIRQUE	50,0	0,0	50,0	0,0	0,0
PROVIDENCIA	44,4	22,2	29,6	3,7	0,0
PUDAHUEL	38,5	30,8	15,4	7,7	7,7
P UENTE ALTO	33,3	8,3	16,7	12,5	29,2
QUILICURA	12,5	12,5	37,5	25,0	12,5
QUINTA NORMAL	53,3	6,7	26,7	6,7	6,7
RECOLETA	20,0	20,0	33,3	6,7	20,0
RENCA	44,4	11,1	22,2	0,0	22,2
SAN BERNARDO	17,2	6,9	10,3	27,6	37,9
SAN JOAQUIN	18,8	18,8	25,0	25,0	12,5
SAN JOSE DE MAIPO	100,0	0,0	0,0	0,0	0,0
SAN MIGUEL	22,2	33,3	33,3	11,1	0,0
SAN RAMON	40,0	0,0	20,0	20,0	20,0
SANTIAGO	34,1	20,5	36,4	9,1	0,0
TALAGANTE	71,4	0,0	28,6	0,0	0,0
TIL TIL	0,0	0,0	0,0	50,0	50,0
VITACURA	40,0	26,7	33,3	0,0	0,0

Fuente: Superintendencia de Electricidad y Combustible.

39. Los antecedentes indican que el mercado de la distribución de combustibles líquidos se encuentra abastecido principalmente por Copec, Shell y Esso, presentándose distintas participaciones de mercado en las distintas comunas de la Región Metropolitana.
40. En cuanto a datos agregados para esta Región, Copec tiene 191 estaciones de servicio, luego le siguen Shell, con 124, Esso, con 91, y Terpel (ex YPF) con 67, mientras que los distribuidores independientes alcanzan a los 61¹⁶.
41. En las principales comunas, vale decir, Estación Central, La Florida, Ñuñoa, Puente Alto, Quinta Normal, Maipú, Independencia y Macul, se observa que Copec es la empresa de mayor participación relativa, en términos de estaciones de servicio que operan bajo esa marca, seguida de Esso y Shell, con participaciones similares.

C. Condiciones de Entrada

42. La Fiscalía Nacional Económica considera como barrera a la entrada a un mercado el impedimento al ingreso de competidores o la ventaja de costos que posee una empresa establecida en el mercado frente a una firma que desea entrar.
43. De comprobarse que existen impedimentos al ingreso de competidores o bien que la firma establecida posee ventaja de costos frente al entrante, entonces se afectará la probabilidad, oportunidad y suficiencia de la entrada a este mercado, de tal manera que no exista posibilidad que un nuevo competidor ingrese y discipline el mercado.¹⁷
44. En Chile no existen restricciones legales para el ingreso de nuevas firmas a los distintos segmentos del mercado en análisis, esto es, se permite el libre acceso a la explotación y exploración, a la refinación y la distribución mayorista y minorista de combustibles.¹⁸ Además, cualquier distribuidor

¹⁶ Se hace referencia a distribuidor independiente, o también conocido por el mercado como punto blanco, a un distribuidor minorista cuya instalación no se encuentra asociada a una Compañía Distribuidora de combustible. Este es el criterio utilizado por la SEC para establecer que una instalación de abastecimiento vehicular es un punto blanco.

¹⁷ Guía Interna para el Análisis de Concentraciones Horizontales. Fiscalía Nacional Económica. Octubre de 2006. Pág. 15.

¹⁸ Esto se debe a las reformas estructurales aplicadas en este mercado a finales de la década de los setenta y que significó la liberalización de la distribución mayorista en 1978, la libertad de importación y exportaciones de crudo y derivados, y la libertad de precios de los derivados del petróleo en 1982.

mayorista podría –por regla general- abastecer sus necesidades de combustibles directamente desde el exterior, mediante la importación.

