

ANT.: Presentación de un particular en contra de ENAP por posible abuso de posición dominante en el mercado del aguarrás. Rol N° 2292-14 FNE.

MAT.: Informe de Archivo.

Santiago, 20 OCT 2015

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
DE : JEFE DIVISIÓN ABUSOS UNILATERALES (S)

Sugiero a usted el archivo de los antecedentes, en base al análisis que se expone a continuación:

I. Antecedentes

1. Con fecha 12 de junio de 2014, un particular¹ hizo una presentación respecto de la política comercial de la Empresa Nacional del Petróleo (“**ENAP**”) en el mercado del aguarrás mineral².
2. En ella se expone que la denunciada manejaría de forma estratégica el precio de paridad de importación (“**PPI**”³) del aguarrás mineral, por medio de la manipulación de las variables de la estructura del mismo, manteniéndolo artificialmente bajo en relación a su valor real, desincentivando así la importación del producto y favoreciendo las

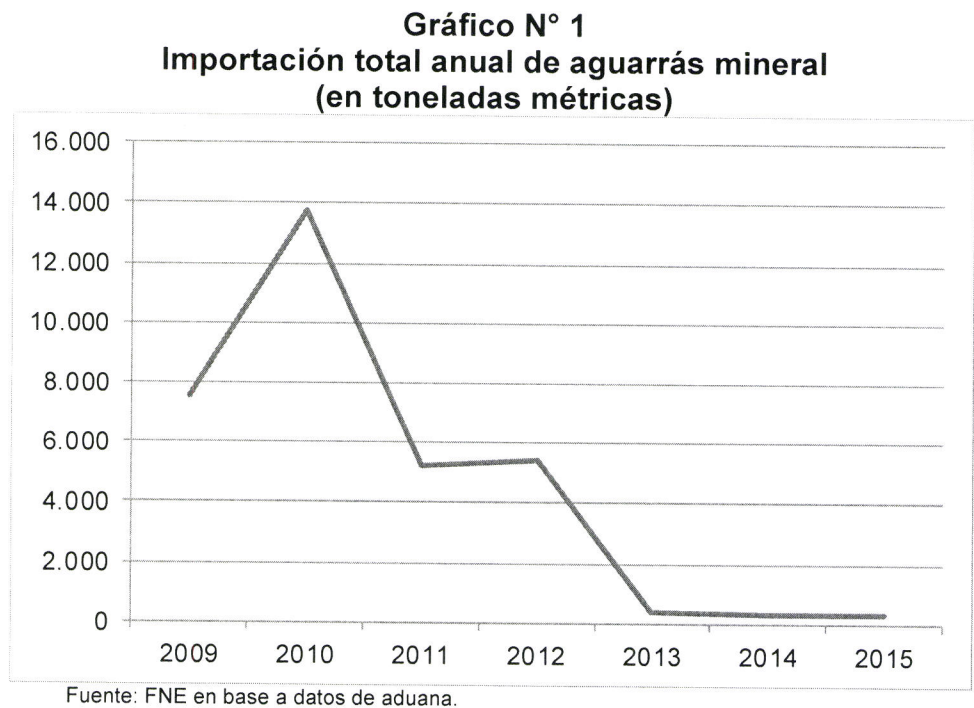
¹ Ver [1] del Anexo Confidencial.

² El aguarrás mineral es un solvente subproducto de la refinación de petróleo que tiene usos en las industrias de pinturas, ceras, lustra muebles, asfalto, resinas y consumo doméstico (diluyente fraccionado en envases de menor tamaño de uno y cinco litros).

³ En términos generales, el precio de paridad se define como el costo alternativo de importar por parte de los agentes locales. Es una aproximación teórica que permite que los precios internos del producto se determinen fundamentalmente por las condiciones vigentes en los mercados internacionales.

operaciones de ENAP, abusando ésta de su posición dominante en él y, eventualmente, restringiendo la libre competencia en este mercado⁴.

3. El Gráfico N° 1 presenta las importaciones de aguarrás mineral, las cuales alcanzaron un máximo el año 2010 declinando luego en forma importante.



II. Mercado relevante

4. El aguarrás es un solvente cuyo origen puede ser vegetal o mineral. En el primer caso, el producto se obtiene de la destilación de la resina del pino, mientras que el segundo, se produce a partir de los derivados del petróleo, como es el kerosene de aviación –jet fuel-.
5. De acuerdo a los antecedentes aportados por el denunciante⁵, el aguarrás vegetal habría sido ampliamente sustituido por el aguarrás mineral, pues no sólo el precio del primero sería superior -entre 2 a 4 veces-, sino que también su aplicación sería limitada y tendría una menor vida útil.

⁴ Ver [2] del Anexo Confidencial.

⁵ Documento confidencial titulado [3] y remitido a esta Fiscalía con fecha 16 de septiembre de 2014.

6. Por otra parte, al ser consultadas las principales empresas importadoras en relación a los sustitutos del aguarrás mineral, éstas únicamente hicieron referencia a los solventes derivados del petróleo.
7. En efecto, señalaron que, en general, cualquier solvente alifático de peso mediano⁶ puede ser utilizado como sustituto del aguarrás mineral, donde las diferencias físico-químicas estarían centradas en el punto de inflamación y en el grado de olor, siendo más costosos los productos desodorizados. Estos solventes, incluido el aguarrás mineral, son conocidos como Espíritus Blancos o *White Spirits* en inglés. El presente informe se referirá indistintamente a todos estos productos como aguarrás mineral.
8. Por otra parte, y en razón a que ENAP participa únicamente en la producción y distribución mayorista del aguarrás mineral, y como parte de su política comercial determina el PPI del aguarrás mineral, el cual constituye un precio referencia para el mercado, el mercado relevante del producto se define como el aprovisionamiento del aguarrás mineral con alcance geográfico a nivel nacional.

