

EN LO PRINCIPAL: Interpone asunto de carácter no contencioso que indica; **EN EL PRIMER OTROSÍ:** Acompaña documentos bajo confidencialidad; **EN EL SEGUNDO OTROSÍ:** Acompaña versiones públicas preliminares; **EN EL TERCER OTROSÍ:** Acompaña documentos públicos; **EN EL CUARTO OTROSÍ:** Personería, patrocinio y poder; **EN EL QUINTO OTROSÍ:** Téngase presente

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Mónica Salamanca Maralla, Fiscal Nacional Económico (S), en representación de la **FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA** (“FNE”), ambos domiciliados para estos efectos en calle Huérfanos N° 670, piso 8, Santiago, al Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) respetuosamente digo:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3°, 5°, 18 N° 2, 31 y 39 del texto vigente del Decreto Ley N° 211 de 1973 (“DL N° 211”) y fundado en los antecedentes de hecho, derecho y económicos que se exponen a continuación, interpongo asunto de carácter no contencioso a fin de que este H. Tribunal se pronuncie acerca de si los contratos de operación conjunta de las plantas de almacenamiento de combustibles líquidos que se indicarán y la actuación práctica que se verifica en ese contexto entre las empresas Compañía de Petróleos de Chile Copec S.A. (“Copec”), Empresa Nacional de Energía Enex S.A. (“Enex”) y Esmax Distribución SpA (“Esmax”), se ajusta o no al DL N° 211.

Según se examinará, las empresas mencionadas¹, participan en contratos que rigen la propiedad y uso compartido de ciertas plantas de almacenamiento de combustibles líquidos. Esos contratos corresponden, en primer lugar, al Acuerdo de Operación Conjunta entre Copec, Enex y Esmax (“AOC”); a la Comunidad Almacenadora de Combustibles Líquidos y Acuerdo de Operación Conjunta entre Copec y Enex (“Acuerdo Comap”); y al Convenio de Inversión Conjunta, entre Enex

¹ En adelante, cuando nos refiramos a esas empresas actuando en el contexto de la operación del AOC, Acuerdo Comap, y Acuerdo Comaco, las llamaremos de manera indistinta como “empresas comuneras”. Por su parte, cuando nos refiramos a esas empresas en el contexto de relaciones que comprendan, a lo menos, parcialmente, plantas de almacenamiento de propiedad individual, las mencionaremos derechamente con su nombre, si fuera pertinente hacerlo.

y Esmax (“Acuerdo Comaco”)². Asimismo, esas empresas son propietarias de plantas de almacenamiento individual, que no presentan uso compartido.

Al respecto, esta Fiscalía ha advertido que de los contratos de operación conjunta que rigen esas plantas, los contratos que celebran con la Empresa Nacional de Petróleos (“ENAP”) para el suministro de combustibles en éstas y, además, de la operatoria práctica que se verifica en las plantas sujetas a la operación conjunta, se generan riesgos para la libre competencia de carácter coordinado y/o excluyente que, de conformidad al artículo 18 N° 2 del DL 211 y a lo resuelto por la Excm. Corte Suprema, podrían pugnar con la libre competencia en los mercados y en la forma que se expondrá a continuación³.

Para un mejor entendimiento, la Consulta se estructura de la siguiente forma:

ÍNDICE

| | | |
|---------|--|----|
| I. | ANTECEDENTES | 3 |
| II. | LOS CONTRATOS DE OPERACIÓN CONJUNTA DE PLANTAS DE ALMACENAMIENTO Y LOS CONTRATOS DE RECIPROCIDAD | 5 |
| III. | MERCADOS EN LOS QUE INCIDEN LOS CONTRATOS DE OPERACIÓN CONJUNTA..... | 9 |
| III.1 | Mercado de almacenamiento de combustibles líquidos | 10 |
| III.1.1 | Infraestructura asociada | 11 |
| III.1.2 | Oleoductos | 12 |
| III.1.3 | Empresas participantes | 12 |
| III.1.4 | Participaciones de mercado | 15 |
| III.1.5 | Condiciones de entrada al mercado | 19 |
| III.2 | Mercado de distribución mayorista de combustibles líquidos..... | 20 |
| III.2.1 | Distribución mayorista de los combustibles: gasolina automotriz, petróleo diésel y kerosene doméstico..... | 21 |
| III.3 | Mercado de distribución minorista de los combustibles: gasolina automotriz, petróleo diésel y kerosene doméstico | 24 |
| III.3.1 | Empresas participantes | 24 |
| III.3.2 | Participaciones de mercado | 24 |

² Cuando en la presente consulta nos refiramos en general a esos pactos, hablaremos indistintamente de “contratos de operación conjunta”. Y cuando mencionemos en general a las plantas afectas a los contratos de operación conjunta, hablaremos indistintamente de “plantas de uso compartido” o “plantas comunes”.

³ Corte Suprema, Sentencia de 29 de enero de 2016 dictada en autos Rol CS N°30.190-2014, considerando 3°. Criterio usado también por el H. TDLC, véase Resolución N° 67/2021 TDLC, considerando 19°.

| | | |
|---------|--|----|
| III.3.3 | Condiciones de entrada al mercado | 26 |
| III.4 | Conclusión | 27 |
| IV. | RIESGOS PARA LA COMPETENCIA MATERIA DE ESTA CONSULTA..... | 27 |
| IV.1 | Riesgos de Coordinación e intercambios de información..... | 27 |
| IV.1.1 | Mercado de almacenamiento | 28 |
| IV.1.2 | Mercado de distribución (minorista y mayorista)..... | 37 |
| IV.2 | Riesgos de Exclusión | 38 |
| V. | EFICIENCIAS DERIVADAS DE LOS CONTRATOS DE OPERACIÓN CONJUNTA..... | 44 |
| V.1 | Economías de Escala..... | 45 |
| V.2 | Ahorros en Autorizaciones de Terrenos y Medioambientales | 46 |
| V.3 | Optimización de la Logística de Abastecimiento | 47 |
| V.4 | Estimación propia de traspaso de eficiencias a consumidor final | 48 |
| VI. | CONDICIONES PARA MITIGAR LOS RIESGOS IDENTIFICADOS | 53 |
| VI.1 | Contrato de facilidades recíprocas..... | 56 |
| VI.2 | Interacción entre ENAP y las empresas distribuidoras para fines de abastecimiento de combustibles líquidos..... | 56 |
| VII. | PROCEDENCIA Y SÍNTESIS DE LA CONSULTA | 57 |

I. ANTECEDENTES

1. La industria de combustibles líquidos en nuestro país se divide en una serie de mercados y submercados, a saber: (i) refinación e importación; (ii) transporte; (iii) almacenamiento; (iv) distribución mayorista; y, (v) distribución minorista de tales carburantes, tal como ha sido señalado por el H. TDLC⁴.
2. Los principales agentes son las empresas Copec, Enex y Esmax, las cuales están presentes, básicamente en todos los segmentos que conforman esta industria. Asimismo, también participan pequeñas empresas en el segmento de distribución, por medio de redes de distribución más limitadas y también con un almacenamiento más limitado que las tres empresas mencionadas.
3. Respecto del abastecimiento de combustibles, el año 2021 ENAP suministró el 58% de la demanda interna de combustibles líquidos con producción propia⁵. El 42% restante fue abastecido con importaciones, realizadas por ENAP y las compañías distribuidoras, donde la participación de las

⁴ Resolución N° 34/2011 TDLC y Resolución N° 39/2012 TDLC.

⁵ ENAP, Reporte Integrado 2021.

importaciones efectuadas por estas últimas representó casi el 34% del consumo nacional de combustibles líquidos.

4. El abastecimiento de combustibles por parte de ENAP requiere la suscripción de contratos anuales de suministro, los cuales estipulan una programación - anual, mensual, por producto y por planta- en las compras de combustibles. Estos contratos a su vez contemplan una serie de anexos, entre ellos, uno denominado de Programación y Coordinación de Suministro, que tiene como objetivo delinear los pasos y acciones para las operaciones de entrega y recepción de combustibles en las distintas plantas de almacenamiento. Mediante la aplicación del señalado anexo, existe una actuación conjunta entre las distintas distribuidoras para el abastecimiento de combustible en cada una de sus plantas de almacenamiento, sean de uso conjunto de todas o algunas de las empresas comuneras o de propiedad individual.
5. Esa actuación conjunta y la interacción entre ellas, principal pero no exclusivamente centrada en las plantas de uso conjunto, habilitaría a las comuneras a compartir una serie de información sensible y a realizar una serie de actos jurídicos (préstamos, ventas, facilidades, etc.), que coadyuvan a la generación de los riesgos que se examinan *infra*.
6. Como hemos señalado en lo referido al segmento de almacenamiento de combustibles líquidos, se observa que Copec, Enex y Esmax han suscrito contratos para la construcción y operación de plantas de manera conjunta, operando de dicha forma una parte importante de su capacidad de acopio a nivel nacional⁶.
7. Si bien tales contratos se refieren al mercado de almacenamiento, los mercados de distribución de combustibles líquidos -tanto mayorista como minorista- son altamente dependientes de la competencia que se produzca en el de almacenamiento, siendo, por lo tanto, mercados indirectamente afectados por los riesgos de exclusión y coordinación que generan los contratos referidos y su operación práctica.
8. Al respecto, si bien, los contratos de operación conjunta podrían generar eficiencias operativas para las empresas comuneras, tales como (i)

⁶ Del total de la capacidad de almacenamiento con que contaban las empresas Copec, Enex y Esmax para el año 2020, el 53% se encontraba bajo propiedad conjunta. Este porcentaje aumenta a un 60% cuando se considera solo el almacenamiento para los combustibles de gasolinas, diésel y kerosene doméstico, combustibles en los cuales, como se verá, estos distribuidores enfrentan competencia por parte de terceros.

optimización de la logística de abastecimiento; (ii) evitar la duplicidad ineficiente de infraestructura; y (iii) explotación de economías de escala, ellas no serían suficientes para mitigar los riesgos detectados a la libre competencia, como aquellos relacionados a la coordinación o exclusión de competidores, más aún si existe una operación práctica dentro de las plantas comunes, pero también extendida a las plantas de propiedad individual, que incrementan tales riesgos, todo lo que hace necesaria la adopción de condiciones según se expondrá en esta presentación.

II. LOS CONTRATOS DE OPERACIÓN CONJUNTA DE PLANTAS DE ALMACENAMIENTO Y LOS CONTRATOS DE RECIPROCIDAD

9. Como se señaló, las principales empresas de combustibles líquidos en el mercado -Copec, Enex y Esmax- son propietarias y administradoras de manera conjunta de una serie de plantas de almacenamiento, donde se realizan operaciones de recepción, almacenaje, manejo y entrega de combustibles líquidos a los partícipes del contrato⁷. En lo sucesivo se expondrán los siguientes tres contratos:

Cuadro N° 1: Contratos de propiedad y uso compartido sobre plantas de almacenamiento entre Copec, Enex y Esmax.

| Acuerdo | Participantes | Plantas | Empresa administradora de la planta ("operador") |
|------------------------------------|---------------------|---|---|
| AOC del 1.10.2015 | Copec, Enex y Esmax | (3) Mejillones, Concón y Pureo | Copec ⁸ |
| Acuerdo Comap del 31.8.2016 | Copec y Enex | (8) Arica, Iquique, Antofagasta, Caldera, Guayacán, Maipú, San Fernando y San Vicente | <u>Copec</u> : Arica, Iquique, Caldera, Guayacán y Maipú. <u>Enex</u> : Antofagasta, San Fernando y San Vicente ⁹ . |
| Acuerdo Comaco del 2.1.1990 | Enex y Esmax | (1) Chacabuco | Se alterna cada 5 años ¹⁰ |

⁷ En efecto, el AOC estipula que "El presente Acuerdo tiene el objeto y propósito de posibilitar las operaciones de recepción, almacenaje conjunto, manejo y entrega de Productos de los Comuneros en las Instalaciones" (artículo 2.1). A su vez, el acuerdo Comap estipula que el objeto del mismo es: "(...) posibilitar las operaciones de recepción, almacenaje conjunto, manejo y entrega de Productos de los Comuneros en las Instalaciones" (artículo 2.1.). En tanto, el acuerdo Comaco estipula que su objeto es: "(...) recibir, almacenar y despachar, en y/o desde los estanques comunes los combustibles líquidos derivados del petróleo de una u otra compañía, para operar en forma eficiente y al más bajo costo posible" (artículo 1.2.).

⁸ El AOC en su artículo 7.1 dispone que "(...) El Operador de estas tres Plantas designado es Copec". Por su parte, el artículo 7.5 del mismo acuerdo señala "(...), el Operador tiene el derecho exclusivo de operar las Instalaciones de los Comuneros y las Instalaciones de Uso Exclusivo, en nombre de los Comuneros bajo el control y supervisión general del Comité Compañías".

⁹ En el artículo 7.1 del Acuerdo Comap se acuerda la siguiente distribución: las plantas de Arica, Iquique, Caldera, Guayacán y Maipú son operadas por Copec; mientras que las plantas de Antofagasta, San Fernando y San Vicente son administradas por Enex.

¹⁰ Actualmente operada por Esmax. "La administración de cada Planta se alternará entre ambas Compañías por períodos de 5 años, correspondiendo a Shell la Administración de la Planta en el primer período de alternancia" (artículo 3.1.1 del Acuerdo Comaco).

10. En términos generales, la propiedad de las plantas de almacenamiento y los terrenos donde se emplazan es compartida jurídicamente, según los contratos de operación conjunta, bajo la figura de comunidad.
11. Se hace presente que esos contratos establecen que tales comunidades no constituyen sociedades, asociaciones empresariales o de colaboración y que quedan fuera de su ámbito de aplicación y regulación todo tipo de relaciones comerciales o mercantiles. Sin embargo, de la operación práctica entre las empresas comuneras se apreciaría que ellas continuamente celebrarían acuerdos comerciales de préstamos, canjes y contratos de venta y compra de combustibles líquidos lo que facilita la generación de los riesgos expuestos en esta Consulta¹¹.
12. En cuanto a la administración, los contratos disponen que la gestión de cada planta es llevada a cabo por “comités” que dirigen la implementación de los consensos adoptados, como también regulan y supervisan los asuntos operacionales y administrativos de éstas¹². Dichos órganos están constituidos por personas naturales que son empleados dependientes de las mismas empresas comuneras, gerentes y subgerentes, quienes ostentan cargos principalmente relacionados con las áreas de abastecimiento y logística.
13. La composición de cada uno de estos comités, a abril de 2021, se puede observar en el Cuadro N° 2 a continuación.

¹¹ El artículo 2.1 del Acuerdo Comap dispone que: “*El presente acuerdo tiene por objeto y propósito de posibilitar las operaciones de recepción, almacenaje conjunto, manejo y entrega de producto de los comuneros en las instalaciones. Dichas operaciones no incluirán ninguna transacción de suministro o comercialización ni ninguna otra actividad relacionada, en especial de tipo comercial. La Operación Conjunta no constituirá una sociedad entre comuneros ni ninguna otra relación comercial o mercantil*”. Véase también el artículo 2.1 del AOC.

¹² El AOC estipula: “*El Comité Compañías tiene como objetivo coordinar y regular las actividades operacionales y administrativas de la Planta y el control de la Operación Conjunta*” (artículo 6.1.). Además, señala: “*El Comité Compañías tendrá carácter permanente y estará constituido por 6 miembros debiendo cada Comunero designar a 2 representantes titulares y 2 suplentes (...)*” (artículo 6.2.). Por su parte, el acuerdo Comap señala: “*El Comité COMAP tendrá carácter permanente y estará constituido por seis miembros, debiendo cada comunero designar a 3 representantes titulares y tres suplentes (...)*” (artículo 6.2). A su vez, el acuerdo Comaco señala: “*El Comité tendrá carácter permanente y estará constituido por tres representantes titulares y tres suplentes de cada comunero (...)*” (artículo 7.1.).

Cuadro N° 2: Integrantes de los comités de los contratos de Operación Conjunta, Comap y Comaco

| Representante titular | | Representante suplente | |
|---------------------------------|--|------------------------|--|
| Nombre | Cargo en la empresa | Nombre | Cargo en la empresa |
| ENEX Comap | | | |
| Alan Sherwin | Gerente de operaciones | Mario del Rio | Subgerente de Suministros |
| Francisco Guzmán | Jefe de Depósitos | Luis Espinoza | Subgerente de Ingeniería |
| Waldo González | Subgerente de Distribución y Logística | Edgar Berg | Jefe Joint Venture y Desarrollo |
| ENEX Comaco | | | |
| Alan Sherwin | Gerente de operaciones | Waldo González | Subgerente de Distribución y Logística |
| Francisco Guzmán | Jefe de Depósitos | Mario del Rio | Subgerente de Suministros |
| Edgar Berg | Jefe Joint Venture y Desarrollo | Luis Espinoza | Subgerente de Ingeniería |
| ENEX Operación Conjunta | | | |
| Alan Sherwin | Gerente de operaciones | Edgar Berg | Jefe Joint Venture y Desarrollo |
| Francisco Guzmán | Jefe de Depósitos | Waldo González | Subgerente de Distribución y Logística |
| COPEC Comap | | | |
| Alejandro Pino | Gerente de Operaciones | Henri Bouffanais | Jefe de Abastecimiento |
| Alfredo Jalón | Gerente de Ingeniería | Rodrigo Silva | Subgerente de Ingeniería de Plantas |
| Alejandro Álvarez | Gerente Regional de Abastecimiento | Eduardo Sáez | Subgerente de Plantas |
| COPEC Operación Conjunta | | | |
| Alejandro Pino | Gerente de Operaciones | Rodrigo Silva | Subgerente de Ingeniería de Plantas |
| Alfredo Jalón | Gerente de Ingeniería | Eduardo Sáez | Subgerente de Plantas |
| ESMAX Operación Conjunta | | | |
| Pablo Munita del Solar | Gerente de Logística de Combustibles | Jorge Vargas | Gerente de Planta Maipú |
| Patricio Arriagada | Gerente de Abastecimiento | Felipe Cid | Gerente de Planta San Vicente |
| | | Eugenio Montenegro | Gerente de Planta Iquique |
| ESMAX Comaco | | | |
| Pablo Munita del Solar | Gerente de Logística de Combustibles | Mauricio Guevara | Gerente de Planta Chacabuco |
| Claudio Errazuriz | Gerente de Ingeniería | Felipe Cid | Gerente de Planta San Vicente |

Fuente: elaborado en base a información entregada por las empresas distribuidoras¹³.

¹³ Respuestas de: (i) Enex, con fecha 15 de junio de 2021, a Ord. N°787; (ii) Esmax, con fecha 29 de junio de 2021, a Ord. N°786; (iii) Copec, con fecha 16 de junio de 2021, a Ord. N°788.

14. Por otra parte, la administración diaria y la operación de las instalaciones de cada una de las plantas es efectuada por uno de los comuneros, que se denomina “operador”, que designa de entre su personal a un “jefe de planta” para realizar dicha tarea¹⁴, el cual es supervigilado en su administración por los ya referidos comités.
15. A continuación, se presenta el listado de los jefes de planta que operaban las mismas a abril de 2021.

Cuadro N° 3: Listado de jefes de planta (a abril de 2021)

| Acuerdo | Planta | Operador (empresa) | Jefe de Planta | Cargo anterior en la empresa | |
|---------|--------------------|--------------------------------|------------------------------|--|-----------------|
| Comap | Antofagasta | Enex | Elter Reyes Molina | Sin cargo anterior | |
| | San Fernando | | Héctor Molina Gajardo | Jefe de Operaciones Asfalto | |
| | San Vicente | | Rubén Valenzuela Gonzalez | Jefe Planta Comap Antofagasta | |
| | Arica | Copec | David Alejandro Toro Aguirre | Sin cargo anterior | |
| | Caldera | | Carlos Alberto Amaro Cuevas | Jefe Planta Puerto Chacabuco | |
| | Guayacán | | Ricardo Luis Valencia Zárate | Jefe Planta Comap Pureo | |
| | Iquique | | Patricio Enrique Mouat Mena | Sin información | |
| | Maipú | | Jaime Alejandro Bravo Soto | Jefe Planta Talcahuano | |
| | Operación conjunta | | Mejillones | Mauricio Andrés Ortíz Martínez | Sin información |
| | | | Pureo | Andrés Báez Nuñez | Sin información |
| Concón | | Pacian Carlos Betancourt Solar | Sin información | | |
| Comaco | Chacabuco | Esmax | Mauricio Guevara Reyes | Supervisor Operacional Planta Esmax en Iquique | |

Fuente: elaborado en base a información entregada por las empresas distribuidoras¹⁵.

16. Con relación al manejo de información, los contratos de operación conjunta contemplan planes de mediano y largo plazo para la realización de proyectos de inversión común que involucran compartir información respecto de planes y volúmenes futuros. Particularmente, el denominado AOC considera para

¹⁴ El artículo 7.1 del AOC señala que: “Las diferentes Instalaciones o Plantas serán administradas y operadas por uno de los Comuneros, quien tendrá el carácter de Operador de dicha Planta o Instalación”. Acuerdo de Operación Conjunta, artículo 7 .2: “El Operador nombrará un Jefe de Planta de entre su personal y podrá cambiar dicho Jefe de Planta las veces que estime conveniente. Los deberes y responsabilidades del Jefe de Planta serán determinados por el Operador y aprobados por el Comité Compañías”. En sentido similar, el artículo 7.2 del Acuerdo Comap y artículo 3.1.2 del Acuerdo Comaco.

¹⁵ Respuestas de: (i) Enex, con fecha 15 de junio de 2021, a Ord. N°787; (ii) Esmax, con fecha 29 de junio de 2021, a Ord. N°786; (iii) Copec, con fecha 16 de junio de 2021, a Ord. N°788.

esos efectos las necesidades de demandas futuras de las tres empresas en el mercado¹⁶.

17. Los referidos contratos son de duración indefinida y pueden ser terminados por los comuneros efectuando un aviso previo¹⁷.
18. A los contratos ya identificados, se suma un pacto adicional relacionado con el préstamo de instalaciones de almacenamiento, el que se denomina “*Contrato de reciprocidad para el uso de facilidades, canjes y préstamos de productos*” (en adelante “contrato de reciprocidad”)¹⁸. Por medio de éste, quienes lo celebren podrán darse recíprocamente, entre otros, arriendo de capacidad de almacenamiento, carga y descarga de productos. Esos contratos de reciprocidad comprenden a todas las plantas de Copec, Enex y Esmax sea de propiedad compartida o de propiedad individual.
19. A propósito de la ejecución y aplicación de los contratos de reciprocidad, parte de la coordinación entre las empresas comuneras se extiende fuera de las plantas de propiedad común regidas por un acuerdo en particular y alcanza a plantas reguladas por otro acuerdo de propiedad conjunta y/o a plantas de propiedad individual¹⁹, según quienes participen del contrato de reciprocidad respectivo.

III. MERCADOS EN LOS QUE INCIDEN LOS CONTRATOS DE OPERACIÓN CONJUNTA

20. Los contratos consultados inciden de manera directa en el mercado de almacenamiento e indirectamente en el de distribución de combustibles líquidos²⁰, pues los partícipes de este último son dependientes de la

¹⁶ El artículo 5.1 del AOC establece que: “*Se debe definir un Plan Maestro de Inversiones de mediano y largo plazo para cada Planta, el que debe contemplar y/o identificar superficies necesarias para demandas del mercado futuro, más considerar espacio para Instalaciones de Uso Exclusivo. (...)*”.

¹⁷ El artículo 25.1 de los acuerdos Comap y AOC se señala que se debe notificar con 24 meses de anticipación el retiro del acuerdo. En el caso del acuerdo Comaco no se señala nada.

