
REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA
LIBRE COMPETENCIA

RESOLUCIÓN N° 84 /2024

Santiago, nueve de septiembre de dos mil veinticuatro

- PROCEDIMIENTO** : No Contencioso
- ROL** : NC N° 517-22
- CONSULTANTE** : Fiscalía Nacional Económica
- OBJETO** : Determinar si los contratos de operación conjunta de las plantas de almacenamiento de combustibles líquidos suscritos entre Compañía de Petróleos de Chile Copec S.A., Empresa Nacional de Energía Enex S.A. y Esmax Distribución SpA y la actuación práctica que se verifica en ese contexto, se ajustan a la normativa de libre competencia.
-
- APORTANTES DE ANTECEDENTES** :
1. Empresa Nacional de Energía Enex S.A.
 2. Compañía de Petróleos de Chile Copec S.A.
 3. Esmax Distribución SpA
 4. Empresa Nacional del Petróleo y Enap Refinerías S.A.
 5. Combustibles Surenergy Limitada, Combustibles Multimport Limitada y Dinacom Limitada.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

CONTENIDO

I. PARTE EXPOSITIVA.....	3
A. CONSULTA	3
B. APORTES DE ANTECEDENTES	13
C. LLAMADO A CONCILIACIÓN Y AUDIENCIA PÚBLICA	22
II. PARTE CONSIDERATIVA.....	24
A. OBJETO Y ALCANCE DE LA CONSULTA.....	24
B. DESCRIPCIÓN DE LA INDUSTRIA Y CONDICIONES DE COMPETENCIA 26	
C. DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS Y CONTRATOS CONSULTADOS	41
D. ANÁLISIS DE LOS RIESGOS DERIVADOS DE LOS HECHOS Y CONTRATOS OBJETO DE LA CONSULTA.....	49
E. MEDIDAS	59
III. PARTE RESOLUTIVA.....	64

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

I. PARTE EXPOSITIVA

A. CONSULTA

A.1. Antecedentes

1. A folio 7 la Fiscalía Nacional Económica (“FNE” o “Fiscalía”) interpuso un asunto de carácter no contencioso a fin de que el Tribunal se pronuncie acerca de si los contratos de operación conjunta de las plantas de almacenamiento de combustibles líquidos que se indican en su presentación 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 Enx S.A. (“Enx”) y Esmx Distribución SpA (“Esmx”) se ajustan o no al Decreto Ley N° 211 (“D.L. N° 211”).

2. Las empresas singularizadas (conjuntamente, las “Comuneras”) participan en contratos que rigen la propiedad y uso compartido de ciertas plantas de almacenamiento de combustibles líquidos. Esos contratos corresponden a: (i) el Acuerdo de Operación Conjunta entre las tres Comuneras (“AOC”); (ii) la Comunidad Almacenadora de Combustibles líquidos y Acuerdo de Operación Conjunta entre Copec y Enx (“Acuerdo Comap”), y (iii) el Convenio de Inversión Conjunta entre Enx y Esmx (“Acuerdo Comaco”). Precisa que esas empresas son además propietarias de plantas de almacenamiento individual que no presentan uso compartido.

3. Indica que la industria de combustibles líquidos en Chile se divide en cinco submercados: (i) refinación e importación; (ii) transporte; (iii) almacenamiento; (iv) distribución mayorista, y (v) distribución minorista y que los principales agentes, Copec, Enx (siendo su predecesora, Shell) y Esmx (continadora de la compañía Esso Chile Petrolera Limitada y licenciataria en Chile desde el año 2017 de la marca Petrobras), estarían presentes en todos los segmentos. Asimismo, también participan pequeñas empresas en el segmento de distribución, con redes y capacidad de almacenamiento más limitados.

4. Respecto del abastecimiento, en 2021 Enap suministró el 58% de la demanda interna con producción propia. El 42% restante fue abastecido con importaciones realizadas por Enap y las compañías distribuidoras. En cuanto al abastecimiento de combustibles por parte de Enap, señala que se requiere suscripción de contratos anuales de suministro. En tal contexto, existe una actuación conjunta entre las distintas distribuidoras para el abastecimiento de combustible en sus plantas de almacenamiento, ya sea de uso conjunto o de propiedad individual. Esa actuación conjunta y la interacción entre ellas habilitaría a las Comuneras a compartir información sensible y a realizar una serie de actos jurídicos que generan riesgos para la competencia.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

5. Indica que, si bien los contratos entre las Comuneras se refieren al mercado de almacenamiento, los mercados mayorista y minorista de distribución de combustibles líquidos son altamente dependientes de la disponibilidad y acceso al almacenamiento, por lo que indirectamente son afectados por los riesgos que genera la operación conjunta. Así, concluye, que aun cuando la operación conjunta podría generar eficiencias operativas para las empresas Comuneras, no serían suficientes para mitigar los riesgos detectados.

A.2. Los contratos de operación conjunta

6. Los contratos que comprende la Consulta se identifican en el cuadro N° 1. A éstos se suma un pacto relacionado con préstamo de instalaciones de almacenamiento denominado “Contrato de Reciprocidad para el uso de facilidades, canjes y préstamos de productos” (en adelante “contrato de reciprocidad”), por medio del cual las Comuneras pueden arrendarse recíprocamente capacidad de almacenamiento, carga y descarga de productos. Estos incluyen todas las plantas de las Comuneras, ya sean de propiedad conjunta o individual.

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

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

Fuente: Consulta, folio 7, p. 5

7. La propiedad de las plantas de almacenamiento es compartida jurídicamente bajo la figura de comunidad. La gestión de cada una es llevada a cabo por comités, constituidos por personas naturales dependientes de las empresas Comuneras, en cargos relacionados con las áreas de abastecimiento y logística, y la administración diaria y la operación de las instalaciones es realizada por una de las Comuneras, denominada “operador”, que designa de entre su personal a un jefe de planta.

8. En relación con el manejo de información, los contratos 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.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

A.3. Los mercados en que inciden los contratos

9. Señala la FNE que los contratos inciden de manera directa en el mercado de almacenamiento e indirectamente en el de distribución de combustibles líquidos.

10. Copec, Esmax y Enex participan en la industria de manera verticalmente integrada, operando en distribución minorista y mayorista, transporte, almacenamiento y en menor medida en importación. Además de las Comuneras, participan no más de seis empresas de menor tamaño que operan integrando verticalmente la distribución mayorista y minorista de gasolina, petróleo diesel y kerosene doméstico. También hay compañías que operan de forma no integrada exclusivamente en la distribución minorista, con una o varias estaciones de servicio con marca propia o sin marca.

A.3.1. Mercado de almacenamiento de combustibles líquidos

11. La FNE precisa y describe que, para su abastecimiento, las plantas de almacenamiento están en su mayoría conectadas a una refinería o a un terminal marítimo, lo que hace que su infraestructura comprenda además instalaciones marítimas y oleoductos.

12. En el mercado de abastecimiento de combustibles líquidos, participan Enap, las tres empresas Comuneras, distribuidoras de menor tamaño y empresas de otros giros (como mineras y eléctricas). Enap cuenta con plantas de almacenamiento en las refinerías de Concón, Hualpén y San Gregorio, capacidad que no está disponible para uso de terceros, pero las plantas poseen patios de carga que permiten que terceros carguen combustible en camiones en dichas instalaciones. Enap sí permite el almacenamiento de terceros en sus plantas de Maipú, San Fernando y Linares, en donde también ofrece entrega de combustibles a camiones por mesas de carga. Agrega que las distribuidoras de mayor tamaño cuentan con almacenamiento propio independiente y de propiedad compartida a nivel nacional, además de contratar capacidad a Enap y a empresas no relacionadas con la distribución.

13. La FNE identifica dos distribuidoras de menor tamaño, Combustibles José Luis Capdevilla Honorato (JLC) y Combustibles HN, que poseen almacenamiento propio en Maipú y Chillán, respectivamente. Las distribuidoras que no cuentan con almacenamiento propio pueden arrendar a Enap, y lo hacen solo respecto de gasolinas automotrices, petróleo diesel y kerosene doméstico. Ello, indica la FNE, da cuenta de que las tres grandes distribuidoras enfrentan competencia limitada y únicamente en la distribución de los tres combustibles líquidos antes mencionados.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

14. El detalle de las plantas de almacenamiento existentes en el país, distinguiendo por región, comuna, propietarios y usuarios, lo presenta la FNE en el cuadro siguiente.

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	Oxiqum Quintero	Oxiqum	Copec
	Quintero	TPI	Copec	Copec
	Concón	Refinería Aconcaqua	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	Concepción	Oxiqum Coronel	Oxiqum
		Concepción	Oxiqum Coronel	Oxiqum
IX	Lautaro	Lautaro	Enex	Enex
X	Calbuco	AOC Pureo	Enex 32%, Copec 49% y Esmax 19%	Copec, Enex y Esmax
XI	Aysén	Chacabuco	Enex 50% y Esmax 50%	Enex y Esmax
		Chacabuco	Copec	Copec
XII	Punta Arenas	Planta Cabo Negro	Enap	Copec, Enex y Esmax
XII	San Gregorio	Refinería Gregorio	Enap	Enap

Fuente: Consulta, folio 7, p. 14.

15. Para analizar las participaciones de mercado, la FNE define áreas de influencia para las plantas de almacenamiento en función de los costos logísticos de abastecer a los clientes. Así, tales áreas difieren en extensión, por tipo de combustible y se pueden superponer entre plantas.

16. Durante la investigación de la FNE las empresas distribuidoras reportaron el área de influencia de sus plantas, ya sean de propiedad individual, compartida o arrendadas a terceros. Con esa información la FNE determinó siete mercados relevantes geográficos definidos como “macrozonas”:

N° 1: Regiones de Arica y Parinacota y Tarapacá

N° 2: Regiones de Antofagasta y Atacama

N° 3: Regiones de Atacama y Coquimbo

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

N° 4: Regiones de Coquimbo, Valparaíso, Metropolitana, O'Higgins y Maule

N° 5: Regiones de O'Higgins, Maule, Ñuble, BíoBío, Araucanía, Los Ríos y Los Lagos

N° 6: Región de Aysén

N° 7: Región de Magallanes

17. Sobre esa base, la FNE calculó la participación de cada empresa distribuidora y concluyó que en todas las macrozonas existe una alta concentración de mercado, pero que en las macrozonas 1, 2, 3 y 6, la capacidad de almacenamiento está concentrada en un 100% en las empresas Copec, Enx y Esmx, siendo la primera el principal actor. Ello porque en estas regiones no hay infraestructura de Enap y dada la distancia, sus plantas de almacenamiento tampoco tienen influencia. En esas macrozonas, excepto la 6, el almacenamiento de propiedad conjunta representó más del 60% en 2020 y en la 6 fue de 35%. Respecto de las macrozonas 4 y 5, Enap es el principal actor y Copec el segundo. En estas macrozonas el almacenamiento de propiedad conjunta representó en 2020 menos del 25% del total. En la macrozona 7 Enap es el único actor.

18. Respecto de las condiciones de entrada a esta etapa o mercado, la FNE señala que las empresas que no cuentan con plantas de almacenamiento pueden arrendar capacidad a Enap en sus plantas de Maipú, San Fernando y Linares. En cambio, en las zonas donde Enap no está presente, la empresa distribuidora debe construir una instalación, dado que las Comuneras no arriendan capacidad a terceros, ya sea en plantas de propiedad individual o conjunta.

19. Añade la FNE que la instalación de una planta de almacenamiento es demorosa y costosa y por tanto difícilmente replicable, incluso por empresas comparables a las Comuneras. Se requiere contar con un terreno habilitado y cumplir con requerimientos operacionales de conectividad con los centros de consumo y de factibilidad de suministro, además de cumplir con exigencias técnicas y medioambientales. Indica que ello también aplica a las ampliaciones de capacidad, por lo que la entrada no se realizaría a tiempo ni sería efectiva.

A.3.2. Mercado de distribución mayorista de combustibles líquidos (gasolina, automotriz, petróleo diésel y kerosene doméstico)

20. La distribución mayorista es realizada por Enap y por otras empresas, entre las que además de las tres Comuneras, están otras de menor tamaño, como Transportes y Comercializadora Santa Elena Ltda. (SESA), HN, JLC y Compañía de Combustibles Cabal S.A. (Cabal). Esta distribución se realiza a través de un canal industrial, que incluye venta directa a empresas y de un canal de venta a distribuidores minoristas (estaciones de servicio).

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

21. Atendido a que la distribución se efectúa dentro del área de influencia de cada planta de almacenamiento, las participaciones en este mercado también las estimó la FNE considerando las siete macrozonas identificadas. Concluye la FNE que este mercado es altamente concentrado, especialmente en las macrozonas donde la influencia de las plantas de Enap no llega o es muy baja. Así, el índice Herfindahl Hirschman (HHI) disminuye en las zonas donde Enap cuenta con plantas de almacenamiento, sin perjuicio que la concentración es muy alta en todas las macrozonas.

22. Agrega la FNE que, si bien la participación de Copec está directamente relacionada con su capacidad de almacenamiento, ello no se aprecia en el resto de las empresas. Sin embargo, es concluyente en que contar con capacidad de almacenamiento permite tener presencia en la distribución mayorista en distintos mercados geográficos.

23. En cuanto a las condiciones de entrada al mercado, señala que la jurisprudencia ha reconocido la existencia de barreras, en particular, para desarrollar infraestructura propia y operar geográficamente a mayor escala. Concluye la FNE, que para ingresar a este mercado es necesario contar con abastecimiento de combustible, acceso a infraestructura de almacenamiento y transporte y acceso a la red minorista o a clientes industriales. Reconoce que respecto del abastecimiento y almacenamiento no habría inconvenientes en las zonas en que las que está Enap, pero sí los habría donde no opera la empresa estatal.

24. La información recopilada por la FNE no le permitió verificar que ha habido acceso de terceros a almacenamiento ni a carga de combustible en las plantas incluidas en los contratos de operación conjunta materia de la consulta. Señala que los contratos Comap y AOC establecen que (i) para dar acceso a un tercero no propietario se requiere unanimidad de las empresas Comuneras, y (ii) el carguío de camiones solo puede ser realizado en aquellos que se encuentren identificados con logos de alguno de los comuneros. Concluye que estas dos exigencias serían las causas de la falta de acceso identificada previamente.

A.3.3. Mercado de distribución minorista de combustibles líquidos

25. La distribución minorista o por medio de estaciones de servicio se concentra en las distribuidoras de mayor tamaño, que cuentan con una red nacional de estaciones y ofrecen otros servicios relacionados, con un estándar de calidad similar que las posiciona como competidoras cercanas. Las mayoristas Sesa, HN, JLC y Cabal también intervienen como minoristas con algunas estaciones de servicio, mientras que compañías no integradas participan mediante una o más estaciones bajo marcas propias o sin marca.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

26. Para el cálculo de las participaciones de mercado indica que, no obstante el Tribunal y la FNE han señalado que debe considerarse el mercado geográfico a nivel local, era pertinente hacerlo según las macrozonas definidas para el mercado de almacenamiento. Bajo ese criterio, las participaciones de mercado estimadas en volumen de ventas y el índice HHI muestran que el mercado minorista es más concentrado que el de distribución mayorista, siendo Copec la empresa dominante en cada macrozona con una participación superior al 60% en cada una de ellas.

27. En cuanto a las condiciones de entrada, señala que la jurisprudencia nacional ha reconocido la existencia de barreras de entrada. En relación con el abastecimiento, las empresas de marcas independientes enfrentan las mismas barreras ya descritas a propósito de la distribución mayorista en aquellas zonas donde Enap no está presente. Respecto de la construcción de estaciones de servicio, las barreras son relevantes para zonas geográficas específicas, principalmente urbanas.

28. Respecto de las condiciones de entrada para distribuidores no integrados, señala que las condiciones serían menos favorables que para las distribuidoras de mayor tamaño, tanto por las características del mercado inmobiliario, los montos de inversión, plazos de instalación y programas de fidelización, entre otros, lo que dificulta la entrada oportuna de competidores.

29. En síntesis, la FNE indica que los mercados de almacenamiento y de distribución mayorista y minorista, para todos los tipos de combustibles líquidos, están altamente concentrados, siendo Copec el distribuidor más relevante. Agrega que existen altas barreras a la expansión y particularmente a la entrada de nuevos competidores. En almacenamiento, señala que existen seis regiones en las cuales sólo participan las empresas Comuneras, en tres de ellas de forma independiente y en tres de manera conjunta, lo que hace que la oferta en los mercados de distribución mayorista y minorista esté altamente concentrada.

A.4. Riesgos para la competencia

30. La Fiscalía identifica riesgos relevantes para la competencia que derivarían de las características estructurales de los mercados en los que inciden los contratos, tanto de coordinación como de exclusión de competidores.

A.4.1. De coordinación e intercambios de información

31. Factores estructurales como la alta concentración, la integración vertical, y la homogeneidad de los productos, añadido a la frecuente interacción entre competidores y a la transparencia en los precios de venta al público en

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

estaciones de servicio, facilitarían la coordinación. Estos riesgos se verían acrecentados con los contratos de operación conjunta, su aplicación práctica y los contratos de reciprocidad, por los riesgos de intercambio de información sensible de volúmenes y planes de inversión, entre otros aspectos.

32. Los contratos contemplan planes de mediano y largo plazo para proyectos de inversión conjunta en plantas de almacenamiento y de ahí, la Fiscalía identifica un riesgo de traspaso de información. Específicamente, el acuerdo AOC considera las necesidades de las demandas futuras de las tres empresas. Aunque la FNE reconoce que esta información podría considerarse necesaria para la operación y planificación de ampliaciones de las plantas, permitiría a las Comuneras conocer las intenciones de expansión de las competidoras y su demanda futura, y podría inhibir estrategias individuales más agresivas.

33. La FNE también identifica riesgos de traspaso de información de volúmenes y existencias. Así, las Comuneras accederían a datos de ingresos y egresos de combustibles de sus competidores, aunque los contratos establecen que esta información debe ser entregada a cada comunero. También accederían a los inventarios y rotación de existencias de combustible de la competencia. Ello haría posible que las Comuneras conozcan los movimientos de sus competidoras en todas las plantas de almacenamiento regidas por los contratos de operación conjunta, que se trata de información estratégica no solo por el contenido sino porque se entrega con alta frecuencia y es actualizada.

34. Adicionalmente, la FNE identifica un riesgo de coordinación por la actuación conjunta de las Comuneras surgido de la relación con Enap. Señala que la empresa estatal indicó que realiza una vez al mes reuniones con el personal de abastecimiento de las Comuneras, las que tendrían un fin operativo. Pese a ello, surge de ellas un documento con información desglosada de la programación mensual de carga y descarga por compañía, planta y producto. Esa información permitiría a las Comuneras conocer los volúmenes de abastecimiento en las plantas de almacenamiento y su costo de suministro, lo que aumentaría el riesgo de coordinación en los mercados aguas abajo.

35. La FNE también argumenta que la aplicación de los contratos de reciprocidad genera riesgos de coordinación, y que el intercambio de información se facilita en el contexto de los comités de colaboración para la administración de las plantas comunes. Señala que en la investigación las Comuneras acompañaron protocolos sobre intercambio y manejo de información sensible en las operaciones conjuntas, pero que serían insuficientes para mitigar los riesgos identificados. Agrega que las Comuneras no han justificado que la información referida precedentemente sea necesaria para la operación de las plantas comunes.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

36. Por último, la Fiscalía señala que no es posible asegurar que la información intercambiada en las plantas de almacenamiento compartidas no llegue a otras áreas al interior de las empresas. En particular, a aquellas de la distribución de los combustibles. Dicha información les permitiría proyectar con alto grado de certeza el comportamiento futuro de sus competidores, disminuyendo la intensidad competitiva en el mercado aguas abajo.

A.4.2. De exclusión

37. La FNE señala que la inexistencia de instalaciones alternativas hace de las plantas de operación conjunta de las Comuneras monopolios en las regiones de Arica y Parinacota, Antofagasta y Los Lagos. Si bien las plantas contemplan la posibilidad de acceso a terceros, en la práctica ello no habría ocurrido. Señala que en el caso de las plantas que operan bajo los acuerdos Comap y AOC, la descarga, almacenamiento y despacho de productos por parte de terceros requiere de la autorización de todos los comuneros, y el rechazo por parte de cualquiera de ellos no requiere expresión de causa. Basta la oposición de una para impedir el almacenamiento y la carga de combustible, incluso si otras disponen de capacidad o de combustible y de que el almacenamiento o carga se verifique en una instalación de su uso exclusivo. A ello se suma que los acuerdos establecen que el carguío de camiones se hará solo en aquellos identificados con el logo de cada comunero. Así, en la práctica no habría acceso a terceros a ninguna de las plantas que operan bajo contratos de operación conjunta. Estas restricciones generarían 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, incidiendo en la intensidad competitiva. Luego precisa que tales restricciones no operan entre las empresas Comuneras que han suscrito un contrato de reciprocidad para el préstamo de sus instalaciones de almacenamiento, por el cual se dan facilidades recíprocas, incluyendo la facilitación de plantas de propiedad individual en casos de emergencia o fuerza mayor.

A.5. Eficiencias derivadas de los contratos de operación conjunta

38. La FNE señala que solo se deben considerar las eficiencias que sean verificables, inherentes a la operación conjunta y suficientemente relevantes para compensar los efectos del mayor poder de mercado. Luego, se refiere a las tres eficiencias argumentadas por las empresas Comuneras y examina si cumplen o no con las tres condiciones señaladas.

39. En cuanto a las economías de escala, concluye que la operación conjunta permite disminuir los costos de inversión y operación, lo que es verificable e inherente a los contratos de operación conjunta. Respecto de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

ahorros en autorizaciones de terrenos y medioambientales, señala que, si bien son inherentes a los contratos, no se han podido verificar, por lo que no la considera como un contrapeso de los riesgos. Lo mismo considera respecto de la optimización de la logística de abastecimiento.