III. Características del mercado

9. El aguarrás mineral es producido por ENAP y por Compañía Petrolera Ltda. ("**Compañía Petrolera**" o "**CP**")⁷. En promedio, más del 70% de la demanda interna ha sido abastecida por estas empresas durante el periodo analizado (2009-2013).

⁶ Los solventes alifáticos (mezcla de hidrocarburos) provienen de la destilación de gasolinas o de gasolina natural y se caracterizan por su débil olor y alta velocidad de evaporación. En el caso particular del mercado nacional, las empresas Brenntag Chile Ltda. e Industrias Químicas Reno S.A. han importado un producto denominado Varsol producido por la compañía ExxonMobil.

⁷ Compañía Petrolera Ltda. pertenece al grupo Axxa Corp., y se especializa en la producción, importación y distribución de solventes petroquímicos de uso industrial. Otra empresa del grupo (Recycling) se especializa en el servicio de reciclaje y recuperación de residuos petroquímicos, lo que incluye el transporte, tratamiento y disposición de los mismos. Una tercera empresa (TYL), se especializa en prestar servicios de transporte y logística de este tipo de productos.

Tabla N° 1
Producción e importación anual de Aguarrás Mineral (en %)

[•]

Ver en anexo confidencial [4]

10. Por su parte, las importaciones de aguarrás mineral provinieron principalmente de los Estados Unidos, y tal como se presenta en la Tabla N° 2, éstas alcanzaron un máximo el año 2010 declinando luego en forma importante.

Tabla N° 2
Importación anual de aguarrás mineral según país de adquisición y vía de transporte (en toneladas métricas)

País de adquisición	Carretero								Marítimo							
	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015		2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	
Estados Unidos	-	-	-	-	-	-	-	-	5.065,5	10.132,1	4.934,6	5.167,3	407,4	298,2	311,2	-
Argentina	1.970,1	2.553,7	298,3	239,8	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Otros	1,5	0,1	2,7	1,6	-	0,2	0,2	-	496,0	1.051,1	9,8	0,2	0,9	1,2	0,3	-

Fuente: FNE en base a datos de aduana.

11. Por su parte, la distribución mayorista consiste en la compra de aguarrás mineral a los productores locales y/o la importación directa del mismo, su almacenamiento y transporte para su distribución a granel a distribuidores minoristas y a clientes finales. En este segmento participan entre otras empresas como ENAP, CP, Industrias Químicas Reno S.A. (“**Químicas Reno**”) y Brenntag Chile Ltda. (“**Brenntag Chile**”).

IV. Política de precios de ENAP

12. La actual política de precios de ENAP para la comercialización de productos derivados del petróleo fue implementada el 1 de diciembre de 2009, y contempla básicamente la aplicación de un PPI para compras programadas con un plazo mayor a 45 días, y un precio spot, para compras programadas con un plazo igual o menor a 45 días. Estos precios se aplican a todos sus clientes sin necesidad de contar con contratos vigentes de volúmenes comprometidos. Sin embargo, para aquellos clientes que suscriben contratos, es decir, comprometen volúmenes de compra y

cumplen con la programación de compra de los mismos, ENAP considera la aplicación de descuentos al PPI⁸.

13. Cabe señalar que producto de la presentación realizada por Shell Chile respecto de la política comercial de ENAP con fecha 24 de septiembre de 2010, esta Fiscalía mediante Investigación Rol N° 1777-10, efectuó un extenso análisis sobre los alcances de dicha política en el mercado de los combustibles líquidos, concluyendo que la misma no merecía reproche debido a que permitía una utilización más eficiente de los recursos de ENAP⁹.
14. Respecto del aguarrás mineral ENAP señaló a esta División que, con fecha 5 de mayo de 2011, entró en vigencia la suscripción de contratos para el abastecimiento de aguarrás mineral a clientes, situación que implicó la modificación de la estructura del PPI debido a que la anterior derivaba en mayores precios a los observados en las importaciones. En la Tabla N° 3 se presenta los principales cambios introducidos por ENAP al PPI del aguarrás mineral.

Tabla N° 3
Modificaciones efectuadas por ENAP al PPI del aguarrás mineral
el 5 de mayo de 2011

[•]

Ver en anexo confidencial [5]

15. Cabe señalar que considerando los antecedentes presentados por el denunciante, efectivamente se observa que el PPI calculado por ENAP entre los años 2007 y 2010 se encontraba por encima del precio observado en las importaciones.

⁸ Política comercial de ENAP disponible en: http://www.enap.cl/pag/65/989/politica_comercial. Última visita realizada el 20 de octubre de 2015.

⁹ Informe de archivo con fecha 26 de diciembre de 2013, disponible en: <http://www.fne.gob.cl/defensa-de-la-libre-competencia/investigaciones-de-la-fne/>.

Tabla N° 4
Diferencia entre el PPI de ENAP y el precio real de importación

[•]

Ver en anexo confidencial [6]

16. A continuación, se analizarán cada uno de los componentes del PPI señalados en la denuncia: precio FOB, flete marítimo, mermas y tarifa del terminal marítimo.

