

CUANDO LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA INHIBE LA LIBERTAD DE EMPRENDER. CONSULTA TERPEL - QUIÑENCO

SUSANA JIMÉNEZ SCHUSTER

RESUMEN: La participación de COPEC en Terpel Colombia le obligaba, por resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), a enajenar la totalidad de sus activos en Terpel Chile (básicamente, estaciones de servicio) a un solo adquirente. Al haber encontrado un posible comprador en Quiñenco, que participaba indirectamente en la propiedad de Shell, debió consultar nuevamente ante el TDLC por tratarse de un incumbente. La operación consultada fue rechazada por el Tribunal en la Resolución N°39/2012, pero la decisión fue posteriormente revocada por la Excma. Corte Suprema. La actuación de la Corte Suprema fue a juicio de esta autora acertada, coincidiendo en lo esencial con los votos de minoría del TDLC. En la sentencia se estableció correctamente que las operaciones de concentración no son necesariamente contrarias a la libre competencia y que su prohibición debe basarse en antecedentes precisos y no meras presunciones, reproche directo al voto de mayoría del Tribunal. El fallo enfatiza además aspectos claves para futuros análisis de operaciones de concentración, que dicen relación con la presunción de buena fe, las garantías de debido proceso y la acreditación de eficiencias. La autora hace especial hincapié en que la actividad jurisdiccional no debe tener por objeto prohibir *a priori* actos que persiguen mayor eficiencia o retorno, sino prevenir y sancionar conductas contrarias a la libre competencia cuando estas verdaderamente ocurren o amenazan hacerlo. Actuar en contrario podría constituir una amenaza a la libertad de emprendimiento y el derecho de propiedad, pilares fundamentales para el crecimiento y desarrollo del país.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Aspectos generales del “Caso Terpel”. 3. La resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. El voto de minoría. 4. La sentencia de la Excma. Corte Suprema. 5. Comentarios a la sentencia. 5.1 Concentración versus competencia. 5.2 Presunción de buena fe. 5.3 Garantías del debido proceso. 5.4 Acreditación de eficiencias. 5.5 Conformidad con el dictamen. 6. El proceso de consulta y la libertad de emprender. 7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia materia de este comentario fue dictada el 2 de enero de 2013 por la Excma. Corte Suprema (CS) en causa rol 3993-

2012. Esta sentencia, revoca la resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) dictada el 26 de abril de 2012 que había rechazado la operación consultada por Organización Terpel Chile S.A y Quiñenco S.A. (Resolución N°39/2012), consistente en la venta de los activos de “Petróleos Transandinos S.A.” y “Operaciones y Servicios Terpel Ltda.”, sociedades de propiedad de Terpel Chile S.A., a Quiñenco S.A.

El análisis de los elementos factuales involucrados será entonces, nuestro punto de partida.

A mediados del 2010 la Compañía de Petróleos de Chile Copec S.A. (en adelante, COPEC) presentó una consulta ante el TDLC sobre los efectos en Chile de su participación en Terpel Colombia (participación accionaria indirecta de 22,11%). COPEC no deseaba alterar la estructura competitiva del mercado chileno de combustibles, por lo que proponía deshacerse de los activos que mantenía Terpel Colombia en Terpel Chile y sugería medidas de mitigación a tomar hasta que ocurriera la enajenación para garantizar la independencia entre las dos empresas, tanto en el plano administrativo como en el resguardo de la información.

El TDLC consideró que efectivamente la operación de concentración presentaba un riesgo significativo a la competencia debido al alto grado de concentración del mercado y las barreras de entrada existentes en las actividades de refinación, logística y distribución a nivel regional y nacional. Determinó que el control de Terpel Chile por parte de COPEC, aunque fuera temporal, generaba riesgos de coordinación con otros actores de los mercados de distribución mayorista y minorista y de abuso unilateral en el ámbito de la distribución minorista por medio de estaciones de servicio.

En consecuencia, en la Resolución N°34/2011 del 26 de mayo del 2011, el TDLC determinó que COPEC S.A. debía enajenar los activos de Organización Terpel Chile S.A. en un determinado plazo y bajo ciertas condiciones. Acogió además las medidas de mitigación previas a la venta propuesta por COPEC, a las que sumó algunas condiciones adicionales. En particular, respecto de la venta de activos dictaminó:

- i) Que se enajenen como una unidad todos los activos tangibles e intangibles de Terpel Chile propios de su giro, a un solo adquirente, bajo el escrutinio de la FNE. Además estableció que

“Con el objeto de evitar una excesiva concentración de los mercados, deberá someterse a consulta, antes de que se verifique el plazo que se señalará para la enajenación de los activos de Terpel Chile (...) la enajenación de Terpel Chile o de sus activos a alguna de las empresas que, al momento de dicha operación, participan directa o indirectamente en el mercado de la refinación y la distribución mayorista de combustibles líquidos”.

- ii) Que la venta en cuestión permita el surgimiento de una entidad competitiva viable y totalmente independiente, tanto de la consultante como de Terpel Colombia, a objeto de que pueda rivalizar eficazmente con la primera.
- iii) Que el plazo de enajenación sea el más breve posible, imponiendo un plazo máximo de 18 meses para concretar el traspaso de los activos.

Los antecedentes expuestos son relevantes para comprender el contexto en el cual se produce la consulta cuya resolución y posterior sentencia comentaremos. En particular, se establece la obligación de COPEC de enajenar en no más de 18 meses la totalidad de los activos de Terpel Chile a un solo adquirente. Si la empresa que deseara adquirir dichos activos ya tuviera participación directa o indirecta en el mercado chileno de combustibles, estaría obligada a consultar la operación ante el TDLC.