40. Respecto de la cuantificación del traspaso de las eficiencias al consumidor final, ella no fue aportada en la investigación por las Comuneras, por lo que señala debiese desestimarse que ellas puedan compensar los riesgos identificados. Más aún, la Fiscalía realizó un examen propio respecto de traspaso de beneficios al consumidor final y concluyó que no se traspasan, a partir de la evidencia de mayores márgenes de comercialización en aquellas comunas que únicamente cuentan con instalaciones de almacenamiento de Copec, Enex y Esmax. Así, concluye que ninguna de las eficiencias invocadas por las Comuneras cumple las condiciones para ser contrapesos suficientes de los riesgos coordinados y exclusorios identificados, por lo que es necesaria la adopción de medidas por parte del Tribunal.

A.6. Condiciones para mitigar los riesgos identificados

41. La FNE señala que durante la investigación las Comuneras acompañaron propuestas de medidas conductuales destinadas a mitigar los riesgos, pero estas no serían efectivas ni proporcionales. Considera que la magnitud de los riesgos identificados justifica su solicitud en que el Tribunal en su resolución de término implemente condiciones estructurales que neutralicen los riesgos, las que podrían ir desde la participación pasiva de los comuneros en la infraestructura de almacenamiento y su administración, a la desinversión de los activos, o las que estime pertinentes. De cualquier manera, ellas debieran ser complementadas con condiciones transitorias que mitiguen los riesgos mientras se implementan las medidas estructurales. Tales medidas debiesen recaer sobre el conjunto de instalaciones para el funcionamiento de las plantas de almacenamiento, incluyendo terrenos, tuberías y terminales marítimos.

42. Plantea que para reducir los riesgos exclusorios y explotativos, se debiesen contemplar resguardos para el comportamiento futuro de los administradores o propietarios de las plantas de almacenamiento. Para limitar los intercambios de información y asegurar un acceso equitativo a terceros no relacionados en condiciones competitivas, propone garantizar el acceso a terceros tanto al almacenamiento como a la carga de combustibles en planta, mediante un procedimiento reglado, conforme a criterios públicos, motivados, objetivos, razonables, de general aplicación y no discriminatorios.

43. En relación con los contratos de facilidades recíprocas, indica que es necesario dejarlos sin efecto o modificarlos, y que cualquier nuevo contrato suscrito debe estar sometido a condiciones objetivas, transparentes y no

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

discriminatorias respecto de otras empresas que puedan estar interesadas en acceder a este tipo de contratos.

44. En cuanto a la interacción entre Enap y las empresas distribuidoras, plantea un mínimo de puntos que debiese contener un protocolo de libre competencia que establezca directrices a seguir por parte de funcionarios de la estatal. Además, que Enap debiese 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.

B. APORTES DE ANTECEDENTES

45. A folio 36 aportó antecedentes **Enex**, que en primer lugar se refiere a los contratos de administración conjunta de las plantas, y señala que, sin perjuicio de la fecha de suscripción formal de los acuerdos, este sistema funciona en Chile desde 1947, lo que ha permitido un suministro eficiente y seguro de combustibles líquidos en las distintas regiones del país. Añade que la propiedad y operación conjunta de este tipo de plantas es una práctica mundial debido a las eficiencias operacionales que trae aparejadas, y explica las características y funcionamiento de los contratos objeto de la consulta.

46. Enex argumenta acerca de la improcedencia de la consulta, dado su carácter contencioso y la pretensión sancionatoria de la FNE, y luego describe los mercados supuestamente afectados según la consulta. Señala que la Fiscalía no realiza un análisis de competencia de los mercados aguas abajo que justifique las medidas que solicita adoptar aguas arriba. Que la infraestructura existente y las labores de las Comuneras corresponden a actividades que son parte de una cadena logística de distribución y no a un mercado relevante en sí mismo donde existan dinámicas de competencia propiamente tal. Arguye que solo si hubiera problemas de competencia en la distribución resultaría pertinente analizar las condiciones de competencia de los referidos insumos. Así, las medidas solicitadas resultarían impertinentes e injustificadas en relación con los nulos problemas de competencia que la FNE pudo detectar aguas abajo.

47. Añade que la descripción de los mercados en la Consulta se basa en antecedentes equivocados y desactualizados, que no atiende a los parámetros jurisprudenciales en la materia, se extiende infundadamente de un mercado a otro y concluye erradamente. Enseguida aborda los riesgos identificados por la Fiscalía y argumenta que su determinación obedece a una comprensión errada del mercado y de la aplicación de los contratos.

48. En cuanto a los riesgos de coordinación asociados al intercambio de información, concluye que no existen intercambios de información más allá de lo necesario para la operación de las plantas; que se toman los mayores resguardos para velar por su confidencialidad y, en cualquier caso, la

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

información usada no tiene la entidad para afectar el desempeño competitivo de Enx en los mercados relevantes. Ello lo justifica respecto de la información de proyectos sobre inversión conjunta; volúmenes y existencias; la relacionada con la coordinación del abastecimiento a través de Enap y en lo referido al funcionamiento de los comités de los contratos de colaboración. Asimismo, controvierte las críticas de la FNE a los protocolos sobre intercambio y manejo de información sensible en los contratos de operación conjunta.

49. En cuanto a los riesgos de exclusión identificados por la Fiscalía señala que son inexistentes, ya que, en síntesis **(i)** en la aplicación práctica de los contratos, Enx no ha negado el acceso a terceros a las plantas conjuntas ni a las plantas individuales; **(ii)** la regulación de los contratos para dar acceso a terceros tiene bases legales y de seguridad razonables; y **(iii)** incluso si se negara el acceso a terceros a las plantas, ello no sería un riesgo susceptible de generar exclusión de competidores en el mercado de distribución de combustibles. Precisa que Enx no tiene capacidad ociosa para el almacenamiento de combustible y que la ausencia de entrada o expansión en el mercado de distribución respondería a condiciones estructurales del mercado y no a potenciales conductas de exclusión de los incumbentes.

50. Luego se refiere a las eficiencias derivadas de la operación conjunta: economías de escala, ahorros en autorizaciones de terrenos y medio ambientales y optimización de la logística de abastecimiento. Señala que todas ellas son verificables e inherentes a los contratos y que además son traspasadas al consumidor final.

51. Por último, cuestiona las medidas solicitadas por la FNE, y argumenta por qué, aun si el Tribunal considerase que existen riesgos derivados de la operación conjunta, las medidas propuestas no cumplen con los requisitos establecidos por la jurisprudencia, tendrían efectos perjudiciales en el mercado y serían desproporcionadas. Concluye solicitando el rechazo de la Consulta y las medidas propuestas por la FNE.

52. A folio 46 aportó antecedentes **Copec**, que hace un recuento de la historia de la compañía y explica su participación en los distintos mercados en que incidiría la consulta. Destaca que ha desplegado una infraestructura logística extensa que incluye un total de 16 plantas, de las cuales 10 son de propiedad conjunta, tres de propiedad individual de Copec, dos arrendadas a Oxiquim S.A. y una en que el suministro es entregado por Enap. Continúa haciendo referencia a las plantas de propiedad compartida de las Comuneras. Explica su historia, su regulación y su administración en la actualidad, y señala que su existencia es consistente con el funcionamiento de red de las industrias de energías, en donde este tipo de infraestructura juega un rol relevante en almacenar y asignar recursos de manera eficiente.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

53. En cuanto a los contratos de reciprocidad entre distribuidores, señala que buscan garantizar el suministro continuo a todos los clientes, lo que es esencial en la industria. Indica que son acuerdos excepcionales y puntuales cuando hay riesgo de suministro y que se materializan siempre que haya por parte de quien provea el servicio, capacidad o volumen disponible. También destaca que las transacciones asociadas se efectúan a los precios de paridad de importación de Enap, y contienen resguardos para evitar el intercambio de información sensible.

54. A continuación, se expone sobre los mercados relevantes en que incide directamente la consulta. El mercado relevante principal sería el de almacenamiento de combustibles líquidos, y critica a la Fiscalía por no referirse a las relaciones entre este mercado y sus mercados conexos aguas arriba (refinación y adquisición), en el que el rol de Enap es fundamental, y aguas abajo, de abastecimiento o distribución mayorista y minorista, en este último caso, distinguiendo entre canal industrial y *retail*.

55. En cuanto al mercado relevante del producto, distingue entre lo que denomina primario (de almacenamiento) y secundario (de acceso a las mesas de carga). En el segmento primario destaca el rol de Enap desde la zona centro norte a la zona austral, cuya participación alcanza un 43% y la de Copec un 22,7%. Menciona la existencia de empresas no dedicadas a la distribución de combustibles (como Oxiquim o Terquim), que ofrecen almacenamiento de manera abierta en el segmento primario, el que integra también las instalaciones de empresas mineras y eléctricas que asocian su capacidad a los contratos de suministro que suscriben con distribuidores mayoristas.

56. En cuanto al segmento secundario, destaca que Enap permite el abastecimiento en mesas de carga en varias de sus plantas, lo que facilita la operación de distribuidores minoristas de “bandera blanca” o no asociados a marcas. Esto habría permitido que estos actores hayan aumentado su participación al punto de representar hoy el 18% del total de estaciones de servicio en el país.

57. Desde la perspectiva geográfica, Copec discrepa de las siete macrozonas definidas por la Fiscalía. Si bien comparte que el mercado de almacenamiento tiene carácter local, señala que la delimitación de la Fiscalía no tiene justificación empírica ni económica. Indica que la evidencia muestra que se deben redefinir las áreas de influencia asociadas a cada planta. En general, las áreas están asociadas a una región o a parte de una región, alejándose de las extensivas macrozonas que sugiere la FNE.

58. Puntualiza que, por la estructura de la demanda fuertemente influenciada en el norte por la gran minería, en las regiones de la zona norte las dinámicas de competencia son distintas a las de la zona centro sur. Que en el

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

centro y sur Enap es el gran operador de plantas y suministrador de servicios asociados, y que esa empresa establece los equilibrios de mercado en las distintas zonas. Argumenta que la compartición de infraestructura previene la formación de monopolios en el almacenamiento.

59. Sobre el mercado conexo aguas arriba señala que Enap es el monopolista en la refinación de combustibles líquidos en Chile y suministra cerca del 60% de la demanda interna. El 40% restante se cubre con importación directa de las distribuidoras. En el caso de Copec, ha priorizado la importación directa de diésel. También caracteriza los mercados aguas abajo, en sus canales industrial y *retail*, y concluye que ellas refuerzan la necesidad y eficiencias de la propiedad y operación conjunta de las plantas.

60. Enseguida, argumenta la ausencia de riesgos coordinados. Señala que no se intercambia información entre distribuidores y que la información producida en la operación de las plantas no es comercialmente sensible ni apta para generar una coordinación. Sería información estrictamente operativa que no reduce la intensidad competitiva de los comuneros en ninguno de los mercados en que participan. Prueba de ello es que en su investigación la FNE no halló evidencia de comportamientos anticompetitivos de carácter horizontal.

61. Especifica, entre otras razones, que: **(i)** el operador de la planta únicamente entrega a cada comunero, de forma individual y bilateral, la información operativa necesaria para la operación conjunta, que no es comercialmente sensible; **(ii)** los antecedentes se refieren únicamente a las plantas comunes y no a las individuales (que representan el 40% de la capacidad de almacenamiento), lo que la haría en todo caso irrelevante para sustentar un equilibrio coordinado; **(iii)** la información tiene un horizonte temporal que no permite ninguna coordinación en los mercados; **(iv)** cada planta tiene una composición y participación de comuneros diferente, por lo que sus incentivos no están alineados; **(v)** la dinámica competitiva en los segmentos aguas abajo quita relevancia competitiva a la información en comento (por ejemplo, Enap cobra como costo por los combustibles que vende a los distribuidores el precio paridad de importación, lo que genera un costo de abastecimiento igual y conocido por todos los distribuidores); **(vi)** la única información relevante que comparte Enap a las plantas conjuntas es relativa a los volúmenes de sus naves que zarpan, lo que puede fácilmente corregirse; **(vii)** la información compartida sobre proyectos de inversión solo abarca las plantas comunes y el horizonte temporal es demasiado lejano; **(viii)** la información generada a propósito de los contratos de facilidades recíprocas es mínima, puntual y no es comercialmente sensible; **(ix)** en relación con los comités, la información producida en las plantas se refiere a cuestiones operativas que no tienen la idoneidad de alterar la competencia y en ellos solo participa personal operativo que cumple con estándares de murallas éticas, sujetos a programas de cumplimiento de libre

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

competencia, los que se muestra dispuesta a reforzar en caso de que el Tribunal lo considere necesario.

62. En su justificación de la ausencia de riesgos de exclusión, señala que las distribuidoras mayoristas sin capacidad de almacenamiento pueden recurrir al segmento primario arrendando almacenamiento a terceros o construir su propia planta (como ha ocurrido en la zona centro sur). Agrega que quienes desean participar de la distribución minorista pueden adquirir combustibles directamente a Enap o a otras mayoristas que prestan el servicio de transporte hasta las instalaciones del cliente o permiten el retiro del producto directamente en sus mesas de carga.

63. Añade que la FNE soslaya la existencia de aspectos propios de la planificación del abastecimiento que explican condiciones de acceso al mercado, aplicables a todo operador de plantas independientemente de si se trata de operaciones conjuntas, pues son connaturales a la operación de este tipo de infraestructuras. Manifiesta que los niveles de autonomía asociados a las plantas que utiliza son bajos, y mantener existencias a un nivel que le permita cumplir con sus contratos y con las obligaciones regulatorias lleva a que, en la práctica, el total de la capacidad de las plantas que utiliza esté comprometida. Así, el arriendo forzoso de capacidad a terceros se hace sumamente difícil y generaría un problema logístico grave. Remarca que ni siquiera en aplicación de la teoría de las instalaciones esenciales (que no es el caso) se obliga a dar acceso cuando no hay capacidad disponible.

64. Luego justifica la regla de unanimidad para dar acceso a terceros a las plantas en el riesgo que una de las empresas permita el acceso de un tercero y los perjuicios derivados del incumplimiento de requisitos normativos de seguridad por ese tercero recaigan sobre otros comuneros que no concurrieron a la decisión. Con todo, manifiesta su disposición a discutir una medida conductual en esta materia, en la medida que el respectivo comunero tenga capacidad disponible y se garantice la seguridad e integridad del suministro.

65. Prosigue explicando las eficiencias derivadas de la operación conjunta de las plantas, y que se traspasan a los consumidores de manera relevante. Destaca que la Fiscalía reconoce en su Consulta la existencia de eficiencias inherentes y verificables, sin perjuicio que relativiza su impacto. Sostiene que la operación conjunta presenta claras economías de coordinación logística, lo que reduce costos de transacción, y que hay economías de escala tanto en la inversión como en la operación de cada planta conjunta. Añade que la propiedad conjunta reduce el riesgo de inversión en infraestructura, lo que favorece mayormente a los comuneros de menor tamaño, que hay ahorros en autorizaciones de terrenos y medioambientales, que se generan externalidades positivas medioambientales y que potencia las eficiencias verticales, por ejemplo, eliminando doble marginalización. Concluye que las eficiencias sí son

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

traspasadas al consumidor, quien pagaría un precio entre un 0.5% y un 2% menor por combustibles abastecidos desde plantas de operación conjunta respecto del pagado si fuesen operadas individualmente.

66. Continúa argumentando que las plantas conjuntas constituyen acuerdos de cooperación horizontales lícitos y pro competitivos, ampliamente utilizados internacionalmente y que respetan todos los estándares de libre competencia vigentes en Chile y las mejores prácticas de derecho comparado. Finalmente, argumenta que las medidas de mitigación solicitadas por la FNE presentan objeciones constitucionales, no cumplen con el D.L. N° 211 y serían catastróficas para la competencia, el bienestar de los consumidores y el abastecimiento seguro y confiable de combustibles líquidos para el país. Precisa que dichas medidas tendrían la aptitud objetiva de alzar los precios a los usuarios, reducir las cantidades transadas, afectar la innovación en la industria y generar condiciones monopólicas de suministro y que la Fiscalía no ha hecho una mínima evaluación de impacto de las medidas solicitadas. Concluye que las medidas de mitigación que se han implementado son eficaces para prevenir cualquier posible riesgo y se pueden complementar prudencialmente con otras conductuales.

67. A folio 50 aportó antecedentes **Esmax**, que describe que su objeto es principalmente la comercialización de combustibles líquidos a nivel mayorista y minorista a través de estaciones de servicio. Distingue los distintos mercados involucrados en la industria de combustibles líquidos, precisando que ella solo compite en los segmentos de distribución. Los demás segmentos en que interviene son sólo instrumentales para el negocio principal de distribución.

68. Describe los mercados en los que participa, el rol de la empresa en cada uno de ellos, y se refiere a la participación de mercado y las condiciones de entrada en cada caso. Señala que Esmax cuenta con ocho plantas de almacenamiento, cuatro de ellas de operación conjunta y cuatro de operación individual, y que no interviene como oferente en el mercado de almacenamiento. Precisa que las áreas de la compañía dedicadas al mercado de almacenamiento se encuentran separadas de las áreas comerciales, las que a su vez se mantienen separadas del área de *pricing* a nivel de *retail*.

69. Cuestiona que la Fiscalía no justificara cómo determinó las siete macrozonas que distingue para delimitar los mercados geográficos y declara estar disponible para evaluar el arriendo si existiese capacidad ociosa, que se cumplan medidas mínimas de seguridad y se llegue a un acuerdo comercial y para la carga de combustible por parte de terceros (lo que realiza actualmente). A continuación, se refiere a las plantas de almacenamiento objeto de la consulta. Señala que el propósito de dichas plantas es meramente operacional, y detalla la propiedad y administración de cada una de ellas.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

70. En cuanto a los riesgos coordinados, considera que los que identifica la FNE surgen de un análisis meramente formal y circular, pues no revisó datos ni cómo las supuestas condiciones se materializan. Agrega que la FNE ni siquiera sigue su propio estándar de análisis para evaluar riesgos coordinados cuando analiza operaciones de concentración horizontal. Critica que la Fiscalía no precisa en qué mercado se estarían produciendo los riesgos, indicando de manera genérica los diversos mercados en que participa Esmax. Esto tiene especial relevancia, atendido que la “información comercial sensible” no tiene un alcance único para todos los mercados.

71. Enseguida detalla la información intercambiada en el contexto de la operación de las plantas de almacenamiento conjuntas y las características del mercado. En relación con volúmenes y existencias y proyectos de inversión conjunta, concluye que dicha información no es comercialmente sensible en el mercado en que se utiliza, y aunque se consideró reservada o confidencial, tampoco produce riesgos anticompetitivos. Añade como antecedente los resguardos de libre competencia, tanto generales como específicos para la operación conjunta.

72. En cuanto a los riesgos de exclusión identificados por la Fiscalía, puntualiza que considerar que las plantas en que se comparte almacenamiento son una sola empresa o un monopolio es un error, ya que cada empresa comunera tiene su propia capacidad, la que puede arrendar a terceros. Con todo, señala que para competir en el mercado de distribución no se requiere contar con capacidad de almacenamiento, sino que solo tener acceso al combustible, lo que puede ocurrir sin arrendar capacidad.

73. Respecto de los acuerdos de facilidades recíprocas, precisa que ellos se implementan excepcionalmente y que son necesarios para asegurar el abastecimiento seguro y continuo de combustibles líquidos en el país. Respecto de las sinergias de la operación conjunta, menciona la continuidad en el abastecimiento de combustible, economías de escala y reducción de costos de autorizaciones regulatorias y ambientales.

74. Luego argumenta de la improcedencia de las medidas de mitigación solicitadas por la Fiscalía. Señala que ellas carecen de justificación, ya que no ha indicado con claridad los riesgos que pretenden mitigar ni cómo la operación conjunta de las plantas los generaría. En cuanto a los riesgos que la Fiscalía imputa como consecuencia de un eventual abuso de posición dominante, no explica cómo se podría configurar tal riesgo en el caso de Esmax, que en ninguno de los mercados relevantes identificados tiene la mayor participación.

75. A folio 40 aportó antecedentes Empresa Nacional del Petróleo y Enap Refinerías S.A., ambas conjuntamente “**Enap**”. En referencia a su rol en la industria de los combustibles líquidos, señala que participa directamente o a

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

través de sus filiales en distintas etapas de la cadena: exploración y producción de productos derivados del petróleo y transporte, refinación, almacenamiento y distribución. Cuenta con instalaciones marítimas y terrestres que permiten el transporte y almacenamiento de combustibles y con una flota de naves que distribuyen combustible vía marítima. En distribución terrestre posee una red logística para abastecer la zona centro y centro sur del país. Sus principales plantas de almacenamiento están en Maipú, San Fernando y Linares, y en la medida que tiene capacidad de almacenamiento disponible, permite el uso por terceros, y suscribe contratos de almacenamiento o suministro con compañías que requieran dicha capacidad para desarrollar sus actividades de distribución de combustibles. Así, promueve el desarrollo de los segmentos aguas abajo del mercado, permitiendo que cualquier actor pueda desarrollar actividades de distribución sin requerir almacenamiento propio.

76. Precisa que suministra aproximadamente el 65% del volumen total de combustibles líquidos requeridos en Chile, por lo que tiene un rol clave en continuidad del suministro. Que tiene un compromiso con la libre competencia, lo que prioriza en sus acuerdos y políticas comerciales. Eso lo complementa con un programa de ética y cumplimiento serio y robusto, que provee los resguardos necesarios para prevenir ilícitos anticompetitivos.

77. En cuanto a los contratos objeto de la consulta, señala que no los conoce en detalle, y describe la forma en que opera en sus instalaciones y los beneficios para la libre competencia que dicho modelo genera. Destaca que, en atención a las dinámicas de mercado explicadas en la consulta, en las zonas en que Enap no tiene infraestructura ni existe acceso abierto a las capacidades disponibles (como la zona norte), existirían barreras adicionales a la entrada que perjudicarían las dinámicas competitivas en el mercado. Concuera con la FNE en que una política de acceso abierto a nivel logístico fomentaría la competencia aguas abajo, mientras que una política comercial en que la capacidad ociosa no es eficientemente utilizada entorpece la competencia. Agrega que la infraestructura logística adicional conectada a las plantas de almacenamiento (como terminales marítimos y oleoductos) es igualmente importante para estos efectos, por lo que cualquier medida en materia de acceso que estime necesaria el Tribunal debiese alcanzar dicha infraestructura asociada.