IV.1 PPI del aguarrás mineral

IV.1.1 Precio FOB¹⁰

17. ENAP utiliza como precio FOB de referencia el indicador de Platts denominado *White Spirit* Rotterdam. Si bien el denunciante no cuestiona el indicador en sí, afirma que el mismo no refleja el precio efectivamente pagado por los importadores, pues éstos al transar lotes de menor tamaño que los considerados por el indicador, pagarían precios FOB más elevados, recomendando, por lo tanto, que ENAP incorpore un premio para evitar la subestimación del precio FOB de referencia¹¹.
18. Al efectuar la comparación para el periodo comprendido entre mayo de 2011 y diciembre de 2014 entre el promedio mensual del indicador *White Spirit* FOB Rotterdam y el precio FOB promedio ponderado mensual de las importaciones considerando la fecha de conocimiento de orden de embarque en puerto de origen, efectivamente se observan diferencias entre ambos precios, encontrándose que el indicador estuvo en promedio un 8% por debajo.

¹⁰ Por su denominación en inglés *Free on Board*. El precio FOB significa que el vendedor entrega la mercancía "a bordo del buque" establecido por el comprador en el puerto de embarque designado.

¹¹ Ver [7] del Anexo Confidencial.

Gráfico N° 2
Comparación entre el promedio mensual del indicador *White Spirit* FOB Rotterdam y el precio FOB promedio ponderado mensual de importación considerando la fecha de embarque (en US\$/TM)

[•]

Ver en anexo confidencial [8]

19. El indicador *White Spirit* FOB Rotterdam, es un precio spot, que considera un periodo de entrega de entre 3 y 30 días y un volumen que fluctúa entre 500 y 1.000 toneladas métricas¹². Por su parte, entre los años 2011 y 2014, el volumen promedio mensual vendido por ENAP superó las 1.000 toneladas métricas, encontrándose por encima del volumen máximo de aguarrás mineral importado vía marítima desde el puerto de Houston, el cual fue de 435 toneladas métricas. Por lo tanto, en el caso de existir descuentos por volumen, el precio FOB de las importaciones efectivamente debiera ser superior al indicador.
20. En forma adicional, debe considerarse que los principales importadores de aguarrás mineral (Químicas Reno y Brenntag Chile) han señalado a esta División que el producto importado por ellos ha sido el denominado Varsol, producido por la compañía ExxonMobil¹³, el cual tendría un mayor precio debido a que sería un producto de mejor calidad que el aguarrás mineral convencional¹⁴⁻¹⁵.

¹² Al respecto véase: Methodology and Specifications Guide: European Petrochemicals, febrero 2015, disponible en: <http://www.platts.com/IM.Platts.Content/MethodologyReferences/MethodologySpecs/petchemeuropemethodology.pdf> [fecha última visita: 20 de octubre de 2015].

¹³ "Los solventes Varsol tienen la ventaja de contar con intervalos estrechos y controlados de ebullición en comparación con la amplia gama de productos destilados del kerosene. Además no contienen cantidades significativas de compuestos de azufre. Esto lleva a una consistencia mejorada de la calidad en relación a los productos de kerosene para la predictibilidad en los procesos operativos".

Traducción libre del texto disponible en: <http://www.exxonmobilchemical.com/Chem-English/brands/hydrocarbon-oxygenated-fluids-products-varsol.aspx?ln=productservices> [fecha última visita: 20 de octubre de 2015].

¹⁴ Brenntag en respuesta reservada de fecha 23 de octubre de 2014 indicó que importaba el producto denominado Varsol. Por otra parte, en respuesta reservada de fecha 28 de noviembre de 2014 señaló en relación al costo del Varsol lo siguiente: [9]

¹⁵ El señor Claudio Carvajal P. Gerente Regional de Abastecimiento y Minería de Brenntag Chile Ltda. señaló a esta Fiscalía con fecha 18 de marzo de 2015: [10]

21. Por lo tanto, la importación del producto Varsol, producto de mejor calidad y por ende de mayor costo que el aguarrás mineral convencional, podría explicar la diferencia observada entre el indicador *White Spirit* FOB Rotterdam –precio de referencia de ENAP- y los precios FOB efectivamente pagados por los importadores. Por otra parte, si este no fuera el caso, se debe considerar por un lado que el PPI es un costo teórico de importación cuyo valor se aproxima al costo efectivo de las importaciones cuando éstas son relevantes, y por otro, que los volúmenes que toma el indicador *White Spirit* FOB Rotterdam podrían ser importados y colocados por ENAP en el mercado interno, por lo cual, la consideración del indicador *White Spirit* FOB Rotterdam publicado por Platts sin ningún tipo de ajuste, a juicio de esta División sería apropiada.

IV.1.2 Flete marítimo

22. Con relación al flete marítimo para la ruta Rotterdam-Quintero, el denunciante ha señalado que el valor real del mismo sería superior al establecido por ENAP.
23. ENAP indicó que el cálculo del flete marítimo se efectuó en base a información de los valores de transporte de las importaciones de aguarrás mineral efectivamente observadas provenientes de Houston hasta los puertos de San Antonio, Valparaíso y Quintero, ajustando dichos valores por la diferencia de las tarifas de *Worldscale*¹⁶ entre los puertos Rotterdam-Quintero y Houston-Quintero.
24. En base a la información de cotizaciones *Worldscale* remitida a esta División por ENAP¹⁷, se observa que para los años 2011 y 2013 aplicó correctamente los factores de ajuste, sin embargo, para el año 2012 se observa una cotización un 2% superior al factor utilizado por ENAP. En relación al factor de ajuste aplicado al año 2014, ENAP señaló que repitió el

¹⁶ *Worldscale* es la tarifa nominal de fletes que sirve de referencia para comparar los costos del transporte internacional de petróleo y es publicada en forma regular por una asociación de agentes fletadores e intermediarios marítimos. Se accede al servicio mediante el pago de una suscripción. Para mayor información ver: <https://www.worldscale.co.uk/> [fecha última visita: 20 de octubre de 2015].