Terpel Chile (propietaria de las sociedades dueña de los activos “Petróleos Transandinos S.A.” y “Operaciones y Servicios Terpel Ltda.”), encontró un posible comprador en Quiñenco S.A., empresa que participaba indirectamente en el mercado de combustibles líquidos a través de su filial ENEX S.A. (propietaria de las estaciones de servicio “Shell”). Lo anterior, obligaba a consultar la operación.

2. ASPECTOS GENERALES DEL “CASO TERPEL”

En el mercado de combustibles líquidos existen dos mercados relevantes; el minorista (donde operan las estaciones de servicio o EDS), y el industrial. Tanto ENEX (filial de Quiñenco y dueña de las EDS Shell) como Terpel Chile participan en ambos mercados, pero Terpel Chile solo opera como comercializador y distribuidor final (no en la importación, refinación, almacenamiento ni transporte). En términos simples, Quiñenco estaría comprando una red de EDS adicional a la que ya opera.

El mercado de combustibles líquidos es altamente concentrado en Chile. Sin fusión, el Índice de Herfindahl-Hirschman¹ (HHI) del mercado minorista ya alcanzaba 3.626,8, mientras en el mercado industrial sumaba 4.532,6. Con la fusión, los índices se elevan a 3.952,7 y 4.813,9 respectivamente. De concretarse la operación, el mercado chileno de combustibles se repartiría entre tres actores relevantes: COPEC, Shell y Petrobras.

PARTICIPACIÓN EN MERCADO DE COMBUSTIBLES
LÍQUIDOS (% VOLÚMENES)

	Minorista 2010	Industrial 2010	Total 2010	Total ago 2011
COPEC	54,9	64,5	61,1	59,1
Shell	16,8	13,4	14,5	13,1
Petrobras	14,9	8,5	10,8	11,9
Terpel	9,7	10,5	10,1	10,6
Otros	3,8	3,2	3,4	5,3
Shell + Terpel	26,5	23,9	24,6	23,7
Total	100	100	100	100

Fuente: TDLC, Resolución N°39-2012

Las empresas consultantes, Organización Terpel Chile S.A. (en adelante, Terpel) y Quiñenco S.A. (en adelante, Quiñenco) argumentaron que la operación no constituía un riesgo para la libre competencia y que, por tanto, no sería necesario imponer medidas de mitigación, de modo que solicitaron que se apruebe la operación pura y simplemente.

Entre los argumentos esgrimidos destaca que el incremento en la escala de negocios de ENEX favorecería la competencia en la industria y, con ello, al consumidor. La operación no tendría riesgos anticompetitivos pues si bien el mercado minorista presenta una alta concentración, enfrenta una alta elasticidad de la demanda, es decir, una elevada sensibilidad al precio que lleva a que desviaciones en precios son “castigadas” con facilidad. Se trata además de un merca-

¹ $HHI = \sum_{j=1}^n S_j^2$; donde S_j es la participación de mercado de la empresa j . Se considera como mercado “altamente concentrado” aquel en que el HHI supera los 2.500.

do bajo permanente fiscalización, de alta visibilidad y bajas barreras de entrada y salida, todo lo cual impediría que la fusión pudiera tener un efecto negativo en precios y en los niveles de competencia.

A nivel industrial, se señala que el impacto de la concentración es disipado puesto que se trata de un *commodity* (producto abundante y con bajo nivel de diferenciación), a lo que se suma la presencia de competidores fuertes, un alto poder de negociación de los demandantes (principalmente mineras) y la existencia de bajas barreras de entrada para nuevos competidores.

Por su parte, las consultantes acreditaron una serie de beneficios, señalando que las ganancias en eficiencia dejan a ENEX en una posición favorable para competir de manera eficaz y eficiente con COPEC. Principalmente, las ganancias en eficiencia obtenidas de la extensión de red de EDS derivan de la explotación de economías de escala. Estas incluyen mejoras en logística (almacenamiento y transporte) que disminuirán los costos, y ahorro en publicidad al promocionar una sola marca. Adicionalmente, la mayor escala del negocio permitirá realizar importaciones de forma independiente, disciplinando a ENAP y reduciendo los precios del insumo. Todo lo anterior permitirá mejorar la oferta para los consumidores e incrementar su bienestar.

Otras entidades aportaron antecedentes al proceso de consulta y formularon observaciones, como es el caso de la Asociación de Distribuidores de Combustibles (ADICO A.G.), la Empresa Nacional de Energía S.A. (ENEX), la Empresa Nacional del Petróleo (ENAP), Petróleos Transandinos S.A. (PETRANS), el Ministerio de Energía, el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y COPEC. Salvo por la preocupación manifestada por ADICO en cuanto a los mayores niveles de concentración que se alcanzarían con la fusión, todos los actores se mostraron favorables a la operación. La FNE, en tanto, reconoció que la entidad fusionada podría reducir costos importantes vía importaciones propias y mayores eficiencias en la logística (almacenamiento y transporte), pero recomendó algunas medidas de mitigación para reducir los riesgos anticompetitivos dada la existencia de barreras de entrada en ambos mercados (industrial y minorista). Estas consisten en desprenderse de las EDS ENEX/Shell o Terpel en

comunas específicas con altos niveles de concentración² y facilitar que terceros hagan uso de las facilidades de almacenamiento contratadas por Terpel con Enap y Oxiquim.

3. LA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. EL VOTO DE MINORÍA.

El TDLC resolvió que la operación consultada –la adquisición por parte de Quiñenco a través de su filial ENEX de los activos de las Sociedades Petróleos Transandinos S.A. y Operaciones y Servicios Terpel Limitada– son contrarias a las normas del Decreto Ley N° 211.

La denegación de la operación consultada se basa en que, a juicio del TDLC, no existen beneficios sustentados en eficiencias para contrarrestar los riesgos anticompetitivos que podrían derivar de la fusión. Así, el Tribunal consideró beneficioso preservar el mayor número de actores posible para que rompan la tendencia a la concentración a nivel geográfico e instó a Terpel Chile a orientar su proceso de búsqueda de comprador a entidades externas, que no estén actualmente involucradas en el mercado (ya sea directa o indirectamente).