78. En cuanto a los riesgos coordinados y en línea con la FNE, concluye que el uso común de infraestructura por más de un operador, así como otras operaciones conjuntas como importaciones podría generar riesgos de traspaso de información comercial sensible y que Enap está actualizando e implementando medidas para reforzar los mecanismos de prevención de intercambios de información en el contexto de actividades comerciales.

79. A folio 69 aportaron antecedentes **Combustibles Surenergy Limitada**, **Combustibles Multimport Limitada** y **Dinacom Limitada**, empresas

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

destinadas a la venta al por mayor de combustibles líquidos en la zona comprendida entre Linares y Chiloé, para lo cual suscriben contratos de suministro con las grandes distribuidoras de combustibles. Detallan que, por un contrato suscrito en 2011 con la antecesora de Enex, esta se obligó a suministrar a Surenergy los volúmenes de combustible que necesitase para su consumo habitual, hasta completar un determinado volumen durante siete años. Surenergy podría retirar el combustible desde cuatro plantas de almacenamiento individualizadas en el contrato. Sin embargo, cuando concurrió a retirar combustible a una de las plantas, se le negó el acceso. Luego se le señaló que se trataba de una planta de propiedad compartida con Esmax y Copec y que existe un acuerdo entre las compañías en virtud del cual solo se permite el ingreso de camiones institucionales propios, prohibiendo el ingreso de terceros, aun cuando fueren clientes de una de las Comuneras. Ante ello, Enex les señaló que compraran un terreno, construyeran una planta de acopio y sus camiones le entregarían el combustible en dicha planta previo pago del flete por el trayecto, por lo que debieron adquirir a su costa un terreno para esos efectos. Estos hechos, junto con otros incumplimientos del contrato de suministro suscrito con Enex (que detalla en su presentación), son objeto de un juicio civil que se tramita ante el noveno juzgado civil de Santiago bajo el rol C N° 2342-2016.

80. La FNE y los intervinientes presentaron diversos aportes complementarios durante el proceso y los siguientes **informes técnicos y económicos**:

- (i) “La operación de plantas de almacenamiento de combustibles en comunidad y la competencia”, de Ricardo Sanhueza, acompañado por Copec a folio 46, e incorporado al expediente a folio 77;
- (ii) “Informe técnico regulatorio sobre el rol del diésel en el sistema eléctrico nacional”, de Valgesta Consultores Limitada, suscrito por Andrés Romero C., acompañado por Copec a folio 46;
- (iii) “Sobre la propiedad conjunta de plantas de almacenamiento de combustibles líquidos”, de Xavier Mas, Ignacio Loeser y Borja Urrea Martínez, de Frontier Economics, acompañado por Copec a folio 106, cuya versión pública rola a folio 140;
- (iv) “Informe respecto de la propiedad y operación conjunta de plantas de almacenamiento de combustibles líquidos por parte de Empresa Nacional de Energía Enex S.A.”, de Butelmann Consultores, suscrito por Andrea Butelmann y Ana María Montoya, acompañado por Enex a folio 108, cuya versión pública rola a folio 153;
- (v) “Intercambio de información y riesgos de exclusión en la industria chilena de combustibles líquidos”, de Matthew Johnson e Ignacio Parot,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de Oxera, acompañado por Esmax a folio 112, cuya versión pública rola a folio 150; y

- (vi) “Análisis de riesgos exclusorios de los contratos de operación conjunta de plantas de almacenamiento de combustibles líquidos en Chile y posibles medidas de mitigación”, de Fernando Coloma, de Compass Lexecon, acompañado por Enap a folio 123, cuya versión pública rola a folio 180.

81. Asimismo, presentaron los siguientes **informes en derecho**:

- (i) “Acerca de la inadmisibilidad de una supuesta consulta antimonopólica”, de Domingo Valdés Prieto, acompañado por Enex a folio 36;
- (ii) “Informe jurídico sobre el principio de seguridad en materia de combustibles líquidos y el rol de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles”, de Sergio Corvalán Valenzuela, acompañado por Copec a folio 46;
- (iii) “Informe sobre la procedencia de la conciliación en la consulta rol NC 517-22”, de Raúl Núñez Ojeda, acompañado por Copec a folio 79; y
- (iv) “Informe en derecho Consulta FNE rol N° NC 517-22”, de Mario Ybar, acompañado por Esmax a folio 111, cuya versión pública rola a folio 110.

C. LLAMADO A CONCILIACIÓN Y AUDIENCIA PÚBLICA

82. Vencido el plazo para aportar antecedentes, Copec solicitó al Tribunal citar a los intervinientes a una audiencia de conciliación, a lo que se accedió por resolución de folio 80. La audiencia se llevó a cabo el 17 de noviembre de 2023, según consta en el acta de folio 84. En dicha audiencia la FNE expresó su disposición a conciliar siempre y cuando se adoptasen medidas idóneas, efectivas y oportunas para mitigar los riesgos identificados en la Consulta y que no signifique una dilación innecesaria del procedimiento, atendido lo resuelto por la Excma. Corte Suprema en el recurso de reclamación sobre la admisibilidad de la Consulta. Por su parte, los demás intervinientes manifestaron su disposición a alcanzar un acuerdo, por lo que se suspendió la audiencia y se fijó su continuación para el 6 de diciembre del mismo año.

83. En la continuación de la audiencia, según consta en el acta de folio 86, la FNE señaló que se constituyó una mesa de negociaciones y que las Comuneras realizaron propuestas y la Fiscalía entregó su retroalimentación. Asimismo, informó que se acordó un cronograma, y que el 15 de diciembre 2023 las Comuneras entregarían una propuesta complementando la anterior, a partir de las observaciones de la Fiscalía. Sobre esa base, el Tribunal fijó la continuación de la audiencia para el 5 de enero de 2024.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

84. En esta tercera audiencia, según el acta de folio 87, la FNE manifestó que continuaba el proceso de negociaciones e indicó que propuso a los intervinientes un acuerdo de conciliación parcial en materia de riesgos coordinados. Con todo, las Comuneras manifestaron su intención de explorar un acuerdo integral. En consecuencia, solicitaron suspender la audiencia y su continuación se fijó para el 26 de enero de 2024.

85. En la audiencia de 26 de enero, según el acta de folio 88, la FNE manifestó que recibió una tercera propuesta de lineamientos por parte de las Comuneras, que la comentó y que se encontraban en vías de lograr un acuerdo que incorporase la mitigación de los riesgos coordinados. Precisó que el acuerdo incorporaría la modificación de varios documentos, por lo que pretendía presentar las bases de acuerdo en conjunto con la propuesta de modificación de dichos instrumentos. Respecto de los riesgos de exclusión, manifestó que no había acuerdo aún. Las Comuneras reiteraron su intención de alcanzar un acuerdo integral que incorpore los riesgos de exclusión. Señalaron que, para ello, requerían de un tiempo prudencial para proseguir las negociaciones, por lo que solicitaron fijar una nueva audiencia de conciliación a mediados de marzo. La FNE manifestó su preocupación respecto de la extensión del proceso de conciliación y el riesgo de que se frustrasen los avances de acuerdos en materia de riesgos coordinados, sin perjuicio de estar disponible a alcanzar un acuerdo completo. En consecuencia, el Tribunal resolvió llamar a una nueva audiencia de conciliación el 18 de marzo de 2024 y fijar la audiencia pública en un breve plazo a contar de la fecha de la audiencia de conciliación. Por su parte, los comparecientes renunciaron a su derecho a solicitar la suspensión de la audiencia pública. De este modo, por resolución de folio 89 se fijó la audiencia pública de la causa para el 17 de abril de 2024.

86. En la audiencia de conciliación de 18 de marzo, cuya acta rola a folio 92, la FNE manifestó que persistían diferencias entre los intervinientes en materia de riesgos excluserios. Las Comuneras afirmaron que estaban disponibles para alcanzar un acuerdo completo y solicitaron que el Tribunal actúe como amigable componedor. En ese entendido, las Comuneras y la Fiscalía se comprometieron a presentar un documento que contuviera los acuerdos y diferencias subsistentes. Por resolución de folio 99 se dio traslado a los demás intervinientes de la versión pública del documento que contenía los acuerdos y diferencias entre la FNE y las Comuneras. A folio 105 se tuvo por evacuado el traslado y se citó a las partes a una última audiencia de conciliación para el 11 de abril de 2024. Según consta en el acta de folio 134, en virtud de lo expuesto por los intervinientes en dicha audiencia el Tribunal declaró frustrado el trámite de conciliación.

87. En consecuencia, el 17 de abril de 2024 tuvo lugar la audiencia pública de rigor, que se llevó a efecto ante los ministros Nicolás Rojas Covarrubias,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Presidente, María de la Luz Domper Rodríguez, Ricardo Paredes Molina y Jaime Barahona Urzúa. En la audiencia intervinieron los apoderados de la FNE, Enex, Copec, Esmax, Enap y Combustibles Surenergy, Combustibles Multimport y Dinacom. La causa quedó en estado de acuerdo con esa fecha.

II. PARTE CONSIDERATIVA

A. OBJETO Y ALCANCE DE LA CONSULTA

1. Como se indicó en la parte expositiva, a folio 7 la Fiscalía Nacional Económica solicitó al Tribunal que se pronuncie acerca de si los contratos de operación conjunta de las plantas de almacenamiento de combustibles líquidos que indica en su presentación, y la actuación práctica que se verifica en ese contexto entre Copec, Enex y Esmax (las “**Comuneras**”), se ajusta o no al D.L. N° 211. La Fiscalía detalla que los contratos corresponden a (i) el Acuerdo de Operación Conjunta entre Copec, Enex y Esmax (“**Acuerdo AOC**”), (ii) la Comunidad Almacenadora de Combustibles Líquidos y Acuerdo de Operación Conjunta entre Copec y Enex (“**Acuerdo Comap**”), y (iii) el Convenio de Inversión Conjunta entre Enex y Esmax (“**Acuerdo Comaco**”), y agrega que las empresas son propietarias de plantas de almacenamiento individual que no presentan uso compartido. Señala que los contratos de operación conjunta, los pactos existentes relacionados con el préstamo de instalaciones de almacenamiento (“**contratos de reciprocidad**”), así como los contratos que las Comuneras celebran con Enap para el suministro de combustibles a las plantas conjuntas y la operatoria práctica de dichas plantas, generan riesgos de coordinación e intercambios de información, además de riesgos de exclusión de competidores. Añade que, si bien los contratos de operación conjunta podrían generar eficiencias operativas para las Comuneras, estas serían insuficientes para mitigar los riesgos detectados. En consecuencia, para neutralizar los riesgos, solicita al Tribunal que implemente medidas estructurales que podrían ir desde la participación pasiva de las Comuneras en la infraestructura de almacenamiento y su administración, hasta la desinversión de los activos, además de otras medidas conductuales que mitiguen los riesgos que generarían los contratos de reciprocidad y la interacción entre Enap y las distribuidoras.

2. Por resolución de folio 9, de 29 de noviembre de 2022, el Tribunal resolvió no admitir a tramitación la Consulta, al considerar que la vía para conocer del asunto debía ser el procedimiento contencioso. El Tribunal argumentó que, más allá de los tiempos verbales condicionales empleados en la descripción de los hechos y actos objeto de la Consulta, la Fiscalía imputaba directamente actos que cabían en el ejercicio de la función jurisdiccional contenida en el artículo 18 N° 1 del D.L. N° 211 (c. 21°).

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3. Conociendo del recurso de reclamación interpuesto por la FNE en contra de la resolución referida, la Excma. Corte Suprema resolvió admitir a tramitación la Consulta, a fin de resolver “*si se verifica un riesgo actual o potencial de conductas anticompetitivas en el mercado relevante presentado en relación a los contratos de operación conjunta que se indicó y en la forma que lo propuso la reclamante*” (Sentencia de 21 de julio de 2023 en la causa rol N° 171.797-2022). La Excma. Corte Suprema tuvo en consideración que “*habiéndose expuesto por la FNE que los contratos de ejecución conjunta que realizan las incumbentes, les permiten efectuar un intercambio de información sensible, que a su juicio, podrían generar riesgos de coordinación y exclusión de competidores en los mercados de almacenamiento y distribución de los combustibles líquidos, permite dar por superado la admisibilidad que se viene estudiando, al contener el libelo los requisitos formales que la consulta requiere*” (c. 6°). Añade que, en ese escenario, al TDLC le corresponde “*examinar lo sustancial de la consulta, analizando si los hechos que en ella se exponen, efectivamente, así planteados, podrían o generan los riesgos anticompetitivos que explicó [...]*” (ídem).

4. En consecuencia, el objeto del procedimiento de autos y de la presente resolución es analizar si los contratos de operación conjunta entre las Comuneras singularizados *supra*, así como la actuación práctica que se verifica entre ellas en el contexto de dicha operación conjunta, se ajustan al D.L. N° 211. Así, el análisis del funcionamiento general de los mercados de almacenamiento y distribución de combustibles líquidos es una cuestión que excede el objeto de este procedimiento que, como se señaló, se limita al análisis de los eventuales riesgos para la competencia de los contratos de operación conjunta señalados y de su aplicación práctica. De este modo, eventuales riesgos o restricciones a la competencia que pudieran ser identificados en los mercados involucrados, pero que no deriven de los contratos consultados ni de las prácticas expuestas en la consulta asociadas a ellos, rebasan el objeto del proceso y no corresponde a esta magistratura pronunciarse sobre aquellos. Sin perjuicio de lo anterior, cabe hacer una descripción general del funcionamiento de los mercados, pues es un elemento de contexto que sirve para analizar la existencia de riesgos para la competencia asociados a los contratos consultados y al funcionamiento de las instalaciones de almacenamiento.

5. El análisis de la Consulta se estructura de la siguiente forma. En primer lugar, se describe la industria involucrada y sus condiciones de competencia. Luego, se detallan los hechos y contratos consultados. A continuación, se analizan los riesgos de coordinación y exclusorios derivados de los hechos y contratos sometidos a consulta. Por último, y en función del análisis de los antecedentes presentados en autos, se ordena un conjunto de medidas a adoptar por las Comuneras.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

B. DESCRIPCIÓN DE LA INDUSTRIA Y CONDICIONES DE COMPETENCIA

6. La industria de combustibles líquidos en Chile ha sido descrita como una cadena logística compuesta de cinco segmentos o mercados: (i) refinación e importación; (ii) transporte; (iii) almacenamiento; (iv) distribución mayorista; y, (v) distribución minorista (Resolución N° 34/2011 TDLC y Resolución N° 39/2012 TDLC). Aunque estos segmentos están relacionados, el foco de la Consulta radica en el efecto directo que tendrían los contratos de operación conjunta en el mercado de almacenamiento y el efecto indirecto que tendrían en los mercados de distribución mayorista y minorista. Por ello, se describirá el mercado y las condiciones de competencia existente en el almacenamiento, y se esbozará de manera resumida, la descripción de los otros mercados que también componen la industria.

B.1 Refinación, importación y transporte

7. Según expone la FNE, cerca del 60% del combustible demandado en el país es abastecido por Enap mediante producción propia, mientras que el 40% restante es importado vía marítima por Enap y por las Comuneras. Según se detallará más adelante, Enap requiere la suscripción de contratos de suministro para abastecimiento de combustibles, que estipulan una programación y coordinación de frecuencia, productos y plantas de almacenamiento (Consulta, folio 7, pp. 3 y 4).

8. El transporte de combustibles líquidos se realiza mediante oleoductos, vía marítima o vía terrestre en camiones. Las plantas de almacenamiento objeto de la Consulta son abastecidas mediante oleoductos conectados a una refinería o a un terminal marítimo. El transporte marítimo es efectuado por Enap y en menor medida, por barcos gestionados por las Comuneras (Resolución N° 34/2011, pp. 15 a 17).

9. Los oleoductos que abastecen las plantas de almacenamiento son de propiedad de Enap y de la Sociedad Nacional de Oleoductos S.A. (“**Sonacol**”), cuyos accionistas son Copec (40,8%), Esmax (22%), Invexans S.A. (15%), Abastible S.A. (12%) y la propia Enap (10%), con la excepción del oleoducto que conecta la refinería de Enap de Concón con la planta AOC Concón, que es de propiedad conjunta de Copec, Enex y Esmax (Consulta, folio 7, p. 12).

10. La Tabla N°1 presenta las vías a través de las cuales las plantas de almacenamiento objeto de los contratos consultados son abastecidas.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tabla N° 1
Transporte de combustible a las plantas de almacenamiento

Contrato	Planta	Abastecimiento
Acuerdo AOC	AOC Mejillones	Marítimo
	AOC Concón	Oleoducto (refinería)
	AOC Pureo	Marítimo
Acuerdo Comap	Comap Arica	Marítimo
	Comap Iquique	Marítimo
	Comap Antofagasta (*)	Planta cerrada
	Comap Caldera	Marítimo
	Comap Guayacán	Marítimo
	Comap Maipú	Oleoducto (refinería)
	Comap San Fernando	Oleoducto (refinería)
	Comap San Vicente	Oleoducto (refinería)
Acuerdo Comaco	Comaco Chacabuco	Marítimo

Fuente: elaboración propia en base a Consulta FNE, folio 7, p. 11 y documento “18. Resp. Copec a Oficio Ord. FNE N°0620_VP.pdf”, incorporado al expediente a folio 17, p. 3. Nota (*): según indica Enx en su aporte de antecedentes de folio 36, la planta Comap Antofagasta cesó sus operaciones en septiembre de 2020.

11. Una vez recibido el combustible en las plantas de almacenamiento, éste es transportado vía terrestre en camiones a su destino final (estaciones de servicio o clientes industriales). En el transporte vía camiones participan Enap, las Comuneras y otros distribuidores mayoristas de menor tamaño.

B.2 Almacenamiento

12. El almacenamiento es la etapa en que el combustible que llega por tuberías conectadas a una refinería o por terminales marítimos contiguos a la planta se recibe y almacena. Desde las plantas de almacenamiento el combustible es cargado en mesas de carga y luego despachado mediante camiones por los distribuidores mayoristas. En la etapa de almacenamiento participan Enap, las Comuneras, distribuidores de menor tamaño y empresas de otro giro que usan combustibles como insumo productivo, como mineras y generadoras eléctricas (Consulta, folio 7, pp. 10 - 12). Las distribuidoras de mayor tamaño tienen almacenamiento propio (independiente o de propiedad compartida), y como señala la FNE, también contratan capacidad a Enap y a empresas que no distribuyen combustibles líquidos.

13. La preocupación sobre el segmento de almacenamiento ha estado históricamente presente en el análisis de la competencia. Claudio Agostini y Eduardo Saavedra reportaban en la primera década del milenio un dominio de Enap y su filial ex Emalco: “En el mercado de almacenamiento de combustibles líquidos, si bien las principales distribuidoras mayoristas invirtieron fuertemente durante los 90s y cuentan con almacenamiento propio, ENAP vía la ex-Emalco sigue siendo un actor importante con una capacidad total de almacenamiento en

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

el país que supera el 70%” (La Industria del petróleo en Chile. *Estudios Públicos*, n.º 114, agosto, p. 35, 2009). Asimismo, constataban en esos años las relaciones patrimoniales en las empresas de almacenamiento, donde Copec, Shell y Esso participaban en Comaco y Comap; “*En la primera, tanto SHELL como ESSO tienen el 50% de la propiedad, mientras que COPEC posee el 67% de la participación en la propiedad de Comap y el restante 33% pertenece a SHELL*” (ibid).

14. El foco del análisis a la época era si existían barreras a la entrada o riesgos de exclusión en los segmentos de almacenamiento y de transporte por oleoductos, y centraban las principales aprensiones en Enap. El señalado artículo concluye que, pese a las políticas de acceso abierto que tenía la empresa estatal, algunos requisitos como mínimos de capacidad para el arriendo de almacenaje y la exigencia de arrendar para al menos dos combustibles, favorecerían a los incumbentes.

15. Desde el año 2009 a la actualidad la capacidad de almacenamiento de combustibles líquidos a nivel nacional se ha incrementado en alrededor de un 15%, pasando desde 1,65 millones de m³ a 1,92 millones de m³ aproximadamente (véase Resolución N° 34/2011, p. 18 y Tabla N° 2, *infra*). La Tabla N° 2 y la Imagen N° 1 muestran la distribución geográfica de las plantas de almacenamiento, su capacidad medida en metros cúbicos (m³) y su propiedad al año 2023.