¹⁷ Respuesta confidencial a Ord. N° 0554 con fecha 12 de mayo de 2015.

valor del año 2013 debido a la falta de disponibilidad de cotizaciones al momento de la firma de los contratos. En opinión de esta División la fecha de la firma del contrato no constituye argumento suficiente para no actualizar el factor de ajuste del flete marítimo, más aún cuando los contratos del año 2014 contemplaban una revisión periódica del flete marítimo.

25. Por último, el año 2015 ENAP modificó la ruta del flete marítimo considerando el trayecto Houston-Quintero en lugar del tramo Rotterdam-Quintero.
26. Sobre el cálculo del flete marítimo efectuado por ENAP debe tomarse en cuenta la recomendación hecha por SCG Consultoría a la Comisión Nacional de Energía ("**CNE**") en informe efectuado sobre la revisión de la metodología para la determinación de los precios de paridad de los combustibles derivados del petróleo¹⁸, y en el cual se señala en su versión pública que: *"el cálculo del transporte marítimo se simula desde un puerto de origen del indicador de precio escogido, hasta Quintero"*. Se desprende además del informe, que dicho cálculo debe realizarse con información de mercado del producto en análisis, caso contrario, es decir, de no existir indicadores que reflejen de forma representativa los valores de flete, se debiera calcular el mismo mediante un procedimiento de simulación del costo del viaje en modalidad de arriendo por tiempo de la nave desde el puerto de origen al de destino.
27. Esto implica, que dado que el puerto de origen del indicador del precio FOB que utiliza ENAP es Rotterdam, el cálculo del flete debe efectuarse desde dicho puerto hasta el de Quintero.
28. Una solución alternativa, podría consistir en la modificación del puerto de origen del indicador del precio FOB, siempre y cuando el mercado de referencia escogido para dicho indicador, cumpla con los requisitos

¹⁸ El informe de julio de 2013 fue aportado a esta División en su versión pública por la CNE en respuesta a Ord. N° 0317 de fecha 3 de marzo de 2015.

fundamentales de la disposición de excedentes de exportación e información objetiva de precios para la determinación de valores FOB¹⁹.

29. En fin, por medio de carta recibida con fecha 19 de octubre de 2015, ENAP planteó que para los contratos de suministro de aguarrás del año 2016 y para nuevos clientes, se utilizará un marcador que se incorporará a la fórmula de precios, que consistirá, por una parte, en el precio del kerosene de aviación de la Costa del Golfo de los EE.UU. (*Jet Kero 54 USGC Waterborne*), a lo que se le sumará, por otra parte, el diferencial entre el precio del aguarrás en Rotterdam (*White Spirit FOB Rotterdam*) y el kerosene de aviación en el mercado del Noroeste de Europa (*Jet FOB Northwest Europe ("NWE") Cargo*)²⁰.
30. De acuerdo a la revisión efectuada por esta División, los indicadores FOB a ser considerados por ENAP, provienen de mercados que cuentan con liquidez, profundidad y transparencia, condiciones fundamentales para poder usar un mercado como origen del producto en condición FOB para el cálculo de precios de paridad. Además estos indicadores son informados por publicaciones técnicas como Platts²¹, servicio que utiliza ENAP.
31. Así también cabe señalar que el indicador Jet FOB NWE Cargo, en términos de volumen, es comparable al indicador FOB de la Costa del Golfo

¹⁹ Características establecidas en el informe: "Revisión de Metodología de Determinación de Precio de Paridad de Combustibles Derivados del Petróleo". Elaborado por SCG Consultoría para la CNE en julio de 2013 y aportado por esta institución en su versión pública en respuesta a Ord. N° 0317 de fecha 3 de marzo de 2015.

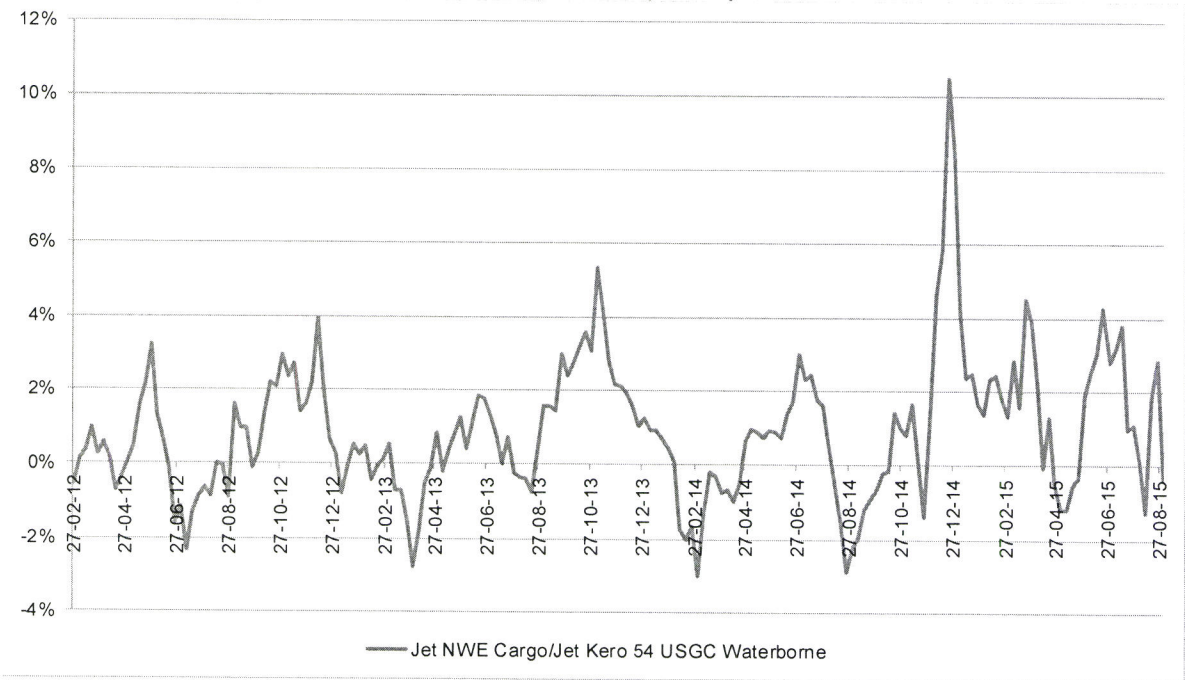
²⁰ Cabe recordar que el aguarrás mineral se obtiene por una destilación fraccionada a partir del kerosene de aviación, es decir, que el kerosene de aviación es la materia prima para producir aguarrás mineral.

