

ANT.: Denuncia en contra de
Copec por competencia
desleal. Rol N° 2422-17
FNE.

MAT.: Minuta de archivo.

Santiago, 21 JUN. 2017

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
DE : JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS

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

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 03 de febrero de 2017, doña María Magdalena Parra Ávila, en representación de Sociedad Hotelera y Comercial Neuquén S.A. ("**Sociedad Neuquén**"), efectuó una denuncia en contra de Compañía de Petróleos de Chile S.A. ("**Copec**") por competencia desleal, debido al eventual ejercicio abusivo de acciones judiciales, que habrían tenido por objeto sacarla del mercado.
2. Las conductas que la denunciante estima abusivas y constitutivas de competencia desleal son dos: (i) el lanzamiento de la Sociedad Neuquén con auxilio de la fuerza pública de la estación de servicio que operaba; y (ii) la denuncia realizada ante la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC), que derivó en la clausura temporal de la estación de servicio, una vez recuperada.
3. Como consecuencia, la denunciante señala que Copec ha intentado excluirla del mercado de combustibles en la VII Región por medio del ejercicio abusivo de acciones judiciales, infringiendo el artículo 3º, letra c) del Decreto Ley N° 211, relacionado con el artículo 4º, letra g) de la Ley N° 20.169, sobre Competencia Desleal, el cual indica que se entenderá como acto de

competencia desleal “*El ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente de mercado*”.

II. MERCADO RELEVANTE

4. Tal como lo ha señalado esta Fiscalía con anterioridad¹, el mercado relevante del producto objeto de la investigación se encuentra conformado por la comercialización de combustibles líquidos a nivel minorista a través de estaciones de servicio, los cuales son bienes bastante homogéneos entre sí².
5. Desde el punto de vista de la demanda, la gasolina y el diésel no son sustitutos entre sí, toda vez que los vehículos que están diseñados para funcionar con diésel no pueden hacerlo con gasolina y viceversa; por lo tanto, son mercados relevantes distintos. Si bien, en el largo plazo, un aumento en el precio relativo de uno de estos combustibles podría causar que los consumidores cambien hacia aquellos automóviles que utilizan el combustible más económico, la decisión de compra de un vehículo a diésel o a gasolina depende también de otros factores.
6. En cuanto a su dimensión geográfica, se debe tener en cuenta las posibilidades de sustitución que tienen los consumidores para trasladarse desde una estación de servicio hasta otra con el fin de obtener un mejor precio³.
7. En lo relativo a la demanda de gasolinas y de diésel, es posible distinguir entre aquellas estaciones de servicio ubicadas en las ciudades y aquellas

¹ Véase los informes emitidos por esta Fiscalía con ocasión de la consulta de Copec S.A. por su participación en la propiedad de Terpel Colombia, párrafos 62 a 74, y con ocasión de la consulta relativa a la adquisición por parte de Quiñenco S.A. de Terpel, párrafos 25 a 37; y el Informe de Archivo de la investigación Rol N° 1256-08 FNE.

² Los productos que comercializan las distintas estaciones de servicio (gasolinas de 93, 95 y 97 octanos, y petróleo diésel) son bastante similares. En cuanto a las posibles diferencias, ellas se basarían más bien en servicios complementarios a la venta directa del bien, tales como los esfuerzos de venta, promoción y publicidad, pero no en el bien en sí mismo.

³ Respecto al mercado relevante geográfico del sector minorista de distribución de combustibles líquidos, el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha señalado que, “*pese a que los consumidores eventualmente podrían viajar cientos de kilómetros buscando una estación de servicio sustituta, el elevado costo de búsqueda hace razonable pensar en un ámbito geográfico comunal o local para el mercado de distribución a través de estaciones de servicio*”. Resolución N° 39/2012, de 26 de abril de 2012, por Consulta de Organización Terpel Chile relativa a la adquisición por parte de Quiñenco S.A. de los activos de las Sociedades Petróleos Transandinos S.A. y Operaciones y Servicios Terpel Limitada. Considerando 8.5.

que se encuentran en las carreteras y/o autopistas⁴, pues las carreteras y/o autopistas suelen contar con peajes, lo cual genera dentro de ellas una demanda cautiva, desincentivando a los conductores a abandonar la autopista con el único fin de cargar combustible.

