

Libre Competencia y distribuidores de combustibles: ¿colusión y barreras de entrada en el mercado?*



RICARDO JUNGSMANN DAVIES
Magíster en Derecho Universidad de Navarra
Profesor de la Facultad de Derecho UC

MARÍA DE LA LUZ DOMPER RODRÍGUEZ
Economista y Magíster en Macroeconomía UC
Libertad y Desarrollo

RESUMEN EJECUTIVO

La Fiscalía Nacional Económica (FNE), en virtud de las atribuciones que le confiere el Decreto Ley 211, de 1973, investigó el mercado de los combustibles líquidos y formuló requerimiento en contra de las empresas Copec, Esso, Shell e YPF, por presentar comportamientos y prácticas de comercialización que distorsionarían o entorpecerían la competencia. En la sentencia N° 18/2005, dictada por Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), se rechazó el requerimiento de la Fiscalía, lo cual fue confirmado más tarde por la Corte Suprema, y se estableció que el hecho de que las estaciones de servicio tengan precios muy similares no es sinónimo de colusión, sino más bien, de que estamos frente a un producto homogéneo, identificado como tal por los propios consumidores, lo cual impide que existan diferencias notorias en el precio de venta. El comentario analiza el requerimiento de la FNE y los puntos de la defensa, deteniéndose, especialmente, en los argumentos dados por el TDLC que terminaron por dar la razón a los requeridos y desvirtuando las insuficientes pruebas de la requirente. Para lo anterior, se analizan las figuras de la integración vertical, la concertación de precios y las barreras de entrada. Finalmente, se destaca la postura asumida por el TDLC, por cuanto con este fallo contribuye a reforzar la libertad que es inherente a toda economía de mercado, y de paso, desestima la postura asumida por la FNE, que proponía, entre otras cosas, que se modificara la estructura de propiedad de una sociedad anónima cerrada, y que se instruyera a las distribuidoras en cuanto a la forma como debían determinar el precio y condiciones de venta de los combustibles.

SUMARIO

1.- Antecedentes Generales. 2.- Fundamentos de la Fiscalía Nacional Económica y argumentos de las empresas requeridas. 3.- Propuestas de la Fiscalía Nacional Económica. 4.- Comentarios a la decisión del Tribunal de Defensa de la Libre

* Sentencia N° 18/2005 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de la República de Chile de fecha 10 de junio de 2005.

Competencia, a la investigación y a la sentencia de la Corte Suprema. 5.- Conclusiones. 6.- Bibliografía.

1. ANTECEDENTES GENERALES

Con fecha 10 de junio del año 2005, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) dictó la sentencia número 18, en virtud de la cual rechazó el requerimiento¹ efectuado por la Fiscalía Nacional Económica (FNE)², que buscaba que se sancionara a las empresas mayoristas de distribución de combustibles líquidos (COPEC, ESSO, SHELL e YPF) por haber incurrido en supuestas conductas colusivas.

La sentencia del TDLC, confirmada más tarde por la Corte Suprema mediante sentencia³ de 26 de octubre del mismo año, determinó, entre otros puntos, que no se probó la existencia de barreras de entrada a la distribución de combustibles, ni la existencia de una integración vertical que atentara contra la libre competencia.

Asimismo, estableció que el hecho de que las estaciones de servicio tengan precios muy similares no es sinónimo de colusión, sino más bien de que estamos frente a un producto homogéneo, identificado como tal por los propios consumidores, lo cual impide que existan diferencias notorias en el precio de venta.

2. FUNDAMENTOS DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA Y ARGUMENTOS DE LAS EMPRESAS REQUERIDAS

A continuación se describen los principales fundamentos esgrimidos por la Fiscalía Nacional Económica para presentar el requerimiento, así como las respuestas y argumentos dados por las empresas requeridas.

¹ En virtud de lo establecido en el art. 20 del Decreto Ley 211, citado, el procedimiento para que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) conozca de las situaciones que pudieren constituir infracciones a la ley podrá iniciarse por requerimiento del Fiscal Nacional Económico, o bien, por demanda de algún particular.

² Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de COMPAÑÍA DE PETRÓLEOS DE CHILE S.A.; ESSO CHILE PETROLERA LTDA., SHELL CHILE S.A., e YPF PETRÓLEOS TRASANDINO YPF S.A., de fecha 5 de noviembre de 2002.

³ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 26 de octubre de 2005, en la que se rechazó el recurso de reclamación interpuesto por el Fiscal Nacional Económico.

2.1 Concentración del mercado de distribución de combustibles líquidos.

2.1.1 Fiscalía Nacional Económica: Sostiene que el mercado es altamente concentrado, toda vez que en la etapa de distribución mayorista tres de las requeridas concentran el 90% del mismo⁴.

2.1.2 Requeridas: Los porcentajes de participación señalados por las requeridas no varían mayormente del entregado por la Fiscalía, pero se agrega que este tipo de mercado ha sido históricamente concentrado y que en un mercado maduro la concentración es señal de un alto grado de competencia.

2.2 Existencia de barreras de entrada

2.2.1 Fiscalía Nacional Económica: Afirma que existirían varias barreras de entrada que obstaculizarían la libre competencia, especialmente, en las fases de almacenamiento y transporte del combustible.