²¹ Para mayor información ver: <http://www.platts.com/>. En específico para cada uno de los indicadores:

- Indicador del precio del kerosene de aviación en la Costa del Golfo de los EE. UU. (*Jet Kero 54 USGC Waterborne*): <http://www.platts.com/IM.Platts.Content/MethodologyReferences/MethodologySpecs/Americas-refined-oil-products-methodology.pdf>
- Indicador del precio del kerosene de aviación en el mercado del Noroeste de Europa (*Jet FOB Northwest Europe ("NWE") Cargo*): <http://www.platts.com/IM.Platts.Content/MethodologyReferences/MethodologySpecs/Europe-africa-refined-products-methodology.pdf>
- Indicador del aguarrás mineral en el mercado de Rotterdam (*White Spirit FOB Rotterdam*): <http://www.platts.com/IM.Platts.Content/MethodologyReferences/MethodologySpecs/petchemeuropemethodology.pdf> [fecha última visita: 20 de octubre de 2015].

de los EEUU, denominado Jet Kero 54 USGC Waterborne, lo cual deriva en una baja diferencia de precios entre ambos mercados, en promedio 0,92% para el periodo comprendido entre febrero de 2012 y agosto de 2015, tal como se aprecia en el Gráfico N° 3²².

Gráfico N° 3
Diferencias entre los indicadores Jet NWE Cargo y Jet Kero 54 USGC Waterborne (en %)



Fuente: FNE en base a información reservada entregada por la CNE con fecha 8 de septiembre de 2015.

32. Por último, los indicadores FOB, Jet Kero 54 USGC Waterborne y Jet NWE Cargo, son utilizados por la CNE para la determinación de los precios de paridad de los combustibles derivados del petróleo²³.

²² Cabe señalar que de acuerdo al análisis realizado por esta División, en base a la información reservada entregada por la CNE con fecha 8 de septiembre de 2015, las diferencias que presentan los distintos indicadores de mercados de referencia para el kerosene de aviación no son significativas.

²³ En efecto, señala SCG Consultoría Ltda. en su Informe Final para la CNE sobre la “Revisión de Metodología de Determinación de Precio de Paridad de Combustibles Derivados del Petróleo” en su página 49 lo siguiente: “Actualmente la CNE emplea para el kerosén el indicador de precio: Jet 54 US Gulf Coast waterborne informada por Argus US Products”; en tanto en su página 116 señala: “SCG Consultoría recomienda seguir usando la cotización **JET** referida a embarques en condición FOB, que aparece bajo el título “Northwest Europe”, (...)”. El informe de julio de 2013 fue aportado a esta División en su versión pública por la CNE en respuesta a Ord. N° 0317, de fecha 3 de marzo de 2015.

Cabe señalar que la CNE determina semanalmente los precios de paridad y de referencia de los combustibles, para efectos de la aplicación del Mecanismo de Estabilización de Precios de los Combustibles y el Fondo de Estabilización de Precios del Petróleo y sus respectivas modificaciones.

Para mayor información

IV.1.3 Mermas

33. Las mermas son las pérdidas en volumen (evaporación) experimentadas por los combustibles durante su transporte y almacenamiento.
34. ENAP define un porcentaje de mermas del **[11]** sobre el valor del Costo, Seguro y Flete (“CIF”) para el cálculo del PPI, porcentaje que de acuerdo a lo señalado por el denunciante, no sería representativo del mercado, el cual tendría un valor de **[12]**²⁴, existiendo, por lo tanto, una subestimación del valor de la merma y, por ende, el cálculo de un menor PPI.
35. Los principales importadores de aguarrás mineral señalaron que para el periodo comprendido entre los años 2009 y 2014, las mermas oscilaron entre un **[14]** y un **[15]** del valor CIF. En específico, Químicas Reno señaló que la merma normal (pérdidas y ganancias de producto) alcanza hasta un **[16]**, siendo el promedio un **[17]**²⁵.
36. Por su parte, Brenntag Chile, también indicó un porcentaje de merma del **[19]**, sin embargo, señaló que dicho porcentaje estaba asociado a una rotación promedio del producto de **[20]**, pues se consideraba la totalidad de las pérdidas, es decir, las pérdidas generadas en el transporte marítimo hasta puerto chileno más las pérdidas locales producidas por el almacenamiento del producto hasta su venta final. Así también señaló que ante una mayor rotación del producto, los porcentajes de merma debieran ser menores²⁶.
37. Esto implica que el porcentaje de merma considerado por ENAP no sólo se encontraría dentro de los valores de mercado, sino que también, dada su participación de mercado, superior al de los principales importadores,

ver:<http://www.cne.cl/tarificacion/hidrocarburos/mecanismo-de-estabilizacion-de-precios-de-los-combustibles-mepco/> [fecha última visita: 20 de octubre de 2015].