Los argumentos en que se basa la resolución dicen relación con los cuestionamientos que hace el TDLC a los antecedentes aportados por las consultantes. En particular, refuta los fundamentos teóricos/ empíricos aportados por Quiñenco para probar que el mercado de combustibles líquidos es competitivo (basado en el análisis de “Cohetes y Plumas”³ y el Índice de Lerner⁴). Así, el Tribunal concluye que “no ha sido posible encontrar evidencia incontrovertible de que la competencia en este mercado es intensa, ni mucho menos antece-

² Específicamente, las comunas de San José de Mariquina, Illapel, Pucón, Valdivia, Concón y Rancagua.

³ El análisis de Cohetes y Plumas supone que un comportamiento asimétrico en el traspaso a precios de las alzas con respecto a las bajas de los costos de producción –de modo que aumentos en los costos se traspasan rápidamente a los consumidores, pero bajas en estos no se transfieren con igual rapidez–, son indicios de un mercado poco competitivo.

⁴ El Índice de Lerner (L) mide el poder de mercado a través de la diferencial de precio del producto (P) con el costo marginal (CMg), lo que a su vez depende de la elasticidad de demanda que enfrenta el oferente. $L = (P - CMg)/P$

dentes robustos que permitan concluir que, de eliminarse a uno de los actores relevantes de este segmento minorista, no se ocasionará una disminución en la intensidad competitiva en el mismo” (numeral 8.21).

El TDLC considera que la disminución del número de actores reducirá la competencia en los lugares donde opera Terpel, producto de las barreras de entrada presentes en el mercado (como los planes reguladores y la escasez de espacio). Además, señala que Terpel podría crecer orgánicamente (por ejemplo, asociando a EDS blancas o independientes) y que su presencia en el mercado mantiene la “puerta abierta” para la entrada de nuevos competidores, rechazando la idea de que no habría cabida en el mercado para un cuarto actor como habían argumentado las consultantes. Tampoco concuerda el TDLC con el argumento de que la empresa fusionada será un mejor competidor de COPEC.

Pero más importante aún es que el Tribunal considera que existen riesgos de abuso unilateral y, sobre todo, de coordinación entre las incumbentes. Esto, por cuanto habrían elementos facilitadores de la colusión, como la concentración de la industria, la homogeneidad del producto, la facilidad de monitorear los precios, la inexistencia de sustitutos cercanos, la inelasticidad de la demanda, la interrelación de los actores principales que incluso comparten instalaciones de almacenamiento e infraestructura de transporte (ENEX y COPEC) y la presencia de barreras de entrada en sectores geográficos importantes. El TDLC refuta, por lo demás, todas las fuentes de eficiencia citadas por las partes interesadas, determinando que las presiones sobre la libre competencia no son contrapesadas por ganancias en eficiencia que se transfieran a precios de los consumidores.

Por último, el TDLC no acoge la recomendación de la FNE respecto de enajenar las EDS donde la concentración postfusión alcanzaría niveles elevados. Esto, pues considerando que existiendo economías de escala, la empresa compradora no lograría constituirse como un competidor efectivo con la adquisición de estas EDS, de manera que la medida de mitigación propuesta no sería suficiente para promover la competencia en el mercado.

La resolución del TDLC que rechazó la operación consultada fue acordada con los votos de minoría de los ministros señores Tomás Menchaca y Julio Peña quienes estuvieron por aprobar la fusión.

Este voto de minoría se basa en que las operaciones de concentración económica no son en principio contrarios a la libre competencia sino que, por el contrario, llevan aparejadas eficiencias y, por ende, tienen efectos positivos en los mercados. Sin embargo, aducen que el Tribunal “partió de una especie de presunción de que toda operación de concentración en este mercado en general sería negativa, y que por ende, ante ausencia de prueba muy contundente sobre sus efectos positivos, debería rechazarse” (considerando 3°). Esto, señalan, contraviene el ordenamiento convencional, en que es el Estado (en este caso, la FNE) el que debe presentar un caso sólido para coartar las libertades privadas en pos del bien común. El solo riesgo de coordinación (que es el argumento de fondo del TDLC) no es suficiente para prohibir la operación, considerando que ello vulnera derechos constitucionales.

A mayor abundamiento, los Ministros señalan que el Tribunal pone el peso de la prueba en las empresas fusionadas, al exigirles demostrar que no habrá coordinación ni impacto negativo en el bienestar del consumidor. Esto es, las partes interesadas en concretar la operación deben demostrar *a priori* que ella no tendrá efectos negativos y argumentar por qué sería beneficiosa. En un país cuyo derecho se guía por la libertad de emprendimiento, derechos de propiedad y la presunción de buena fe e inocencia, todos ellos consagrados en la Constitución, este proceder judicial está, según indican, literalmente invertido.

Señalan los Ministros que el TDLC debió formarse una convicción de la existencia de antecedentes graves, concretos, verosímiles y probables que permitan prohibir la operación de concentración. Cabe recordar que una mayor concentración no es peligrosas *per se* para la libre competencia, ya que las operaciones de fusión llevan aparejadas ganancias en eficiencia que podrían permitir a la empresa fusionada competir más intensamente (al entregar mejor precio y/o calidad del producto). A ello se suma que no siempre es deseable que existan más actores en una industria, especialmente cuando las funciones de costos son muy disímiles. En términos presentados por los ministros “la salida del rival menos competitivo no solo permite que al menos una de las firmas en el mercado se vuelva más competitiva, sino porque además las localizaciones de las empresas se vuelven más cercanas unas de las otras, transformándolas en rivales con mayor capacidad para desafiarse entre sí” (considerando 6°).

