

ANT.: Denuncia contra Gasco S.A. y otros por atentados a la Libre Competencia. Rol N° 2253-13 FNE.

MAT.: Minuta de archivo.

Santiago, **15 ENE 2014**

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
DE : JEFE DIVISIÓN DE INVESTIGACIONES

Por medio de la presente, informo al Sr. Fiscal acerca de la admisibilidad de la denuncia del Antecedente, recomendando su archivo, en virtud de las razones que se exponen a continuación:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 30 de septiembre de 2013, esta Fiscalía Nacional Económica ("FNE" o "Fiscalía") recibió una denuncia ("Denuncia") por eventuales conductas contrarias a la libre competencia, que habrían sido ejecutadas por las siguientes compañías relacionadas (conjuntamente las "Denunciadas"): (i) Gasco S.A. ("Gasco"), respecto de su unidad de negocios Gasco Magallanes ("Gasco Magallanes"); (ii) Autogasco S.A. ("Autogasco"); y, (iii) Transporte e Inversiones Magallanes S.A. ("Movigas")¹. Las conductas en cuestión se referirían a eventuales comportamientos desarrollados por las Denunciadas en la XII Región de Magallanes y la Antártica Chilena ("XII Región"), específicamente en la ciudad de Punta Arenas.

¹ Gasco es una sociedad filial del Grupo CGE, que dentro del territorio nacional se dedica a la distribución de gas licuado y distribución y transporte de gas natural, entre otras actividades; una de sus unidades es Gasco Magallanes, encargada del servicio en la XII Región. Por su parte, Autogasco es una filial de Gasco dedicada a la comercialización y distribución de gas vehicular. Finalmente, Movigas es otra filial de Gasco, quien posee un 85% de su propiedad, y que tiene como giro el transporte público urbano en buses en la ciudad de Punta Arenas. En consecuencia, de conformidad con el artículo 100 de la Ley N° 18.045, todas las Denunciadas constituyen personas jurídicas relacionadas. Por su parte, cabe destacar que el 15% de Movigas pertenece a la sociedad Círculo Ejecutivo Arriendo de Vehículos Ltda., conformada por empresarios no relacionados a Gasco. Fuente: Gasco. Memoria Anual año 2012. Disponible en: <www.svs.cl> [Última visita: 20 de diciembre de 2013].

2. En concreto, la Denuncia indica que las referidas compañías habrían abusado de su posición de dominio en los distintos mercados en los cuales participan, infringiendo con ello el Decreto Ley N° 211 (“DL 211”). Tales abusos se habrían cometido a través de la ejecución de prácticas que tendrían por objeto excluir a los operadores de taxis-colectivos, competidores de Movigas en el segmento de transporte público de pasajeros en la ciudad de Punta Arenas.
3. Según la Denuncia, estas conductas habrían sido posibles gracias a la integración vertical existente entre Gasco, Autogasco y Movigas, circunstancia que habría permitido a esta última: (i) adjudicarse una licitación pública para prestar servicios de transporte de pasajeros en Punta Arenas; y, (ii) mantener una operación con tarifas inferiores a las que los taxis-colectivos estarían en condiciones de cobrar.
4. A este respecto, se explica que Autogasco vendería a Movigas el gas natural comprimido (“GNC”), utilizado como combustible para sus buses, a un precio sustancialmente inferior al precio que ofrecería a los taxis-colectivos, que también lo utilizarían mayoritariamente como combustible. Este subsidio de su proveedor relacionado permitiría a Movigas el cobro de precios sustancialmente inferiores a aquellos que pueden cobrar sus competidores por un servicio de transporte análogo, como es el de taxis-colectivos.
5. Agrega que dicha circunstancia se vería reforzada por el carácter monopólico que Gasco, a través de Gasco Magallanes, poseería *aguas* arriba, específicamente en su calidad de concesionaria en el segmento de distribución de gas de cañería dentro de la XII Región, a través del cual esa compañía proveería de GNC a su filial Autogasco.
6. Finalmente, la Denuncia solicita que la FNE investigue las Bases de la Licitación Pública (“Bases”) denominada: “Otorgamiento de subsidio a la prestación del servicio de conectividad al transporte público rural en la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena” (“Licitación”), de octubre del año 2009, en virtud de la cual la Intendencia de la XII Región

(“Intendencia”) adjudicó el servicio de transporte a Movigas². Lo anterior, desde que, a juicio del Denunciante, las señaladas Bases: (i) habrían contemplado una tarifa máxima para pasajeros excesivamente baja, circunstancia que habría hecho posible únicamente la participación de Movigas en ese proceso, dada la integración vertical descrita *supra*; y, (ii) al incorporar como variable de adjudicación el menor pago de un subsidio, se habría financiado a Movigas, adjudicatario de la Licitación, cerca del 80% de su inversión en flota, actualmente de 61 buses.

II. DESCRIPCIÓN DE LA INDUSTRIA Y ANÁLISIS DEL MERCADO

II.1. Estructura de la industria en la XII Región y regulación del gas natural y del GNC

7. Según se indicó, la Denuncia se refiere a los distintos segmentos que componen la actividad de abastecimiento y comercialización, tanto mayorista como minorista, de GNC en la XII Región³⁻⁴.
8. En Chile, la industria de gas natural (“GN”) se compondría de tres niveles: provisión, distribución mayorista y distribución minorista. En la XII Región, la Empresa Nacional de Petróleo (“ENAP”) actúa en el segmento de provisión. Luego, la distribución mayorista de GN es realizada de manera exclusiva

² En estricto rigor, este servicio de transporte se componía de cuatro itinerarios o sub-servicios que fueron licitados simultáneamente: B, 1, 6 y 8.