En la etapa de almacenamiento, las barreras estarían dadas por la imposibilidad de instalar terminales y plantas de combustibles en la Región Metropolitana debido a la falta de capacidad disponible, como asimismo, por el hecho que las grandes distribuidoras ejercerían control sobre Emalco, sociedad filial de Enap, cuyo giro es el almacenamiento de combustibles.

En la fase de transporte, la Fiscalía reclama que solo Enap está autorizado para instalar nuevos oleoductos, y además, que las distribuidoras mayoristas, a través de la empresa Sonacol, tendrían el control sobre un importante oleoducto de la zona central.

Además, la FNE agrega que existen normas que constituyen verdaderas barreras de entrada, ya que limitan la construcción de nuevos centros de almacenamiento y le otorgan exclusividad a Enap para la instalación de nuevos oleoductos.

⁴ La literatura económica de defensa de la competencia suele emplear dos índices de concentración alternativos: la razón de concentración de k-empresas en el mercado (Ck) y el índice de Herfindahl y Hirschman (HHI). El primero de tales índices resulta de sumar las participaciones de mercado de las k-empresas más grandes, y se lo define por el número de empresas que se esté considerando. Habrá así un índice C1 (igual a la participación de mercado de la empresa más grande), otro índice C2 (igual a la suma de las participaciones de las dos empresas más grandes), etc. En lo que se refiere al índice Herfindahl y Hirschman, el mismo se define como la sumatoria de los cuadrados de las participaciones de todas las empresas que operan el mercado. *Vid.* COLOMA, G., *Defensa de la Competencia*, 2003.

2.2.2 Requeridas: Para ingresar a este mercado se necesita de condiciones competitivas en la compra de combustibles líquidos, hecho que en Chile sí ocurre, por cuanto Enap ofrece sus productos a precios que son competitivos.

No es efectivo que no exista capacidad de almacenamiento disponible en la Región Metropolitana. Por el contrario, aún quedaría disponible alrededor de un 30% de las instalaciones de Emalco, capacidad suficiente para que, incluso, pudiera ingresar otro mayorista al mercado.

Respecto a que las distribuidoras mayoristas tendrían poder de control sobre Emalco, esto no sería posible, por cuanto esta empresa es una filial de Enap y, por lo tanto, es de carácter estatal.

Por otra parte, Sonacol no puede ser considerada una barrera de entrada al mercado, ya que presta servicios a cualquiera que lo pida, cobrando las mismas tarifas a todos sus usuarios, sin distinción alguna.

En relación a las normas que limitan las instalaciones de nuevos centros de almacenamiento e instalación de oleoductos, en general, están de acuerdo en flexibilizarlas, pero aclaran que ello no es de su responsabilidad.

2.3 Integración vertical

2.3.1 Fiscalía Nacional Económica: Afirma que la integración vertical de las distribuidoras mayoristas ha aumentado considerablemente, lo que ejemplifica con los contratos que se celebran con los operadores de las estaciones de servicios. Esta integración vertical se debería al alto poder de mercado que tienen las distribuidoras, lo cual conllevaría a que el control de los mayoristas sobre las estaciones de servicios sirva de vía para coordinar los precios en el mercado.

2.3.2 Requeridas: Encontramos varios argumentos que contradicen la postura de la Fiscalía.

En primer lugar, se rebate la idea de que exista una integración vertical que permita la coordinación de precios, ya que las características del mercado permiten concluir que más que poder de mercado lo que existe es una alta rivalidad. Además, los sistemas de comercialización son diferentes, lo cual dificultaría la colusión.

En segundo lugar, se indica que para que pudiera existir integración y control sobre las estaciones, se requeriría la existencia de barreras de entrada, las cuales no concurrirían, ya que existe plena libertad para que cualquier interesado pudiera ingresar al mercado.

Se agrega, también, que la integración vertical es un proceso natural y para que el mercado actúe de manera libre, debe permitirsele. De darse la integración vertical en este mercado se debería a consideraciones de eficiencia de costos, razón por la cual no debería verse afectada la libre competencia. Asimismo, se insiste en que la integración vertical no es, necesariamente, sinónimo de colusión.

Por otra parte, se cuestiona la metodología utilizada por la FNE para calcular el grado de integración vertical, agregándose que han sido sobredimensionadas y que no corresponden a la realidad.

2.4 Colusión en la determinación de precios⁵

2.4.1 Fiscalía Nacional Económica: Argumenta que empresas requeridas utilizarían poder de mercado y actuarían concertadamente para mantener y aumentar sus márgenes de beneficio.