Tabla N° 2
Plantas de almacenamiento de combustible en Chile año 2023

Región	Planta	Propiedad	Capacidad en m³
XV	Comap Arica	Copec 67%; Enex 33%	[10.000 – 20.000]
I	Comap Iquique	Copec 67%; Enex 33%	[40.000 – 50.000]
	Esmax Iquique	Esmax	[30.000 – 40.000]
II	Tocopilla	Electroandina	[20.000 – 30.000]
	AOC Mejillones	Copec 60%; Enex 20%; Esmax 20%	[140.000 – 150.000]
	Oxiquim Mejillones	Oxiquim	[20.000 – 30.000]
	Terquim Mejillones	Terquim	[0 – 10.000]
	Comap Antofagasta (*)	Copec 67%; Enex 33%	Cerrada
III	Comap Caldera	Copec 67%; Enex 33%	[30.000 – 40.000]
	Barquito	Codelco	[20.000 – 30.000]
	Huasco	Cía. Minera del Pacífico	[20.000 – 30.000]
IV	Comap Guayacán	Copec 67%; Enex 33%	[10.000 – 20.000]
	Esmax Guayacán	Esmax	[10.000 – 20.000]
V	Oxiquim Quintero	Oxiquim	[30.000 – 40.000]
	TPI	Copec	[130.000 – 140.000]
	Refinería Aconcagua	Enap	[210.000 – 220.000]
	Enap Quintero	Enap	[30.000 – 40.000]
	La Greda Alta	Enex	[50.000 – 60.000]
	AOC Concón	Copec 52%; Enex 24%; Esmax 24%	[50.000 – 60.000]
RM	ENAP Maipú	Enap	[180.000 – 190.000]
	Esmax Maipú	Esmax	[20.000 – 30.000]
	JLC Maipú	JLC	[0 – 10.000]
	Comap Maipú	Copec 67%; Enex 33%	[60.000 – 70.000]
VI	Comap San Fernando	Copec 67%; Enex 33%	[10.000 – 20.000]
	Enap San Fernando	Enap	[50.000 – 60.000]

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

VII	Enap Linares	Enap	[20.000 – 30.000]
VIII	Copec Chillán	Copec	[10.000 – 20.000]
	Planta HN	Hugo Najle	[0 – 10.000]
	Refinería Bio Bio	Enap	[370.000 – 380.000]
	Comap San Vicente	Copec 67%; Enex 33%	[10.000 – 20.000]
	Esmax San Vicente	Esmax	[10.000 – 20.000]
	Oxiquim Coronel	Oxiquim	[20.000 – 30.000]
IX	Lautaro	Enex	[0 – 10.000]
	Padre de las Casas	Cabal	[30.000 – 40.000]
X	AOC Pureo	Copec 49%; Enex 32%; Esmax 19%	[60.000 – 70.000]
XI	Comaco Chacabuco	Enex 50%; Esmax 50%	[0 – 10.000]
	Chacabuco Copec	Copec	[0 – 10.000]
XII	Planta Cabo Negro	Enap	[40.000 – 50.000]
	Refinería Gregorio		
Capacidad total en almacenamiento a nivel nacional			1.922.185

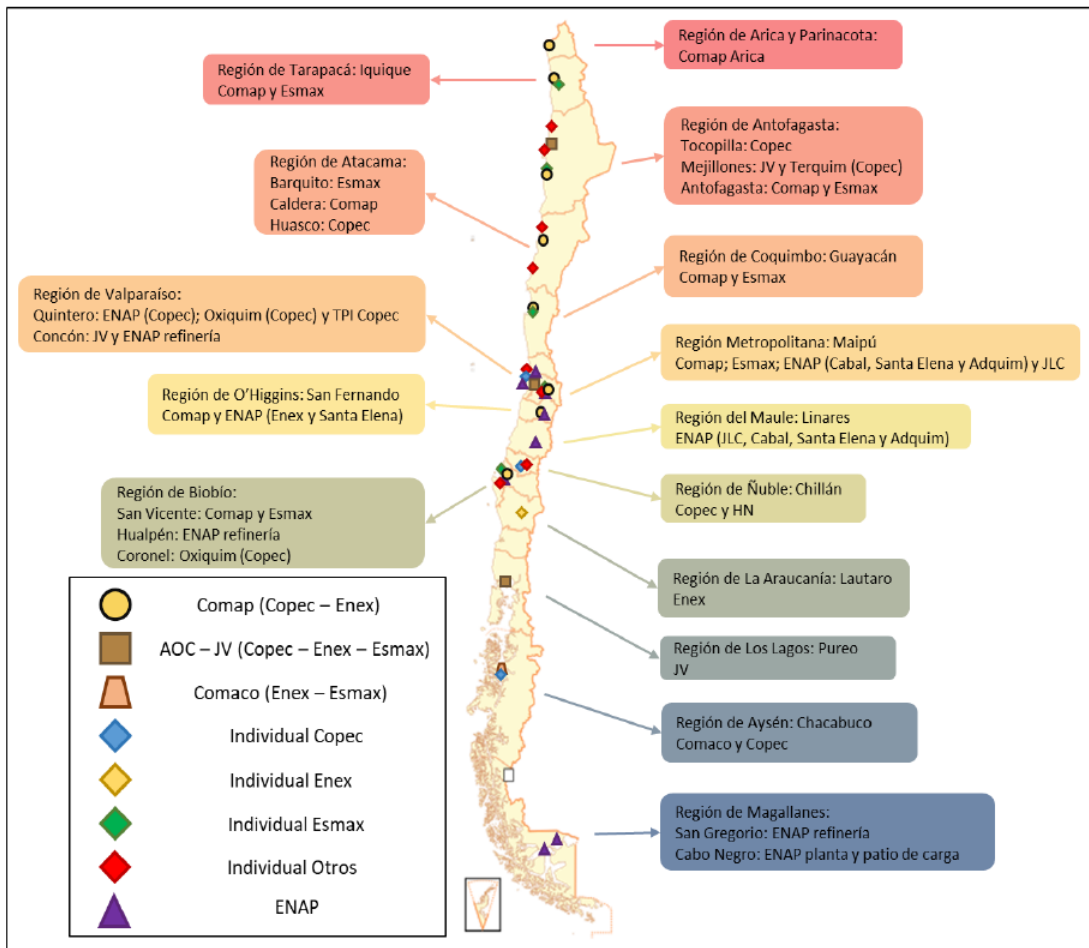
Fuente: Elaboración propia en base a: Consulta, folio 7, p. 14; documentos “17. Informe Copec Firmado.pdf”, “18. Resp. Copec a Oficio Ord. FNE N°0620.pdf” y “19. Resp. Cabal a Oficio Ord. FNE N°1913.pdf”, incorporados a folio 17; documento “2024 02 Febrero - Capacidad Estanques.xlsx”, folio 112; documento “15. Anexos Carta Respuesta Ord 0619.xlsx”, incorporado a folio 141; documento “Participaciones mercado almacenamiento.xlsx”, folio 106; documento “Capacidad planta Enex VC.xlsx”, incorporado a folio 209; documento “Rotacion Inventarios DAOS - ENAP - CLEX.xlsx”, incorporado a folio 157; y documentos referidos a capacidad disponible contenidos en el “Cuaderno confidencial acceso TDLC”, folio 185.

16. Los contratos de operación conjunta consultados comprenden cerca del 25% de la capacidad instalada a nivel nacional, mientras que alrededor de un 15% de capacidad de almacenamiento es de propiedad individual de alguna de las Comuneras. Por su parte, Enap cuenta con algo menos del 50% del total, mientras que empresas competidoras –distintas de las Comuneras– en el mercado de distribución de combustibles líquidos tienen menos del 3%. El porcentaje restante es de propiedad de empresas no distribuidoras de combustible.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Imagen N° 1

Ubicación de plantas de almacenamiento de combustible en Chile



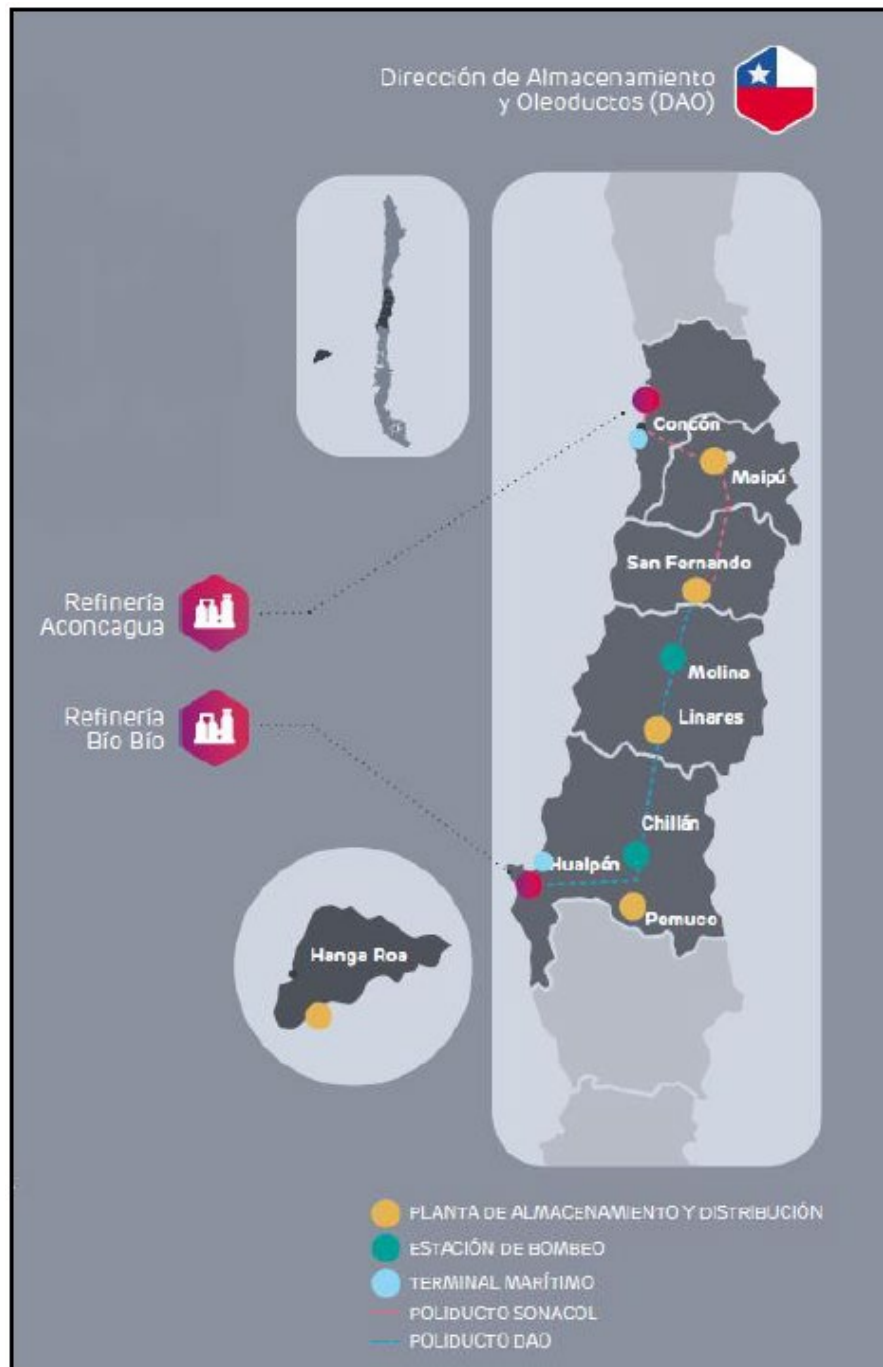
Fuente: Consulta, folio 7, p. 15.

17. Conforme expone la FNE en la Consulta y ratifica Enap en su aporte de antecedentes, en las plantas que la empresa estatal tiene en sus refinerías en Concón (V región de Valparaíso), Hualpén (VIII región del Bío Bío) y San Gregorio (XII región de Magallanes) la capacidad de almacenamiento no está disponible para uso de terceros, pero las plantas tienen patios de carga que permiten que terceros carguen combustible. Además, Enap permite que terceros almacenen y/o carguen combustible en sus plantas ubicadas en Maipú (región Metropolitana), San Fernando (VI región de O' Higgins) y Linares (VII región del Maule) (Consulta, folio 7, p. 12; aporte de antecedentes Enap, folio 40, p. 4).

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Imagen N° 2

Red logística terrestre de ENAP para abastecer de combustible



Fuente: aporte de antecedentes ENAP, folio 40, p. 3.

18. Aparte de la capacidad de almacenamiento propio independiente y de propiedad compartida de las Comuneras, estas contratan almacenamiento a Enap y a empresas no relacionadas con la distribución de combustibles líquidos. Otros distribuidores menores tienen capacidad de almacenamiento en zonas específicas del país. Por ejemplo, José Luis Capdevilla Honorato (“JLC”) tiene instalaciones ubicadas en Maipú (RM), Combustibles HN (“HN”) tiene en Chillán (región del Bío Bío) y Compañía de Combustibles Cabal S.A. (“Cabal”) tiene en Padre Las Casas (región de la Araucanía). Por su parte, la FNE indica

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que los distribuidores sin capacidad propia de almacenamiento pueden arrendarle a Enap (Consulta, folio 7, pp. 12 y 13).

19. Si bien hay consenso entre los aportantes de antecedentes que en el almacenamiento de combustibles el mercado relevante geográfico tiene un carácter local, existe controversia respecto a su alcance. Las plantas de almacenamiento tienen un área de influencia, es decir, un área geográfica dentro de la que es económicamente viable surtir regularmente a los distribuidores minoristas, y fuera de ella conviene ser provisto desde otra planta. Tal área se determina por los costos logísticos de abastecimiento y varía entre zonas y tipos de combustible, por lo que ellas pueden traslaparse.

20. Como el almacenamiento está sujeto a economías de escala (i.e., cuando la capacidad de almacenamiento crece, el costo de operación lo hace en menor proporción), las plantas de almacenamiento no están uniformemente distribuidas en el territorio nacional y se tienden a concentrar en áreas de mayor consumo. Según indica la FNE, en su investigación, las empresas distribuidoras reportaron el área de influencia que tendría cada una de sus plantas de almacenamiento, información a partir de la cual la Fiscalía definió siete mercados relevantes geográficos o “macrozonas”, a saber: **(i)** Macrozona 1, compuesta por las regiones XV y I (Arica-Parinacota y Tarapacá); **(ii)** Macrozona 2, compuesta por las regiones II y III (Antofagasta y Atacama); **(iii)** Macrozona 3, compuesta por las regiones III y IV (Atacama y Coquimbo); **(iv)** Macrozona 4, compuesta por las regiones IV, V, Metropolitana, VI y VII (Coquimbo, Valparaíso, Metropolitana, O’Higgins y Maule); **(v)** Macrozona 5, compuesta por las regiones VI, VII, VIII, IX, XIV y X (O’Higgins, Maule, Bio Bio, Araucanía, Los Ríos y Los Lagos); **(vi)** Macrozona 6, compuesta por la XI región (Aysén); y **(vii)** Macrozona 7, compuesta por la XII región (Magallanes).

21. A partir de esa definición, la FNE calculó participaciones de mercado en metros cúbicos de almacenamiento y concluyó que en las macrozonas 1, 2, 3 y 6 solo Copec, Enex y Esmax tienen plantas de almacenamiento, siendo Copec el principal actor, mientras que en las macrozonas 4, 5 y 7 es Enap, actuando en la última de las zonas en calidad de monopolista (Consulta, folio 7, p. 18).

22. Las Comuneras no comparten el criterio definido por la Fiscalía. Si bien Copec reconoce que en 2017 fue consultada por la FNE respecto a lo que serían “*las áreas de influencia de las Plantas que utiliza*”, señala que lo reportado no fue un ejercicio acabado que analizara patrones de sustituibilidad con otros terminales o instalaciones cercanas de otros actores, ni menos tenía la pretensión de definir mercados geográficos. Agrega que las áreas de influencia definidas por la FNE son excesivamente amplias (comprenden dos o más regiones, en algunos casos miles de kilómetros), son inconsistentes con la jurisprudencia del Tribunal en materia portuaria, que ha limitado el mercado relevante geográfico a una sola región, y no tienen en cuenta la metodología

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sugerida en la “Guía de Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales” de la propia FNE, que propone delimitar el alcance geográfico de los mercados en distancia en base a la ubicación de los clientes que representan el 80% de las ventas (aporte de antecedentes Copec, folio 46, pp. 73 - 78). Considerando este criterio del 80% de las ventas, Copec plantea que el área de influencia de las diez plantas objeto de la Consulta (en las que Copec participa) es el que se describe en la Tabla siguiente:

Tabla N° 3
Área de influencia de las plantas de almacenamiento según Copec

Planta	Distancia (minutos)	Distancia (km)
Comap Arica	13	9
Comap Iquique	52	55
AOC Mejillones	202	263
Comap Caldera	141	214
Comap Guayacán	70	82
AOC Concón	93	110
Comap Maipú	35	26
Comap San Fernando	58	73
Comap San Vicente	144	114
AOC Puroo	205	290

Fuente: elaboración propia en base a documento “Informe Frontier Economics. Versión Final. VP.pdf”, p. 24, folio 106, incorporado a folio 140 y aporte de antecedentes Copec, folio 46, p. 78. **Nota:** en el aporte de Copec se indica que para cada planta de abastecimiento de propiedad conjunta en que Copec participa, se ordenaron los clientes en función de qué tan lejos se encuentran de la planta, y se calculó el porcentaje que representa cada cliente en las ventas totales. Luego, se identificaron los clientes más cercanos a la planta que reúnen el 80% de las ventas totales, y se definió el área de influencia según el tiempo que toma trasladarse en vehículo motorizado desde la planta hasta el cliente del percentil 80. Aclara que el análisis solo utiliza como insumo las ventas destinadas a estaciones de servicio ya que la información de la ubicación geográfica de los clientes industriales sería poco precisa.

23. Además de proponer mercados relevantes geográficos más acotados, Copec cuestiona la forma en que la FNE calculó las participaciones de mercado. Argumenta que los cálculos se hicieron en base a la capacidad de almacenamiento de cada empresa (ya sea porque son propietarios o la arriendan a un tercero), lo que omite a empresas que ofrecen almacenamiento de manera abierta y que no se dedican a la distribución de combustible, como son Oxiquim y Terquim. Así, el Cuadro N° 5 de la Consulta menciona a estos actores como oferentes del servicio de almacenamiento de combustible, pero los omite al calcular las participaciones de mercado que reporta en el Cuadro N° 6 de la Consulta (aporte de antecedentes Copec, folio 46, p. 17).

24. Enex también critica la definición de macrozonas de la FNE por ser artificialmente amplias y porque excluye a empresas que cuentan con capacidad de almacenamiento, pero que no participan de la distribución de combustibles líquidos. También cuestiona la inclusión de plantas que cesaron sus operaciones

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(Comap Antofagasta), la exclusión de la planta de mayor capacidad de almacenamiento que tiene Enex (La Greda Alta, destinada al almacenamiento de diésel y kerosene) y que las participaciones de mercado sean medidas en base a capacidad de almacenamiento fija, cuando es más relevante la rotación de combustibles, que es definida por cada compañía (aporte de antecedentes Enex, folio 36, pp. 28 - 32). Agrega, respecto a las macrozonas propuestas en la Consulta, que “*no representan las zonas de influencia presentadas por Enex a la FNE*”. Así, Enex reportó a la Fiscalía durante la investigación administrativa 12 áreas de influencia, las que abarcaban la región donde se ubican sus plantas de almacenamiento (individuales y compartidas), con la excepción de las plantas Comap San Fernando y AOC Pureo, que abarcarían dos regiones cada una (las regiones VI del Libertador Bernardo O’Higgins, VII del Maule, XIV de los Ríos, y X de Los Lagos, respectivamente) (aporte de antecedentes Enex, folio 36, pp. 29 - 30).

25. Finalmente, Esmax critica la definición de macrozonas por la falta de argumentación y discrepa de las participaciones reportadas en la Consulta, porque señala no participar como competidor en este mercado, sino que mantiene plantas de almacenamiento con el objeto de abastecer combustible a sus propias estaciones de servicio y a otros clientes a nivel mayorista; es decir, las plantas de su propiedad serían funcionales a aspectos operativos y logísticos de su empresa (aporte de antecedentes Esmax, folio 50, pp. 5 - 9).

26. En síntesis, las áreas de influencia propuestas por Copec y Enex son a grandes rasgos coincidentes, pero diferentes a las propuestas por la FNE por ser más acotadas. Las Tablas N° 4 y N° 5 muestran la participación en capacidad de almacenamiento que representan los acuerdos de operación conjunta consultados, según la definición de mercado relevante geográfico propuesta por la FNE (seis macrozonas o áreas de influencia) y por las Comuneras (12 macrozonas o áreas de influencia). En ambos casos se excluye el área de influencia que comprende la región de Magallanes atendido que las Comuneras no tienen plantas de almacenamiento en esa zona. A diferencia de la metodología utilizada por la FNE, las participaciones se calculan en base a la propiedad del almacenamiento (quienes ofrecen la infraestructura) y no en base a su uso. Ello es relevante por cuanto la preocupación de la Fiscalía relativa a las condiciones de acceso a la capacidad ofrecida por los propietarios de las plantas amerita el análisis de la propiedad y control de capacidad que tiene cada acuerdo o pacto de operación conjunta, y no el del uso en un determinado momento.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Tabla N° 4

**Capacidad de almacenamiento bajo propiedad de administración conjunta
según áreas de influencia definidas por la FNE**

Área de influencia (macrozona)	Acuerdo de operación conjunta	Capacidad bajo administración del acuerdo	Capacidad propiedad de Copec, Enex o Esmax fuera del acuerdo	Capacidad propiedad de un tercero (incluyendo Enap)	Total
XV y I	Comap	[60% - 70%]	[30% - 40%]	-	100%
II y III	Comap	[10% - 20%]	-	[30% - 40%]	100%
	AOC	[50% - 60%]			
III y IV	Comap	[40% - 50%]	[10% - 20%]	[40% - 50%]	100%
IV, V, RM, VI y VII	Comap	[10% - 20%]	[20% - 30%]	[50% - 60%]	100%
	AOC	[0 - 10%]			
VI, VII, VIII, IX, XIV y X	Comap	[0 - 10%]	[0 - 10%]	[80% - 90%]	100%
	AOC	[10% - 20%]			
XI	Comaco	[30% - 40%]	[60% - 70%]	-	100%

Fuente: elaboración propia en base a áreas de influencia indicadas por la FNE y capacidades indicadas en la Tabla N° 2. Nota: no se incluye la macrozona 7 atendido que las Comuneras no tienen plantas de almacenamiento en dicha zona.