45. No obstante, esta Fiscalía considera que existen elementos que dificultan la entrada al mercado. En primer lugar, y en cuanto a los costos hundidos, que para la Fiscalía son aquellos que la empresa no puede recuperar en un plazo razonable después de salir del mercado, éstos constituyen la principal barrera, tanto en su etapa de refinación como de distribución, y están determinados, principalmente, por las inversiones en infraestructura que requieren, por un lado, las plantas de refinación y, por otro, el transporte de combustible por oleoductos.
46. En segundo término, las economías de escala, relacionadas básicamente con los volúmenes que se demandan para que este negocio sea rentable, afectan el tiempo y la suficiencia de la entrada al mercado, y se vinculan principalmente con la infraestructura de las plantas, la capacidad de almacenamiento y las redes de distribución, como son los terminales portuarios y oleoductos.
47. Finalmente, en línea con lo establecido en la Sentencia N° 18/2005, de ese H. Tribunal, menester es destacar que en las comunas de Santiago, así como en Valparaíso y Viña del Mar, existen zonas donde está prohibida la instalación de nuevas estaciones de servicio, las que normalmente corresponden a las de mayor atractivo comercial. Es decir, la dificultad para instalar tales estaciones en dichas áreas, también constituye una barrera a la entrada relevante, toda vez que los entrantes sólo podrían instalar estaciones de servicio en lugares con menor atractivo comercial. Adicionalmente, aún en la eventualidad de que no existiesen barreras a la entrada, la integración vertical presente en esta industria tiene el efecto de alargar el tiempo que demora la entrada de un nuevo competidor (Considerando cuadragésimo noveno del fallo).

IV.2. Efectividad de que las demandadas fijen el precio a público de los combustibles que distribuyen a través de terceros; de que exista un acuerdo o práctica concertada entre aquéllas; y oportunidad con que se reflejan en los precios a público las variaciones informadas semanalmente por ENAP, y su justificación, especialmente durante la última semana del mes de marzo del año 2008, en la Región Metropolitana.

A. Efectividad de que las demandadas fijen el precio a público de los combustibles que distribuyen a través de terceros

48. Como ya se señaló, en la formación de los precios de los insumos para las distribuidoras mayoristas, es determinante el hecho que la mayor parte de lo que se vende en el mercado es proveído por ENAP, la que luego de conjugar la serie de factores antes referidos, informa todos los martes el precio de referencia a los distribuidores mayoristas.
49. Por su parte, como ese H. Tribunal conoce, el precio a público de los combustibles y la relación de éste con las demandadas de autos, depende del tipo de relación comercial entre la distribuidora mayorista con los distribuidores minoristas que venden el combustible al público. Esta relación comercial puede desarrollarse, por un lado, por la vía de la venta del combustible de la mayorista al minorista, de manera tal que la minorista se hace dueña de ese combustible y, luego, vende el combustible al público. Por otra parte, la distribuidora mayorista, por vía de la consignación y no existiendo una transferencia de la propiedad del combustible, puede vender a través del minorista el combustible al público.
50. En el primer caso, el de los revendedores, son éstos los que determinan el precio al público de acuerdo a la conveniencia para su negocio, y el rol que les cabe a las mayoristas como proveedores *–prima facie–* no va más allá de lo que la ley prescribe. Por su parte, en el caso de los consignatarios, atendida la relación que existe entre éstos y la mayorista, así como la propiedad del combustible, es ésta última la que *–a través de un sistema informático centralizado–* define el precio que la minorista debe cobrar al público, entregando como contraprestación por la actividad, una comisión a dicho minorista.
51. En el caso particular de Esso, según pudo constatar esta Fiscalía y de acuerdo a los antecedentes de autos, este sistema de determinación de los

precios para los distribuidores minoristas es operado por una empresa coligada, con residencia en Guatemala. Como se reseñó, una vez que la demandada es informada por ENAP de los cambios semanales de precios de los combustibles, Esso Chile remite la información a la empresa en Guatemala, la cual luego de procesar y analizar los antecedentes, fija los precios a los que compran los distribuidores de reventa, y los precios a público que deben cobrar los consignatarios o comisionistas, como se denominan en esta empresa. Por su parte, una firma chilena (Carcon) les presta servicios de encuestas de precio de mercado, también remitiendo la información generada por esta vía, a la filial de Guatemala, la cual la utiliza como insumo adicional en su proceso de elaboración del precio de venta.