³ Este combustible, también es denominado gas natural vehicular (GNV). El concepto de GNV propiamente tal, abarca también el gas licuado de petróleo (propano y butano), que presenta, además de su fuente y cadena logística, algunas características distintivas en relación al GNC (p.ej. mayor rendimiento del estanque). Sin embargo, en atención a que en la XII Región se distribuye y comercializa principalmente gas natural y a que una vez convertido un vehículo a GNC no es posible utilizar gas licuado de petróleo, en lo sucesivo, y salvo indicación en contrario, se utilizará la referencia al GNC únicamente en relación al gas natural. Para mayor información véase, entre otros: <<http://www.consumerenergycenter.org/transportation/afvs/cng.html>> [Última visita: 20 de diciembre de 2013].

⁴ Un mayor detalle se encuentra en el Anexo de esta Minuta.

por Gasco Magallanes, quien a su vez distribuye posteriormente ese GN a nivel minorista mediante una red de cañerías⁵.

9. Considerando que Gasco Magallanes es la única compañía que efectúa la distribución de GN en la XII Región, las tarifas que esa compañía cobra a sus distribuidores minoristas se sometieron a regulación, de conformidad a los criterios fijados en el Decreto con Fuerza de Ley N° 323/1931, que establece la Ley de Servicios de Gas (“LSG”)⁶⁻⁷.
10. Gasco Magallanes distribuye el GN a las empresas que efectúan la distribución minorista de GNC en la XII Región -entre las que se encuentra Autogasco- quienes la realizan a través de estaciones de servicio destinadas al efecto (“EDS”). Estas reciben por red el GN, lo someten al proceso de compresión y lo venden al consumidor bajo un régimen de precios libres⁸.
11. En cuanto a la regulación aplicable al usuario final en la XII Región, los vehículos que usan gasolina pueden incorporar GNC mediante un sistema

⁵ En el año 1981, producto de una licitación pública convocada por ENAP, Gasco Magallanes se adjudicó la red de distribución, las instalaciones y los equipos de esa empresa pública, con el fin de distribuir GN a las tres principales ciudades de la XII Región: Punta Arenas, Puerto Natales y Puerto Porvenir. A la fecha, para efectuar esa distribución, Gasco Magallanes mantiene un contrato de suministro y transporte con ENAP para la provisión de GN por parte de esta última. Este contrato tiene dos años y correspondería a la renovación sucesiva que se ha ido haciendo del contrato original, la última de las cuales se habría realizado el año 2013.

⁶ Véase el artículo 34 de la LSG, en relación al artículo 31 del mismo cuerpo legal.

⁷ En concreto, el precio de venta de Gasco Magallanes a sus clientes está compuesto por el precio de venta de ENAP y un valor agregado de distribución -o VAD- que es fijado cada cuatro años por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, previo informe técnico de la Comisión Nacional de Energía. Adicionalmente, a ese precio de venta de Gasco Magallanes se le debe agregar el impuesto variable de 1,93 Unidades Tributarias Mensuales por cada mil milímetros cúbicos de gas, establecido por la Ley N° 20.265, que se aplica únicamente a las estaciones de distribución minorista de GNC. Al respecto, véase: <<http://www.cne.cl/tarificacion/electricidad/valor-agregado-de-distribucion-vad>> [última visita: 23 de diciembre de 2013].

⁸ En lo esencial, estos precios estarían determinados por el costo del GN, el costo de energía eléctrica -incluyendo aquella necesaria para transformar el GN en GNC- y el impuesto específico establecido en la Ley N° 18.502. Véase, en particular, los incisos 2° y 7° del artículo 2° de dicho cuerpo legal.

de conversión (el denominado *kit* de conversión)⁹, permitiéndoles tener un sistema dual de GNC y bencina. El precio de estos *kits* varían de acuerdo al proveedor, mas, conforme a la evidencia preliminar obtenida por esta Fiscalía, tendría un costo aproximado de \$900.000¹⁰.

II.2. Mercados relevantes

12. La Denuncia se refiere a los eventuales efectos exclusorios que las conductas de las Denunciadas tendrían en el mercado de transporte público de la ciudad de Punta Arenas (mercado *aguas abajo*). Considerando que esas conductas serían ejecutadas en el segmento de la venta de GNC en la referida ciudad (mercado *aguas arriba*), a juicio de esta División, correspondería *a priori* analizar los siguientes mercados relevantes interrelacionados entre sí:

- a. *Un mercado principal*, que consistiría en la comercialización minorista de GNC (*aguas arriba*) al transporte público mayor y menor, a través de EDS ubicadas en la ciudad de Punta Arenas¹¹; y,

⁹ El marco reglamentario que rige este procedimiento se encuentra en el Oficio N° 1829/2000, los Decretos Supremos N° 55/98 y 128/2002 y las Resoluciones 65/2000 y 960/2004, todos del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. Para más detalle, véase: <<http://www.subtrans.gob.cl/subtrans/tresceve/vehiculosgas.php>> [última visita: 23 de diciembre de 2013]. En síntesis, la regulación vigente permite la conversión de aquellos vehículos homologados que funcionen a gasolina o que se encuentren certificados ante el Centro de Control y Certificación Vehicular (3CV), de la Subsecretaría de Transportes, en el marco del proceso de certificación de motores de vehículos livianos comerciales y vehículos medianos adaptados para el uso del GNC. Para estos efectos, el vehículo no puede tener una antigüedad mayor a los siete años. Al respecto, véase: <<http://www.subtrans.gob.cl/subtrans/tresceve/vehiculosgas.php>> [última visita: 23 de diciembre de 2013]: “Por cada configuración de modelo de vehículo-kit de adaptación para el uso de gas aprobado mediante este procedimiento, el 3CV emite un Certificado en el que se señala la configuración con sus principales especificaciones. Dicho certificado tiene validez mientras la configuración no cambie sus especificaciones respecto de la que fue objeto de la certificación”.