2.4.2 Requeridas: Indican que determinan independientemente sus precios, de acuerdo a costos del combustible y a los costos asociados a las estaciones de servicios. Si bien existen precios similares por zonas geográficas, estos no se explican por acuerdos colusorios, sino más bien por la intensa competencia en la comercialización

⁵ Por colusión se ha entendido aquella situación en la que dos o más empresas pactan no competir entre ellas con el fin de aumentar los beneficios conjuntos de todo el grupo. A este respecto, se ha entendido que la coordinación puede presentarse de distintas maneras: En algunos mercados, la coordinación puede implicar el mantenimiento de los precios por sobre del nivel competitivo; en otros, puede estar orientada a limitar la producción introducida en el mercado, mediante la repartición de cuotas de producción. Asimismo, la coordinación puede consistir en un reparto del mercado, ya sea por áreas geográficas, o bien en atención a otras características del cliente. La Comisión Europea, al referirse a la coordinación entre empresas, sostiene que se han de cumplir tres condiciones para que esta sea viable. Primero, las empresas que se coordinan deben poder ejercer un control suficiente sobre el cumplimiento de las condiciones de la coordinación. Segundo, se requiere que haya algún sistema de disuasión adecuado que pueda activarse en caso de detectarse incumplimiento de lo pactado. Tercero, los resultados esperados de la coordinación deben estar al resguardo de las reacciones que se puedan generar, tanto en los competidores actuales o futuros que no participen en ella, como por parte de los clientes.

Véanse las *"Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas"*, Diario Oficial N° C 031 de 5/2/2004.

del combustible. Sostienen que argumentos de la Fiscalía solo se basarían en meras presunciones.

3. PROPUESTAS DE LA FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA

En su requerimiento la Fiscalía Nacional Económica propuso al TDLC, a fin de eliminar o reducir las barreras de entrada, que se adoptaran las siguientes medidas:

- Solicitar al Ministro de Vivienda y Urbanismo que se revisen las regulaciones vigentes, a fin de permitir la instalación de nuevos centros de almacenamiento de combustibles líquidos;
- Modificación de la estructura de propiedad de la empresa Sonacol para permitir el ingreso de nuevos socios;
- Pedir al Ejecutivo que impulsara proyecto de ley para la instalación de nuevos oleoductos;

También solicitó que se les exigiera a las requirentes que pusieran término de inmediato a todo acuerdo o concertación entre ellas y que les insistiera en la prohibición de efectuar, directa o indirectamente, cualquier acto que pueda tener por objeto la coordinación de precios de los combustibles.

Asimismo, propuso que se les instruyera a las distribuidoras para que determinen en forma clara el precio para cada uno de los combustibles que se comercialicen.

Finalmente, señala que las medidas propuestas son sin perjuicio de las sanciones que estime el Tribunal.

4. COMENTARIOS A LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, A LA INVESTIGACIÓN Y A LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

El Tribunal, en su extensa sentencia, analiza acuciosamente las imputaciones efectuadas en contra de las requeridas, para lo cual estudia la presunta existencia de colusión, la existencia de barreras a la entrada y la integración vertical entre distribución minorista y mayorista.

4.1 Respeto a las imputaciones efectuadas por la Fiscalía Nacional Económica

En la literatura económica se entiende que existe colusión cuando dos o más empresas que tienen poder de mercado⁶ se ponen de acuerdo, cobran el precio monopolístico y se reparten, en cuotas, la cantidad que pueden vender.

El poder de mercado o la capacidad de decisión que tiene una empresa respecto del precio al cual vende los bienes que ofrece depende de una serie de variables, principalmente, de la elasticidad precio de la demanda que enfrenta y de su estructura de costos de producción⁷.

Cuando una empresa tiene poder de mercado, y obtiene un margen positivo por las unidades que vende, ello no implica necesariamente que dicha empresa esté llevando a cabo una estrategia de colusión. Por el contrario, márgenes altos pueden corresponder a un premio por la mayor eficiencia en la producción (menores costos), o bien, una recompensa por un producto de mejor calidad⁸.

En cuanto a la existencia de colusión entre las empresas requeridas, el Tribunal estimó, a mi parecer de manera adecuada, que los antecedentes aportados no permiten concluir que haya habido colusión entre las partes cuestionadas.

En este sentido, para poder demostrar la existencia de colusión la Fiscalía argumentó que en el periodo investigado las requeridas aumentaron sus márgenes de comercialización al mismo tiempo que ocurrió una disminución en la demanda.

Sin embargo, para sostener esta afirmación, la Fiscalía olvidó una premisa básica, esta consiste en que una disminución en la demanda no siempre conlleva, necesariamente, a la baja en los precios

⁶ Una empresa tiene poder de mercado o poder monopolístico cuando puede decidir el precio que cobra por los bienes que vende. En competencia perfecta esto no es posible ya que todos los oferentes son tomadores de precios, es decir, enfrentan un precio y a ese precio deben vender el bien.

⁷ En el caso de una empresa que vende solo un bien, el poder de mercado se mide en base a la siguiente ecuación: $(\text{precio} - \text{Costo marginal}) / \text{precio} = 1 / \text{elasticidad precio de la demanda en valor absoluto}$.

⁸ Este argumento fue desarrollado por Harold Demsetz. Su Teoría de la Eficiencia Superior propone que una alta concentración no siempre responde a motivos colusivos, como se creía, sino que puede ser un premio a la eficiencia de algunas empresas que operan con una estructura de costos menor, o con mejor tecnología, o bien, que ofrecen un bien de mejor calidad.

finales, por cuanto pueden haberse modificado otras variables que también afectan a los precios, como es el caso de los costos. No obstante lo anterior, la Fiscalía no analizó si estas otras variables sufrieron alguna modificación.