Tabla N° 5

**Capacidad de almacenamiento bajo propiedad de administración conjunta
según áreas de influencia definidas por Copec y Enex**

Área de influencia (macrozona)	Acuerdo de operación conjunta	Capacidad bajo administración del acuerdo	Capacidad propiedad de Copec, Enex o Esmax fuera del acuerdo	Capacidad propiedad de un tercero (incluyendo Enap)	Total
XV	Comap	100%	-	-	100%
I	Comap	[50% - 60%]	[40% - 50%]	-	100%
II	AOC	[70% - 80%]	-	[20% - 30%]	100%
III	Comap	[40% - 50%]	-	[60% - 70%]	100%
IV	Comap	[40% - 50%]	[50% - 60%]	-	100%
V	AOC	[10% - 20%]	[30% - 40%]	[50% - 60%]	100%
RM	Comap	[20% - 30%]	[10% - 20%]	[60% - 70%]	100%
VI y VII	Comap	[10% - 20%]	-	[80% - 90%]	100%
VIII	Comap	[0 - 10%]	[10% - 20%]	[80% - 90%]	100%
IX	-	-	[0 - 10%]	[90% - 100%]	100%
XIV y X	AOC	100%	-	-	100%
XI	Comaco	[30% - 40%]	[60% - 70%]	-	100%

Fuente: elaboración propia en base a áreas de influencia indicadas por Copec y Enex y capacidades indicadas en la Tabla N° 2. Nota1: no se incluye el área de influencia que comprende a la región de Magallanes atendido que las Comuneras no tienen plantas de almacenamiento en dicha zona. Nota 2: Copec no reportó áreas de influencia para la IX y XI región porque no tiene plantas de almacenamiento compartido en dichas regiones.

27. De las Tablas N° 4 y N° 5 se observa que, sin perjuicio que existe almacenamiento de propiedad individual de terceros y de la propia Enap en la mayoría de las zonas, de seguirse la propuesta de las Comuneras para la

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

definición de las zonas de influencia, las participaciones de mercado de éstas son, en general, más elevadas, lo que sugiere en principio, que los riesgos de un actuar coordinado en la competencia aguas abajo (mercado mayorista y minorista de distribución de combustible) serían mayores. Por ejemplo, en el área de influencia circunscrita a la XIV y X región, el acuerdo de operación conjunta AOC abarca el 100% de la capacidad existente, lo que también se observa en la XV región respecto del acuerdo Comap vigente en esa zona. En lo que respecta al acuerdo Comaco, la única planta de almacenamiento objeto de dicho acuerdo (ubicada en la XI región) tiene la misma participación de mercado bajo las dos definiciones propuestas, atendido que no se encuentra controvertida el área de influencia de dicha planta.

28. El análisis que sigue se hará preferentemente en base a la definición propuesta por las Comuneras, que resulta más acorde con la “Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales” de la Fiscalía Nacional Económica, dado que evita considerar dentro de un mismo mercado relevante lugares excesivamente distantes y que quedan fuera de dicha definición. Lo anterior por cuanto el costo adicional por el transporte del combustible en camiones hacia las estaciones de servicio las deja fuera del mercado relevante abastecido por una determinada planta de abastecimiento. Con todo, se hará referencia a la definición de la FNE cuando sea necesario para contextualizar información relacionada que esta agencia acompañó y que se refiere a su propia definición y sin perjuicio que, como se señaló, el análisis y las conclusiones derivadas no se alteran por las definiciones alternativas.

B.3 Distribución mayorista y minorista

29. La distribución mayorista se refiere a la adquisición de combustibles en grandes volúmenes para almacenarlos y luego venderlos a distribuidores minoristas. Copec, Enx y Esmax son las principales distribuidoras mayoristas y están integradas verticalmente con la distribución minorista. Ellas cuentan con infraestructura para el transporte y el almacenamiento y han desarrollado redes de estaciones de servicio a nivel nacional. Existen también dos distribuidoras mayoristas de menor tamaño, “JLC” y “HN”, que poseen infraestructura propia para almacenamiento de gasolinas automotrices, petróleo diésel y kerosene doméstico en ciertas zonas del país; JLC en Maipú, y HN en Chillán Viejo.

30. La distribución minorista permite llegar a los consumidores finales medianos y menores, particularmente automóviles y hogares que acceden a los combustibles en la generalidad de los casos a través de las estaciones de servicio. Clientes de mayor tamaño, fundamentalmente industriales, licitan o negocian contratos de aprovisionamiento de combustibles por un volumen y plazo determinado, lo que incluye el transporte hasta sus dependencias.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

31. Aunque contar con capacidad de almacenamiento, propia o arrendada, es ventajoso para llegar a los clientes finales, se ha señalado que respecto de los clientes de mayor tamaño pueden existir grados de competencia sin que contar con tal capacidad sea un requisito, puesto que es posible transportar el combustible por vía terrestre (Resolución N° 39/2012, párrafo 8.4). Además, existen distribuidoras minoristas que no están integradas verticalmente ni al almacenamiento ni a la distribución mayorista, que poseen estaciones de servicio bajo marcas propias o sin marca, denominadas de bandera blanca.

32. Según datos de la FNE, la distribución minorista de combustibles representa un mercado en el cual las Comunerías agregadas tienen una participación cercana al 100%, siendo Copec el principal actor con una participación superior al 60% en todas las macrozonas que definió (Consulta, folio 7, p. 25). Bajo este prisma, se trataría de un segmento altamente concentrado según los lineamientos que establece la “Guía para el análisis de operaciones de concentración horizontales de la FNE” (índice de concentración HHI es superior a 2.500 en todas las macrozonas o áreas de influencia, independiente del modo en que estas sean definidas).

33. Para analizar los riesgos, se debe destacar que el combustible comercializado a nivel minorista presenta las características de un bien homogéneo, sin perjuicio que los servicios que se entregan en las estaciones de servicio pueden diferir en forma significativa, especialmente aquellos asociados a la infraestructura de las principales distribuidoras mayoristas y las estaciones de bandera blanca. Asimismo, es un mercado con alta transparencia en los precios (véase información pública en línea de precios de la Comisión Nacional de Energía, https://www.bencinaenlinea.cl/#/busqueda_estaciones) y donde los contratos generarían interacciones entre los competidores, como indica la FNE en la Consulta y reconocen los informes acompañados por las Comunerías a folio 110, folio 140, folio 150 y folio 153.

B.4 Barreras a la entrada al almacenamiento

34. La instalación de plantas de almacenamiento requiere de un terreno apto y emplazado adecuadamente, cumplir con requerimientos operacionales de conectividad con los centros de consumo y de factibilidad de suministro por buque tanque u oleoducto. Existen además limitaciones legales derivadas del cumplimiento de planos reguladores regionales y comunales, y exigencias normativas, técnicas y medioambientales para la construcción. Ello hace que la entrada sea costosa y demorosa.

35. Las dificultades señaladas aplican también a la expansión de la capacidad. En tal línea, Copec señala que el proceso desde la compra del terreno hasta su finalización toma cinco años cuando la instalación es abastecida por

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

oleoductos y siete años en una marítima abastecida por buques. Por su parte, la ampliación de la capacidad puede tomar entre uno y tres años, dependiendo de si hay necesidad de aprobación ambiental.

36. Por su parte, las economías de escala son otro factor que limita la entrada, pues se requieren volúmenes suficientemente altos como para hacerla rentable. Las diferencias zonales de almacenamiento responderían a ello, explican la concentración de plantas en zonas de mayor consumo y, como se analizará, también justificarían la propiedad conjunta de algunas plantas de almacenamiento.

37. El efecto aguas abajo, es decir, sobre las etapas de distribución mayorista y minorista, es directo. Aunque no se puede descartar la alternativa de transportar el combustible por vía terrestre desde donde existe capacidad de almacenamiento hasta los lugares de consumo, ello implica incurrir en un costo adicional. Así, empresas distribuidoras que no tienen plantas de almacenamiento pueden arrendar capacidad a Enap en sus instalaciones de Maipú, San Fernando y Linares, pero, en las zonas donde no está Enap o donde esta no tiene capacidad excedentaria y no hay otras instalaciones independientes, deben construir instalaciones. Lo anterior, puesto que, Copec, Enex y Esmax, que poseen estanques, en general no los arriendan a terceros. De esta forma, como señala la FNE, el que Enap provea capacidad de almacenamiento donde posee estanques puede viabilizar la entrada al segmento de distribución minorista o permitirla a menor costo.

38. Que las Comuneras no suministren combustible a terceros ni arrienden espacios de almacenamiento es en parte resultado de los contratos consultados, que establecen que, para dar acceso a un tercero no propietario de las plantas, se requiere el acuerdo unánime de las Comuneras y que el carguío de camiones tanque únicamente puede ser realizado en aquellos que se encuentren identificados con logos y colores de cada comunero.

39. A partir del diagnóstico sobre las dificultades para construir nueva capacidad y de las restricciones de las Comuneras a usar la suya, la FNE concluye que *“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”* (Consulta, folio 7, p. 43).

40. Este Tribunal concuerda con la FNE en que si bien existen plantas de almacenamiento de propiedad de terceros distintos a las Comuneras, la existencia de economías de escala y las dificultades asociadas a la instalación de nuevas plantas de almacenamiento, sumado a que solo se verifica disponibilidad de almacenamiento en algunas de las instalaciones de Enap,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

permiten concluir que en la etapa de almacenamiento existen barreras a la entrada que podrían reducir la intensidad competitiva de los mercados de distribución mayorista y minorista aguas abajo.

B.5 Eficiencias del actuar conjunto

41. Las Comuneras argumentan que la operación conjunta genera eficiencias por la existencia de economías de escala en el almacenamiento de combustibles y cuantifican la magnitud de los ahorros (véase documento “17. Informe Copec Firmado_VP.pdf” acompañado junto a la Consulta a folio 7 e incorporado a folio 17, en adelante “Informe Bruna y Gómez-Lobo”). La FNE concuerda en que la infraestructura de almacenamiento propio con que cuentan las Comuneras ha hecho más eficiente su operación y les ha permitido ahorrar costos de transporte y de operación.

42. Aunque la Fiscalía reconoce ventajas asociadas al actuar conjunto de las Comuneras, diferencia entre lo que serían ventajas inherentes a los contratos de las que no. Por ejemplo, indica que la operación conjunta permite disminuir los costos de inversión y operación, pero que la forma en que se administran y operan las plantas no es necesaria para alcanzar esas ventajas. También cuestiona que el acceso a medios más eficientes de distribución de combustibles dependa de si la planta se construye en forma conjunta y concluye que la eficiencia de la construcción conjunta no sería inherente a los contratos de cooperación.

43. El informe elaborado por Frontier Economics, presentado por Copec a folio 106, remarca que las duplicaciones de permisos y de búsqueda de terrenos por la realización de estudios de impacto ambiental se atenuarían con los acuerdos, lo que permitiría alcanzar más rápidamente una escala de almacenamiento eficiente y reduciría los riesgos financieros. Argumenta también que una fuente complementaria de eficiencia se asocia a la garantía de suministro en condiciones o períodos excepcionales y hace estimaciones econométricas del efecto que tendría compartir las plantas de almacenamiento en el precio que finalmente pagan los consumidores finales. Específicamente, indica que los precios pagados por consumidores finales en estaciones suplidas por estanques bajo el acuerdo son menores a los asociados a estaciones suplidas por estanques que no están bajo el acuerdo. Lo anterior lo interpreta como evidencia de que no solo habría eficiencias en la construcción o inversión conjunta, sino que también en su operación y que estas se traspasan a los clientes finales. El Informe Butelmann Consultores acompañado por Enx a folio 108 hace un ejercicio indirecto, primero, analizando la existencia de economías de escala, que asocia al almacenamiento conjunto, y luego, de cómo los costos que enfrenta Enx se traspasan a los consumidores. Deduce que, como los costos que mide de Enx son íntegramente traspasados a los precios, los ahorros de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

costo asociables a las economías de escala también lo serían. Por su parte, la FNE cuestiona la metodología del Informe Butelmann y evalúa el traspaso de eficiencias analizando márgenes brutos de comercialización en la distribución minorista y concluye que no hay evidencia de este traspaso, sino que indicios de lo opuesto: “*las comunas que únicamente cuentan con plantas de almacenamiento de propiedad de Copec, Enx y Esmx 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*” (Consulta, folio 7, p. 49 y escrito de la FNE a folio 218).

44. A su vez, el Informe Compass Lexecon acompañado por Enap a folio 123 evalúa los precios a público de estaciones de servicio en función de la cercanía de éstas a las plantas de Enap y concluye que dicha cercanía induce la existencia de estaciones de bandera blanca y a una caída en los precios a los consumidores.

45. Más allá de las críticas usuales cruzadas que las partes realizan a sus ejercicios estadísticos relativos a especificaciones y controles empleados en el análisis, el cuestionamiento esencial a los ejercicios realizados por la FNE y por Enap es que la comparación de los precios entre estaciones de servicio según su cercanía a las plantas de Enap no es el pertinente a la Consulta. Ellos concluyen implícitamente que el rol de Enap es positivo para los consumidores, pues la cercanía de las plantas de Enap se asocia a reducciones de precios. Sin embargo, ello no es lo pertinente para la consulta de autos, sino que es comparar precios de estaciones abastecidas desde plantas compartidas y operadas bajo los acuerdos sometidos a consulta con aquellos desde plantas que son abastecidas desde plantas individuales. A mayor abundamiento, no es pertinente para esta consulta usar un *benchmark* construido sobre la presencia o no de Enap o de su concentración.

46. Asimismo, este Tribunal considera que, para verificar eventuales traspasos de eficiencias asociadas a los acuerdos, lo que se debe analizar son los precios, no los márgenes, como lo hace el estudio de la FNE. En efecto, mejoras en eficiencia podrían mantener o incluso aumentar los márgenes, a la vez de conllevar ganancias para los consumidores si es que los precios se reducen, pues no existe incompatibilidad en ello. Por lo anterior, este Tribunal concluyó que los ejercicios estadísticos no permiten concluir que el compartimiento de infraestructura de almacenamiento en los contratos consultados tenga como consecuencia aumentos de precios pagados por los consumidores. Por el contrario, y sin perjuicio de la falta de controles y de la ausencia de un acabado análisis de causalidad de la que cada estudio aportado adolece y que en parte se entiende por la insuficiente información, y de los cuestionamientos que hace la FNE a folios 156 y 170, la evidencia aportada principalmente en el estudio

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de Frontier, da indicios que “el efecto” del compartimiento de los estanques en los precios pagados por los consumidores finales es a reducirlos en una magnitud pequeña (1,2% para clientes industriales y 2,2% para estaciones de servicio), pero significativamente distinto de cero, por lo que se puede descartar aumentos de precios asociados a la operación conjunta.

47. Cabe señalar que los estudios señalados y la conclusión previa solo dice relación con la situación estática al momento de realizarlos y no consideran parte de las eficiencias dinámicas que se generan e inciden en el mayor crecimiento que experimenta la infraestructura de almacenamiento cuando se permite su inversión y desarrollo conjunto. Específicamente, la existencia de economías de escala y los significativos costos de inversión en contextos de incertidumbre de suministro, hacen que la expansión conjunta de infraestructura sea menos riesgosa, permita alcanzar tamaños de planta eficiente más rápidamente, reduzca la duplicación de costos particularmente altos en materia de permisos y así, se logre una expansión más rápida. Ello, que conceptualmente no ha sido controvertido por la FNE, es cuantificado en el informe de los economistas Ronaldo Bruna y Andrés Gómez-Lobo (Informe Bruna y Gómez-Lobo acompañado junto a la Consulta a folio 7 e incorporado a folio 17), en el Informe Butelmann y en el documento denominado “Anexo_Nº2._Eficiencias_inherentes_y_verificables_.pdf”, acompañado a folio 46 por Copec.

48. En tal línea, más allá de la fecha de suscripción de los contratos analizados, el sistema de administración conjunta de plantas funciona en Chile desde la década de 1940 (aporte de antecedentes Enex, folio 36), y no ha sido controvertido por la FNE que la propiedad y operación conjunta de instalaciones con algunas de las características identificadas en el caso chileno, es una práctica extendida internacionalmente, por las eficiencias operacionales que trae aparejadas (véase Informe Frontier, que da cuenta de experiencias de administración e inversión conjunta en oleoductos en Francia, Irlanda, EEUU, Alemania, y Australia, folio 140, p. 66).

C. DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS Y CONTRATOS CONSULTADOS

49. Como se mencionó, la FNE somete a consulta “*si los contratos de operación conjunta de las plantas de almacenamiento de combustibles líquidos [acuerdos AOC, Comac y Comaco] y la actuación práctica que se verifica en ese contexto*” entre las Comuneras, se ajusta o no al D.L. Nº 211. Previo a la descripción de los contratos, cabe señalar que Copec indica que estos eran “*el reflejo de la operación de la comunidad por más de 35 años*” y que el origen de las plantas de almacenamiento compartida es de la década de 1950 (documento “Anexo_Nº1._Contexto_histórico_y_racionalidad_económica_detrás_de_la_propie

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

dad_”, acompañado a folio 46). En igual sentido, a folio 36 Enex señala que en 1947 comienza la operación de plantas de almacenamiento conjuntas, sin perjuicio de que no existían contratos explícitos. Por lo anterior, más allá de la fecha relativamente reciente de los contratos que se analizarán, debe considerarse que la práctica ha sido permanente.

50. En lo que sigue se describen los elementos contenidos en los acuerdos consultados y los contratos de reciprocidad que darían lugar a los riesgos que la FNE releva. Asimismo, se explica en qué consiste la “actuación práctica” señalada en la Consulta.

C.1 Contratos

51. La Tabla N° 6 resume el ámbito, participantes y fecha de suscripción de los contratos consultados.

Tabla N° 6
Contratos de operación conjunta de las plantas de almacenamiento objeto de la Consulta

Acuerdo/Fecha suscripción	Participantes	Planta de almacenamiento	Administrador de la planta
AOC (01.10.2015)	Copec, Enex y Esmax	Mejillones, Concón y Pureo	Copec
Comap (31.08.2016)	Copec y Enex	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
Comaco (02.01.1990)	Enex y Esmax	Chacabuco	Alterna cada 5 años

Fuente: elaboración propia en base a Consulta FNE, folio 7, p. 5. Nota: según indica Enex en su aporte de antecedentes de folio 36 la planta Comap Antofagasta cesó sus operaciones en septiembre de 2020.

C.1.1 Acuerdo AOC de 2015

52. El Acuerdo AOC fue suscrito el 1° de octubre de 2015 entre Copec, Enex y Petrobras (hoy, Esmax). El objeto del acuerdo es posibilitar las operaciones de recepción, almacenaje conjunto, manejo y entrega de productos de las Comuneras en las plantas de propiedad común ubicadas en: **(i)** Mejillones (porcentajes de propiedad: Copec 60%, Enex 20% y Esmax 20%); **(ii)** Concón (porcentajes de propiedad: Copec 52,4%, Enex 24,3% y Esmax 23,3%); y **(iii)** Pureo (porcentajes de propiedad: Copec 49%, Enex 32% y Esmax 19%). En el acuerdo se especifica que las operaciones señaladas no incluyen transacciones de suministro o comercialización ni ninguna otra actividad relacionada. Asimismo, se establece que la operación conjunta no constituye una sociedad entre las Comuneras u otra forma de asociación empresarial o de colaboración

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

con fines comerciales (documento “2. Acuerdo Operación Conjunta Tres Compañías_VP.pdf”, en adelante “**Acuerdo AOC**”, incorporado a folio 17, pp. 4, 5 y 11).

53. El contrato establece que la operatividad del acuerdo la realiza el Comité Compañías, que está constituido por dos representantes titulares de cada Comunera. Este comité debe reunirse al menos dos veces por año en la oficina de alguna Comunera y cada miembro tiene, en cualquier momento, acceso a la información pertinente de la operación conjunta, sin perjuicio de los deberes de confidencialidad indicados en el artículo 28 (Acuerdo AOC, secciones 2.2 y 6.3).

54. El desarrollo de inversiones se regula mediante la definición de un plan maestro de mediano y largo plazo para cada planta, el que debe contemplar e identificar superficies necesarias para “demandas del mercado futuro” y el espacio para instalaciones de uso exclusivo (sección 5.1).

55. La administración y operación de las instalaciones de la planta la realiza una Comunera, que se denomina Operador. El Operador tiene derecho exclusivo a operar las instalaciones de las Comuneras y las instalaciones de uso exclusivo, bajo el control del comité. El Operador está facultado para negar la entrada a la planta o solicitar la remoción de cualquier persona o vehículo en el evento que la presencia de esa persona o vehículo pueda ser perjudicial para la operación segura y eficiente de las instalaciones. Se especifica que el Operador de las tres plantas objeto del acuerdo es Copec (Acuerdo AOC, secciones 7.1, 7.5 y 7.10).

56. En la carga de combustible, se indica que, en períodos de alta demanda de despacho, la distribución del uso de las mesas de carga se efectúa según el porcentaje de propiedad de las Comuneras en la planta (Acuerdo AOC, sección 9.3).

57. En cuanto a la posibilidad de que compañías distribuidoras distintas a las Comuneras puedan utilizar la planta, se estipula que estas “*no podrá[n] hacer uso de las Instalaciones ni participar de Volumen Movido, a menos que exista acuerdo unánime entre todos los Comuneros y un cobro por el uso que permita recuperar la inversión*” (Acuerdo AOC, sección 10.1, énfasis agregado).

58. El abastecimiento de combustible lo gestiona el Operador en función de las necesidades de las Comuneras. En la Consulta se indica que las empresas Comuneras accederían a datos de ingresos y egresos de combustibles líquidos de sus competidores en las instalaciones compartidas, lo que se vería facilitado porque a propósito del suministro de combustible por parte de Enap existe una coordinación conjunta para lograrlo (Consulta, folio 7, p. 29).

59. Se indica que, para asegurar una operación eficiente y segura de las instalaciones, los camiones a ser cargados en la planta deben contar con todos los requerimientos de seguridad y que deben estar “*preferentemente identificado*”

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

con logos y colores de cada Comunero” (sección 14.1). Cabe señalar que la redacción de la cláusula contenida en la sección 14.1 del Acuerdo Comap, que según se verá *infra* tiene cláusulas del mismo tenor que el Acuerdo AOC, no contiene la palabra “preferentemente” por lo que en las plantas regidas por ese acuerdo solo se permite el ingreso de camiones identificados con logos y colores de Copec o Enex.