52. Shell, por su parte, tiene una instancia específica dentro de su empresa que desempeña las funciones relativas al establecimiento de precios: la Unidad de Soporte de Ventas. Esta unidad determina los precios -generalmente los días miércoles de cada semana-, comunicándolos a la Central de Atención al Cliente para informarlos a revendedores y consignatarios. En el caso de los revendedores, los precios se cargan a un sistema informático de venta (*JDE*), para efectos de facturación y contabilización. Estos distribuidores minoristas, finalmente, fijan los precios al público conforme a sus propias decisiones comerciales. En el caso de los distribuidores minoristas consignatarios, el precio de venta al público lo define la Unidad de Soporte de Venta. Los consignatarios se informan de este precio a través de un sistema informático centralizado, llamado *Comprice*, al cual acceden en sus dependencias comerciales mediante una cuenta individual. Adicionalmente, este sistema permite que los mismos consignatarios puedan informar a la Unidad de Soporte de Ventas los precios de las otras estaciones de servicio que se encuentran dentro del área de influencia, lo cual es usado como insumo por parte de dicha Unidad para determinar ajustes en el precio de venta, si lo considera necesario.
53. Finalmente, en el caso de Copec, los precios de venta se procesan, establecen e informan mediante el sistema informático denominado *SAP*. En el caso de los revendedores, que Copec denomina concesionarios, los precios se establecen por localidad de despacho, considerando el margen que la compañía espera para cada una de ellas, conforme a las condiciones de mercado existentes, quedando finalmente la definición del precio de venta

al público en los propios revendedores. En el caso de los consignatarios, que Copec denomina comisionistas, el precio lo define directamente la empresa, a través de sus Oficinas Comerciales. Estas oficinas determinan la variación del precio para los distintos combustibles conforme a las condiciones de mercado de cada punto de venta y teniendo en cuenta los cambios de costo informados para los concesionarios (revendedores).

B. Existencia de un acuerdo o práctica concertada entre aquéllas

54. Sobre el particular, esta Fiscalía estima que, si bien existen condiciones de concentración de mercado y otros factores que podrían propiciar conductas colusorias en el presente mercado, no existen antecedentes suficientes en autos que permitan concluir categóricamente la existencia de un acuerdo o práctica concertada entre las demandadas, en el período demandado.
55. En tal sentido, cabe recordar lo señalado en el considerando Trigésimo primero de la Sentencia N° 18/2005, de ese H. Tribunal, en cuanto a que “el hecho que las estaciones de servicios tengan precios similares en cada una de las distintas zonas geográficas, y que además evolucionen de manera similar, no puede sorprender, pues la bencina es un producto homogéneo que los consumidores identifican como tal. Sería pues difícil que una empresa pudiese tener precios sustancialmente distintos a los de las otras empresas en un mismo mercado de forma sostenida.”

C. Oportunidad con que se reflejan en los precios a público las variaciones informadas semanalmente por ENAP, y su justificación, especialmente durante la última semana del mes de marzo del año 2008, en la Región Metropolitana

56. Tal como se mencionara, los precios de venta de las empresas distribuidoras mayoristas de combustibles se establecen de acuerdo a lo informado por ENAP para la planta de despacho más cercana, que es el costo de adquirir el insumo, considerando además los impuestos específicos correspondientes, el fondo de estabilización de precios del petróleo, el IVA y los fletes asociados.

