

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA Nº 18/2005.

Santiago, diez de junio de dos mil cinco.

VISTOS:

A fojas 25, con fecha 5 de noviembre de 2002 la Fiscalía Nacional Económica (FNE) informa los resultados de la investigación sobre el mercado de los combustibles líquidos y formula requerimiento en contra de las empresas Compañía de Petróleos de Chile S.A., en adelante también **Coppec**, Esso Chile Petrolera Ltda., en adelante también **Esso**, Shell Chile S.A.I.C., en adelante también **Shell**, e YPF Petróleos Transandinos S.A., en adelante también **YPF**, empresas que presentan un comportamiento y prácticas de comercialización que distorsionarían o entorpecerían la competencia en el mercado de la distribución y venta de combustibles líquidos en la Región Metropolitana (RM).

Señala que con fecha 29 de enero de 2001 los H. Diputados señores Rincón y Leal denunciaron ante la Fiscalía una eventual concertación para aumentar los precios de los combustibles líquidos en que habrían incurrido las empresas señaladas, las cuales habrían elevado sus márgenes de comercialización, aún en el período de baja del precio del petróleo en el mercado internacional, encareciendo el precio de los combustibles al consumidor final, denuncia que fuera reiterada por el mismo H. Diputado Leal y el Consejero Regional de la RM don Pedro Saitz, además de otra de similar contenido interpuesta por el H. Diputado Sr. Luksic.

Que, además, se recibió una denuncia de don José Luis Capdevilla Honorato, dueño de una estación de servicio ubicada en la comuna de Quinta Normal y de un estanque de abastecimiento en Maipú, según la cual se habría producido una concertación entre las empresas distribuidora de combustibles líquidos, para la fijación de precios de venta predatorios en el sector en que funciona aquella estación.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Que, teniendo en consideración que los hechos denunciados recaen en un mercado de servicios esenciales, se estimó necesario que la investigación abordara el análisis de la estructura del mercado de los combustibles y sus principales características, análisis que consideró las diferentes etapas que lo compone, como son, 1) importación y refinación; 2) distribución mayorista, que contempla abastecimiento y transporte y 3) distribución minorista.

Que, en relación a la primera etapa, la FNE señala que la oferta de productos finales proviene de la refinación nacional del petróleo crudo, más la importaciones, en la primera industria si bien existe libertad de acceso, sólo participa Enap, por lo tanto, si al volumen de sus operaciones de importación se suma la producción que de ellos hace dicha empresa, es indiscutible su posición dominante, lo que no constituye un problema para el sector, ya que no siendo aquella suficiente para abastecer el mercado nacional y existe libertad para importar productos refinados, no se vislumbran barreras y el precio cobrado por la Empresa Nacional de Petróleos, en adelante también Enap, equivale al de importación del producto refinado, con lo cual no habría aprovechamiento de su posición dominante.

Que en relación a la segunda etapa, señala que ésta la realizan las empresas requeridas. En 2001 un 42% de las ventas de combustibles líquidos correspondió a ventas directas, en general, orientadas a los mercados industriales y un 52% a ventas por intermedio de minoristas, orientadas al transporte de vehículos livianos y consumo de kerosén, y el resto correspondió a ventas directas a las propias empresas distribuidoras y a naves marítimas.

Señala que existen varias circunstancias que pueden condicionar el grado de competencia entre las diferentes compañías distribuidoras mayoristas, cuya consideración es de la mayor importancia e indica:

Que, en cuanto al almacenamiento, específicamente al mayor o menor acceso que tienen las compañías distribuidoras mayoristas a las facilidades de acopio, las que implican, por lo demás, que los almacenes estén cerca de los centros de consumo y los terminales portuarios, es importante consignar

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que, actualmente, de la capacidad de almacenamiento nacional de combustible, que corresponde en un 93% a combustibles líquidos, Enap posee la mayor proporción con un 73%, la que mantiene parcialmente abierta a los distribuidores mayoristas, quienes pueden acceder a ella a través de su filial Emalco, sin presencia en la zona norte.

Que la escasez de terrenos adecuados para instalar los grandes estanques de almacenamiento y la imposición de restricciones legales y reglamentarias que recaen en aspectos básicos de su instalación y operación, limitan el acceso y la cantidad de empresas distribuidoras y afecta a la competencia. En la Región Metropolitana, solo es posible autorizar la instalación y funcionamiento de esta terminales y plantas de combustibles en la zona de Maipú, pero incluso en dicha zona ya no es factible su incremento por falta de capacidad disponible, todo lo cual actúa como barreras a la entrada a este mercado, las que importan costos hundidos que desincentivan el ingreso de nuevos competidores al mercado.

Señala que en la medida de que alguna de estas limitaciones equivalen a eventuales prohibiciones, se podría hablar de barreras legales o administrativas que impiden el acceso a competidores potenciales que podrían abastecer a costos competitivos.

Que un caso excepcional es el de don José Luis Capdevilla (JLC) quien logró obtener autorización para instalar su propio estanque en Maipú, abasteciéndose directamente de Enap al mismo precio que las demás distribuidoras, lo que le permite vender el combustible a precios sustancialmente más bajos que los de la RM, específicamente en la zona poniente.

Que en cuanto al transporte, se observan los siguientes sistemas:

a) Que sólo Enap puede instalar nuevos, mediante la constitución de servidumbres legales. Su red de oleoductos abarca: i) el de la XII Región, que es de uso exclusivo de Enap; ii) el de la zona central, que comprende dos oleoductos uno que es de propiedad y uso exclusivo de Enap y el otro, de Sonacol S.A., en adelante también Sonacol, que es una sociedad de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

propiedad de Enap, Copec, Shell y Esso y presta servicios de transportes a las refinerías y a las empresas distribuidoras mayoristas de combustible y gas licuado; y iii) el sistema que une la descarga y abastecimiento entre la V Región y la RM y que otorga servicio a Enap y a las distribuidoras de combustible y gas licuado de manera abierta.

b) Que por su parte, el transporte marítimo permite la distribución de los combustibles a lo centros de consumo del norte y sur del país zonas en las que no existe un sistema de oleoductos.

c) Que el transporte terrestre surte de productos a los mercados de la IV Región y zona sur, donde existen pocas posibilidades de terminales marítimos y de almacenamiento.

Que en cuanto a la etapa de distribución minorista, señala que se realiza mediante una red de estaciones de servicio, que son de propiedad de las propias distribuidoras mayoristas o de otras personas. Señala, también, que la integración vertical de las compañías distribuidoras mayoristas en el mercado minorista ha aumentado notablemente lo que dice relación con los tipos de contratos que se establecen entre las empresas distribuidoras y los operadores de estaciones de servicios. Los tipos de contratos en cuestión funcionan de la siguiente forma:

a) En algunos, los distribuidores minoristas actúan como revendedores del combustible que han comprado a las distribuidoras, fijan los precios finales al público y toman las decisiones comerciales y de gestión de la respectiva estación de servicio y puede suceder que sean independientes. En estos casos, sería de difícil ocurrencia el establecimiento de acuerdos de precios de amplia cobertura geográfica.

b) En otros casos, los minoristas son comisionistas o mandatarios de las empresas distribuidoras, siendo éstas las que fijan los precios finales al público. En este sistema la ganancia del minorista está asociada a un margen por litro de combustible vendido, o bien metas o volúmenes de venta de los diferentes productos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

c) También existen distribuidores minoristas independientes que son propietarios de los terrenos en que están instaladas y operan las estaciones de servicio, pero comodatarios de los estanques y los surtidores de los que es dueño el mayorista, con quien, además del comodato, suscriben un contrato de suministro de combustible. En este caso, es frecuente la imposición de una serie de exigencias al minorista, cuyo incumplimiento determina que éste deba arrendar el bien del que es propietario a la distribuidora, que le pagará una renta fija, previamente convenida en el contrato de concesión.

d) Además, las distribuidoras están interviniendo en el mercado de distribución minorista, mediante la instalación de estaciones de servicio de su propiedad explotadas por arrendatarios, con quienes celebran un contrato de distribución, o por consignatarios a quienes paga una comisión sobre el precio de venta al público, determinado por las empresas. También mediante la creación de sociedades comerciales subsidiarias destinadas a explotar por cuenta de las compañías las estaciones de servicio.

e) También se celebran contratos de usufructo, en virtud de los cuales el propietario del terreno y de las instalaciones pasa a ser nudo propietario, constituyéndose la compañía en una usufructuaria que arrienda o entrega en consignación y depósito la estación de servicio al mismo propietario o a un tercero;

f) Hay casos en los que la distribuidora es arrendataria de la estación de servicio y la subarrienda al operador que explota por cuenta propia la instalación y revende el combustible, pagando a la distribuidora una renta;

Que estos diferentes tipos de contratos también dan cuenta de la existencia de costos de transacción que para los mayoristas implica utilizar la red de distribución minorista para llegar al público final, los que dicen relación con una doble marginación en el canal de distribución, la existencia de externalidades negativas entre minoristas de la misma marca del mayorista y la existencia de estos costos favorece la tendencia de las compañías distribuidoras hacia la integración vertical en el canal de distribución

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

minorista, lo que reduce el número de estaciones de servicio independientes. Además se constata que las estaciones de servicio replican las políticas de precios de las distribuidoras.

Añade que en el mercado de combustibles líquidos en la R.M. la integración vertical sobrepasa el 90% y así, mientras que un 7,3% son operadas por distribuidoras independientes, el 92,7% de las estaciones presentan una de las siguientes modalidades contractuales:

- a) Son de propiedad de las distribuidoras, siendo operadas por arrendatarios, consignatarios o comisionistas (un 40%).
- b) Son explotadas por empresas relacionadas, filiales o subsidiarias (un 16,6%).
- c) Su usufructuaria es la distribuidora que la explota en virtud de un contrato con el nudo propietario un (8,5%)
- d) Su arrendataria o concesionaria es la compañía distribuidora un (27,6%)

Que, en cuanto a las ventas de las compañías distribuidoras, las totales experimentaron una importante disminución en el año 2001 (un 26%).

Añade que Copec en el año 2000 exhibió la mayor participación de mercado en la venta de combustibles a través de estaciones de servicio en la RM, con un 51%, mientras que las ventas de Esso y Shell representan el 19% y 20%, respectivamente, e YPF y Texaco, tienen un 8% y un 1%, respectivamente.

Que en cuanto a la participación de mercado de los distintos tipos de combustible vendidos en 2002, la gasolina de 93 octanos representó el 31%, la de 95 octanos un 26%, la de 97 octanos un 16%, el diesel un 20% y el kerosén doméstico un 6%.

Concluye afirmando que el mercado es altamente concentrado y que reviste particular relevancia el grado de concentración que se observa en la fase de distribución mayorista, la existencia de significativas barreras a la entrada, la exclusividad otorgada a la Enap para la instalación de nuevos oleoductos, así

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

como el control del poliducto San Fernando a Maipú por esa empresa y dos distribuidoras, lo que puede dar pie a una elevación artificiosa y abusiva de los precios a público. Afirma además que el poder de mercado de los distribuidores establecidos es alto lo que facilita la concentración y el control del mercado mediante la integración vertical o por la vía de las fusiones de empresas.

En relación al eventual acuerdo entre las distribuidoras para aumentar los precios de los combustibles líquidos al público consumidor afirma:

Que el precio de venta de los combustibles al público es el resultado, en general, de una combinación del precio a que las compañías compran combustibles a la Enap - precio de paridad o precio base-, el efecto del Fondo de Estabilización del Petróleo, los costos medios de almacenaje y transporte, el impuesto específico a los combustibles y el margen bruto de comercialización, a lo cual se debe agregar el Impuesto al Valor Agregado o IVA.

Que el Fondo de Estabilización del Petróleo es un mecanismo que define el porcentaje de las alzas de los precios del crudo importado que debiera ser traspasado al público, cuyo objetivo es mantener cierta estabilidad en los precios de los derivados del petróleo en el mercado nacional. Este fondo opera con dos tipos de precios i) los de paridad de importación, que se refieren a la cotización promedio semanal observada en los mercados internacionales cuya determinación corresponde a la Comisión Nacional de Energía (CNE) y ii) los precios de referencia, determinados por el Ministerio de Economía, los cuales consideran un precio de referencia intermedio, uno de referencia superior y uno de referencia inferior. Los precios de referencia intermedios calculados no pueden diferir en más de 20% del promedio de paridad observado durante los 12 meses anteriores.

Que en cuanto al precio de venta de la Enap a los distribuidores, esa empresa anuncia semanalmente los precios a que se venderán la semana siguiente.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Que, el margen bruto de comercialización (que incluye tanto el margen de distribución mayorista como el de minorista), resulta de la diferencia entre el precio de venta final al público y el precio de venta a los mayoristas, más los costos de almacenamiento y transporte

Que los precios de los combustibles al público muestran un grado importante de independencia, respecto de las fluctuaciones internacionales. Por ello, en la investigación de la FNE, al comparar las variaciones semanales de los precios al consumidor para cada tipo de combustible, con las variaciones semanales de los precios de venta de Enap a las compañías distribuidoras, se tuvo en cuenta como hipótesis de trabajo lo siguiente:

a) Que, en la medida en que la correlación entre los cambios en los precios de venta al público y los cambios de precios que Enap cobra a las compañías es positiva, sería posible presumir que los movimientos en los precios obedecen a una variación de costos y,

b) Que en la medida que los cambios en los precios de venta al público tienden a presentar volatilidades disímiles entre las diferentes compañías distribuidoras, existe concertación en la fijación de los precios al público.

La FNE realiza en su requerimiento las siguientes consideraciones finales:

Que el mercado de la distribución de combustibles líquidos en la RM se caracteriza por una alta concentración, la que se manifiesta en una participación altamente relevante de Enap, en las etapas de importación y refinación. Esta compañía no ejercería un abuso de dicha posición de dominio, en la medida que vende el producto refinado a un precio muy similar al que costaría importarlo.

Que este mercado se caracteriza también por una alta concentración en la etapa de la distribución mayorista de los combustibles líquidos con predominio absoluto de 4 empresas, tres de las cuales concentran más del 90% del mercado.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Que existe una fuerte y creciente integración vertical de los distribuidores mayoristas en el mercado de la distribución minorista, la que en la RM alcanza un 90%.

Que existen significativas barreras a la entrada de nuevos competidores en todas las etapas de distribución de combustibles líquidos, debido al control que las empresas distribuidoras mayoristas tienen en el poliducto San Fernando Maipú, a la exclusividad otorgada a Enap para la instalación de nuevos oleoductos, al agotamiento de sitios disponibles para almacenar combustibles y al control que sobre Emalco tienen las diferentes distribuidoras que son sus grandes clientes.

Que todo lo anterior se ve reforzado por las limitaciones urbanas establecidas para la construcción de grandes estanques de almacenamiento, envasado y carguío de combustibles, las se manifiestan en el Plano Regulador Metropolitano, que sólo autoriza su existencia en la zona de Maipú, donde ya no es factible su incremento por falta de capacidad disponible de almacenamiento.

Que, a fin de evitar toda posibilidad de un comportamiento abusivo por parte de las empresas distribuidoras, sería deseable adoptar medidas destinadas a provocar la desintegración vertical del mercado y/o promover políticas destinadas a incentivar la competencia, facilitar el acceso al mercado de las compañías distribuidoras internacionales y la constitución de nuevos distribuidores nacionales.

Que debiera asegurarse el traspaso a los consumidores del ahorro de costos que implica la integración vertical, fortalecerse la transparencia de los precios y evitarse un servicio y trato discriminatorio a las estaciones de servicio independientes en la comercialización de los combustibles.

Señala, además que es posible una reducción de los márgenes de beneficio de las empresas distribuidoras y un aumento de la volatilidad de los mismos, en la medida que actúen como empresas con políticas competitivas.

Que, en cuanto a las alzas en el precio, existe evidencia de que las empresas distribuidoras de combustibles están utilizando su poder de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mercado y ejerciendo algún grado de comportamiento concentrado con la finalidad de ampliar, asegurar y sostener sus márgenes de beneficio, lo que constituye una infracción a lo dispuesto en el Decreto Ley N° 211, que puede ser objeto de sanciones.

La Fiscalía Nacional Económica propone en su requerimiento:

- a) Solicitar al señor Ministro de la Vivienda y Urbanismo, que, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 2° de la Ley N° 16.391 y lo dispuesto por los artículos 36 y 37 del DFL N° 458, de 1975, adopte las medidas conducentes a revisar regulaciones vigentes, contenidas en el Plan regulador Metropolitano sobre requisitos para la instalación de nuevos centros de acopio de combustibles líquidos, con la finalidad de permitir la instalación de una mayor cantidad de depósitos de almacenamiento de combustibles líquidos y, de este modo, facilitar el libre acceso de nuevas empresas distribuidoras a este mercado.
- b) Considerar la adopción de medidas destinadas a reducir otras barreras de entrada a este mercado, tales como las siguientes: i) con la finalidad de favorecer la competencia, en la etapa de transporte, ordenar se modifique la estructura de propiedad de la empresa Sonacol, actualmente bajo el control de Enap, Copec y Esso, con la finalidad de permitir el ingreso de nuevos socios a la misma; ii) solicitar al Ejecutivo patrocinio de un proyecto de ley que permita a los particulares constituir servidumbres legales, para la instalación de nuevos oleoductos; iii) establecer regulaciones que reduzcan el control que, sobre la empresa Emalco, en Maipú, ejercer las grandes distribuidoras de combustible, o las que este Tribunal determine.
- c) Instruir a las empresas requeridas, en el sentido que deben poner término a todo acuerdo o concertación entre ellas, ordenando su cese inmediato e imponiéndoles la obligación de comportarse independientemente en las decisiones de precios que deban adoptar en lo sucesivo.
- d) Reiterar a esas mismas empresas la prohibición absoluta y permanente de efectuar, en el futuro, directa o indirectamente, cualquiera actividad, negociación, tratativa o acuerdo que tenga o pueda tener por

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

objeto, entre otros, coordinar, concertar o aunar decisiones de precios de venta de combustibles líquidos.

e) Instruir a las empresas distribuidoras en el sentido que deben determinar clara y precisamente el precio base o neto de contado o a plazo para cada uno de los combustibles que comercialicen, precio que 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 copulativamente estas características

f) Lo anterior, sin perjuicio de imponer a las empresas requeridas las sanciones que este Tribunal estime les son aplicables.

En su presentación de fojas 422, de 27 de febrero de 2003, la FNE rectifica y aclara que las ventas de las compañías distribuidoras de combustibles líquidos en la RM durante el año 2001 descendieron en un 4,2 %, y que se hubo un aumento de los márgenes de beneficio de las empresas distribuidoras en relación con los precios, lo que permite inferir la existencia de algún grado de comportamiento concertado por parte de las requeridas.

La FNE aclara, también, que la caída de las ventas afectó a las requeridas

A fs. 41 la H. Comisión Resolutiva confirió traslado a las requeridas por el término legal. Solicitó informe a Enap, Sonacol y a la Asociación de Distribuidores de Combustibles, ADICO, al tenor del requerimiento.