También mencionan que la empresa fusionada tendría una participación de mercado baja con respecto al líder de la industria (COPEC). Dada la escala de la operación, no existen fundamentos económicos ni jurídicos para prohibirla. Además, ninguna de las empresas actuales en el mercado ha logrado disputar la posición de COPEC en las últimas décadas e incluso han retrocedido en cuanto a participación de mercado. La operación no solo trae aparejada eficiencias verosímiles que aconsejarían aprobarla, sino que permitiría además crear una entidad competitiva viable que podría competir eficazmente con COPEC en el corto plazo.

Con todo, los disidentes estiman que la decisión de mayoría no efectuó un razonamiento suficiente que permita formar convicción que la competencia se vería gravemente afectada por la operación consultada, basándose simplemente en la presunción de que aumentarían los riesgos de coordinación o que el mismo objetivo podría lograrse mediante el crecimiento orgánico de las partes.

4. LA SENTENCIA DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA

Organización Terpel Chile S.A., Quiñenco S.A., Enx S.A. y Petrans S.A. interpusieron recursos de reclamación ante la Corte Suprema en contra de la Resolución N°39/2012 del TDLC para que se declarase que se accede a la operación consultada, esto es, la compra por parte de Quiñenco de los activos de Petróleos Trasandinos y Operaciones y Servicios Terpel, ambas de propiedad de Organización Terpel Chile S.A.

Los principales argumentos (aunque no son los únicos) que fundan este reclamo son: (i) que el TDLC negó la fusión en parte por temor a una posible coordinación entre las dos empresas dominantes, siendo contrario a derecho atribuir caprichosamente la intención de coludirse con COPEC, toda vez que dicha imputación es infundada, gratuita, no se sustenta en los antecedentes allegados al proceso e infringe el principio de la buena fe; (ii) la presunción de ilegalidad afecta la garantía del debido proceso, pues exige la prueba de hechos negativos –que la operación no ocasionará una disminución de la entidad competitiva– y altera el *onus probandi* pues transfiere al solicitante la carga de la prueba; (iii) las operaciones de fusión no implican necesariamente una reducción de la intensidad competitiva; por el contrario, en este caso la fusión permite incrementos de

eficiencia que podrán traspasarse a precios y mejorar la competencia con el líder indiscutido del mercado; y (iv) resulta imposible crecer orgánicamente en las zonas de mayor demanda por las barreras de entrada existentes. COPEC mantiene una hegemonía que solo puede ser enfrentada mediante una fusión entre empresas incumbentes que ganen en eficiencia.

La Corte Suprema plantea como premisa básica que las operaciones de concentración horizontal no pueden ser catalogadas como contrarias a la libre competencia *per se*, sin antecedentes precisos que así lo demuestren. En el caso consultado, no existía tampoco prohibición para que el comprador de Terpel fuera un incumbente en el mercado actual más allá de que la operación debía ser consultada al TDLC.

La fusión, a juicio de la Corte, sí podría tener efectos positivos para el consumidor. El riesgo de colusión, en tanto, solo podrá juzgarse *a posteriori*, y ello no puede ser un argumento para negar una fusión preventivamente (al violarse la presunción de inocencia y buena fe), especialmente considerando que las empresas consultantes están muy lejos de acercarse a la participación de mercado del actor dominante, COPEC. Señala el fallo:

“De manera que al no encontrarse acreditado de forma clara y precisa que uno de los efectos de la pretendida fusión será la coordinación futura de empresas que operan en el mercado de la distribución de los combustibles, y no estando facultado el tribunal para hacer un juicio *ex ante*, porque como se ha señalado involucra presumir sin antecedentes concretos el ánimo de coludirse, y al estar en esta instancia cumpliendo con la función consultiva, no corresponde que el tribunal ejerza en esta su potestad sancionatoria, extraña a un procedimiento no contencioso como el conocido, toda vez que no existe conducta que por esta vía deba ser reprimida” (considerando decimoveno).

La sentencia de la Corte Suprema se refiere además a las eficiencias presentadas por las consultantes, las que fueron descartadas por el voto de mayoría del TDLC. Señala que todas ellas son avaladas por los intervinientes en el proceso, incluida la FNE. Así, la Corte dictamina que “existen eficiencias importantes asociadas a la operación que permiten sostener, en esta etapa previa a la materialización de

la pretendida fusión, que la misma puede implicar beneficios que serán traspasados a los consumidores finales y que se verán reflejados en los precios de los combustibles” (considerando 26°). Para un resumen de la discusión en materia de eficiencias derivadas de la operación consultada véase el Anexo N°1.

Finalmente, sobre los riesgos para la libre competencia, la Corte Suprema declara:

“Es posible a juicio de esta Corte determinar –en esta etapa preliminar– que no existen fundamentos concretos que permitan arribar a la convicción de que la operación consultada tendrá efectos negativos o perniciosos para la libre competencia”. En consecuencia, “Del análisis de cada uno de los factores que se desarrollaron en los razonamientos que anteceden se estima que la prohibición de la operación no es proporcional al eventual riesgo que se trata de evitar” (considerando 31°).

Sobre la base de lo anterior, la Corte Suprema decide aprobar la fusión entre Terpel Chile y Quiñenco, sujeto a las siguientes medidas de mitigación:

1. Desinversión en las comunas en las que operen tanto ENEX como Terpel y donde, producto de la operación consultada, la variación del índice de concentración supera los umbrales establecido por la FNE.
2. Terpel Chile debe finiquitar todos sus contratos de arrendamiento, de tal manera de liberar recursos de almacenaje que puedan ser utilizados por otros actores en sus operaciones.

Señala además que las medidas tomadas no inhiben ni a la FNE ni al TDLC de pronunciarse al respecto si las circunstancias así lo ameritan, pero solo una vez concretada la operación.