8. Para efectos del presente informe, no se delimitará con mayor exactitud el mercado relevante, puesto que, como se verá más adelante, esta División no estima que la conducta denunciada cumpla con los requisitos para considerarla como anticompetitiva.
9. Teniendo en consideración lo anterior, para efectos del presente informe se asumió que el mercado relevante correspondía al de distribución minorista de combustibles líquidos (gasolinas de 93, 95 y 97 octanos, y petróleo diésel) a través de las estaciones de servicio ubicadas a lo largo del de la Ruta 5 Sur en la VII Región,
10. Además de la denunciante, en el tramo anteriormente indicado operan 17 estaciones de servicio⁵. Como se aprecia en el Cuadro N°1, las marcas con mayor presencia son Copec y Shell, ambas con 6 y 8 estaciones a lo largo de este tramo de la autopista, respectivamente. Pero si analizamos el volumen de ventas –tanto de petróleo diésel como de gasolinas– Copec representa la mayor participación de mercado, con **[1]**⁶, seguido por Shell, cuya participación alcanza el **[2]**. El tercer actor de relevancia es Petrobras, con 2 estaciones de servicio y una participación de mercado del **[3]**. El detalle de las ventas puede observarse en el siguiente cuadro:

Cuadro N°1: Estaciones de Servicio (EESS) en la Ruta 5 Sur de la VII Región y sus Ventas en 2016 (PM: Participación de Mercado)

Marca	Número EESS	PM Diesel	PM Bencinas	PM Total
Copec	6	[50-60]%	[60-70]%	[50-60]%
Shell	8	[30-40]%	[20-30]%	[30-40]%
Petrobras	2	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
HN	1	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
TOTAL	17	100%	100%	100%

Fuente: Elaboración Propia con datos de las empresas distribuidoras.
Ver detalle en **[4]** en Anexo confidencial

⁴ Comisión Nacional de Energía (2004) "Informe a petición de la Dirección General de Defensa de la Competencia sobre la Operación de Concentración Económica Consistente en la Toma de Control Exclusivo por Disa Corporación Petrolífera, S.A. de Shell Peninsular, S.L. y Shell Atlántica, S.L." Disponible en: https://www.cnmec.es/sites/default/files/1574433_0.pdf

⁵ Se descarta la participación de la estación de servicio de la denunciante, atendido que durante el año 2016, sólo operó entre los meses de septiembre a noviembre.

⁶ En adelante, **[#]** corresponde a información contenido en el Anexo Confidencial.

III. ANÁLISIS DE LOS HECHOS

11. Preliminarmente, cabe precisar que esta Fiscalía puede conocer de los ilícitos de competencia desleal en los términos establecidos en el artículo 3° letra c) del Decreto Ley N° 211, es decir, cuando sean realizados con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.
12. Respecto de los actos de competencia desleal contemplados en el artículo 4° de la Ley N° 20.169, sobre Competencia Desleal, y conforme al artículo 8° del mismo cuerpo legal, la competencia para conocer de aquellos se encuentra radicada en el juzgado de letras en lo civil del domicilio del demandado o del actor, a elección de este último.
13. En virtud de lo expresado en el artículo 10 de la Ley N° 20.169, sobre Competencia Desleal, esta Fiscalía puede conocer de estos actos de manera excepcional; sólo cuando exista una sentencia firme y ejecutoriada que de por acreditado que han existido uno o más actos de competencia desleal, con el objeto de evaluar la procedencia de requerir al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia la aplicación de una multa a beneficio fiscal.
14. En el presente caso, no existe sentencia emanada de un juzgado de letras en lo civil que haya acreditado la existencia de un acto de competencia desleal, por lo que el análisis de esta denuncia se realizará en atención a lo dispuesto en el artículo 3 letra c) del Decreto Ley N° 211.
15. Las conductas que la denunciante estima abusivas y constitutivas de competencia desleal son dos: (i) el lanzamiento de la Sociedad Neuquén de la estación de servicio que operaba; y (ii) la denuncia realizada ante la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC), que derivó en la clausura temporal de la estación de servicio, una vez recuperada. Adicionalmente, durante la investigación, se tomó conocimiento de una tercera acción iniciada por Copec –acción de desposeimiento–, la que, pese a no ser objeto de la denuncia del Antecedente, será igualmente analizada.
16. La primera acción denunciada es el lanzamiento de la denunciante con fecha 21 de diciembre de 2010, en virtud de un mandamiento de restitución en un