Elementos probatorios e ilustrativos aportados por la FNE en apoyo de sus argumentos.-

Instrumentos:

- 1) Copia de la totalidad de los antecedentes contenidos en el expediente Rol N° 348-01, F.N.E. (fs. 25).
- 2) Anexo que contiene los cuadros y gráficos a los que se hace referencia en el requerimiento (fs. 25).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 3) Documentos que contienen información estadística sobre precios y volúmenes de venta de las empresas participantes del sector analizado en la investigación de la Fiscalía rol 484-02 FNE (Fs. 678).
- 4) Cuadernos de documentos aportados por la FNE a fs. 573 vta. y 686 vta. e individualizados a fs. 843.
- 5) A fs. 843, antecedentes de las investigaciones roles N° 348.01-FNE y N° 484-02-FNE.
- 6) A fs. 843, Libros I, II, III que contienen las estadísticas utilizadas por la FNE y elaboradas por el SERNAC.
- 7) A Fs. 843, encuestas mensuales y semanales de precios de combustibles líquidos elaboradas por el SERNAC en el año 2002.
- 8) Archivadores de documentos acompañados por Esso y Shell. en investigación de la FNE.

Testigos:

- 1) María Isabel Calvo Alemparte (fs. 905 y siguientes).
- 2) Maximiliano Montes Solar (fs. 907 y siguientes).
- 3) José Luis Capdevilla Honorato (fs. 911 y siguientes).
- 4) Gonzalo Vergara Echazarreta (fs. 915 y siguientes).

Absolución de Posiciones:

- 1) Juan Juanet Rodríguez (fs. 1058 y siguientes).
- 2) Eduardo Pérez Cambet (fs. 1066 y siguientes).
- 3) Claudio Mualin Diet (fs. 1072).
- 4) Jorge Bunster Betteley (fs. 1101 y siguientes).

ARGUMENTOS DE ESSO

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

A fs. 84, Esso evacua el traslado y señala que, de acuerdo a su objeto social, adquiere combustibles líquidos a Enap y excepcionalmente importa dicho producto desde el extranjero. Dependiendo del lugar de recepción de los combustibles, éstos son transportados por oleoductos de Enap, o Sonacol, empresa ésta última en la que Enap participa minoritariamente.

Señala que cuenta con plantas de almacenamiento en Iquique, Antofagasta, Guayacán, Viña del Mar, Maipú, San Vicente y Puerto Montt y los combustibles son transportados desde las plantas correspondientes a las diferentes estaciones de servicio, vía terrestre.

Que determina independiente y libremente sus precios en base a condiciones de costo (que incluyen los componente operacionales), fundamentalmente determinadas por el del combustible más los impuestos y los costos asociados a las estaciones en particular, como los asociados al terreno y al nivel de rotación, que dependen fundamentalmente del volumen vendido por estación de servicio y de los servicios y accesorios entregados.

Que Esso ha dado cumplimiento a las normas de libre competencia del Decreto Ley N° 211 y por lo tanto, niega toda participación en cualquier acto, hecho, o contrato por el cual se haya contravenido a la misma. Señala además que las conductas atribuidas por la Fiscalía son absolutamente infundadas, no se apoyan en ningún antecedente probatorio que sirva de sustento y carecen de toda lógica económica.

Señala que la actuación de su representada ha sido revisada en múltiples oportunidades por las autoridades de la ley sobre libre competencia. Resulta, entonces, ilustrativo recordar el Dictamen N° 876 de la H. Comisión Preventiva Central que señala que los antecedentes aportados no permitieron a ese organismo concluir que las empresas distribuidoras mayoristas más importantes hayan creado un oligopolio colusivo que haya realizado acuerdo de precios.

Que respecto a la parte del requerimiento que se refiere a la producción de petróleo, a la refinación del crudo en el país, a su importación por parte de Enap, y a la que se refiere a las regulaciones en materia de almacenamiento

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de combustibles en la zona de Maipú, alega que ello le es absolutamente inoponible, toda vez que Esso Chile Petrolera no ha participado en esos hechos y no le cabe por lo tanto responsabilidad.

Señala que resulta grave y ajena a la realidad la acusación de un supuesto acuerdo o colusión de precios de venta de los combustibles líquidos a público.

Que, en lo que respecta al transporte de combustibles a través de oleoductos, cabe hacer presente que Esso participa en la sociedad Sonacol con un porcentaje minoritario. Sin embargo, discrepa de la afirmación del Fiscal, en cuanto a que existe una barrera a la entrada en este nivel, por cuanto Sonacol es una compañía prestadora de servicios a terceros, que cobra tarifas iguales a todos los usuarios, sin discriminar entre sus socios y quienes no lo son.

Que, discrepa de la afirmación de la requirente respecto de la existencia de barreras de entrada en el almacenamiento de combustible, toda vez que existe capacidad disponible para que otros actores puedan hacer uso de las instalaciones de almacenamiento que Emalco tiene en Maipú.

Señala que en relación con la industria de la distribución mayorista de combustible en Chile, ésta ha sido tradicionalmente concentrada. Existen en el mercado 3 empresas que en conjunto representan casi el 90% del mercado de gasolinas y el 81% del mercado del diesel a nivel nacional (Esso un 18,7%, Copec un 48,9%, Shell 22,3% e YPF un 8,1% al año 2002).

Que en cuanto a las barreras a la entrada, la FNE señala que existen dos importantes:

a) La imposibilidad que enfrenta un potencial entrante a instalar una planta de almacenamiento para servir el mercado de la RM. Las restricciones legales y normativas sólo harían posible instalar nueva capacidad de almacenamiento en Maipú, donde Emalco y las distribuidoras que participan en el mercado tienen sus plantas. Sin embargo, existe una restricción de espacio en esa localidad. Por otra parte la posibilidad de que un nuevo distribuidor mayorista pudiera arrendar almacenamiento a Emalco tampoco

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

existe, ya que su capacidad estaría arrendada a las refinadoras y no existe capacidad ociosa.

Sin embargo, estas supuestas barreras a la entrada no existen. Añade que la capacidad de almacenamiento de Emalco alcanza a 171.378 m³. Del total de capacidad instalada aproximadamente un 58% está contratada por las refinerías Petrox y RPC, aproximadamente un 12% a distribuidores mayoristas, quedando disponible un 29%, que son aproximadamente 51.400 m³, siendo esta capacidad suficientemente holgada para acomodar la entrada a otro mayorista al mercado considerando que distribuidores grandes de la industria como Esso tiene una capacidad propia de 23.336 m³ útiles y Shell y Copec, en conjunto 55.350 m³.

2) La segunda restricción para ingresar a la industria se referiría a la imposibilidad que enfrentaría un entrante para desarrollar su red de distribución minorista y que dos elementos darían cuenta de ello: i) la falta de espacio físico que cumpla con las necesidades establecidas para operar estaciones de servicio y, ii) que los actuales puntos de venta sean de propiedad de distribuidores mayoristas que operan en el mercado, o bien que aquellos dueños de estaciones de servicio tengan contratos de largo plazo con los actuales operadores. Sin embargo, la evidencia demuestra que tales barreras a la entrada no existen. Señala que la aprobación para la instalación de una nueva estación de servicio requiere de trámites a nivel comunal, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo y de la Comisión Nacional del Medio Ambiente, Conama, siendo esta última institución ante la que se puede obtener las aprobaciones necesarias para instalar una estación de servicio. La información pública muestra que en los últimos 6 años, se han aprobado 37 nuevas estaciones de servicios en la RM. Se demuestra que entre 1997 y 2002, Esso incrementó en 11 sus puntos de venta, Copec abrió y tiene aprobada la apertura de 8 nuevas estaciones de servicio, Shell 5, YPF 11, Apex 1 y una independiente, por lo tanto, esta ausencia de barreras a la entrada limita las posibilidades de sostener acuerdos colusivos

En cuanto a la organización vertical y la competencia: Esso expone que el Fiscal argumenta que la integración y el control vertical de los distribuidores

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mayoristas sobre las estaciones de servicio facilitaría la coordinación de los precios en el mercado para aumentar el poder de mercado, pero este argumento, a juicio de esta requirente, presenta tres problemas: i) las condiciones estructurales que enmarcan la competencia entre distribuidores de combustibles permite inferir que existe un alto nivel de rivalidad, lo que se contrapone a la existencia de un poder de mercado; ii) aún si existiere algún poder de mercado y se pretendiera expandirlo por medio de la integración y control vertical de las estaciones de servicio, se requiere que existan barreras a la entrada de este segmento, lo que se ha descartado y, iii) incluso si existiera poder de mercado, en esta industria no es necesario integrarse para explotarlo.

En cuanto a la concentración de precios, Esso señala que todos los argumentos de la FNE para acusar de concertación de precios se basan en el aumento de márgenes en un período determinado, en conjunto con una disminución de los volúmenes de venta. Sin embargo, el aumento de los márgenes en este caso puede provenir de 4 fuentes diferentes siendo solo una la concertación de precios. Las fuentes a las que se refiere esta requerida son: i) Que la industria se caracterice por fluctuaciones de márgenes en el tiempo y que el informe del FNE se haya centrado en un período atípico y revertido o reversible; ii) Que el aumento de márgenes hayan estado destinados a compensar la caída de los volúmenes del producto del minorista, al dinamismo de la economía y al aumento de los precios finales a público, los que estarían claramente afectados por el incremento de los costos; iii) El seguimiento a un competidor más importante, en la línea de los modelos de seguimiento de precios; y, iv) La colusión.

Concluye señalando que:

- 1) El informe no incorpora una mirada de la que se pueda desprender una relación causal entre concentración de mercado y poderes de mercado.
- 2) El informe soslaya la importancia de las barreras a la entrada. En todo caso, las etapas de almacenamiento y transporte no constituyen una barrera

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

a la entrada, puesto que hay capacidad disponible y además no hay barreras que incumban a Esso.

3) El informe considera un período muy acotado que no permite sugerir que él refleja un acuerdo de precios.

4) El informe no provee ninguna evidencia sobre acuerdos de precios, excepto el aumento de precios en un período limitado, aumento que, además, se compensa prontamente.

5) El informe ignora que la integración vertical no ayuda a la monopolización o aumento del poder de mercado.

6) La evidencia sobre ajustes económicos en los cambios de costo no es en modo alguno concluyente, menos de la forma en que la presenta la FNE. Esso ha moderado los ajustes de precio, tanto al alza como a la baja.

Esta requerida solicita tener por evacuado el informe y requerimiento del FNE y solicita se rechace en toda sus partes, declarando que Esso Chile Petrolera ha dado cumplimiento a las normas de la libre competencia.

Elementos probatorios e ilustrativos aportados por Esso en apoyo de sus argumentos.-

Instrumentos:

1) A fs. 875, Listado Resumen, suscrito por el consultor Christian Hughes F., con los precios de venta de combustibles líquidos de la RM en general, de Santiago Poniente en Particular, de Viña del Mar y Valparaíso, informe del economista Ricardo Sanhueza, sobre las razones de las diferencias de precios de las gasolinas en los mercados, cuadros comparativos de volúmenes de venta e inversión de Esso, de volúmenes de venta promedio por servicentro Esso en la RM, Valparaíso y Viña del Mar, del número de estaciones de servicio por operador entre las regiones Metropolitana y V, todos suscritos por el consultor Christian Hughes F., Fotografías de estaciones de servicios de distintas categorías, documento que describe las características de las estaciones de servicio según su inversión, cuadro que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

detalla el valor de los terrenos por metro cuadrado en las diferentes zonas de Santiago en donde se sitúan los puntos de venta, informe estadístico de sitios entre octubre y diciembre de 2003, cuadro que detalla el ingreso promedio mensual de los hogares de las distintas comunas de la RM en el 2000, cuadro de 14 encuestas Casen, Mapa de Santiago que compara precios de combustible e ingreso per cápita de la población, informe suscrito por el consultor Christian Hughes que explica diferencias de precios y nivel de competencias en el mercado de los combustibles en Chile, políticas y procedimientos de determinación de precios de Esso, cuadro comparativo y estadísticas sobre como Esso ha seguido los precios fijados por Enap, , detalle de las campañas promocionales realizadas por Esso desde el año 2001, documento de Enap del año 2004 sobre apertura y competitividad del país en la industria, documento de Emalco del año 2004 sobre capacidad de almacenamiento de combustibles, copia autorizada de escritura pública de 1998 de modificación de estatutos de Sonacol, certificado suscrito por el gerente general de Sonacol con la lista de clientes de la compañía, catastro de los puntos blancos independientes suscrito por el consultor Christian Hughes, informe “Distribución, Márgenes y Competencia en el Mercado de los Combustibles en Santiago”, de los economistas R. Paredes y R. Sanhueza, descripción de las operaciones de Esso a través de su subsidiaria Servacar y de operadores comisionistas suscrita por el consultor Christian Hughes y manual de operación de servicentros Esso.

Testigos:

- 1) Juan Pablo Novoa Carvajal (fs. 921 y siguientes).
- 2) Gregorio Muñoz Domínguez (fs. 931 y siguientes).
- 3) Maximiliano Montes Solar (fs.1041 y siguientes).
- 4) Juan Pablo del Campo Besa (fs.1047 y siguientes).
- 5) Cristián Hughes Fernández (fs.1041 y siguientes).
- 6) Cristian Pasche Scherer (fs.1117 y siguientes).

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

INFORME DE SONACOL

A fs. 181 la Sociedad Nacional de Oleoductos, en adelante Sonacol, informa el requerimiento y señala que es una sociedad de responsabilidad limitada y que sus socios fundadores fueron Enap, Copec y Esso. Correspondiendo, originalmente, una participación societaria del equivalente a un 48% a Copec y de un 20% tanto para Enap y Esso. Su objetivo principal es la construcción, mantención y explotación de uno o más oleoductos para transportar, por cuenta de uno o más de sus socios o de terceros, gasolina, kerosén y petróleo diesel.

Que transporta no sólo combustible de propiedad de sus socios, sino que también de cualquier otra empresa que lo solicite, sin discriminación alguna y en igualdad de precios.

Que dadas las modificaciones introducidas en la sociedad, Sonacol está compuesta actualmente por Copec, con un 40,8% de participación, Enap, con un 22,10%, Esso con un 22,10% y Shell con un 15%.

Que dado lo anterior, estima que la proposición de la FNE en cuanto disponer modificar la estructura de propiedad de Sonacol para permitir el ingreso de nuevos socios no resulta procedente ni adecuada.

Que en relación con la mediada propuesta por el FNE de solicitar al ejecutivo el patrocinio de un proyecto de ley que permita a los particulares constituir servidumbres legales para la instalación de nuevos oleoductos, la considera del todo atingente y necesaria ya que solucionaría un vacío de nuestra legislación.

ARGUMENTOS DE YPF

A fs. 201 YPF responde el requerimiento, solicita que éste se rechace y que se haga lugar a las peticiones que se señalarán por los siguientes motivos:

- 1) En cuanto a los hechos, alega que la descripción que hace la FNE en su requerimiento del mercado de los combustibles y de las conductas que

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

atribuye a los participantes, no se ajusta a la realidad. Añade que YPF no ha incurrido en comportamientos y prácticas de comercialización que distorsionen o entorpezcan la competencia en el mercado de venta y distribución de los combustibles líquidos, como lo afirma la FNE. Además de que los hechos descritos en el requerimiento no ameritan, a su juicio, adoptar las medidas preventivas o correctivas que propone el FNE.

2) Hace presente que su respuesta al requerimiento se referirá a la distribución de los combustibles líquidos en la RM, porque éste se circunscribe a esa área y, en lo sustancial, señala que las descripciones e inferencias que hace dicho requerimiento parten de hechos inexistentes, erróneos, descritos parcialmente y en forma sesgada. Así, el requerimiento del FNE sostiene que las compañías distribuidoras Copec, Esso, Shell e YPF se han concertado en sus políticas de precios, alienándolas en forma artificiosa con el fin de sostener y aumentar sus márgenes de comercialización.

3) A continuación, analiza el mercado de los combustibles líquidos, no sin antes mencionar que la metodología estadística utilizada por la FNE en su requerimiento es errada, ya que hace uso de una encuesta Sernac que se realiza solo una vez por semana, los días lunes.

4) Que el requerimiento parte de la base de que el mercado está separado en etapas independientes, pero lo cierto es que la integración vertical es un proceso natural y para que este mercado opere libremente se la debe permitir, ya sea en la totalidad de las etapas que componen el mercado o en alguna de ellas.

5) Agrega que Enap tiene una posición dominante en la importación, pero un distribuidor nacional o extranjero puede competir con esa compañía, importando sus productos. YPF importa vía marítima y terrestre más de un 30% de los combustibles que vende.

6) Añade que las cifras sobre volúmenes de venta de combustibles líquidos que contiene el requerimiento no son efectivas. Destaca que, de acuerdo con la información obtenida en la SEC, la disminución de las ventas

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en este mercado, en el período investigado, sería de un -4,1% y que, las ventas de YPF aumentaron en el período correspondiente.

A continuación analiza el almacenamiento y transporte de combustibles en la etapa de distribución mayorista:

1) Señala que la circunstancia de requerirse de la propiedad o uso de una planta de almacenamiento para recibir el combustible de una nave, no constituye una barrera artificial de entrada al mercado, porque es necesario invertir capital en activos necesarios para realizar el giro del negocio. Sin embargo, considera atendibles las medidas solicitada por la FNE, en orden a modificar los planos reguladores que prohíben construir depósitos de combustibles.

2) Señala que está de acuerdo en la mediad solicitada por al FNE en el sentido de que cualquier privado pueda construir oleoductos y solicitar la constitución de servidumbres. Hace presente que YPF no hace uso de oleoductos, pues trae los productos que comercializa desde Argentina, vía marítima y los distribuye en la RM mediante camiones a precios competitivos. Por lo tanto, el transporte terrestre por camiones es una alternativa económicamente viable y no constituye una barrera a la entrada al mercado el hecho de no tener oleoducto.

3) Que no es correcta la afirmación de la FNE en el sentido que las importaciones marítimas son inviables, ya que una empresa mediana puede compartir la utilización de una nave con otros importadores.

4) Señala que la venta directa a público está estructurada de manera tal que, en ocasiones, las distribuidoras mayoristas actúan como minoristas, vendiendo directamente al menudeo y, en otras, entregan parcialmente esa fase del negocio a terceros. Esta decisión es adoptada sobre la base de consideraciones de eficiencia de costos o de las necesidades de tener conocimiento directo del mercado. Cuando las empresas entregan a terceros la venta, habitualmente celebran un contrato de suministro y además uno de arriendo o subarriendo. Señala, además que la integración vertical no afecta la libre competencia.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5) YPF añade que no es efectivo lo señalado por la FNE en orden a que los minoristas repliquen concertadamente la política de precios de los mayorista. Expone que, si replicar significa que los mayoristas imponen precios a los minoristas, a juzgar por la dispersión de precios que se observa en el mercado, tiene la impresión que éstos últimos actúan libremente.

Que, en cambio, si por replicar se quiso decir que los operadores de estaciones de servicio independientes de una misma marca, repiten concertadas los precios de las estaciones de servicio operadas directamente por el mayorista, no es una situación que le conste, pero en el caso de YPF no es así.

Señala que las cifras de participación de mercado de las requeridas contenidas en la acción de la FNE, no son efectivas ya que YPF ha tendido una participación sostenidamente creciente a nivel nacional y de la RM y esto ha sido fruto de la competencia que ha librado en planos como: rebajar precios a minoristas, disputar por puntos de distribución con la competencia, incrementar la inversión en publicidad, impulsar la mejora del servicio.

Concluye señalando que en relación a la distribución de combustibles al por mayor y menor:

1) No hay barreras de entrada, porque cualquier potencial entrante puede participar en él, con la sola limitante del capital que, de no poseerlo, puede obtenerlo de los proveedores o del sistema financiero.