¹⁸ La FNE tuvo a la vista los contratos de facilidades recíprocas suscritos entre Esso Chile S.A. Petrolera (actualmente Esmax) y Copec y, entre Esso Chile S.A. Petrolera y Shell Chile S.A. (actualmente Enex), firmados con fechas 1 de julio de 1985 el primero y, 1 de julio de 1986 el segundo. Estos contratos entregados por Esmax en respuesta de fecha 29 de junio de 2021 a Ord. N°786 seguirían vigentes, actualizándose solo las tarifas relacionadas con el almacenaje y el uso de cañerías. Las tarifas vigentes a abril de 2021 fueron entregadas por Copec en respuesta de fecha 1 de julio de 2021 a Ord. N°788.

¹⁹ Más adelante en el texto, en el Cuadro N°4 se listan todas las plantas de almacenamiento de propiedad de Copec, Esmax y Enex, sean estas de propiedad individual, conjunta o arrendadas.

²⁰ Ver: Comisión Europea, *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal*, 2011, párrafo 156.

infraestructura logística para lograr una presencia duradera y competitiva en el mercado.

21. Copec, Enx y Esmx participan en la industria de manera verticalmente integrada, operando en la distribución mayorista, el transporte y almacenamiento y, en menor medida, en la importación de combustibles líquidos²¹. Asimismo, participan a nivel nacional en la distribución minorista bajo un modelo de negocios equivalente, contando con una red de estaciones a nivel nacional e incorporando un estándar de calidad y servicios similar que los posiciona como competidores cercanos.
22. Además de esas tres grandes empresas, participan no más de 6 compañías de menor tamaño que operan integrando verticalmente la distribución mayorista y minorista de combustible sólo para los combustibles de gasolinas (93, 95 y 97 octanos), petróleo diésel y kerosene doméstico. Asimismo, hay compañías que operan en forma no integrada, interviniendo de manera exclusiva en la distribución minorista con una o varias estaciones de servicio bajo marcas propias o sin marca.

III.1 Mercado de almacenamiento de combustibles líquidos

23. Antes de realizar la descripción y análisis del mercado de almacenamiento, es importante señalar que las plantas de almacenamiento están en su mayoría conectadas a una refinería o a un terminal marítimo para su abastecimiento. Esto implica que la infraestructura de las plantas comprende además instalaciones marítimas²² y oleoductos²³. Por lo anterior, a continuación se hace una breve descripción de la infraestructura asociada a las plantas de almacenamiento.

²¹ En este sentido, cabe mencionar que Enx y Esmx tiene un acuerdo de importación conjunta, en virtud del cual realizan programaciones mensuales de importaciones donde acuerdan volúmenes a descargar por cada empresa, así como reuniones periódicas donde tratan, entre otros, volúmenes descargados en plantas comunes y propias.

²² Respecto a las instalaciones marítimas el acuerdo Comap define las mismas como: “conjunto que forman las boyas, líneas submarinas y demás accesorios y elementos, así como los permisos, las concesiones marítimas y de otro tipo destinadas a la recepción y/o despacho de producto entre una nave (buque tanque) y las instalaciones”.

²³ Al respecto, el acuerdo AOC define las instalaciones como: “El terreno, edificios, tanques, tuberías y equipos descritos en los Anexos (...)”. Por su parte, el acuerdo COMACO, en su reglamento define planta de la siguiente forma: “Los comuneros dan el nombre de “Planta” al conjunto que forman los terrenos, construcciones, concesiones, instalaciones y otros bienes raíces, equipos, vehículos, muebles y materiales que están destinados en su correspondiente ubicación a la recepción, almacenaje y despacho de los productos (...)”.

III.1.1 Infraestructura asociada

III.1.1.1 Terminales marítimos

24. Los terminales marítimos a través de los cuales operan las plantas de almacenamiento bajo los contratos consultados constan en el siguiente Cuadro:

Cuadro N° 4: Terminales marítimos de propiedad o uso por parte de Copec, Enex y Esmax

| Planta de almacenamiento | Terminal marítimo ²⁴ | Propiedad terminal ²⁵ | Observación |
|--------------------------|---------------------------------|--|---|
| Comap Arica | Comap Arica | Copec y Enex (concesión marítima a nombre de ambas empresas) | Terminal administrado por Copec |
| Comap Iquique | Comap Iquique | Copec y Enex (concesión marítima a nombre de Copec) | Terminal administrado por Copec |
| AOC Mejillones | Interacid | Copec, Enex y Esmax (concesión a nombre de Interacid Trading Chile S.A.) | Terminal administrado por Interacid con contrato con Copec ²⁶ . |
| Comap Caldera | Comap Caldera | Copec y Enex (concesión marítima a nombre de Copec) | Terminal administrado por Copec |
| Comap Guayacán | Comap Guayacán | Copec y Enex (concesión marítima a nombre de Copec) | Terminal marítimo también usado por Esmax para abastecer su planta. Terminal administrado por Copec |
| AOC Concón | El Bato | Copec, Enex y Esmax (concesión marítima a nombre de Enex) | Terminal usado exclusivamente por Copec ²⁷ . |

²⁴ Incluye las cañerías o líneas de transferencia de transporte de producto desde el buque tanque hasta la planta de almacenamiento.

²⁵ Según información proporcionada por Copec en respuesta de fecha 25 de mayo de 2022, a Ord. N° 690, a menos que se indique lo contrario.

²⁶ Según lo informado por Copec en respuesta de fecha 25 de mayo de 2022, a Ord. N° 690, el contrato fue firmado en diciembre de 2007 por un plazo de 20 años. Dicho contrato, a través de un adendum firmado el 25 de noviembre de 2022 se extendió por un nuevo periodo de 20 años.

²⁷ Según lo indicado por Copec en respuesta de fecha 25 de mayo de 2022, a Ord. N° 690 se estaría trabajando en la implementación de un acuerdo de operación conjunta del terminal.

Según copia del Addendum remitido por Esmax en respuesta a Ord. N°691/22 por la construcción de este terminal denominado "El Bato", el mismo fue construido por Copec en representación de las 3 compañías, donde los gastos de inversiones fueron soportados en un 50% por Copec y en un 25% por Esmax y Enex cada una. También indica que la operación del terminal será efectuada por Copec y que las cañerías de descarga de combustibles y lubricantes se emplazarán en la concesión marítima de Shell en la bahía Quintero.

| | | | |
|------------------|---------|--|---|
| AOC Pureo | Froward | Copec, Enex y Esmax (concesión marítima a nombre de Portuaria Cabo Froward S.A.) | Terminal administrado por Portuaria Cabo Froward con contrato con Copec ²⁸ . |
| Comaco Chacabuco | Comaco | Enex y Esmax (concesión marítima a nombre de Enex ²⁹) | Terminal no operativo, planta Comaco usa el terminal marítimo de Copec ³⁰ |

III.1.2 Oleoductos

25. En su mayoría los oleoductos a través de los cuales se abastecen las plantas de almacenamiento son de propiedad de la Sociedad Nacional de Oleoductos (“Sonacol”) y Enap. Sonacol es una sociedad cuyas propietarias son, ENAP (10%), Copec (40,8%), Abastible (12%), Invexans (15%) y Esmax (22%). Sin perjuicio de ello, según los antecedentes entregados por las distribuidoras³¹, el tramo que une la refinería de Enap en Concón y la planta denominada AOC Concón es de propiedad de Copec, Enex y Esmax.

III.1.3 Empresas participantes

26. En el mercado de almacenamiento de combustibles líquidos participan la ENAP, las grandes compañías distribuidoras (Copec, Enex y Esmax), distribuidores de menor tamaño y empresas de otro giro -entre otras mineras y eléctricas-.
27. ENAP cuenta con plantas de almacenamiento en las refinerías en Concón, Hualpén y San Gregorio. Esta capacidad de almacenamiento no está disponible para uso de terceros. Con todo, las plantas poseen patios de carga que sí permiten que terceros carguen combustible en camiones en dichas instalaciones. Adicionalmente, Enap permite el almacenamiento en sus plantas ubicadas en Maipú, San Fernando y Linares, en las cuales ofrece a otras empresas, tanto capacidad de almacenamiento como entrega de combustibles a camiones por mesas de carga.

²⁸ Contrato firmado en diciembre de 2009 para la prestación de servicios de muellaje a naves contratadas por Copec y por los usuarios de la planta Pureo, con una duración de 20 años renovables por periodos iguales y sucesivos de 10 años. Según antecedentes aportados por Copec en respuesta de fecha 25 de mayo de 2022, a Ord. N° 690.

²⁹ Indicado por Enex en respuesta de fecha 25 de mayo de 2022, a Oficio Ord. N° 692.

³⁰ Enex ha indicado que el terminal de Comaco estaría en proceso de habilitación.

³¹ Respuesta de Copec con fecha 25 de mayo de 2022, a Ord. N° 690.

28. Por su parte, las distribuidoras de mayor tamaño cuentan con almacenamiento propio independiente o de propiedad compartida a nivel nacional. También contratan capacidad de almacenamiento a ENAP y a empresas no relacionadas con la distribución de combustibles líquidos, pero que cuentan con capacidad de almacenamiento³².
29. Las distribuidoras de menor tamaño Combustibles José Luis Capdevilla Honorato (“JLC”) y Combustibles HN (“HN”) también poseen almacenamiento propio independiente. La primera tiene instalaciones ubicadas en Maipú, y la segunda en Chillán Viejo. Cabe señalar que estas empresas de menor tamaño solo poseen almacenamiento para los combustibles líquidos de gasolinas automotrices, petróleo diésel y kerosene doméstico, siendo los únicos combustibles que comercializan.
30. Por último, las distribuidoras que no cuentan con capacidad propia de almacenamiento pueden arrendar la misma a ENAP y lo hacen solo respecto de gasolinas automotrices, petróleo diésel y kerosene doméstico.
31. Esto implica que las tres grandes empresas distribuidoras enfrentan competencia limitada y únicamente en el almacenamiento y distribución de gasolinas automotrices, petróleo diésel y kerosene doméstico. Considerando esta situación, el análisis de esta Consulta se enfocará principalmente en estos combustibles, aunque en las plantas de operación conjunta la información que fluiría entre los comuneros abarcaría todos los combustibles líquidos, muchas veces de manera indistinta.
32. En el Cuadro N° y en el Mapa N° 1 se detalla por región y comuna cada una de las plantas de almacenamiento existentes en el país, sus propietarios y usuarios.

³² De acuerdo con los antecedentes con que cuenta esta Fiscalía, ninguna instalación de almacenamiento de combustibles líquidos de propiedad de empresas mineras, eléctricas o de operación abierta como Oxiquim ha sido arrendada por empresas distribuidoras de menor tamaño. Por ejemplo, Oxiquim arrienda la totalidad de su almacenamiento a COPEC, desde el año 2014 en sus instalaciones ubicadas en Quintero, Región de Valparaíso, y desde el año 2015 en sus instalaciones ubicadas en Coronel, Región de Biobío.

Cuadro N° 5: Plantas de almacenamiento de combustibles líquidos existentes en Chile³³

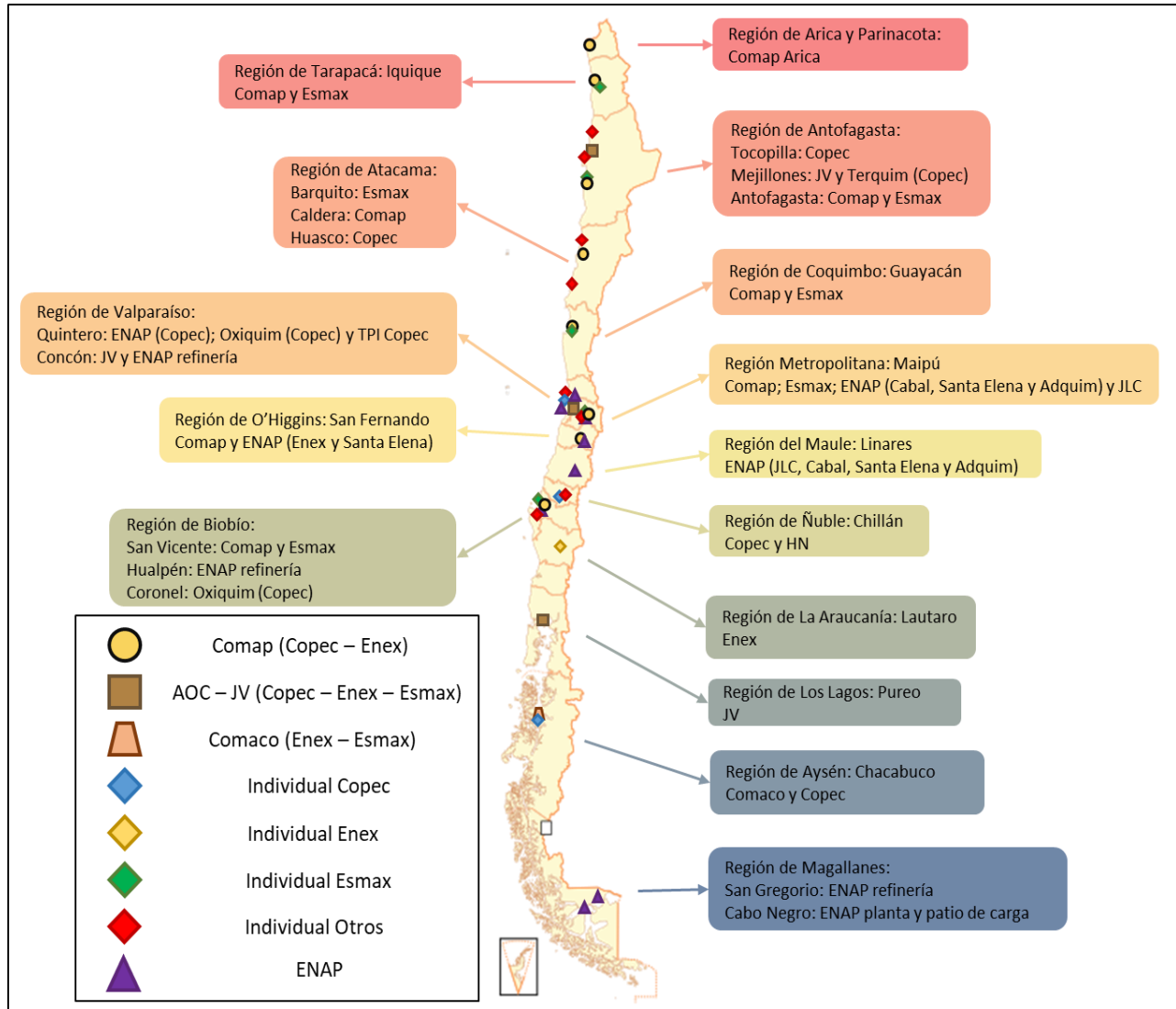
| Región | Comuna | Planta | Propiedad | Usuario |
|-------------|-------------------|---------------------|---------------------------------------|---------------------------------|
| XV | Arica | Comap Arica | Enex 33% y Copec 67% | Copec y Enex |
| I | Iquique | Comap Iquique | Enex 33% y Copec 67% | Copec y Enex |
| I | Iquique | Esmax Iquique | Esmax | Esmax |
| II | Tocopilla | Tocopilla | Electroandina | Copec |
| | Mejillones | AOC Mejillones | Enex 20%, Copec 60% y Esmax 20% | Copec, Enex y Esmax |
| | | Terquim Mejillones | Terquim | Copec |
| | Antofagasta | Comap Antofagasta | Enex 33% y Copec 67% | Copec y Enex |
| Antofagasta | Esmax Antofagasta | Esmax | Esmax | |
| III | Caldera | Comap Caldera | Enex 33% y Copec 67% | Copec y Enex |
| | Chañaral | Barquito | Codelco | Esmax |
| | Huasco | Huasco | Cía. Minera del Pacífico | Copec |
| IV | Coquimbo | Comap Guayacán | Enex 33% y Copec 67% | Copec y Enex |
| | Coquimbo | Esmax Guayacán | Esmax | Esmax |
| V | Quintero | Oxiquim Quintero | Oxiquim | Copec |
| | Quintero | TPI | Copec | Copec |
| | Concón | Refinería Aconcagua | Enap | Enap |
| | Quintero | Enap Quintero | Enap | Copec |
| | Concón | AOC Concón | Enex 24,3%, Copec 52,4% y Esmax 23,3% | Copec, Enex y Esmax |
| XIII | Maipú | Enap Maipú | Enap | Cabal, Santa Elena, Adquim |
| | | Esmax Maipú | Esmax | Esmax |
| | | JLC Maipú | JLC | JLC |
| | | Comap Maipú | Enex 33% y Copec 67% | Copec y Enex |
| VI | San Fernando | Comap San Fernando | Enex 33% y Copec 67% | Copec y Enex |
| VI | San Fernando | Enap San Fernando | Enap | Enex y Santa Elena |
| VII | Linares | Enap Linares | Enap | JLC, Cabal, Santa Elena, Adquim |
| VIII | Chillán | Copec Chillán | Copec | Copec |
| | Chillán Viejo | Planta HN | Hugo Najle | Hugo Najle |
| | Hualpén | Refinería Bío Bío | Enap | Enap |
| | San Vicente | Comap San Vicente | Enex 33% y Copec 67% | Copec y Enex |
| | San Vicente | Esmax San Vicente | Esmax | Esmax |
| IX | Lautaro | Lautaro | Enex | Enex |
| | X | Calbuco | AOC Pureo | Enex 32%, Copec 49% y Esmax 19% |
| XI | Aysén | Chacabuco | Enex 50% y Esmax 50% | Enex y Esmax |
| | | | Copec | Copec |
| XII | Punta Arenas | Planta Cabo Negro | Enap | Copec, Enex y Esmax |
| XII | San Gregorio | Refinería Gregorio | Enap | Enap |

Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por las empresas³⁴.

³³ En el cuadro, se considera las instalaciones que almacenan todos los combustibles líquidos menos el gas licuado de petróleo. Dentro de las instalaciones listadas no se encuentra la de almacenamiento de combustibles de aviación de propiedad de Sociedad de Inversión de Aviación Limitada ubicada en el aeropuerto Arturo Merino Benítez, por almacenar exclusivamente un combustible que no es el foco de esta Consulta. Cabe señalar que las instalaciones de almacenamiento ubicadas en la comuna de Antofagasta ya no se encuentran operativas, al haber sido cerradas por cambio en el plano regulador de la comuna.

³⁴ Respuestas de (i) Enex, con fecha 28 de abril de 2017, a Ord N°0619; (ii) Esmax, con fecha 28 de abril de 2017, a Ord. N°0621; (iii) Copec, con fecha 8 de mayo de 2017, a Ord. N°0620; (iv) JLC, con fecha 28 de abril de 2017, a Ord. N°0626; (v) HN, con fecha 25 de abril de 2017, a Ord. N°0627; (vi) Cabal, con fecha 18 de octubre de 2019 a Ord. N°1913; y (vii) Enap, con fechas 22 de mayo de 2017, a Ord. N°0622 y, 16 de junio de 2021 a Ord. N°783.

Mapa N° 1: Plantas de almacenamiento de combustibles líquidos existentes en Chile



Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por las empresas³⁵.

III.1.4 Participaciones de mercado

33. Las plantas de almacenamiento cuentan con un área de influencia que se define por los costos logísticos de abastecer a clientes ubicados en distintos puntos del país, así, esta área de influencia puede ser en algunos casos extensa, acotada en otros, e incluso superponerse con el área de influencia de otras plantas. Asimismo, el área de influencia de cada planta de almacenamiento puede variar dependiendo del combustible que se considere.
34. Por lo tanto, el cálculo de las participaciones de mercado en el segmento de almacenamiento de combustibles líquidos requiere que en primera instancia

³⁵ Ibid.

se defina el área de influencia de cada una de las instalaciones de almacenamiento.

35. Durante la investigación, las empresas distribuidoras reportaron el área de influencia para la distribución de los combustibles líquidos para cada una de sus plantas de almacenamiento, sea de propiedad compartida, individual, o arrendada a terceros. Con esa información se determinó la existencia de los mercados relevantes geográficos, los que fueron definidos como siete macrozonas. Asimismo, con esa información se calculó la participación en cada una de ellas. Cabe señalar que en general el área de influencia de las plantas de almacenamiento comprende una o dos regiones.
36. A continuación, se presentan las participaciones de mercado por macrozona definida según área de influencia de las plantas de almacenamiento para los combustibles: gasolina automotriz, petróleo diésel y kerosene doméstico. Esta participación de mercado fue establecida considerando la capacidad de almacenamiento total en metros cúbicos, que cada empresa posee. Dicha información se desglosa según tipo de propiedad -conjunta o individual-, y se presenta con el Índice Herfindhal Hirschman (IHH), en el Cuadro N° 6 y Mapa N° 2.