juicio ejecutivo de cobro⁷, que culminó con el cierre de la estación de servicio⁸. Sobre esta conducta ya se había presentado una denuncia anteriormente (Rol N° 1829-11 FNE), en cuya investigación se descartó la existencia de una conducta anticompetitiva. Adicionalmente, en atención a la fecha de ocurrencia de los hechos, éstos estarían prescritos. Por lo tanto, no se efectuará un análisis ulterior sobre esta acción.

17. La segunda acción guardaría relación con la denuncia ante el Director Regional de la SEC de fecha 22 de septiembre de 2016 por parte de don Luis Felipe Urbina Hillerns una vez que la Sociedad Neuquén recuperó el inmueble⁹. En dicha denuncia, el Sr. Urbina indicó que, desde diciembre de 2010 hasta julio de 2016, la estación de servicio permaneció cerrada y sin funcionamiento alguno (pues durante ese periodo estuvo en manos de Copec); y que, a la fecha de la denuncia, aquella estación se encontraba operando y vendiendo combustible al público, lo cual contravendría el artículo 111 del D.S. N° 160/2008¹⁰, pues los tanques de la instalación deberían ser eliminados o retirados y sustituidos para poder desarrollar la venta de combustible conforme a la normativa vigente.

⁷ Mandamiento de restitución, de fecha 30 de enero de 2003, del 4° Juzgado de Letras de Talca, Rol N° 2179-2002.

⁸ Esta causa versó sobre el cumplimiento ejecutivo de un fallo arbitral que zanjó el conflicto entre Copec (continuadora legal de Petroleum S.A.) y don Juan Antonio Luna Espinoza (anterior dueño del inmueble en disputa y actual socio de la Sociedad Neuquén) relativo al incumplimiento de un contrato de consignación celebrado por las partes con fecha 01 de abril de 1993.

Cabe agregar que, con fecha 26 de diciembre de 2000, es decir, antes de la decisión arbitral, se constituyó la Sociedad Neuquén, siendo socios don Juan Antonio Luna Espinoza (quien tenía el litigio pendiente con Copec) y doña María Magdalena Parra Ávila (la denunciante), constando en la escritura pública que ambos socios eran cónyuges, casados bajo el régimen matrimonial de separación de bienes.

Copec alegó que su contraparte incumplió el contrato al (i) no respetar los precios y condiciones de venta de combustibles fijados; y (ii) no cumplir con obligaciones laborales, previsionales, de seguridad, administrativas, tributarias y municipales que le afectasen. El asunto fue conocido en juicio arbitral y resuelto con fecha 18 de marzo de 2002, estableciendo el laudo arbitral que hubo un incumplimiento contractual por parte del Sr. Luna, debiendo éste pagar indemnizaciones pecuniarias a su contraparte Copec y restituir la estación de servicios, con sus instalaciones y elementos anexos.

La demora en la tramitación en el juicio ejecutivo en contra del Sr. Luna se debió a la presentación de una serie de recursos por las partes, en especial apelaciones a diversos incidentes, para ser conocidos por la Corte de Apelaciones de Talca (Roles N° 63.392-2003; 63.784-2003; 65.389-2004; 1313-2009; 34-2011).