2) Restringir la integración vertical les daría una ventaja a las otras requerida, al dificultar la organización de los mayoristas que están desafiando al mercado.

3) Las compañías compiten entre sí y ello tiene por efecto que no obtengan utilidades excesivas.

Respecto de la situación específica de YPF, señala que el requerimiento está construido sobre la base de no diferenciar entre las compañías mayoristas poniéndolas en un plano de igualdad que no corresponde, puesto que la situación de YPF es diferente y así:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

1) La participación de mercado de YPF es menor que la del resto de las requeridas ya que detenta aproximadamente el 9,4% de las ventas nacionales, contra el 50% de Copec, el 20% de Shell y el 18% de Esso.

2) En relación a las ventas a través de estaciones de servicios, YPF tiene el 8,6% de participación, contra un 49% de Copec, un 22,5% de Shell y un 18,5% de Esso.

3) Su estructura de distribución al detalle es diferentes al resto de las requeridas, ya que es la empresa menos integrada verticalmente en términos de propiedad en la RM con un 27%. De ese porcentaje de estaciones de servicio, solo opera la mitad, la otra mitad es operada independientemente por terceros arrendatarios con contrato de distribución, que no son consignatarios ni comisionistas. Las estaciones operadas directamente por YPF lo son a través de una filial.

YPF tiene el usufructo del 21% de los lugares en que operan las estaciones de servicios en la RM; pero menos de la mitad son operadas directamente por ella.

4) YPF no participa en ningún acuerdo de precios, de reparto de cuotas ni de zonas de mercado u otra forma de cartelización con las distribuidoras mayoristas.

5) No efectúa prácticas predatorias ni discriminatorias.

6) No tiene propiedad, control o influencia en Emalco, solo un contrato no significativo de almacenamiento

7) No tiene participación en la propiedad de Sonacol ni usa sus servicios

8) No participa en la propiedad de ningún oleoducto para transportar este tipo de combustible hacia la RM ni tampoco es usuario de algún tipo de oleoducto o poliducto, como tampoco tiene instalaciones de almacenamiento en común con ninguna empresa mayorista.

YPF, por tanto solicita:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 1) Que no se haga lugar a lo pedido en el N° 2 del petitorio del requerimiento en cuanto a aplicar sanciones a YPF;
- 2) Hacer lugar a la petición del N° 1, letra a) del requerimiento, esto es, solicitar al Ministro de la Vivienda y Urbanismo que adopte las medidas conducentes a revisar las regulaciones vigentes, contenidas en el Plan Regulador sobre requisitos para la instalación de nuevos centros de acopio.
- 3) Respecto de Sonacol, solicita que se adopten las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los oleoductos y poliductos, en forma transparente, sin discriminación ni subsidios cruzados
- 4) Hacer lugar a lo solicitado en el N° 1, letra b, ii, relativa a la constitución de servidumbres legales para instalar oleoductos y ampliarla a poliductos.
- 5) Hacer lugar a lo solicitado en el N° 1 letra b, iii, relativa a Emalco, sólo en cuanto a asegurar que preste servicios en igualdad de condiciones y en forma no discriminatoria a los distribuidores.
- 6) No hacer lugar a lo solicitado en el N° 1 letra c, teniendo presente que YPF no ha observado conductas colusorias:
- 7) No hacer lugar a lo solicitado en el N° 1 letra d), por producir una impresión dañina de que ha existido acuerdo
- 8) No hacer lugar al N° 1 letra e), dado que esta petición puede afectar la operación eficiente del mercado
- 9) Solicitar la modificación de la reglamentación que impide la instalación de estaciones de servicio en la RM

A fojas 325 YPF amplía su respuesta al requerimiento de la FNE, mediante una presentación realizada el 23 de Diciembre de 2002, y expone:

- 1) Que reitera que el costo de sus productos corresponde en un 90% al precio de venta de Enap e impuestos, lo que es común a las 4 empresas requeridas, que sólo pueden, por lo tanto, diferenciar sus costos en la etapa de comercialización, ahorrando costos o sacrificando márgenes de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ganancias. La semejanza de los precios de venta, entonces, no responde a una ausencia de competencia, si no que al hecho de que ninguna compañía tiene ventajas de costos. La competencia entre empresas además de manifestarse en precios, lo hace en la construcción de nuevas estaciones, calidad de infraestructura y ubicación de las estaciones, captación de operadores de estaciones que operaban como abanderadas de otra marca y ofreciendo un mejor servicio al cliente. YPF no puede disminuir costos bajando la calidad del servicio o utilizando terrenos en peor ubicación.

2) Que los costos en la etapa de comercialización son también similares para todas las empresas, por ejemplo en lo que se refiere al transporte (por medio de oleoductos o camiones) o la publicidad. Por lo anterior es fundamental que Enap sea neutral, no realice conductas discriminatorias, ventas atadas u ofrezca mejores condiciones de venta a una compañía en desmedro de otra. Sólo es admisible una discriminación de precios o condiciones de venta, en la medida que se funde en razones económicas objetivas y comprobables. Al respecto la Resolución N° 258 de la H. Comisión Resolutiva, de 8 de septiembre de 1987, pronunciándose sobre una consulta de Enap, estableció que la firma de un contrato de suministro el establecimiento de volúmenes mínimos de venta no constituían base suficiente para discriminar legítimamente, ya que no implicaba una rebaja de costos para el distribuidor mayorista.

3) Que los mayoristas pueden también modificar su estructura de costos en la medida de que importen combustibles directamente a precios mas convenientes que los ofrecidos por Enap. De hecho, esa es la política de YPF, aunque en forma limitada pero creciente.

Este mecanismo sería eficaz sólo si Enap vendiera efectivamente sus productos a precio de paridad de importación y se abstuviera de ofrecer productos a precio subsidiado, dejando fuera de mercado aquellos de importación directa. Existen, a juicio de YPF, indicios de que Enap no vende a precio de paridad de importación.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4) Que el libre acceso a los oleoductos es fundamental para garantizar la libre competencia en el futuro ya que son facilidades o activos esenciales. Aunque, en la práctica los ductos de Sonacol son de acceso abierto e YPF hace uso de alguno de ellos, nada garantiza que esta situación se mantenga en el futuro, por lo que se requiere una reglamentación que lo exija.

5) Que, además, es necesario asegurar el acceso abierto a todos los oleoductos y poliductos del país, no solo a los que pertenecen a Sonacol (6).

Enap, por ejemplo, es dueña de 22 oleoductos, muchos de los cuales están interconectados con los de la primera compañía, por lo que es necesario que operen con un sistema de acceso abierto también. YPF almacena parte de sus combustibles en Quintero, en la planta de Oxiquim. Los ductos que permiten acceder desde esta zona al oleoducto de Sonacol en Concón son de propiedad de Enap. Actualmente el libre acceso a los ductos depende de la buena voluntad de sus dueños quienes podrían negarse a transportar combustibles de determinado mayorista por sus ductos o exigir condiciones inaceptables.

En nuestra legislación está contemplado el libre acceso a los gasoductos. El mismo principio ha aplicado la H. Comisión Resolutiva cuando resolvió materias relacionadas con la desregulación de los servicios de utilidad pública (mercados eléctricos y de comunicaciones, estableciendo peajes y cargos de acceso, respectivamente para remunerar el uso de infraestructura de terceros).

Por lo tanto, YPF solicita que este Tribunal establezca normas generales para la industria de distribución de combustibles que garanticen el libre acceso en igualdad de condiciones no discriminatorias y precios razonables.

6) Por otra parte YPF señala que su integración vertical es menor a la que exhibía el mercado en 1993 y en su momento esta situación no fue considerada contraria a la libre competencia por la resolución N° 400 de ese año. Hoy se incurre en el mismo error y debe, a juicio de YPF rechazarse también el requerimiento.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Que cabe aclarar que las empresas distribuidoras mayoristas distinguen en cuanto a la gestión de sus redes de distribución entre estaciones de servicio de “gestión propia” y de “gestión cedida”. Estas últimas incluyen aquellas respecto de las cuales el mayorista es propietario o usufructuario pero son administradas por terceros y también aquellas que no tienen relación alguna de propiedad, también llamadas abanderadas. La FNE confunde la gestión de las estaciones de servicio con la propiedad de las mismas.

Que para establecer el grado de integración vertical es necesario determinar exclusivamente cuantas estaciones de servicio son administradas directamente por cada compañía y calcular el porcentaje que ellas representan sobre el total que operan bajo su marca. Debe determinarse si el tercero que opera una estación es o no autónomo para fijar precios. Si lo es, la estación en cuestión no esta integrada verticalmente.

Al respecto, señala que YPF es una de las compañías menos integradas verticalmente, pues sólo el 28, 1% de las estaciones de servicio de la RM que operan bajo su marca son administradas directamente por ella a través de su filial OPESE que las arrienda. Sólo respecto de este porcentaje de estaciones de servicio YPF tiene injerencia en los precios de venta a público en la RM.

Por otra parte, en opinión de YPF, la FNE parece asimilar en su requerimiento las estaciones de servicio administradas por terceros consignatarios o comisionistas con aquellas administradas directamente por los mayoristas, lo que la lleva a sobrestimar las cifras de integración vertical en la industria.

- 7) Que, por lo dicho, no tiene los medios para imponer precios a sus distribuidores.
- 8) Que, la concentración vertical no implica colusión.
- 9) Que la carga de la prueba de colusión recae sobre la FNE; y,
- 10) Que reitera su solicitud de que se rechace el requerimiento.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Elementos probatorios e ilustrativos aportados por YPF en apoyo de sus argumentos.-

Instrumentos:

1) Copia de la publicación de la Revista Que Pasa N° 1.651 de 29 de noviembre al 15 de diciembre de 2002, sobre prácticas de la Empresa Nacional del Petróleo (fs. 201).

2) A fs. 832 , documento sobre participación de mercado de Repsol YPF desde 1995 a 2003 y explicaciones, documento sobre margen comercial mayorista de YPF, comparación de encuestas Sernac e Ingesmart, documento sobre mercado de combustibles en Quinta Normal, 4 fotografías de la estación de servicio JLC, artículos de la publicación "*Petro Finance*", y documentos de comparación de márgenes de Chile y otros países de Latinoamérica, y "*PFC Energy*", listado de estaciones de servicio YPF en Chile, certificado notarial que acreditaría precios cobrados de una estación de servicios Copec, 9 actas notariales que acreditarían precios cobrados por distintas estaciones de servicio en las mismas fechas y horas, facturas de YPF de los años 2001 y 2002 con precios de venta a minoristas en Santiago, Viña del Mar y Valparaíso con explicaciones y resúmenes, Copias de documentos tributarios (I.V.A) de esta compañía, copia de los planes reguladores y los respectivos planos de zonificaciones y resúmenes explicativos de los mismos de las comunas de Valparaíso, Viña del Mar, Barnechea y Santiago, documento "Capacitación de Empleados" de YPF y documentación de respaldo, informe de la encuesta Procalidad sobre "Índice Nacional de Satisfacción de Consumidores" del primer y segundo semestres del 2003, informe de la encuesta "Modelo de Satisfacción de Clientes", copia de documento "Resumen de Costos Estación de Servicios YPF Curicó 195" y copia de su documentación de respaldo, copia de documento "Resumen de Costos Estación de Servicios YPF Curicó Alessandri" y copia de su documentación de respaldo, copia de documento "Resumen de Costos Estación de Servicios YPF Paine" y copia de su documentación de respaldo, copia de documento "Resumen de Costos Estación de Servicios YPF Américo Vespucio-Santa Elena" y copia de su documentación de respaldo,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

copia autorizada del “Contrato de Prestación de Servicios de Carga, Descarga y Almacenaje de Combustibles Diesel y Gasolina sin plomo en la Bahía de Quintero” del año 1997 entre Oxiquim e YPF y sus Anexos, copias autorizadas y simples de contratos de transporte celebrados en el 2001 entre YPF y diversas empresas de transporte y sus respectivos Anexos, copias de documentos aduaneros donde constan las importaciones de combustibles realizadas por YPF durante los años 2001 y 2002 y resúmenes, copias de contratos de distribución suscritos por YPF y sus operadores para la RM, Valparaíso, Viña del Mar y Concón con individualización de estaciones de servicio y sus operadores, copias de cartas enviadas por YPF a las demás requeridas solicitándoles participar en la construcción de una nueva planta de almacenamiento en Puerto Montt, copia de artículos en distintos medios de comunicación sobre la política de Repsol YPF de aumentar su participación de mercado y informe preparado por don Alejandro Jadresic sobre el requerimiento de autos y el dictamen de la CP de la V Región.

Testigos:

- 1) Alejandro Jadresic Marinovic (fs. 939 y siguientes).
- 2) Diego Barros Melet (fs. 948 y siguientes).
- 3) Claudio Mundi Iglesias (fs. 1075 y siguientes).
- 4) Francisco Cardemil Barreto (fs. 1077 y siguientes).

ARGUMENTOS DE COPEC

A fs. 222 Copec evacua el traslado y analiza los posibles obstáculos de ingreso de nuevos competidores a la industria de distribución de combustibles y señala:

- 1) Que para entrar a este mercado se requiere tener acceso a la compra de combustibles en condiciones competitivas, situación que está disponible para cualquiera en Chile por cuanto Enap y sus refinerías proveen sus productos a precios competitivos. Enap, abastece combustibles líquidos al

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mercado local, proceso que abarca a todos los distribuidores, en condiciones competitivas y transparentes, existe además libertad para importar combustibles líquidos. Que, en segundo término, se requiere transportar los productos hasta los centros de consumo, cosa que puede hacer el distribuidor o la Enap que vende el producto puesto en la planta de destino.

2) Copec, se refiere a continuación al almacenamiento de combustibles. Una condición natural de toda industria distribuidora es disponer de capacidad de almacenamiento próxima a los principales centros de consumo. En el caso de la RM tienen plantas Copec, Shell, Esso, Emalco y José Luis Capdevilla en Maipú. La FNE sostiene que existen graves barreras de entrada a este respecto, debido a restricciones legales y ambientales que limitan seriamente la construcción de nuevas plantas y al control que las empresas distribuidoras tendrían sobre Emalco. Respecto del primer punto, considera que sería deseable una flexibilización a este respecto, y que debe hacerse extensiva a todo el país pues es cada vez más difícil lograr autorizaciones.

3) Que, en el caso de Emalco, es una empresa filial de Enap, es decir, estatal, cuyo giro es la operación y arrendamiento de capacidades de almacenamiento de combustibles líquidos en Maipú, San Fernando y Linares y sobre la cual Copec, no tiene poder de control o ingerencia, siendo su única relación el carácter de arrendataria de la capacidad de almacenamiento. En condiciones de mercado. Por lo tanto no ve como la existencia de Emalco y su gestión puede verla la FNE como barrera a la entrada al mercado de combustibles.

4) En cuanto al transporte de combustibles, señala que los medios de transportes más usados son los oleoductos, buques tanques y camiones., y en estos dos últimos la industria local enfrenta mercados competitivos y profundos de oferta de transporte, por lo que no se advierte ninguna dificultad de acceso al respecto.

Que en el caso de los oleoductos existen líneas que conectan San Fernando con Maipú y Concón con Maipú que son de propiedad de Sonacol y opera en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la modalidad acceso abierto, que significa que cualquier actor puede transportar los combustibles de su propiedad por estas líneas en condiciones de precios competitivos, transparentes y no discriminatorios.

Que la FNE señala que la participación accionaria de esta compañía sobre el oleoducto por Copec, Enap, Esso y Shell limitaría el acceso a sus uso por terceros, pero desde sus inicios Sonacol ha operado como oleoducto de acceso abierto, entonces es equivocado sostener que la actual composición accionaria de Sonacol y el de su giro en el mercado, configura una barrera de entrada.

5) En cuanto al monopolio de Enap en materia de servidumbres legales concuerda con el FNE en que sería deseable hacer extensivo el derecho a constituir este tipo de servidumbres a cualquier interesado en participar en el mercado de distribución

6) En cuanto a regulaciones legales y ambientales en materia de almacenamiento, señala que sería deseable una flexibilización al respecto. Considera que la proximidad de la RM con Quinteros y Salinas con Concón, en la costa central, provee una facilidad evidente para localizar dichos almacenamientos.

7) En cuanto a la distribución de combustibles, expresa que opera en el mercado de dos formas: i) con concesionarios a quienes les vende para su reventa al precio que estos determinen y, ii) mediante consignatarios, quienes venden por cuenta de Copec, a cambio de una comisión.

8) Señala que de la red de estaciones de servicio de Copec, sólo un 22,6% pertenecen a sus operadores y el resto son instalaciones de las que Copec es dueña o en las que mantiene un contrato de arrendamiento. Desde el punto de vista del volumen, en Santiago, sólo el 15% del mismo está en estaciones de servicios operadas por sus propietarios.

9) Que el mercado de la RM está conformado por las estaciones de servicio, y por las instalaciones industriales desarrolladas por las compañías para atender a consumidores finales. En el canal de estaciones de servicio participan Copec, Esso, Shell e YPF y 16 instalaciones sin marca. Por ello,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

discrepa del Fiscal cuando agrupa en un 92,7% de las estaciones de servicio aquellas que presentan diversos grados de integración vertical, ya que en Copec, todos los operadores de estaciones de servicio tienen un contrato de concesión que es estable y operan en calidad de consignatarios.

10) Plantea que la FNE considera un alto nivel de concentración en este mercado, en el que 4 compañías tienen sobre el 90% del mismo. Señala al respecto que en un mercado maduro este nivel de concentración es síntoma del alto nivel de competencia existente.

11) Que solicita rechazar en todas sus partes el requerimiento del fiscal a excepción del punto 1° y del literal ii) del punto 1b puesto que comparte la opinión de la FNE al respecto.

Copec solicita, además, que se oficie a Emalco a objeto de que informe acerca de la disponibilidad de capacidad de almacenamiento, como de espacio físico para nuevas distribuidoras que manifiesten interés por entrar al mercado de la RM, tarifas y condiciones contractuales.

Elementos probatorios e ilustrativos aportados por Copec en apoyo de sus argumentos.-

Instrumentos:

- 1) Documento signado con la letra A que contiene los márgenes netos de comercialización, expresados en pesos por litros, actualizados en pesos de enero de 2002 (fs.222).
- 2) Documento signado con la letra B, que contiene las diferencias de precios Enap y a público entre el mes de enero de 1996 y el mes de septiembre de 2002 (fs.222).
- 3) Anexo sobre diferencias de precios entre las regiones V y Metropolitana (fs. 591).
- 4) Márgenes porcentuales para la V Región.
- 5) Diferencias de márgenes entre las regiones V y Metropolitana.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 6) Estudio realizado por el economista don Claudio Sapelli (fs. 684).

Testigos:

- 1) Francisco Rosende Ramírez (fs. 993 y siguientes).
2) Claudio Sapelli González (fs. 997 y siguientes).

ARGUMENTOS DE SHELL

A fs. 271 Shell evacua el traslado y señala que es necesario distinguir las siguientes etapas en la industria en análisis:

- a) Importación y refinación;
b) Distribución mayoristas donde se considera almacenamiento y transporte; y,
c) Distribución minorista.

1) Señala que, en cuanto a importación y refinación se refiere, Shell actualmente detenta un 23% del mercado de los combustibles líquidos a nivel nacional y, contrariamente a lo que sostiene el requerimiento, no vende combustibles a público, sino que actúa como mayorista distribuyéndole a una amplia gama de distribuidores independientes, quienes a su vez, venden al público al precio que estimen conveniente.