5. COMENTARIOS A LA SENTENCIA

En términos generales, es posible afirmar que la Corte Suprema actuó acertadamente al revertir la resolución del TDLC que había rechazado la operación de concentración consultada, dictaminando que esta era contraria a las normas del Decreto Ley N°211. La Corte acogió esencialmente los argumentos presentados por las consultantes, la opinión mayoritaria de los intervinientes en el proceso y

los fundamentos expuestos en el voto de minoría de los Ministros T. Menchaca y J. Peña, los que coinciden con la apreciación de esta autora.

5.1 Concentración versus Competencia

Lo primero a destacar es que el TDLC evalúa la operación de concentración en base a una presunción de ilicitud que emana de la Resolución N°34/2011 (que resuelve la consulta de COPEC por su participación en Terpel Colombia), en la que se realiza un análisis crítico de la concentración de mercado existente. Sin embargo, ello tiene implícito dos errores, uno general y otro particular.

En lo general, preocupa que el TDLC se hiciera eco de una percepción generalizada –pero no por eso acertada– de que a mayor concentración o menor número de actores, la intensidad de la competencia necesariamente se ve disminuida. La concentración puede resultar de diversos factores, los que tienen consecuencias muy distintas del punto de vista de la libre competencia. En efecto, la concentración puede derivar de: (i) la existencia de economías de escala, ámbito o densidad; (ii) la presencia de un elevado tamaño mínimo de escala para operar en el mercado; (iii) el desarrollo de mayor eficiencia por parte de algunos actores; y/o (iv) la evidencia de prácticas anticompetitivas que eliminan la competencia y disuaden la entrada de nuevos competidores. Resulta evidente que solo en este último caso la concentración debiera ser preocupante. Es por ello que la simple observación de una alta concentración en el mercado no es argumento suficiente para considerar una fusión como anticompetitiva, siendo de mucha mayor relevancia el análisis de la desafiability que presentan los mercados.

En este contexto, resulta acertada la apreciación que realiza la Corte Suprema al señalar que:

“las operaciones de concentración horizontal no pueden ser catalogadas como contrarias a la libre competencia *per se*, sin antecedentes precisos que así lo demuestren. Por el contrario, solo se pueden prohibir cuando existan antecedentes serios que permitan arribar a la conclusión de que una operación de concentración determinada producirá efectos contrarios a la libre competencia” (considerando 13°).

En lo particular, el TDLC equivoca la lectura que hace del mercado y que supuestamente emana de la Resolución N°34. En efecto, si bien esta resolución impone la enajenación de las EDS de Terpel, no establece restricción para que estas sean vendidas a alguna de las empresas incumbentes, salvo la obligación de consultar la operación ante el TDLC. De ello se desprende que si bien las condiciones no eran las adecuadas para que el actor dominante aumentara su participación de mercado, no había razones de peso para impedir *a priori* que otro de los competidores –cuyas participaciones de mercado eran muy inferiores– pudiera crecer en el mercado a través de la compra de dichas EDS.

La Corte Suprema no solo defiende la tesis que una operación de concentración no es necesariamente contraria a la libre competencia, sino que señala –a mi juicio correctamente– que “las circunstancias particulares y sus consecuencias deberán verse necesariamente luego de producido el proceso y operando las empresas involucradas, fusión que podría tener incluso efectos beneficiosos para los consumidores” (considerando 15°).

Lo anterior es especialmente cierto si se considera que las empresas, una vez fusionadas, alcanzan un porcentaje inferior a 25% del mercado, lo que ni siquiera se acerca al porcentaje que ostenta la empresa con supremacía dentro del mercado relevante (COPEC, 60%). En consecuencia, no se puede presumir que la operación consultada implique una baja en la competitividad, siendo factible argumentar en contrario, vale decir, que solo la empresa fusionada podrá alcanzar las economías de escala necesarias para actuar como rival efectivo de la empresa dominante. La fusión, por tanto, podría representar la manera más eficiente de contrarrestar la posición de dominio de COPEC en un plazo razonable, siendo esta la mejor manera de cumplir con lo ordenado en la Resolución N°34, en cuanto a que la enajenación de las EDS de Terpel debe permitir el surgimiento de una entidad competitiva, viable y totalmente independiente para que pueda rivalizar eficazmente con la empresa dominante en el mercado. Algo que resulta prácticamente impensable de alcanzar (a juzgar por la evolución histórica que ha tenido este mercado) por la vía del crecimiento orgánico.

5.2 Presunción de Buena Fe

El TDLC funda su rechazo a la operación consultada primordialmente en la presunción de que existe un riesgo futuro de coordinación. Ello, tal como lo señalan las consultantes y el voto de minoría de la Resolución N°39/2012, afecta la presunción de buena fe e inocencia, pues supone caprichosamente la intención de coludirse.

La ausencia de evidencia que acredite de forma clara y precisa que uno de los efectos de la pretendida fusión sea la coordinación futura de empresas es recogida por la Corte Suprema, quien señala en el fallo que “al no existir evidencia concreta de que la fusión pueda aumentar los riesgos de la coordinación entre los actores, no es posible *ex ante* presumir una conducta que finalmente derive en el ilícito colusorio que se ha establecido en el fallo recurrido” (considerando 17°). La Corte incluso “reprende” al TDLC por “presumir sin antecedentes concretos el ánimo de coludirse” (considerando 19°).

De lo anterior se desprende que el TDLC debiera ser particularmente prudente a la hora de sancionar, restringir o regular cuando las conductas no han producido todavía sus efectos. Existe en ello un claro peligro de confundir riesgos con peligros concretos, los que deben demostrarse más allá de toda duda razonable.

5.3 Garantías de Debido Proceso

Las consultantes reclaman que la presunción de ilegalidad afecta la garantía del debido proceso pues exige la prueba de hechos negativos, en este caso, que la operación no ocasionará una disminución en la competencia del mercado. Lo anterior plantea un problema de fondo, cual es el definir quién, en definitiva, es el llamado a demostrar la legitimidad o ilegitimidad de los actos impugnados⁵.