⁹ La Sociedad Neuquén recuperó la posesión sobre el inmueble a través de una acción de precario interpuesta ante el 4° Juzgado de Letras de Talca, la cual fue rechazada con fecha 30 de septiembre de 2013 (rol N° 2868-2012). Esta decisión fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Talca, con fecha 19 de agosto de 2014 (rol N° 455-2014), pero finalmente acogida la acción por la Corte Suprema, el 23 de diciembre de 2015 (rol N° 26.208-2014), efectuándose el lanzamiento de Copec el 01 de julio de 2016.

¹⁰ Decreto Supremo N° 160 de 2008, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, aprobatorio del Reglamento de Seguridad para el Almacenamiento, Refinación, Transporte y Expendio al público de combustibles líquidos derivados del petróleo.

18. Con fecha 16 de noviembre de 2016, mediante la Resolución Exenta N° 16.136, el Director Regional SEC de la VII Región decidió ordenar la clausura temporal de los tanques enterrados presentes en la estación de servicio, teniendo en cuenta la gravedad de las circunstancias observadas en el caso. Esta sanción fue reclamada por la Sociedad Neuquén ante el 4° Juzgado de Letras de Talca (Rol N° 3000-2016) el cual, con fecha 31 de enero de 2017, suspendió la sanción de la SEC mientras se conoce de la reclamación deducida.
19. Cabe precisar que, si bien el Sr. Urbina efectuó la denuncia en calidad de representante de Urbina & Cía. Ltda., éste ha sido abogado de Copec en diversas causas (terminadas y pendientes) y fue designado como depositario judicial de la estación de servicio en el lanzamiento de la Sociedad Neuquén en el año 2010 (Rol N° 2179-2002), por lo que es factible asumir que su denuncia la hizo a solicitud o, al menos, con conocimiento de Copec¹¹.
20. La tercera acción judicial en análisis corresponde a la acción de desposeimiento ejercida por Copec en contra de la Sociedad Neuquén, la cual tiene por objeto la ejecución de la hipoteca establecida en el contrato de consignación, cuyo incumplimiento se confirmó mediante sentencia arbitral¹².
21. El análisis de las acciones previamente señaladas debe enmarcarse dentro de la hipótesis de abuso de posición dominante con el objeto de excluir a un competidor del mercado, a través del ejercicio abusivo de acciones judiciales, lo que infringiría el artículo 3º, letra c) del Decreto Ley N° 211, relacionado con el artículo 4º, letra g) de la Ley N° 20.169, sobre Competencia Desleal¹³. Por ello, esta División enfocó su análisis en determinar si las acciones denunciadas pueden ser consideradas como abusivas, pues si no lo son, tales acciones no darían lugar a una infracción, aun cuando Copec detente una posición dominante en el mercado.
22. La jurisprudencia pertinente del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha establecido que, para calificar el ejercicio de acciones

¹¹

¹² Ver nota al pie n° 15. La demanda ejecutiva de desposeimiento se interpuso ante el 4° Juzgado de Letras de Talca (rol N° 174-2013).

¹³ Artículo 4º. En particular, y sin que la enumeración sea taxativa, se considerarán actos de competencia desleal los siguientes: (...) g) El ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente de mercado.

judiciales como abusivo o no, no es el número de acciones presentadas, ni si tales acciones son ganadas o perdidas por el actor; sino que lo relevante es que debe existir un motivo plausible que justifique la presentación de la acción, de manera tal de descartar que la misma tenía, de manera inequívoca y como única finalidad, la de imponer barreras artificiales a la entrada de competidores al mercado o, como en el presente caso, intentar eliminar a uno de ellos¹⁴. Requisitos similares se han establecido en el Derecho Comparado, tanto en la Unión Europea¹⁵, como en Estados Unidos¹⁶.