2) Que, sin perjuicio de lo anterior, constituyó su filial “Distribuidora y Comercializadora de Accesorios y Combustibles Norte Ltda.”, la que administra algo menos del 80% de las estaciones de servicio que revenden combustibles Shell.

3) Que Shell compra a Enap aproximadamente el 90% del combustible que vende a distribuidores minoristas y el 10% restante lo importa. El que compra a Enap es recibido en los centros de acopio que posee.

4) Señala a continuación cuales serían las razones para rechazar el requerimiento:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- Ausencia de barreras a la entrada en la etapa de importación de combustibles, importa aproximadamente el 10% de los combustibles que distribuye.
- Sonacol no constituye una barrera a la entrada de nuevos competidores toda vez que presta servicios a cualquiera que lo solicite en igualdad de precios y condiciones. Shell se incorporó a Sonacol en 1998, adquiriendo el 15% de sus acciones. Es una sociedad que actúa en forma independiente y esta independencia está garantizada por el hecho de que uno de sus accionistas es Enap con un 22% de participación.
- Aparte de Sonacol, existen otras alternativas de transporte, esto es, camiones a precios muy competitivos
- Que, en cuanto al almacenamiento, la FNE denuncia las siguientes limitaciones: i) la ausencia de terrenos, ii) el control que las distribuidoras tendrían sobre Emalco y, iii) las que impone el Plan Regulador Metropolitano. Al respecto señala que tales limitaciones no son efectivas y no son atribuibles a Shell, porque no hay agotamiento de sitios para el almacenamiento, no hay escasez de terrenos, no es efectivo que los centros de almacenamiento de Emalco se encuentren con su capacidad copada, sino por el contrario tienen capacidad ociosa, y no es efectivo que el almacenamiento deba realizarse solo en Maipú.
- Shell no utiliza los servicios de Emalco, toda vez que cuenta con plantas propias. Además, esa compañía es filial de Enap, sin que las distribuidoras participen en ella.
- En cuanto a las limitaciones del Plan Regulador, señala que Shell no tiene responsabilidad alguna en ellas y, si las hubiere, no debieran ser consideradas una barrera a la entrada. Es normal que toda actividad industrial esté sujeta a limitaciones o regulaciones.
- En cuanto a la etapa de distribución minorista, señala que no existe ninguna limitación legal o económica para que cualquier interesado nacional o extranjero ingrese al mercado.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 5) Esta requerida señala, además, que el informe del Fiscal desconoce la realidad de la distribución minorista de combustibles.
- 6) Que Shell no vende combustible al público.
- 7) Que, en lo referente a los precios a público en la Región Metropolitana, no existe ninguna concertación. Es cierto que los precios son similares en un mismo sector geográfico, pero esto no deriva de un acuerdo o colusión sino que de una agresiva competencia en la comercialización de un producto percibido como homogéneo por el consumidor.
- 8) Añade que el 90% del costo del valor del producto final es idéntico para todas las distribuidoras, ya que esta formado principalmente por el precio de venta de Enap, el impuesto específico, el IVA, el Fondo de Estabilización del Precio del Petróleo, el costo de transporte en oleoducto o camión y el costo de almacenamiento.
- 9) A continuación señala las razones por las que no se evidencian grandes diferencias de precios entre los competidores y éstas, a su juicio, son:
- Enap es el gran importador de petróleo crudo y el único productor de combustibles refinados en Chile.
 - El combustible líquido es un producto percibido como homogéneo por el público en general y no existe por parte del consumidor una gran fidelidad a una marca determinada.
 - Un porcentaje mayoritario del combustible líquido que se comercializa en Chile es comprado a un mismo precio y a un mismo vendedor: Enap y sus filiales.
 - Las distribuidoras mayoristas compran gran parte de sus necesidades de combustible a Enap, al mismo precio y deben vender a todos los minoristas de igual zona geográfica a igual precio, lo que fue establecido por la Comisión Resolutiva.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- Las cuatro empresas distribuidoras utilizan similares sistemas de transporte de sus combustibles a la RM, oleoductos desde RPC y PETROX por cuenta de Enap. Sólo no utilizan dichos oleoductos cuando importan directamente.

- Las cuatro empresas distribuidoras utilizan sus propios sistemas de almacenamiento de combustible, con un costo similar. Emalco esta disponible para quien quiera utilizar sus servicios.

- Debido a la publicidad de los precios de venta al público de los combustibles líquidos, en cumplimiento del Decreto N° 18 de fecha 13 de mayo de 1984 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, ellos son de fácil captación para los consumidores y demás competidores minoristas dentro de la misma zona de la Región Metropolitana. Los consumidores pueden comparar precios desde su vehículo y optar por el establecimiento más cercano de la competencia sin mayor costo, por lo que los competidores tienden a asimilar sus precios.

La comparación se incrementa con la información pública y semanal que entrega Enap respecto al precio de venta a mayoristas. Los precios fluctúan día a día producto de la competencia.

- La posición mayoritaria de una de las empresas del mercado fuerza a los demás competidores a ajustarse al nivel de precios definidos por dicha compañía. Las compañías que operan con consignatarios, tienen más capacidad de traspasar más rápidamente que Shell las variaciones de precios de Enap.

- Las políticas de precios en este mercado son agresivas y estos se fijan muy levemente sobre el costo.

10) Adicionalmente, Shell expresa que la existencia de precios similares en una misma zona geográfica no constituye un atentado a la libre competencia, si no que es el claro reflejo de la agresiva competencia existente entre minoristas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

11) Afirma, además que no existe colusión ni acuerdo alguno entre empresas mayoristas. Sus razones son:

- Shell no vende a público (su sistema de comercialización no está integrado verticalmente) y otros sí lo hacen directamente. Es imposible, entonces, coludirse con competidores que tienen sistemas de comercialización diferentes.
- Shell sólo compra a Enap y vende al distribuidor minorista.
- No debe suponerse una integración vertical por el sólo hecho de ser el distribuidor mayorista el dueño, arrendatario o usufructuario del terreno o de la estación de servicio. El combustible pertenece al minorista que lo compra a la compañía, quien determina los precios soberanamente.
- Shell aumenta su inversión adquiriendo terrenos, pero lo hace para que distribuidores minoristas se incorporen al mercado, ya que los bajos márgenes de utilidad del negocio no les permite, en muchos casos, realizar por sí mismos estas inversiones, a la vez que se asegura la permanencia de los minoristas en el uso de la marca Shell.
- La distribución a minoristas se realiza mayormente en virtud de un contrato de “Distribución, Reventa y Arrendamiento” en los casos en que Shell es propietaria de los terrenos o de “Distribución, Reventa y Subarrendamiento” en los casos en que la compañía debe arrendar el terreno en cuestión. En ambos casos se cede temporalmente el uso de la estación de servicios al minorista y se fija una renta por toda la vigencia del contrato.
- Suscribir el contrato por el que Shell se obliga a vender combustibles y el minorista a comprarlos es absolutamente voluntario para este último. Shell vende sin discriminación alguna a todos los minoristas de Santiago y estos determinan los precios de venta a público. La competencia es diversa dependiendo del sector específico de la Región Metropolitana, lo que se vincula, entre otros factores, con el nivel socioeconómico del consumidor, por lo que se aprecian diferentes precios en las distintas comunas de la Región.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- En algunos casos el distribuidor minorista es propietario del terreno, pero se realiza un contrato de compraventa de combustibles líquidos con él, al igual que con los demás minoristas. Shell no vende sus productos en consignación. A veces la compañía pacta con el minorista un margen mínimo garantizado, que le permite competir mejor y más libremente. Así, la tendencia de esta empresa ha sido la de “Desintegración Vertical”.
- Shell ha incrementado su participación en el mercado en mas de dos puntos porcentuales en lo últimos dos años, lo que no habría ocurrido si hubiese colusión y cuotas de mercado inamovibles. Asimismo, YPF ha aumentado sostenidamente su participación en el mercado mientras que las demás distribuidoras han bajado su participación en el mismo, incluyendo a la empresa líder.
- No puede haber colusión entre distribuidores mayoristas que operan bajo políticas de precios diferentes: La capacidad de reacción de los distribuidores mayoristas ante los anuncios de precios mensuales de la Enap varía según sea el régimen contractual que aplican con los distribuidores minoristas. Por ejemplo, los que operan con el sistema de consignación, pueden aplicar de forma casi inmediata las modificaciones informadas por Enap ya que, en esos casos, la compañía distribuidora es, en todo momento, dueña del combustible, incluso cuando se encuentra en las estaciones de servicio.
- Shell vende su combustible a los minoristas, los que se hacen dueño del mismo y fijan el precio de venta al público, por lo que la compañía no puede intervenir en él. Si lo hiciera estaría imponiendo una política de precios, contrato de compraventa mediante, contraviniendo las instrucciones de los órganos antimonopolios. Shell, entonces, sólo tiene incidencia en el precio que cobra a minoristas.
- La situación particular de los distribuidores minoristas independientes, sin marca, no implica la existencia de colusión entre las distribuidoras. Estos distribuidores adquieren el combustible a Enap y sus filiales al mismo precio

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que Shell y las otras distribuidoras (no hay descuentos por volumen) .Pese a ello tienen costos muy inferiores:

- i) Shell no tiene certeza de que otras distribuidoras utilicen aditivos de la misma calidad que ella.
- ii) Además los gastos de transporte, almacenamiento y mantención de stocks de Shell son mucho mayores.
- iii) Adicionalmente, estos minoristas venden a baja escala y no tienen gastos de distribución a nivel nacional.
- iv) No enfrentan los frecuentes trabajos de mantención de distintas estaciones de servicio a los que debe hacer frente Shell.
- v) Estos distribuidores no incurren en los gastos de promoción, publicidad y mantención de imagen que debe efectuar Shell.
- vi) No deben enfrentar normas de seguridad y protección ambiental que debe aplicar Shell por política mundial.
- vii) Estos distribuidores compran directamente a Enap y venden al público por lo que son los mejores ejemplos de integración.
- viii) La imagen de Shell es un valor agregado de sus productos.
- ix) Shell realiza altas inversiones en las estaciones de servicio de su red, que tienen una oferta completa de productos y están ubicadas en terrenos de mayor valor, entre otras cosas.
- x) Cita un estudio efectuado por el grupo Procalidad que concluyó que entre las tres industrias con mayor grado de satisfacción de los consumidores se encuentra la de las estaciones de servicio, destacándose expresamente a Shell.
- xi) No es prueba de colusión el que existan precios similares de venta a público, para productos percibidos por éste como homogéneos y que se distribuyen en puntos de venta que son considerados equivalentes. Realiza comparación con circunstancia similar percibida en el mercado de los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

créditos de consumo bancarios. La similitud de precios puede ser, según Shell señal de que el mercado funciona correctamente.

12) Que el comportamiento de los precios en este mercado desvirtúa la colusión en atención a las siguientes consideraciones:

i) El cambio de los precios de los distintos tipos de combustibles con Enap no es homogéneo.

ii) En Chile hay libertad de precios, a pesar de lo cual Shell ha seguido los de Enap.

iii) El minorista normalmente tendrá en stock combustibles adquiridos a precio distinto al fijado por Enap para la semana siguiente.

iv) Shell modifica los precios que cobra a sus minoristas los días lunes cuando Enap los sube y los días viernes cuando los baja, pero no puede responder por lo que hagan los minoristas con sus precios

vi) El mercado de los combustibles es de baja rentabilidad: No hay rentas monopólicas.

vii) Los márgenes de los distribuidores mayoristas en Chile están muy por debajo de los de otras industrias y los existentes en otros países en esta misma industria (incluye cuadro comparativo con varios países latinoamericanos).

viii) La Resolución N° 257, de 25 de agosto de 1987, de la H. Comisión Resolutiva expresa que el mercado de los combustibles es ampliamente competitivo, lo que ha significado una disminución en su rentabilidad, especialmente en Santiago.

ix) El margen promedio de del distribuidor minorista en la venta de los combustibles líquidos en la semana corrida entre el 8 y 15 de noviembre de 2002, fue de \$9 por litro de bencina.

13) Que la composición del precio de los combustibles de 95 octanos es la siguiente: el 41,19% de su valor corresponde a costos del producto, el 41% al impuesto específico, un 9,02% al IVA un 3,68% a los costos operacionales

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

involucrados en la comercialización, un 1,63% al margen del distribuidor minorista, correspondiendo un 3,48% aproximadamente al margen de Shell.

14) Que si hubiese renta monopólica a partir de una hipotética colusión de distribuidores, los márgenes serían mayores (incluye gráfico preparado a partir de datos de la Comisión Nacional de Energía que muestran que los márgenes de esta industria están en sostenida contracción. El indicador ha caído de un 9% a un 7% entre enero de 2000 y septiembre de 2002).

15) Que el negocio de los distribuidores minoritarios se sustenta en muchos casos en negocios anexos o complementarios (lubricación, tiendas de conveniencia, mecánica, lavado, etc.)

16) Con relación al petitorio de la FNE, Shell expresa que:

- No se opone a la modificación del Plan Regulador Metropolitano, la que debería aplicarse también al de Viña del Mar, Antofagasta, Puerto Montt y otras ciudades de Chile.

- Respecto a las peticiones concernientes a Sonacol, éstas deben rechazarse por las razones anteriormente expuestas.

- Debe rechazarse la solicitud de que se instruya a requeridas para que cese todo acuerdo o concertación entre ellas, toda vez que ellos no existen.

- La política de precios de Shell, en lo que esta sujeto a su control, ya está determinado clara y precisamente, es pública, no discriminatoria, sin descuentos no objetivos y con condiciones no discriminatorias para todos los minoristas

- No debe darse lugar a la imposición de sanciones pues Shell, cumple con la legalidad vigente.

Elementos probatorios e ilustrativos aportados por Shell en apoyo de sus argumentos.-

Instrumentos:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- 1) Publicación de la Revista Capital de fecha 22 de noviembre de 2002, en la que consta el resultado de encuestas el alto grado de satisfacción del consumidor con la atención en las estaciones de servicio comparado con otras industrias (fs.271).
- 2) Cuadro demostrativo de las ventas de combustibles líquidos de las empresas distribuidoras durante el 2001, publicado en el portal de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (fs.271).
- 3) Informe "Distribución, márgenes y competencia en el mercado de los combustibles en Santiago" de los economistas Sres. Ricardo Paredes M. y Ricardo Sanhueza P. (fs.391).
- 4) Copia de la Resolución N° 260 de fecha 8 de septiembre de 1987, dictada por la H. Comisión Resolutiva (fs. 748).
- 5) Copias autorizadas de de 15 facturas emitidas por Shell a distintos distribuidores (fs. 860).
- 6) A fs. 863 Shell reiteró todos y cada uno de los documentos acompañados a la investigación sobre el mercado de combustibles realizada por la FNE bajo el rol 399/02.

Testigos:

- 1) Ricardo Maccari Pucci (fs. 1002 y siguientes).
- 2) Iván Tagle Metzdorff (fs. 1008 y siguientes).

INFORME DE ENAP

A fojas 314 rola el informe emitido por Enap, con fecha 4 de diciembre de 2002 al tenor del Requerimiento de la FNE, y en él expresa:

- 1) Que de acuerdo a la información publicada por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, la que es concordante con la que maneja la propia Enap, las ventas de las distribuidoras mayoristas ascendieron a 3.276.290 metros cúbicos el año 2001 y no a 2.458.888 metros cúbicos como

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

se sostiene en el requerimiento de la FNE. También difieren los datos de dicho requerimiento con los publicados por la SEC respecto de las ventas en estaciones de servicio.

2) Que Enap cuenta, efectivamente con la Facultad para imponer servidumbres legales para tender oleoductos de acuerdo con su ley orgánica. Las demás empresas sólo pueden constituir servidumbres con autorización del dueño del respectivo predio (voluntarias).

3) Que Sonacol es una sociedad anónima cerrada que tiene como objeto el transporte de combustibles y cuyos accionistas son Copec (40,8%), Esso (22,1%), Shell (15%) y Enap (22%), por lo tanto esta compuesta por Enap y tres distribuidoras, que no dos, como sostiene la FNE.

4) Que Emalco es una sociedad anónima cerrada, cuyo giro es el almacenamiento de combustibles y cuya propiedad está substancialmente en manos de Enap (CORFO tiene una participación indirecta de un 0,1%). Esta empresa ofrece servicios de recepción y almacenamiento de hidrocarburos al público en general, en términos abiertos, transparentes y no discriminatorios. Mantiene contratos vigentes con Copec, TEXACO; YPF, Enap y filiales. No se entiende por qué la FNE atribuye su control a grandes distribuidoras.

5) Que, por lo dicho, Enap no comparte la solicitud de FNE de modificar la estructura de propiedad de Sonacol, a objeto de que ingresen nuevos socios.

6) Que no tiene objeción alguna para que se otorgue la facultad legal a otras empresas para imponer servidumbres legales para tender oleoductos si es que prestan servicios públicos de transporte de hidrocarburo, bajo acceso abierto.

7) Que Enap mantiene una política netamente competitiva, lo que se refleja en su política de precios, fijada de acuerdo con la paridad de importación.

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

**INFORME DE LA ASOCIACIÓN DE DISTRIBUIDORES DE
COMBUSTIBLES DE CHILE, ADICO A.G.**

Este informe está contenido a fojas 396 y siguientes, fue presentado con fecha 24 de diciembre de 2002 y, en síntesis, señala:

Que si se consideran las estaciones de servicio de la Región Metropolitana (465 el 2001), la venta media mensual de cada una de ellas es de 309 metros cúbicos.

Que los eslabones de la cadena de distribución, tienen a Enap como único refinador. Esta compañía compite con los importadores de productos terminados, que son básicamente los mayoristas.

Que en el siguiente segmento están los distribuidores mayoristas que se abastecen de Enap o de importaciones directas. Es importante aquí la existencia de la unidad de almacenaje de Enap, Emalco, que facilita el almacenaje y entrega de combustibles a los mayoristas que no cuentan con sus propios centros de acopio.

Que en el tercer segmento se encuentran por un lado los clientes finales (transporte, industria, comercio, instalaciones de consumo propio fiscalizadas por la SEC, unas 2000 en el país, y otros) y, por el otro, los minoristas que venden el combustible al detalle (expendio a público).

Que la distribución minorista a público se realiza a través de una red de estaciones de servicio. Considerando la propiedad de estas, existen dos tipos de vinculaciones contractuales entre mayoristas y minoristas:

- Cuando los activos son de propiedad del mayorista se identifican tres distintas formas de operación, a saber:

Administración propia: i) La Estación de Servicio (ES) la opera directamente el mayorista o a través de una filial. ii) Las ES son operadas por un tercero en consignación o por comisiones de venta; y, iii) Las ES son operadas por un tercero, con arriendo del activo y compra-venta del combustible.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Los dos últimos tipos de contratos suelen tener una duración de 6 meses o un año.

- Cuando los activos son de propiedad del minorista se identifican dos formas de operar la ES: i) La ES que tiene contrato de exclusividad con un mayorista; y, ii) La ES es independiente.