¹⁰ Fuente: Informe Rol N° 1472-09 FNE. Asimismo, las principales marcas de automóviles del mercado mundial, tales como Ford, General Motors, Daewoo, Honda, Nissan, Volvo, Chrysler y BMW, entre otras, han desarrollado modelos de vehículos livianos diseñados desde fábrica para operar indistintamente con gasolina o GNC.

¹¹ Desde su perspectiva geográfica, la delimitación del mercado relevante a la ciudad de Punta Arenas es consistente con lo señalado por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Al respecto, véase la Sentencia N° 107/2010. Considerando Trigésimo Primero. En el mismo sentido, véase la Resolución N° 39/2012 del mismo Tribunal, §8.5 y la Resolución N° 696/2003 de la H. Comisión Resolutiva, en su Considerando Cuarto. Considerando que la ciudad de Porvenir se encuentra al otro lado del estrecho de Magallanes, y que ello podría implicar costos adicionales de traslado para los demandantes de servicios de GNC, se estima que la oferta que pudiera existir en esa ciudad no forma parte del mercado geográfico en análisis.

- b. *Un mercado conexo*, que correspondería al transporte urbano de pasajeros en la ciudad de Punta Arenas (*aguas abajo*), sea a través del denominado transporte público *mayor* (Movigas) como *menor* (taxis-colectivos).
13. En lo relativo al mercado *aguas arriba*, se ha estimado que la definición señalada es la más adecuada al presente análisis, a lo menos, en virtud de las siguientes razones:
- a. En primer lugar, porque si bien el diésel y, particularmente, la gasolina podrían constituir sustitutos próximos al GNC, la existencia de una alta volatilidad intrínseca en los precios de esos combustibles -principalmente como consecuencia del mayor dinamismo de sus precios de referencia a nivel internacional- haría que su opción frente al GNC dependa del momento específico en que dicho análisis se realice. Adicionalmente, la regulación aplicable a las restricciones de tránsito de vehículos también sería diferente para el caso del GNC, circunstancia que tendería a incentivar su uso dentro de la XII Región¹². Luego, esa sustituibilidad para los usuarios de vehículos podría estar limitada¹³; y,
- b. En segundo lugar, y de modo más relevante, porque, a juicio de esta División, al tratarse de un enfoque de análisis de mercado más restringido, se estima, *a maiore ad minus*, que de no encontrarse indicios de una infracción al DL 211 por parte de las Denunciadas bajo esta definición de mercado *aguas arriba*, en caso de definirse un mercado más

¹² En efecto, el artículo 9° del Decreto Supremo N° 211/1991, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, excluye de cualquier restricción a la circulación a los vehículos que utilicen GNC en la XII Región.

¹³ En el pasado, la H. Comisión Resolutiva, en el Considerando Sexto de su Resolución N°696/2003, señaló que: “[s]i bien es cierto que el mercado relevante del combustible de gas natural comprende el combustible de gasolina, ya que los vehículos pueden funcionar indistintamente con combustible tradicional y con gas natural comprimido, no lo es menos que la conveniencia de precios en Punta Arenas respecto del m³ de este último, entre \$112 y \$125, contra un promedio del precio del mercado de las gasolinas, de \$451, \$455 y \$459, determinan que no resultan compatibles ambos mercados”. En este mismo sentido, en su informe del Rol N° 1472-09, esta Fiscalía no consideró a las gasolinas como sustitutas del GNC, dadas las significativas diferencias de precios existentes entre ambos productos.

amplio su habilidad de ejercer abusivamente un hipotético poder de mercado sería incluso menor¹⁴.

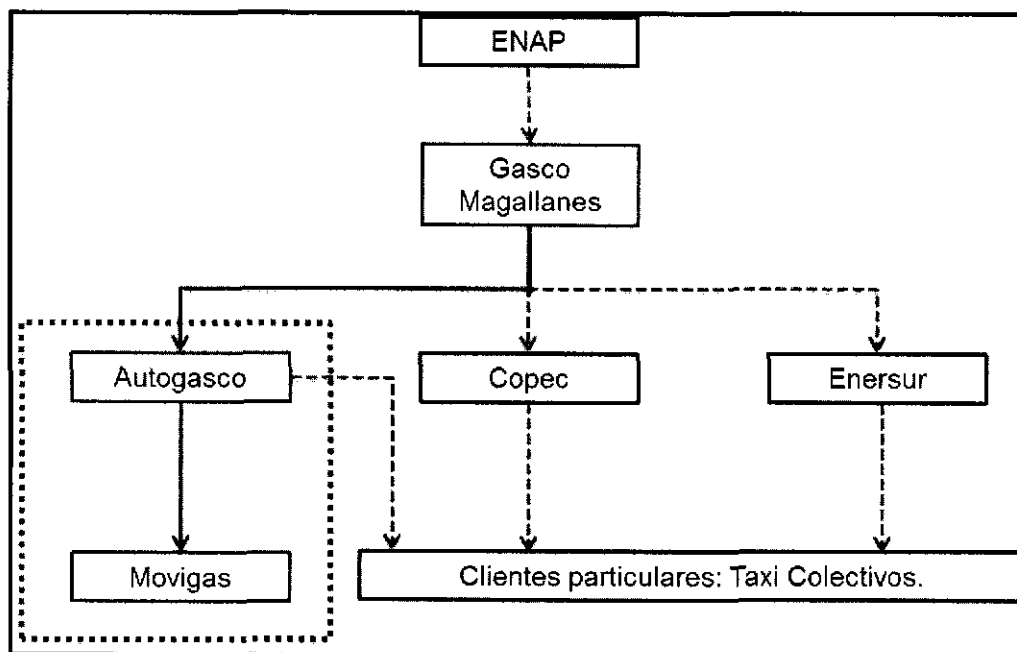
14. Por su parte, la definición del mercado conexo sería consistente con la jurisprudencia del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) para casos vinculados al transporte público de pasajeros al interior de una determinada ciudad. Dicho criterio también ha sido incorporado por esta Fiscalía en el pasado¹⁵. Adicionalmente, se debe considerar que es justamente esta eventual sustituibilidad la que sustenta la Denuncia presentada.
15. Así las cosas, en lo que respecta al mercado principal ubicado *aguas arriba*, en la ciudad de Punta Arenas operan actualmente las siguientes empresas:
 - a. Compañía de Petróleos de Chile S.A. (“**Copec**”), principal firma distribuidora de combustibles de Chile. En Punta Arenas posee cinco EDS, tres de las cuales comercializan GNC.
 - b. Enersur S.A. (“**Enersur**”), empresa de comercialización de combustibles regional, que posee tres EDS en Punta Arenas, una con oferta actual de GNC.
 - c. Autogasco, dedicada a la comercialización de GNC en todo el territorio nacional. En Punta Arenas posee una EDS en la cual comercializa GNC.
16. Todas las empresas que participan en este mercado son a la vez clientes de Gasco Magallanes, único oferente mayorista de GN en este mercado, según se indicó *supra* (sección II.1).