Cuadro N° 6: Participación de mercado en almacenamiento de los combustibles gasolinas automotrices, diésel y kerosene doméstico³⁶

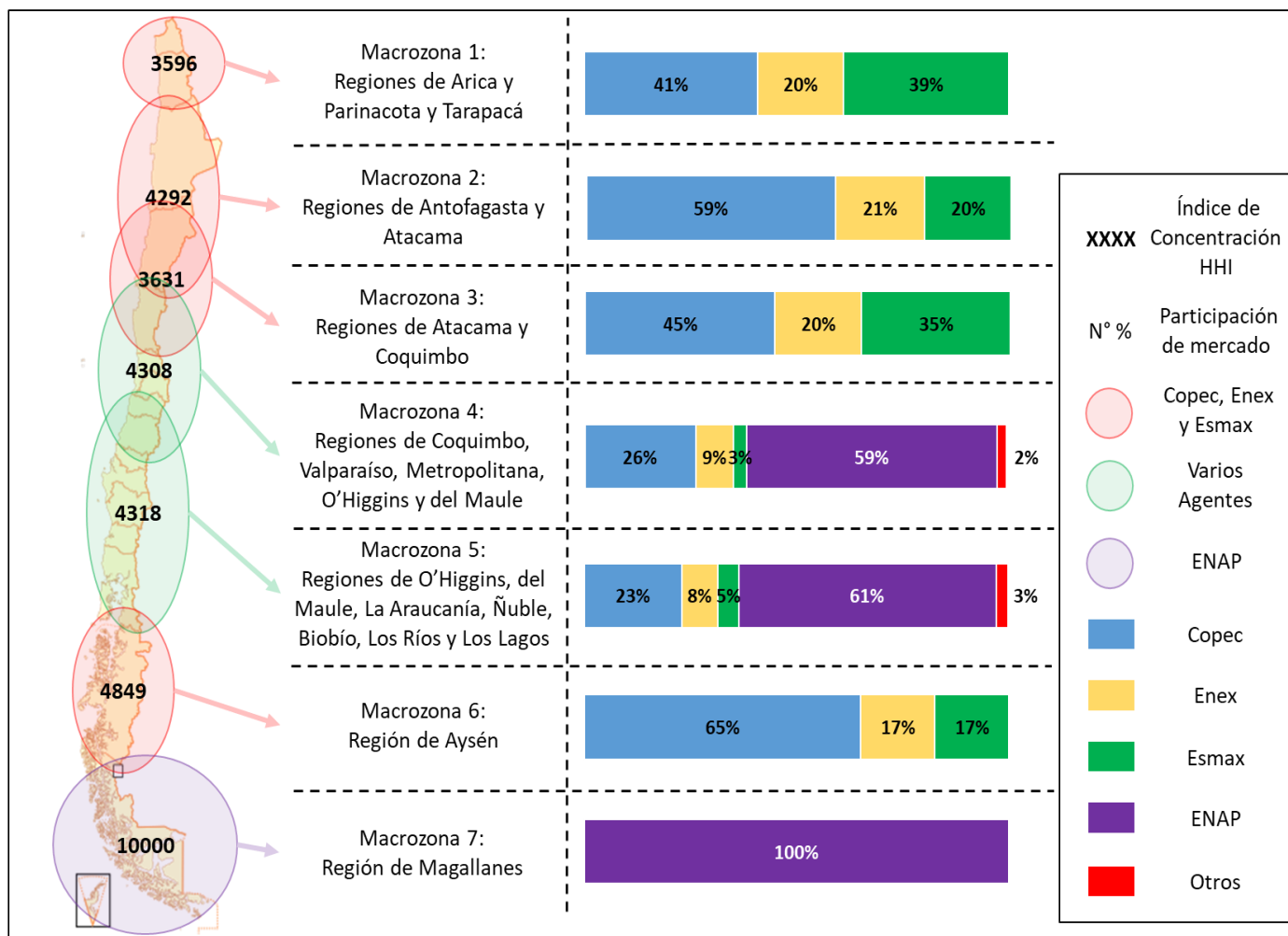
| Macrozona | Empresa | Tipo de propiedad | 2013 | | 2020 | | HHI (2020) |
|--|------------|---------------------|-----------------|---------|-----------------|---------|------------|
| | | | Capacidad en m3 | % | Capacidad en m3 | % | |
| Macrozona 1 [Regiones de Arica y Parinacota y Tarapacá] | Copec | Conjunta | 30.432 | 47,47% | 29.972 | 40,89% | 3.596 |
| | Enex | Conjunta | 14.000 | 21,84% | 14.772 | 20,15% | |
| | Esmax | Individual | 19.675 | 30,69% | 28.559 | 38,96% | |
| Macrozona 2 [Regiones de Antofagasta y Atacama] | Copec | | 95.386 | 51,76% | 139.983 | 58,61% | 4.292 |
| | | Conjunta | 75.316 | 40,87% | 119.881 | 50,19% | |
| | | Individual/arriendo | 20.070 | 10,89% | 20.102 | 8,42% | |
| | Enex | Conjunta | 30.400 | 16,50% | 50.233 | 21,03% | |
| | Esmax | | 58.512 | 31,75% | 48.618 | 20,36% | |
| | | Conjunta | 18.127 | 9,84% | 20.669 | 8,65% | |
| Macrozona 3 [Regiones de Atacama y Coquimbo] | Copec | | 28.843 | 37,25% | 35.536 | 44,57% | 3.631 |
| | | Conjunta | 25.043 | 32,34% | 31.704 | 39,77% | |
| | | Individual | 3.800 | 4,91% | 3.831 | 4,81% | |
| | Enex | Conjunta | 12.100 | 15,63% | 16.238 | 20,37% | |
| | Esmax | Individual | 36.493 | 47,13% | 27.949 | 35,06% | |
| Macrozona 4 [Regiones de Coquimbo, Valparaíso, Metropolitana, O'Higgins y Maule] | Adquim SPA | Arriendo | - | 0,00% | 4.250 | 0,56% | 4.308 |
| | Cabal | Arriendo | 4.250 | 0,67% | 4.250 | 0,56% | |
| | Copec | | 138.594 | 21,83% | 199.910 | 26,14% | |
| | | Conjunta | 72.842 | 11,47% | 83.338 | 10,90% | |
| | | Individual | 65.752 | 10,35% | 116.572 | 15,24% | |
| | Enap | Individual | 425.950 | 67,08% | 454.516 | 59,43% | |
| | Enex | | 30.000 | 4,72% | 69.099 | 9,04% | |
| | | Conjunta | 30.000 | 4,72% | 34.212 | 4,47% | |
| | | Individual | - | - | 34.887 | 2,26% | |
| | Esmax | | 26.687 | 4,20% | 24.040 | 3,14% | |
| | | Conjunta | 6.840 | 1,08% | 7.666 | 1,00% | |
| | | Individual | 19.847 | 3,13% | 16.374 | 2,14% | |
| | JLC | Individual/arriendo | 5.500 | 0,87% | 5.500 | 0,72% | |
| Santa Elena | Arriendo | 4.000 | 0,63% | 3.200 | 0,42% | | |
| Macrozona 5 [Regiones de O'Higgins, Maule, Ñuble, Biobío, Araucanía, Los Ríos y Los Lagos] | Adquim SPA | Arriendo | - | 0,00% | 1.500 | 0,35% | 4.318 |
| | Cabal | Arriendo | 1.250 | 0,31% | 1.500 | 0,35% | |
| | Copec | | 63.896 | 15,71% | 100.134 | 23,11% | |
| | | Conjunta | 47.360 | 11,65% | 59.021 | 13,62% | |
| | | Individual | 16.536 | 4,07% | 41.112 | 9,49% | |
| | Enap | Individual | 278.788 | 68,56% | 263.046 | 60,71% | |
| | Enex | | 29.400 | 7,23% | 36.606 | 8,45% | |
| | | Conjunta | 28.500 | 7,01% | 34.236 | 7,90% | |
| | | Individual | 900 | 0,22% | 2.370 | 0,55% | |
| | Esmax | | 23.660 | 5,82% | 21.415 | 4,94% | |
| | | Conjunta | 11.589 | 2,85% | 10.701 | 2,47% | |
| | | Individual | 12.071 | 2,97% | 10.714 | 2,47% | |
| | HN | Individual | 7.150 | 1,76% | 7.150 | 1,65% | |
| JLC | Arriendo | 1.500 | 0,37% | 1.500 | 0,35% | | |
| Santa Elena | Arriendo | 1.000 | 0,25% | 450 | 0,10% | | |
| Macrozona 6 [Región de Aysén] | Copec | Individual | 7.100 | 64,55% | 7.095 | 65,12% | 4.849 |
| | Enex | Conjunta | 2.000 | 18,18% | 1.900 | 17,44% | |
| | Esmax | Conjunta | 1.900 | 17,27% | 1.900 | 17,44% | |
| Macrozona 7 [Región de Magallanes] | Enap | Individual | 46.926 | 100,00% | 48.965 | 100,00% | 10.000 |

Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por las empresas³⁷.

³⁶ Los datos presentados en la tabla no consideran la capacidad que Copec, Enex y Esmax tienen arrendada en la planta de ENAP en Quintero, esto porque es una capacidad total asignada para las tres empresas. De acuerdo con lo informado por ENAP a esta Fiscalía en respuesta a Ord. N°783, entre las tres empresas la capacidad arrendada suma 38.000 m³ para gasolinas, 40.000 m³ para diésel y 14.000 m³ para kerosene.

³⁷ Respuestas de (i) Enex, con fechas 28 de abril de 2017, a Ord N°0619; 21 de diciembre de 2017 a Ord. N° 2327; 15 de octubre de 2019 a Ord. N°1901, y con fecha 15 de junio de 2021 a Ord.787; (ii) Esmax, con fechas 28 de abril de 2017, a Ord. N°0621; 4 de noviembre de 2019 a Ord. N°1899, y con fecha 29 de junio de 2021 a Ord. N°786. Esta última respuesta fue complementada en fecha 22 de julio de 2021; (iii) Copec, con fechas 8 de mayo de 2017, a Ord. N°0620; 30 de octubre de 2019 a Ord. N°1900; y con fecha 16 de junio de 2021 a Ord. N° 788; (iv) JLC con fechas 28 de abril de 2017 a Ord. N°0626 y 30 de junio de 2021 a Ord. N° 794; (v) HN, con fechas 25 de abril de 2017, a Ord. N°0627 y 16 de junio de 2021 a Ord. N°785; (vi) Cabal, con fecha 18 de octubre de 2019 a

Mapa N° 2: Participación de mercado en almacenamiento de los combustibles gasolinas automotrices, diésel y kerosene doméstico (2020)



Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por las empresas³⁸.

37. De la información presentada, se puede establecer que:

- En las macrozonas 1, 2, 3 y 6, la capacidad de almacenamiento está concentrada en un 100% en las empresas Copec, Enex y Esmax, siendo la primera el principal actor. En estas regiones no hay infraestructura de ENAP y dada la distancia, sus plantas de almacenamiento tampoco tienen influencia. En dichas macrozonas, el almacenamiento de propiedad conjunta representó más del 60% para el año 2020³⁹, a excepción de la 6, que fue de un 35%.
- En las macrozonas 4 y 5, ENAP es el principal actor, mientras que Copec es el segundo actor en importancia. En estas macrozonas, el

Ord. N°1913; y (vii) ENAP, con fechas 22 de mayo de 2017, a Ord. N°0622; y 16 de junio de 2021 a Ord. N°783.

³⁸ Ibid.

³⁹ Ya sea entre dos o tres compañías.

almacenamiento de propiedad conjunta representó menos del 25% de la capacidad total de almacenamiento.

- c) Por último, en la macrozona 7 (Región de Magallanes), ENAP es el único actor.
- d) En todas las macrozonas existe una alta concentración de mercado⁴⁰.

III.1.5 Condiciones de entrada al mercado

38. Como ha sido señalado, las empresas que no cuentan con plantas de almacenamiento pueden arrendar capacidad de almacenamiento a ENAP en sus instalaciones ubicadas en Maipú, San Fernando y Linares. Sin embargo, en las zonas donde ENAP no está presente, la empresa distribuidora debe construir una instalación dado que las distribuidoras Copec, Enex y Esmax no arriendan a terceros capacidad de almacenamiento, sea en plantas de propiedad individual o conjunta.
39. Según los antecedentes recabados, la instalación de una planta de almacenamiento es demorosa y costosa⁴¹ y, por lo tanto, difícilmente replicable, incluso por empresas comparables a Copec, Enex y Esmax, siendo un antecedente de ello el hecho de que la propiedad de la mayoría de la infraestructura de almacenamiento corresponde a un grupo de empresas que son competidoras en el mercado de distribución de combustibles líquidos, y no a una sola de ellas⁴².
40. La construcción de este tipo de instalaciones requiere contar con un terreno que esté emplazado en un lugar permitido para este fin. Dicho terreno además debe cumplir con requerimientos operacionales de conectividad con los centros de consumo (demanda) y de factibilidad de suministro ya sea mediante

⁴⁰ Según los valores establecidos por la FNE en su Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales de mayo de 2021.

⁴¹ Situación reconocida por el H. TDLC en Resolución N° 34/2011 TDLC, considerando 8.2.11; y por esta Fiscalía en investigaciones previas, como el Informe de aprobación de Fusiones de fecha 8 de junio de 2020 sobre la Adquisición de activos de Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada por parte de compañía de Petróleos de Chile COPEC S.A., Rol FNE F216-2019.

⁴² La OECD señala en su documento "*Principios de competencia en facilidades esenciales*", que el desarrollo conjunto de infraestructura por parte de empresas competidoras constituiría evidencia de que la misma sería esencial. Señala en dicho documento, párrafo 42: "(...). *Primero, se puede considerar la propiedad conjunta como evidencia clara de la calidad esencial, pues revela economías de escala de tal nivel que la prestación conjunta resulta más eficiente. (...)*". OECD, Foro Latinoamericano de Competencia, sesión I: Principios de competencia en facilidades esenciales, agosto de 2010. Disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2010\)10&docLanguage=Es](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2010)10&docLanguage=Es) [Última visita con fecha 20 de septiembre de 2022].

buque tanque u oleoducto (oferta). Por otra parte, existen limitaciones legales –planos reguladores regionales y comunales– y exigencias normativas, técnicas y medioambientales para su construcción.

41. La legislación ambiental dificulta la construcción de este tipo de instalaciones. Esta externalidad puede imposibilitar la construcción más allá de la capacidad económica de la empresa que desea construir una planta de almacenamiento. Según lo señalado por Copec a esta Fiscalía⁴³, el proceso completo para la construcción de una planta, desde la compra del terreno hasta su finalización, sería de aproximadamente 5 años en el caso de una instalación terrestre - abastecida por oleoducto-, y de 7 años en el caso de una marítima – abastecida por buques-.
42. Por su parte, la ampliación de la capacidad de almacenamiento puede demorarse entre uno y tres años, dependiendo de si hay necesidad o no de una aprobación medioambiental⁴⁴. Por lo tanto, aun considerando la posibilidad de entrada, ésta no se realizaría a tiempo ni sería efectiva⁴⁵.

III.2 Mercado de distribución mayorista de combustibles líquidos

43. Como ha sido señalado, Copec, Enx y Esmx enfrentan competencia por parte de terceros únicamente en la distribución y comercialización de gasolinas automotrices, petróleo diésel y kerosene doméstico; razón por la cual, en lo que sigue, el análisis se centrará en estos combustibles líquidos.

⁴³ Respuesta de Copec, de fecha 15 de diciembre de 2017, a Ord. N° 2330.

⁴⁴ Según lo declarado por ENAP ante la Fiscalía Nacional Económica en fecha 13 de abril de 2018.

⁴⁵ Así también lo establece el *Federal Trade Commission* (“FTC”) en el análisis que hizo sobre la adquisición de participación en *Kinder Morgan Inc.*, una empresa de transporte, almacenamiento y distribución de energía, por un fondo de inversión manejado por el Grupo *Carlyle y Riverstone Holdings LLC*, donde indica que, la entrada es difícil, requiriendo mucho tiempo, con participantes potenciales que enfrentarían sustanciales barreras en la forma de permisos y de restricciones de uso de la tierra. Véase: Analysis of Proposed Agreement Containing Consent Orders to Aid Public Comment, In the Matter of TC Group L.L.C., Riverstone Holdings LLC, Carlyle/Riverstone Global Energy and Power Fund II, L.P., and Carlyle/Riverstone Global Energy and Power Fund III, L.P., FTC No. 061-0197 (25 de enero de 2007). Disponible en <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/0610197-tc-group-llc-riverstone-holdings-llc-carlyleriverstone-global-energy-power-fund-ii-lp> [Última visita con fecha 7 de septiembre de 2022].

III.2.1 Distribución mayorista de los combustibles: gasolina automotriz, petróleo diésel y kerosene doméstico

III.2.1.1 Empresas participantes

44. Para esta gama de combustibles líquidos la distribución mayorista es realizada tanto por ENAP como por otras empresas. Dentro de estas últimas participan las distribuidoras de mayor tamaño, Copec, Enex y Esmax, como aquellas de menor tamaño, entre otras, Transportes y Comercializadora Santa Elena Limitada (“SESA”), HN, JLC y Compañía de Combustibles Cabal S.A. (“Cabal”)⁴⁶. Esta distribución se compone de un canal industrial, el cual incluye la venta directa a industrias, comercios o particulares, empresas de transporte, y un canal de venta a distribuidores minoristas -estaciones de servicio-.

III.2.1.2 Participaciones de mercado

45. Las participaciones de mercado en la distribución mayorista también fueron estimadas considerando las macrozonas definidas en el segmento de almacenamiento, esto en consideración que esta distribución se efectúa dentro del área de influencia de cada una de las plantas de almacenamiento. En el Cuadro N° 7 se presentan para cada macrozona, las participaciones de mercado -estimadas en función del volumen de ventas en m³- y el IHH. Ambos indicadores expresan que el mercado de distribución mayorista para este tipo de combustibles líquidos es altamente concentrado, especialmente en aquellas macrozonas donde la influencia de las plantas de ENAP no llega o es muy baja por la distancia. En efecto, en las zonas en donde hay presencia de ENAP, el IHH disminuye respecto a aquellas zonas en donde ENAP no tiene plantas de abastecimiento. No obstante, la concentración en este mercado sigue siendo muy alta en todas las macrozonas.

⁴⁶ Sin perjuicio de la existencia de otros distribuidores que contarían con contrato de abastecimiento directo con ENAP.

Cuadro N° 7: Participación de mercado en almacenamiento y distribución mayorista para el año 2020 de los combustibles gasolina automotriz, petróleo diésel y kerosene doméstico⁴⁷

| Macrozona | Empresa | Participación en almacenamiento % | Volumen en m3 | Participación en volumen % | HHI |
|--|---------|-----------------------------------|---------------|----------------------------|-------|
| Macrozona 1 [Regiones de Arica y Parinacota y Tarapacá] | Copec | 40,89% | 173.222 | 38,18% | 4.188 |
| | Enex | 20,15% | 232.052 | 51,15% | |
| | Esmax | 38,96% | 48.409 | 10,67% | |
| Macrozona 2 [Regiones de Antofagasta y Atacama] | Cabal | - | 154 | 0,01% | 5.581 |
| | Copec | 58,61% | 1.491.745 | 69,55% | |
| | Enex | 21,03% | 580.328 | 27,06% | |
| Macrozona 3 [Regiones de Atacama y Coquimbo] | Esmax | 20,36% | 72.614 | 3,39% | 4.079 |
| | Cabal | - | 4.521 | 0,76% | |
| | Copec | 44,57% | 263.145 | 44,37% | |
| Macrozona 4 [Regiones de Coquimbo, Valparaíso, Metropolitana, O'Higgins y Maule] | Enex | 20,37% | 265.814 | 44,82% | 2.391 |
| | Esmax | 35,06% | 59.604 | 10,05% | |
| | Cabal | 0,56% | 174.562 | 8,90% | |
| | Copec | 26,14% | 762.034 | 38,86% | |
| | JLC | 0,72% | 167.097 | 8,52% | |
| Macrozona 5 [Regiones de O'Higgins, Maule, Ñuble, Biobío, Araucanía, Los Ríos y Los Lagos] | ENAP | 59,43% | 230.876 | 11,77% | 2.261 |
| | Enex | 9,04% | 437.294 | 22,30% | |
| | Esmax | 3,14% | 189.199 | 9,65% | |
| | Cabal | 0,35% | 141.518 | 9,78% | |
| | Copec | 23,11% | 530.133 | 36,62% | |
| | HN | 1,65% | 7.358 | 0,51% | |
| Macrozona 6 [Región de Aysén] | JLC | 0,35% | 71.276 | 4,92% | 5.196 |
| | Copec | 65,12% | 45.346 | 64,82% | |
| | Enex | 17,44% | 2.712 | 3,88% | |
| Macrozona 7 [Región de Magallanes] | Esmax | 17,44% | 21.904 | 31,31% | 4.134 |
| | Copec | - | 56.833 | 57,10% | |
| | ENAP | 100,00% | 1.178 | 1,18% | |
| | Enex | - | 19.651 | 19,74% | |
| | Esmax | - | 21.871 | 21,97% | |

Fuente: elaborado en base a información entregada por las empresas distribuidoras⁴⁸.

46. Respecto a la relación entre la capacidad de almacenamiento y la participación de mercado en la distribución mayorista de este tipo de combustibles, se observa que para Copec existe una clara relación entre mayor capacidad de almacenamiento y mayor participación de mercado. Dicha relación tan directa no se aprecia en el resto de las empresas, en particular, en las macrozonas

⁴⁷ Se consideró a todas aquellas empresas que tienen suscritos contratos de almacenamiento con ENAP, faltando la información de la empresa Santa Elena y de una nueva distribuidora llamada Adquim. Esto sin perjuicio de que en el mercado existen otras empresas que tienen abastecimiento directo de ENAP y participan en el mercado mayorista de distribución.

⁴⁸ Respuestas de (i) Enex, con fecha 15 de junio de 2021, a Ord. N°787; (ii) Esmax, con fecha 29 de junio de 2021, a Ord. N°786; (iii) Copec, con fecha 16 de junio de 2021, a Ord. N°788; (iv) JLC, con fecha 30 de junio de 2021, a Ord. N°794, esta última complementada con respuesta de fecha 07 de agosto de 2021; (v) HN, con fecha 16 de junio de 2021, a Ord. N°785; (vi) Cabal, con fecha 30 de junio de 2021 a Ord.N°898; y (vii) Enap, con fecha 16 de junio de 2021, a Ord. N°783.

uno, dos y tres, Esmax a pesar de tener una mayor capacidad de almacenamiento que Enex, tiene una menor participación de mercado en comparación a esta empresa. Misma situación se observa para ENAP, que a pesar de tener una gran capacidad de almacenamiento en las macrozonas cuatro y cinco, tiene una baja participación de mercado. Sin embargo, es concluyente que, el contar con capacidad de almacenamiento permite tener presencia en la distribución mayorista en distintos mercados geográficos, esto se observa con las empresas distribuidores de menor tamaño, cuyo ámbito de distribución está sujeto solamente al área de influencia de las plantas de ENAP.

III.2.1.3 Condiciones de entrada al mercado

47. Respecto de las condiciones de entrada a este mercado, la jurisprudencia nacional ha reconocido la existencia de barreras de entrada, en particular, para aquellas empresas que deseen desarrollar infraestructura propia y operar geográficamente a mayor escala⁴⁹. Para ingresar al mercado de distribución mayorista es necesario contar con abastecimiento de combustible, acceso a infraestructura de almacenamiento y transporte; y acceso a la red minorista o a clientes industriales.
48. En relación con el abastecimiento y almacenamiento no se tendría mayores inconvenientes en aquellas zonas donde ENAP está presente, pudiendo el entrante contratar ambos servicios con dicha empresa. Sin embargo, la entrada y expansión en el mercado de distribución mayorista sería mucho más compleja en aquellas zonas donde no se encuentra ENAP.
49. De acuerdo con los antecedentes que serán desarrollados en el apartado IV.2, no se habría verificado acceso de terceros -tanto a almacenamiento como a carga de combustible- a las plantas incluidas en los contratos de operación conjunta. En este sentido, los contratos Comap y AOC establecen, por un lado, que para dar acceso a un tercero no propietario de las plantas se requiere unanimidad de las empresas comuneras⁵⁰; y por otro, que el carguío de camiones tanque únicamente puede ser realizado en aquellos camiones que se encuentren identificados con logos y colores de cada comunero⁵¹. Estas exigencias serían las causas de esa falta de acceso.

⁴⁹ Capítulo 8.3 de la Resolución N° 34/2011 TDLC.

⁵⁰ Artículo 10.2 del Acuerdo Comap y artículo 10.1 del AOC.

⁵¹ Artículo 14.1 tanto del Acuerdo Comap como del AOC.

50. Por otra parte, el potencial entrante necesita acceder al mercado de distribución tanto de clientes industriales como de estaciones de servicio. La empresa entrante puede desarrollar su red de estaciones de servicio mediante la adquisición de estaciones existentes y/o mediante la construcción de nuevos puntos; por lo que requerirá: (i) acceso a puntos de venta ya existentes; y (ii) disponibilidad de sitios para la construcción de nuevas estaciones de servicio. Como se detalla más adelante el acceso a la red minorista también presenta dificultades.
51. Por último, cabe señalar que las ventas que se realizan en el canal mayorista pueden ser efectuadas tanto en planta de almacenamiento (cliente retira con sus propios camiones el combustible), como en las instalaciones del cliente (distribuidora realiza el traslado del combustible hasta las instalaciones).

III.3 Mercado de distribución minorista de los combustibles: gasolina automotriz, petróleo diésel y kerosene doméstico

III.3.1 Empresas participantes

52. La distribución minorista o venta de combustibles por medio de estaciones de servicio se concentra en nuestro país en las distribuidoras de mayor tamaño, las que cuentan con una red nacional de estaciones y ofrecen otros servicios relacionados –mediante tiendas de conveniencia, estaciones de lavado, centros de lubricación, servicios higiénicos o cajeros automáticos– con un estándar de calidad similar que las posiciona como competidoras cercanas. Las mayoristas HN, SESA, JLC y Cabal también intervienen en actividades minoristas mediante la operación de algunas estaciones de servicio, mientras que compañías no integradas participan mediante una o más estaciones bajo marcas propias o sin marca⁵².

III.3.2 Participaciones de mercado

53. Respecto del cálculo de las participaciones de mercado en la distribución minorista, tanto este Honorable Tribunal, como la Fiscalía han señalado que, para ello, debe considerarse el mercado relevante geográfico definido en términos locales⁵³. Sin perjuicio de lo establecido en la jurisprudencia, en el

⁵² Informe aprobación Rol FNE F209-2019 “Adquisición de activos de Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada por parte de Empresa Nacional de Energía ENEX S.A.”, p. 6.