Asimismo, parece correcto afirmar que el periodo de tiempo investigado por la Fiscalía, febrero de 2001 a septiembre de 2002, fue demasiado breve y que se requería revisar un plazo mayor para reunir pruebas más contundentes.

Efectivamente, en el periodo investigado hubo un aumento en el margen de comercialización, pero esto no atenta contra la libre competencia, ni menos implica que el mercado esté funcionando de manera ineficiente, salvo que existan barreras a la entrada. Por el contrario, un aumento en las rentas puede funcionar como una señal de incentivo para que otros competidores puedan animarse a entrar en dicho mercado⁹. Por lo mismo, hay que tener la precaución de no sancionar el adecuado ejercicio de poder de mercado, muchas veces generador de incentivos y de innovación.

El TDLC verificó que la caída de los precios en los combustibles no fue traspasada inmediatamente al público, pero no se le aportaron antecedentes suficientes para concluir la existencia de una colusión tácita. En cambio, sí se analizaron otras variables, encontrándose que hubo un aumento en los costos de inventario, que podrían explicar el alza en el margen de comercialización.

Respecto a la acusación de la Fiscalía de que las empresas habrían actuado con asimetría frente a las alzas y bajas en los precios de Enap, tal argumentación no es suficiente prueba para demostrar colusión, ya que en un mercado concentrado, como el de los combustibles líquidos, no es posible esperar que la variación en los costos se traspasen con absoluta simetría de velocidad a los precios finales.

⁹ El economista Joseph Schumpeter habla de la destrucción creativa para referirse al proceso de transformación industrial generado por la innovación de los emprendedores. En la visión de Schumpeter, la entrada de nuevos emprendedores a la industria es la base del crecimiento de largo plazo. Ellos se ven incentivados a entrar gracias a las cuasi rentas que obtienen las empresas establecidas. Esta entrada de nuevos oferentes disminuye dichas rentas en el largo plazo. Schumpeter señala que la innovación exitosa es normalmente, fuente de poder de mercado temporal, que destruye o disminuye la posición de las empresas establecidas, que sucumben ante la entrada de nuevos oferentes más competitivos. Véase el libro de Schumpeter, J. *Capitalism, Socialism and Democracy* (1942).

En cuanto al argumento consistente en que se habría observado una similitud entre los precios de las estaciones de servicios de las diferentes marcas, así como en su evolución, la Fiscalía parece desconocer que cuando estamos en presencia de productos homogéneos, que no se diferencian unos de otros, y que así son identificados por el consumidor, como es el caso de la bencina, no es extraño que la diferencia en los precios sea mínima y que por lo mismo evolucionen de manera similar. Precisamente por esta razón, es que las estaciones de servicios de las diferentes marcas tratan de diferenciarse de las otras no por el precio, sino por la calidad y cantidad de los servicios asociados que ofrecen.

En este sentido, basta con revisar la publicidad de las distribuidoras mayoristas, en que lo que se destaca respecto a los competidores no son los mejores precios, sino, más bien, la ubicación, extensión y servicio que se brinda.

Respecto de las barreras a la entrada, este ha sido uno de los temas que más controversia ha generado entre los economistas. Hay quienes opinan que las únicas barreras a la entrada reales que existen son las barreras a la entrada legales, es decir, disposiciones legales que impiden la entrada de nuevos oferentes a los mercados. Por otra parte, hay economistas que consideran como barrera a la entrada cualquier costo necesario para entrar a un mercado¹⁰.

La definición más clarificadora es aportada por George Stigler: *“Una barrera a la entrada se puede definir como cualquier costo que tiene que asumir un entrante al ingresar a un mercado y que no asumieron las empresas que están actualmente establecidas en la industria”*¹¹. La presencia de barreras a la entrada en un mercado otorga utilidades sobrenormales, en el largo plazo a las empresas que están establecidas en el mercado.

Respecto de la existencia de barreras a la entrada, el Tribunal analizó la existencia de estas en las etapas de almacenamiento y de transporte del combustible.

En la etapa de almacenamiento, concluyó que no existían las barreras a la entrada denunciadas por la Fiscalía, con lo que concuerdo plenamente.

¹⁰ Véase Viscusi, W.; Vernon, J.; Harrington, J. “Market Structure and Strategic Competition”, cap. 6 del libro *Economics of Regulation and Antitrust*. MIT Press, 1996.

¹¹ *Op. cit.* p.159.

En este punto, llama la atención la falta de una mayor rigurosidad en la investigación efectuada por la Fiscalía, que reclamó la dificultad que tendrían nuevos competidores para entrar al mercado debido a la falta de terrenos adecuados para construir nuevos estanques en la Región Metropolitana y a la limitada capacidad de almacenamiento con que contaría Emalco.

Sin embargo, de lo informado por Enap y por el propio Emalco se desprende que en la planta de Maipú existen alrededor de 10 hectáreas disponibles, cantidad más que suficiente para la instalación de nuevos estanques. Además, de la capacidad de almacenamiento de 176.300 metros cúbicos, 55.800 estaban disponibles a la fecha del informe. Es decir, un nuevo competidor que quisiera entrar al mercado dispondría del doble de almacenamiento que lo que hoy tiene Esso, que dispone de una capacidad de 23.336 metros cúbicos.