60. Respecto del control de existencias, el contrato estipula que el Operador de la planta es responsable de mantener todos los registros y documentos relacionados con el almacenamiento del producto (sección 16.1).

61. Finalmente, el contrato establece deberes de confidencialidad para cada comunero y para el Operador de la planta, en el sentido de: **(i)** preservar la confidencialidad de cualquier información confidencial recibida de parte de otro comunero; **(ii)** no suministrar ninguna información confidencial recibida de cualquier otro comunero a ninguno de sus empleados, agentes, contratistas u otros que no necesiten dicha información confidencial para el desarrollo de sus obligaciones en la operación conjunta de las plantas; y **(iii)** usar la información confidencial solamente en relación con las obligaciones descritas en el acuerdo y nunca para propósitos comerciales, entre otros. Indica que el Operador no puede usar comercialmente nada de lo obtenido directa o indirectamente de un comunero como consecuencia de su actuación en esa calidad (secciones 28.1 y 28.5).

C.1.2 Acuerdo Comap de 2016

62. El Acuerdo Comap fue suscrito el 31 de agosto de 2016 entre Copec y Enex para la operación conjunta de las plantas de propiedad común situadas en: **(i)** Arica, **(ii)** Iquique, **(iii)** Antofagasta (actualmente cerrada), **(iv)** Caldera, **(v)** Guayacán, **(vi)** Maipú, **(vii)** San Fernando, y **(viii)** San Vicente. Mayoritariamente las cláusulas tienen el mismo tenor que el Acuerdo AOC, por lo que no se reproducirán. En el acuerdo se indica que, en las ocho plantas señaladas, Copec es propietario de dos tercios del total de cada una y Enex del tercio restante (documento “3. Convenio Comap 2016_VP.pdf”, en adelante “**Acuerdo Comap**”, incorporado a folio 17, pp. 4 a 6).

C.1.3 Acuerdo Comaco de 1990

63. El Acuerdo Comaco, sin fecha señalada en el documento, aunque en la Consulta se indica que rige desde 1990 (Consulta, folio 7, p. 5), fue suscrito entre Enex y Esso (hoy, Esmax). Su objetivo es regular el funcionamiento de la planta de propiedad conjunta ubicada en Puerto Chacabuco (Región de Aysén), respecto de la cual ambas compañías son propietarias en partes iguales

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(documento “4. Reglamento Operación Planta Chacabuco_VP.pdf”, en adelante “**Acuerdo Comaco**”, incorporado a folio 17, pp. 1 a 4). Señala que “[u]n 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” (sección 1.2, párr. 2). Establece que el administrador de la planta rota entre ambos comuneros cada cinco años, y entre sus responsabilidades y facultades está “[m]antener un sistema de control de movimiento de productos, documentando e informando periódicamente al otro comunero” y “autorizar o negar la entrada y permanencia en la Planta tanto de personas como de vehículos” (sección 3.2.5 y 3.2.15).

64. La operación de la planta contempla que el administrador debe mantener un sistema de control de existencias de los productos, información que, luego de ser recabada, es comunicada mensualmente al otro comunero (sección 4.3.2). El costo de operación mensual a ser cubierto por cada comunero se determina dividiendo los gastos totales del mes por el volumen total de combustibles despachados en igual período (sección 5.2.1).

65. Entre las obligaciones y derechos de ambas Comuneras se indica que cada una “está facultada para verificar, investigar y controlar periódicamente los gastos e inversiones cobrados por la otra” (sección 3.4.5).

66. Las inversiones requeridas en la planta son propuestas por el administrador, las que luego son analizadas y aprobadas por ambas compañías, elaborándose así un programa de inversiones anuales (sección 6.2.1). Finalmente, estipula la formación de un comité constituido por tres representantes de cada comunero, cuya función es regular las actividades operacionales y administrativas de la planta, entre otras funciones (sección 7.1 y 7.2).

C.1.4 Contratos de reciprocidad

67. La Fiscalía acompañó junto a la Consulta dos contratos de reciprocidad para el uso de facilidades, canjes y préstamos de productos que, indica en su presentación, comprenderían a todas las plantas de Copec, Enx y Esmx, sean de propiedad compartida o individual. Los contratos son: (i) “Contrato de reciprocidad para el uso de facilidades, canjes y préstamos de productos”, de fecha 1° de julio de 1985, suscrito entre Esso Chile S.A. Petrolera (Esmx en la Consulta) y Copec (documento “5. COPEC - Contrato de reciprocidad de facilidades 1 de julio 1985_VP.pdf”, acompañado a folio 7 por la FNE, cuya versión pública rola a folio 17, en adelante “**Contrato reciprocidad Copec-Esmx**”); y (ii) “Contrato de reciprocidad para el uso de facilidades, canjes y préstamos de productos”, de fecha 1° de julio de 1986, suscrito entre Esso Chile Petrolera Limitada (Esmx en la Consulta) y Shell Chile S.A. Comercial e

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Industrial (Enex en la Consulta) (documento “6. Shell - Contrato de reciprocidad de facilidades 1 de julio 1986_VP.pdf”, acompañado a folio 7 por la FNE, cuya versión pública rola a folio 17, en adelante “**Contrato reciprocidad Enex-Esmax**”).

68. El objeto de ambos contratos es “*solucionar emergencias mediante la ayuda recíproca que se pueden prestar las partes en consideración a que en las mismas ciudades y puntos del país, ellas disponen de instalaciones equivalentes*”. La ayuda recíproca se refiere a facilidades de almacenamiento, canje y préstamos de combustible que las partes del contrato acuerdan otorgarse bajo ciertas condiciones. El Contrato de reciprocidad Copec-Esmax contempla la ayuda recíproca en las plantas ubicadas en: Iquique (I región); Guayacán (IV región); Salinas (V región); Maipú (RM); San Fernando (VI región); Puerto Montt (X región); y Punta Arenas (XII región). Por su parte, el Contrato de reciprocidad Enex-Esmax contempla la ayuda recíproca en las plantas situadas en: Iquique (I región); Antofagasta (II región); Las Salinas (V región); Maipú (RM); San Vicente (VIII región); y Puerto Montt (X región). Este último contrato contiene un anexo que dispone que, de no existir equivalencia entre las instalaciones de ambas empresas en las localidades de Antofagasta, Guayacán, San Fernando, Puerto Montt y Punta Arenas: **(a)** Esmax otorga a Enex facilidades de almacenamiento en su planta de Antofagasta y el uso de sus instalaciones marítimas en Las Salinas y Puerto Montt; y **(b)** Enex a su vez, otorga a Esmax facilidades para el uso de su fondeadero y cañerías submarinas existentes en las localidades de Guayacán y Las Salinas y uso de su planta de combustibles en Punta Arenas, Guayacán y San Fernando, como también facilidades de almacenamiento en su planta de San Vicente (Contrato de reciprocidad Copec-Esmax, pp. 1 – 4; y Contrato de reciprocidad Enex-Esmax, pp. 1 - 14).

69. Cabe remarcar que, según se indica en los contratos, las facilidades de almacenamiento de combustible solo se otorgan en casos de emergencia o fuerza mayor debidamente calificados y deben comprender instalaciones ubicadas en una misma ciudad. Los canjes de producto se definen como las compensaciones que proceden por motivos operacionales en virtud de existir una vía de abastecimiento común (oleoducto o buque), entre las instalaciones de ambas compañías ubicadas dentro de una misma localidad. Los préstamos de combustible también se efectúan solo en casos de emergencia o fuerza mayor debidamente calificados, en cuyo caso el combustible debe ser devuelto en la misma ciudad y bajo las mismas condiciones y calidad que el original (Contrato reciprocidad Copec-Esmax, pp. 1 – 3; y Contrato de reciprocidad Enex-Esmax, pp. 1 y 2).

C.2 Actuación práctica de la operación conjunta de las plantas

70. Los acuerdos consultados permiten que, en el contexto de la operación conjunta, la comunera a cargo de la operación acceda a información de las otras Comuneras, aunque sujeta a deberes de confidencialidad (véase, por ejemplo, sección 28 de los acuerdos AOC y Comap, y secciones 3.4.5 y 4.3.2 del Acuerdo Comaco). Por su parte, la FNE ha mostrado que, en instancias asociadas a la operación de las plantas, como en el contexto del funcionamiento de los comités creados en los Acuerdos, esa información individual se ha difundido “de vuelta” a las restantes Comuneras no involucradas directamente en la gestión. La Fiscalía señala que el traspaso de información se refiere a: (i) proyectos de inversión conjunta; (ii) disponibilidad de combustible en el contexto del abastecimiento con Enap; y (iii) existencias de combustible y flujos en las plantas, incluso respecto de plantas de almacenamiento que no forman parte de los acuerdos. A juicio de la FNE, dicho traspaso de información generaría riesgos de coordinación, los que se analizan en la siguiente sección (folio 113, pp. 1 - 71).

71. En relación con los proyectos de inversión, los tres acuerdos consultados establecen la definición de planes de inversión periódica de manera conjunta por las Comuneras (véase Acuerdo AOC, sección 5.1; Acuerdo Comap, sección 5.2; Acuerdo Comaco, sección 6.2.1). La Fiscalía ha constatado que la elaboración de los planes de inversión de las plantas conlleva el riesgo de traspaso de información que ella denomina estratégica y sensible, relativa a proyecciones de demanda y capacidad de almacenamiento (por ejemplo, véase los siguientes documentos acompañados a folio 113: “79. 20171129 Minuta reunión extraordinaria COMAP.pdf”, incorporado a folio 154; y documentos contenidos en subcarpeta carpeta “2. 2527. 02-05-2017 - Minuta reunión extraordinaria”).

72. En cuanto a la coordinación del abastecimiento con Enap, la interacción se produce en el contexto de los programas de entrega de combustible con motivo de los contratos de suministro que cada comunera mantiene con la empresa estatal, los que contemplan la entrega de información desagregada a nivel mensual, por tipo de combustible y por planta de almacenamiento. Nuevamente, el cuestionamiento por los riesgos de coordinación es que la información requerida para la adquisición, despacho y almacenamiento, y que resulta necesaria para la operación de las plantas, es luego compartida entre todas las Comuneras, e incluso se comparte información relativa a plantas de almacenamiento que no forman parte de los acuerdos (Consulta, folio 7, pp. 30 y 31). La FNE acompañó documentos que muestran que cada comunera efectivamente ha accedido a información de abastecimiento de las otras Comuneras, como la programación mensual por planta y producto que incluye

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

información de plantas de propiedad individual (véase, por ejemplo, los siguientes documentos acompañados a folio 113 e incorporados a folio 154: correo “22. 12368. 23-08-2017 - PME colores ruteo Sep 2017 31-07.xlsx.eml” y el archivo adjunto a este; correo “9. 401. 22-05-2017 - Programa descarga BT Lama 310 (desc Chacabuco) May V2.eml” y el archivo adjunto a este; correo “53. 23359. 03-04-2017 - Informe de existencias PCH al 03_04.eml” y el archivo adjunto a este; correo “45. 18538. 13-09-2017 - TRANSSIB BRIDGE.eml”; correo “51. 22618. 12-12-2017 - Canal Street.eml”, entre otros).

73. En relación con los volúmenes y existencias de las plantas, información a la que accede la comunera a cargo de la administración u operación de cada planta, la FNE acompañó documentos que dan cuenta que esa información ha sido distribuida entre las Comuneras (sólo a modo de ejemplo, véase los siguientes documentos acompañados a folio 113 e incorporados a folio 154: “11. 801. 06-06-2017 - Existencias planta Mejillones Junio.eml”; correo “76. 255. 05-04-2017 - IEC Mes de Marzo 2017.eml”). Asimismo, las Comuneras han accedido a información referida a plantas de almacenamiento de las cuales no forman parte (por ejemplo, véase documento “72. IE 60 FEBRERO 17 COMAP.pdf” acompañado a folio 113 e incorporado a folio 154). También la FNE acompañó documentos que muestran la manera en que algunas Comuneras han accedido a información de otras Comuneras y luego la han usado con fines comerciales, como ocurrió en octubre de 2017, cuando Copec envió a Enex el detalle del inventario de esta última en la planta Comap Arica, realizándole la siguiente solicitud: “[s]egún nuestras existencias te quedó un saldo de Gas 97, que necesitamos nos vendas” (véase documento “190. RE Saldo Gas 97 en Arica_VP.pdf”, acompañado a folio 113 e incorporado a folio 155).

74. Por último, la FNE plantea que el funcionamiento de los comités creados en los acuerdos genera instancias en las cuales ejecutivos de las Comuneras traspasan información estratégica. Lo anterior se haría sin perjuicio de los protocolos sobre intercambio y manejo de información sensible de las Comuneras, protocolos que fueron implementados a partir de octubre de 2019 (Consulta, folio 7, p. 34 y escrito FNE de folio 113, pp. 62 - 71). Según constató la Fiscalía, en los comités se ha discutido sobre inversiones, estimaciones de demanda y tasas de crecimiento futuro que exceden el horizonte temporal de los planes maestros de inversiones, que según los Acuerdos AOC y Comap sería de cinco años. Los documentos acompañados por la FNE también dan cuenta que en los comités se ha discutido sobre necesidades de combustible propias de cada comunera, inversiones propias o exclusivas de alguna de estas, inversiones referidas a plantas en las cuales una comunera no forma parte e incluso se han socializado estudios de mercado internos con el resto de los presentes (por ejemplo, véase los siguientes documentos acompañados a folio 113 e incorporados a folio 155 “57. 4 -1- 2019 Minuta N° 9 Comité Comap_VP.pdf”;

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

“51. 02-07-2019 - Inversiones Plantas 2020”; “3. 6167. 20-09-2016 - minuta reunión martes 6 Septiembre”, entre otros).

D. ANÁLISIS DE LOS RIESGOS DERIVADOS DE LOS HECHOS Y CONTRATOS OBJETO DE LA CONSULTA

D.1. Riesgos de coordinación

D.1.1 Descripción de riesgos identificados por la FNE y respuesta de las Comuneras

75. Como señala la FNE en la Consulta y se describió en la sección previa, la industria presenta factores estructurales que facilitan la coordinación. En tal contexto, es comprensible la preocupación de la Fiscalía de que la información que fluye por la actuación conjunta en la etapa de almacenamiento pudiera tener efectos negativos, particularmente en el mercado de distribución minorista. A la FNE le resulta especialmente preocupante el acceso a datos de ingresos y egresos de combustibles líquidos de competidores en las instalaciones compartidas, a pesar de los deberes de confidencialidad establecidos en los contratos. Asimismo, es fuente de preocupación que las Comuneras accedan a información sobre inventarios y rotación de existencias de combustible de su competencia, con alta frecuencia y escasa antigüedad, en todas las plantas de almacenamiento regidas por los contratos de operación conjunta. Según la FNE, esto permitiría a las Comuneras “estimar, monitorear o proyectar, con un alto grado de certeza, el comportamiento futuro de los competidores, pudiendo limitar un actuar independiente y agresivo”, afectando la intensidad competitiva en el mercado.

76. A la preocupación por los riesgos de coordinación generados por la necesidad de computar salidas de combustible en la operatoria de la planta, se agregan aquellos originados en la relación con Enap. De las reuniones de coordinación con Enap se generaría un documento con información desglosada de la carga y descarga por compañía, planta y producto, al cual cada comunera accedería. Por último, la Fiscalía remarca que, de la ejecución y aplicación de los contratos de reciprocidad, la coordinación entre las empresas Comuneras se extiende fuera de las plantas de propiedad común.

77. Las Comuneras niegan la existencia de riesgos de coordinación derivados de los acuerdos consultados porque, señalan la información a la que accederían sería parcial y estrictamente necesaria para operar adecuadamente las plantas. Enfatizan que se trata de información consistente con la naturaleza netamente logística-operativa del manejo de las plantas y cuestionan que la información conocida tenga un carácter comercialmente sensible. Puntualizan

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que en el contexto de los acuerdos no se comparte información referida a precios, costos (precio pagado a Enap), márgenes o clientes destinatarios del producto y concluyen que la información referida no tiene la capacidad de reducir la incertidumbre propia del proceso competitivo aguas abajo. Esta postura es apoyada por el informe en derecho acompañado a folio 111, cuya versión pública rola a folio 110 (documento “*Informe en derecho M.Ybar.pdf*”) y los informes económicos acompañados a folio 46 e incorporado a folio 77 (documento “*Informe económico Sanhueza.pdf*”); folio 106 cuya versión pública rola a folio 140 (documento “*Informe Frontier Economics. Versión Final. VP.pdf*”); folio 108 cuya versión pública rola a folio 153 (documento “*Informe Enex VP.pdf*”) y folio 112 cuya versión pública rola a folio 150 (documento “*VP [Esp.] (Oxera) Intercambio de información y riesgos de exclusión en la industria chilena de combustibles líquidos.pdf*”).

78. Las Comuneras argumentan que, incluso en el caso que la información fuera compartida, es insuficiente para supervisar repartos de mercado. Señalan que la información de volúmenes y existencias de las plantas no permite distinguir si el cliente al cual se despacha el combustible es industrial o una estación de servicio, lo que corresponde a distintos segmentos. En el canal industrial los clientes licitan contratos a largo plazo, por lo que la información sobre volúmenes y existencias sería irrelevante. En cuanto a las estaciones de servicio, la irrelevancia para monitorear un hipotético acuerdo colusorio sería más clara, porque existe información pública de precios al consumidor actualizada, desagregada y a nivel nacional, que es más precisa y útil para controlar un acuerdo de ese tipo.

79. Respecto a los contratos de facilidades recíprocas, indican que son necesarios para responder a la exigencia regulatoria de garantizar la seguridad y continuidad de suministro en caso de imprevistos. Ello no sólo es eficiente, sino que su aplicación es esporádica y las operaciones son a precios de mercado.

80. Por último, y sin perjuicio de señalar que la información indicada no tiene la aptitud de facilitar la coordinación, señalan que además de los deberes de confidencialidad estipulados en los contratos han adoptado medidas conductuales (“protocolos de intercambio de información sensible”) que a su juicio serían adecuadas y suficientes para evitar cualquier coordinación anticompetitiva que pueda surgir a raíz de la implementación de los acuerdos, e incluso algunas Comuneras se manifiestan llanas a adoptar otras medidas conductuales que el Tribunal determine (aporte de antecedentes Copec, folio 46, pp. 81 a 96 y 133 a 138; aporte de antecedentes Enex, folio 36, pp. 38 - 58; y aporte de antecedentes Esmax, folio 50, pp. 19 - 32).

D.1.2 Análisis del Tribunal

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

81. La FNE muestra que efectivamente el contexto de los contratos permite intercambios de información, que califica como sensible y estratégica. Sin embargo, es esa calificación lo que las Comuneras cuestionan, pues no está controvertido que, en el contexto de las relaciones asociadas a los procesos logísticos de adquisición de combustibles y de almacenamiento, se dan instancias en las que efectivamente se entrega información.

82. Así, el foco de análisis es si la información compartida que se requiere para la operación y el desarrollo y operación de las plantas de almacenamiento conjunta es sensible y estratégica, en el sentido que pueda utilizarse para una coordinación comercial aguas abajo, por ejemplo, para monitorear las ventas de rivales y alinear incentivos en un eventual acuerdo de precios, o simplemente para reducir la intensidad competitiva en el mercado minorista en alguna dimensión.

83. Este Tribunal concluyó que cierta información, como la compilación de las proyecciones de corto plazo de las demandas individuales, es necesaria para definir los requerimientos a Enap. Contar con información de cada paso relativo al almacenamiento, recepción, y consumo individual, es necesario para coordinar nuevas recepciones y confirmar lo programado con Enap. También es consistente con la programación adecuada que la planta informe a cada distribuidor la disponibilidad agregada de almacenamiento. Ello está vinculado a las eficiencias estáticas asociadas a la operación conjunta y de las que no existe controversia sobre su existencia.

84. En una dimensión distinta, la compilación de ciertos datos individuales también es necesaria para determinar la necesidad de expansión de almacenamiento conjunta. Según han argumentado las Comuneras y no ha sido controvertido, ello permite, en un contexto en el que existen economías de escala, una expansión más eficiente que el desarrollo individual no solo por cuanto se puede acceder a tamaños eficientes más rápidamente, sino porque el desajuste que se produce cuando la inversión debe hacerse en términos discretos y que conlleva riesgos, se reduce y con ello el riesgo asociado a la expansión (véase Informe Frontier Economics, folio 140, pp. 66 – 68 y pp. 37-38). Este último efecto, menos elaborado en los argumentos de las partes, puede explicarse con un ejemplo a partir de una situación de equilibrio competitivo en la que asumimos que tres firmas comparten 10 tanques de almacenamiento con un total de 30.000 m³, que la demanda crece a razón de 100 m³ anuales y que la inversión ya sea en expansión de las distribuidoras incumbentes o de un entrante, debe hacerse con estanques de 300 m³ que constituyen la capacidad mínima eficiente. Como la inversión debe crecer como mínimo en 300 m³ cada vez, se tenderá a producir un desajuste de capacidad, y solo cada tres años se justificará construir un nuevo estanque. Así, existirán períodos en que la

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

capacidad de almacenamiento no se ajustará a la demanda, lapso en el cual el precio del almacenamiento será superior al de equilibrio competitivo.

85. Al comparar el escenario descrito con uno en que cada firma opera individualmente y donde cada distribuidora tiene un tercio de la demanda total, el desajuste de la capacidad será más persistente pues cada firma justificará su inversión cada nueve años. Aunque cada firma puede adelantar la inversión para servir toda la demanda no servida, ello conlleva el riesgo que otras también inviertan, lo que haría caer el precio bajo los costos, lo que aumenta el riesgo de la inversión.

86. En consecuencia, el Tribunal concluyó que existen razones atendibles, vinculadas a eficiencias operativas y logísticas y a las de inversión, para que cierta información fluya desde las distribuidoras hacia las plantas de almacenamiento. Así, la aprensión de la Fiscalía que la entrega de la información requerida pueda ser usada para coordinación anticompetitiva, surge ya sea de que necesariamente al menos parte de la información que sirve para el manejo y desarrollo de plantas de almacenamiento podría ser también útil para realizar acciones anticompetitivas, o de que el contexto por el cual se entrega información necesaria para lograr las señaladas eficiencias, permita generar información adicional que genera los riesgos anticompetitivos que describe.