Que el nivel de decisión claves que maneja cada estación de servicio esta en relación inversa con el nivel de integración vertical que se produce entre el mayorista y el minorista. Lo anterior en el siguiente orden:

- Independiente propietario de la estación
- Operador en arriendo
- Administración propia o venta por consignación o por comisiones

Que Enap suministra la mayor parte de los combustibles de la RM, los que almacena en una unidad de Emalco en Maipú. Que utiliza una política de precios de paridad de importación, es decir “vitrianea” semanalmente los precios de combustible refinados en la costa del Golfo de México de EEUU. Sobre este valor agrega fletes, seguros, derechos de internación, costo de agente de aduanas, etc., hasta conformar el precio que tendría el combustible para un importador teórico (los importadores reales lo hacen a un precio inferior en la práctica). El cálculo de la paridad de importación de cada producto es realizado por la Comisión Nacional de Energía y se publica en el Diario Oficial de cada viernes para establecer el monto del crédito o subsidio a aplicar en el precio de cada combustible, de acuerdo con el mecanismo del Fondo de Estabilización de Precios del Petróleo (FEPP). Si no fuera ésta la finalidad, debería asumirse que existe una ley para definir semanalmente los precios de refinación en Chile, en el contexto de un mercado con regulación de precios.

Adico se pregunta la razón por la que no se ha generado un aumento de la competencia en materia de refinación. Cree que Enap realiza una estrategia de precios límite para impedir la entrada de competidores a la refinación. Lo anterior es consistente, en su opinión, con el hecho de que Enap establece

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

acuerdos que limitan la importación de productos en los que tiene excedentes y prefiere re-exportarlos para mantener acotado el tamaño de la demanda residual y así mantener su posición dominante sin afectar a la baja los precios internos. El pequeño tamaño de la demanda residual impide la existencia de entrantes refinadores, lo que permite que Enap definir el tamaño de la oferta y optimizar su beneficio esperado. En la práctica las importaciones de productos ocurren y se satisface con ellas la parte de la demanda no cubierta por Enap. Esto permite afirmar que el precio de paridad real es en realidad más bajo que el fijado por esa compañía.

Que el nivel de precio a público es afectado semanalmente por las variaciones de precio informadas por Enap. Las estaciones de servicio propietarias del producto (43,4%), determinan el precio a público con independencia del mayorista y, por lo tanto, tienen una velocidad de transferencia de precios menor que las E.S. cuyo producto es de propiedad del mayorista (56,6%).

Que, sin embargo, con independencia de la estructura de costos, los precios se alinean con el nivel de precios del sector geográfico de influencia de quien los esté manejando, en razón de que los consumidores cada vez más evalúan los productos combustibles como un genérico y se encuentran progresivamente mejor informados.

Que para las estaciones de consignatarios-comisionistas no hay precio de venta explícito porque no hay venta minorista. El precio de transferencia se obtiene por diferencia del precio de venta a público, que determina el mayorista, y el valor con que el mayorista retribuye al operador de la ES.

Que el arrendatario o concesionario posee un mayor margen de distribución que el mencionado en el caso anterior, sin embargo, si se considera el valor que debe retornar al mayorista como pago de arriendo, tendría un margen similar al de los consignatarios-comisionistas, más un "premio" asociado al mayor riesgo que asume por ser propietario del producto que comercializa. Así se explicaría su interés en privilegiar este tipo de relación contractual por sobre la de consignatario-comisionista.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Que para los operadores que han entregado su estación al usufructo de un mayorista se consideran dos tipos de renta. La primera, como operador de la ES en arriendo o como consignatario y, la segunda, como beneficiario del pago por el usufructo que el mayorista le entrega por su decisión de rentar en el negocio inmobiliario con el activo especializado de su propiedad pero que ha cedido a 15 o 20 años plazo.

Que, finalmente, el independiente determina su renta dependiendo del nivel de precios al que realiza cada una de sus compras a los proveedores que están dispuestos a suministrarle el producto. Este minorista no representa más del 2% de las ventas del canal minorista de la RM.

Con fecha 7 de mayo de 2003 ADICO solicitó a la Honorable Comisión Resolutiva (CR) ser tenida como parte en este proceso, mediante presentación que rola a fojas 466 de autos. La CR, accedió a lo solicitado con la misma fecha, como consta a fojas 466 vuelta.

INFORME DE EMALCO:

A fojas 406 rola el informe evacuado por Emalco con fecha 6 de enero de 2003, en el que consta lo siguiente:

1) Que la disponibilidad de capacidad de almacenamiento de la planta de esta empresa en Maipú que se resume en el siguiente cuadro:

Productos	Gasolina 93	Gasolina 97	Kerosene	K. Aviación	P. diesel
Capacidad instalada	37.400	26.700	18.700	37.400	56.100
Capacidad contratada	22.500	14.000	14.000	18.500	51.500
Capacidad disponible	14.900	12.700	4.700	18.900	4.600

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

2) Que la disponibilidad de espacio físico de la planta de Maipú es de 51 hectáreas de terreno, de las que están disponibles aproximadamente 10 hectáreas. Cada compañía requiere para instalar un isla de carguío entre 2.000 y 5.000 m².

3) Que las tarifas públicas trimestrales del período octubre-diciembre de 2002 son:

a) Almacenamiento

Productos limpios m ³	Fija Anual \$/m ³ Mes de 12 a 14 meses	estacional \$/m ³ Mes mínimo 4 meses	Ocasional 30 días \$/m ³ Mes	Ocasional diaria \$/m ³ Mes
0-200	1.672,38	2.508,57	3.344,76	167,24
2001-5000	1.099,10	1.648,65	2.198,20	109,91
5001-8000	881,40	1.322,10	1.762,80	188,14
Mayor de 8000	739,91	1.109,87	1.479,82	73,99

b) Servicios:

Servicios	\$/m ³
Entrega a oleoducto	102,01
Entrega Isla Carguío	
0-7000 m ³	510,87
7001-1500 m ³	434,25
Más de 1500 m ³	306,52

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4) Que para suscribir un contrato de almacenamiento con Emalco, los clientes deben cumplir las siguientes condiciones:

- a) Ser distribuidor mayorista.
- b) Deberá solicitar a Emalco llamar a licitación pública por un terreno de la planta de Maipú, para construir en él una isla de carguío. El valor que se oferte en dicha licitación será la renta de arrendamiento anual que pagará a Emalco, valor que fluctúa entre las 900 y las 1.200 U.F. anuales.
- c) Deberá pagar por una vez un derecho a conexión a estanques de Emalco, valor que varía dependiendo de la cantidad de productos que contrate.
- d) Deberá pagar una capacidad de almacenamiento de, a lo menos 1.000 m³ por producto y no menos de dos productos.
- e) Mensualmente, por cada m³ entregado a camión se facturará \$510,87 por m³, con un mínimo de 1.000 m³. Si el producto se entrega vía oleoducto en sus instalaciones pagará \$102,01 por cada m³.

En presentación de fojas 422 de 27 de febrero de 2003 la FNE rectifica su requerimiento y aclara que las ventas de las compañías distribuidoras de combustibles líquidos en la RM durante el año 2001 descendieron en un 4,2%, habiendo habido un aumento de los márgenes de beneficio de las empresas distribuidoras en relación con lo precios, lo que permite inferir la existencia de algún grado de comportamiento concertado por parte de las requeridas.

La FNE aclara, también, que la caída de las ventas afectó a las requeridas excepto a YPF, por lo que esa empresa no tuvo por que experimentar una disminución de sus márgenes de beneficio.

Adicionalmente, aclara que está en su conocimiento que son socios de Sonacol las empresas Enap, Copec, Esso y Shell.

A continuación I FNE realiza las siguientes consideraciones de fondo:

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

La existencia de barreras de entrada al mercado en cuestión en sus diversas fases deviene de una serie de circunstancias que deben ser apreciadas en conjunto; éstas son:

- a) El hecho de que la propiedad de Sonacol este en manos, mayoritariamente, de tres grandes distribuidoras debe revisarse. A lo menos debe someterse a la compañía a la fiscalización de la Superintendencia respectiva.
- b) Aun cuando EMALCO no este bajo control directo de los mayoristas, éstos son clientes de tal significación y capacidad de influencia sobre la empresa, que este hecho debe ser considerado por el Tribunal al momento de adoptar medidas para favorecer la competencia.
- c) La imposibilidad de construir nuevos centros de acopio en Maipú es una limitación a la entrada.
- d) La integración vertical entre mayoristas y minoristas opera aun cuando existan distintas modalidades contractuales que excluyen la propiedad de la estación de servicio de manos del mayorista o éste no realice venta directa a público.
- e) Aunque la integración vertical no constituya *per se* un atentado contra la libre competencia, favorece un eventual aprovechamiento de rentas monopólicas en un mercado altamente concentrado

Que, con respecto a supuestas deficiencias metodológicas en su investigación, señala que las empresas han aceptado históricamente las encuestas realizadas por el SERNAC, las que son un instrumento ineludible para realizar el seguimiento semanal de la evolución de los precios de los combustibles y las únicas encuestas disponibles que abarcan toda la RM. Constituyen, por tanto, un conjunto de datos de gran valor para cualquier investigación seria sobre la evolución de precios de los combustibles y una base rigurosa para establecer la relación de dicha evolución con los márgenes de distribución.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Que la investigación de la FNE se realizó en un periodo homogéneo y se inició el año 2001, época que coincide con la entrada en operación de la nueva forma de cálculo del FEPP, con la modificación de la ENAP de su política de anuncio de precios y con el término del subsidio a la gasolina.

Que se consideró a APEX como independiente de COPEC hasta su integración operativa en 2001.

Que el requerimiento de autos es concordante con la doctrina de dictámenes anteriores de la CPC.

Que no puede exigirse plena prueba material como requisito para dictaminar la existencia de un acuerdo, y la prueba, por esa razón ha de ser apreciada en conciencia.

Que todas las empresas mayoristas y Sonacol están contestes en la necesidad de que se proponga un proyecto de ley que permita a los particulares constituir servidumbres legales, para instalar nuevos ductos. También coinciden en que deben modificarse las actuales regulaciones legales que dificultan la instalación de nuevas plantas de almacenamiento.

A fojas 405, Shell reitera sus argumentos ya consignados.

A fojas 437 rola una presentación de COPEC donde, en síntesis esta compañía señala que:

- La FNE no ha agregado evidencias de concertación de precios entre mayoristas.
- La FNE ha llegado a la conclusión que las supuestas barreras de entrada no son tales sino que deben ser observadas en conjunto y relacionarse con los demás elementos de la investigación para el efecto de que constituyan una barrera a la entrada, lo que no fundamenta debidamente.
- Con respecto a la integración vertical, declara que no siendo contraria a la libre competencia *per se*, puede afectarla en un mercado altamente

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

concentrado cuando hay un conjunto de circunstancias que pueden constituir una barrera a la entrada.

- La metodología numérica utilizada para probar la concertación de precios, la fundamenta la FNE sólo en la validez de las encuestas de SERNAC, pero no entrega ninguna prueba de concertación.

- Se opone a la modificación de la estructura de propiedad de Sonacol, por carecer de todo fundamento.

A fojas 452 rola una presentación de ESSO en la que sostiene que el señor Fiscal ha rectificado un antecedente importante por cuanto ha reconocido que la caída de las ventas de combustibles líquidos el año 2001 fue solo de un 4,2% y no de un 29%, lo que debilita una de sus acusaciones fundamentales.

Que no procede realizar cambios en la propiedad de Sonacol ni obligarla a regirse por las normas de las S.A. abiertas, por cuanto esta empresa no discrimina entre socios y terceros.

Que no existen barreras a la entrada en el negocio de distribución de comestibles líquidos.

Que la integración vertical no es *per se* contraria a la libre competencia.

Que rechaza categóricamente haber participado en acuerdos colusivos. Esta acusación no puede basarse en meras presunciones y no es suficiente observar la homogeneidad de precios.

Que los dictámenes y resoluciones de los órganos de libre competencia demuestran que Esso siempre se ha ajustado a la normativa que regula la materia.

A fojas 572 la Honorable Comisión Resolutiva ordenó acumular estos autos a la causa Rol 690-02, por tratar la misma materia y ser las mismas partes las involucradas. La causa en cuestión es una abocación por reclamación interpuesta por las partes al Dictamen N° 218/1 de 15 de abril de 2005 de la Honorable Comisión Preventiva (CP) de la V región que consideró, aludiendo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

al índice de Herfindahl del mercado de distribución combustibles líquidos de la región y otros antecedentes, lo siguiente:

Que el mercado de los combustibles líquidos en la región de Valparaíso no es competitivo.

Que no aparecen razones que justifiquen las grandes diferencias de precios de venta de éstos entre Valparaíso y la RM.

Que existirían barreras a la entrada a dicho mercado

Que lo anterior constituiría de parte de las empresas Copec, Esso, Shell e YPF conductas atentatorias contra la libre competencia.

En consecuencia resolvió:

- 1) Instruir a las empresas mencionadas, en el sentido que deben poner término a todo acuerdo o concertación entre ellas, ordenando su cese de inmediato e imponiéndoles la obligación de comportarse independientemente en las decisiones de precios que adopten en lo sucesivo.
- 2) Reiterar a esas empresas la prohibición absoluta y permanente de efectuar, en el futuro, directa o indirectamente cualquier actividad, negociación, tratativa o acuerdo que tenga o pueda tener por objeto o efecto, entre otros, coordinar, concertar o aunar decisiones de precios de venta de combustibles líquidos.
- 3) Instruir a las empresa distribuidoras que deben determinar clara y precisamente el precio base neto de contado o a plazo para cada uno de los combustibles que comercialicen, precio que 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 copulativamente estas características.

A fs. 480 rola la reclamación en contra de este dictamen de Esso, aduciendo que la investigación de la Fiscalía Regional de Valparaíso es incompleta y adolece de errores, ya que se requirió información a la Dirección Regional del

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SERNAC, (organismo al que solicitó encuestas de precios de venta de combustibles en las regiones V y Metropolitana) y a la SEC, pero no requirió ninguna información a Esso.

Que el dictamen se basa en supuestos que no son efectivos, a saber:

- Que el mercado relevante en la V región esta concentrado en términos que no sería competitivo.
- Que existen barreras de entrada para el ingreso de competidores en todas las etapas de distribución.
- Que deben adoptarse medidas para provocar la desintegración vertical de este mercado y/o incentivar la competencia.
- Que la ausencia de políticas competitivas han aumentado los márgenes de beneficio de las grandes distribuidoras.
- Que ha habido un aumento de utilidades de las empresas, sobre la base de confluencia en políticas de precios.
- Que existe evidencia, durante el 2002, de que las empresas distribuidoras ejercieron algún grado de poder concertado.

Esso sostiene que no existe evidencia que sostenga estas premisas.

Que, por lo demás, existen razones económicas que explican las diferencias de precios de venta entre Valparaíso y la RM.

A fs. 490 corre el recurso de reclamación de Copec en contra del dictamen aludido, en el que aduce que no fue parte activa de la investigación ni se le permitió formular descargos, no respetándose a su respecto el debido proceso. Además las medidas propuestas por la CP de la V Región son genéricas ya que no establecen las conductas en las que habría incurrido la reclamante.

Añade que Copec jamás ha realizado prácticas de concertación de precios de venta de combustibles con otras empresas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Que las variaciones de precios dependen de las condiciones de competencia en cada zona en las que se ubican las estaciones de servicio.

Que desconoce la metodología y antecedentes de la investigación en las que se funda el dictamen en cuestión.

A fojas 495 rola el recurso e reclamación de Shell, que se fundamenta en la imposibilidad que tuvo esa empresa de plantear una adecuada defensa, ya que sólo se requirió un informe a las direcciones regionales del SERNAC y de la SEC y un informe técnico al Departamento de Análisis Económico de la FNE, permaneciendo todos los antecedentes en secreto y negándose las copias de los mismos a las empresas involucradas, incluso cuando la investigación hubo concluido.

Por otra parte, sostiene, ni la Fiscalía Regional ni la Comisión Preventiva de Valparaíso dieron noticia del inicio de la investigación, atentándose, de este modo, en contra del principio de bilateralidad de la audiencia.

Que, además, debe dejarse sin efecto el referido dictamen, toda vez que la C.P. de la V región debió abstenerse de conocer el asunto por afectar éste a más de una región (V y RM).

Que, adicionalmente, la CP actuó fuera de su competencia al pronunciarse sobre infracciones al D.L. N° 211, excediendo su carácter de organismo preventivo.

Que respecto al fondo del dictamen, niega que la empresa haya ejecutado acciones que atenten en contra de la libre competencia. Shell respeta la legislación nacional y los cánones de ética empresarial y comercial que impone su matriz a nivel mundial.

Que el dictamen asimila a cuatro empresas, omitiendo distinciones fundamentales.

Que Shell no expende combustibles al público ya que toda su red es administrada por distribuidores independientes.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Que, en definitiva, la existencia de precios similares no atenta contra la libre competencia si no que es, por el contrario, reflejo de la agresiva competencia existente entre los actores del mercado.

Que no existe colusión entre distribuidores mayoristas y tampoco se señala ninguna prueba de ello. Es imposible la colusión entre competidores que tienen sistemas de comercialización diferentes.

Que Shell sólo compra a ENAP y vende a minoristas.

Que el dictamen supone integración vertical sólo porque el distribuidor mayorista es dueño, arrendatario o usufructuario del terreno o la estación de servicio, no alcanzando la relación jurídica con el terreno al combustible que se expende en ellos, el que ha sido comprado a Shell por el minorista, quien es libre de determinar su precio de venta a público.

Que, en otro orden de cosas, índices como el de Herfindahl, no son aplicables a mercados pequeños como el nuestro. Además, es perfectamente posible que exista competencia con pocos actores en el mercado.

Que respecto la diferencia de precios entre los mercados de las regiones V y Metropolitana, se debe a que son mercados diferentes, por lo que la diferencia de precios no tiene por qué ser reflejo de conductas atentatorias contra la libre competencia.

Esta reclamante termina sosteniendo que Shell da cumplimiento a toda la parte resolutive del dictamen reclamado, el que solicita se deje sin efecto.

A fs. 531 corre el recurso de reclamación interpuesto contra el dictamen mencionado por YPF, el que se fundamenta en los siguientes argumentos:

Que la CP de la V Región es incompetente para conocer esta materia, toda vez que la Fiscalía Regional inició su investigación cuando la FNE ya estaba investigando en la RM y el dictamen fue emitido cuando la Comisión Resolutiva ya estaba conociendo del requerimiento de la FNE en contra de las mismas empresas. Además, se refiere a materias atinentes a más de una región, lo que implica que el organismo competente para conocer de

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ellas habría sido la CPC. Por lo tanto, dicho dictamen fue emitido por un organismo incompetente, en contravención a lo dispuesto por la Constitución y la ley.

Que el procedimiento seguido por la CP infringió la garantía constitucional del debido proceso.

Que la descripción del mercado que hace la CP y las conductas que atribuye a los participantes, no se ajustan a la realidad. YPF no ha incurrido en ninguna práctica atentatoria contra la libre competencia.

Que YPF compite activamente en el mercado de los combustibles de la V Región, no participa en ningún acuerdo de precios, de reparto de cuotas de mercado u otra forma de cartelización con los demás mayoristas del mercado, lo que, por lo demás, no le convendría toda vez que su participación en el mismo ha sido creciente.

Que el índice de Herfindahl no es base suficiente para fundar las conclusiones de la CP. Hay numerosos ejemplos de mercados concentrados donde existe una fuerte competencia.

Que las diferencias de precios entre los mercados de las regiones V y Metropolitana se deben a variadas razones y no a la necesidad de aumentar los márgenes para compensar los menores volúmenes de venta.

Que no existen barreras a la entrada en el mercado de los combustibles en la V Región. El entrante deberá tener una determinada capacidad financiera y ello no es una barrera artificial de entrada. Si el mercado financiero restringe el crédito, ha de deberse a la baja rentabilidad del negocio, a la existencia de incertidumbre y al reducido tamaño del mercado nacional.