Ya en el Cuerpo de Derecho Civil de Justiniano (año 527 D.C.) se estableció que *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* (Dig. 22.3.2), vale decir, incumbe la prueba al que afirma, no al que niega. Igualmente, en nuestro Código Civil se señala que incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta (artículo 1698). Ello deriva de que, en general, no se pueden probar hechos

⁵ Este tema fue desarrollado en “Proceso de Consulta versus Libertad de Emprender”, *Temas Públicos* N°1.068, Libertad y Desarrollo, junio de 2012.

negativos, a menos que se puedan transformar en un equivalente positivo. Dado que por definición toda regulación restringe una libertad o derecho, la carga de probar que se dan los presupuestos para sancionar, prohibir o regular debe recaer siempre sobre la FNE o el demandante particular que impugna la licitud de un acto (en este caso, el TDLC), con independencia de si se trata de una procedimiento contencioso sobre una conducta ya realizada, o de una consulta sobre una operación proyectada. Quien pretende restringir las garantías constitucionales debe probar que se dan los fundamentos legales de hecho para restringirlas. Así, si ha de demostrarse algo, es el demandante quien debiera establecer que la operación consultada afecta a la libre competencia y no pedirle a los agentes económicos que demuestren lo contrario. Es más, uno debiera esperar que una FNE independiente y/o el TDLC investiguen con igual celo las razones por las cuales una conducta o proyecto es contrario a la libre competencia como aquellas razones por las cuales no lo son.

Pensar que son los actores quienes deben defender sus acciones supone que están obligados a justificar sus decisiones económicas. Eso tiene una connotación particularmente peligrosa pues quiere decir que no se es dueño de decidir libremente mientras se cumpla con la normativa vigente. Por el contrario, no es responsabilidad del privado pedir permiso ni demostrar previamente su inocencia en lo que intenta hacer.

Hubiese sido deseable que la Corte Suprema se pronunciara más ampliamente respecto de este aspecto, puesto que de prosperar este enfoque –de demostrar que no se afectará la libre competencia con la acción consultada– aumentaría la carga para las empresas, y el resultado sería cuestionable. Pero, más grave aún, contravendría un principio básico que es la libertad para emprender e impondría una exigencia absurda, como la de justificar actos perfectamente legítimos. En su fallo, sin embargo, la Corte se limita a señalar que el TDLC solicitó los antecedentes que estimó en su oportunidad necesarios para la resolución de la consulta, lo que se acota a un aspecto menor del cuestionamiento respecto de las garantías habidas del debido proceso.

5.4 Acreditación de Eficiencias

El TDLC descartó las eficiencias señaladas por las consultantes y los intervinientes señalando que las consultantes no habían justificado

y acreditado las eficiencias “con una alta probabilidad y en un plazo razonable”. La Corte Suprema, en cambio, señaló que “se considera que las consultantes acreditaron razonablemente la existencia de eficiencias aparejadas a la operación de concentración” (considerando vigésimo quinto) y que esta mayor eficiencia “puede implicar beneficios que serán traspasados a los consumidores finales y que se verán reflejados en los precios de los combustibles” (considerando 26°).

Es interesante que la Corte Suprema, basada principalmente en los antecedentes técnicos aportados, especialmente por la FNE, refute la argumentación del TDLC para descartar las eficiencias. Lo anterior necesariamente lleva a la Corte a realizar un análisis de fondo que va más allá del control de legalidad, revelando lo que tantas veces se le ha criticado, cual es la falta de deferencia técnica con el órgano experto. Esto es a todas luces complicado del punto de vista del modelo que se quiere establecer; en particular, que habiendo creado instancias especializadas en materias tan complejas como la libre competencia, no resulta deseable que órganos superiores, no especializados, deban tratar y juzgar aspectos de conocimiento específico. En consecuencia, aun cuando resulta acertado el haber dado por acreditadas las eficiencias, la actuación de la Corte puede eventualmente calificarse como excesiva si con ello puso en tela de juicio el criterio aplicado por los Ministros del TDLC.

5.5 Conformidad con el Dictamen

Habida cuenta de la evaluación de riesgos y eficiencias respecto de la operación consultada, la Corte Suprema llega a la convicción que no existen fundamentos concretos que permitan establecer que la operación consultada tendrá efectos negativos para la libre competencia. En consecuencia, determina que “la prohibición de la operación no es proporcional al eventual riesgo que se trata de evitar” (considerando 31°).

La decisión de la Corte resulta adecuada, toda vez que los argumentos que fundan la decisión del TDLC de rechazar la operación consultada son débiles a la hora de establecer riesgos, y estrictísimos cuando evalúa las eficiencias derivadas de la fusión. En consecuencia, es de opinión de esta autora que la sentencia de la Corte Suprema fue la correcta y vino a enmendar una resolución del TDLC que

adolesce de pocos argumentos concretos y muchos prejuicios frente a la operación consultada.

6. EL PROCESO DE CONSULTA Y LA LIBERTAD DE EMPRENDER

Nadie duda de los beneficios de la libre competencia. Cuando un mercado funciona en condiciones de competencia, el productor ofrece sus productos al menor costo (lo que conlleva una eficiente asignación de recursos) y el consumidor accede a los bienes y servicios que le reportan mayor utilidad.

La mayor conciencia sobre la importancia de que los mercados operen de forma competitiva y las mayores exigencias para cumplir con dicha condición es, sin lugar a dudas, algo positivo. En efecto, proteger a los actores con menor participación de mercado de prácticas comerciales abusivas o excluyentes así como remover barreras de entrada para permitir desafiar los mercados de manera efectiva conlleva no solo beneficios para los competidores existentes y potenciales, sino además genera importantes ganancias para los consumidores.