¹⁴ En consecuencia, se estima que para estos efectos no resulta necesario efectuar un análisis detallado de los precios actualmente cobrados en la ciudad de Punta Arenas.

¹⁵ Véase, a modo de ejemplo, la Sentencia N° 94/2010. Considerandos Décimo Quinto a Vigésimo Segundo y el Requerimiento de la FNE, de 12 de diciembre de 2012, en la causa Rol C 244-12; pp.11-13. Sin perjuicio de lo anterior, para que puedan ser definidos como servicios sustituibles por parte de los usuarios, ambos modos de transporte deben, entre otros, hacer recorridos similares o al menos poseer tramos relevantes superpuestos. Dicha materia no se ha analizado en profundidad, por lo que esta definición debe entenderse como preliminar.

17. De este modo, en lo sustancial, esta industria tendría actualmente la estructura descrita en el Gráfico N° 1. En este diagrama, las empresas que son objeto de la Denuncia, son Gasco Magallanes, Autogasco y Movigas.

Gráfico N° 1
Estructura de la industria de GN y GNC en la XII Región



Fuente: Elaboración propia FNE.

18. En cuanto a las participaciones de mercado, según información proporcionada a esta Fiscalía, Autogasco poseería aproximadamente un **[1]** % de participación, similar a la de Enersur. Por su parte, Copec tendría un **[2]** % de participación, siendo en consecuencia el actor principal de este mercado¹⁶.
19. Asimismo, cabe destacar que un **[3]** % del volumen mensual de ventas (m³) de Autogasco correspondería a abastecimiento a taxis-colectivos y vehículos particulares, mientras que el restante sería utilizado en los buses

¹⁶ En el mismo sentido, véase la Resolución N° 34/2011; §8.6.8, en donde el TDLC calificó como importante la participación de Copec en este mercado. Justamente por esta misma razón, la H. Comisión Resolutiva, en su Resolución N° 696/2003, impuso a Copec la obligación de: "[c]onsultar cualquier otra operación que, ejecutada por sí por sus filiales, pudiera, en el futuro, representar un aumento de concentración en el mercado de los combustibles, sea gasolina, diesel o gas natural comprimido, en la XII Región" y, al mismo tiempo, advirtió que: "[l]os órganos de defensa de la competencia se mantendrán atentos a los cambios que experimente el mercado de gas natural comprimido para vehículos, en la XII Región".

de Movigas¹⁷. Esa proporción se desconoce para el caso de Copec y Enersur; sin embargo, considerando que Movigas se atendería prácticamente de modo exclusivo con su relacionada Autogasco, en principio es de esperar que Copec y Enersur dediquen la mayoría de su oferta a abastecer a vehículos menores.

20. Por su parte, en el mercado conexo, se observarían dos tipos de servicios:
- a. *Servicio de transporte público mayor.* El 31 de mayo de 2010, Movigas inició la prestación de este en Punta Arenas, por ser adjudicataria de la Licitación convocada por el Gobierno Regional en el año 2009¹⁸. Según la información disponible, al 31 de diciembre de 2012 Movigas poseía una flota de 61 buses con una capacidad máxima para 50 pasajeros, todos los cuales utilizan GNC como combustible¹⁹.
 - b. *Servicio de transporte público menor (taxis-colectivos).* Hasta antes del ingreso de Movigas, el transporte público de pasajeros era realizado prácticamente en su totalidad por estos. Actualmente operarían alrededor de 552 taxis colectivos, casi todos (98%) utilizando GNC como combustible²⁰.
21. Según la información disponible, la estructura actual de precios en este mercado sería la siguiente:

Tabla N° 1
Tarifas actualmente cobradas en el mercado de transporte público de pasajeros de Punta Arenas

Horario	Movigas	Taxis-colectivos	Diferencia (%)
Diurno	\$260*	\$400	-35%
Nocturno	\$260*	\$500	-48%
Domingos y Festivos	Sin recorridos	\$450	N/A

* Tarifa estudiante: \$90.

Fuente: Denuncia, p.2; Información entregada a FNE; Bases; y, www.movigas.cl.

¹⁷ Del volumen correspondiente a taxis-colectivos y vehículos particulares, las ventas a estos últimos representarían una fracción significativamente menor en comparación a los primeros.

¹⁸ En síntesis, esta Licitación establecía como variable de adjudicación el tipo de flota ofertada (buses nuevos o usados) y, en caso de empate, el menor subsidio fiscal requerido para operar por un lapso de cinco años, extensibles por un año adicional. Véase la sección 3.3.4 de las Bases. Un mayor análisis se encuentra *infra*, en la sección III.2.