⁵³ Resolución N° 39/2012 TDLC, considerando 8.5. En el mismo sentido, Informes de aprobación de fusiones por parte de la Fiscalía Nacional Económica, a modo de ejemplo, “Adquisición de activos de Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada por parte de compañía de Petróleos de Chile COPEC S.A”. Rol FNE F216-2019.

presente caso, al ser un análisis que comprende más segmentos de la industria de los combustibles líquidos, se considera pertinente establecer las participaciones según las macrozonas definidas en el segmento de almacenamiento.

54. En esa línea, el Cuadro N° 3 presentan para cada macrozona, las participaciones de mercado -estimadas en función del volumen de ventas en m³- y el IHH, ambos indicadores denotan que el mercado de distribución minorista es mucho más concentrado que el de distribución mayorista, teniendo Copec una participación de mercado en la distribución minorista superior al 60% en cada una de las macrozonas, siendo el dominante en todas ellas.

Cuadro N° 3: Participación de mercado en distribución minorista de combustibles líquidos⁵⁴

| Macrozona | Empresa | Volumen en m3 | % de participación | HHI |
|--|---------|---------------|--------------------|-------|
| Macrozona 1 [Regiones de Arica y Parinacota y Tarapacá] | Copec | 181.374 | 74,54% | 5.893 |
| | Enex | 24.853 | 10,21% | |
| | Esmax | 37.096 | 15,25% | |
| Macrozona 2 [Regiones de Antofagasta y Atacama] | Copec | 459.387 | 76,81% | 6.169 |
| | Enex | 66.640 | 11,14% | |
| | Esmax | 72.084 | 12,05% | |
| Macrozona 3 [Regiones de Atacama y Coquimbo] | Copec | 462.826 | 71,01% | 5.503 |
| | Enex | 123.724 | 18,98% | |
| | Esmax | 65.233 | 10,01% | |
| Macrozona 4 [Regiones de Coquimbo, Valparaíso, Metropolitana, O'Higgins y Maule] | Cabal | 10.517 | 0,23% | 4.868 |
| | Copec | 2.921.119 | 64,81% | |
| | Enex | 1.074.622 | 23,84% | |
| | Esmax | 446.693 | 9,91% | |
| | JLC | 30.567 | 0,68% | |
| Macrozona 5 [Regiones de O'Higgins, Maule, Ñuble, Biobío, Araucanía, Los Ríos y Los Lagos] | Copec | 2.128.032 | 67,17% | 5.035 |
| | Enex | 597.938 | 18,87% | |
| | Esmax | 407.767 | 12,87% | |
| | HN | 34.480 | 1,09% | |
| Macrozona 6 [Región de Aysén] | Copec | 50.004 | 70,63% | 5.430 |
| | Enex | 12.011 | 16,96% | |
| | Esmax | 8.786 | 12,41% | |
| Macrozona 7 [Región de Magallanes] | Copec | 53.924 | 61,28% | 4.512 |
| | Enex | 15.411 | 17,51% | |
| | Esmax | 18.661 | 21,21% | |

Fuente: elaborado en base a información entregada por las empresas distribuidoras⁵⁵

⁵⁴ Se consideró a todas aquellas empresas que tienen suscritos contratos de almacenamiento con ENAP, faltando únicamente la información de las distribuidoras Santa Elena y Adquim. Esto sin perjuicio de que en el mercado existen otras empresas que tienen abastecimiento directo de ENAP y participan en el mercado minorista de distribución.

⁵⁵ Respuestas de (i) Enex, con fecha 15 de junio de 2021, a Ord. N°787; (ii) Esmax, con fecha 29 de junio de 2021, a Ord. N°786; (iii) Copec, con fecha 16 de junio de 2021, a Ord. N°788; (iv) JLC, con

III.3.3 Condiciones de entrada al mercado

55. Respecto de las condiciones de entrada en el mercado de distribución a través de estaciones de servicio, la jurisprudencia nacional ha reconocido la existencia de barreras de entrada en la distribución minorista, que se desarrollan a continuación⁵⁶.
56. Con relación al abastecimiento de combustible para el canal minorista, las estaciones de servicio de marcas independientes, más conocidas como bandera blanca, enfrentan las mismas barreras que han sido descritas en la distribución mayorista para aquellas zonas donde ENAP no está presente⁵⁷.
57. En torno a la construcción de nuevas estaciones de servicio, las barreras serían relevantes para zonas geográficas específicas, principalmente urbanas, producto de la saturación de espacios físicos o de la prohibición o limitación de nuevas instalaciones mediante planes reguladores comunales –debido al importante número de estaciones de servicio o a la seguridad de su instalación cerca de zonas residenciales o de servicios–⁵⁸.
58. Respecto de las condiciones de entrada para distribuidores minoristas no integrados, esta Fiscalía ha señalado que las características del mercado hacen que esas condiciones sean menos favorables que las enfrentadas por las distribuidoras de mayor tamaño. Algunas de esas características son las particularidades del mercado inmobiliario, los montos de inversión y los plazos de instalación, además de desventajas en costos y servicios adicionales – particularmente, planes de fidelización–. Adicionalmente, las características propias de la industria dificultarían una entrada oportuna dado que el tiempo para una entrada sería superior a los dos años⁵⁹.

fecha 30 junio de 2021, a Ord. N°794, esta última complementada con respuesta de fecha 07 de agosto de 2021; (v) HN, con fecha 16 junio de 2021, a Ord. N°785; y (vi) Cabal, con fecha 30 de junio de 2021 a Ord.N°898.

⁵⁶ Resolución N°39/2012 TDLC, considerando 8.31.

⁵⁷ En el informe de aprobación Rol F65-2016 referido a la “Operación de concentración por traspaso de estación de servicio a Copec”, se indica que “(...) los operadores de estaciones de servicio de bandera blanca podrían enfrentar dificultades si carecen de plantas de abastecimiento cercanas, (...)”, párrafo 60.

⁵⁸ Resolución N° 34/2011 TDLC, considerandos 8.1, 8.2, 8.3, 9 y 10; y Resolución N° 39/2012 TDLC, considerandos 8.6, 8.22, 8.28, 8.30, 8.31, 8.32, 9.15, 9.16, 9.17, 10.33 y 11.4.

⁵⁹ Informe de aprobación Rol FNE F216-2019, referido a la “Adquisición de activos de Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada por parte de Compañía de Petróleos de Chile Copec S.A.”

III.4 Conclusión

59. Los mercados de almacenamiento y de distribución mayorista y minorista, para todos los tipos de combustibles líquidos, están altamente concentrados, con un distribuidor claramente importante -Copec-, presentando además altas barreras para la entrada y expansión de nuevos competidores⁶⁰. En lo que se refiere al almacenamiento, existen seis regiones en las cuales sólo participan las empresas comuneras, en tres de ellas como competidoras⁶¹ y en las otras tres participan de manera conjunta⁶², determinando que la oferta en los mercados de distribución, tanto mayorista como minorista esté prácticamente concentrada en estas empresas.

IV. RIESGOS PARA LA COMPETENCIA MATERIA DE ESTA CONSULTA

60. En el caso particular de los contratos de operación conjunta es posible apreciar riesgos relevantes para la libre competencia, tanto de coordinación como de exclusión de competidores del mercado, los cuales, como se expondrá a continuación, están íntimamente relacionados con las características estructurales que presentan los mercados en los que inciden esos contratos.

IV.1 Riesgos de Coordinación e intercambios de información

61. Los mercados analizados en la presente Consulta exhiben factores estructurales que, de acuerdo con la literatura, facilitan la coordinación⁶³.

62. Según se ha examinado, esos mercados observan una elevada concentración, hecho que, de acuerdo con lo señalado por este H. Tribunal en Resolución N° 51/2018 TDLC, puede suponer por sí mismo un alto riesgo de coordinación.

⁶⁰ La elevada concentración en los segmentos de distribución mayorista y minorista es de larga data. En efecto, este H. Tribunal así lo reconocía en la Resolución N° 34/2011 TDLC, en autos caratulados “Consulta de Copec S.A. sobre los efectos en Chile de su participación en la propiedad de Terpel Colombia y Medidas de Mitigación”, en la cual en su considerando 9.2 señaló: “(...) el análisis realizado en la presente resolución da cuenta de la existencia de una elevada concentración en los mercados mayorista y minorista. (...). Adicionalmente, la existencia de barreras a la entrada y, en general, a la expansión de competidores (...)”.

⁶¹ En las regiones de Tarapacá, Atacama y Coquimbo están las plantas de propiedad conjunta de Enex y Copec bajo el acuerdo Comap y las de propiedad individual de Esmax.

⁶² En las regiones de Arica y Parinacota están solamente Enex y Copec con sus plantas bajo el acuerdo Comap, y en las de Antofagasta y Los Lagos donde están en forma conjunta las tres empresas distribuidoras, es decir, Enex, Copec y Esmax.

⁶³ Ver: Comisión Europea, *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal*, 2011, pp. 10, 11, 17 y 18; y Motta, M. (2018). *Política de competencia: teoría y práctica*. Fondo de Cultura Económica, Capítulo IV.

También presentan una sustancial integración vertical con pocos participantes, constituyendo un mercado maduro que, además tiene homogeneidad de producto y frecuente interacción entre competidores. A lo anterior, se suma la transparencia en los precios de venta al público en estaciones de servicio, lo que podría generar cambios en los incentivos para competir y en la toma independiente de decisiones⁶⁴.

63. Estos riesgos se ven acrecentados con los contratos analizados, la aplicación práctica que se origina a causa de ellos y la suscripción de contratos de reciprocidades entre plantas afectas a operación conjunta como de propiedad individual, todo lo cual genera riesgos de intercambio de información sensible relacionada con volúmenes, planes de inversión y otros aspectos vinculados, según se pasa a explicar.

IV.1.1 Mercado de almacenamiento

64. A propósito de los contratos de operación conjunta, de la operación práctica que existe en las plantas comunes, y entre aquellas y/o las plantas de propiedad individual (por medio de contratos de reciprocidades), existen riesgos de coordinación por el traspaso de ciertas categorías o tipos de información, a saber:

i) Información sobre proyectos de inversión conjunta

65. Los contratos entre las empresas comuneras contemplan planes de mediano y largo plazo para la realización de proyectos de inversión conjunta en las plantas de almacenamiento. Como se señaló, el denominado AOC considera las necesidades de las demandas futuras -de las tres empresas- en el mercado⁶⁵.
66. Estos temas se discuten en las reuniones entre las empresas comuneras en el contexto de los contratos consultados, donde se entregan proyecciones de demanda de mediano y largo plazo.

⁶⁴ Actualmente en la página web <http://www.bencinaenlinea.cl/> de la Comisión Nacional de Energía, se muestra información diaria y actual del precio de las bencinas de todas las estaciones de servicio en el territorio nacional. Sobre esta transparencia, Luco, F. (2019) en Who benefits from information disclosure? The case of retail gasoline. *American Economic Journal: Microeconomics*, 11(2), 277-305, ha señalado que el aumento en la transparencia del mercado de la gasolina ha aumentado los márgenes y disminuido la dispersión de precios.

⁶⁵ Véase, el artículo 5.1 del AOC.

67. Aunque esta información podría considerarse como necesaria para la operación y planificación de ampliaciones futuras de las plantas respectivas, también podría permitir a los competidores conocer las intenciones de expansión de los demás y la demanda futura, así como podría inhibir estrategias individuales más agresivas las que serían conocidas por sus competidores, disminuyendo la incertidumbre en los mercados de distribución.
- ii) Información sobre volúmenes y existencias
68. Con relación a los volúmenes, los antecedentes revisados indicarían que las empresas comuneras accederían a datos de ingresos y egresos de combustibles líquidos de sus competidores en las instalaciones de almacenamiento que comparten⁶⁶. Lo anterior, a pesar de que en los contratos establecen que dicha información debe ser entregada a cada comunero, sin incluir a sus competidores⁶⁷. Parte de esa información se reporta en forma periódica⁶⁸.
69. También, las empresas comuneras accederían a los inventarios y rotación de existencias de combustible de su competencia, esto a pesar de que, al igual que en el caso mencionado en el párrafo anterior, la información debiera ser entregada a cada comunero sin datos de sus competidores⁶⁹⁻⁷⁰. En ciertos casos, esa información se estaría reportando en forma mensual, con datos del mes pasado.
70. Por lo tanto, sería posible que las empresas comuneras conozcan los movimientos de sus competidores en todas las plantas de almacenamiento regidas por contratos de operación conjunta.

⁶⁶ Esto es facilitado porque a propósito del suministro de combustible por parte de ENAP existe una coordinación conjunta para dicha operación entre la señalada empresa y las distintas distribuidoras.

⁶⁷ En particular, el acuerdo Comap y el AOC, señalan que el operador debe entregar a cada comunero, al inicio de cada día hábil, el detalle de las entregas y despachos, por producto, de ese comunero. AOC, artículo 16.2, letra a.: “El Operador deberá entregar a cada Comunero al inicio de cada día hábil, los detalles de las entregas y despachos por Producto por Comunero del día anterior (...)”. En sentido, similar el artículo 16.2.a del acuerdo Comap.

⁶⁸ Nos estamos refiriendo específicamente a los cierres operacionales diarios.

⁶⁹ Ambos acuerdos -Comap y AOC también estipulan que el operador debe entregar a cada comunero, en forma mensual, los detalles de su inventario por producto. AOC, artículo 16.3: “A la brevedad posible después del fin de cada mes y, en todo caso, antes del segundo día hábil después del fin de ese mes, el Operador deberá informar a los Comuneros de las variaciones de inventario de ese mes junto con el Volumen Movido total por Producto durante ese mes. Dichas variaciones de inventario deberán ser repartidas entre los comuneros en proporción a su Volumen Movido total de ese Producto durante ese mes con respecto al Volumen Movido total de ese Producto ese mes y se ajustará el libro de existencias por consiguiente”. En sentido similar, artículo 16.3 del acuerdo Comap.

⁷⁰ La información estaría desagregada en forma diaria por producto y por compañía (lo que constaría en los denominados “Informes de Existencias”).

71. Incluso, los antecedentes analizados darían cuenta de que el traspaso de información que se ha indicado se extendería a plantas que operan bajo distintos contratos de propiedad conjunta y/o a plantas de propiedad individual, debido a la suscripción de los contratos de reciprocidad.
72. En resumen, la operación práctica de los contratos de operación conjunta permitiría a Copec, Esmax y Enex acceder a datos sobre volúmenes (por compañía y combustible) que tendrían carácter estratégico y privado⁷¹. En general, esa información se entregaría con alta frecuencia y tendría escasa antigüedad. Tales características, según las directrices de la Unión Europea, poseen el potencial de producir riesgos a la competencia⁷².
- iii) Información a propósito de la coordinación de abastecimiento con ENAP
73. También se genera un riesgo de coordinación por la actuación conjunta ejecutada por Copec, Enex y Esmax respecto del abastecimiento de combustible en cada una de las plantas de almacenamiento en su relación con ENAP.
74. Esta última empresa señaló en la investigación que⁷³, de acuerdo con el documento “*Programación y coordinación del suministro*”⁷⁴, realiza con cada compañía una programación anual, mes por mes, producto por producto, lugar por lugar; ratificando o ajustando el décimo día de cada mes los volúmenes programados para el mes siguiente, elaborando así un programa final mensual de entrega.
75. Para confeccionar dicho programa y para organizar el suministro marítimo de las plantas de almacenamiento (ajustar las capacidades y el cronograma de

⁷¹ La información relacionada con volúmenes ha sido considerada de carácter estratégico y sensible por este H. TDLC para efectos de operar y competir en el mercado. En particular, en Resolución N° 51/2018 TDLC, considerando 124, consideró especialmente relevantes los riesgos provenientes del intercambio de información sobre volúmenes e inversiones futuras, constituyendo un riesgo que está agravado ya que se podría predecir el comportamiento futuro de los competidores por tratarse de un mercado maduro: “*Por cierto, dicha información comercial sensible se refiere principalmente a cantidades. Si bien, la información de cantidades de GLP ya adquirido puede ser obtenida de manera agregada a través de bases de datos públicas (tal como lo hizo la FNE en su aporte de antecedentes, donde detalla las principales empresas importadoras de GLP por año a partir de información obtenida de Aduanas, según consta a fojas 1104), el riesgo persiste, pues por medio de Gasmar es posible conocer información referida a cantidades, estrategias comerciales e inversiones futuras. Este riesgo se agrava si se considera que, de esta información, es posible predecir comportamientos competitivos futuros en el mercado aguas abajo, dado que se trata de un mercado maduro*”.

⁷² “*Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal*”, 2011/C 11/01, N° 86 y ss., p. 19-21.

⁷³ Declaración ENAP, de fecha 13 de abril de 2018.

⁷⁴ Este documento constituye un anexo al contrato de suministro de combustibles que tiene ENAP con las empresas distribuidoras mayoristas.

descarga en cada terminal), ENAP realiza, una vez al mes, reuniones conjuntas con el personal de abastecimiento de las compañías. A pesar de que esas reuniones tendrían un fin operativo, ellas se traducen en un documento con información desglosada de la programación mensual propuesta de carga/descarga por compañía, planta y producto, el cual se comparte con las empresas comuneras. En ese documento también se incluye información de plantas de propiedad individual⁷⁵.

76. Esa información, permitiría a las empresas mencionadas conocer los volúmenes de abastecimiento en las plantas de almacenamiento y su costo de suministro, facilitando la generación de riesgos de coordinación en los mercados aguas abajo.
77. Se debe indicar que este tipo de información circula a propósito de las actividades de descarga que se producen en los terminales marítimos, desde los cuales los volúmenes descargados se conducen a las plantas de almacenamiento de uso compartido y/o individual.
- iv) Intercambio facilitado por los contratos de operación conjunta y su relación con las plantas de almacenamiento no compartida
78. Sobre esta materia, los contratos consultados establecen expresamente que los comuneros tendrán acceso a antecedentes de los demás comuneros⁷⁶.
79. Además, en el caso de Enex y Esmax, los ejecutivos de esas empresas que participan como directores titulares y suplentes declararon que ellos reportan directamente al Gerente General de cada una de esas empresas, o bien, que la información queda disponible para cualquiera que lo necesite⁷⁷.
80. Incluso Copec creó una mesa de trabajo entre áreas de abastecimiento y ventas⁷⁸, lo que facilitaría el traspaso de información a otras secciones de esa

⁷⁵ Esto sin perjuicio de que según lo señalado por ENAP el documento en su versión definitiva es remitido en forma individual a cada compañía conteniendo únicamente la información que le corresponde. Con todo, no se observa mucha diferencia entre la propuesta y el documento definitivo.

⁷⁶ Por ejemplo, el Reglamento Operación Planta Chacabuco establece que: “3.4.5 Cada comunero estará facultado para verificar, investigar y controlar periódicamente los gastos e inversiones cobrados por la otra; 3.4.6 Todas las comunicaciones, relaciones y autorizaciones oficiales entre ambas comuneras deberán ser canalizadas a través de los Departamentos de Distribución de las respectivas Compañías”.

⁷⁷ Así ocurre en el caso de la declaración Enex, de fecha 20 de marzo de 2018, donde el gerente de operaciones Alan Sherwin, declaró que de lo tratado en las reuniones del comité reporta al gerente general. Lo mismo sucede en Esmax, porque Pablo Munita (director del comité y gerente de operaciones de Esmax), señaló que la información de los comités queda en una carpeta y está a disposición de quien lo requiera (declaración Esmax de fecha 27 de marzo de 2018).

⁷⁸ De acuerdo con los antecedentes tenidos a vista, al menos en abril de 2017, surgió la necesidad en Copec de reunir a las gerencias de operaciones y de ventas con miras a “generar planes que

compañía. Al respecto, cabe destacar que como política de competencia se recomienda extremar los esfuerzos para que las áreas de ventas y comercialización no tengan acceso ni contacto con aquellas divisiones implicadas más directamente en los potenciales traspasos de información y para el caso que ello ocurra, se exige la asistencia de asesoría legal⁷⁹, lo que en este caso no se cumpliría.

81. Por otro lado, la ejecución y aplicación de los contratos de reciprocidad, permite el otorgamiento de facilidades, canjes, préstamos de productos y otros actos comerciales que se celebran por Copec, Enex y Esmax entre plantas regidas por uno o más contratos de propiedad conjunta y/o plantas de propiedad individual de algunas de ellas. En base a esos actos comerciales los productos se almacenan o disponen en plantas distintas de aquellas a las que naturalmente (sin el contrato de reciprocidad) iban destinados. Así, entonces, al momento de informar sobre esos almacenamientos, también se generan riesgos de coordinación.
 82. Finalmente, los acuerdos Comap y AOC restringen la operación de las plantas en lo referente a la carga de combustible. En relación con las entregas de producto, el acuerdo Comap señala que la utilización de las mesas de carga por hora se realizará de conformidad a la fracción de propiedad de la planta. Por su parte, el AOC, limita este modo de operación a los periodos de alta demanda⁸⁰. Al respecto, esta situación podría facilitar la coordinación de sus participaciones en los mercados aguas abajo, limitando la toma independiente de decisiones mediante, por ejemplo, un aumento de la tasa de rotación de uso de la planta.
- v) Riesgos de intercambio de información en el contexto del funcionamiento de los comités creados en los contratos de colaboración

apunten a cumplir los objetivos de la compañía, entendiendo los objetivos y misión de cada área” . De los antecedentes recopilados la primera reunión de trabajo de estas divisiones habría ocurrido el 28 de abril de 2017, donde la ex Gerenta de Copec, doña Lorena Oliver indicó que se trata de una iniciativa muy buena “pues nos ponemos al servicio de los clientes y entre todos buscamos las mejoras para tener un negocio más eficiente, más seguro y más íntegro”.

⁷⁹ FNE, Asociaciones Gremiales y Libre Competencia, 2011, p. 37. Disponible en: https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/guia_-asociaciones_-gremiales.pdf

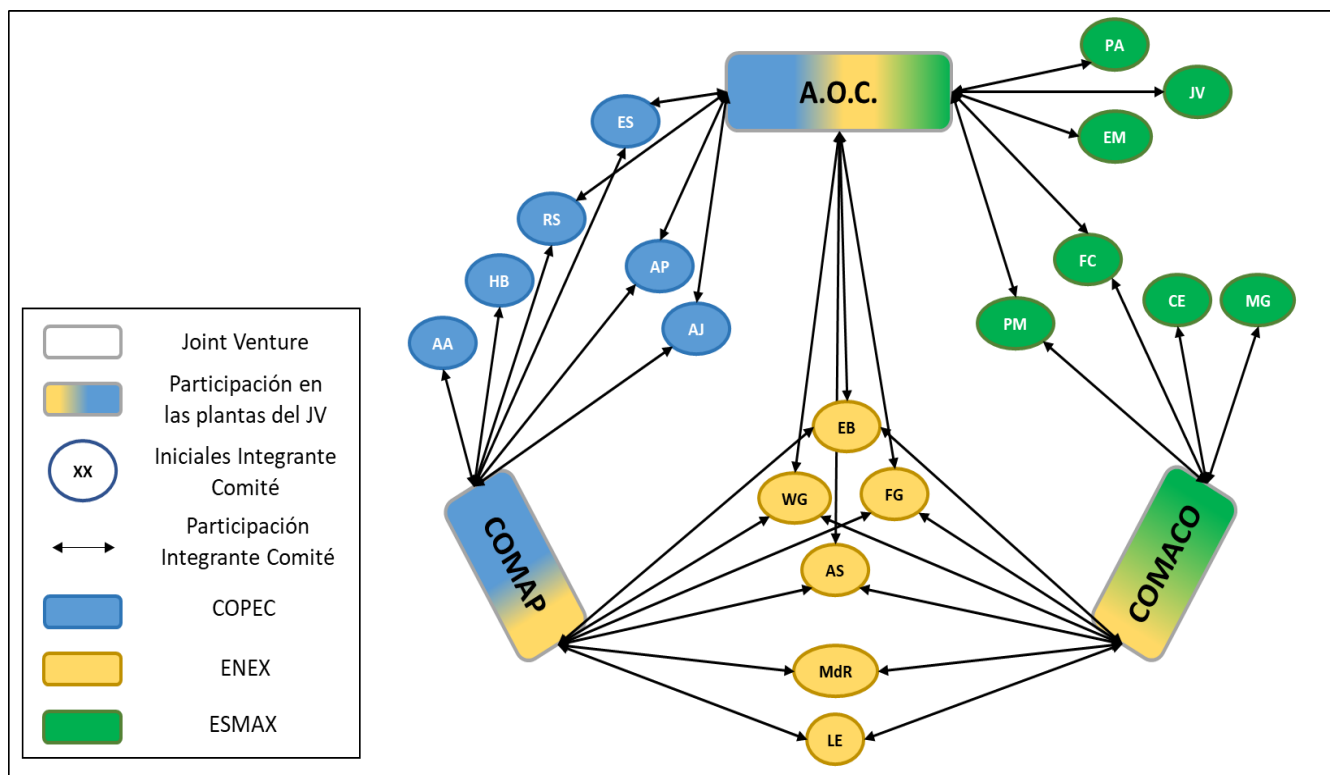
⁸⁰ El acuerdo Comap en su artículo 9.3 señala: “*la utilización de las mesas de carga por hora y en particular para los lapsos de tiempo que se encuentren con alta demanda, deberá gestionarse de acuerdo a la Fracción de Propiedad (1/3 Enex y 2/3 Copec). Sin embargo, si existe disponibilidad y requerimiento de uno de los Comuneros, este podrá utilizar las mesas disponibles”*. Por su parte, el AOC indica: “*durante los peaks de despacho, la distribución de la utilización de las mesas de carga se efectuará de acuerdo a la Fracción de Tenencia”* [artículo 9.3].