23. En el presente caso, es posible observar que tanto el juicio de cobro, como la acción de desposeimiento tienen un antecedente común; el juicio arbitral de Copec en contra del Sr. Luna, por el incumplimiento del contrato de consignación. Mientras que el juicio ejecutivo de cobro tuvo por objeto el hacer cumplir la sentencia arbitral, la acción de desposeimiento tiene por objeto ejecutar la hipoteca constituida con que se garantizó el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato de consignación. Por ello, es posible concluir que, en el ejercicio de estas acciones sí hubo motivo plausible para su presentación, no pudiendo considerarse que tuvieron por única e inequívoca finalidad la de excluir a la denunciante del mercado.
24. Respecto a la denuncia del Sr. Luis Felipe Urbina Hillerns ante la SEC Regional, atendido que la denuncia la efectuó en representación de Urbina & Cía. Ltda., no podría atribuirse su ejercicio a Copec. No obstante, aún si

¹⁴ Ver **Sentencia TDLC N° 47**, de 05 de diciembre de 2006, por el Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de la Sociedad Sal Punta Lobos S.A. Considerando nonagésimo sexto; **Sentencia TDLC N° 83**, de 30 de enero de 2009, por demanda de Telmex Servicios Empresariales S.A. en contra de Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. Considerandos decimotercero y decimonoveno; y, **Sentencia TDLC N° 90**, de 14 de diciembre de 2009, por Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Compañía Chilena de Fósforos. Considerando septuagésimo noveno.

¹⁵ Por ejemplo, en el **Caso ITT Promedia**, la Comisión Europea indicó que la litigación por un competidor dominante puede ser abusiva si reúne dos requisitos copulativos: (i) que la acción no pudiera ser razonablemente considerada como un intento de establecer sus derechos y pudiera servir sólo para acosar a la parte contraria, y (ii) que la acción sea concebida en el marco de un plan cuya única meta era eliminar la competencia. (Case T-111/96, ITT Promedia NV v. Commission [1998]. ECR II-2937).

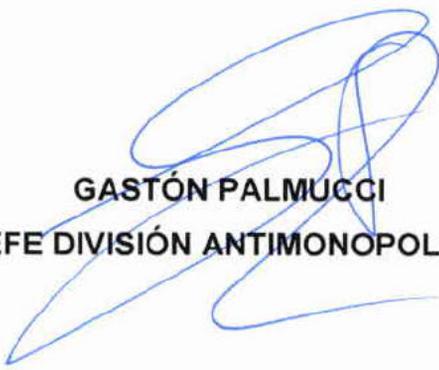
¹⁶ En el caso **Professional Real Estate Investors, Inc., v. Columbia**, la Corte Suprema de EE.UU. estableció la exigencia de dos requisitos especiales: en primer lugar, la demanda debe carecer objetivamente de fundamento, en el sentido de que ningún litigante razonable podría esperar de manera realista el éxito sobre el fondo. Sólo si el litigio impugnado es objetivamente inútil, el tribunal puede revisar la motivación subjetiva del litigante. En segundo lugar, el tribunal debe centrarse en si el juicio sin fundamento oculta una intención de interferir directamente con las relaciones comerciales de un competidor, a través del uso del proceso gubernamental como arma anticompetitiva. Incluso si un demandante demuestra tanto la motivación objetiva como subjetiva, aún debe demostrar una violación sustancial de la competencia. Professional Real Estate Investors, Inc., v. Columbia Pictures (91-1043), 508 U.S. 49 (1993).

considerásemos –hipotéticamente– que la acción fue ejercida por Copec, su ejercicio posee un motivo plausible, esto es, que un competidor está infringiendo la normativa sectorial contemplada en el D.S. N° 160/2008.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIÓN

25. Del análisis de los antecedentes, se concluye que no se pueden calificar como abusivas las acciones judiciales denunciadas, pues aquellas, según la jurisprudencia relevante del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, han tenido motivo plausible para justificar su presentación, no teniendo de manera inequívoca y como única finalidad, la imposición de barreras artificiales a la entrada de competidores al mercado o la eliminación de un competidor del mismo.
26. Por lo expuesto, se recomienda al Sr. Fiscal, salvo su mejor parecer, decretar el archivo de los antecedentes, sin instruir investigación.

Saluda atentamente al Sr. Fiscal,


GASTÓN PALMUCCI
JEFE DIVISIÓN ANTIMONOPOLIOS


PSE