¹⁹ Para más detalle véase: <http://www.cge.cl/sectorgas/Paginas/movigas.aspx> [última visita: 20 de diciembre de 2013].

²⁰ Denuncia; p.3.

22. Finalmente, aunque esta Fiscalía no cuenta con información fidedigna acerca de la participación de mercado de Movigas, es posible asumir para estos efectos que la misma se ha ido incrementando en relación a aquella de los taxis-colectivos, considerando la diferencia de precios descrita²¹.

II.3. Condiciones de entrada

23. Respecto del mercado principal, esta División no ha identificado barreras legales relevantes, pues la regulación vigente establece un deber de registro como distribuidor de GNC ante la Superintendencia de Electricidad y Combustibles y el cumplimiento de otras normas técnicas que, en general, son asimilables en cuanto a su exigencia a aquellas vigentes para la distribución de otros combustibles²².
24. En cuanto a las condiciones económicas asociadas a esa entrada, se estima que existirían importantes requisitos de inversiones asociados al ingreso. Sin embargo, según información aportada a esta Fiscalía, el monto de estas dependería principalmente del tipo de EDS que se instale, fluctuando entre los [4] necesarios para instalar una garita pequeña, y los [5] requeridos para construir una EDS completa. Asimismo, actores como la Empresa Nacional de Energía Enx S.A. ("Shell") y Petrobras Chile Distribución Ltda. ("Petrobras"), que cuentan con capacidad instalada en la ciudad de Punta Arenas -una y tres EDS respectivamente- podrían aprovechar tal infraestructura para expandirse hacia este mercado, con una inversión menor en comparación a aquella que ya han realizado originalmente para la operación de sus EDS²³. Finalmente, Copec y Enersur poseen EDS que no comercializan actualmente GNC, pero que pueden expandir su oferta en caso de estimarlo rentable (véase *supra*, sección II.2.).

²¹ De modo consistente, la Denuncia (p.7) hace referencia a una disminución sustancial en la participación de los taxis-colectivos en este mercado.

²² Véanse, al respecto, los incisos 4° y 5° del artículo 2° de la Ley N° 18.502.

²³ Entre los factores que influirían en menores costos para estos actores, se encontrarían, entre otros, las economías de ámbito asociadas al uso de la misma infraestructura y de sus trabajadores, su conocimiento del mercado y, finalmente, el posicionamiento de su marca.

25. En consecuencia, se estima que, en principio, las condiciones de entrada a este mercado no resultarían infranqueables, particularmente para aquellos competidores potenciales que cuentan con algún grado de capacidad instalada en mercados adyacentes.
26. En lo que respecta a las condiciones de ingreso al mercado *aguas abajo*, a juicio de esta Fiscalía se daría una similar situación que aquella descrita en los casos relacionados con el transporte interurbano y rural de pasajeros²⁴. Es decir, no existirían barreras normativas ni costos hundidos relevantes; y, que en ausencia de comportamientos estratégicos de un actor con poder de mercado, el principal factor que podría dificultar una eventual entrada o expansión, además de la eventual ausencia de un subsidio, sería la disponibilidad y costo de los inmuebles destinados al estacionamiento de los buses o de una flota de taxis-colectivos²⁵.
27. Finalmente, cabe señalar que la Licitación no contempló la exclusividad en la provisión de determinados recorridos. De este modo, en principio no existirían restricciones legales, en términos de exclusividad de vías o trazados. Ahora bien, dada la existencia de una tarifa máxima y de un subsidio a la oferta de Movigas, a juicio de esta División, un ingreso al segmento de transporte mayor por un tercero no se estima como probable sino una vez transcurrido el plazo previsto para la operación de Movigas. Adicionalmente, en lo que respecta a los servicios de transporte menor efectuados por taxis-colectivos, esta División no cuenta con evidencia de que existan barreras relevantes al ingreso de nuevos competidores.

III. ANÁLISIS DE LA DENUNCIA

28. De acuerdo a los antecedentes descritos, corresponde determinar si la presente denuncia daría cuenta de hechos, actos o convenciones que

²⁴ Véase, a modo de ejemplo, el Requerimiento de esta Fiscalía ante el TDLC, que dio origen a la causa Rol C-223-11.

²⁵ En este sentido, véase la regulación de los denominados Depósitos de Vehículos (DV), contenida en los artículos 45 bis literal d) y 45 bis B del Decreto Supremo N° 212/92 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

podrían impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o tender a producir dichos efectos, al tenor del artículo 3 del DL 211.

III.1. Posible estrangulamiento de márgenes en el mercado *aguas abajo*²⁶⁻²⁷

29. De conformidad con lo resuelto por el TDLC, una conducta de estrangulamiento de márgenes que infrinja lo dispuesto en el artículo 3° del DL 211 debiera cumplir con un conjunto de requisitos de carácter copulativos²⁸. En términos generales, se estima que algunas de tales exigencias no se darían en la especie:

- a. *Nivel de competencia en el mercado relevante principal*. Según se indicó *supra* (sección II.2), actualmente Autogasco compete con Copec y Enersur en el segmento de distribución minorista de GNC. Más aun, el actor principal en el mercado *aguas arriba* sería Copec, con un número