En atención a las cifras anteriores, resulta lógico que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia rechazara la existencia de barreras a la entrada en la etapa de almacenamiento, por cuanto queda demostrado que hay un margen amplio para la entrada de nuevos competidores.

En relación a las barreras a la entrada en la etapa de transporte de combustible, concuerdo con el TDLC y con la Fiscalía en que no se vislumbran razones de fondo para que la ley entregue a Enap la facultad de obtener la constitución de servidumbres legales para instalar oleoductos. Sin duda que constituye una barrera artificial, de carácter legal, que dificulta la entrada de nuevos competidores al mercado y que permite que se generen aprensiones en torno al accionar de Copec, Esso y Shell que, en conjunto con Enap, son accionistas de Sonacol, propietaria de un importante oleoducto de la zona central.

Por lo mismo, y para dar mayor transparencia al mercado del transporte de combustibles, es recomendable que el gobierno patrocine un proyecto de ley que permita que los particulares también puedan constituir servidumbres legales para la instalación de oleoductos.

Por otra parte, el TDLC acogió en parte la tesis de la Fiscalía de la existencia de otra barrera de entrada en la fase de transporte, consistente en que la participación de las requirentes en la propiedad de Sonacol podría dificultar la participación de otros competidores en este mercado.

Si bien el Tribunal no estuvo de acuerdo en exigir a las requirentes que modificaran la estructura de propiedad de Sonacol para permi-

tir el ingreso de nuevos socios a la misma, sí, en cambio, acordó recomendarles que sería conveniente hacerlo con el objeto de promover la libre competencia. Al ser solo una recomendación, se entiende que las requeridas están en plena libertad de acoger o no dicha sugerencia.

No obstante lo anterior, queda un precedente con el que hay tener precaución, ya que en una futura investigación se puede invocar por la Fiscalía y aun por el propio Tribunal que no se llevó a cabo dicha transformación, pese a lo recomendado por el TDLC.

Desde mi punto de vista, me parece discutible la decisión del Tribunal de recomendar la transformación de Sonacol, sociedad anónima cerrada, a una sociedad anónima abierta o sujeta a sus normas con la finalidad de promover la libre competencia, por cuanto es dudoso que a los oleoductos haya que tratarlos como una instalación esencial. En este punto, resultan interesantes los antecedentes entregados por YPF, que al traer sus productos desde Argentina vía marítima y distribuirlos mediante camiones, demuestra que es posible participar del mercado sin utilizar los oleoductos.

Asimismo, si se logra que el Ejecutivo patrocine una ley que faculte a los particulares para constituir servidumbres legales para la instalación de oleoductos, se estaría promoviendo la libre competencia y eliminando las barreras a la entrada, sin necesidad de transformar la estructura de Sonacol.

Respecto de la integración vertical, podemos definir un sistema integrado verticalmente como aquel en el cual los procesos administrativos, entendiéndose por ellos la producción, distribución y venta de un determinado bien o servicio, se realizan al interior de la empresa.

Existen distintos grados de integración vertical, los cuales pueden darse mediante el desarrollo de restricciones verticales en los contratos de distribución, ventas o producción de un determinado bien o servicio. Esto ha dado lugar al surgimiento de contratos de concesiones, *joint ventures*, franquicias, etc. En consecuencia, la integración vertical puede no ser total.

Finalmente, cabe señalar que la integración vertical se puede dar indistintamente hacia adelante, incorporando las funciones de distribución y ventas del servicio, o bien hacia atrás, desarrollando métodos de producción al interior de la firma.

La literatura económica reconoce que existirían múltiples motivos que explican la integración vertical de una empresa¹². Dentro de los cuales se encuentran:

1. Ahorrar costos de transacción

La integración vertical puede producir un ahorro de costos de transacción. Se entiende por estos, los costos de operar a través del mercado, tales como los costos de diseñar, negociar y salvaguardar un acuerdo y los costos *ex post*, productos de renegociaciones de contratos mal especificados.

Existen transacciones que por sus características, y dada la presencia de altos costos de transacción, hacen deseable que exista integración vertical. Por ejemplo, cuando hay activos específicos¹³.

Puede existir especificidad de los activos físicos involucrados, de capital humano, de ubicación física, etc. Por ejemplo, la especificidad de activos físicos se refiere a maquinarias u otros activos que son específicos a un determinado proceso productivo. En este caso, es deseable tener la propiedad de dicho activo físico para evitar todo comportamiento oportunista o inadecuado de parte del dueño de la maquinaria.

En segundo lugar, la presencia de incertidumbre en una determinada transacción puede ser un incentivo suficiente para que una empresa decida integrarse verticalmente. Por ejemplo, para una empresa puede ser demasiado costoso controlar la calidad de un producto que le distribuye una empresa dedicada a realizar dicho servicio. En este caso, podría ser preferible para la empresa tener su propia cadena de distribución.

En tercer lugar, si se trata de transacciones que envuelven información, puede ser difícil para una empresa que contrata servicios de distribución de otra, incentivarla a mejorar su gestión. Por ejemplo, si se le paga a la empresa contratada un porcentaje fijo, independientemente de su resultado, no existirán para esta incentivos apropiados para mejorar su productividad y utilidades. Adicionalmente, no existe un mecanismo adecuado para que la empresa se informe

¹² Véase Carlton y Perloff, "Vertical Integration and Vertical Restrictions", cap. 13 del libro *Modern Industrial Organization*, 1994.