²⁴ Señala el documento confidencial titulado **[13]**.

²⁵ Respuesta confidencial de Químicas Reno a Ord. N° 0044 de fecha 24 de julio de 2014. A mayor abundamiento, el señor Claudio Gorichón Bengoechea Director Comercial de dicha empresa, señaló el 17 de marzo de 2015 en declaración ante esta Fiscalía, que el porcentaje de merma que la empresa incluía en el precio final era de un **[18]**.

²⁶ En declaración ante esta Fiscalía con fecha 18 de marzo de 2015, el señor Claudio Carvajal P., Gerente Regional de Abastecimiento y Minería de Brenntag Chile, señaló: **[21]**.

tendría una mayor rotación de producto, lo que se traduciría en un menor porcentaje de merma.

IV.1.4 Tarifa del terminal marítimo

38. En relación a la tarifa del terminal marítimo, el denunciante señala que el valor definido por ENAP considera un tiempo de almacenamiento que no correspondería a la realidad puesto que los importadores requerirían de un mayor plazo de almacenamiento en el terminal, por cual, indica que si bien el valor sería correcto, el tiempo de almacenamiento considerado estaría subestimado.
39. De acuerdo a la información aportada por los principales importadores, el tiempo promedio de rotación del aguarrás importado marítimamente desde los Estados Unidos sería de entre **[22]**²⁷. Sin embargo, dada la participación de mercado de ENAP, superior al de los importadores, dicha empresa tendría asociada una mayor rotación de producto y con ello un tiempo menor de almacenamiento en comparación a los importadores.
40. En efecto, entre los años 2011 y 2014 el volumen promedio mensual vendido por ENAP superó las 1.000 toneladas métricas, muy por encima del promedio importado de 150 toneladas métricas. Esto implicaría que ENAP podría vender en el mercado interno dentro del plazo de **[24]** los volúmenes considerados en el indicador *White Spirit* Rotterdam de Platts (500 a 1.000 toneladas métricas), el cual ENAP toma como precio FOB de referencia.
41. Por lo tanto, considerando que el PPI es un costo teórico de importación, cuyo valor se aproxima al costo efectivo de las importaciones cuando estas son relevantes, y que los volúmenes considerados en el indicador *White Spirit* Rotterdam podrían ser colocados internamente por ENAP dentro de **[25]**, el plazo de almacenamiento que considera dicha empresa para el

²⁷ Por ejemplo, Industrias Químicas Reno en respuesta reservada a Oficio Circular Ordinario N° 0044 de fecha 4 de julio de 2014 señala: **[23]**.

cálculo de la tarifa del terminal marítimo, a juicio de esta División sería apropiado.

IV.2 Precio de contrato

42. En primer lugar, cabe señalar que la política comercial de ENAP para los productos derivados del petróleo considera para aquellos clientes “*que suscriben contratos en firme, (...) la aplicación de descuentos al Precio de Paridad, diferenciados por tipo de producto, lugar de entrega y segmento de cliente, para aquellos volúmenes contratados que cumplan con un sistema de programación y vigencia contractual que permitan a ENAP optimizaciones en sus procesos de compra de crudo, refinación, transporte y almacenamiento*”²⁸.
43. Como fue señalado en el párrafo 13, producto de la presentación que realizó Shell Chile respecto de la política comercial de ENAP con fecha 24 de septiembre de 2010, esta Fiscalía mediante investigación Rol N° 1777-10 efectuó un extenso análisis sobre los alcances de dicha política en el mercado de los combustibles líquidos, concluyendo que la misma no merecía reproche debido a que permitía una utilización más eficiente de los recursos de ENAP.
44. En efecto, en la referida investigación, ENAP señaló que estos descuentos derivados de un sistema de programación de compras por parte de sus clientes, se basaban en la existencia de optimizaciones obtenidas en los procesos de compras de crudo, refinación, importación, transporte y almacenamiento de productos refinados, las cuales le permitían alcanzar una serie de eficiencias que se traducían en menores costos, traspasándose dichos ahorros en forma de un descuento a los clientes. Este descuento es denominado por ENAP como “*descuento por programación*”.
45. Al respecto esta Fiscalía concluyó en informe de archivo con fecha 26 de diciembre de 2013, que efectivamente el descuento por programación tenía

²⁸ El subrayado es nuestro. Disponible en: http://www.enap.cl/pag/65/989/politica_comercial

por objeto incentivar a los clientes a respetar la programación elaborada por ellos mismos, donde su cumplimiento permitía a ENAP mejorar la planificación de sus procesos, lo cual derivaba en un aumento de su eficiencia y, por ende, en un menor costo de operación, el cual estaba atribuido precisamente a un “mejor comportamiento” de sus clientes.