²⁶ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, 2009, Reporte DAF/COMP (2009) 36; p. 21: "Se dice que surge un estrangulamiento de márgenes, cuando el margen entre el precio al cual el monopolista vende el producto *aguas abajo* y el precio al cual el monopolista vende el insumo 'cuello de botella' a sus rivales es 'demasiado pequeño' para permitir que una firma rival *aguas abajo* compita efectivamente". Traducción libre del original: "A margin squeeze is said to arise when the margin between the price at which the monopolist sells the upstream bottleneck product to its rivals is 'too small' to allow an efficient downstream rival to effectively compete". Al respecto, cabe considerar dos circunstancias adicionales: (i) el estrangulamiento de márgenes podría darse hipotéticamente también de modo indirecto, en el nivel de distribución mayorista dominado por Gasco Magallanes (mercado *aguas arriba*). Sin embargo, dada la regulación de tarifas a la que dicho actor se encuentra afecto, según se indicó *supra* en la sección II.2, este supuesto de exclusión resulta altamente improbable, desde que Copec y Enersur tienen derecho a recibir el GN a idénticos precios que aquellos aplicables a Autogasco; y, (ii) en caso de no acreditarse el estrangulamiento de márgenes, podría existir en cualquier caso una discriminación arbitraria de Autogasco en relación a los titulares de taxis-colectivos. Sin embargo, se estima que, en este caso concreto, los requisitos para acreditar una u otra conducta resultarían similares, lo que no justificaría un análisis separado de este supuesto alternativo.

²⁷ Cabe destacar que, en algunas de sus decisiones relacionadas con la industria de los combustibles -aplicables también a los mercados en análisis- el TDLC ha indicado que la integración vertical entre la distribución mayorista y minorista podría dar lugar a comportamientos exclusorios *aguas abajo*. Al respecto, véanse la Sentencia N° 18/2005, Considerandos Cuadragésimo y siguientes; y, la Resolución N° 34/2011, §8.3.9 y §8.4.4.

²⁸ Sentencia N° 88/2009. Considerandos Nonagésimo Sexto y Centésimo Vigésimo Segundo. En concreto, el TDLC identificó los siguientes requisitos copulativos: (a) que la empresa que la ejecuta esté integrada verticalmente; (b) que ésta posea un poder de mercado *aguas arriba* y opere asimismo en el mercado *aguas abajo*; (c) que el poder de mercado *aguas arriba* se derive de proveer a las empresas *aguas abajo* un insumo esencial; (d) que la conducta en cuestión tenga por finalidad el excluir a uno o más competidores del mercado relevante *aguas abajo*; (e) que, producto de la conducta, se estrangulen los márgenes de las empresas *aguas abajo* que precisan de ese insumo; y, finalmente (f) que no exista una justificación económica suficiente para la conducta, en caso de ser ésta efectiva. En el mismo sentido, véase Comisión Europea. "Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes", 2009. Sin embargo, en este último, se exige adicionalmente el requisito de que exista una *probabilidad de daño al consumidor*.

superior de EDS con oferta de GNC, que incluso podría ampliar. Asimismo, existiría la posibilidad de que Shell, Petrobras, así como otros competidores potenciales puedan ingresar a ese mercado, haciendo improbable que Autogasco cuente con la capacidad para excluir a los operadores de taxis-colectivos, desde que, en caso que Autogasco pretenda el cobro de precios sustancialmente superiores, aquellos contarían con alternativas disponibles para abastecer sus vehículos²⁹.

b. *Ausencia de incentivos exclusorios por parte de Autogasco.* Incluso en un escenario en que cuente con algún grado de poder de mercado, se estima que Autogasco podría carecer de incentivos a ejecutar comportamientos exclusorios en relación a los competidores de su relacionada. Lo anterior, considerando, entre otros, que:

- Aproximadamente un **[6]** % del volumen mensual de ventas de Autogasco estaría vinculado a la comercialización de GNC a taxis-colectivos³⁰; y,
- Al mismo tiempo, la permanencia y/o las condiciones de operación de Movigas dificultarían una estrategia exclusoria. En efecto, en el corto plazo, dicho actor se encuentra sometido a regulación de tarifas, en virtud de lo establecido en las Bases. En el mediano plazo, al término de Licitación durante el bienio 2015-2016, una nueva licitación podría permitir el ingreso de un tercero o, alternativamente, que Movigas deba operar en condiciones económicas distintas de las actuales, producto de la competencia que enfrente durante el proceso licitatorio³¹. Ello haría incierta la rentabilidad de una estrategia exclusoria como la denunciada.

²⁹ Esto haría que una eventual exclusión en el mercado *aguas abajo* requiera, en primer término, que las Denunciadas logren encarecer o impedir la competencia en el nivel de distribución minorista. Sin embargo, en atención a que la LSG obliga a Gasco Magallanes a distribuir el GN en condiciones no discriminatorias a todas las EDS, este escenario resultaría asimismo de difícil concreción. Véase, *supra*, sección II.2.

³⁰ En el mismo sentido, véase la Sentencia N° 124/2012 del TDLC, considerando Trigésimo Quinto.

³¹ Esta situación podría ocurrir, por ejemplo, en caso que Copec, Enersur, Shell y/o Petrobras decidan participar de una eventual licitación futura, replicando así el actual modelo de integración de Autogasco.

- c. *Falta de evidencia respecto de estructura diferenciada de precios.* A mayor abundamiento, esta Fiscalía no pudo obtener antecedentes de que la EDS de Autogasco estuviese comercializando el GNC a tarifas discriminatorias. En cambio, se daría un abastecimiento del tipo *spot* - esto es sin contratos de mediano o largo plazo- y sin que existan descuentos preferentes para Movigas dada su relación de propiedad con Autogasco³².
30. En suma, se estima que no existirían elementos suficientes para concluir que las Denunciadas se encuentran incurriendo en conductas de estrangulamiento de márgenes en perjuicio de los competidores de Movigas.
31. Sin perjuicio de lo señalado, en atención a los criterios fijados por la H. Comisión Resolutiva y el TDLC en relación a esta industria, se estima necesario recomendar a Autogasco que mantenga una política de precios de venta del GNC que sea general, objetiva y no discriminatoria, en términos tales que permita a los taxis-colectivos acceder a idénticos precios y condiciones de compra del GNC que aquellos que Autogasco ofrezca a Movigas.