¹³ Se dice que un activo es específico cuando su costo de oportunidad es muy bajo, es decir, casi no tiene un uso alternativo, sino que solo sirve para llevar a cabo una determinada transacción.

ni ejerza control sobre la gestión de la empresa contratada. En esta situación puede ser preferible para la empresa integrarse verticalmente, en lugar de continuar contratando los servicios de otra.

La cuarta situación en la cual es preferible estar verticalmente integrado es cuando se requiere una coordinación extensa. Por ejemplo, este es el caso del negocio ferroviario. Para facilitar la coordinación puede ser preferible tener la propiedad de todas las líneas ferroviarias y no subcontratarlas a distintas empresas.

2. Lograr eficiencia en el proceso productivo

Otra razón por la cual algunas empresas deciden integrarse verticalmente es porque de esa manera logran mayor eficiencia en el proceso productivo. Esto se produce por la existencia de complementariedad en la producción de componentes relacionados de un mismo bien (o servicio) o entre las etapas de producción de un bien (o servicio), y adicionalmente, porque se pueden dar situaciones de comportamiento oportunista si la producción de ambos componentes, o las distintas etapas de producción de un mismo bien (o servicio) son dadas a empresas diferentes.

3. Factores legales

Existen factores legales que incentivan la integración vertical. Por ejemplo, una empresa puede evadir el pago de impuestos, ciertas regulaciones o restricciones mediante la integración vertical. Los casos más comunes son la evasión de precios fijados, los controles de cambios, motivos tributarios, etc.

4. Aumentar las ganancias monopólicas

El objetivo de una empresa que decide integrarse verticalmente puede ser el aumentar sus ganancias monopólicas. Esto lo puede lograr mediante dos mecanismos: el primero se refiere a una empresa que provee un insumo muy específico en una industria muy competitiva. Esta empresa puede aumentar sus utilidades si se integra verticalmente y así se convierte en un monopolio la producción de dicho insumo. El segundo mecanismo es por medio de la discriminación de precios que puede realizar una empresa que se integra verticalmente, ya que de esta manera evita el arbitraje de reventa.

5. Reducción del poder de mercado

La integración vertical también puede tener como objetivo la reducción del poder de mercado de una determinada firma. Por ejemplo, se puede dar el caso de que sea conveniente para una empresa integrarse verticalmente hacia atrás con alguno de sus proveedores que le cobra precios monopólicos por un determinado insumo muy específico.

6. Eliminar externalidades

Finalmente, la integración vertical puede ser una manera eficiente de eliminar externalidades. Por ejemplo, una empresa puede decidir integrarse verticalmente con sus distribuidores y formar una sola gran cadena de producción y distribución. De esta manera internalizaría las externalidades negativas que le podrían causar en su reputación y en su marca, las empresas distribuidoras de su producto que no respetan las normas de calidad, y el diseño de la empresa.

De la literatura económica se desprende que no siempre la integración vertical atenta contra la libre competencia. Se debe analizar cuál es el motivo que la origina en cada caso.

En relación a la integración vertical entre mayoristas y minoristas, el TDLC deja constancia que desde la década del ochenta que esta ha crecido en forma considerable.

Variadas pueden ser las razones para la integración vertical, una de las cuales se puede encontrar en la mayor eficiencia, la cual beneficiaría a los consumidores al verse reducidos los precios finales.

En todo caso, cualquiera sea el motivo, es importante destacar que la integración vertical no implica necesariamente la presencia de colusión, muy por el contrario, a veces conlleva importantes beneficios, por lo que sería un error sancionarla por el solo hecho de probarse su existencia.

Ahora bien, también hay que reconocer que en la medida que existan barreras a la entrada, la integración vertical puede convertirse en un seria amenaza a la libre competencia, ya que se facilitaría la coordinación de precios entre los diferentes actores. En este sentido, el TDLC concluyó que existen normas que impiden la instalación de nuevas estaciones de servicio en determinadas zonas de Santiago, Valparaíso y Viña del Mar, lo que ciertamente constituye una barrera a la entrada artificial.

Por lo mismo, concuerdo en que se debe observar en estas zonas el comportamiento entre mayoristas y minoristas, toda vez que al impedirse la entrada de nuevos competidores en dichos lugares, se produce una disminución en la intensidad de competencia. Esto puede generar un incentivo para que las empresas mantengan precios más elevados por periodos de tiempo prolongados, por cuanto no existiría la amenaza de la entrada de un nuevo competidor.

4.2 Respetto a la investigación y a las medidas propuestas por la Fiscalía Nacional Económica

4.2.1 Comentario respecto a la investigación efectuada por la Fiscalía Nacional Económica.

La investigación de la FNE surgió a partir de las denuncias efectuadas por los diputados Rincón y Leal y del propietario de una estación de servicio, don José Luis Capdevilla H.

El periodo investigado, como ya se expresó anteriormente, comprendió desde febrero de 2001 a septiembre de 2002, y se acompañó importante cantidad de documentos para acreditar la posición de la Fiscalía y sus requerimientos.