46. Así también concluyó que desde el punto de vista de la competencia el descuento no era discriminatorio, pues los clientes al mejorar básicamente su planificación de volúmenes de compra tenían la posibilidad de acceder al mayor nivel de descuento, y que, por lo tanto, al no depender de los volúmenes demandados, no afectaba a los clientes de menor tamaño. A mayor abundamiento, se señaló que este descuento posibilitaba clasificar a los clientes entre buen programador (cumple) y mal programador (no cumple), permitiendo con ello distinguir al cliente que efectivamente generaba el ahorro a ENAP (cumplimiento de la programación) y con ello gatillar la entrega del descuento.
47. Por lo tanto, el descuento por programación efectivamente conllevaba eficiencias y no representaba un descuento que pudiese alterar el nivel de competencia en el mercado de distribución de combustibles líquidos.
48. Ahora bien, en el caso específico del aguarrás mineral se observa que los contratos de abastecimiento incorporaron para los años 2011, 2012 y 2013 un descuento denominado “*ajuste de mercado*”, el cual ENAP aplicaba en forma inmediata al PPI para establecer el precio de contrato. Este ajuste - que se eliminó de los contratos de abastecimiento a partir del año 2014-, se encontraba en función de la [26].
49. Con fecha 12 de mayo de 2015, ENAP indicó a esta División que el descuento denominado ajuste de mercado aplicado en los contratos de aguarrás no era un símil del descuento por programación observado en los contratos de los combustibles líquidos -gasolina, diésel, y kerosenes-, pues los supuestos que justificaban el mismo eran diferentes a los del de programación. No obstante, ENAP no detalló éstos ni tampoco las

justificaciones en costos y/o eficiencias asociadas a la aplicación de dicho descuento.

50. Tal como lo ha señalado H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en la Sentencia 90/2009²⁹, la aplicación de políticas de descuento debe de estar justificada en condiciones generales, uniformes u objetivas o en condiciones de costos, criterios que a juicio de esta División el descuento por programación sí cumple.
51. Sin embargo, atendido que ENAP eliminó el “ajuste de mercado” para los contratos de los años 2014 y 2015, no amerita que se realicen acciones al respecto. Esto no resta que se recomiende a ENAP, que la aplicación futura de descuentos en los contratos de abastecimiento deben de estar debidamente fundamentados en razones de costos y/o eficiencias, pues caso contrario, tienen el potencial de inhibir la competencia.

IV.3 Precio spot

52. El denunciante ha indicado que mediante la aplicación del precio spot ENAP ha buscado forzar a los distribuidores a contratar volúmenes elevados de aguarrás mineral, situación que de acuerdo al denunciante los llevaría a un inminente riesgo de pérdida por la presión de precios que se generaría al liquidar excesos de stock en forma constante.
53. Al respecto, cabe señalar que el precio spot es parte de la política comercial de ENAP, el cual se aplica para aquellas compras programadas con un

²⁹ Dictada con fecha 14 de diciembre de 2009, en procedimiento caratulado “*Requerimiento de la FNE contra la Compañía Chilena de Fósforos S.A.*”. El referido considerando cuestiona la aplicación de descuentos por parte de la requerida con el propósito de impedir el ingreso de nuevos competidores, sin que hubiesen economías de escala o eficiencias que los justificaran ni que fueran otorgados en condiciones generales, uniformes y objetivas: “(...) *habría existido igualmente un propósito de impedir el ingreso de nuevos competidores, toda vez que, en el contexto de mercado ya descrito y habida consideración de la posición dominante de CCF, no consta en autos evidencia de la que sea posible presumir la existencia de economías de escala o de eficiencias que justifiquen este sistema de descuentos, y que expliquen, además, las razones por las cuales se pactó descuentos disímiles para cada distribuidor. Lo anterior, a juicio de este Tribunal, demuestra que CCF confeccionó un “traje a la medida” para cada distribuidor, que sólo encuentra explicación en el propósito de levantar barreras artificiales a la entrada a nuevos competidores y respecto del cual no existe en autos evidencia de que están justificados en condiciones generales, uniformes y objetivas, o en condiciones de costos*”.

plazo menor o igual a 45 días. Como ya fue señalado anteriormente, salvo la observación referente al ajuste de mercado, esta División considera que la política comercial de ENAP no merece reproche, ya que le permite contar con una utilización más eficiente de sus recursos -siempre que ella sea objetiva, transparente y no arbitraria-.

54. En este sentido, esta División considera que el precio spot debe ser efectivamente aplicado a aquellos volúmenes que son solicitados con un plazo menor o igual a 45 días, condición que junto a las otras establecidas en la política comercial de ENAP, deben quedar claramente establecidas en los contratos con sus clientes, asegurando no sólo que las condiciones otorgadas a todos ellos sean claras, transparentes y objetivas, sino también para que las decisiones de abastecimiento de los mismos sean eficientes en cada momento del tiempo.

IV.4 Otros

55. ENAP establece en sus contratos de suministro de aguarrás mineral, al igual que en los de combustibles líquidos, una clausula asociada a la aplicación de descuentos adicionales al precio de contrato que ajusten el precio a factores exógenos de mercado, tales como shocks de oferta o demanda, sobre stocks, entre otros. Sobre este descuento, el denunciante señala que ENAP, además de fijar en forma arbitraria el precio, puede modificarlo en cualquier momento y por cualquier razón que estime conveniente³⁰.
56. En relación a la aplicación de este descuento adicional, esta División consultó a los clientes de aguarrás mineral de ENAP, entre ellos los principales importadores, por los precios de compra de este producto con la indicación adicional de si recibieron descuentos o créditos sobre el precio de contrato para el periodo comprendido entre enero de 2011 y abril de 2015. De los antecedentes recibidos se observa que, para el periodo

³⁰ Según manifiesta en el documento confidencial titulado [27].

analizado, los clientes de aguarrás mineral de ENAP no recibieron descuentos adicionales sobre el precio de contrato.