III.2. Sobre el diseño de las Bases por la Intendencia

32. La revisión de las Bases elaboradas por la Intendencia muestra que, a la época de su dictación, dicha autoridad estimaba que la calidad y condiciones del servicio de transporte público prestado en Punta Arenas resultaban insatisfactorias. Al mismo tiempo, se consideraba que no existían los incentivos adecuados para que potenciales competidores ingresaran a ese mercado, promoviendo así una mejora en este servicio³³.
33. Por lo anterior, la Intendencia diseñó una Licitación que, en lo sustancial, contemplaba la siguiente estructura en sus Bases:

³² Respuesta de Movigas a Oficio Ordinario N° 1405 FNE, de 2013.

³³ Véase, en este sentido, la sección 1.1. de las Bases.

- a. El objeto de la Licitación consistía en la entrega de un subsidio máximo mensual, reajutable, cuyo monto dependía de si el adjudicatario operaba con la totalidad de buses nuevos o con, a lo menos, un bus usado. Así, se buscó incentivar la adquisición de una flota nueva y no adjudicar los servicios de transporte mayor licitados en condiciones de exclusividad³⁴;
 - b. Los factores principales asociados a la prestación del servicio, incluyendo frecuencias, itinerarios y tarifas se encontraban fijados en las mismas Bases³⁵; y,
 - c. En el caso de presentarse más de un oferente, las propuestas se dividían de acuerdo al tipo de buses contenidos en la flota ofertada de cada una de ellas³⁶.
34. Previo al análisis de la eventual disconformidad de estas condiciones con el DL 211, cabe destacar que el TDLC ha señalado reiteradamente que los órganos de la Administración del Estado y demás autoridades deben cautelar que los procesos de licitación no lesionen la libre competencia, independientemente de que tales licitaciones tengan por objeto la adquisición de bienes o servicios por el Estado o que por su intermedio se asignen insumos o derechos a determinados agentes económicos para su posterior explotación comercial³⁷. En este último caso, se ha entendido que dichas autoridades debieran: (i) promover la elección del competidor más eficiente, absteniéndose de restringir la participación de oferentes en igualdad de condiciones y definiendo con claridad el objeto licitado y las obligaciones del adjudicatario; y, (ii) evitar la consolidación de estructuras de mercado que den espacio a comportamientos abusivos por parte de los

³⁴ Sección 1.3. de las Bases.

³⁵ Sección 2 de las Bases.

³⁶ En primer término, se adjudicaría la Licitación a aquel oferente que, dentro de las ofertas que incorporaran exclusivamente buses nuevos, solicitara el menor subsidio. En el caso de no haber propuestas de ese tipo, se utilizaría el mismo procedimiento anterior para aquellos proponentes cuya oferta incluía uno o más buses usados (véase la Sección 3.3.4. de las Bases).

³⁷ A modo de ejemplo, véase la Sentencia N° 132/2013. Considerandos Octavo y Vigésimo. En el mismo sentido, véase la Guía de la FNE. "Sector Público y Libre Competencia", de junio de 2012.

adjudicatarios de la licitación, o que incentiven conductas abusivas por parte de estos³⁸.

35. Adicionalmente, ha señalado el TDLC que aquellas licitaciones que involucren el pago de subsidios a la oferta por parte del Fisco deben:
- a. Tener una justificación económica y una naturaleza excepcional³⁹. Lo anterior, desde que ese tipo de subsidios podría introducir ciertas distorsiones en el precio⁴⁰; y,
 - b. Procurar que por su intermedio no se permita al adjudicatario la prestación de servicios distintos a los previstos en las Bases, con una estructura de costos que no responda a la realidad de tales mercados - al estar distorsionada por el mencionado subsidio-, y sin encontrarse al mismo tiempo sometido a tarifas máximas por tales servicios conexos⁴¹.
36. En ese contexto, a juicio de esta División, un análisis preliminar muestra que las Bases analizadas serían consistentes con las obligaciones que el DL 211 impone a ese tipo de procesos, en virtud de las siguientes razones:
- a. No existe evidencia de que las Bases hubiesen limitado la igualdad de condiciones entre los proponentes de la Licitación. De hecho, una revisión de los antecedentes, muestra que, en general, habría existido un número importante de proponentes⁴²;
 - b. Según los antecedentes de que se dispone, el subsidio otorgado por la Intendencia tendría origen en una política general relacionada con la XII

³⁸ Véase, a modo de ejemplo, las Sentencias N° 37/2006, Considerando Décimo Cuarto; N° 92/2009, Considerandos Trigésimo Tercero y siguientes; N° 105/2010. Considerando Vigésimo; y, N° 121/2012, Considerandos Trigésimo Noveno y siguientes y Centésimo Décimo Sexto.

³⁹ Véase la Sentencia N° 105/2010 y la Proposición N° 13/2011.

⁴⁰ Sentencia N° 105/2010. Considerando Nonagésimo.

⁴¹ Sentencia N° 105/2010. Considerandos Nonagésimo Primero y Nonagésimo Tercero; y, Proposición N° 13/2011.

⁴² Según la información disponible, a la licitación de tres servicios (B, 1 y 8) se presentaron un total de seis proponentes, a excepción de la licitación por el servicio N° 6, en la cual participaron un total de ocho. Véase el portal www.mercadopublico.cl, Licitaciones ID: 764-73-LP09, 764-70-LP09, 764-72-LP09 y 764-71-LP09 [última visita: 2 de enero de 2014].