83. El funcionamiento de los comités creados en los contratos consultados aumenta los riesgos de coordinación por el eventual acceso a distintos tipos de información sensible, manejada en la administración de las plantas comunes.
84. En este sentido, los miembros de los comités de los acuerdos Comap y AOC tienen derecho a conocer en cualquier momento la información pertinente de la operación conjunta⁸¹. Además, los gerentes y subgerentes ostentan cargos principalmente relacionados con las áreas de abastecimiento y logística y deben reunirse como mínimo dos veces por año en las oficinas de cada comunero en forma alternada⁸².
85. Asimismo, según los antecedentes con que cuenta esta Fiscalía, cada empresa tiene sistemas informáticos que registran información asociada a las interacciones y gestión de los abastecimientos, funcionamientos de las plantas y despachos. Datos generados por esos sistemas potencialmente podrían estar siendo circulados con empresas distintas de las titulares de la información respectiva. De hecho, se detectó que existe un sistema informático de Copec (SAP MII) que registra información desagregada de Copec, Enex y Esmax.
86. Debido a lo anterior, el gráfico siguiente exhibe la manera en que se llevaría a cabo la interacción entre los diferentes miembros de los Comités:

⁸¹ AOC, artículo 2.2: *“La Operación Conjunta será estructurada como sigue: Los intereses de los Comuneros estarán representados por el Comité Compañías. El Comité Compañías deberá dirigir la implementación del Acuerdo y después servir de enlace en los asuntos operacionales del día a día. Las responsabilidades del Comité Compañías incluirán además, la dirección y control del Operador. El Operador será responsable ante el Comité Compañías por la administración diaria y el funcionamiento de las Instalaciones. **Cada miembro del Comité Compañías tendrá acceso a la información pertinente de la Operación Conjunta en cualquier momento, sin perjuicio de la obligación de confidencialidad indicada en el Artículo 28**”* [El resaltado es nuestro]. En sentido similar, el artículo 2.2 del acuerdo Comap.

⁸² Esto en particular en los casos de los acuerdos Comap y AOC.

Gráfico N° 1. Interacción entre los distintos comités de los acuerdos y entre los representantes de cada comité⁸³



Fuente: Elaboración propia en base a información entregada por las empresas distribuidoras.

87. En este contexto, las partes durante la investigación han acompañado protocolos sobre intercambio y manejo de información sensible en las operaciones conjuntas⁸⁴. Sin embargo, de su análisis se aprecia que son insuficientes para mitigar los riesgos de coordinación descritos.
88. Los tres protocolos acompañados corresponden al: (i) Protocolo sobre intercambio y manejo de Información Sensible en Operaciones Conjuntas entre Enex S.A. y Esmax Distribución SpA; (ii) Protocolo sobre intercambio y manejo de Información Sensible en Operaciones Conjuntas entre Copec S.A., Enex S.A. y Esmax Distribución SpA; y (iii) Protocolo Intercambio Información Sensible Comap (para referirse en conjunto a todos ellos “protocolos”).
89. Todos ellos tienen el mismo contenido y señalan que se mantendrán vigentes durante el tiempo que se prolonguen las operaciones conjuntas y con

⁸³ Los nombres de los representantes y su respectiva sigla son: 1) Copec: Alejandro Álvarez (AA), Henri Bouffanais (HB), Rodrigo Silva (RS), Eduardo Sáez (ES), Alejandro Pino (AP), Alfredo Jalón (AJ); 2) Enex: Edgar Berg (EB), Waldo González (WG), Francisco Guzmán (FG), Alan Sherwin (AS), Mario del Río (MdR), Luis Espinoza (LE). Esmax: Patricio Arriagada (PA), Jorge Vargas (JV), Eugenio Montenegro (EM), Felipe Cid (FC), Pablo Munita (PM), Claudio Errázuriz (CE), Mauricio Guevara (MG).

⁸⁴ Conforme a los antecedentes recabados, tales protocolos son recientes, ya que fueron implementados en octubre del año 2019, sin perjuicio que los acuerdos originales contemplan algunas reglas de confidencialidad que en opinión de esta Fiscalía resultan insuficientes para mitigar los riesgos identificados. Por ejemplo, el artículo 28 del AOC, señala una regulación de confidencialidad durante el acuerdo y una vez terminado el acuerdo.

posterioridad a la misma, mientras la información tenga el carácter de información comercialmente sensible.

90. Llama la atención, en primer lugar, que los protocolos solamente obliguen a los funcionarios que interactúan en, o tienen relación directa con, las instalaciones de almacenamiento involucradas en las operaciones conjuntas, pero no a personal de mayor jerarquía, lo que obviamente limita su alcance y efectividad⁸⁵.
91. En segundo término, respecto a la prestación de servicios de asesoría, colaboración, participación como mandatarios o directores de operaciones conjuntas, se consagra que se evitará la participación de colaboradores o dependientes que desempeñen funciones en áreas comerciales o de marketing “*en la medida de lo posible*”, cuestión que no asegura la exclusión de dichos colaboradores de obtener información comercialmente sensible que pueda afectar el desempeño competitivo de las respectivas empresas⁸⁶.
92. En tercer lugar, los volúmenes de abastecimiento y existencias en plantas no se incluyen como información sensible⁸⁷. De esta forma, por ejemplo, queda fuera de los protocolos la información compartida a propósito de la relación

⁸⁵ Hasta antes de octubre de 2019, la información a que las empresas tenían acceso en los comités que administran estas plantas no estaba sujeta a ningún protocolo especial al interior de ellas que impidan que la misma pudiera ser utilizada con fines diferentes a los relativos a la administración y operación de estas plantas de almacenamiento. En efecto, en respuesta a los primeros oficios de esta Fiscalía, Copec, Esmax y Enex acompañaron sus programas de cumplimiento y de libre competencia, observándose que ninguno trataba en forma específica a la situación de las plantas compartidas. Asimismo, sus representantes confirmaron en tomas de declaración que se aplicaban sobre esta materia las normas generales que cada empresa se había autoimpuesto sobre “cumplimiento” corporativo, de buenas prácticas o de ética empresarial, no contemplándose normativas específicas referidas a las plantas de operación compartida con sus competidores.

⁸⁶ Se debe señalar que tales instrumentos siguen muy de cerca a los protocolos implementados al cierre de la investigación Rol N° 2357-15 FNE: “Investigación sobre condiciones de acceso y competencia en el mercado eléctrico de la zona central”, donde uno de los aspectos investigados fueron las exportaciones conjuntas de gas hacia la República Argentina efectuadas por ENAP, AGESA y ENEL, en los que se implementaron protocolos de libre competencia sobre dichas operaciones para mitigar riesgos de coordinación. Los riesgos por mitigar en la presente Consulta son de una entidad y gravedad muy diferentes. Con todo, en ese caso las empresas que realizaban las exportaciones, si bien pueden competir en algunos mercados, tienen sus actividades principales en mercados diferentes, a diferencia de lo que sucede con Copec, Enex y Esmax, que son competidoras directas. Por otra parte, las exportaciones de gas hacia Argentina investigadas en el Rol N° 2357-15 FNE se realizan de manera intermitente, no continua -algunos años sí y otros no- solamente en los meses del invierno en el hemisferio sur (mayo, junio y julio), ante situaciones de escasez de gas en el país trasandino, lo que contrasta con lo que sucede con las plantas que administran de manera conjunta Copec, Enex y Esmax, que llevan operando de manera continua y en conjunto desde hace ya varias décadas, a nivel nacional, comprometiendo en ello una parte relevante del suministro de producto de cada una de ellas. Por lo señalado, se estima que los riesgos de coordinación comprometidos en la investigación Rol N° 2357-15 FNE en comparación con los observados en el presente caso son de un grado de gravedad muy diferentes, que permiten arribar a la conclusión que los protocolos en este caso son insuficientes para mitigar los riesgos de coordinación expuestos.

⁸⁷ Ver párrafo segundo, cláusula 1 de protocolos.

con ENAP. Lo anterior, en circunstancias que los contratos de servicios de terminal marítimo y almacenamiento de productos refinados entre Enap Refinerías S.A con las empresas comuneras catalogan como sensibles los datos sobre volúmenes⁸⁸.

93. Como cuarta cuestión, ciertas partes de su contenido no resguardan suficientemente los riesgos materia de esta Consulta: (i) todos los casos que se han mencionado en esta presentación como ejemplos de riesgos de traspasos de información, no se habría cumplido con las reglas establecidas en los protocolos; (ii) además, el artículo 28.1.c) de cada protocolo admite que se entregue información a terceros en tanto sea necesario “*para el desarrollo de sus obligaciones en la operación conjunta*”, sin embargo, ningún tercero puede tener obligaciones asociadas a la operación conjunta, de forma que esa regla resulta una protección inadecuada; y, (iii) el artículo 28.1.d) de cada protocolo consagra que la información confidencial no puede usarse para propósitos comerciales, pero los préstamos o ventas a propósito de los contratos de reciprocidad son ejemplo de acciones comerciales que se desarrollan en base a la entrega, en general, de información que tendría la potencialidad de ser comercialmente sensible.
94. Por lo tanto, es opinión de esta Fiscalía que los protocolos para la operación de sus plantas de uso conjunto son insuficientes para mitigar los riesgos de coordinación.
95. Ello se ve empeorado porque los protocolos internos de las empresas comuneras no contienen un tratamiento adecuado de políticas de control de uso de información sensible en las plantas compartidas⁸⁹.

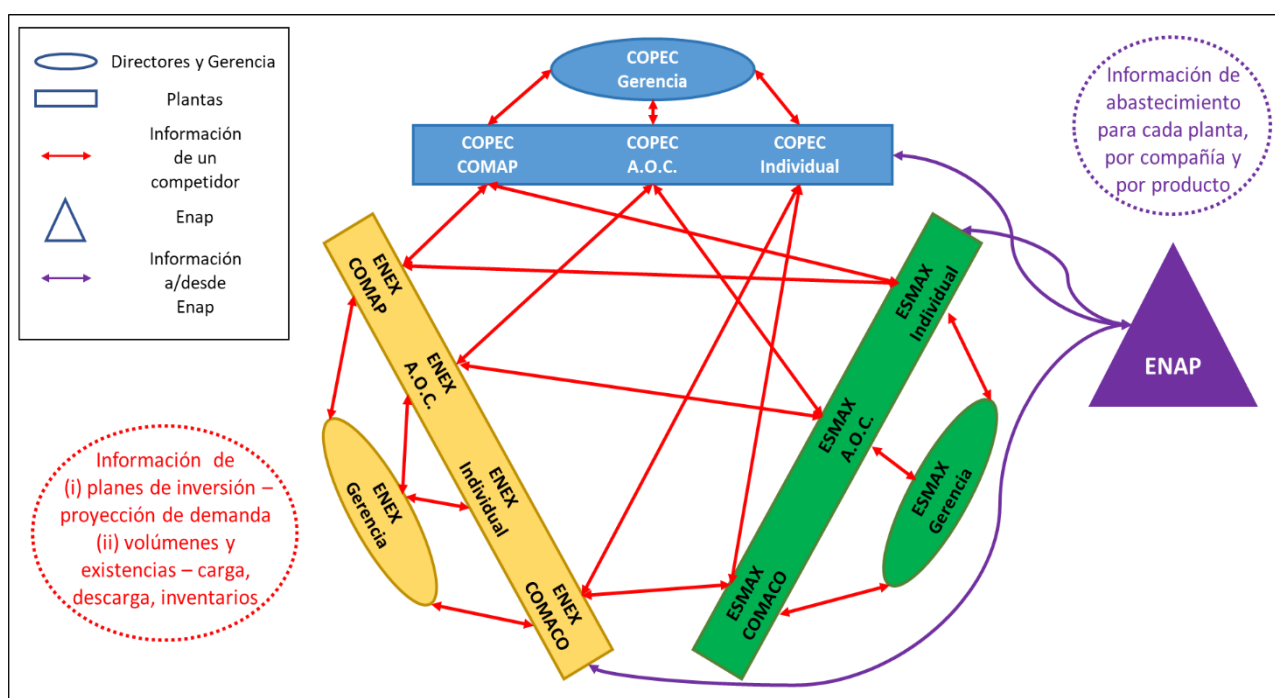
⁸⁸ Anexo N° 7 de Contratos de servicios de terminal marítimo y almacenamiento de productos refinados entre Enap Refinerías, apartado IV.

⁸⁹ Enex ha elaborado un “Manual de Cumplimiento de Libre Competencia”, pero prácticamente no contiene referencias a los riesgos de competencia que pueden surgir de las plantas de uso conjunto ni indicaciones precisas acerca de cómo manejar información comercialmente sensible allí generada. Lo mismo ocurre con el documento “Programa de cumplimiento normas de libre competencia” de la misma empresa. Asimismo, respecto de Copec el documento “Programa Cumplimiento de Libre Competencia”, no posee normas asociadas a acciones vinculadas con las plantas de uso conjunto. Por su parte, en el documento “Política Gestión de Riesgos Copec”, únicamente se indica que habrá una persona autorizada para estar relacionada con competidores que participan de las plantas de uso conjunto, señalándose que las conversaciones sólo pueden estar enfocadas a temas rutinarios de coordinación. Esas reglas son insuficientes dada la magnitud de las relaciones con las empresas competidoras. Finalmente, respecto de Esmax el documento “Protocolo para cumplimiento de la legislación de libre competencia”, tampoco establece una regulación sobre la materia.

vi) Síntesis y gráfica sobre flujo de información

96. Con lo señalado y, como se resume en la gráfica a continuación, se verifican riesgos de intercambio de información entre las comuneras a raíz de los contratos de operación conjunta, de su actuación práctica, de la programación de abastecimiento con ENAP, pudiendo esos riesgos extenderse incluso a plantas de propiedad individual a propósito de los contratos de reciprocidad.

Gráfico N° 2. Flujo y tipo de información que existiría entre las comuneras producto de los contratos y gestión de abastecimiento por ENAP



Fuente: Elaboración propia en base al análisis de los antecedentes entregados por las empresas distribuidoras y por ENAP.

97. Se debe concluir esta sección señalando que, respecto de la información mencionada y que genera riesgos de coordinación, las empresas comuneras no han justificado que ella sea necesaria para operar las plantas comunes.

IV.1.2 Mercado de distribución (minorista y mayorista)

98. Como ha sido sostenido, los contratos de operación conjunta consultados podrían afectar indirectamente los mercados de distribución de combustibles líquidos, al ser éstos estrictamente dependientes de la infraestructura logística de almacenamiento.

99. El riesgo de coordinación derivado de los contratos en análisis en los mercados de distribución se origina principalmente en los traspasos de

información comercialmente sensible entre las empresas comuneras, quienes tienen la oportunidad, habilidad e incentivos para realizar tales intercambios.

100. En base a lo señalado en la sección IV.1.1), no concurren fundamentos plausibles que permitan asegurar con un alto grado de certidumbre que la información intercambiada en las plantas de almacenamiento compartidas no llegue a otras áreas al interior de las empresas, en específico, que fluya hacia aquellas secciones de las empresas comuneras implicadas en la distribución de combustibles.
101. De esta forma, el nivel de información a disposición de las empresas en el marco de los contratos referidos, permitiría eventualmente estimar, monitorear o proyectar, con un alto grado de certeza, el comportamiento futuro de los competidores, pudiendo limitar un actuar independiente y agresivo, lo que consecuentemente envuelve un riesgo de coordinación en los mercados de distribución mayorista y minorista⁹⁰, donde Copec, Enx y Esmx tendrían la habilidad y los incentivos de utilizar dicha información para disminuir la intensidad competitiva.
102. De esta manera, esta Fiscalía estima que, para el debido resguardo de la libre competencia y para morigerar o evitar los riesgos de coordinación en los mercados de almacenamiento y distribución, es necesario que el H. Tribunal adopte las condiciones que se analizarán *infra*, siendo insuficientes las regulaciones que las empresas comuneras han adoptado para tales efectos.

IV.2 Riesgos de Exclusión

103. El acceso a las plantas de almacenamiento es fundamental para participar en los mercados conexos de distribución, tanto mayorista como minorista, permitiendo a las empresas constituirse en competidores efectivos y viables en el tiempo.
104. Tanto la experiencia comparada como la jurisprudencia nacional han resaltado la importancia del almacenamiento en el desarrollo de competencia efectiva en el segmento de comercialización minorista⁹¹. Esto porque su acceso

⁹⁰ Un análisis en similar sentido se encuentra en la Resolución N° 51/2018 TDLC, considerando 127.

⁹¹ En la experiencia comparada se citan a modo de ejemplo: (i) Autoridade da Concorrência: “*Análise Aprofundada sobre os Sectores dos Combustíveis Líquidos e do Gás Engarrafado em Portugal*”, en donde se indica que una presencia duradera y competitiva en la venta minorista de combustibles es en general estrictamente dependiente de una infraestructura logística disponible. Documento disponible en: <https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/imported->

permite menores costos en el transporte de combustibles, en particular en largas distancias, al no ser económicamente eficiente el transporte vía camiones⁹². Por lo tanto, la propiedad de infraestructura de almacenamiento puede suponer una posible ventaja de costos en comparación con aquellas empresas mayoristas que no están integradas y no poseen almacenamiento propio o tienen menos alternativas para acceder a los almacenamientos de las empresas que tienen estas instalaciones⁹³. Al respecto, la OECD ha señalado que esta situación sumada a que la regulación ambiental dificulta la construcción de este tipo de instalaciones determina que su acceso puede constituir un cuello de botella, resultando una barrera de entrada o de expansión para aquellas empresas no integradas verticalmente⁹⁴.

105. Producto de los contratos de operación conjunta, las principales empresas competidoras en el mercado de distribución de combustibles líquidos son dueñas de diversas infraestructuras que, debido a la inexistencia de instalaciones alternativas, constituyen monopolios en las regiones de Arica y Parinacota donde participan únicamente Enx y Copec con sus plantas bajo el Acuerdo Comap, y en las de Antofagasta y Los Lagos donde actúan en forma conjunta las tres empresas comuneras. Estas plantas si bien

[media/AdC_Relatorio_Combustiveis_Liquidos_Gas_Engarrafado_em_Portugal_Marco2009.pdf](#)

[Última visita con fecha 22 de septiembre de 2022]; y, (ii) Australian Competition & Consumer Commission: “*Monitoring of the Australian petroleum industry Report of the ACCC into the prices, costs and profits of unleaded petrol in Australia*”, en donde indica que tener acceso a esta infraestructura clave proporciona a las empresas una base sólida para competir aguas abajo. Documento disponible en: https://www.accc.gov.au/system/files/897_ACCC_Petrol%20Monitoring%20Report_FA_web.pdf

[Última visita con fecha 22 de septiembre de 2022].

Por su parte, este H. Tribunal ha sostenido en Resolución N° 34/2011, considerando 8.3.4., que la infraestructura de almacenamiento sería esencial para realizar de manera efectiva el negocio de distribución mayorista de combustibles líquidos, en particular a escala nacional.

⁹² Al respecto la FTC ha señalado que las plantas de almacenamiento no tienen sustitutos efectivos, siendo el único método seguro y económico para recibir, almacenar y distribuir a granel los combustibles; y siendo esenciales para el transporte eficiente de éstos desde las refinerías hasta las estaciones de servicio. También ha indicado que la distribución económica a través de largas distancias de grandes cantidades de combustibles solo puede darse por medio de oleoductos o embarcaciones marítimas, y no por camiones. Véase el análisis sobre la estructura de mercado y los efectos competitivos que hizo la FTC en la investigación Analysis of Proposed Agreement Containing Consent Orders to Aid Public Comment, In the Matter of TC Group L.L.C., Riverstone Holdings LLC, Carlyle/Riverstone Global Energy and Power Fund II, L.P., and Carlyle/Riverstone Global Energy and Power Fund III, L.P., FTC No. 061-0197. Documento disponible en <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/0610197-tc-group-llc-riverstone-holdings-llc-carlyleriverstone-global-energy-power-fund-ii-lp> [Última visita con fecha 7 de septiembre de 2022]

⁹³ En este sentido se ha pronunciado la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España en su “*Estudio sobre el mercado mayorista de carburantes de automoción en España*” de 24 de junio de 2015. Documento disponible en: <https://www.cnmec.es/expedientes/ecnmec00215> [última visita con fecha 20 de septiembre de 2022].

⁹⁴ “Competition Policy for Vertical Relations in Gasoline Retailing” del año 2008. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/43040511.pdf> [Última visita: 30 de julio de 2020].

contemplan la posibilidad de acceso a terceros, éste en la práctica no se habría verificado.

106. Respecto al arriendo de capacidad de almacenamiento, en el caso de la planta Chacabuco que opera bajo el Acuerdo Comaco, se permite el acceso a terceros bajo la calidad de cliente de alguno de los dos comuneros⁹⁵. Sin embargo, de conformidad con los antecedentes remitidos por las empresas Enex y Esmax, la planta Chacabuco no ha sido utilizada por terceros⁹⁶.
107. En el caso de las plantas que operan bajo los acuerdos Comap y AOC, la descarga, almacenamiento y despacho de productos de terceros requiere de la autorización de todos los comuneros, mismo quórum que se establecen en tales acuerdos para la adopción de cualquier decisión⁹⁷. El rechazo por parte de cualquiera de ellos puede ser efectuado sin necesidad de expresar la causa⁹⁸. De esta forma, basta la oposición de una comunera para impedir tanto el almacenamiento como la carga de combustible que puedan acordar con terceros las otras dos comuneras, incluso si éstas disponen de la capacidad o del combustible en la proporción que les pertenece, o a pesar de que el almacenamiento o carga se verifique en una instalación de su uso exclusivo⁹⁹. A esta situación se suma, que dichos acuerdos establecen que el carguío de camiones tanque será en aquellos que estén identificados con logos y colores de cada comunero^{100 101}.

⁹⁵ Así, el artículo 3.3.3 acuerdo Comaco, señala: “Un Comunero, podrá por separado prestar servicio de Almacenaje a sus clientes habituales en estanques comunes, en cuyo caso, los volúmenes serán considerados como propiedad del Comunero que presta el servicio”. “La Administradora se responsabilizará por la disponibilidad de volúmenes de terceros administrados en la Planta”.