V. Conclusiones y recomendación

57. Al estudiarse el PPI del aguarrás de ENAP, se observa que el mismo está compuesto de seis elementos: el precio FOB de referencia; el flete; el seguro; los derechos de aduana; las mermas; y, la tarifa de terminal marítimo.
58. De ellos, la denuncia cuestionaba el cálculo de cuatro elementos: el precio FOB de referencia; el flete; las mermas; y, la tarifa de terminal marítimo.
59. En primer lugar, respecto del precio FOB de referencia, la importación del producto Varsol, producto de mejor calidad y por tanto de mayor costo que el aguarrás mineral convencional, podría explicar la diferencia observada entre el indicador *White Spirit* FOB Rotterdam –precio de referencia de ENAP- y los precios FOB efectivamente pagados por los importadores. Por otra parte, si este no fuera el caso, se debe considerar por un lado que el PPI es un costo teórico de importación cuyo valor se aproxima al costo efectivo de las importaciones cuando éstas son relevantes, y por otro, que los volúmenes que toma el indicador *White Spirit* FOB Rotterdam podrían ser importados y colocados por ENAP en el mercado interno, por lo cual, la consideración del precio *White Spirit* FOB Rotterdam publicado por Platts sin ningún tipo de ajuste, a juicio de esta División sería apropiada.
60. En segundo lugar, respecto de las mermas, se observa que el porcentaje considerado por ENAP no sólo se encontraría dentro de los valores utilizados en el mercado, sino que también dada su participación de mercado, superior al de los principales importadores, tendría una mayor rotación de producto, lo que se traduciría en un menor porcentaje de merma.
61. En tercer lugar, respecto de la tarifa terminal marítimo, y considerando nuevamente que el PPI es un costo teórico de importación cuyo valor se aproxima al costo efectivo de las importaciones cuando éstas son

relevantes, y que los volúmenes considerados en el indicador *White Spirit Rotterdam* podrían ser colocados internamente por ENAP dentro de [28], el plazo de almacenamiento que considera dicha empresa para el cálculo de la tarifa del terminal marítimo, a juicio de esta División sería apropiado.

62. Del análisis realizado en base a los antecedentes y diligencias efectuadas con ocasión de esta investigación, esta División puede concluir que ENAP ha venido calculando correctamente los tres componentes expuestos del PPI.
63. Ahora bien, respecto del cuarto elemento cuestionado, el flete marítimo, esta División considera que la solución planteada por ENAP para los contratos de suministro de aguarrás del año 2016, es adecuada en cuanto a que no sólo los indicadores elegidos provienen de mercados líquidos, profundos y transparentes, condiciones fundamentales para el cálculo de los precios de paridad, sino a que también el indicador *Jet FOB NWE Cargo*, en términos de volumen, es comparable al indicador *FOB* de la Costa del Golfo de los EEUU, denominado *Jet Kero 54 USGC Waterborne*, lo cual deriva en una baja diferencia de precios entre ambos mercados, y a que ambos indicadores son considerados por la CNE para la determinación de los precios de paridad de los combustibles derivados del petróleo.
64. Por lo tanto, dada esta modificación el marcador a incorporarse en la fórmula de precios consistirá, por una parte en el precio del kerosene de aviación de la Costa del Golfo de los EE.UU. (*Jet Kero 54 USGC Waterborne*), sumándole por otra parte, el diferencial entre el precio del aguarrás mineral en Rotterdam (*White Spirit FOB Rotterdam*) y el kerosene de aviación del mercado del Noroeste de Europa (*Jet FOB NWE Cargo*).
65. En el caso de que alguno de los indicadores a ser utilizados para la construcción del marcador propuesto dejara a futuro de ser informado por publicaciones técnicas como Platts, ENAP podrá revisar la fórmula de precio con el fin de adecuarla a la nueva situación, teniendo en cuenta, que los indicadores a ser considerados deben provenir de mercados que cumplan con las condiciones de liquidez, transparencia y profundidad. De

igual forma, ENAP podrá revisar la fórmula de paridad de importación con el objeto de ajustarla sólo cuando se modifique el origen de las importaciones, esto debido a que la propuesta del marcador se ha construido considerando como mercado de referencia, la Costa del Golfo de México de los EE.UU., pues éste es el origen de la mayoría de las importaciones de aguarrás mineral para Chile. En nuestra opinión, ambas modificaciones deben ser debidamente informadas por parte de ENAP a esta Fiscalía antes de su aplicación en los contratos de abastecimiento de aguarrás mineral.

66. Por último, se debe señalar a ENAP que su política comercial debe estar claramente expresada en los contratos con sus clientes, y que la aplicación de descuentos debe de estar fundada en criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios, de manera que no se produzcan efectos nocivos para la competencia en el mercado.
67. En consideración a que ENAP se ha comprometido en modificar la forma en que realiza el cálculo del flete marítimo de la manera ya expuesta en los párrafos anteriores, no se amerita en este caso que la Fiscalía ejerza acciones ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sin perjuicio que se continúe fiscalizando que en el futuro las relaciones comerciales de ENAP con sus clientes no deriven en riesgos para la libre competencia en los mercados, por lo que se recomienda al Sr. Fiscal –salvo su mejor parecer- el archivo de los antecedentes.

Saluda atentamente a usted,



GASTÓN PALMUCCI
JEFE DIVISIÓN ABUSOS UNILATERALES (S)



BAY