57. En cuanto a la oportunidad¹⁹ en que se reflejan las variaciones informadas semanalmente por ENAP, se procedió a analizar los precios a público de una muestra de estaciones de servicio²⁰ que operan en un régimen contractual de consignación²¹ con las empresas denunciadas.
58. Se analizaron dos elementos. El primero, cuánto demoran las distribuidoras mayoristas en traspasar las modificaciones de los precios de ENAP hacia las estaciones de servicio. Para ello, se analizaron los días en que ENAP informó los nuevos precios y el número de estaciones de servicio que modificaron sus precios tanto el mismo día del anuncio, para los meses de marzo y abril de 2008. En segundo lugar, se analizaron tanto los precios de ENAP como los precios a público de la última semana de marzo de 2008, es decir entre los días lunes 24 y domingo 30 de ese mes, y sus respectivas variaciones respecto del día anterior.
59. En lo que respecta al primer elemento, en los siguientes Cuadros se especifica cuántas estaciones de servicio -de la muestra utilizada para cada empresa demandada cambiaron- cambiaron los precios a público como resultado de la modificación de precios informada por ENAP a esas compañías mayoristas. Los Cuadros muestran que los precios a público de las estaciones de servicio de la muestra se ajustan en su mayoría el mismo día en que ENAP modifica los precios que cobra por los combustibles a las distribuidoras mayoristas. En el caso de la muestra de estaciones de servicio Copec, la evidencia resulta más clara, siendo el ajuste llevado a cabo el mismo día en casi todas las estaciones de servicio.
60. Así, por ejemplo, para la modificación de precios de ENAP del día 20 de marzo de 2008, las 10 estaciones de servicio Esso consideradas ajustaron sus precios el mismo día, 48 -de 49- estaciones de servicio Copec realizaron ajustes de precios el mismo día, y 11 de las 27 estaciones Shell ajustaron el mismo día.

¹⁹ De acuerdo a la Real Academia Española, el término oportunidad hace referencia a "conveniencia de tiempo y de lugar".

²⁰ La muestra consistió en diez estaciones de servicio de la marca Esso, cuarenta y nueve estaciones de servicio de la marca Copec y veintisiete estaciones de servicio de la marca Shell.

²¹ Esto se debe a que para aquellas estaciones de servicio que operan bajo la modalidad contractual de concesionarios o revendedores, las distribuidoras mayoristas venden a un precio que es el costo para los concesionarios, siendo éstos últimos los que deciden si traspasar o no, y cuánto, las variaciones de precios al público. Como la denuncia es sobre las tres empresas distribuidoras mayoristas, no es relevante analizar el traspaso de los precios a público de las estaciones de servicio que operan como concesionarios o revendedores ante los cambios en los precios que les cobran las respectivas empresas mayoristas.

Cuadro N° 3
Oportunidad en que se modifican los precios a público
Esso

Fecha Modificación Precio de ENAP	Estaciones de servicio que ajustaron al menos un precio		
	t	% de la Muestra	
Marzo de 2008			
6	8	80	
13	8	80	
20	10	100	
27	10	100	
Abril de 2008			
3	10	100	
10	9	90	
17	3	30	
24	3	30	

t: el mismo día en que Enap modificó los precios (jueves).

Muestra: 10 estaciones de servicio.

Fuente: Elaboración propia en base a información de empresas.

Cuadro N° 4
Oportunidad en que se modifican los precios a público
Copec

Fecha Modificación Precio de ENAP	Estaciones de servicio que ajustaron al menos un precio		
	t	% de la Muestra	
Marzo de 2008			
6	48	98,0	
13	48	98,0	
20	48	98,0	
27	48	98,0	
Abril de 2008			
3	49	100,0	
10	1	2,0	
17	44	89,8	
24	40	81,6	

t: el mismo día en que Enap modificó los precios (jueves).

Muestra: 49 estaciones de servicio.

Fuente: Elaboración propia en base a información de empresas.

Cuadro N° 5
Oportunidad en que se modifican los precios a público
Shell

Fecha Modificación Precio de ENAP	Estaciones de servicio que ajustaron al menos un precio		
	t	% de la Muestra	
Marzo de 2008			
6	1	3,7	
13	2	7,4	
20	11	40,7	
27	27	100,0	
Abril de 2008			
3	14	51,9	
10	26	96,3	
17	27	100,0	
24	27	100	

t: el mismo día en que Enap modificó los precios (jueves).

Muestra: 27 estaciones de servicio.

Fuente: Elaboración propia en base a información de empresas.