No obstante lo anterior, de la sola lectura de la sentencia del TDLC, así como de las respuestas y documentos de las empresas requeridas, queda de manifiesto una serie de imprecisiones por parte de la Fiscalía que denotan la ausencia de mayor acuciosidad en la investigación.

Entre las imprecisiones detectadas, caben destacar las que a continuación se comentan.

4.2.1.1 Conformación accionaria de Sonacol: En el requerimiento de la Fiscalía se indicó que la empresa Sonacol estaría bajo el control de Enap y dos distribuidoras, situación que tuvo que aclarar Enap, por cuanto dicha sociedad no está compuesta por dos, sino por tres distribuidoras –Copec, Esso y Shell–, además de Enap.

El punto no es menor, ya que el rol que ha jugado Sonacol es uno de los argumentos utilizados por la propia Fiscalía para reclamar la existencia de barreras a la entrada.

4.2.1.2 Propiedad de Emalco: La Fiscalía denunció que Emalco es una sociedad que estaría bajo el control de las distribuidoras. Sin embargo, nuevamente Enap tuvo que aclarar que la propiedad de

esta empresa está substancialmente en manos de Enap, por lo que no se entiende la afirmación hecha por la FNE.

4.2.1.3 Capacidad de almacenamiento en la Región Metropolitana: La Fiscalía sostuvo la falta de capacidad disponible, pero de los argumentos de las requeridas y del propio informe de Emalco quedó de manifiesto que hay capacidad más que suficiente para el ingreso de nuevos competidores.

4.2.1.4 Escasez de terrenos para instalar estanques: La FNE argumentó que la escasez de terrenos para instalar nuevos estanques constituía una barrera a la entrada. Esta afirmación también fue objetada por el mismo informe de Emalco, en que se lee que aún habría varias hectáreas disponibles como para instalar nuevos estanques.

4.2.1.5 Estudio de otras variables que afecten los precios: El TDLC indicó que para poder concluir la existencia de colusión entre las requeridas era indispensable demostrar que no hayan existido otras variables que hubieran incidido en el alza de los márgenes de comercialización en el periodo en que hubo una disminución de la demanda. Para lo anterior, la Fiscalía debió haber acompañado algún estudio que respaldara su posición, sin embargo, este estudio no fue realizado.

4.2.1.6 Venta de las distribuidoras durante el año 2001: En el requerimiento de la Fiscalía se expresó textualmente que *“de acuerdo lo estableció la investigación, las ventas totales de las compañías distribuidoras de combustibles, en la Región Metropolitana, experimentaron, en general, una importante disminución en el año 2001 (-26%). En particular, la venta de combustibles a través de las estaciones de servicio, que representa más de la mitad de la venta de combustibles en la Región, experimentó una caída aún más pronunciada (-29%)”*¹⁴.

Sin embargo, la propia Fiscalía tuvo que rectificar y aclarar, más adelante, que las ventas de las distribuidoras de combustibles líquidos solo descendieron un 4,2 % durante el año 2001.

En síntesis, además de la falta de pruebas irrefutables, la propia Fiscalía Nacional Económica, a través de sus errores e imprecisiones ya comentados, contribuyó a que el requerimiento y las medidas por ella solicitadas perdieran fuerza y fueran rechazadas de plano por el TDLC.

¹⁴ Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica, citado, página 6.

4.2.2 Comentario respecto a las medidas solicitadas por la Fiscalía Nacional Económica.

Tal como se expresó en el punto anterior, el requerimiento, así como la mayoría de las medidas propuestas por la FNE fueron rechazadas por el TDLC al no poder probarse que hubo colusión entre las compañías denunciadas.

De las medidas solicitadas solo fue acogida íntegramente una de ellas, consistente en solicitar al Ejecutivo que impulse un proyecto de ley que permita a los particulares constituir servidumbres legales para la instalación de nuevos oleoductos. Es decir, una medida que no sanciona a las empresas requeridas, sino más bien, que busca promover la libre competencia.

Comentario aparte, me merece la solicitud de la FNE consistente en que se obligue a Sonacol a alterar su estructura de propiedad.

Sonacol es una sociedad anónima cerrada, con mayoría de capital privado, a la cual no se le pudo probar que su actuación constituyera una barrera a la entrada. Este tipo de medidas extremas solo deben ser exigidas en situaciones graves de atentado contra la libre competencia, en que, por ejemplo, las empresas denunciadas manejen facilidades esenciales y, por lo tanto, no existan otras formas de transporte.

Sin embargo, en este caso en particular, quedó demostrado que existen otras alternativas, como el transporte en camiones tanque. Así también lo reconoció expresamente la sentencia posterior de la Corte Suprema. Además, otorgándose a los particulares la facultad para constituir servidumbres legales, se permitiría que otros competidores puedan construir nuevos oleoductos.