No obstante, se hace igualmente necesario y conveniente evitar una injerencia excesiva de la autoridad a cargo de velar por la libre competencia que pueda terminar ahogando el legítimo derecho a realizar actividades económicas. No hay que olvidar que la “normalidad” en una economía de mercado consiste en que los agentes puedan producir o importar bienes y servicios, distribuirlos, comercializarlos y cobrar por ellos de acuerdo a las reglas de mercado en forma libre y voluntaria. Lo anterior está, de hecho, consignado en nuestra Constitución, que establece como derechos esenciales la libertad de realizar actividades económicas y el derecho de propiedad, lo que permite actuar libremente en la medida que se cumpla con la normativa vigente. En ocasiones, esta libertad puede verse coartada por la amenaza que pueda representar la conducta individual o colectiva para la libre competencia. Constituye, entonces, una excepción a la regla, en la cual se verifican comportamientos que ilegítimamente excluyen a competidores o explotan a los consumidores, lo que amerita la intervención de la autoridad competente.

Compete a la FNE y al TDLC promover y resguardar la libre competencia en los distintos mercados de la economía chilena, actuan-

do en contra de las prácticas de colusión y de los abusos de posición monopólica, además de analizar concentraciones empresariales que afecten o puedan afectar el funcionamiento eficiente de los mercados y el bienestar del consumidor. Como tribunal de justicia, el TDLC se ve obligado a resolver asuntos en que existe o puede existir controversia. Es en este rol que debe garantizar, incluso en el caso de las consultas —que son causas no contenciosas— la existencia de un debido proceso.

Por otra parte, la primacía constitucional obliga al TDLC a armonizar las garantías constitucionales para hacerlas efectivas. Las decisiones políticas sobre el sistema económico ya han sido adoptadas en la Constitución y las leyes, incluyendo la ley antimonopolios, de suerte que no puede el TDLC afectar dichas decisiones políticas sin invadir el campo de la potestad regulatoria que compete a otros poderes del Estado.

Durante los años que lleva funcionando, el TDLC ha tenido una participación activa y creciente en los más diversos mercados de nuestro país, con resultados que en general han sido positivamente evaluados. Su carga de trabajo, por cierto, se ha incrementado notablemente, lo que refleja la progresiva labor que ha realizado el Tribunal en los distintos sectores de la actividad económica del país. No obstante, hay señales preocupantes. Entre ellos, destaca el tratamiento que se ha venido dando a las consultas realizadas por empresas que buscan efectuar operaciones de fusión. En efecto, son varios los casos que se han visto complicados (como el caso Terpel, en comentario) e incluso impedidos de su realización (recuérdese la fallida operación de concentración entre Falabella y D&S), lo que no se condice con una economía que se creía convencida de las bondades del libre funcionamiento de los mercados.

Por lo demás, cabe destacar que el artículo 18 numeral 2) del Decreto Ley N° 211 indica que:

“El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: 2) Conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes o por celebrarse, para lo cual, podrá fijar condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos”.

Es decir, el TDLC tiene la facultad de prevenir que un determinado hecho, acto o convención, que presenten para su conocimiento quienes se proponen ejecutarlo o celebrarlo, pueda llegar a impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o a tender a producir dichos efectos. Sin embargo, la ley señala expresamente que el TDLC “podrá fijar condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos”, lo que sugiere que podría establecer condiciones que hagan incluso inviables la operación, pero no así prohibir de plano que ella ocurra.

En este punto, en todo caso, existe una discrepancia con el fallo del “caso Terpel” de la Corte Suprema, puesto que en ella señala que:

“No hay duda de que el Tribunal referido a la luz de los citados artículos 18 N° 2 y 31 del D.L. N° 211 se encuentra facultado para aprobar las consultas sometidas a su conocimiento, estando autorizado también para fijar las condiciones o medidas de mitigación que deben ser cumplidas por los agentes económicos vinculados a la consulta de una operación de concentración o fusión, o denegar la solicitud que le fuese hecha” (considerando 9°).

Lo anterior no es menor en un contexto donde se ha discutido crecientemente la idea de hacer de la consulta un proceso obligatorio (al menos a partir de ciertos umbrales de concentración de mercado), puesto que serán posiblemente muchos más los casos que se puedan ver entrampados en este procedimiento.

Para un buen funcionamiento de las instituciones que protegen y promueven la libre competencia, como es el TDLC y en caso de reclamación la Corte Suprema, se requiere de jueces convencidos de que la economía de mercado funciona generalmente bien, incluso en ausencia de regulaciones, y que la economía de mercado está indisolublemente asociada al sistema de propiedad privada. Ello significa que en las resoluciones y sentencias del Tribunal debiera establecerse, cuando corresponda, que las regulaciones que contenga efectivamente tienen una alta probabilidad de mejorar la posición de los consumidores.

Por consiguiente, resulta importante recordar que la actividad jurisdiccional no tiene por objeto prohibir *a priori* actos que persiguen mejorar eficiencias y/o aumentar los retornos (de hecho, las ganancias en eficiencia productiva también son una ganancia social

por el menor uso de recursos escasos), sino de prevenir y sancionar conductas contrarias a la libre competencia cuando estos verdaderamente ocurren o amenazan con hacerlo.

7. CONCLUSIONES

La sentencia de la Excm. Corte Suprema, en causa rol 3993-2012, que revoca la decisión del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) de rechazar la operación consultada por Organización Terpel Chile S.A y Quiñenco S.A. (Resolución N°34/2012) resulta acertada.

Particularmente importante es la argumentación que realiza la Corte Suprema en cuanto a que las operaciones de concentración no son necesariamente contrarias a la libre competencia y que su prohibición debe estar basado en antecedentes precisos que acrediten una amenaza real para el buen funcionamiento del mercado. Adicionalmente, reprende el actuar TDLC, por cuanto habría basado su resolución en una mera presunción de que los efectos de la pretendida fusión sea la coordinación futura de los actores de este mercado, sin contar con antecedentes concretos que lo avalen.