Que la afirmación sobre integración vertical es general, confusa y errónea, porque no distingue entre las distintas relaciones jurídicas existentes en este mercado entre mayoristas y minoristas e identifica la propiedad de las instalaciones o del equipamiento con la capacidad de los mayoristas de influir en los minoristas en la determinación de precios de venta a público.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Que los márgenes de venta a público no presentan problema alguno en el caso de YPF. El dictamen reclamado afirma que el margen bruto del distribuidor minorista varía entre 5% y 7% en la V región y que es similar en la RM, por lo que no se vislumbra el supuesto aumento de márgenes brutos de comercialización en la V Región para compensar la menor venta en relación a la RM.

Que los resueltos del dictamen carecen de fundamento y son inoficiosos.

YPF solicita, que se declare que la CP de Valparaíso carece de competencia para conocer de la materia de autos y que, en subsidio, se deseche el dictamen reclamado, en razón de que esta compañía no ha cometido infracción alguna contra la libre competencia.

A fs. 562 rola el informe de la CP de la V región a la H. Comisión Resolutiva, en el que afirma que los antecedentes que sirvieron de fundamento al estudio respectivo fueron proporcionados por cada parte, luego de las peticiones de la Fiscalía Regional durante la respectiva investigación. Que al haber proporcionado la información requerida habrían estado informadas desde su inicio sobre la investigación instruida. Que el resto de los antecedentes recibidos por la Fiscalía y la CP de la V región no fueron puestos en conocimiento de las partes por no corresponder, al contener información reservada dada por empresas competidoras. Que la Fiscalía Nacional Económica efectuó un estudio que sirvió de fundamento al dictamen recurrido.

A fs. 572 se confirió traslado del referido informe y del auto de avocación del recurso de reclamación.

A fs. 591 Copec evacuó el traslado indicado, reiterando su apreciación acerca de las presuntas irregularidades procesales que se cometieron en la tramitación de la investigación, en razón de que no se le notificó ni emplazó y no se le dio a conocer el procedimiento.

Que niega la existencia de barreras a la entrada a la industria de la distribución de combustibles en la V Región, toda vez que se tiene acceso a la compra de combustibles a ENAP o a importarlos directamente; no se

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

observa impedimento para la existencia de entrantes en la etapa de transporte; existe posibilidad de almacenamiento en Las Salinas en Viña del Mar y Concón (Copec, Esso, Shell) y Quintero (YPF) y no existe impedimento para construir y operar plantas de almacenamiento en esta región a un costo equivalente a dos o tres estaciones de servicio. Además, puede abastecerse a la V región con combustibles almacenados por Emalco en la RM.

Que la concentración del mercado se debe a su alto nivel de competencia.

Que si existe integración vertical en esta industria, es solo debido a razones de eficiencia.

Que los precios en este mercado se fijan en función de la competencia entre los distintos actores y son desiguales en las distintas zonas de cada mercado, incluso hay sectores que han tenido rentabilidades negativas debido a la existencia de guerras de precios.

Que en este mercado los competidores marginales, que tiene mayores costos y menores utilidades son quienes fijan el precio y los demás competidores tendrán mayores utilidades como resultado de economías de escala y de mayores eficiencias que posean. En el largo plazo, saldrán los competidores menos eficientes. Por eso ha aumentado la concentración de la industria en la V Región.

Que las compañías no tienen capacidad para levantar barreras de entrada.

Que la Fiscalía detecta una menor venta en la V Región respecto a la Metropolitana del orden de un 35%, lo que explica precisamente el mayor precio del combustible en Valparaíso.

A fs. 609 Shell evacua el traslado conferido, argumentando que:

El auto de avocación es extemporáneo toda vez que no se dictó por la CR dentro de los 15 días hábiles contados desde que se recibieron los antecedentes desde la CP de la V región.

La investigación se realizó sin dar noticias a la afectada de su tenor, y no se agregó el informe respectivo al expediente.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

El informe de la CP de la V Región no se pronuncia sobre la mayoría de los argumentos esgrimidos por Shell en contra del dictamen reclamado.

A fs. 612 corre la el traslado de Esso, ratificando en todas sus partes su escrito de reclamación en contra del dictamen de la CP de la V Región.

Agrega que dicho dictamen adolece de errores y se funda en una investigación incompleta y en supuestos inefectivos, siendo sus resoluciones improcedentes e innecesarias.

Que la documentación proporcionada por Esso durante la investigación no sirve para afirmar que haya incurrido en conducta alguna contraria a la libre competencia.

A fs. 617 YPF evacua el traslado señalando que:

El informe de la CP de la V región no refuta las alegaciones de YPF contenidas en su escrito de reclamación, lo que significa que las aceptó.

El dictamen de la H. CP de la V Región es una forma oblicua de ampliar el Requerimiento del Sr. Fiscal.

El dictamen fue emitido sin dar audiencia a los afectados respecto del informe técnico que le sirvió de base.

Solicita se rechacen todas las imputaciones contenidas en el dictamen, Informe Técnico de la FNE e informe de la Fiscalía Regional que le sirvieron de base en atención a los siguientes argumentos:

Que YPF no ha incurrido en prácticas atentatorias contra la libre competencia y no hay indicios de ello.

Que no hay acuerdo en los márgenes de comercialización entre las compañías distribuidoras requeridas.

Que no hay acuerdo de precios entre las empresa requeridas.

Que no hay indicio alguno de colusión entre las empresas requeridas. Eso demandaría un alto grado de sofisticación para controlar el cumplimiento de los supuestos acuerdos en las distintas regiones del país.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Que los márgenes de los minoristas de ambas regiones son similares.

Que la concentración e integración vertical del mercado no es *per se* reprochable, no es ilegal y puede ser eficiente.

Que no hay barreras de entrada al mercado de la V Región.

Que no hay precios ni márgenes abusivos o excesivos

Que no existen indicios que prueben acuerdo alguno entre las empresas requeridas, ni presunciones graves, precisas y concordantes al respecto.

Que no es posible comparar precios y rentabilidades obtenidos por empresas en mercados diferentes.

A fs. 678 la FNE realiza una presentación en la que solicita tener presente antecedentes de la investigación sobre distribución minorista de combustibles en el sector poniente de Santiago, la que concluye que esa zona se caracteriza por una efectiva competencia, la que ha derivado en precios a público y márgenes de distribución por debajo de los cotos del resto de la RM.

Que estos hechos se deberían a la presencia de un distribuidor independiente, don José Luis Capdevilla (JLC), que posee estanques de almacenamiento propios y compite con estaciones de servicio fuertemente vinculadas y , en buena medida, controladas por las requeridas.

A fs. 707 el Tribunal recibió la causa a prueba fijando como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, los siguientes:

1.- Efectividad de Existir diferencias en los precios de venta de los combustibles líquidos entre la RM y la V Región. Hechos que la justificarían.

2.- Efectividad de existir diferencias de precios entre los diferentes puntos de venta de la RM, en general, y de Santiago Poniente, en particular. Hechos y circunstancias que la justificarían.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3.- Efectividad de existir entre los distribuidores mayoristas acuerdos o concertación en los precios de los combustibles líquidos en la RM y en la V Región.

4.- Efectividad de la existencia de barreras a la entrada de nuevos operadores en la cadena de distribución de combustibles líquidos en la RM y en la V región.

5.- Efectividad de la existencia de integración vertical en el mercado de los combustibles líquidos, tanto respecto de la RM como de la V Región.

En la audiencia de los días trece y catorce de abril del presente año se realizó la vista de la causa.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

En cuanto a las tachas:

Primero.- Que, a fojas 911 Esso y Copec tacharon al testigo señor José Luis Capdevilla, presentado por la parte requirente, por cuanto dicho testigo es propietario de una estación de servicio independiente y habría interpuesto hace aproximadamente dos años, una denuncia ante la FNE en contra de las requeridas de autos. El testigo carecería, en consecuencia, de la imparcialidad necesaria para declarar en este proceso, configurándose la causal del artículo 358, numeral sexto, del Código de Procedimiento Civil.

Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la tacha, se desechará, por considerar este Tribunal que no se ha acreditado fehacientemente la existencia de un interés del testigo en los resultados del juicio, sin perjuicio del valor probatorio que se le asignará a su declaración de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211.

Segundo.- Que, a fojas 921 la parte de la Fiscalía Nacional Económica tachó al testigo Juan Pablo Novoa Carvajal, presentado por Esso, por cuanto dicho

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

testigo es Gerente de Ventas al Detalle de esa compañía y, por tanto trabajador dependiente de la parte que lo presenta. Lo anterior configuraría la causal de inhabilidad del artículo 358, numeral quinto, del Código de Procedimiento Civil.

Que, ponderados por el Tribunal los elementos de hecho que sirven de fundamento a la tacha, procederá a acogerla, por cuanto el testigo, al ser dependiente de una de las empresas requeridas en autos, está comprendido en la causal invocada.

Tercero.- Que, a fojas 931 la parte de la Fiscalía Nacional Económica tachó al testigo Gregorio Muñoz Domínguez, presentado por Esso, por cuanto dicho testigo es Gerente de Inversiones y Estudio de Mercado de esa compañía y, por tanto, trabajador dependiente de la parte que lo presenta. Lo anterior configuraría la causal del artículo 358 numeral 5° del Código de Procedimiento Civil.

Que, ponderados por el Tribunal los elementos de hecho que sirven de fundamento a la tacha, procederá a acogerla, por cuanto el testigo, al ser dependiente de una de las empresas requeridas en autos, está comprendido en la causal de inhabilidad invocada.

Cuarto.- Que, a fojas 948 la parte de la Fiscalía Nacional Económica tachó al testigo Diego Barros Melet, presentado por YPF, por cuanto dicho testigo es arrendatario de cuatro estaciones de servicio de esa compañía y, por tanto, a juicio de la FNE, prácticamente dependiente de la parte que lo presenta. Lo anterior configuraría la causal de inhabilidad del artículo 358 numeral 5° del Código de Procedimiento Civil.

Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la tacha, se desechará, por considerar este Tribunal que no se ha acreditado la existencia de una relación de subordinación o dependencia laboral de la parte que lo presenta, sin perjuicio del valor probatorio que se le asignará a su declaración de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final del Decreto Ley N° 211.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Quinto.- Que, a fojas 1008 la parte de la Fiscalía Nacional Económica tachó al testigo Iván Tagle Metzdorff, presentado por Shell, por cuanto dicho testigo es operador de una estación de servicio de propiedad de esa compañía y, por tanto, prácticamente dependiente de la parte que lo presenta, en opinión de la FNE. Lo anterior configuraría la causal de inhabilidad del artículo 358, numeral quinto, del Código de Procedimiento Civil.

Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la tacha, se desechará, por considerar este Tribunal que no se ha acreditado fehacientemente la existencia de una relación de subordinación o dependencia laboral de la parte que lo presenta, sin perjuicio del valor probatorio que se le asignará a su declaración de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final del Decreto Ley N° 211.

Sexto.- Que, a fojas 1047 la parte de la Fiscalía Nacional Económica tachó al testigo Juan Pablo del Campo Mesa, presentado por Esso, por cuanto dicho testigo es Gerente de Logística de esa compañía y, por tanto, trabajador dependiente de la parte que lo presenta, en opinión de la FNE. Lo anterior configuraría la causal de inhabilidad del artículo 358 numeral 5° del Código de Procedimiento Civil.

Que, ponderados por el Tribunal los elementos de hecho que sirven de fundamento a la tacha, procederá a acogerla, por cuanto el testigo, al ser dependiente de una de las empresas requeridas en autos, está comprendido en la causal invocada.

Séptimo.- Que, a fojas 1049 la parte de la Fiscalía Nacional Económica tachó al testigo Christian Hughes Fernández, presentado por Esso, por cuanto dicho testigo, al momento de declarar, había prestado, durante seis meses consultorías en materias técnicas y económica a esa compañía y, por tanto es a juicio de la FNE, prácticamente dependiente de la parte que lo presenta. Lo anterior configuraría la causal del artículo 358 numeral 5° del Código de Procedimiento Civil.

Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la tacha, se desechará, por considerar este Tribunal que no se ha acreditado la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

existencia de una relación de subordinación o dependencia laboral de la parte que lo presenta, sin perjuicio del valor probatorio que se le asignará a su declaración de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final del Decreto Ley N° 211.

Octavo.- Que, a fojas 1117 la parte de la Fiscalía Nacional Económica tachó al testigo Cristian Pasche Scherer presentado por Esso, por cuanto dicho testigo, al momento de declarar, se desempeñaba como Gerente de la empresa Servacar, filial de esa compañía y por tanto es, a juicio de la FNE, dependiente de la parte que lo presenta. Lo anterior configuraría la causal del artículo 358, numeral quinto, del Código de Procedimiento Civil.

Que, ponderados los elementos de hecho que sirven de fundamento a la tacha, se desechará, por considerar este Tribunal que no se ha acreditado la existencia de una relación de subordinación o dependencia laboral de la parte que lo presenta, sin perjuicio del valor probatorio que se le asignará a su declaración de acuerdo con lo prescrito en el artículo 22°, inciso final, del Decreto Ley N° 211.

En cuanto a la objeción de documentos:

Noveno.- Que, ponderadas por el Tribunal las objeciones de instrumentos planteadas por la parte de la Fiscalía Nacional Económica a fojas 831 y siguientes; de las presentadas por la parte de de YPF a fojas 691 y siguiente y 1020 y siguientes; de las presentadas por la parte de Esso a fojas 692 y siguientes y fojas 1024 y siguientes; de las presentadas por la parte de Copec a fojas 700 y siguientes, y de las planteadas por la parte de Shell a fojas 695; atendido a su mérito y las alegaciones efectuadas por las partes al respecto, y considerando que el artículo 22°, inciso final, del texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, dispone que este Tribunal debe apreciar la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica, se resuelve que, no habiéndose acreditado los fundamentos de las objeciones mencionadas, se rechazan todas ellas, sin perjuicio del valor probatorio que se les otorgue en los considerandos siguientes a los

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

documentos respectivos, en cuanto elementos que puedan contribuir a la formación de la convicción del Tribunal.

En cuanto al fondo:

Décimo.- Que la Fiscalía Nacional Económica (FNE) imputaría a las denunciadas la conducta de colusión tácita dentro del período comprendido entre los meses de febrero de 2001 y septiembre de 2002, y funda su acusación en los siguientes hechos:

1. Que los márgenes de comercialización aumentaron en el período enero-septiembre de 2002 con respecto al período que va de febrero a diciembre de 2001, y ello, a juicio del Sr. Fiscal, en un contexto de restricción en la demanda.
2. Que se detectó una asimetría en el traspaso a público de los cambios en los precios de los combustibles efectuados por Enap, transmitiéndose a los consumidores con mayor rapidez las alzas que las bajas.
3. Que se observó una similitud entre los precios de las distintas marcas, así como en su evolución.
4. Que se observó un comportamiento desigual en la zona poniente de la Región Metropolitana, donde el margen de comercialización cayó durante el año 2002, a diferencia de lo sucedido en las otras zonas, situación atribuida a la existencia de una estación de servicio independiente en dicho sector poniente, propiedad del señor José Luis Capdevilla.

Undécimo.- Que lo anteriormente expuesto ocurre, a juicio del señor Fiscal Nacional Económico, por tratarse de un mercado altamente concentrado, donde tres empresas representan aproximadamente un 90% de las ventas totales y en el que existen barreras significativas a la entrada de nuevos participantes. Las barreras no estarían propiamente en la distribución mayorista, sino que en las etapas previas, del transporte y del almacenamiento, y en la posterior, de la distribución minorista, pero surtiría

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

efecto en la distribución mayorista dada la integración vertical que existe entre dichas actividades.

Duodécimo.- Que a lo expuesto en los considerandos precedentes, se debe sumar el Dictamen N° 218/1 de la H. Comisión Preventiva de la V Región, de fecha 8 de abril de 2003 y que rola a fojas 472, el que concluye que las denunciadas estaban ejerciendo algún grado de comportamiento concertado, con la finalidad de ampliar, asegurar y sostener sus márgenes de beneficio, en razón de lo cual resolvió instruirles a poner término de inmediato a todo acuerdo o concertación entre ellas.

Entre otros antecedentes, la Comisión tuvo en consideración el hecho de que los márgenes brutos por venta de combustible en la región, superaban en promedio en el orden de \$24/lt. a los obtenidos en la Región Metropolitana, a pesar que en la Quinta Región no se debe incurrir en el costo de transportar el combustible de Concón a Santiago.

Decimotercero.- En consecuencia, este Tribunal deberá pronunciarse acerca de si se ha acreditado en el proceso la existencia, o no, de conductas colusivas de las requeridas con el objeto de fijar sus precios de venta a público y acerca de la posible existencia de barreras de entrada a la industria en análisis. Ligado con esto último, este Tribunal determinará si es o no necesario solicitar a las autoridades pertinentes algunas modificaciones de carácter legal y regulatorio que actúen sobre estas supuestas barreras a la entrada y requerir la modificación de la estructura de propiedad de la principal empresa de transporte de combustibles. Asimismo, determinará si es indispensable dictaminar medidas que faciliten el acceso al almacenamiento en la más importante compañía del rubro, en los términos solicitados por la Fiscalía Nacional Económica.

Por último, este sentenciador analizará si la integración vertical que se observa en la industria de los combustibles líquidos produce efectos anticompetitivos.

I.- En cuanto a la presunta existencia de colusión de las requeridas.-

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Decimocuarto.- Que, con el objeto de establecer la existencia de una eventual colusión entre las requeridas, en primer término, cabe analizar los márgenes de comercialización de las mismas en el período investigado por la FNE, pues ellos pueden resultar indicativos de la existencia, o no, de dicha colusión.

Al respecto, es preciso señalar que, los promedios mensuales de los márgenes brutos de comercialización aumentaron en el período enero-septiembre de 2002 en relación con el período que va de febrero a diciembre de 2001, según la información proporcionada por la FNE, a fojas 25 y siguientes. En el caso de la bencina de 93 octanos, el aumento habría sido de \$36,03/litro a \$40,0/litro en pesos de Febrero de 2002. Según Copec, los valores anteriores serían de \$36,33/litro y \$40,08/litro, respectivamente (fojas 222 y siguientes). En la zona oriente es donde el margen subió más fuertemente, seguido por las zonas norte, centro y sur, mientras que en la zona poniente el margen cayó. Como resultado de estos cambios, en los primeros nueve meses de 2002 el margen para la bencina de 93 octanos habría sido un 29,3% mayor en la zona centro que en la zona poniente, mientras que con la zona oriente dicha divergencia habría alcanzado a 55,7%.

Según el informe de la Fiscalía, el alza en los márgenes de comercialización ocurre en forma simultánea con una disminución en la demanda, lo que sería indicativo de una conducta colusiva de parte de las denunciadas, pues a su parecer “en un contexto competitivo, esta situación de restricción de la demanda debería haber provocado una disminución o, a lo más, una mantención de los márgenes de comercialización de las empresas, debido a la competencia originada por una menor demanda.” (Fojas 30).