4.3 Sentencia de la Corte Suprema

La sentencia de la Corte Suprema, ya citada, por la cual se rechazó el recurso de reclamación interpuesto por el Fiscal Nacional Económico¹⁵, ratificó la postura del TDLC, en el sentido que la

¹⁵ El art. 27 del D.L. 211 señala en parte de su inciso segundo que “solo será susceptible de recurso de reclamación, para ante la Corte Suprema, la sentencia definitiva que imponga alguna de las medidas que se contemplan en el artículo 26, como también la que absuelva de la aplicación de dichas medidas. Dicho recurso deberá ser fundado y podrá interponerlo el Fiscal Nacional Económico o cualesquiera de las partes, en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, dentro del plazo de diez días hábiles, contado desde la respectiva notificación”.

Fiscalía no presentó pruebas suficientes que acreditaran la existencia de colusión ni de barreras a la entrada imputables a las empresas requeridas. Asimismo, aportó algunos fundamentos interesantes de mencionar.

En primer lugar, indicó que las actuaciones sancionadas por el Decreto Ley N° 211 deben ser voluntarias o dolosas y, por lo tanto, que tengan como finalidad el provocar un determinado resultado. Por lo mismo, no puede sancionarse a las empresas por presuntas colusiones tácitas, producto de actuaciones simplemente coincidentes.

En segundo lugar, que el hecho de que las estaciones de servicios tengan precios similares no es algo novedoso o sospechoso, considerando las características propias del producto.

En tercer lugar, que la Fiscalía no logró demostrar la existencia de barreras a la entrada en la etapa de almacenamiento de combustibles.

Y en cuarto lugar, que no se pudo probar la existencia de una integración vertical que tenga por objetivo perjudicar la libre competencia, sino que, más bien, persigue aumentar la eficiencia de las estaciones de servicio.

5. CONCLUSIONES

De lo analizado previamente se puede concluir que el mercado de la distribución de combustibles líquidos es un mercado concentrado, en el cual no es posible apreciar la existencia de acuerdos colusorios, ni de integración vertical que limite la libre competencia, como así tampoco la presencia de barreras a la entrada que puedan ser atribuibles a las actuaciones de las propias distribuidoras.

Es importante que haya quedado establecido, que dado los antecedentes presentados al Tribunal de la Libre Competencia, no era posible concluir que la similitud de precios entre las estaciones de servicio se debía a un comportamiento colusivo. Asimismo, es relevante que tanto el Tribunal de la Libre Competencia como la Corte Suprema consideren la característica de producto homogéneo, como es el combustible líquido, como una variable explicativa para el comportamiento de los precios. En efecto, mientras más homogéneos son los productos, se consideran sustitutos más perfectos y así son percibidos por el consumidor. En estos casos es poco probable encontrar diferencias notorias en los precios. Por el contrario, de-

bieran ser mínimas ya que los oferentes –estaciones de servicio– compiten entre sí en base a otras variables, como la cantidad de servicios asociados que ofrecen y su ubicación, mediante las cuales tratan de diferenciar su producto o marca.

Finalmente, es destacable la seriedad y profundidad con que el TDLC analizó el tema en cuestión que, a través de su rechazo al requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica y pedagogía y claridad en el contenido de la sentencia, viene a reforzar los principios de libertad y estabilidad en las reglas del juego, claves para el buen funcionamiento de una economía de mercado.

6. BIBLIOGRAFÍA

6.1 Obras consultadas

- CARLTON y PERLOFF. “Vertical Integration and Vertical Restrictions”, cap. 13 del libro *Modern Industrial Organization*, 1994.
- BENAVENTE, E. “Los contratos de distribución comercial”, DNeg, N° 122, 2000.
- BROSETA, M. “Manual de Derecho Mercantil”, 2003.
- COLOMA, G. “Defensa de la Competencia”, 2003.
- COMISIÓN EUROPEA. “La política de competencia en Europa: norma de competencia aplicables a los acuerdos de suministro y de distribución”, 2002.
- ESCUDERO, A. “Apuntes de derecho de la competencia”, 2002.
- ESPECHE, N. “Defensa de la Competencia”. 2001.
- GEROSKI, P. “Barriers to entry and intensity of competition in European markets”, 1989.
- KORAH, V. “Cases and materials on EC competition law”, 1997.
- MONTT, L. “Ley Antimonopolios. Jurisprudencia Comisión Resolutiva”. Tomos IX, X y XI. Ediciones 1999, 2002.
- PORTER, M. “On competition”, 1998.
- RIMOLDI DE LADMAN, E. “Derecho y Política de Defensa de la Competencia”, 2000.
- SCHUMPETER, J. *Capitalism, Socialism and Democracy* (1942).
- VISCUSI, W.; Vernon, J.; Harrington, J. “Market Structure and Strategic Competition”, cap. 6 del libro *Economics of Regulation and Antitrust*. MIT Press, 1996.
- WITKER, J. “Derecho de la Competencia en América”, 2000.

6.2 Normativa, documentos y jurisprudencia.

- Sentencia N° 18/2005 del Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de la República de Chile, de fecha 10 de junio de 2005.

- Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de COMPAÑÍA DE PETRÓLEOS DE CHILE S.A.; ESSO CHILE PETROLERA LTDA., SHELL CHILE S.A., e YPF PETRÓLEOS TRASANDINO YPF S.A., de fecha 5 de noviembre de 2002.
- Decreto Ley N° 211, de 1973.
- Reglamento (CE) N° 2790/1999 de la Comisión, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas; Diario Oficial L 336 de 29.12.1999.