Región, asociada a su ubicación geográfica lejana y la finalidad de fomentar el uso del transporte público mayor en aquella⁴³; y,

- c. Si bien es cierto que la Denuncia plantea que Movigas habría utilizado su flota para prestar servicios accesorios, denominados *viajes especiales*, no existiría evidencia de que se realicen en condiciones imposibles de replicar⁴⁴.
37. En suma, se estima que esta segunda infracción denunciada tampoco justificaría la solicitud por esta Fiscalía de medidas preventivas, correctivas o sancionatorias ante el TDLC.
38. Sin perjuicio de lo anterior, se estima adecuado recomendar a la Intendencia la adopción de algunas medidas para futuros procesos licitatorios relacionados con el servicio de transporte público mayor en la ciudad de Punta Arenas. En concreto, dicha autoridad debiera: (i) utilizar el esquema de licitaciones basadas en subsidios a la oferta solo en la medida que sus evaluaciones técnicas indiquen que el tipo de servicios requerido lo haga imprescindible (ii) procurar siempre que las Bases garanticen la igualdad de los proponentes y el máximo posible de competencia en dicho proceso; y, (iii) en caso que se utilice la fórmula de una licitación con subsidio a la oferta, evaluar la pertinencia de una prohibición de que el adjudicatario utilice su flota o cualquier otra infraestructura para la prestación de servicios diversos a aquellos estrictamente relacionados con el transporte público de pasajeros en los itinerarios que forman parte de la licitación. Lo anterior, en la medida que ello pueda llevar a distorsiones en mercados adyacentes y disminuya al mismo tiempo el bienestar general.

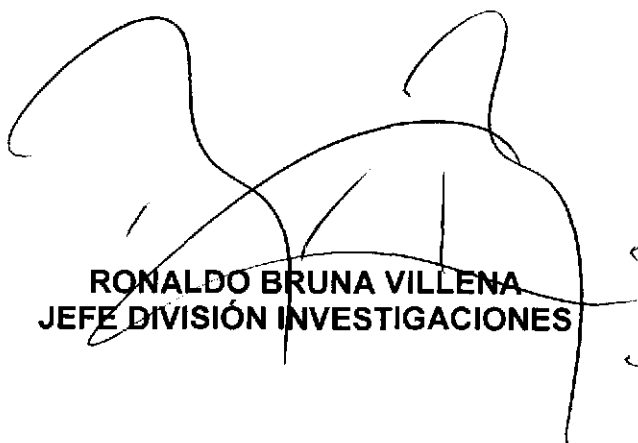
⁴³ En efecto, a modo de ejemplo, mediante la Ley N° 20.696, de septiembre de 2013, se creó un Fondo de Apoyo Regional y se modificó la Ley N° 20.378, sobre Subsidio Nacional al Transporte Público Remunerado de Pasajeros. Concretamente, el nuevo inciso 1° del artículo 5° de la Ley N° 20.378, considera un Programa de Apoyo al Transporte Regional que, entre otras cosas, contempla la posibilidad de: “[s]ubsidios que promuevan el transporte público en las Regiones de Arica y Parinacota, Tarapacá, Aysén, Magallanes y la Antártica Chilena, y las Provincias de Palena y Chiloé, cuando el uso del transporte público mayor sea significativamente menor al resto del país (...)”.

⁴⁴ Denuncia; p.7. En este caso, también se debe considerar que los eventuales competidores de Movigas en los servicios de *viajes especiales* podrían abastecerse de competidores de Autogasco y que, asimismo, dicho mercado no presentaría barreras de entrada relevantes que hagan económicamente racional una estrategia predatoria por parte de Movigas.

IV. CONCLUSIONES

39. Analizados los antecedentes pertinentes esta División estima que las conductas denunciadas, dadas las circunstancias que se describen, no ameritan la realización de diligencias adicionales.
40. No obstante, se estima necesario que este Servicio formule las recomendaciones identificadas *supra* (secciones 31 y 38), con el objeto de prevenir la comisión de conductas que puedan impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o tender a producir dichos efectos en cualquiera de los mercados relevantes involucrados.
41. En virtud de lo anterior, se sugiere archivar la presente denuncia, sin perjuicio de las prevenciones efectuadas en esta Minuta, y del deber de la FNE de fiscalizar este mercado de manera de prevenir la comisión de posibles atentados a la libre competencia, en particular en consideración a lo establecido por la H. Comisión Resolutiva en su Resolución N° 696, de 16 de julio de 2003 y por el TDLC en su Sentencia N° 18/2005.

Saluda atentamente a usted,



RONALDO BRUNA VILLENA
JEFE DIVISIÓN INVESTIGACIONES



MOC

ANEXO

Informe de Inadmisibilidad Rol N° 2253-13 FNE

1. El GN consiste principalmente en metano (CH₄) en estado gaseoso que ha sido comprimido hasta obtener una determinada presión apta para su almacenamiento. Su principal uso es como combustible vehicular, siendo en consecuencia una fuente alternativa a la gasolina o diésel, entre otros⁴⁵.
2. En términos comparativos, el GNC presentaría las siguientes características relevantes:
 - (i) Ahorros por carga de estanque;
 - (ii) Menores costos de mantención de vehículos, dado que funciona a temperaturas más bajas, lo que implica un menor desgaste del motor;
 - (iii) Menores pérdidas por hurto, al ser un combustible gaseoso;
 - (iv) Reducción de externalidades asociadas a la contaminación; y,
 - (v) Mayor seguridad para los usuarios, dado que los vehículos que lo utilizan tendrían un menor riesgo de incendio⁴⁶.

⁴⁵ Al tener una presencia menor en el mercado nacional, incluyendo la XII Región, no se consideran aquellos vehículos de propulsión eléctrica, incluyendo híbridos.

⁴⁶ Véase, Yang, Li *et. al.* "Evaluation of the economics of conversion to compressed natural gas for a municipal bus fleet". *Energy Science and Engineering*, 2013; 1(3): 118–127; y, Gifford, Joshua y Brown, Robert. "Four Economies of Sustainable Automotive Transportation". *Biofuels, Bioproducts, and Biorefining*, 2011; 5(3): 293–304.