Lo anterior constituye una contribución importante para la evaluación futura de las operaciones de fusión y el análisis riguroso que debe hacer frente a una consulta el TDLC, toda vez que ha de entender que restricciones excesivas –como puede ser la prohibición de una operación sin fundamentos sólidos– son contrarias a la libertad de emprendimiento y el derecho de propiedad, los que han sido pilares fundamentales para el crecimiento y desarrollo del país.

ANEXO N°1
EVALUACIÓN DE EFICIENCIAS DE LA OPERACIÓN CONSULTADA
Red Logística (Almacenamiento + transporte)

Consultantes	Voto de Mayoría	Voto de Minoría	Corte Suprema
<p>El mayor número de EDS permite optimizar la red logística y ahorrar costos por economías de escala (mayor volumen). Lo mismo para el almacenamiento, que utilizará las instalaciones existentes de ENEX y eliminará la subcontratación costosa que usa Terpel.</p>	<p>Los datos de costos no son verificables. No se explica el origen económico de los rendimientos crecientes y no se puede asegurar que de incrementar el volumen transportado incrementen eficiencia. El argumento se desecha porque se asume que Shell y Terpel crecerán orgánicamente en un futuro y estos ahorros podrían darse sin necesidad de inversión. La flota ya esta optimizada y no existirá una disminución del costo marginal. Ahorros en almacenamiento tampoco son verificables.</p>	<p>La mayor escala de operación permitiría a ENEX contratar con menores costos el servicio de transporte actual, con impacto positivo en precios. El <i>know-how</i> de ENEX en cuanto a transporte se aplicará a las operaciones de Terpel, reduciendo sus costos. La mayor demanda enfrentada incrementará la rotación en el almacenamiento y podrían existir ahorros al transferir el combustible desde las instalaciones arrendadas por Terpel a las controladas por ENEX.</p>	<p>Acoge los argumentos presentados por las consultantes. Estima además que ENEX cuenta con almacenamiento suficiente para absorber todo el combustible de las operaciones de Terpel, que se traduciría en ahorros importantes. Además, se liberaría capacidad en el sistema, que puede ser usado libremente por otros participantes.</p>

Recursos de Marketing

Consultantes	Voto de Mayoría	Voto de Minoría	Corte Suprema
<p>La estandarización de la marca generará ahorros en recursos de marketing e incrementará su eficiencia (se trabaja con una marca en vez de dos).</p>	<p>Los gastos de marketing no inciden en el costo marginal del producto final y se descarta el argumento. Además, según el informe presentado por Quiñenco, es más atractivo hacer publicidad en empresas grandes. Por lo tanto, es de esperar que el costo total se incremente con la fusión (mayores retornos).</p>	<p>Los gastos en marketing se interpretan como costos fijos, por lo que existe una escala mínima necesaria para que sea viable competir vía valor de marca. Para ello, focalizar la inversión en la marca Shell evita duplicaciones ineficientes en el gasto y permite pasar ese umbral. Competir de esa forma implica también entregar un mejor servicio al cliente, lo que incrementa su bienestar.</p>	<p>Acoge los argumentos presentados por las consultantes. Agrega la posibilidad de desarrollar la marca como elemento valorable.</p>

Escala mínima para iniciar importaciones

Consultantes	Voto de Mayoría	Voto de Minoría	Corte Suprema
<p>El volumen demandado de combustible será suficiente para habilitar a las empresas para realizar sus propias importaciones, inyectando competencia aguas arriba.</p>	<p>Las consultantes argumentan que podrían importar una fracción de la demanda de la industria (no se especifica por qué no el 100%) a un costo menor que ENAP. Las ventas actuales de Shell y Terpel por separado superan —con creces— esa fracción (se infiere que están capacitadas para importar por sí solas). Asumiendo una fusión, tampoco queda claro cuál será el costo marginal relevante para fijar precio. Finalmente, un <i>joint venture</i> tendría el mismo efecto.</p>	<p>No se explica por qué si las empresas podrían hacer importaciones por sí solas (aludiendo a la refutación del voto de mayoría) con ahorros en costo no lo hacen actualmente. El Tribunal hace una comparación de costos a precio “spot” siendo que lo crítico en una importación con stock es la cobertura frente a shocks de mercado. Es precisamente la incapacidad de las empresas de cubrirse de estos riesgos lo que impide que hagan importaciones. Un <i>joint venture</i> es insuficiente para este objetivo.</p>	<p>Acoge los argumentos presentados por las consultantes y destaca el apoyo de la FNE en este aspecto. Recalca en que las consultantes podrán alcanzar el volumen mínimo para hacer importaciones.</p>

Operación

Consultantes	Voto de Mayoría	Voto de Minoría	Corte Suprema
Se eliminan redundancias en la administración de ambas empresas y se ahorran costos. El personal se cambiaría a una sola oficina. Además, la mayor escala permitirá incorporar mejor tecnología en la comercialización de servicios.	Al margen que el costo de oficinas no tiene incidencia en el costo marginal del producto, las consultantes no consideran que las nuevas dependencias tendrán un costo también, por lo que se descarta este ahorro.	No hay comentarios	Acoge los argumentos presentados por las consultantes

Consideraciones

Consultantes	Voto de Mayoría	Voto de Minoría	Corte Suprema
	Incluso si se aceptan las eficiencias alegadas, la incidencia es marginal, con un impacto de solo 0,63% en el precio promedio por litro en la RM durante 2011.	El escenario alternativo a una fusión es el crecimiento orgánico, que no ha existido. Todos los costos fijos son variables en el largo plazo y afectan decisiones de inversión que sí impactarán precios.	“Se considera que las consultantes acreditaron razonablemente la existencia de eficiencias aprovechadas a la operación de concentración.”