Decimoquinto.- Que, al respecto, cabe señalar que en general una disminución en la demanda debiera redundar, de mantenerse el resto de las condiciones invariantes, en una caída en el precio final. Por lo tanto, para poder obtener alguna conclusión se requiere analizar si las otras variables que pueden afectar los precios, los costos, por ejemplo, se modificaron en el transcurso del período analizado, estudio que no fue realizado por la requirente.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Que, por otro lado, según la presentación de la FNE, la caída de la demanda se produce en el año 2001, pero el alza en el margen de comercialización que se reporta ocurre en el 2002 en relación con el año 2001, período en que el consumo experimenta una leve alza. En consecuencia, la verificación de la tesis de la FNE requeriría analizar un plazo más largo que el considerado en su informe.

Decimosexto.- Que, asimismo, a juicio de este Tribunal, un análisis del mercado de los combustibles debe tener presente que en un mercado concentrado existe la posibilidad de que transitoriamente el precio exceda el costo medio de largo plazo de algunas o todas las empresas, y con ello éstas alcancen rentabilidades por sobre lo normal. Ello podría estar provocado, por ejemplo, por un alza en la demanda. A mayor abundamiento, en un mercado concentrado difícilmente las empresas se comportarán como si estuviesen en un mercado perfectamente competitivo (es decir, como tomadores de precios que no pueden influir decisivamente en él), y, por el contrario, su comportamiento tenderá a ser estratégico. Por ejemplo, en algunos casos, podrá existir una empresa líder que es seguida por los demás competidores.

Pero dicha situación no sería en principio ilícita desde el punto de vista del derecho de defensa de la libre competencia, y tampoco sería necesariamente ineficiente. En efecto, dichas rentas sobrenormales pueden incentivar la entrada de nuevas firmas en el mediano plazo, siempre y cuando no existan barreras a la entrada de nuevos competidores o se trate de un monopolio natural. Y, adicionalmente, la búsqueda de rentas por sobre lo normal puede incentivar la competencia. Si se sancionase el ejercicio del poder de mercado, los incentivos para competir serían menores, y en particular el estímulo para innovar, uno de los mecanismos a través de los cuales las empresas tratan de ganar a sus rivales, disminuiría. Pero si las alzas de precios fuesen el resultado de una colusión de las empresas, entonces ello sería ilegal.

Decimoséptimo.- Que con el fin de analizar si hubo colusión entre las requeridas este Tribunal utilizó la información sobre precios de venta a público recolectada por el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), para

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

estimar el margen bruto de comercialización en las distintas zonas geográficas de la Región Metropolitana. Si bien la información del SERNAC presenta algunas limitaciones que han sido señaladas por las requeridas, ésta no es sustancialmente distinta que la que aportaron ellas mismas, por lo que fue considerada útil para analizar la evolución del mercado. Parte de esta información está contenida en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 1

Margen Bruto Gasolina 93 octanos

(\$ nominales/lt.)

Zona	Promedio 2/01 a 7/01	Promedio 8/01 a 3/02	Promedio 4/02 a 9/02
<i>Centro</i>	31,15	41,29	35,40
<i>Norte</i>	34,18	42,40	39,58
<i>Oriente</i>	37,91	44,17	44,21
<i>Poniente</i>	28,59	38,47	27,33
<i>Sur</i>	31,66	41,87	39,23
<i>TOTAL</i>	30,97	41,71	37,08

<i>JLC</i>	19,11	31,62	7,55
------------	-------	-------	------

*: JLC = Estación de servicio de José Luis Capdevilla

Fuente: Construido por el Tribunal en base a información emanada del SERNAC acompañada por la FNE y la proporcionada por Enap.

Decimotavo.- Que tal como se observa en el cuadro N° 1, contenido en el considerando anterior, con la información disponible se podrían distinguir tres períodos. El primero va desde febrero de 2001 a julio de 2001, el segundo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

desde agosto de ese mismo año hasta marzo de 2002, y el tercero desde abril a septiembre de 2002. El margen mensual promedio es más alto durante la segunda fase. Es decir, hubo un alza en el margen en el segundo período que en el tercer lapso se revirtió parcialmente. Para la bencina de 93 octanos el promedio mensual del margen de comercialización fue de \$30,0/lit en pesos de Enero de 2002 durante el primer período, cifra que aumenta a \$41,7/lit en pesos de igual valor durante el segundo período, para finalmente caer a \$37,1/lit en el tercer período. Esta evolución no es muy distinta de la que presenta Copec en su informe que rola a fojas 444.

Decimonoveno.- Que, a juicio de este Tribunal, el alza en el margen durante el segundo período del cuadro N° 1 podría explicarse por diversas razones. Una de ellas sería un aumento en la demanda, derivada posiblemente de factores estacionales. Otra podría ser que la baja en los precios en los combustibles durante el segundo período no haya sido traspasada a los clientes, producto de una colusión entre las requeridas. Una tercera posibilidad es que el alza en los precios 2001-2002 de los combustibles en los años haya incidido en los costos de inventario. En los siguientes considerandos se analizarán, una a una, estas posibles razones.

Vigésimo.- Que respecto a la incidencia de factores estacionales, los datos disponibles muestran que el alza en el segundo período fue muy leve, aumentando las ventas promedio mensuales en un 5,0%, por lo que se puede descartar como explicación.

Vigesimoprimer.- Que la existencia de una caída en los precios de los combustibles en el período estudiado que no habría sido traspasada inmediatamente a público, es una hipótesis consistente con la información disponible, como lo muestra el siguiente cuadro:

Cuadro N° 2

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

<i>Precio a distribuidores</i>	<i>Período</i>		
Octanaje	2/01 a 7/01	8/01 a 3/02	4/02 a 9/02
97	375,02	345,98	378,12
95	368,40	342,22	371,53
93	361,62	338,63	365,29

Fuente: construido por el Tribunal en base a información provista por Enap.

Vigesimosegundo.- Que habría un alza en los costos de inventario, motivada, principalmente, por un alza en los precios de los combustibles. En efecto, Copec, en su presentación de fojas 222 y siguientes, señala que el principal costo de comercialización es el capital de trabajo, razón por la cual, lo que debiera analizarse es la evolución del margen de comercialización como porcentaje del precio (en rigor sería más apropiado hacerlo con respecto al precio a distribuidor) en un plazo más largo que los 19 meses considerados en la investigación que originó el requerimiento de autos. En opinión de esa compañía, dada la fuerte alza que experimentó el precio de la bencina en el 2001, el margen porcentual cayó significativamente a principios de dicho año, recuperándose parcialmente a partir del mes de septiembre.

Vigesimotercero.- Que, en todo caso, no existe en el expediente información alguna que permita determinar cuánto influyen los distintos factores en los costos totales, lo que impide determinar cuán relevantes son los márgenes porcentuales en comparación a los márgenes absolutos. En efecto, en sus alegaciones las propias requeridas señalaron que la inversión necesaria para instalar una estación de servicio es muy alta, por lo que también debiera incidir en forma significativa en los costos del negocio.

Vigesimocuarto.- Que, por otro lado, diferencias en los costos no parecen explicar la desigual variación de los márgenes y su evolución en las distintas zonas geográficas de Santiago en el tercer período de los identificados por este Tribunal, especialmente si se considera que el capital de trabajo

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

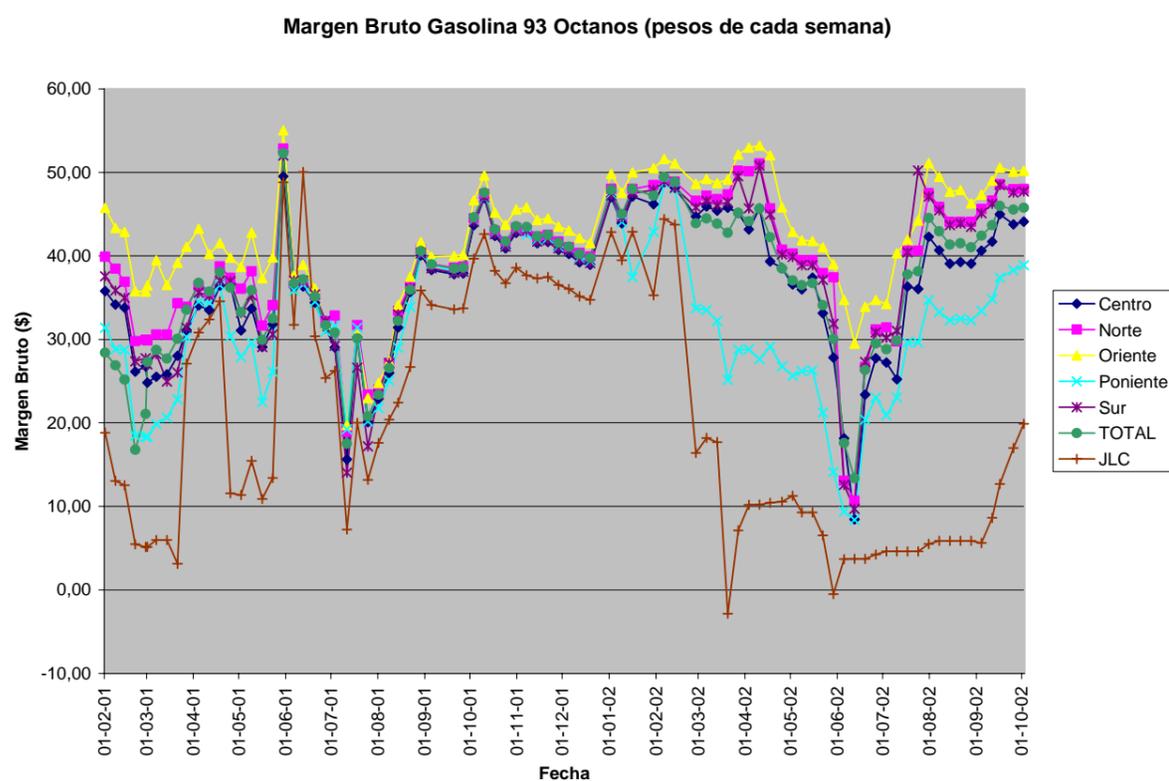
correspondiente al combustible es uno de los principales costos, y dado que éste es similar en todas ellas. Los márgenes presentaban una variación moderada entre las distintas zonas de Santiago en el primer período, siendo levemente más altos en la zona oriente, y más bajos en la poniente. En el segundo período, los márgenes aumentaron en todas las zonas geográficas, manteniéndose a grandes rasgos la dispersión de los mismos. En el tercer período, el alza se revirtió en la zona poniente, se mantuvo en la zona oriente y se canceló parcialmente en las restantes. Y como resultado de los cambios anteriores, en el tercer período el precio es sustancialmente más bajo en la zona poniente que en el resto de la ciudad, y las diferencias de margen parecen ir más allá de las diferencias en los costos que pueda haber entre las distintas zonas.

Vigesimoquinto.- Que la explicación de dicha diferencia parece estar en la presencia de un distribuidor independiente, cuyas ventas representan según la Fiscalía Nacional Económica (fojas 682) un 35% en el año 2001, y 23% en el año 2002 del total correspondiente a la zona comprendida entre las calles Matucana al oriente, Antonio Ebner al poniente, Carrascal al Norte y Santo Domingo al sur, en la comuna de Quinta Normal. En los dos primeros períodos este distribuidor mantiene una diferencia de precio del orden de \$10/lit con el promedio del resto de las estaciones de servicio de la Región Metropolitana, cifra que en el tercer período aumenta a cerca de \$30/lit, tal como lo muestra el Cuadro N° 1 del considerando decimoséptimo.

De la observación del Gráfico N° 1 que a continuación se consigna, parece desprenderse que es el operador independiente mencionado el que comienza una guerra de precios alrededor de enero del 2002, que arrastra a sus competidores, especialmente los que están ubicados en su misma zona.

**REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Gráfico N° 1



Fuente: construido por el Tribunal, en base a información provista por SERNAC y Enap.

Vigesimosexto.- Que, en síntesis, a juicio de este Tribunal, lo que la información disponible en el expediente indica es que los márgenes experimentan un alza a partir de agosto de 2001, la que se revierte en algunas zonas a partir de abril de 2002 (febrero en el caso de la zona poniente), producto de la guerra de precios que se generó en torno a la estación de servicio independiente de don José Luis Capdevilla, la que arrastra en mayor o menor medida a las otras zonas. La guerra de precios referida es seguida por una restauración de los márgenes hacia finales del segundo período. Esta alza en los márgenes a partir del segundo período, interrumpida por la guerra de precios a comienzos del tercer período que habría provocado don José Luis Capdevilla, podría ser consistente con un alza motivada por costos o con una colusión tácita para aumentar los márgenes, facilitada por la baja en los precios de venta de Enap en el segundo período identificado por este Tribunal. En el expediente no se aportaron antecedentes cuantitativos suficientes que permitan optar por una de esas posibilidades.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigesimoséptimo.- Que, en caso que la situación del tercer período reflejase un contexto de guerra de precios, esta información no sería apropiada para sacar conclusiones. En los dos períodos anteriores los márgenes promedio en Santiago son un 62% y 32% más altos que los del distribuidor independiente mencionado. Estas diferencias porcentuales parecen sustantivas, especialmente si se acepta que el principal costo de comercialización es el de inventario. Y aquí caben dos posibilidades. Si los márgenes de don José Luis Capdevilla reflejasen costos, los demás distribuidores tendrían utilidades sobrenormales, lo que incentivaría la entrada de nuevos distribuidores, salvo que existiesen barreras de entrada en la industria. Otra posibilidad es que los márgenes del distribuidor independiente no cubran costos, lo que terminaría con su salida o en una subida en los márgenes. La información en el expediente no permite determinar si los márgenes de comercialización exceden el costo medio de largo plazo. Tampoco existen antecedentes en autos sobre la rentabilidad de las empresas que permita optar por una de ambas posibilidades enunciadas. Por cierto, si la participación del costo de inventario no fuese tan alta en el costo total de comercialización, y si la inversión en la estación de servicio del señor Capdevilla fuese menor y además expendiese mucho más que sus competidores, ello podría explicar la diferencia de márgenes.

Vigesimoctavo.- Que, dado que la información disponible en el expediente de este proceso sólo permite formular hipótesis y no sacar conclusiones definitivas, se revisarán a continuación los restantes argumentos aportados por las partes.

Vigesimonoveno.- Que las requeridas señalan que los márgenes de comercialización son bajos en comparación a otros países, lo que se explicaría por el alto grado de competencia que existe en este mercado en Chile. La información de YPF presenta márgenes porcentuales, lo que tiende a ubicar a los distribuidores chilenos en el rango de márgenes bajos. Sin embargo, al considerar que los impuestos específicos son relativamente elevados en Chile, el ranking podría alterarse al considerar márgenes absolutos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Por otra parte, según las requeridas, una segunda prueba del alto grado de competencia en la industria bajo análisis sería el elevado gasto en publicidad. Al respecto cabe señalar que no se indican los montos involucrados, ni tampoco si se mantuvieron, disminuyeron o aumentaron en el período en que se habría producido la colusión, por lo que deberá ser descartado este argumento.

Por último, si hubiese habido colusión, como sostiene la Fiscalía Nacional Económica en su requerimiento, ésta habría sido tácita y habría tenido por objeto no traspasar totalmente a público las caídas en los precios de Enap, cuestiones que no están acreditadas en autos.

Trigésimo.- Que, respecto a la asimetría en el comportamiento de las requeridas frente a las alzas y las bajas de los precios de Enap esgrimida por el Fiscal como prueba o indicio de colusión, si bien la metodología utilizada por la FNE es impugnada por las denunciadas, debe tenerse en cuenta el informe acompañado por la empresa Esso a fojas 391, el que también concluye que existe una leve asimetría, al menos, en el caso de la bencina de 93 octanos. Esta empresa explica la asimetría por los costos de ajuste en los inventarios de los distribuidores, aunque sin aportar cifras al respecto. Dicha asimetría también podría deberse al comportamiento de los consumidores frente a alzas y bajas en los precios del combustible y a la necesidad de los minoristas de defender su capital de trabajo. A lo anterior es necesario agregar que en un mercado concentrado, como se señaló anteriormente, no es dable esperar una total simetría en la velocidad de transmisión de cambios en los costos a los precios finales. Por estas razones, para este Tribunal, dicha asimetría no es prueba concluyente de la existencia de colusión

Trigesimoprimer.- Que por otro lado, en opinión de este Tribunal, 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

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

podiese tener precios sustancialmente distintos a los de las otras empresas en un mismo mercado de forma sostenida.

Trigesimosegundo.- Que el citado Dictamen N° 218/1 de la Comisión Preventiva de la V Región, hace cuestión de los mayores precios que existen en dicha región en comparación a la RM, a pesar que los costos de transporte son en el primer caso menores que en el segundo. La Fiscalía Regional sitúa dicho diferencial de márgenes en \$24/lit. Las estimaciones de este Tribunal, en base a una muestra realizada por Sernac, indica que para un conjunto de observaciones correspondiente al año 2002, la diferencia en los precios de venta a público fue del orden de \$22/lit, cifra a la que habría que sumar el ahorro en el costo de transporte, que según YPF estaría en torno a los US\$5/m³ (fojas 325 y siguientes). Las cifras pertinentes, están contenidas en el cuadro siguiente:

Cuadro N° 3

**Diferencia Precios Promedio V Región y
R. Metropolitana**

(\$ de enero 2002)

Mes	93 s/p	95 s/p	97 s/p
<i>Abr-02</i>	17,07	16,85	15,74
<i>May-02</i>	27,71	27,50	26,64
<i>jun-02</i>	35,21	35,14	34,83
<i>jul-02</i>	11,52	11,41	11,15
<i>Ago-02</i>	25,64	25,18	24,78
<i>Sep-02</i>	15,84	15,49	15,04
<i>Promedio</i>	22,17	21,93	21,36

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Fuente: construido por el Tribunal en base a información provista por SERNAC Región Metropolitana y V Región.

Al respecto, cabe señalar que si bien no existe información cuantitativa concreta en el expediente, la prueba rendida por varios testigos indica que una razón que explicaría dicha diferencia de márgenes, sería la discrepancia en el volumen de ventas entre las estaciones de una y otra región. El propio dictamen de la Comisión Preventiva que rola de fojas 472 a 479 señala que los servicentros de la V Región venden, como promedio anual, un 35% menos que los situados en la Región Metropolitana.

Sin embargo, la sola diferencia de volúmenes de venta parece insuficiente, en principio, para explicar que los márgenes de la V Región hayan sido sustancialmente más altos que los de la RM. De hecho, varios testigos declararon en el proceso que el mercado de la RM era en esa fecha más competitivo que el de la Región de Valparaíso. En estas condiciones, resulta natural que los márgenes de distribución sean mayores en la V Región, sin que ello requiera de la existencia de colusión tácita o expresa. Las razones por las cuales la intensidad de competencia sería menor en la V Región serán examinadas en el considerando Cuadragésimonoveno.

II.- En cuanto a la existencia de barreras a la entrada.-

Trigesimotercero.- Que, de acuerdo a la presentación de la FNE, existen barreras de entrada al negocio de distribución de combustibles, por lo que es necesario examinar la efectividad de dicho aserto. Las barreras estarían en las etapas anteriores y posteriores a la distribución mayorista, segmentos con los cuales las empresas mayoristas están integradas verticalmente.