87. En este contexto, la FNE ha cuestionado la divulgación que puede hacer y habría hecho el operador de la planta con la información recabada desde los comuneros. Las Comuneras han argumentado que la información de existencias y retiros individuales que entregan y se habría difundido, no permite conocer el destino del combustible retirado, lo que cuestionaría su relevancia para un uso anticompetitivo, que trascienda el propósito de hacer eficiente la operación de las facilidades de almacenamiento. Enfatizan que la información difundida sólo permitiría el seguimiento de los cambios de existencias y de la disponibilidad de almacenamiento total, la que sería muy imprecisa para el seguimiento de conductas sensibles. Además, sería en un sentido irrelevante a ese efecto, considerando la existencia pública de precios por estación de servicio.

88. Sin perjuicio de las razones dadas por las Comuneras de que la divulgación de la información individual no habría generado riesgos a la competencia, el mero hecho que exista ese flujo de información, en contravención a lo establecido en los contratos, genera efectos perversos para la competencia por dos canales. En primer lugar, porque la Fiscalía puede desviar su foco de fiscalización asumiendo que los contratos servirían para controlar ciertos riesgos, reduciendo la probabilidad de detectar conductas potencialmente anticompetitivas cuando esos se incumplen. En segundo lugar, porque autorizar flujos de información necesarios para acciones competitivas, puede producir otros flujos de información que sí tengan carácter

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

anticompetitivo. Desde luego, el carácter que tenga la información entregada y compartida no debe ser determinado al arbitrio de las Comunereras.

89. Cabe señalar que, si bien como se indica en la minuta de alegato de Copec, las comunicaciones que cita la FNE en su mayoría son anteriores a 2017, sólo en octubre de 2019 las Comunereras reforzaron sus medidas de *compliance* mediante protocolos sobre intercambio y manejo de información sensible en operaciones conjuntas (documentos acompañados a la Consulta, N°s 10, 11 y 12). Previamente, las Comunereras contaban únicamente con programas generales de cumplimiento normativo, en el caso de Copec y Enex, (v.gr., manuales de Enex y Copec de 2018 y 2017, respectivamente, acompañados a la Consulta bajo los N°s 13 y 14, cuyas versiones públicas rolan a folio 17), y un protocolo para el cumplimiento de la normativa de libre competencia, en el caso de Esmax (rolante a folio 3), que no reforzaban suficientemente el control de riesgos inherente a pactos o acuerdos de cooperación como los analizados. Si bien los protocolos suscritos en 2019 complementan los programas generales de las Comunereras y se entienden formar parte de los respectivos contratos de operación conjunta, se impondrán requerimientos adicionales de *compliance* a los establecidos en estos con el objeto de precaver debidamente los riesgos previamente identificados, en particular, los relativos al intercambio de información entre las Comunereras que pueda afectar la intensidad competitiva en el mercado aguas abajo.

90. En consideración a lo señalado, se prohibirá que la administración de las plantas entregue, por cualquier medio, información individual recabada desde las distribuidoras generada a partir tanto de la relación de las Comunereras con Enap, como directamente entre Comunereras y planta de almacenamiento.

91. Además, se exigirá la implementación de un programa de cumplimiento serio y completo o el reforzamiento de los ya existentes, según corresponda; el reforzamiento de los protocolos sobre intercambio y manejo de información sensible en las plantas de operación conjunta y las formas de su implementación, y la implementación de un auditor independiente encargado de velar por el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los protocolos por los intervinientes en la operación conjunta.

92. Una dimensión complementaria del riesgo de coordinación según la FNE es la aplicación de los contratos de reciprocidad, que permitirían extender la coordinación fuera de las plantas de propiedad común regidas por los acuerdos (Consulta, folio 7, pp. 9, 37 y 38). La preocupación sobre reciprocidad en el contexto de la libre competencia suele ser que ella pudiera servir para controlar a miembros de un cartel; si un miembro se desvía del acuerdo, una acción recíproca hará desaparecer las ventajas de desviarse. Asimismo, ciertas formas de reciprocidad hacia quienes reducen su producción calza con lo que la literatura reconoce como formas de desalentar que algún operador se desvíe de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

un acuerdo colusivo (véase, por ejemplo, J. D. Jasper, 2017 “*Managing Cartels: how Cartel Participants Create Stability in the Absence of laws*”, *European Journal of Criminal Policy and Research* 23:319–335).

93. Aunque el mencionado marco de análisis justificaría aprensiones sobre reciprocidad en general, la naturaleza de los contratos, su implementación y el contexto no lo hacen en el caso de autos. En primer lugar, porque los contratos establecen que la reciprocidad que se prestan las Comuneras en términos de facilidades de almacenamiento y préstamos de combustible solo se da en casos de emergencia o fuerza mayor debidamente calificados, es decir, se deben aplicar solo en casos excepcionales de riesgo de continuidad de suministro, lo que habría llevado a que la implementación de estos contratos sea esporádica (aporte de antecedentes Copec, folio 46, pp. 12 y 50 - 53). Si bien la FNE señala que detectó intercambios entre empresas fuera de los acuerdos, no consta en autos que las Comuneras hayan usado estos acuerdos de reciprocidad con algún efecto o fin anticompetitivo. En segundo lugar, porque las transacciones de combustibles puntuales se han realizado a precios de mercado, lo que es consistente con el argumento de asegurar el suministro, lo que permite concluir que su efecto es pro-consumidor y está en línea con las regulaciones que procuran minimizar los riesgos de corte.

94. En este último sentido, la seguridad de suministro es un aspecto de interés público, que se refleja en las sanciones que impone la regulación en caso de comprometerlo. Ello es especialmente claro en la interpretación que hace la Superintendencia de Electricidad y Combustibles del DFL N°1 de 1978 del Ministerio de Minería, que ordena a las empresas de almacenamiento remitir información sobre el stock de combustible que mantienen para garantizar el suministro continuo (véase aporte de antecedentes de Copec, folio 46, p. 54) y es especialmente consistente con la visión, no controvertida, de que el desarrollo de capacidad es costoso. Esto es, si bien se puede asegurar el suministro aumentando la capacidad de almacenamiento, un manejo optimizado del almacenamiento requiere que las holguras sean estrictamente las necesarias y en ello los contratos de reciprocidad contribuyen al permitir que la urgencia de un comunero y de la continuidad de suministro, sea aliviada con los excedentes de otro.

95. En efecto, para considerar que un exceso de capacidad permite abordar la seguridad de suministro continuo, debe considerarse que cualquier estimación de demanda para determinar las necesidades futuras de almacenamiento será siempre imprecisa, más aún cuando se trata de estimaciones individuales. Consecuentemente, por adecuada que quede la programación con Enap a las estimaciones de cada Comunera, siempre es posible que se produzcan eventos especialmente anormales asociados a shocks de oferta o demanda individuales, y para acotar dicho riesgo, los contratos de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

reciprocidad aplicables a casos de fuerza mayor, cumplirían un rol a un costo menor de lo que lo haría disponer de exceso de capacidad. En otros términos, la posibilidad de contar con disponibilidad de capacidad y provisión de combustible a través de acuerdos recíprocos aplicables a situaciones de fuerza mayor, actúa como un seguro.

96. En consecuencia, atendido que no se detectaron riesgos asociados a los contratos de reciprocidad, que no se demostró que ellos hayan sido usados con fines anticompetitivos, o bien, para situaciones distintas a las en ellos reguladas, y que existen ventajas para garantizar la continuidad de suministro, no se aplicarán restricciones a estos.

D.2 Riesgos exclusorios

D.2.1 Descripción de riesgos identificados por la FNE y respuesta de las Comuneras

97. La FNE remarca el riesgo que distribuidores minoristas no integrados verticalmente sean excluidos, lo que le parece especialmente grave en las zonas donde no existen alternativas de acceso al almacenamiento por parte de terceros. Reconoce que las plantas de almacenamiento objeto de los acuerdos consultados contemplan la posibilidad de acceso a terceros, pero indica que ello no se habría verificado (Consulta, folio 7, p. 23).

98. Agrega que la regla de unanimidad establecida en los Acuerdos AOC y Comap y que faculta para que cualquier comunera, sin expresión de causa, impida que otra preste el servicio de almacenamiento o carga a terceros, incluso si esta dispone de capacidad o de combustible, genera riesgos de exclusión de competidores en los mercados aguas abajo. Según la FNE, tal riesgo se vería agravado porque Copec señaló no arrendar a terceros, *“por cuanto sus capacidades están asociadas a los compromisos contraídos con clientes actuales o futuros. Facilitar ‘facilidades’ de almacenamiento en plantas propias, sería equivalente a traspasar fortalezas comerciales y operacionales que la Compañía ha desarrollado con años de experiencia”* (véase documento *“18. Resp. Copec a Oficio Ord. FNE N°0620_VP.pdf”*, folio 17, p. 5). Por último, según la FNE la posibilidad de excluir se potencia por los acuerdos que solo permiten la carga de combustible a camiones identificados con logos y colores de las Comuneras (sin perjuicio que, formalmente, el Acuerdo AOC usa el término “preferentemente”).

99. Las Comuneras descartan los riesgos de exclusión, señalando que la propia FNE limita el alcance del riesgo a las zonas donde las plantas de abastecimiento de Enap no tienen presencia, esto es, tal riesgo no existiría entre las regiones de Valparaíso y del Bio Bío, ni en la región de Magallanes. Justifican que la regla de unanimidad evitaría que alguna Comunera dé acceso a camiones

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

cuya falta de diligencia en materia de seguridad genere costos que recaigan en el resto. Agregan que exigir que el carguío sea realizado únicamente en camiones identificados con logos y colores de cada Comunero obedece a razones de seguridad, lo que permite controlar a quienes acceden a las plantas. Concluyen que, en cualquier caso, no cuentan con capacidad de almacenamiento disponible, por lo que la supuesta exclusión carece de sustento (aporte de antecedentes Copec, folio 46, pp. 98 - 100; aporte de antecedentes Enex, folio 36, pp. 58 - 63; aporte de antecedentes Esmax, folio 50, pp. 33 - 36).

D.2.2 Análisis del Tribunal

100. La preocupación por el riesgo de exclusión que muestra la FNE se da tanto por las limitaciones de acceso al almacenamiento por parte de terceros, como por el contexto estructural de alta concentración y de barreras al ingreso de nueva capacidad. Está implícito en las medidas estructurales propuestas por la FNE que las competidoras debieran dar acceso a la infraestructura propia y que, de no hacerlo, incurren en un comportamiento exclusorio o, al menos, que tal comportamiento mantiene o asegura una posición dominante.

101. Previo a analizar si por razones de libre competencia debieran las Comuneras dar acceso a su capacidad de almacenamiento, es necesario determinar si tienen capacidad ociosa. Ello es relevante porque de no haber capacidad, la justificación de la negativa al acceso tiene un motivo que no es anticompetitivo. De hecho, Enap ha señalado que da acceso a terceros solo en las plantas en que tiene capacidad ociosa. Mientras, si las Comuneras no dan acceso a pesar de contar con capacidad, la hipótesis de que detrás de ello hay un propósito exclusorio, aunque no está demostrada, se hace plausible.

102. Al respecto, Esmax indica que estaría dispuesto a evaluar arrendar a terceros capacidad en la medida que tenga disponibilidad. Sin embargo, el informe económico que acompañó plantea que se requiere capacidad de almacenamiento disponible para participar en licitaciones de clientes industriales y si se obligara a los distribuidores mayoristas a renunciar a su capacidad, podría reducirse la competencia en ese segmento del mercado (Informe Oxera, folio 150, pp. 110 - 113). En igual línea, el informe económico acompañado por Enex indica que, para poder asegurar el suministro y un estándar de calidad de servicio, la compañía requiere mantener ciertos niveles de stock mínimos. Agrega que no existe capacidad subutilizada que terceros pudieran ocupar, aseveración que respalda en que, entre enero y agosto de 2023, la rotación de los combustibles en sus estanques fue muy cercana o mayor a uno en todas las plantas y para todos los productos (Informe Butelmann, folio 153, pp. 29 - 33). Remarca que, incluso en los casos donde se aprecia subutilización, ello no es sistemático en el año y que las fluctuaciones muestran

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

que se requieren holguras para dar seguridad de abastecimiento, afirmación que ratifica el informe de Dictuc sobre análisis de inventarios e infraestructura de combustibles que cita.

103. Por su parte, la FNE cuestiona que las posibilidades de aumentar la capacidad sean limitadas, aunque reconoce la dificultad de construir plantas. Aunque no aporta antecedentes específicos sobre ese punto, sugiere que la eficiencia en el uso de los estanques y la rotación de combustibles pudiera aumentarse, lo que produciría mayor disponibilidad. Esta afirmación es compartida en el informe económico acompañado por Enap, que muestra que el porcentaje promedio de los inventarios sobre capacidad de almacenamiento de las plantas de combustible en el país sería cercano a 50%, lo que lo lleva a concluir que existiría espacio para facilitar almacenamiento a terceros, sin perjuicio de reconocer que no cuenta con información desagregada por planta (Informe Compass, folio 180, p. 49).

104. De la ponderación de los distintos antecedentes, este Tribunal ha concluido que no hay elementos para establecer que existe capacidad ociosa en las plantas de almacenamiento compartido que permitan, como norma, ofrecérsela a terceros interesados con contratos de largo plazo que serían necesarios para sostener la entrada de nuevos actores en la distribución. Esta conclusión es apoyada por la evidencia de que las Comuneras hacen uso de facilidades de terceros, tanto de Enap como de otros actores no relacionados a la distribución de combustibles; porque la información de rotación y eficiencia en el uso de los estanques es a lo menos, controvertida a la luz de la alta variabilidad en el tiempo del uso de estanques, que frecuentemente llegan a ser plenamente utilizados; y por las regulaciones que inducen a los dueños de almacenamiento a asegurar el suministro y se asocian con el mantenimiento de holguras.

105. A juicio de este Tribunal, la regla de unanimidad para permitir el acceso a terceros no es consistente con las explicaciones entregadas. Si bien las Comuneras han señalado que esa regla responde a razones logísticas y de seguridad, su aplicación genera un riesgo innecesario de exclusión a terceros (véase aporte de antecedentes Surenergy, folio 69, p. 6). Asimismo, la explicación causal es débil pues de no existir capacidad excedentaria para servir a terceros, no se requiere la anuencia de otros participantes. Aun cuando la regla de unanimidad se puede entender para reforzar la seguridad de suministro para el resto de las Comuneras ante escenarios extremos, ese es el objeto de los contratos de reciprocidad. En consecuencia, se prohibirá la cláusula que requiere unanimidad de las Comuneras en caso de que terceros ajenos al acuerdo demanden almacenamiento a una de las Comuneras. Asimismo, se prohibirá la exigencia de que solo camiones identificados con los logos o colores

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de las Comuneras puedan ingresar a las plantas objeto de los contratos consultados.

106. Un riesgo relacionado, pero que a diferencia del análisis previo no se refiere a la capacidad existente, es que los incumbentes limiten la posibilidad de terceros para desarrollar nueva infraestructura. El fundamento de este riesgo es ampliamente documentado en la literatura económica, y subyace a los requerimientos de sistemas de acceso abierto en industrias como la de transporte de gas y transporte de combustible a través de oleoductos cuando existe capacidad disponible y de “*open season*”, cuando hay posibilidades de crecer (véase, Resolución N° 22/2007; y “*Building-New-Gas-Transportation-Infrastructure-in-the-EU-what-are-the-rules-of-the-game?*” Katja Yafimava, The Oxford Institute for Energy Studies, Paper NG 134, 2018, para la experiencia europea).

107. La fundamentación económica de este riesgo es que, si existe un tamaño mínimo de capacidad para hacer eficiente la inversión y aprovechar las economías de escala, podría existir un manejo estratégico de la capacidad aumentándola justamente para impedir la entrada de competidores potenciales en esta etapa, pero tornándola insuficiente para reducir el precio a nivel competitivo (véase, por ejemplo, Maskin, E. “*Uncertainty and entry deterrence*”, *Economic Theory* 14,429-437 (1999) y Dixit, A. 1980: “*The role of investment in entry-deterrence*”. *The Economic Journal* 90: 95–106).

108. Ni la FNE ni otros intervinientes aportan información relativa a que las Comuneras hayan limitado la expansión de terceros a través del manejo de la capacidad. Por el contrario, la falta de holguras que también la propia Enap señala tener para justificar que en algunas de sus plantas no arriende espacio a terceros, no responde a una política deliberada de contener la inversión, sino al alto costo de expandirse por razones ambientales, entre otros.

109. Sin perjuicio de que no se observa un comportamiento excluyente de las Comuneras relativo a la capacidad existente, cabe señalar que las condiciones para permitir acuerdos de colaboración entre competidores como los existentes entre las Comuneras deben ser excepcionales y quedar sujetas a un alto escrutinio por parte de las autoridades de competencia. Un elemento de esa excepcionalidad está en las eficiencias a las que pueden acceder los participantes de éstos y la exigencia de que, al menos en parte, sean traspasables a los consumidores. En este caso, las eficiencias asociadas a los acuerdos y las medidas de control de riesgos que se establecerán permiten que los acuerdos consultados y los beneficios a sus suscriptores se mantengan. Sin embargo, atendidas las dificultades de entrada para nuevos distribuidores y que en la actualidad los acuerdos solo consideran a los tres mayores actores, lo que tiende a perpetuar una estructura de mercado de almacenamiento altamente concentrada, en la que por razones de escala no tendrían cabida nuevos

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

competidores a costo eficiente, para los desarrollos de expansión futuros en las que se apliquen los contratos de colaboración analizados, se ordenará un *open season* en el que eventuales terceros interesados puedan señalar capacidad a la que quieren optar y financiar, y de esa manera, facilitar su ingreso al mercado de almacenamiento y a la distribución.

E. MEDIDAS

110. La FNE ha solicitado se implemente una medida estructural para mitigar los riesgos a la competencia que identifica, que consiste en obligar la participación pasiva de las Comuneras en la operación de la infraestructura de almacenamiento y su administración, o bien la desinversión de los activos, lo que incluye las instalaciones de almacenamiento, terrenos, tuberías y terminales marítimos.

111. Aunque medidas estructurales pudieran ser efectivas en limitar riesgos de coordinación y exclusión, este Tribunal concluyó que esas medidas son excesivas en relación con los riesgos detectados, particularmente porque existen medidas conductuales menos lesivas para la libertad de las Comuneras y los derechos de propiedad existentes, y que no generan riesgos adicionales, como sí lo hacen las medidas estructurales propuestas por la FNE y que conllevan pérdidas de eficiencias inherentes a la modificación de la estructura industrial actual. En efecto, la propuesta estructural de la FNE que obligaría a una participación pasiva de las Comuneras en la operación de la infraestructura, arriesga que parte de los beneficios de la inversión en capacidad y que se pueden asociar a la mayor certidumbre de continuidad de suministro al canal de distribución, dejen de internalizarse en cada inversionista ya que la disponibilidad de almacenamiento quedaría sujeta a las decisiones de terceros (véase, Informe económico Sanhueza) y en un sentido más general, desalinean incentivos entre distribuidores y el operador.

112. Así, cuando la operación de almacenamiento se independiza de la distribución, el costo por fallas de servicio en el almacenamiento y que repercute en la distribución, no es completamente asumido por el operador. Aunque puede contra argumentarse que tales desalineamientos pueden ser resueltos con contratos y multas por incumplimiento, existen costos de transacción asociados a diseñar esos contratos, fiscalizarlos y poder establecer responsabilidades ante terceros, lo que concuerda con la evidencia de que las mayores distribuidoras históricamente han estado integradas al almacenamiento.

113. Por otra parte, los distribuidores pueden infligir un costo a los eventuales inversores independientes de plantas de almacenamiento a través de renegociaciones de contratos. Como se documenta en la literatura, ello es especialmente severo cuando las inversiones tienen usos alternativos limitados.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Así, tales costos, asociados al concepto de *hold-up*, están detrás de las justificaciones señaladas de la integración vertical y que evitarían que finalmente los distribuidores paguen un costo excesivo por almacenamiento ofertado por un independiente (véase, por ejemplo, Klein, Benjamin. “*Transaction Cost Determinants of ‘Unfair’ Contractual Arrangements.*” *The American Economic Review*, vol. 70, no. 2, 1980, pp. 356–62). La FNE no se hace cargo de estos riesgos, y si bien puede argumentarse que ciertas cláusulas contractuales como las de *take or pay*, que obligan a pagar por un consumo mínimo independientemente de si se consume, pueden atenuar los costos de la desintegración, pero también son costosas y el óptimo de integración desde la perspectiva social o del consumidor, depende de lo costoso de implementar dichos contratos y de la especificidad de la inversión al consumo y, en el caso del almacenamiento de combustible, dicha especificidad es alta. En esta línea, el Informe Butelmann cita a Christian Growitsch, Marcus Stronzik (2014): “*Ownership unbundling of natural gas transmission networks: empirical evidence*”, *Journal of Regulatory Economics*, 46: 207-255, que provee una interpretación de por qué la desintegración vertical no reduciría los precios y desincentivaría la inversión.

114. Asimismo, de materializarse la propuesta de la FNE de traspasar la propiedad de las plantas de almacenamiento a un tercero no integrado a la distribución, se genera un riesgo adicional al que solo las Comuneras hacen referencia. Esto es, que en ciertas áreas significaría generar un monopolio del almacenamiento y, en general, un incremento significativo en la concentración en dicha etapa. En efecto, en la actualidad la participación de las Comuneras en las zonas donde operan facilidades de almacenamiento bajo los acuerdos es equivalente a sus participaciones en ellos y, por ende, es menor la concentración en la etapa de almacenamiento de lo que llegaría a ser de aceptarse la propuesta de la FNE. En esta línea, la operación de las plantas bajo los acuerdos está sujeta a los pesos y contrapesos de sus participantes, lo que dejaría de ocurrir de traspasarse las facilidades a un solo operador. De esta forma, si bien un monopolio no integrado en la etapa de almacenamiento no generaría un riesgo de exclusión, es claro que los riesgos explotativos se potencian y, además, dejarían de generarse las eficiencias propias de la construcción conjunta de este tipo de facilidades.