⁹⁶ Respuesta de Enex, de fecha 28 de abril de 2017 a Ord. N°0619 y, de Esmax, de fecha 28 de abril de 2017 a Ord. N°0621.

⁹⁷ Véase, artículo 6.6 del Acuerdo Comap y del AOC. Lo mismo se reitera en esos acuerdos en el artículo 14.2 cuando se trata el carguío de camiones tanque sin logo de las comuneras, señalándose que la única excepción opera respecto de la carga de camiones con producto destinado directamente a exportación, esto debido a que la entrega de dichos productos se realiza en depósitos ubicados fuera de Chile, no aplicando el Decreto Supremo N°160 de 2008 del Ministerio de Economía. Lo anterior, según respuesta de Copec, de fecha 3 de agosto de 2022, a Ord. N°1031.

⁹⁸ Al respecto, los artículos 10.1 y 10.2 del Acuerdo Comap señalan: “Un Comunero no deberá participar en acuerdos con terceros de Throughput o intercambio (...). (Se entiende como acuerdo de Throughput el uso de los activos de una determinada planta, por parte de un tercero para almacenar producto de su propiedad y entregarlo a sus camiones)”; “Dicho acuerdo de Throughput deberá contar con la aprobación unánime del Comité COMAP, pudiendo éste rechazarlo sin necesidad de expresión de causa”.

⁹⁹ Los acuerdos rigen para todas las instalaciones que se encuentren dentro de la planta, independiente de si éstas son de uso común o exclusivo. Así fue señalado por el señor Pablo Munita del Solar, gerente de logística de combustibles de la empresa Esmax (Declaración Esmax, de fecha 23 de junio de 2022).

¹⁰⁰ Artículo 14.1 tanto del Acuerdo Comap como del AOC.

¹⁰¹ Esto implica que, de haber venta a terceros distribuidores, sean mayoristas o minoristas, esta debería ser con el combustible puesto en sus instalaciones o en las instalaciones de sus clientes.

108. Al respecto, Copec ha señalado que su política general es no permitir el uso por parte de terceros de plantas de su propiedad, sea ésta individual o compartida, indicando que: “(...), *sería equivalente a traspasar fortalezas comerciales y operacionales que la Compañía ha desarrollado con años de experiencia (...)*”¹⁰². Lo que ha sido ratificado por diversos actores del mercado, incluido ENAP¹⁰³.
109. Con todo, Copec sí permite la carga de combustible solo en sus instalaciones ubicadas en Maipú¹⁰⁴, situación que, según lo señalado por ella, respondería únicamente a razones históricas¹⁰⁵.
110. Por otra parte, Esmax permite a terceros la carga de combustible en sus plantas de propiedad individual -Guayacán, San Vicente y Maipú-. De acuerdo con los antecedentes recabados esa posibilidad de carga ocurriría preferentemente respecto del diésel, pero ello estaría siendo efectuado sin contrato, lo que redundaría en una baja seguridad en el tiempo sobre el suministro de combustibles líquidos.
111. Coadyuva a esta situación que la regulación de los contratos de operación conjunta, incluso respecto de las instalaciones de uso exclusivo de una de las comuneras, dispone que esas instalaciones serán operadas por el Jefe de Planta como representante del Operador de cada instalación, debiendo asegurarse que el objetivo del funcionamiento de la planta no se perjudique por el uso de la instalación de uso exclusivo¹⁰⁶. De este modo, si las empresas comuneras no aceptan permitir el ingreso a terceros (acuerdo que no se habría verificado en ninguna de las plantas comunes), entonces ellas funcionarán sin acceso a terceras empresas, limitándose la autonomía de las comuneras para usar sus instalaciones exclusivas.

¹⁰² Respuesta de Copec, de fecha 8 de mayo de 2017 a Ord. N° 0620, pregunta. 1 j.

¹⁰³ Ver: (i) Respuesta de ENAP, de fecha 7 de junio de 2017, a Ord. N° 0622, preguntas 2 m. y 6; (ii) Denuncia, de fecha 26 de septiembre de 2016; (iii) Respuesta de Cabal, de fecha 29 de junio de 2017 a Ord. N° 0624, pregunta 6; y (iv) tomas de declaración de la misma empresa de fechas 28 de diciembre de 2017 y 21 de octubre de 2020. En esta última señala: “*Esmax nos ofrece la posibilidad de cargar en las 3 plantas que tiene, en definitiva, las que son propias, las que son compartidas con Copec y con Enx, no podemos cargar combustible, en Pureo por ejemplo*”.

¹⁰⁴ Según informó Copec en respuesta con fecha 16 de junio de 2021 a Ord. N° 788. Por su parte, en respuesta de fecha 2 de agosto de 2022 a Ord. N° 1031 señaló que la carga de combustible por parte de terceros, en camiones propios de éstos, se realiza desde una mesa de carga de propiedad exclusiva de Copec, la cual suministra combustible almacenado indistintamente tanto en estanques de propiedad de Comap como en estanques exclusivos de Copec, siendo en uno y otro caso volúmenes de propiedad de Copec.

¹⁰⁵ Según indicó en respuesta con fecha 2 de agosto de 2022 a Ord. N° 1031.

¹⁰⁶ Artículos 4.5 a 4.8 del AOC.

112. De esta forma, en la práctica no habría acceso de terceros a ninguna de las plantas que operan bajo los contratos de operación conjunta¹⁰⁷.
113. Esas restricciones asociadas al funcionamiento de las plantas de almacenamiento de propiedad común de las compañías distribuidoras, genera el riesgo de limitar la entrada y el crecimiento de las empresas de menor tamaño en el mercado mayorista y minorista de distribución de combustibles líquidos, ya sea a través de la atención a clientes industriales y/o en estaciones de servicio.
114. Situaciones similares han sido descritas en los informes de aprobación de operaciones de concentración de estaciones de servicio. En efecto, el informe FNE F65-2016 sobre la operación de traspaso de la estación de propiedad de Inmobiliaria y Administradora CGL limitada (CGL Ltda.) ubicada en la ruta Ancud-Castro, Isla de Chiloé, Región de Los Lagos a Copec, mencionó las dificultades que enfrentarían los operadores de estaciones de servicio de bandera blanca por carecer de plantas de abastecimiento cercanas, viéndose obligados a transportar los combustibles a largas distancias¹⁰⁸. Dicha diferencia en el costo de abastecimiento habría llevado a CGL Ltda. a tener un déficit financiero que le impidió mantener sus operaciones en la comuna de Castro¹⁰⁹.
115. Por su parte, en el informe FNE F216-2019 que aprobó la adquisición de activos de CGL Ltda. ubicados en la comuna de Hualpén, región del Biobío por parte de Copec S.A., señala que para los distribuidores independientes, el abastecimiento de gasolinas sólo se encuentra disponible en la planta de ENAP en Linares –a más de 200 kilómetros de la ciudad de Concepción–, situación que incrementa el costo de este producto para distribuidores mayoristas no integrados y, consecuentemente, también para las estaciones

¹⁰⁷ Según antecedentes recabados por esta Fiscalía, antes de julio de 2016 se permitía el ingreso de camiones blancos para cargar combustible en la planta de Concón de propiedad de las tres empresas comuneras, posterior a dicha fecha se habría restringido el ingreso a camiones con logo de alguna de las comuneras o de camiones blancos que transporten producto a clientes o consumidores finales de las comuneras.

Asimismo, los antecedentes indican que dicho cambio se habría producido por una adecuación del AOC para que fuera similar al contrato Comap, el cual limitaba el ingreso de camiones sin logo de las compañías, o restringía el mismo a camiones sin logo que se dirigían a clientes de las comuneras. La modificación del AOC, habría demorado más de un año, con controversia en algunos de sus artículos, entre ellos el artículo 14 referido en sus puntos 1 y 2 al carguío de camiones tanque.

¹⁰⁸ En el caso específico, la estación CGL Ltda. debía trasladar combustible desde una planta de ENAP en Linares, ubicada a una distancia de 900 km aproximadamente de la comuna de Castro, en contraste con Copec que se abastecía desde su planta Pureo ubicada aproximadamente a 170 kms.

¹⁰⁹ Informe de aprobación Rol FNE F65-2016, referido a la "Operación de concentración por traspaso de estación de servicio a COPEC".

bandera blanca al agregar al costo del insumo el gasto por el transporte del oleoducto –desde la refinería de Enap ubicada en la región del Biobío hasta la planta de abastecimiento en Linares– y del camión –que acarrea el combustible de vuelta hacia la respectiva estación de servicio–¹¹⁰.

116. De esta forma, no es posible descartar que las plantas de almacenamiento, en particular las que se encuentran bajo los contratos Comap y el AOC, estén generando riesgos de exclusión a terceros, lo que podría incidir en la intensidad competitiva en los mercados de distribución aguas abajo.
117. Cabe señalar que las restricciones de acceso señaladas no rigen entre las empresas comuneras, las cuales, como se mencionó, han suscrito un contrato de reciprocidad para el préstamo de sus instalaciones de almacenamiento. En virtud de ese contrato ellas han convenido darse recíprocamente distintas facilidades¹¹¹, entre distintas plantas, incluyendo aquellas que no son regidas por los contratos consultados.
118. Respecto de la facilidad de almacenamiento, el señalado contrato contempla que éste se otorga en casos de emergencia o fuerza mayor, los cuales deben de estar calificados y aceptados por la parte que presta la facilidad, siendo un servicio temporal que no debe exceder los 60 días. Con relación a los canjes de producto, tal contrato lo califica como una compensación por motivos operacionales dada la existencia, en las instalaciones de las partes, de una vía común de abastecimiento (oleoducto o buque). Por último, respecto a los préstamos de producto, el contrato señala que esos préstamos se realizan en casos de emergencia o fuerza mayor, debidamente calificados y aceptados por la parte prestamista no pudiendo exceder un plazo de 30 días. Sin embargo, en la práctica su uso no tendría el carácter excepcional que se pretende establecer en tales pactos.

¹¹⁰ Informe de aprobación Rol FNE F216-2019, referido a la “Adquisición de activos de Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada por parte de compañía de Petróleos de Chile COPEC S.A.”.

¹¹¹ Según respuesta de Esmax con fecha 29 de junio de 2021 a Ord. N° 786, esta empresa bajo el contrato de reciprocidad utilizó la planta de almacenamiento de Comap, de propiedad de Copec y Enex en Antofagasta, contratando capacidad de almacenamiento para distintos productos entre el 1 de julio de 2003 y el 30 de septiembre de 2020. Este uso se debió al cierre de la planta de Esmax en dicha comuna por cambio en el plano regulador. Por otra parte, de los antecedentes tenidos a la vista se observa que Copec usa la planta Comaco de Enex y Esmax en Chacabuco y viceversa.

V. EFICIENCIAS DERIVADAS DE LOS CONTRATOS DE OPERACIÓN CONJUNTA

119. Luego de haber desarrollado los riesgos para la libre competencia de los contratos de operación conjunta y de su aplicación práctica, corresponde realizar el análisis de las eficiencias que pudiera derivarse de lo anterior.
120. Tal como ha indicado la Excm. Corte Suprema, el estándar que rige la materia persigue establecer si las eficiencias emanadas de los contratos de cooperación entre competidores son mayores que los riesgos identificados; y, en caso de que los riesgos sean mayores, se debe determinar si hay medidas o condiciones que permitan contrarrestar estos riesgos¹¹².
121. En concreto, los lineamientos a seguir para la evaluación de las eficiencias es que sólo se considerarán aquellas que cumplan con las siguientes 3 condiciones: (i) las eficiencias deben ser verificables, tanto en su probabilidad de ocurrencia como en su magnitud; (ii) las eficiencias deben ser inherentes, es decir, que la cooperación sea indispensable para lograr estas mejoras de eficiencias y que no hayan mecanismos menos restrictivos para alcanzarlas; y (iii) deben ser aptas para compensar los efectos del mayor poder de mercado¹¹³. La justificación y la cuantificación de las eficiencias es responsabilidad de las comuneras¹¹⁴.
122. En base a ese marco de análisis, esta Fiscalía consultó a las empresas comuneras por las eficiencias que se derivan de la propiedad y utilización común de las plantas de almacenamiento. Al respecto, las respuestas entregadas indican que la operación conjunta conlleva eficiencias de inversión y de operación, relacionadas con la explotación de economías de escala; con evitar la duplicidad ineficiente de infraestructura; y con la optimización de la logística de abastecimiento¹¹⁵.

¹¹² Véase: Corte Suprema, Sentencia de 23 de mayo de 2019 dictada en autos Rol CS N° 31.502-2018, considerandos 17 y siguientes.

¹¹³ FNE, Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales, 2021; y Resolución N° 54/2018 TDLC, considerando 141. En el caso de la Unión Europea, se aplica un estándar análogo al nacional para invocar la excepción del artículo 101, apartado 3, relativo a los efectos positivos de los contratos de cooperación. Se deben cumplir las siguientes 4 condiciones (resumidas): debe generar mejoras de eficiencia, las restricciones deben ser indispensables para alcanzar dichas eficiencias, los consumidores deben resultar beneficiados y no se debe eliminar la competencia. Comisión Europea, *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal*, 2011, pp. 11 y 12.

¹¹⁴ Sentencia N° 166/2018 TDLC, considerando 83. En este mismo sentido, Véase: FNE. Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración, 2021, pp. 45 y 46.

¹¹⁵ Ver: (i) Respuestas de Enx, de fecha 28 de abril de 2017 a Ord. N°0619 y de fecha 21 de diciembre de 2017 a Ord. N°2327; (ii) respuestas de Copec, de fecha 8 de mayo de 2017 a Ord.

123. Además, consultadas por una cuantificación de las eficiencias identificadas y de qué forma estas serían traspasadas a los consumidores, éstas indicaron que no contaban con tales estimaciones¹¹⁶. Con posterioridad, Copec presentó a esta Fiscalía un análisis económico (“informe Copec”) en el cual estiman las eficiencias asociadas a la construcción y operación conjunta de las plantas de almacenamiento¹¹⁷, las cuales están principalmente asociadas con la explotación de economías de escala y con el ahorro en costo y tiempo respecto de las autorizaciones necesarias para instalar y operar una planta de almacenamiento de combustibles líquidos. No obstante, el informe Copec no incluyó una cuantificación del traspaso de las eficiencias al consumidor final.
124. A continuación, se analizan cada una de las tres eficiencias presentadas por las empresas comuneras y se examina si cumplen o no con las condiciones de verificabilidad e inherencia, para luego presentar una estimación propia acerca del eventual traspaso de esas eficiencias al consumidor final y de su aptitud para contrarrestar el mayor poder de mercado.

V.1 Economías de Escala

125. Las economías de escala son identificadas por las empresas comuneras como la principal eficiencia de las plantas conjuntas¹¹⁸. Al respecto, el informe Copec estima que el ahorro de gasto de capital por la construcción conjunta de plantas es del orden de 85,5 millones de dólares¹¹⁹; mientras que el ahorro en los gastos operativos de las plantas fue de unos 14 millones de dólares entre

N°0620 y de fecha 15 de diciembre de 2017 a Ord N°2330; y (iii) respuesta de Esmax, de fecha 28 de abril de 2017 a Ord. N°0621 y de fecha 14 de diciembre de 2017 a Ord. N°2335.

¹¹⁶ Ver: (i) Respuesta Enex, de fecha 28 de abril de 2017 a Ord. N°2327, pregunta 7; (ii) respuesta Copec, de fecha 15 de diciembre de 2017 a Ord. N° 2330, pregunta 6; y, (iii) respuesta Esmax, de fecha 14 de diciembre de 2017 a Ord. N° 2335, pregunta 7, este último señaló que resultaba complejo cuantificar los beneficios debido a que ellos no serían necesariamente traspasados en forma permanente y fija a los consumidores, sino que podían ser utilizados de manera eventual.

¹¹⁷ Informe económico sobre las comunidades en las plantas de almacenamiento de combustible, desarrollado por Global Economistas Asociados y entregado por Copec a esta Fiscalía con fecha 2 de septiembre de 2021.

¹¹⁸ La experiencia comparada da cuenta de la presencia de economías de escala en los terminales de almacenamiento. Al respecto, el estudio de mercado que efectuó la autoridad de competencia de Nueva Zelanda sobre el mercado de combustibles líquidos señala que estos mercados exhiben sustanciales economías de escala en refinación, transporte marítimo y, en menor medida en almacenamiento y venta minorista. Véase: Commerce Commission, Market study into the retail fuel sector [4.17]. Final report. Disponible en: https://comcom.govt.nz/_data/assets/pdf_file/0028/193915/Retail-fuel-market-study-Final-report-5-December-2019.PDF

¹¹⁹ El ahorro se estimó simulando el valor bruto de capital que hubiera incurrido cada distribuidora de haber construido una planta con la capacidad equivalente a su participación actual, pero de manera independiente. El ejercicio considera la planta Comap la cual cerró en septiembre de 2020.

los años 2015 y 2020, monto que representaría el 66% de los gastos efectivos de dichas plantas.

126. Esta Fiscalía concuerda con que las plantas de almacenamiento exhiben economías de escala ya que, además del informe anterior, se pudo observar de los datos sobre costos de operación aportados por las distintas distribuidoras que sería más eficiente construir y operar conjuntamente una planta de almacenamiento, que construir y operar individualmente una de similar tamaño, y mucho más eficiente que arrendar capacidad de almacenamiento.
127. De acuerdo con lo anterior, si bien una distribuidora podría por su cuenta construir una planta de mayor tamaño, lo cierto es que la operación conjunta permite disminuir los costos de inversión y operación. En este sentido, los contratos son beneficiosos pues procuran mejoras de eficiencia en forma de ahorro de costos¹²⁰, que se traducen en este caso en menores gastos de almacenamiento. Por lo tanto, esta eficiencia sí es verificable e inherente a los contratos de operación conjunta.

V.2 Ahorros en Autorizaciones de Terrenos y Medioambientales

128. Con relación al ahorro en costo y tiempo respecto de todas las autorizaciones que son necesarias para instalar y operar una planta de almacenamiento de combustibles líquidos, las empresas comuneras han señalado que una de las razones para su asociación ha sido la disminución del impacto en el medio ambiente y en las comunidades, ya que hoy día es costoso contar con capacidad nueva o adicional no sólo por la regulación medioambiental, sino también por la oposición que presentan las comunidades a este tipo de instalaciones¹²¹.
129. Como ha sido señalado, la construcción de plantas de almacenamiento requiere de la disponibilidad de terrenos aptos para la construcción de esa infraestructura y la asociada a su funcionamiento¹²². A esto se suma que son

¹²⁰ Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, párrafo 183.

¹²¹ Respuesta de Enx, de fecha 28 de abril de 2017, a Ord. N°0619.

¹²² Conforme con las normas sobre el uso del suelo, la que además deben cumplir con requerimientos operacionales de conectividad con los centros de consumo y de abastecimiento del producto.

instalaciones cuya construcción debe cumplir con normativa ambiental, la cual demora el proyecto y puede ser costosa.

130. Esta Fiscalía estima que estas características hacen atractiva la inversión conjunta, pues la búsqueda se limita a encontrar un sólo terreno y obtener una única evaluación de impacto ambiental, evitándose una duplicación ineficiente de la infraestructura.
131. No obstante, si bien esta eficiencia es inherente a los contratos, esta no se ha podido verificar. Al respecto, las comuneras no aportaron antecedentes ni estimaron esta eficiencia¹²³⁻¹²⁴. Por ende, esta eficiencia no ha podido ser considerada como un contrapeso para los riesgos identificados.

V.3 Optimización de la Logística de Abastecimiento

132. Por último, sobre esta eficiencia, las empresas comuneras han señalado que el abastecimiento de los centros de consumo puede llegar a ser complejo y costoso con el sólo uso de camiones, en particular, cuando éstos se encuentran lejos de las fuentes de abastecimiento de combustible¹²⁵. Esto implica que, por eficiencia logística, es conveniente para la distribuidora contar con fuentes de abastecimiento -como plantas de almacenamiento- cerca de sus centros de demanda, las cuales deben ser suministradas a través de oleoductos o buques, que constituyen en comparación con los camiones, medios más eficientes y económicos¹²⁶.
133. En la misma línea, esta Fiscalía ha señalado que la infraestructura de almacenamiento propio con que cuentan las comuneras ha hecho más eficiente su operación con ahorros en costos de transporte¹²⁷. Sin embargo, este acceso a medios más eficientes de distribución de combustibles líquidos

¹²³ En primer lugar, se necesita información sobre el costo de terrenos aptos para la construcción de este tipo de instalaciones y, en segundo lugar, se requiere valorizar los costos de las evaluaciones de impacto ambiental. Este segundo costo es particularmente difícil de estimar, pues no solo dependen de las características del proyecto sino también de la complejidad que pueda o no observar el proceso mismo de evaluación ambiental.

¹²⁴ El informe Copec no efectúa una cuantificación de estos ahorros, solo son mencionados.

¹²⁵ Declaración Copec, de fecha 28 de marzo de 2018.

¹²⁶ La OECD en su documento titulado: "Competition Policy for Vertical Relations in Gasoline Retailing", señala que la propiedad de infraestructura de almacenamiento permite una disminución del costo del transporte. Documento disponible en <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/43040511.pdf> [Última visita con fecha 30 de julio de 2020].

¹²⁷ Informe de aprobación Rol FNE F216-2019, referido a la "Adquisición de activos de Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada por parte de compañía de Petróleos de Chile COPEC S.A.", párrafo 30.

es independiente de si la planta se construye en forma conjunta o no, por lo tanto, esta eficiencia no sería inherente a los contratos de cooperación, por lo cual no puede ser considerada como contrapeso a los riesgos.

V.4 Estimación propia de traspaso de eficiencias a consumidor final

134. Según lo indicado, una condición necesaria para acreditar las eficiencias es que sean traspasadas al consumidor final y que sean aptas para compensar el mayor poder de mercado. Si bien la cuantificación del traspaso no fue aportada por las empresas comuneras, razón suficiente para desestimar que cualquier eficiencia emanada de los contratos de operación conjunta pueda compensar los riesgos que éstos generan, esta Fiscalía hizo un examen propio acerca de si existe evidencia de un traspaso de los beneficios al consumidor final.
135. Para evaluar este traspaso, y, por ende, para establecer la suficiencia de las eficiencias, se hizo un análisis de los márgenes brutos de comercialización que se observan en el segmento de distribución minorista¹²⁸. Lo anterior, porque los márgenes de comercialización pueden entregar una aproximación del grado de competencia que se observa en el mercado.
136. En el presente caso, considerando que la propiedad de diversas instalaciones de almacenamiento corresponde a las principales empresas competidoras en el mercado de distribución minorista y que dichas infraestructuras constituyen monopolios en algunas regiones, es altamente probable que empresas de menor tamaño que participan en la distribución minorista enfrenten una desventaja de costos al abastecer a clientes ubicados en esas regiones, las cuales a su vez están más alejadas de las instalaciones de la Enap. Esta situación podría generar en dichas regiones una menor presión competitiva observándose eventualmente mayores márgenes de comercialización¹²⁹.

¹²⁸ El ejercicio se realizó para aquellas estaciones de servicio denominadas consignatarias, las cuales, según señala el informe de aprobación Rol FNE F216-2019, se relacionan con las distribuidoras mediante contratos de consignación, por los cuales el combustible ofrecido pertenece a la compañía licenciataria, determinando su precio y remunerando al operador minorista con porcentajes de lo recaudado. En las estaciones de servicio que operan bajo concesión, el operador minorista revende el combustible que adquiere de la licenciataria y fija libremente su precio.