61. En cuanto al segundo elemento analizado, en los siguientes Cuadros se muestra la evolución de los precios que ENAP cobró a las distribuidoras mayoristas y los precios que éstas cobraron al público para la gasolina de 95 octanos durante la última semana de marzo de 2008. Destacan dos hechos importantes: i) Las tres compañías denunciadas traspasaron o hicieron efectiva la disminución en los precios a público que implicó la modificación transitoria del impuesto específico a las gasolinas. En efecto, el mismo día en que se publica en el Diario Oficial la Ley N° 20.259, que establece rebaja transitoria del impuesto a las gasolinas automotrices, es decir el 25 de marzo de 2008, se constata que las empresas denunciadas hicieron efectiva dicha disminución en los precios a público. ii) El otro hecho relevante en la semana en consideración tiene que ver con la modificación del precio que ENAP cobra a las distribuidoras mayoristas. Tal como se observa en el Cuadro N° 6, el día jueves 27 de marzo de 2008 se produjo un aumento en el precio de la gasolina de 95 octanos, en aproximadamente 13 pesos por litro.
62. De esta manera, los precios a público para esa clase de gasolina habían disminuido aproximadamente \$ 40 por litro al término de la última semana de marzo de 2008, debido a ambos efectos; la reducción impositiva y el aumento en el precio de ENAP a las distribuidoras mayoristas.

Cuadro N° 6
Precios de ENAP (\$/litro) a las distribuidoras mayorista
 Gasolina de 95 octanos – Marzo 2008

Fecha	Precio de Lista Maipu	Impuesto Especifico	FEP	IVA	Total Precio Enap	Cambio de Precio Enap
Lunes 24	352,29	208,01	53,99	63,41	569,72	
Martes 25	352,29	156,01	53,99	63,41	517,72	-52,00
Miércoles 26	352,29	156,01	53,99	63,41	517,72	-
Jueves 27	362,85	156,01	53,66	65,31	530,50	12,78
Viernes 28	362,85	156,01	53,66	65,31	530,50	-
Sábado 30	362,85	156,01	53,66	65,31	530,50	-
Domingo 31	362,85	156,01	53,66	65,31	530,50	-

Fuente: Elaboración propia en base a información en autos.

Cuadro N° 7
Precios a público (\$/litro) de la gasolina de 95 octanos
 Promedio para las estaciones de servicio de la muestra – Marzo 2008

Fecha	ESSO	COPEC	SHELL	Variación respecto del día anterior		
				ESSO	COPEC	SHELL
Lunes 24	589,1	593,8	596,7			
Martes 25	537,2	541,7	544,6	-51,9	-52,0	-52,2
Miércoles 26	536,1	541,7	544,6	-1,1	0,0	0,0
Jueves 27	548,0	553,5	557,6	11,9	11,8	13,0
Viernes 28	550,5	553,5	555,8	2,5	0,0	-1,8
Sábado 29	550,5	553,5	555,8	0,0	0,0	0,0
Domingo 30	550,5	553,5	555,8	0,0	0,0	0,0
Número de Estaciones de Servicio	10	48	27			

Fuente: Elaboración propia en base a información de las empresas.

63. En consecuencia, el análisis anterior da cuenta que las modificaciones de precio que ENAP aplicó a los distribuidores mayoristas de combustibles durante los meses analizados, fueron traspasadas casi completamente el mismo día en que se produjeron. Adicionalmente, se observó que las empresas denunciadas traspasaron la modificación tributaria el mismo día en que se publicó la Ley N° 20.259, el 25 de marzo de 2008.

Es cuanto puedo informar a ese H. Tribunal.

POR LO TANTO, en consideración a lo expuesto y a lo dispuesto en el artículo 39 letra e), del Decreto Ley N° 211,

A ESE H. TRIBUNAL SOLICITO: Tener por evacuado el informe solicitado, en los términos expuestos.

OTROSÍ: Tenga presente ese H. Tribunal que mi personería para representar a la Fiscalía Nacional Económica consta del Decreto Supremo de mi nombramiento en el cargo de Fiscal, copia autorizada del cual se encuentra bajo la custodia de la Secretaría de ese H. Tribunal.

A handwritten signature in black ink, appearing to be the initials 'EN' followed by a stylized flourish.