Trigesimocuarto.- Que, según la FNE, la primera barrera se produciría en el almacenamiento de combustible. La imposibilidad de construir nuevos estanques en la Región Metropolitana debido a razones legales-ambientales, así como la limitada capacidad de almacenamiento disponible en Emalco para arrendar, harían inviable o muy costosa, la entrada de nuevos distribuidores mayoristas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Sin embargo, en diciembre de 2002 Enap informó a fojas 315 que Emalco ofrece servicios de recepción y almacenamiento de hidrocarburos al público en general, en términos abiertos, transparentes y no discriminatorios. Asimismo, a la fecha tenía contratos vigentes con sus subsidiarias Petrox (18.500 m³) y RPC (80.000 m³), y las empresas Copec (11.500 m³), Texaco Chile S.A. (3.000 m³), Sociedad Distribuidora de Combustibles Punto Blanco S.A. (3.000 m³), Petróleos Trasandinos YPF S.A. (4.000 m³), donde las cifras entre paréntesis indican las capacidades contratadas en metros cúbicos.

A mayor abundamiento, a fojas 406, Emalco informó con fecha 6 de enero de 2003 que su planta en Maipú contaba con cerca de 51 hectáreas de terreno, de las que aproximadamente 10 estaban disponibles. Cada compañía requiere, para la instalación de una isla de carguío, entre 2.500 y 5.000 m². Asimismo indicó que la capacidad de almacenamiento en su planta Maipú era de 176.300 metros cúbicos, de los cuales 55.800 estaban disponibles a esa fecha, tal como se muestra en el cuadro N° 4.

Según lo informado por Esso a fojas 106, esta empresa disponía en la RM de una capacidad propia de almacenamiento de 23.336 metros cúbicos útiles, mientras que Shell y Copec tenían, en conjunto, 55.350 metros cúbicos útiles. Por su parte Copec, en su presentación de fecha 1° de abril, de fojas 441, señala que cuenta con una capacidad de 36.900 metros cúbicos, la que le permite abastecer el 50% del mercado de la Región Metropolitana. Es decir, un potencial entrante podría disponer en Emalco del doble de almacenamiento que actualmente tiene Esso o el equivalente a lo que hoy poseen Shell y Copec conjuntamente.

Cuadro N°4

Capacidad de almacenamiento de Emalco a diciembre de 2003 (m³)					
<i>Productos</i>	<i>Gasolina 93</i>	<i>Gasolina 97</i>	<i>Kerosene</i>	<i>K. Aviación</i>	<i>P. Diesel</i>

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Capacidad Instalada	37.400	26.700	18.700	37.400	56.100
Capacidad Contratada	22.500	14.000	14.000	18.500	51.500
Capacidad Disponible	14.900	12.700	4.700	18.900	4.600

Fuente: Informe de Emalco.

Es importante señalar que los precios cobrados por Emalco serían convenientes para los eventuales demandantes. De acuerdo a lo sostenido por Copec a fojas 230, información no controvertida en autos, el costo que tendría construir una planta en Maipú similar a la del Sr. Capdevilla, con 4 estanques de 1.000 m³ cada uno, dando cumplimiento a las exigencias de seguridad que corresponden, debiera demandar una inversión no menor a las 125.000 UF. La alternativa de un contrato con Emalco por las mismas capacidades, por 10 años, significaría gastos que en valor presente no superan el 50% de dicha cifra (alrededor de 30.000 UF).

Trigesimoquinto.- Que, en atención a lo indicado precedentemente, no parece necesario que este Tribunal adopte medida alguna que conduzca a revisar regulaciones vigentes contenidas en el Plan Regulador Metropolitano, sobre requisitos para la instalación de nuevos centros de acopio de combustibles líquidos, como lo solicita la requirente de autos.

Trigesimosexto.- Por otra parte, este Tribunal estima asimismo que no se justifica ni jurídica ni económicamente la solicitud de la requirente en orden a establecer, por parte de este Tribunal, “regulaciones que reduzcan el control que, sobre la Empresa Emalco, en Maipú, ejercen las grandes distribuidoras de combustible...” (fojas 39).

Trigesimoséptimo.- Que, en opinión de la FNE, la segunda barrera de entrada al negocio de distribución de combustibles estaría en el transporte. Según la requirente, la participación de las denunciadas en la propiedad de Sonacol dificultaría la competencia en la industria, dado que los oleoductos serían una instalación esencial, lo que, en opinión de este sentenciador es, a lo menos discutible, habida cuenta de que existen alternativas como la de los camiones para el transporte del combustible. Sin perjuicio de lo anterior, si

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

bien Sonacol tendría una política de acceso abierto y precios no discriminatorios, una tarifa muy alta implicaría elevados costos para un entrante, el que a diferencia de las empresas de distribución que participan en la propiedad de esa compañía, no se beneficiaría con las elevadas utilidades del oleoducto.

De cualquier forma, Sonacol no fue parte en esta causa y en el expediente no existe antecedente alguno que permita afirmar que las tarifas de dicha compañía no reflejen costos o sean abusivas, ni tampoco que permita sostener lo contrario.

A mayor abundamiento, como se dijo recién, el poder de mercado de Sonacol se vería limitado por la posibilidad de transportar combustible en camiones. Según la presentación de YPF que rola a fojas 325 y siguientes, el costo de transportar combustible desde Quintero-Concón hasta Maipú es de US\$ 5 por metro cúbico por el oleoducto y de US \$5,3 en camiones. No obstante lo anterior, tomando en consideración que los oleoductos son un activo de gran importancia económica en esta industria, que es posible que las tarifas del transporte ofrecida por Sonacol estén más determinada por las tarifas de transportes alternativos que por sus costos y con el fin de dar seguridad a potenciales nuevos entrantes, sería deseable consignar en los estatutos de esa compañía un régimen de acceso abierto.

Trigesimooctavo: Que, no obstante lo anterior, este Tribunal estima que, para promover la libre competencia en el mercado de distribución de combustibles líquidos, bajo análisis, es muy importante garantizar que los agentes económicos tengan la información suficiente sobre la actividad y rentas de Sonacol, a fin de poder verificar sí, a través de la obtención de rentas sobrenormales de dicha Compañía, las empresas requeridas que son sus socias (Compañía de Petróleos de Chile S.A., Esso Chile Petrolera Ltda., Shell Chile S.A.), están o no efectuando cobros excesivos a terceros, los que, de existir, podrían constituirse en barreras a la entrada de nuevos competidores al mercado. Por ello se recomendará a dichas empresas que, en su calidad de accionistas de la sociedad anónima cerrada Sonacol S.A.,

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

promuevan la transformación de esta compañía, en el mediano plazo, en una sociedad anónima abierta o sujeta a las normas de las abiertas.

Trigesimonoveno: Que, adicionalmente, este Tribunal no divisa qué razón pueda tener el legislador para, discriminando en forma arbitraria en favor de la empresa estatal Enap, dar a ésta la facultad de obtener la constitución de servidumbres legales para la instalación de oleoductos, lo que es prohibido a las empresas privadas que compiten con ella. Ello a juicio de este Tribunal implicaría imponer barreras artificiales, de tipo legal, a esta actividad económica, lo que asimismo podría aumentar las posibilidades de comportamientos anticompetitivos por parte de las empresas que participan en el mercado de la distribución de combustibles líquidos y son, a su vez, accionistas de Sonacol. Por lo anterior, este Tribunal, a través del señor Ministro de Minería propondrá al Supremo Gobierno el patrocinio de un proyecto de ley que permita a los particulares constituir servidumbres legales para la instalación de nuevos oleoductos.

III.- En lo concerniente a la integración vertical entre distribución minorista y mayorista.-

Cuadragésimo.- Desde principios de la década de los 80 la integración vertical entre la distribución mayorista y minorista ha aumentado considerablemente en el mercado bajo análisis. Existen distintos enfoques respecto a qué constituye integración vertical, pero desde el punto de vista del análisis que sigue lo relevante es la libertad de las estaciones de servicio para cambiar de proveedor mayorista. De acuerdo al requerimiento del señor Fiscal Nacional Económico, en el año 2001 más del 90% de las estaciones de servicio de la Región Metropolitana estaban integradas verticalmente. Por ello, vale la pena preguntarse a qué se debe esta tendencia a la integración vertical entre distribución minorista y mayorista.

Cuadragésimoprimer.- Que las requeridas esgrimen diversas razones para explicar dicha integración vertical. Un primer grupo de explicaciones tienen que ver con aumentos en la eficiencia, los que en definitiva

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

beneficiarían a los consumidores. El informe económico que rola a fojas 341 y que fue acompañado a los autos por Esso, mediante presentación de fojas 391, señala que, dada la imposibilidad de establecer un contrato que permita alinear los intereses del distribuidor mayorista con los del minorista, se puede llegar a un resultado más eficiente por la vía de la integración vertical. En particular, se señala en el informe en comento que la integración vertical evitaría la doble marginalización y permitiría al mayorista controlar el esfuerzo del minorista, de modo que este último brinde un servicio de buena calidad a los clientes finales. Asimismo, se hace referencia a distintos estudios empíricos para otros países, principalmente EE.UU., que muestran que la integración vertical reduce los precios a los consumidores finales, pero no se entregan antecedentes respecto de Chile.

Cuadragesimosegundo.- Que los argumentos reseñados en el considerando anterior son válidos en el caso de los comisionistas, pero pierden fuerza en el de los consignatarios que operan por cuenta propia estaciones de servicio que son propiedad de los mayoristas. De acuerdo al requerimiento de la FNE, un 40% de las estaciones de servicio de la Región Metropolitana tendrían esta última calidad. En todo caso, la integración vertical podría reducir los costos de transacción. Las estaciones de servicio están siendo constantemente remodeladas con el fin de dar una mejor atención, y debe ser difícil establecer de antemano cuáles son las futuras mejoras que deba llevar a cabo el minorista que tiene un contrato de suministro con un mayorista.

Cuadragesimotercero.- Que dos de las requeridas señalan que la integración vertical se debe a que la fuerte competencia que existe en distribución minorista haría poco viable la existencia de minoristas independientes. De acuerdo a la presentación de Shell que rola a fojas 271 y siguientes el margen distribuidor minorista, medido en dólares por litro, es una fracción del que se observa en otros países de Latinoamérica. Sin embargo, no resulta lógico argumentar que un exceso de competencia haga que una actividad económica no sea viable. Tampoco resulta racional que sea el elevado costo de instalar una estación de servicio lo que impida la

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

existencia de minoristas independientes, pues se estaría argumentando que el monto de la inversión necesaria se ha constituido en una barrera de entrada.

Cuadragésimocuarto.- No obstante lo anterior, a juicio de este Tribunal, pueden haber razones que determinen que sea más rentable que las estaciones de servicio estén en manos de las propias distribuidoras mayoristas. Una de ellas sería que el costo de capital de una empresa grande puede ser menor al de una empresa de menor tamaño. Pero parece más probable que la baja rentabilidad de la distribución minorista se deba al rol que desempeñan las estaciones de servicio administradas por las propias empresas mayoristas, las que podrían actuar como reguladoras de precios a público. En ese caso, la baja rentabilidad de la distribución minorista sería el resultado de las propias políticas de las empresas mayoristas.

Cuadragésimoquinto.- Que, cualquiera sea la razón que explique la integración vertical entre distribución minorista y mayorista, es claro que ésta ha crecido y, en conjunto con las barreras a la entrada que se analizarán más adelante, pueden constituirse en una amenaza a la libre competencia, por lo que se instruirá a la FNE a fin de que supervigile el desenvolvimiento de las relaciones comerciales entre mayoristas y minoristas.

Cuadragésimosexto.- Que, en primer lugar, la integración vertical podría facilitar los acuerdos colusivos, sean estos tácitos o expresos, pues facilita la coordinación de precios a público, que son los únicos observados por todas las empresas. Es cierto que ello no sería coherente con la presencia de consignatarios, salvo si se estimase que las estaciones de servicio que las distribuidoras manejan directamente por medio de filiales, son capaces de determinar los precios finales. En segundo lugar, la integración vertical podría constituirse en una barrera de entrada al negocio de distribución en la medida que por restricciones ambientales, así como por la eventual oposición de los vecinos, existiese dificultad para instalar nuevas estaciones de servicio. El requerimiento del Fiscal Nacional Económico advierte esta posibilidad pero no entrega evidencia al respecto.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Cuadragésimoséptimo.- Que entre los años 1998 y 2003 CONAMA aprobó la declaración de impacto ambiental (DIA) para la instalación de 43 nuevas estaciones de servicio en la Región Metropolitana (y la modificación de otras 12). La cifra anterior representa un 9,6% de las 450 estaciones de servicio que existían en el año 2003, de acuerdo a la información proporcionada por YPF. El número de nuevas estaciones de servicio puede parecer reducido. Sin embargo, en el mismo período las ventas de combustible en la RM cayeron en 5,6% (medidas en metros cúbicos), por lo que el bajo número de nuevas instalaciones se podría explicar por esta razón.

Cuadragésimoctavo.- Que el ingreso de YPF a la industria mayorista podría verse como una prueba que no existen barreras de entrada. Un análisis más cuidadoso obliga a calificar dicha aseveración. De acuerdo con la información acompañada por la compañía en el numeral séptimo de su presentación de fojas 832, YPF ingresó al negocio a través de la compra de distribuidoras existentes (Gaspeza, Texaco y Apex). De las 190 estaciones de servicio que disponía en el 2004, sólo 68 fueron construidas por ellos (probablemente en áreas de expansión de la ciudad), 78 provenían de las distribuidoras que adquirieron y 10 eran minoristas independientes. Ello además muestra la importancia que tuvo la existencia de minoristas independientes para la expansión de YPF.

Cuadragésimonoveno.- Que por otro lado, como consta en autos, en las comunas de Santiago, así como en las de Valparaíso y Viña del Mar, existen zonas donde está prohibida la instalación de nuevos servicentros, las que normalmente corresponden a las de mayor atractivo comercial. Ello constituye una barrera a la entrada, aunque su relevancia no ha sido determinada.

Aún si no existiesen barreras a la entrada, la integración vertical tiene el efecto de alargar el tiempo que demora la entrada de un nuevo competidor y, consecuentemente, aumentar la posibilidad de que el precio se sitúe por sobre el costo medio de largo plazo. Y se podría formular la hipótesis que ello disminuye la intensidad de la competencia. En efecto, cuánto más demore la entrada de un nuevo competidor más incentivos existirán para competir en

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

forma menos agresiva, pues los beneficios de altos precios perdurarán por un tiempo mayor.

Los antecedentes contenidos en autos indican que en la V Región la intensidad de competencia es menor que en la Región Metropolitana, lo que se traduce en un margen bruto sustancialmente mayor. Ello a su vez incentiva la instalación de nuevas estaciones de servicio, lo que explica que en la V Región haya, de acuerdo al informe de la Fiscalía Nacional Económica, más estaciones de servicio que en la Región Metropolitana en proporción con las ventas de combustible. Una posible explicación para la menor intensidad de competencia en la V Región es que en ella no existe una empresa como Emalco que arriende capacidad de almacenamiento. Por cierto una empresa podría operar desde Maipú, pero no sólo compraría el combustible a un precio mayor, sino que además debería pagar el costo de transporte.

Pero lo más relevante es, a juicio de este Tribunal, la dificultad para instalar nuevas estaciones en Valparaíso y Viña del Mar en las zonas con mayor atractivo comercial. Por ejemplo, YPF en su escrito que rola de fojas 531 a 561 trata sobre las dificultades para instalar nuevas estaciones de servicio en la V Región debido a las restricciones municipales, y señala: "...de hecho YPF no ha podido crecer en determinadas áreas -en Viña, por ejemplo, como ya señalamos- a consecuencia de prohibiciones en los planos reguladores y, sólo ha podido instalar nuevos puntos de venta conquistando concesionarios de estaciones de servicio de otras marcas". La dificultad para instalar estaciones de servicio en áreas con mayor atractivo, constituiría una barrera de entrada, pues los entrantes sólo podrían instalar estaciones de servicio en lugares con menor atractivo comercial. Esta situación disminuiría la intensidad de competencia, lo que a su vez permitiría aumentar los márgenes, incentivando la instalación de estaciones de servicio en áreas no restringidas.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Y TENIENDO PRESENTE, lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley N° 19.911, en los artículos 1º, 2º, 3º, 18º, 22º, inciso final y 26º del texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211, publicado en el Diario Oficial con fecha 7 de marzo de 2005, y en el artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, se **RESUELVE**:

En cuanto a las tachas interpuestas:

Que se rechazan las tachas interpuestas a fojas 911 por Esso Chile Petrolera Ltda. y por Compañía de Petróleos de Chile S.A., respecto del testigo señor José Luis Capdevilla.

Que se acogen la tachas formuladas a fojas 921, 931 y 1047, respectivamente, por la parte de la Fiscalía Nacional Económica, respecto de los testigos señores Juan Pablo Novoa Carvajal, Gregorio Muñoz Domínguez y Juan Pablo del Campo Mesa.

Que se rechazan las inhabilidades opuestas a fojas 948, 1008, 1049 y 1117, respectivamente, por la parte de la Fiscalía Nacional Económica, en contra de los testigos señores Diego Barros Melet, Iván Tagle Metzdorff, Christian Hughes Fernández y Cristian Pasche Scherer.

En cuanto a la objeción de documentos:

Que se rechazan las objeciones de instrumentos planteadas 1) por la parte de la Fiscalía Nacional Económica a fojas 831 y siguientes; 2) por la parte de Petróleos Transandinos YPF S.A. a fojas 691 y siguientes, y a fojas 1020 y siguientes; 3) por Esso Chile Petrolera Ltda. a fojas 692 y siguientes, y a

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

fojas 1024 y siguientes; 4) por Compañía de Petróleos de Chile S.A. a fojas 700 y siguientes, y 5) por Shell Chile S.A. a fojas 695.

En cuanto al fondo:

Primero: Que se acogen los recursos de reclamación de fojas 480, 490, 495 y 531, y se revoca el Dictamen N° 218/1, de la Honorable Comisión Preventiva de la V Región, de fecha 8 de abril de 2003;

Segundo: Que se rechaza el requerimiento interpuesto por la Fiscalía Nacional Económica a fojas 25, en contra de Compañía de Petróleos de Chile S.A., Esso Chile Petrolera Ltda., Shell Chile S.A. y Petróleos Transandinos YPF S.A., salvo en cuanto se disponen las siguientes medidas:

2.1.- Que con el objeto de promover la libre competencia en el mercado de la distribución de combustibles líquidos, se recomienda a las sociedades Compañía de Petróleos de Chile S.A., Esso Chile Petrolera Ltda. y Shell Chile S.A. que, en su calidad de accionistas de la sociedad anónima cerrada Sonacol S.A., promuevan la transformación de esta compañía, en el mediano plazo, en una sociedad anónima abierta o sujeta a las normas de las abiertas, mediante su inscripción en el Registro de Valores de la Superintendencia de Valores y Seguros, de conformidad con lo previsto en la Ley N° 18.045, sobre el Mercado de Valores;

2.2.- Que se solicita al señor Ministro de Minería proponer al Presidente de la República el patrocinio de un proyecto de ley que permita a los particulares constituir servidumbres legales para la instalación de nuevos oleoductos; y,

2.3.- Que se instruye a la Fiscalía Nacional Económica a fin de que supervigile el desarrollo de las relaciones comerciales entre mayoristas y minoristas en el mercado de la distribución de combustibles líquidos.

REPUBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Notifíquese y archívese en su oportunidad. Oficiese y transcribese al Ministerio de Minería.

Rol C N° 10-04.

Pronunciada por los Ministros señores Jara, Presidente, Sra. Butelmann, Sr. Depolo, Sr. Menchaca y Sr. Serra. No firma el Ministro Sr. Depolo, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, por encontrarse ausente. Autoriza, Jaime Barahona Urzua, Secretario Abogado.