¹²⁹ Tanto la doctrina comparada como la nacional le atribuyen cierta importancia a la presión competitiva que imprimen las estaciones de bandera blanca en los mercados, ejerciendo una influencia general en precios a la baja en aquellas localidades donde operan distribuidoras tradicionales. A modo de ejemplo, puede verse el estudio realizado por la autoridad de competencia australiana sobre el impacto de las cadenas independientes de estaciones de servicio en los precios minoristas. En el mismo, la autoridad australiana concluye que las cadenas independientes contaron

137. Como se muestra a continuación, del análisis se concluye que, las comunas que únicamente cuentan con plantas de almacenamiento de propiedad de Copec, Enex y Esmax presentan en promedio mayores márgenes en comparación con aquellas comunas que cuentan con instalaciones de almacenamiento y carga de ENAP y terceros independientes, y donde hay, por ende, mayor presencia de estaciones de servicio de bandera blanca. Este resultado indicaría que en dichas comunas podría haber una menor intensidad competitiva entre Copec, Enex y Esmax, no generándose eventualmente un traspaso hacia los consumidores de las eficiencias de la operación conjunta.
138. El margen bruto se define como la diferencia entre el precio final a consumidor, menos la suma de los siguientes componentes: precio ENAP -que incorpora impuesto específico, IVA y costos de transporte y logística hasta la respectiva planta de almacenamiento-, costo de almacenamiento y flete terrestre entre planta de almacenamiento y estación de servicio, para los combustibles gasolina 93 y diésel¹³⁰. Cabe señalar que los componentes considerados representan más del 90% del precio final minorista¹³¹. Para determinar dicho margen se utilizaron los datos entregados por las distribuidoras Copec, Enex y Esmax¹³². Los resultados se presentan en los siguientes gráficos:

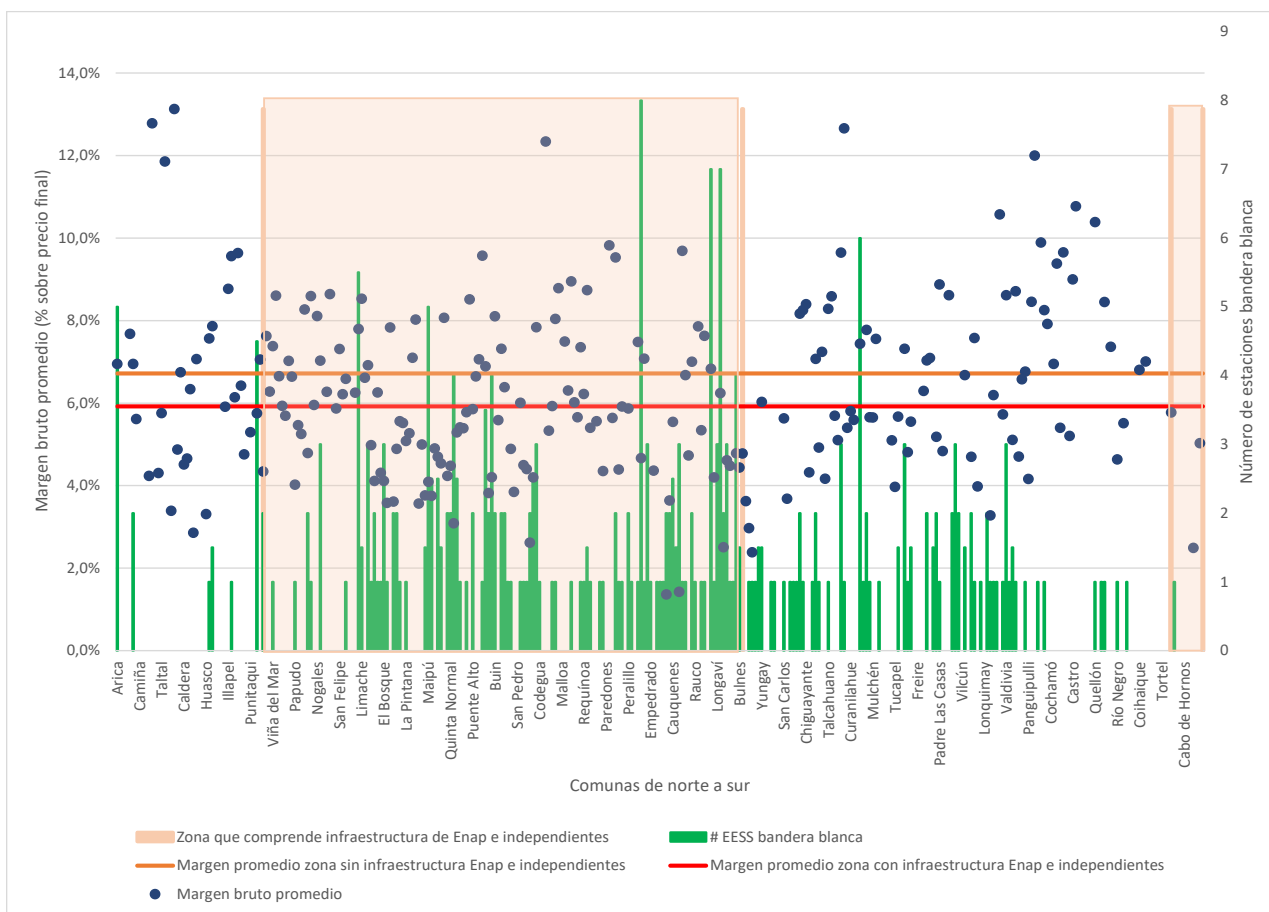
con los precios más bajos en todas las ciudades capitales de Australia. ACCC: "*Independent chains generally have the lowest prices. Report on petrol prices by major retailer in 2019 and 2020*". Documento disponible en: <https://www.accc.gov.au/publications/petrol-industry-reports/independent-chains-generally-have-the-lowest-prices-report-on-petrol-prices-by-major-retailer-in-2019-and-2020> [Última visita con fecha 20 de septiembre de 2022].

¹³⁰ La gasolina de 93 octanos en conjunto con el diésel representa el 77% de la venta de combustibles líquidos a través de estaciones de servicio (canal minorista), según datos del informe estadístico de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles para el año 2021. Disponible en: <https://www.sec.cl/informe-estadistico/>.

¹³¹ Según los antecedentes reportados por cada una de las distribuidoras, respuestas de Enex, con fecha 15 de junio de 2021, a Ord. N°787; de Esmax, con fecha 29 de junio de 2021, a Ord. N°786; y Copec, con fecha 6 de julio de 2021 a Ord. N° 788.

¹³² Según los antecedentes reportados por Copec, Enex y Esmax a esta Fiscalía en respuesta a Ords. N°788, N°787 y N°786, previamente señalados.

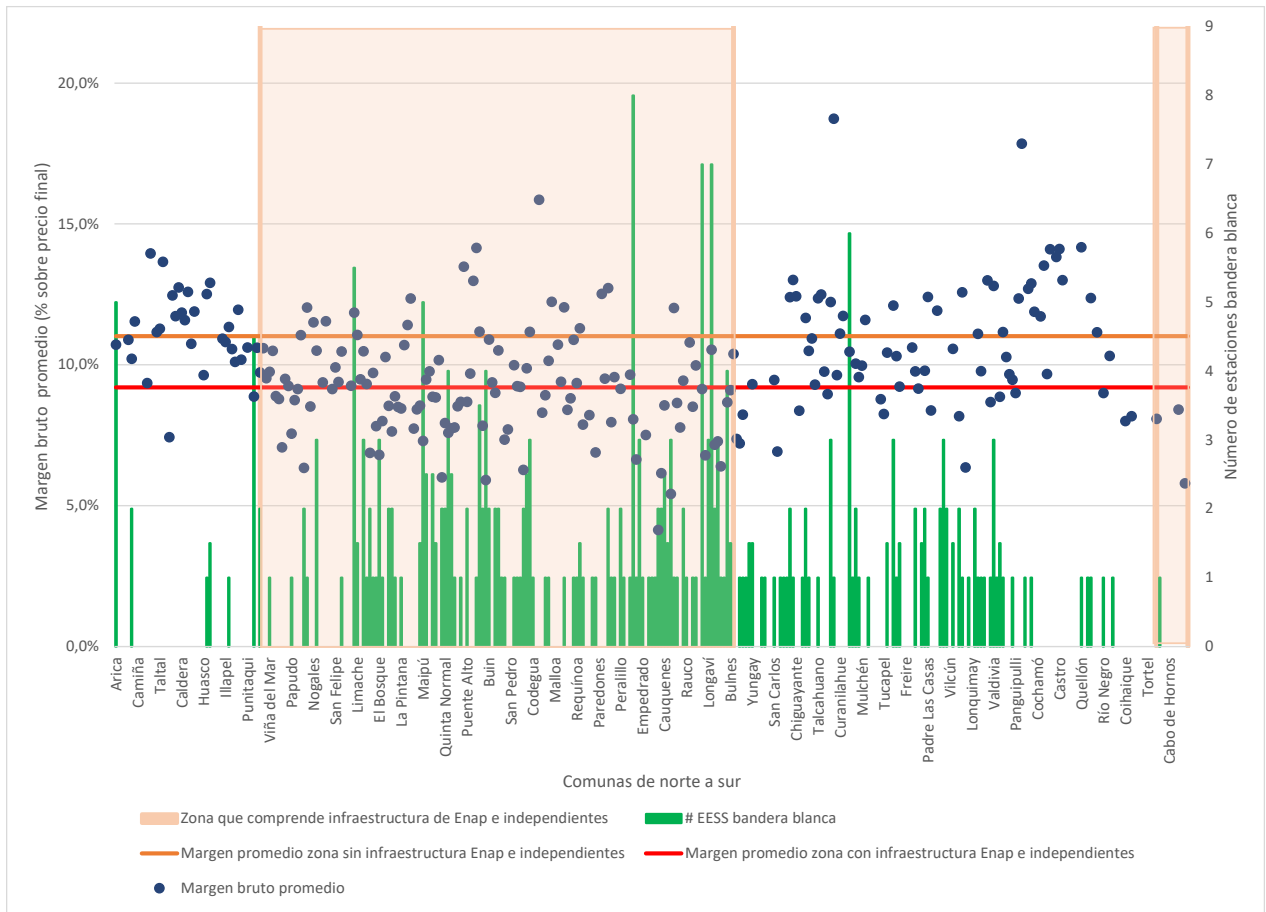
Gráfico N° 3: Margen bruto de comercialización de la gasolina 93 por comuna (promedio simple 2019-2020)



Fuente: Elaboración propia en base a información pública de bencina en línea y a la aportada por las empresas a la FNE¹³³.

¹³³ (i) Respuesta Esmax, de fecha 29 de junio de 2021, a Ord. N°786; (ii) Respuesta de Enex, de fecha 15 de junio de 2021, a Ord N°787; y (iii) Respuesta Copec, de fecha 7 de julio de 2021, a Ord. N°788.

Gráfico N° 4: Margen bruto de comercialización del diésel por comuna (promedio simple 2019-2020)



Fuente: Elaboración propia en base a información pública de bencina en línea y a la aportada por las empresas a la FNE¹³⁴.

139. Como se aprecia de los gráficos anteriores, existe una correlación entre la presencia de instalaciones de almacenamiento y carga de ENAP y de terceros independientes, una mayor cantidad de banderas blancas y menores márgenes brutos de comercialización. En otras palabras, este resultado mostraría que en aquellas comunas que sólo cuentan con plantas de almacenamiento de las empresas comuneras, o cuyo abastecimiento es muy costoso desde las plantas de ENAP, existirían indicios de una menor intensidad competitiva entre esas empresas, la cual se traduciría precisamente en la obtención de mayores márgenes brutos de comercialización¹³⁵.

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ Ejemplificando lo anterior, las comunas que se encuentran al sur de la planta de ENAP en Linares, en particular, las ubicadas en las regiones de Los Lagos y Los Ríos, están entre las que presentan los mayores márgenes de comercialización. En estas regiones, los distribuidores de bandera blanca no cuentan con acceso a la única planta de almacenamiento existente en la zona, ubicada en la comuna de Calbuco, Región de Los Lagos, de propiedad de las empresas comuneras -planta Pureo-. Por ello, deben abastecerse transportando el combustible en camiones desde las regiones del

140. Indicios de esta misma situación estarían plasmados en el informe FNE F216-2019 de esta Fiscalía, que analiza la compra de los activos de CGL Ltda. - distribuidor minorista de bandera blanca- por parte de Copec en la comuna de Hualpén. En dicho informe se señala que la ausencia de ENAP en determinadas zonas geográficas provocaría una asimetría en los márgenes¹³⁶. Además, se reseña que “(...), *aun cuando las estaciones que operan bajo la bandera COPEC en el mercado relevante tendrían, en teoría, menores costos variables, en general, cobran precios minoristas similares o incluso mayores a los de la Estación Objeto*”^{137 138}.
141. A mayor abundamiento, comparando la situación de Copec y la estación objeto del análisis anterior, durante el año 2018, esta última producto de la operación, podría acceder a un menor costo variable¹³⁹, el que no se acreditó que se traspasara a consumidores¹⁴⁰. Más aun, el informe concluye que: “(...) *la Operación conllevaría riesgos para la competencia, preeminentemente de carácter unilateral de alza en precios (...)*”¹⁴¹.
142. En este sentido, la pregunta relevante es cómo -a pesar de contar con mayores costos de abastecimiento respecto de las empresas comuneras- los distribuidores de bandera blanca son capaces de competir en comunas sin plantas de ENAP cercanas, si supuestamente existiría, según ha señalado Copec a esta Fiscalía, una intensa competencia entre Copec, Enex y

Maule y Biobío donde se encuentran las instalaciones de la ENAP y de otros distribuidores como HN, enfrentando así mayores costos de transporte que las empresas dominantes.

¹³⁶ Informe de aprobación Rol FNE F216-2019, referido a la “Adquisición de activos de Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada por parte de compañía de Petróleos de Chile COPEC S.A.”, señala en párrafo 33: “(...), *según información de la Investigación, la ausencia de ENAP en determinadas zonas del país daría lugar a una asimetría en los márgenes, en la participación y en la cantidad de actores en la distribución minorista a lo largo del territorio*”. El destacado es nuestro.

¹³⁷ Párrafo 188 Informe de aprobación F216-2019.

¹³⁸ Según lo señalado en el documento de la OECD “*Competition in Road Fuel*”, la autoridad de competencia italiana a través de un estudio de mercado sobre el sector minorista de combustibles líquidos publicado en diciembre de 2012, cuyo objetivo era entre otros, comprender de mejor forma la dinámica competitiva del sector y los mecanismos competitivos subyacentes a todas las etapas de la cadena de suministro (desde la refinación hasta la distribución minorista), encontró un resultado similar para los operadores dominantes y verticalmente integrados (ENI y Esso), los cuales acomodaban sus políticas de precios a la de sus competidores menos eficientes teniendo como consecuencia altos precios minoristas. La autoridad sugirió, entre otras, las siguientes medidas para generar una mayor competencia en el mercado: (i) mejorar el acceso a los servicios logísticos, a través de la entrada de operadores independientes, para permitir una mayor eficiencia para los minoristas no integrados; y, (ii) el fomento de un mercado mayorista más organizado. Al respecto véase las páginas 154 y 155 del mencionado documento que está disponible en: <https://www.oecd.org/competition/CompetitionInRoadFuel.pdf>

¹³⁹ Debido a un menor costo de distribución de combustible y de transporte, en particular, respecto de la gasolina, al abastecerse Copec desde su planta ubicada en San Vicente en lugar de hacerlo desde la planta de ENAP en Linares como era el caso de la estación objeto.

¹⁴⁰ Párrafos 184 en adelante. Informe de aprobación F216-2019.

¹⁴¹ Cabe señalar que la operación se aprobó en función de la excepción de empresa en crisis.

Esmax¹⁴². Lo anterior se refuerza cuando se considera que, en este mercado, la variable precio es un factor relevante de competencia atendida la naturaleza homogénea de los productos¹⁴³.

143. Así H. Tribunal, de acuerdo con el análisis efectuado en esta consulta, la presencia de mayores márgenes de comercialización en aquellas comunas que únicamente cuentan con instalaciones de almacenamiento de Copec, Enex y Esmax, sería un indicativo de una menor intensidad competitiva entre las señaladas empresas en los mercados de distribución, tanto mayorista como minorista, no generándose eventualmente un traspaso hacia los consumidores de las eficiencias generadas por la operación conjunta¹⁴⁴.
144. En suma, la evaluación de esta Fiscalía es que ninguna de las eficiencias analizadas provenientes de los contratos de operación conjunta cumpliría las condiciones para ser contrapesos suficientes de los riesgos coordinados y exclusorios identificados en los mercados de almacenamiento y distribución mayorista y minorista de combustibles, siendo necesaria la adopción de condiciones por este H. TDLC, bajo una perspectiva propia de la tutela preventiva del artículo 18 N° 2 del DL 211.

VI. CONDICIONES PARA MITIGAR LOS RIESGOS IDENTIFICADOS

145. Generalmente, la autoridad puede imponer condiciones o medidas para corregir riesgos a la libre competencia, las cuales deben resultar proporcionales, efectivas de implementar y de monitorear, y susceptibles de ser ejecutadas en el corto plazo¹⁴⁵. Con relación a la naturaleza de los

¹⁴² Durante la investigación, Copec en presentación de fecha 2 de septiembre de 2021 señala que en el mercado minorista se observa una intensa competencia entre los propietarios de las plantas de abastecimiento y que dicha competencia sería menos intensa en caso de que las empresas comuneras presenten estructuras asimétricas de costos ante el escenario alternativo de que las plantas sean administradas por un tercero independiente, y que las empresas distribuidoras arrienden capacidad de almacenamiento, haría entre otros, menos intensa la competencia en los mercados aguas abajo. Por lo cual, resulta interesante observar cómo distribuidores minoristas independientes han sido y son capaces de competir en estos mercados con costos tan asimétricos si, según Copec, ya se observa una intensa competencia.

¹⁴³ Informe de aprobación Rol FNE F209-2019, referido a la “Adquisición de activos de Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada por parte de Empresa Nacional de Energía ENEX S.A.”, párrafo 20.

¹⁴⁴ En este sentido, los resultados de Lagos (2018) sugieren que aun cuando las estaciones de bandera tradicional podrían tener menores costos de abastecimiento, ello no sería suficiente para compensar a los consumidores finales a través de menores precios minoristas en un escenario de mayor concentración de mercado. Incluso, esto indicaría que las estaciones de bandera blanca podrían ejercer presión a la baja en los precios minoristas aun pudiendo tener mayores costos de abastecimiento. Lagos, V. (2018). Effectiveness of Merger Remedies: Evidence from the Retail Gasoline Industry. *The Journal of Industrial Economics*, 66(4), 942-979. Véase: FNE. Informe de aprobación F216-2019, nota al pie 219.

¹⁴⁵ Resolución 37/2011 del H. TDLC, considerando 304.

remedios, aquellos estructurales son preferibles a los remedios conductuales, debido a que previenen de manera sostenible los riesgos identificados, además de no requerir medidas de supervisión a mediano o largo plazo¹⁴⁶. Esto, en particular, cuando los riesgos horizontales en un mercado son altamente relevantes para la libre competencia¹⁴⁷.

146. Durante la investigación, las empresas comuneras acompañaron propuestas de medidas conductuales destinadas a mitigar los riesgos detectados por esta Fiscalía. Dichas medidas no son, a juicio de esta Fiscalía, efectivas ni proporcionales a los riesgos identificados, tanto de coordinación como de exclusión, siendo, por lo tanto, insuficientes. A mayor abundamiento, las medidas planteadas: (i) requerirían de un constante monitoreo, transformándolas así en soluciones poco efectivas a largo plazo para prevenir de manera sostenible a los riesgos identificados; (ii) no se hacen cargo de modo suficiente respecto a los riesgos de exclusión, de intercambio de información estratégica y de contacto entre competidores; y (iii) la necesidad de colaboración entre las comuneras para su implementación conlleva igualmente riesgos coordinados. Además, algunas de ellas condicionaron la aprobación de sus medidas a la decisión del resto de las comuneras por lo que, incluso si individualmente estuvieran dispuestas a desarrollar mitigaciones más intensivas y efectivas, no podrían ejecutarlas independientemente.
147. De acuerdo con lo señalado y considerando la magnitud de los riesgos identificados, este Servicio solicita que el H. TDLC en la Resolución que dicte en este procedimiento, implemente condiciones estructurales que neutralicen adecuadamente los riesgos descritos en esta presentación, las que podrían ir desde una (i) participación pasiva de los comuneros en la infraestructura de almacenamiento y su administración, hasta una (ii) desinversión de los activos, o aquellas que estime pertinentes según la naturaleza y magnitud de los riesgos que verifique y, en cualquier caso, complementadas por condiciones transitorias que los mitiguen adecuadamente mientras se implementan aquellas estructurales de carácter permanente, en base a los antecedentes que recoja el H. TDLC durante este proceso .

¹⁴⁶ Resolución 51/2018 del H. TDLC, considerando 146.

¹⁴⁷ Ibid., considerando 115.

148. Por un lado, en el caso de una participación pasiva, Copec, Enex y Esmax podrían mantener la propiedad de las plantas de almacenamiento, pero sin intervenir en su dirección, gestión, administración, operación, mantenimiento y decisiones de expansión, la cual debería ser llevada a cabo por un tercero completamente independiente de Copec, Enex, Esmax y de sus respectivos grupos empresariales¹⁴⁸.
149. Por otro lado, en el caso de una desinversión de las plantas de abastecimiento, Copec, Enex y Esmax deberían desprenderse de la propiedad de sus plantas en común, lo que permitiría solucionar de manera efectiva el riesgo de coordinación materia de esta Consulta, al impedir de manera adecuada y definitiva que la información fluya entre las comuneras.
150. Cabe señalar que las condiciones debiesen recaer sobre el conjunto de instalaciones que permiten el funcionamiento de una planta de almacenamiento. Al respecto, para los efectos de este apartado, se considera que una planta de almacenamiento comprende, entre otros: terrenos, construcciones, tanques, permisos, concesiones marítimas, terminales marítimos, líneas submarinas, tuberías, cañerías, equipos, instalaciones y toda otra infraestructura accesoria y relevante para su operación.
151. A modo de ejemplo, si no se incluyesen los terminales marítimos en las condiciones, el riesgo de coordinación entre las empresas distribuidoras se trasladaría en su totalidad a la gestión de dicha instalación. En efecto, de acuerdo con los antecedentes tenidos a la vista por esta Fiscalía, los terminales marítimos requerirían, para su operación y definición de tarifas, información sobre la proyección periódica de transferencia de producto, es decir, cuánto combustible se va a descargar a través de estas instalaciones. Esto supone que cualquier empresa distribuidora -sea dueña o contractualmente relacionada con la propiedad del terminal- tendría igualmente información sobre la cantidad de producto que sus competidores descargarían.
152. Independientemente de cuáles sean las condiciones que el H. TDLC decida que serían idóneas para mitigar los riesgos coordinados identificados, es fundamental que, para reducir los riesgos exclusorios y explotativos relativos a un abuso de posición dominante, además se agreguen resguardos del

¹⁴⁸ Esto atendido los riesgos exclusorios que para la competencia podrían derivarse de la obligación impuesta sobre sólo una de ellas.

comportamiento futuro de los administradores o propietarios de las plantas de almacenamiento. Lo anterior, para limitar los intercambios de información y para asegurar un acceso equitativo a terceros no relacionados en condiciones competitivas, evitando así que se cobren precios monopólicos o se establezcan condiciones discriminatorias entre usuarios, tanto en precios como en aspectos no relacionadas a éste¹⁴⁹.

153. En este sentido, se propone para garantizar el acceso a terceros, ya sea a capacidad de almacenamiento y/o carga de combustibles en planta, un procedimiento reglado por la entidad que determine el H. TDLC, conforme a criterios públicos, motivados, objetivos, razonables, de general aplicación, y no discriminatorios.