115. Atendido el análisis realizado y que los riesgos de coordinación, asociados al traspaso de información, y de exclusión, asociados a los condicionamientos para acceder a capacidad y combustible, pueden ser sustancialmente atenuados con medidas de mitigación conductuales, este Tribunal no ordenará a las Comuneras implementar las opciones de medidas estructurales propuestas por la Fiscalía que conllevan riesgos adicionales y que eliminan las eficiencias del actuar conjunto. Tampoco, en consideración a lo

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

señalado *supra* en los párrafos 92 a 96, prohibirá la existencia de los contratos de reciprocidad.

116. Sin perjuicio de que, según los antecedentes aportados, no se aprecian riesgos sustanciales a la competencia en la situación actual que no puedan ser subsanados con las medidas conductuales que se impondrán, la justificación central para permitir acuerdos de colaboración entre competidores y que descansa en la mayor eficiencia que los miembros del acuerdo pueden alcanzar, hace necesario abordar en un sentido amplio la preocupación de la Fiscalía de que la etapa de almacenamiento está altamente concentrada y que los tamaños eficientes son difícilmente alcanzables por nuevos entrantes, situación que tendería a perpetuarse.

117. Por otra parte, cabe remarcar que este Tribunal ha concluido que no existen antecedentes de que haya exceso de capacidad que permita tomar las medidas estructurales que propone la Fiscalía para que se facilite la entrada de nuevos actores a la distribución minorista, sin que ello reduzca el almacenamiento al que acceden los actuales participantes y sin arriesgar las eficiencias con que actualmente operan. Sin embargo, dicha conclusión no aplica al caso de que sea posible expandir las facilidades de almacenamiento que rigen bajo los acuerdos. En tal caso, el ingreso de nuevos entrantes que contribuyan a financiar la expansión necesaria no arriesga las eficiencias existentes, permite expandirlas a terceros y fomenta la competencia.

118. A juicio de este Tribunal, es necesario impedir que las Comuneras beneficiadas por los acuerdos nieguen el ingreso a nuevos actores que contribuyan con la expansión de facilidades de almacenamiento. Compartir los beneficios por economías de escala y eficiencias asociadas a la operación conjunta, es decir, que justifican aceptar la situación excepcional desde la perspectiva de la libre competencia de un acuerdo de colaboración entre competidores, no genera riesgos, aumenta la infraestructura y está en línea con la jurisprudencia de este Tribunal en la Resolución N° 22/2007 cuando condicionó el proyecto de colaboración entre competidores para la construcción de HidroAysén a un sistema de “*open season*”.

119. En consecuencia, si las Comuneras deciden ampliar sus facilidades compartidas bajo los acuerdos de colaboración consultados, este Tribunal requerirá que no impidan a terceros a ser parte de dicha ampliación. Específicamente, y para operativizar esta medida, si las Comuneras deciden ampliar las plantas bajo los acuerdos, deberán estipular un período de a lo menos seis meses para recibir solicitudes de terceros interesados en ampliar la capacidad, para lo cual deberán establecer condiciones generales, objetivas, transparentes, no discriminatorias y proporcionales al costo adicional del proyecto.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

120. Por su parte, el Tribunal también concluyó que la compartición detallada de información que puede transmitir el operador de la planta a las Comuneras resulta innecesaria para materializar eficiencias y genera riesgos que deben acotarse con medidas conductuales. Lo mismo aplica a las reglas de unanimidad para la venta de combustibles y las restricciones a la entrada de camiones a las plantas que, si bien teóricamente pueden argumentarse como justificadas en razones de seguridad, serán limitadas.

121. En definitiva, para mitigar los **riesgos de coordinación**, y acogiendo elementos de las medidas que fueron ofrecidas por las Comuneras en la audiencia pública de la causa (minuta alegato Copec agregada por certificado a folio 216), se impondrán como **medidas a las Comuneras**: **(i)** mantener de manera estrictamente bilateral la coordinación del cabotaje y flujo de información con Enap y en particular, **a Copec**, modificar sus contratos con terminales marítimos en Mejillones y en Calbuco de manera que los flujos de información operacionales sean siempre bilaterales con los operadores de esos terminales, especialmente la información sobre planificación, programación y nominación de naves; **(ii)** la prohibición de compartir información comercialmente sensible entre ellas y la prohibición absoluta a sus respectivas áreas comerciales de participar en el flujo de información de las plantas de almacenamiento; **(iii)** la prohibición de entregar información de una planta propia a las demás Comuneras, en la operación de plantas compartidas; y **(iv)** restringir la información que entreguen en el proceso de planificación de inversiones en las plantas solo al interés en participar de dicha inversión y la proporción en que lo harían, prohibiéndose dar cuenta o solicitar a las demás Comuneras las razones que motiven la inversión a realizar; **a los operadores responsables de la operación de las plantas de almacenamiento**: **(i)** requerir solo la información estrictamente necesaria para programar el abastecimiento desde Enap; **(ii)** prohibir compartir información recibida desde las Comuneras con otras que indique consumos individuales de competidores; **(iii)** restringir el acceso a la información sobre volúmenes, stock y fluctuaciones de cada comunera sólo al personal autorizado; **(iv)** modificar los protocolos de manejo de información de manera consistente con las restricciones y prohibiciones señaladas, hacerlos aplicables para los acuerdos de reciprocidad y otros actos, contratos e instancias entre las Comuneras y adecuar la definición de información comercialmente sensible y la regulación sobre flujo de información; **(v)** establecer expresamente que las reuniones de los comités estarán sujetas a los protocolos señalados y establecer sanciones internas en caso de incumplimiento; **(vi)** establecer un plan de capacitaciones anuales en materia de libre competencia a las personas que intervienen en la operación de la planta; **(vii)** designar un auditor u oficial de cumplimiento independiente para el monitoreo y fiscalización de los protocolos de manejo de información y de las medidas impuestas en esta resolución, con obligaciones de reporte anual a la

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

FNE (y de denuncia en caso de incumplimiento); **a los comités de administración de las plantas:** restringir como miembros del comité al personal autorizado que estrictamente se necesita para la normal operación de la planta, perteneciente a áreas operativas, quienes no podrán desempeñar funciones comerciales, debiendo sujetarse a las obligaciones establecidas en los protocolos de manejo de información.

122. Para prevenir los **riesgos de exclusión a las facilidades actuales**, y también en concordancia con las medidas ofrecidas por las Comuneras, ellas deberán: **(i)** eliminar la regla de unanimidad para permitir la descarga, almacenamiento y despacho de productos de terceros y para comercializar capacidad de almacenamiento o venta de combustible en mesa de carga a terceros distribuidores de combustibles líquidos bajo modalidad “*free on truck*” que rige en los Acuerdos AOC y Comap, **(ii)** introducir reglas de ingreso por orden de llegada y, ante situaciones excepcionales de congestión, hacerlo en base a criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios; **(iii)** ajustar las condiciones operativas de acceso a las mesas de carga y modalidades de contratación conforme con la normativa sectorial y equivalente a las ofrecidas por Enap en sus plantas; y **(iv)** no requerir uso de logo o algún color en particular en camiones que accedan a las plantas.

123. Adicionalmente, en el caso de Esmax, se impondrá la obligación de implementar un programa de cumplimiento serio y completo en materia de libre competencia que satisfaga al menos los requisitos establecidos en la “Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia” (material de promoción N° 3) elaborada por la Fiscalía Nacional Económica en junio de 2012. En el caso de Copec y Enex, se exigirá continuar y profundizar los programas de cumplimiento existentes, los que deberán ser específicos para las facilidades compartidas y cumplir, asimismo, con los requisitos establecidos en la referida Guía.

124. Finalmente, para facilitar el acceso a la distribución y promover la inversión, en caso que las Comuneras proyecten la expansión de las facilidades de almacenamiento bajo los acuerdos de colaboración aquí analizados, deberán estipular un período de a lo menos seis meses para recibir solicitudes de terceros interesados en participar de dicha expansión, a través de contratos públicos, los que no podrán establecer limitaciones ni restricciones a nuevos interesados distintas a los que se establecen para las Comuneras. Las condiciones y garantías de seriedad que se exijan a terceros interesados en comprometer y financiar capacidad de almacenamiento deberán ser generales, objetivas, transparentes, no discriminatorias y proporcionales al costo del diseño del proyecto. Esta medida no será aplicable a los proyectos de expansión que cuenten con todos los permisos aprobados hasta seis meses después de que esta resolución se encuentre firme.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

III. PARTE RESOLUTIVA

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 1°, 2, 3°, 18 N° 2, 31 y 32 del Decreto Ley N° 211,

SE RESUELVE:

Declarar que los contratos de operación conjunta de las plantas de almacenamiento de combustibles líquidos suscritos entre Compañía de Petróleos de Chile Copec S.A., Empresa Nacional de Energía Enex S.A. y Esmax Distribución SpA y la actuación práctica que se verifica en ese contexto, no infringen la normativa de libre competencia, siempre y cuando cumplan con las medidas que se ordenan a continuación.

A) Obligaciones de las empresas que son parte de los contratos de operación conjunta de las plantas de almacenamiento de combustibles líquidos (en adelante Comuneras):

- (i) En el caso de Esmax, implementar un programa de cumplimiento serio y completo en materia de libre competencia que satisfaga al menos los requisitos establecidos en la “Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia” (material de promoción N° 3) elaborada por la Fiscalía Nacional Económica en junio de 2012. En el caso de Copec y Enex, continuar y profundizar los programas de cumplimiento existentes, los que deberán ser específicos para las facilidades compartidas y cumplir, asimismo, con los requisitos establecidos en la referida Guía;
- (ii) Mantener de manera estrictamente bilateral la coordinación del cabotaje y flujo de información con Enap; y en particular, a Copec, modificar sus contratos con terminales marítimos en Mejillones y en Calbuco de manera que los flujos de información operacionales sean siempre bilaterales con los operadores de esos terminales, especialmente la información sobre planificación, programación y nominación de naves;
- (iii) Prohibir compartir información comercialmente sensible entre las Comuneras;
- (iv) Prohibir a sus respectivas áreas comerciales participar en el flujo de información de las plantas de almacenamiento;
- (v) Prohibir entregar información de una planta propia a las demás Comuneras, en la operación de plantas compartidas;
- (vi) Restringir la información que entreguen en el proceso de planificación de inversiones en las plantas solo al interés en participar de dicha inversión y la proporción en que lo harían, prohibiéndose dar cuenta o

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

solicitar a las demás Comuneras las razones que motiven la inversión a realizar;

- (vii) Eliminar la regla de unanimidad para la descarga, almacenamiento y despacho de productos de terceros y para comercializar capacidad de almacenamiento o venta de combustible en mesa de carga a terceros distribuidores de combustibles líquidos bajo modalidad “*free on truck*” que rige en los Acuerdos AOC y Comap;
- (viii) Introducir reglas de ingreso a las plantas conjuntas por orden de llegada y, ante situaciones excepcionales de congestión, hacerlo en base a criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios;
- (ix) Ajustar las condiciones operativas de acceso a las mesas de carga y modalidades de contratación conforme con la normativa sectorial y equivalente a las ofrecidas por Enap en sus plantas;
- (x) No requerir uso de logo o algún color en particular en camiones de terceros; y
- (xi) En caso que las empresas parte de los contratos de operación conjunta aquí analizados proyecten ampliar sus facilidades compartidas, deberán estipular un período de a lo menos seis meses para recibir solicitudes de terceros interesados en participar de dicha expansión. El señalado interés deberá establecerse a través de contratos públicos, los que no podrán establecer limitaciones ni restricciones a los nuevos interesados que sean distintas a los que se establecen para las Comuneras. Las condiciones y garantías de seriedad que se exijan a terceros interesados en comprometer y financiar capacidad de almacenamiento deberán ser generales, objetivas, transparentes, no discriminatorias y proporcionales al costo del diseño del proyecto. Esta medida no será aplicable a los proyectos de expansión que cuenten con todos los permisos aprobados hasta seis meses después de que esta resolución se encuentre firme.

B) Obligaciones de los operadores de las plantas de almacenamiento conjuntas:

- (i) Requerir solo la información estrictamente necesaria para programar el abastecimiento desde Enap;
- (ii) Prohibir compartir información recibida desde las Comuneras con otras que indique consumos individuales de competidores;
- (iii) Restringir el acceso a la información sobre volúmenes, stock y fluctuaciones de cada comunera sólo al personal autorizado;
- (iv) Modificar los protocolos de manejo de información de manera consistente con las restricciones y prohibiciones señaladas, hacerlos aplicables para los acuerdos de reciprocidad y otros actos, contratos e instancias entre las Comuneras y adecuar la definición de información comercialmente sensible y la regulación sobre flujo de información;

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- (v) Establecer expresamente que las reuniones de los comités estarán sujetas a los protocolos señalados y establecer sanciones internas en caso de incumplimiento;
- (vi) Establecer un plan de capacitaciones anuales en materia de libre competencia a las personas que intervienen en la operación de la planta; y
- (vii) Designar un auditor u oficial de cumplimiento independiente encargado de monitorear y fiscalizar el cumplimiento de los protocolos de manejo de información y de las medidas impuestas en esta resolución, con obligaciones de reporte anual a la FNE y de denuncia en caso de incumplimiento.

C) Los Comités de Administración de las plantas conjuntas deberán restringir como miembros del comité al personal autorizado que estrictamente se necesita para la normal operación de la planta, perteneciente a áreas operativas y que no desempeñen funciones comerciales, debiendo éstos sujetarse a las obligaciones establecidas en los protocolos de manejo de información.

Se previene que la Sra. Domper no comparte lo indicado por el Tribunal en el considerando 27, por cuanto lo que indican las tablas es que, además de la capacidad de almacenamiento de los contratos o acuerdos sometidos a consulta, salvo en tres regiones, se observa que hay oferta de almacenamiento de alguna de las Comuneras de manera individual, o bien, de terceros incluyendo a Enap. En consecuencia, no es posible concluir que, porque las participaciones de mercado son más altas, los riesgos de actuar coordinado en el mercado aguas abajo en principio son mayores.

La medida A (xi) fue acordada con el **voto en contra** de la Sra. Domper, quien estuvo por no imponerla, a pesar de estar de acuerdo con aprobar los acuerdos consultados e imponer el resto de las medidas propuestas por el Tribunal en esta Resolución. Lo anterior por los argumentos que se exponen a continuación:

1. Que el asunto consultado se refiere a si los tres acuerdos singularizados en la sección C de la parte considerativa y los contratos de reciprocidad suscritos y vigentes entre las Comuneras atentan contra la libre competencia. Ello delimita el ámbito de aplicación de las medidas que puede imponer este Tribunal.

2. Ninguna de las partes, incluyendo a la FNE, se pronunciaron respecto de nuevas opciones para ampliar la capacidad de los contratos consultados, ni tampoco de si dichas opciones afectaban o no la libre competencia, o generaban riesgos a ella. En consecuencia, establecer cómo se debe ampliar la infraestructura existente a futuro para los tres contratos escapa de lo consultado y de lo establecido en los contratos vigentes.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

3. Lo anterior deja de manifiesto que la medida impuesta por el Tribunal va contra el principio de congruencia que rige el actuar de esta magistratura. En efecto, en procesos sancionatorios ante esta sede dicho principio determina el objeto de la litis y en procesos no contenciosos, como en este caso, fija el objeto de lo consultado. En este caso, lo dispuesto por el Tribunal escapa de las pretensiones de las partes. En efecto, no se le dio oportunidad a las Comuneras ni a la FNE de pronunciarse respecto de los beneficios, riesgos y eficiencias que podría generar la medida propuesta, lo cual afecta la bilateralidad de la audiencia y el derecho de las partes.

4. A lo anterior se debe agregar un análisis económico de la conveniencia de imponer una medida de *open season* para la expansión de la infraestructura existente en los contratos o acuerdos consultados:

a. En general, la imposición de acceso abierto o de *open season* a una infraestructura es determinada por la autoridad de libre competencia o por la ley, cuando se trata de facilidades esenciales para prevenir casos de negativa de acceso o de venta que pudieren generar efectos negativos para la libre competencia.

b. La principal característica de una facilidad esencial es que ella no tiene sustitutos y que es difícil de replicar a un costo económico razonable. Sólo en esos casos y bajo el supuesto que existe capacidad ociosa, la autoridad de libre competencia puede imponer la obligación de libre acceso a dicha infraestructura o de *open season* para efectos de construirla o ampliarla. Así lo hizo la antigua Comisión Preventiva Central (véase Dictamen 933 del 28 abril de 1995) en el caso de la construcción de los gasoductos necesarios para importar gas natural desde Argentina y lo ratificó la Comisión Resolutiva (véase Resolución 448). El mismo análisis se aplicó en el caso de HidroAysén (Resolución N° 22/2007, TDLC). En ambos escenarios se trataba de nueva infraestructura, con características de monopolio natural, difícil de replicar a un costo económico razonable y dado que era nueva infraestructura se modeló para que contara con capacidad ociosa. En dichos casos se justifica que se mantenga una oferta pública de toda la capacidad de transporte disponible y de sus ampliaciones en condiciones no discriminatorias a todos quienes quieran hacer uso de ella.

c. Este caso no cumple con dichas características: hay posibilidad de replicar la infraestructura de almacenamiento, ya sea de manera individual o en conjunto (en la Resolución, considerando 15, se indica que el almacenamiento de combustibles líquidos ha crecido un 15% desde el 2009 a la fecha); se cuenta con alternativas sustitutas al almacenamiento, como es la posibilidad de arrendar capacidad de almacenamiento a Enap o el transporte en camiones del combustible y, finalmente, como se indica en los considerandos 101 a 104, respecto de las plantas existentes objeto de la consulta no hay evidencia de capacidad ociosa en ellas.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

d. La justificación que da el Tribunal para imponer una obligación de *open season* para la expansión de infraestructura existente que realicen las Comuneras a futuro (véase considerando 116) es el evitar perpetuar una estructura de mercado de almacenamiento altamente concentrada, en la que por razones de escala no tendrían cabida nuevos competidores a costo eficiente. Al respecto cabe señalar que el Tribunal no es un organismo que tenga por objeto el hacer política industrial, sino que el resguardar y fomentar la libre competencia en los mercados. En este caso, no se justifica la medida ni en posibles riesgos coordinados ni tampoco en riesgos exclusorios que se hayan identificado por las partes, sino que, en el alto nivel de concentración de la industria lo que conllevaría un nuevo riesgo: el de limitar la expansión de terceros a través del manejo de la capacidad, tal como lo reconoce el Tribunal en el considerando 118. En consecuencia, el Tribunal asume que, por su estructura, una industria más concentrada genera más riesgos para la libre competencia. Por esa sola razón se impone una medida que obliga a invitar a terceros a participar cada vez que se quiera ampliar la infraestructura existente en los acuerdos o contratos consultados. En dicho análisis el Tribunal rememora la teoría de la Estructura-Conducta-Desempeño, propia de la década de los 60, y no considera los estudios de economistas como Harold Demsetz en la década de los 70 y John Sutton en la década de los 90, entre otros.

e. El imponer una obligación de *open season* en las inversiones futuras de ampliación en los tres acuerdos objeto de la consulta que las Comuneras realicen equivale a un gravamen a su programa de inversiones conjuntas, lo que desincentivará dichas inversiones y eliminará todos los beneficios y eficiencias que se derivan de ello y que se reconocen a lo largo de esta Resolución.

f. Lo anterior introduce una discriminación regulatoria arbitraria en desmedro de las tres Comuneras dado que se les está imponiendo un trato diferente al que tendrían otros actores en la industria.

g. Finalmente, resulta innecesaria esta medida si es que se elimina la exigencia de unanimidad para la descarga, almacenamiento y despacho de productos de terceros y para comercializar capacidad de almacenamiento o venta de combustible en mesa de carga a terceros distribuidores de combustibles líquidos bajo modalidad "*free on truck*" que rige en los Acuerdos AOC y Comap, medida A(vii), establecida en lo resolutivo de esta Resolución. Con ello se elimina el riesgo exclusorio detectado por la FNE.

5. En suma, imponer una medida de *open season* para la expansión de la infraestructura existente en los contratos consultados, aprobada por la mayoría de los Ministros, restringe la realización de eficiencias a futuro e inhibirá la inversión; todo ello para subsanar un problema estructural del mercado y no para prevenir un riesgo de libre competencia que las partes hayan identificado,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

dado que los riesgos coordinados y exclusorios detectados por la FNE se subsanan con las otras medidas impuestas por este Tribunal en esta Resolución. A lo anterior se agrega que este tema no fue cuestionado por la FNE y tampoco discutido por las partes en este proceso.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Ricardo Paredes Molina y de la prevención y disidencia, su autora.

Pronunciada por los Ministros Sr. Nicolás Rojas Covarrubias, Sr. Ricardo Paredes Molina y Sr. Jaime Barahona Urzúa, y la Sra. María de la Luz Domper Rodríguez.

Notifíquese personalmente, por cédula o por correo electrónico a la consultante y a los aportantes de antecedentes que hayan designado correo electrónico para efectos de la notificación.

Inclúyase en el estado diario la resolución precedente y publíquese una vez que la consultante y los aportantes de antecedentes se encuentren notificados.

Archívese en su oportunidad.

Rol NC N° 517-22.

Firmada por los Ministros Sr. Nicolás Rojas Covarrubias, Presidente, Sr. Ricardo Paredes Molina y Sr. Jaime Barahona Urzúa, y la Sra. María de la Luz Domper Rodríguez. Autoriza la Secretaria Abogada Sra. Valeria Ortega Romo.



070BDA68-B33E-474A-8809-7569F006F8A3

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tdlc.cl con el código de verificación indicado bajo el código de barras.