VI.1 Contrato de facilidades recíprocas

154. Dadas las condiciones anteriores, se hace necesario también dejar sin efecto o modificar -según corresponda- el contrato de facilidades recíprocas que actualmente se encuentra vigente y en operación, así como los acuerdos comerciales que se han suscrito a causa de ese contrato y que se encuentren en vigor. En este sentido, cualquier nuevo acuerdo o contrato que se genere debe de estar sometido a las condiciones que indique este H. Tribunal, siempre bajo condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias respecto de otras empresas que puedan estar interesadas en acceder a ese tipo de contratos.

VI.2 Interacción entre ENAP y las empresas distribuidoras para fines de abastecimiento de combustibles líquidos

155. Sobre esta materia se considera necesario que se elabore un protocolo de libre competencia que establezca las directrices a seguir por parte de representantes, mandatarios, apoderados, colaboradores, dependientes, directores, ejecutivos, administradores, asesores y consultores de ENAP, en orden a evitar o mitigar posibles riesgos de incumplimientos a la normativa de libre competencia en el marco de las distintas etapas de las operaciones de

¹⁴⁹ A modo de ejemplo, se deben evaluar al menos los siguientes riesgos de sabotaje: (i) interferir con el ingreso/orden de los camiones para la carga de combustible; (ii) retraso con la entrega de información sobre ingresos, despachos y existencias de combustible; (iii) retraso con la descarga de combustible desde los buques hacia las plantas.

abastecimiento, tanto marítimo como terrestre, de combustibles líquidos a las empresas distribuidoras. Dicho protocolo deberá contener por lo menos los siguientes puntos:

- a) Prohibir reuniones presenciales y/o remotas entre ENAP y el conjunto de empresas distribuidoras mayoristas de combustibles líquidos. En este sentido ENAP deberá coordinar bilateralmente con cada empresa el abastecimiento de ésta, sea éste marítimo o terrestre;
- b) Limitar el intercambio de información sensible, debiendo estar autorizado en lo estrictamente necesario para llevar adelante las operaciones de abastecimiento, en particular, aquella información que pudiera infringir la normativa de libre competencia en Chile. En este sentido ENAP deberá enviar versiones individualizadas, dirigidas a la empresa respectiva y a cada jefe de planta¹⁵⁰, de los documentos pertinentes para el abastecimiento de las plantas de almacenamiento;
- c) En caso de acceso a información comercial sensible, producto de las distintas etapas de la operación de abastecimiento, velar porque ella no sea compartida, divulgada, reproducida o distribuida entre competidores; y,
- d) Establecer un sistema interno de denuncias y consultas.

156. Además, ENAP deberá definir un procedimiento para la gestión en aquellos casos en que los buques no tengan la capacidad de entregar todo el combustible solicitado por cada empresa.

VII. PROCEDENCIA Y SÍNTESIS DE LA CONSULTA

157. Del análisis previamente presentado, esta Fiscalía estima que en la especie nos encontramos en presencia de una Consulta subsumible en la competencia que el DL 211 entrega al H. TDLC en su artículo 18 N° 2. Lo anterior, porque se verifican hechos, actos o contratos existentes, distintos de operaciones de concentraciones, consistentes en asuntos de carácter no contenciosos que pueden infringir las disposiciones del DL 211.

158. Al respecto, los hechos, actos o contratos existentes corresponden a los contratos de operación conjunta, su operación práctica y los otros objetos que

¹⁵⁰ Quien deberá hacer la consolidación de la información para la operativa de la planta.

se han examinado en esta presentación. En este sentido, el H. TDLC ha señalado que la función consultiva del artículo 18 N° 2 del DL 211 es plenamente procedente en relación con hechos pasados o existentes: “(...) ante los cuales el Tribunal reacciona únicamente para evitar riesgos similares en el futuro por parte del hechor o terceros. Confirman este aserto los tiempos verbales utilizados por el D.L para referirse a la afectación de la libre competencia, formulados siempre en tiempo presente: “impida, restrinja o entorpezca” o “que tienda a producir dichos efectos” (art. 3), “constituir infracciones” (art. 18 N° 1) y “hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse” (art. 18 N° 2)”¹⁵¹.

159. Asimismo, el objeto de esta Consulta corresponde a un asunto de carácter no contencioso porque respecto de ellos no se persigue un reproche anticompetitivo y tampoco se busca atribuir responsabilidades infraccionales a Copec, Enex y Esmax, sino que, únicamente, se solicita que el H. TDLC se pronuncie si esos contratos y su operación práctica se ajustan o no al DL 211.
160. Esto es consistente con lo resuelto por la Excma. Corte Suprema la última vez que se pronunció sobre el tema, al indicar que: *“En otras palabras, el ejercicio de la potestad consultiva no impide el análisis de la conformidad de ciertos actos o contratos ya celebrados con la legislación que rige la materia, siempre y cuando se refiera a actos concretos y no exista una imputación formal y directa – y, a la vez, una pretensión sancionatoria – relacionada con ilícitos anticompetitivos. Bajo estos parámetros, no sería posible instrumentalizar la consulta,(...) puesto que las medidas que es posible adoptar en uno y otro procedimiento tienen una naturaleza distinta, tratándose en este caso de disposiciones meramente preventivas, destinadas a evitar eventuales infracciones a la libre competencia y no a juzgar responsabilidad”*¹⁵².
161. Lo anterior, se verifica en la especie porque los hechos, actos o contratos consultados, al generar riesgos de coordinación y exclusión, pueden encontrarse en situación de *“pugnar con la libre competencia en un mercado relevante”*¹⁵³.

¹⁵¹ Resolución N° 53/2018 TDLC, considerando 122°.

¹⁵² Corte Suprema, Sentencia de 10 de mayo de 2021 dictada en autos Rol CS N° 138.221-2020, considerando 9°.

¹⁵³ Corte Suprema, Sentencia de 29 de enero de 2016 dictada en autos Rol CS N° 30.190-2014, considerando 3°.

162. Por tanto, tal como ha referido la Excma. Corte Suprema, se busca únicamente “(...) que se emita un pronunciamiento judicial de calificación o determinación de la posible disconformidad entre ciertos hechos singulares y la libre competencia, apreciada en un mercado relevante concreto”¹⁵⁴ y que, en caso de verificarse tal disconformidad, este H. Tribunal establezca las condiciones necesarias para restablecer su adecuación con la libre competencia.
163. Al respecto, en la línea de buscar un pronunciamiento únicamente centrado en el examen de la antijuridicidad del objeto consultado, si el H. TDLC determina que en la especie no existen contrapesos a los riesgos identificados, entonces, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplida por los hechos, actos o contratos materia de la Consulta, de modo que “*el desempeño de tales actividades se realice de manera más acorde con la normativa de la libre competencia*”¹⁵⁵, sin que para tal efecto se vea limitado por las condiciones aquí presentadas¹⁵⁶. Lo anterior, en síntesis, se fundamenta en las siguientes consideraciones:
164. En primer lugar, en los mercados de almacenamiento, de distribución mayorista, y distribución minorista de combustibles líquidos se presentan características que generan riesgos de coordinación, al concurrir: (i) pocos participantes, (ii) alta concentración, (iii) integración vertical sustancial, (iv) homogeneidad de producto, (v) presencia de barreras a la entrada, (vi) frecuente interacción entre competidores; y (vii) transparencia en los precios de venta al público en estaciones de servicio.
165. En segundo lugar, estos riesgos de coordinación se ven acrecentados, por una parte, por los contratos de operación conjunta, por la operación práctica asociada a ellos, y por los contratos de reciprocidad; por otra parte, coadyuvaría a ello el intercambio de información que se da en el contexto de la coordinación entre ENAP y las empresas comuneras para el abastecimiento de combustible.

¹⁵⁴ Corte Suprema, Sentencia de 25 de julio de 2022 dictada en autos Rol CS N° 40.775-2021, considerando 7°.

¹⁵⁵ Corte Suprema, Sentencia de 29 de enero de 2016 dictada en autos Rol CS N° 30.190-2014, considerando 4°.

¹⁵⁶ Resolución N° 53/2018 TDLC, considerando 109°, cuando señala: “*Como se observa, el legislador ha entregado plena libertad al Tribunal para definir el tipo de condición o medida que el hecho, acto o contrato debe satisfacer para no atentar contra la libre competencia*”.

166. Todos estos factores, H. Tribunal, determinan que el riesgo de coordinación sea cierto y relevante¹⁵⁷, al habilitar que cada comunera pueda estimar y monitorear el comportamiento de sus competidores, en un mercado que además es maduro y en el cual el cliente, al menos en distribución minorista, no tiene poder de negociación.
167. Asimismo, se ha señalado que para todas las plantas de almacenamiento que operan bajo los contratos de operación conjunta se observan riesgos de coordinación, independiente de si el área de influencia de estas plantas cae o no dentro del área de influencia de las plantas de ENAP o de las distribuidoras con plantas propias. Situación contraria a lo que sucede respecto del riesgo de exclusión, el cual estaría aminorado por la presencia de plantas de almacenamiento de ENAP o de distribuidores con plantas individuales.
168. Tomando en consideración esta salvedad, con relación al riesgo de exclusión, de los antecedentes recabados y del análisis desarrollado se ha observado que en el mercado de almacenamiento en el que se producen los contratos, se verifican riesgos de cierre de mercado aguas abajo a los competidores de las comuneras, observándose que éstas no competirían entre sí, ni para la provisión del servicio de almacenamiento, ni para el servicio de carga de combustible en planta, situación que incide en los mercados indirectamente afectados, que son los de distribución de combustibles mayorista y minorista.
169. Al ser los riesgos de exclusión y coordinación ciertos y relevantes, las eficiencias asociadas a la cooperación entre las comuneras deben ser un contrapeso efectivo de los riesgos anticompetitivos. Sin embargo, de acuerdo con el análisis efectuado, la eficiencia de optimización de la logística de abastecimiento no sería inherente y por ende no debería ser considerada; y si aún fuera tomada en cuenta, según los antecedentes tenidos a la vista - estimación de márgenes brutos de comercialización-, se trataría de una eficiencia que no habría sido traspasada a los consumidores finales.
170. Misma situación ocurriría con las eficiencias asociadas a las economías de escala, las cuales, si bien son inherentes a los contratos y pudieron ser cuantificadas, tampoco habrían sido traspasadas al consumidor final. Por su parte, las eficiencias asociadas a evitar una duplicación en búsqueda de

¹⁵⁷ Similares factores están identificados en los considerandos 126 a 131 de la Resolución N° 51/2018 TDLC.

terrenos y autorizaciones medioambientales, aunque inherentes, no pudieron ser cuantificadas.

171. Por lo tanto, no existiría un contrapeso a los riesgos identificados, de modo que los contratos de operación conjunta y su operación práctica, tendrían el potencial de producir efectos restrictivos de la libre competencia en los mercados de almacenamiento y distribución mayorista y minorista de combustibles, siendo por lo tanto necesaria la adopción de las condiciones examinadas en el capítulo VI en los términos allí solicitados, o bien, de acuerdo con lo que resuelva el H. TDLC.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto y de lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 18 N° 2, 31 y 32 del DL N° 211,

SOLICITO AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA: Tener por formulada la presente consulta, admitirla a tramitación y pronunciarse acerca de si los contratos de operación conjunta de las plantas de almacenamiento de combustibles líquidos indicados y la actuación práctica que se verifica en ese contexto, según lo señalado, entre las empresas Compañía de Petróleos de Chile Copec S.A. (“Copec”), Empresa Nacional de Energía Enex S.A. (“Enex”) y Esmax Distribución SpA (“Esmax”), se ajusta o no al DL N° 211, estableciendo – de ser necesario- los términos, condiciones y medidas que deberán cumplir tales hechos, actos y contratos, para ajustarse a la libre competencia.

PRIMER OTROSÍ: Por este acto, vengo en acompañar bajo confidencialidad los documentos que se indicarán. Se hace presente que todos estos documentos se encuentran comprendidos en la Resolución de Confidencialidad que se dictó en la Investigación Rol N ° 2410-16 FNE según se indicará en el párrafo final de este otrosí.

Para una adecuada referencia respecto de la Resolución de Confidencialidad y del índice del expediente de investigación FNE Rol N° 2410-16, se especifica para cada uno de ellos la carpeta digital en la cual se encuentra el documento respectivo y el número que esa carpeta digital o documento físico, según corresponda.

Pues bien, el listado de los documentos que se acompañan bajo confidencialidad por este acto son:

1. Archivo PDF denominado: "Denuncia.pdf", documento físico que corresponde al número 1) de la Resolución de confidencialidad.
2. Archivo PDF denominado: "Acuerdo Operación Conjunta Tres Compañías.pdf", que se ubica en carpeta digital "153. Resp. Enex a Oficio Ord. FNE N°0619", que corresponde al número 57.viii) de la Resolución de confidencialidad.
3. Archivo PDF denominado: "Convenio Comap 2016.pdf", que se ubica en carpeta digital "153. Resp. Enex a Oficio Ord. FNE N°0619", que corresponde al número 57.viii) de la Resolución de confidencialidad.
4. Archivo PDF denominado: "Reglamento Operación Planta Chacabuco.pdf", que se ubica en carpeta digital "153. Resp. Enex a Oficio Ord. FNE N°0619", que corresponde al número 57.viii) de la Resolución de confidencialidad.
5. Archivo PDF denominado: "COPEC - Contrato de reciprocidad de facilidades 1 de julio 1985.pdf", en carpeta digital: "432. CD Resp. Esmax a Oficio Ord. FNE N°0786", que corresponde al número 57.lxiii) de la Resolución de confidencialidad.
6. Archivo PDF denominado: "Shell - Contrato de reciprocidad de facilidades 1 de julio 1986.pdf", que se ubica en carpeta digital: "432. CD Resp. Esmax a Oficio Ord. FNE N°0786", que corresponde al número 57.lxiii) de la Resolución de confidencialidad.
7. Archivo PDF denominado: "Facilidades Plantas Abr-May-Jun 2021.pdf", que se ubica en carpeta digital: "440. CD Resp. Copec a Oficio Ord. FNE N°0788", que corresponde al número 57.lxvii) de la Resolución de confidencialidad.
8. Archivo PDF denominado: "ADDENDUM CARTA DE INTENCIÓN.pdf", que se ubica en carpeta digital: "229. Pendrive Resp. Copec a Oficio Ord. FNE N°2330", que corresponde al número 57.xix) de la Resolución de confidencialidad.
9. Archivo PDF denominado: "Contrato Cabo Froward Pureo (Calbuco).pdf", que se ubica en carpeta digital: "514. CD Resp. Copec a Oficio Ord. FNE N°0690", que corresponde al número 57.lxxxii) de la Resolución de confidencialidad.
10. Archivo PDF denominado: "Protocolo Intercambio Información Sensible Comap.pdf", que se ubica en carpeta digital: "421. CD Resp. Enex a Oficio Ord. FNE N°0787", que corresponde al número 57.lix) de la Resolución de confidencialidad.
11. Archivo PDF denominado: "Protocolo sobre intercambio y manejo de Información Sensible en Operaciones Conjuntas entre Copec S.A., Enex S.A. y Esmax Distribución SpA 23 de Octubre 2019.pdf", que se ubica en carpeta

- digital: “421. CD Resp. Enex a Oficio Ord. FNE N°0787”, que corresponde al número 57.lix) de la Resolución de confidencialidad.
12. Archivo PDF denominado: “Protocolo sobre intercambio y manejo de Información Sensible en Operaciones Conjuntas entre Enex S.A. y Exmax Distribución SpA 23 de Octubre 2019.pdf”, que se ubica en carpeta digital: “421. CD Resp. Enex a Oficio Ord. FNE N°0787”, que corresponde al número 57.lix) de la Resolución de confidencialidad.
 13. Archivo PDF denominado: “Programa Cumplimiento de Libre Competencia Copec.pdf”, que se ubica en carpeta digital: “369. Pendrive Resp. Copec a Oficio Ord. FNE N°1900”, que corresponde al número 57.xlvi) de la Resolución de confidencialidad.
 14. Archivo PDF denominado: “Manual de Cumplimiento de Libre Competencia V01ABR18.pdf”, que se ubica en carpeta digital: “347. Pendrive Resp. Enex a Oficio Ord. FNE N° 1901”, que corresponde al número 57.xxxvi) de la Resolución de confidencialidad.
 15. Archivo PDF denominado: “Programa Cumplimiento Normas Libre Competencia V01FEB19 (1).pdf”, que se ubica en carpeta digital: “347. Pendrive Resp. Enex a Oficio Ord. FNE N° 1901”, que corresponde al número 57.xxxvi) de la Resolución de confidencialidad.
 16. Archivo PDF denominado: “Presentación Copec 02_09_2021.pdf”, que se ubica en carpeta digital: “460. CD Presentación Copec”, que corresponde al número 57.lxxiv) de la Resolución de confidencialidad.
 17. Archivo PDF denominado: “Informe Copec Firmado.pdf”, que se ubica en carpeta digital: “460. CD Presentación Copec”, que corresponde al número 57.lxxiv) de la Resolución de confidencialidad.
 18. Archivo PDF denominado: “Resp. Copec a Oficio Ord. FNE N°0620.pdf”, documento físico que corresponde al número 3) de la Resolución de confidencialidad.
 19. Archivo PDF denominado: “Resp. Cabal a Oficio Ord. FNE N°1913.pdf”, documento físico que corresponde al número 21) de la Resolución de confidencialidad.
 20. Archivo PDF denominado: “Resp. ENAP a Oficio Ord. FNE N°0622.pdf”, documento físico que corresponde al número 4) de la Resolución de confidencialidad.

21. Archivo PDF denominado: “Resp. Enex a Oficio Ord. FNE N°2327.pdf”, documento físico que corresponde al número 13) de la Resolución de confidencialidad.
22. Archivo PDF denominado: “Carta respuesta Oficio 2330.pdf”, que se ubica en carpeta digital: “229. Pendrive Resp. Copec a Oficio Ord. FNE N°2330”, que corresponde al número 57.xix) de la Resolución de confidencialidad.
23. Archivo PDF denominado: “Resp. Esmax a Oficio Ord. FNE N°2335.pdf”, documento físico que corresponde al número 10) de la Resolución de confidencialidad.
24. Archivo Excel denominado: “Memoria de Cálculo”, que corresponde al número 58) de la Resolución de confidencialidad.

Respecto a los documentos anteriores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 inciso noveno, en relación con el artículo 39 letra a), ambos del DL N° 211, y el acuerdo segundo del Auto Acordado N° 16/2017, solicitamos al H. Tribunal mantener la confidencialidad decretada mediante la Resolución Exenta N° 629, de 16 de noviembre de 2022, pues contienen información de fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular.

POR TANTO, solicito al H. Tribunal tener por acompañado los documentos indicados, bajo confidencialidad.

SEGUNDO OTROSÍ: Asimismo, a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el Auto Acordado N° 16 del H. Tribunal solicitamos se tengan por acompañados los siguientes documentos, con citación, como versiones públicas preliminares de aquellos acompañados como confidenciales en el primer otrosí:

1. Archivo PDF denominado: “Denuncia_VP.pdf”.
2. Archivo PDF denominado: “Acuerdo Operación Conjunta Tres Compañías_VP.pdf”.
3. Archivo PDF denominado: “Convenio Comap 2016_VP.pdf”.
4. Archivo PDF denominado: “Reglamento Operación Planta Chacabuco_VP.pdf”.
5. Archivo PDF denominado: “COPEC - Contrato de reciprocidad de facilidades 1 de julio 1985_VP.pdf”.

6. Archivo PDF denominado: "Shell - Contrato de reciprocidad de facilidades 1 de julio 1986_VP.pdf".
7. Archivo PDF denominado: "Facilidades Plantas Abr-May-Jun 2021_VP.pdf".
8. Archivo PDF denominado: "ADDENDUM CARTA DE INTENCIÓN_VP.pdf".
9. Archivo PDF denominado: "Contrato Cabo Froward Pureo (Calbuco)_VP.pdf".
10. Archivo PDF denominado: "Protocolo Intercambio Información Sensible Comap_VP.pdf".
11. Archivo PDF denominado: "Protocolo sobre intercambio y manejo de Información Sensible en Operaciones Conjuntas entre Copec S.A., Enex S.A. y Esmax Distribución SpA 23 de Octubre 2019_VP.pdf".
12. Archivo PDF denominado: "Protocolo sobre intercambio y manejo de Información Sensible en Operaciones Conjuntas entre Enex S.A. y Exmax Distribución SpA 23 de Octubre 2019_VP.pdf".
13. Archivo PDF denominado: "Programa Cumplimiento de Libre Competencia Copec_VP.pdf".
14. Archivo PDF denominado: "Manual de Cumplimiento de Libre Competencia V01ABR18_VP.pdf".
15. Archivo PDF denominado: "Programa Cumplimiento Normas Libre Competencia V01FEB19 (1)_VP.pdf".
16. Archivo PDF denominado: "Presentación Copec 02_09_2021_VP.pdf".
17. Archivo PDF denominado: "Informe Copec Firmado_VP.pdf".
18. Archivo PDF denominado: "Resp. Copec a Oficio Ord. FNE N°0620_VP.pdf".
19. Archivo PDF denominado: "Resp. Cabal a Oficio Ord. FNE N°1913_VP.pdf".
20. Archivo PDF denominado: "Resp. ENAP a Oficio Ord. FNE N°0622_VP.pdf".
21. Archivo PDF denominado: "Resp. Enex a Oficio Ord. FNE N°2327_VP.pdf".
22. Archivo PDF denominado: "Resp. Copec a Oficio Ord. FNE N°2330_VP.pdf".
23. Archivo PDF denominado: "Resp. Esmax a Oficio Ord. FNE N°2335_VP.pdf".
24. Archivo Excel denominado "Memoria de cálculo_VP.xls".

POR TANTO, solicito al H. Tribunal tener por acompañado los documentos indicados.

TERCER OTROSÍ: Solicito al H. Tribunal tener por acompañados en carácter público, con citación, los siguientes documentos:

1. Resolución Exenta N ° 629, de 16 de noviembre de 2022, que declara confidenciales ciertas piezas del Expediente Rol N ° 2410-22.

2. Planilla anexa a Resolución Exenta N ° 629.
3. Archivo PDF denominado: "(iii) PROTOCOLO PARA CUMPLIMIENTO DE LA LEGISLACION DE LIBRE COMPETENCIA.pdf".
4. Archivo PDF denominado: "Política de Libre Competencia Copec.pdf".

POR TANTO, solicito al H. Tribunal tener por acompañado en carácter de público los documentos referidos, con citación.

CUARTO OTROSÍ: Al H. Tribunal solicito tener presente que la personería de doña Mónica Salamanca Maralla para representar a la Fiscalía Nacional Económica le corresponde por el solo ministerio de la ley según el orden de subrogación contenido en la Resolución Exenta N° 636 de fecha 9 de septiembre de 2019, dictada por el Fiscal Nacional Económico (s), en calidad de segunda subrogante, considerando las resoluciones de la Fiscalía de fechas 8 de enero y 7 de enero, ambas del 2019, por las que el Fiscal Nacional Económico, Sr. Ricardo Riesco Eyzaguirre, y el Subfiscal Sr. Felipe Cerda Becker, respectivamente, se inhabilitaron de conocer la investigación Rol FNE N° 2410-16, las que se acompañan en este acto.

Asimismo, solicito se tenga presente que, en mi calidad de abogada habilitado para el ejercicio de la profesión, asumiré personalmente el patrocinio en estos autos, con el domicilio singularizado en la comparecencia. Sin perjuicio de lo anterior, por este acto confiero poder a los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, Alejandro Domic Seguich, Javiera Riquelme Menares, y Nicolás Carrasco Delgado, todos de mí mismo domicilio, quienes podrán actuar de forma separada e indistintamente con la suscrita.

QUINTO OTROSÍ: Solicito tener presente las siguientes direcciones de correo electrónico de funcionarios de la FNE, para efectos de notificarlos de las resoluciones dictadas en estos autos: adomic@fne.gob.cl y ncarrasco@fne.gob.cl.