

ANT.: Denuncia del H. Senador Carlos Bianchi y otro contra Enap. Rol N° 1744-10 FNE.

MAT.: Informe de admisibilidad.

Santiago, 20 ENE 2011

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO
DE : JEFE DIVISIÓN DE INVESTIGACIONES

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

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 10 de agosto de 2010, la Empresa Nacional del Petróleo (Enap) anunció, para la semana del 12 al 18 de agosto, que las gasolinas de 93, 95, 97 octanos subirían en un 0,1% para todo el país, salvo para la Región Metropolitana, en donde los precios experimentarían una baja de un 0,5%.
2. La razón, explicó Enap, sería la aplicación de un descuento en los precios de las gasolinas -de acuerdo a lo estipulado en los contratos de suministro de clientes- con el objeto de liquidar inventarios y traspasar el beneficio a los consumidores finales.
3. Los denunciantes acusan que el descuento aplicado por Enap a la Región Metropolitana constituye un abuso de posición dominante. Además, señalan que ha incurrido en discriminación arbitraria en perjuicio de las regiones del país, por la diferencia en el trato que se ha producido por la aplicación de este descuento, lo que infringe el mandato constitucional que prohíbe al Estado y sus organismos establecer discriminación arbitraria en materia económica, por ser Enap una empresa estatal, perteneciente a la Administración Pública.

II. MERCADO RELEVANTE

4. Se entiende por mercado relevante el de un producto o grupo de productos, en un área geográfica en que se produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado.¹
5. En el presente caso, el mercado relevante está constituido por la comercialización de gasolinas a empresas distribuidoras mayoristas, a nivel nacional².

III. ANALISIS DE LA CONDUCTA

III.1. POSICIÓN DOMINANTE DE ENAP

6. El análisis de un posible abuso de posición dominante requiere, en primer lugar, determinar la posición dominante de la empresa en el mercado relevante. Una vez hecho esto, se puede establecer si la empresa ha cometido o no abuso de esa posición dominante.
7. Enap mediante la refinación de combustibles líquidos y la importación de los mismos abastece a las empresas distribuidoras mayoristas, por lo tanto, el análisis de posición dominante para Enap se realiza en los mercados de refinación e importación de combustibles líquidos.

III.1.1. REFINACIÓN

8. A pesar que la Ley N° 9.618, de 1950 -que creó Enap-, le permite participar de actividades de refinación sin que ello le esté reservado exclusivamente, esta empresa sigue siendo la única refinadora de petróleo en nuestro país. Esta situación como se explica más adelante, se debe a que el sector de refinación presenta importantes barreras a la entrada que en conjunto con el

¹ Guía Interna para el Análisis de Concentraciones Horizontales. Fiscalía Nacional Económica. Octubre de 2006. En www.fne.cl

² Sin perjuicio de ello, por las características de la presentación en estudio se hará, cuando sea necesario, la distinción entre la Región Metropolitana y el resto de las regiones del país.

tamaño de la demanda interna, hacen que la instalación de una nueva refinería no sea rentable.

9. En primer lugar, el proceso de refinación presenta una escala mínima eficiente (EME) de producción³, la cual varía entre 150.000 y 200.000 barriles procesados por día (bbld)⁴. En segundo lugar, el proceso de refinación presenta importantes economías de escala tanto en la construcción de la refinería como en la operación de la misma. La explotación de economías de escala está asociada a altos requerimientos de capital, a esto se suma que el proceso de refinación está caracterizado por importantes inversiones específicas, lo cual evidencia la presencia de altos costos hundidos, dificultando tanto la entrada como la salida del sector.

Cuadro N° 1
Producción y Demanda Anual de Productos Refinados (en millones de m³)

Año	Demanda en bbld	Demanda	Ventas Nacionales de Enap			% Participación	
			Producción Propia	Importación	Total	Producción Propia	Total Ventas
2006	225.200	14.637	10.606	2.465	13.071	72,46%	89,30%
2007	259.700	19.106	10.325	4.744	15.069	54,04%	78,87%
2008	262.900	19.941	10.085	5.211	15.296	50,57%	76,71%
2009	243.900	18.672	10.840	3.315	14.155	58,05%	75,81%

Fuente: Memorias de Enap.

10. De acuerdo a la información presentada en el Cuadro N° 1, Enap abastece, con producción propia, en promedio el 60% de la demanda interna de combustibles líquidos. El 40% restante de la demanda es abastecida con importaciones que son realizadas tanto por Enap como por las compañías distribuidoras.

Cuadro N° 2
Demanda Interna Residual de Combustibles Líquidos (en bbld)

Demanda de combustibles líquidos 2009	243.900
Capacidad de Enap de abastecer demanda interna 60%	146.340
Demanda residual por abastecer	97.560
EME nueva refinería	150.000

Fuente: Elaboración propia.

³ La EME es el nivel mínimo de producción al que se agotan las economías de escala.

⁴ Entre 24.000 y 32.000 metros cúbicos por día. Competition Bureau of Canada (2005) "The effects of recent volatility in international petroleum markets on Canadian wholesale and retail gasoline prices".

11. Al calcular el monto de la demanda residual que no puede ser abastecida con producción propia de Enap Refinerías, se observa que la misma es muy inferior a la EME que requiere una refinería para operar. Esto indicaría que dados estos niveles, la instalación de una nueva refinería no es viable en Chile, puesto que el tamaño del mercado nacional no puede absorber aun la producción de una nueva refinería.
12. De acuerdo a la información que posee la Fiscalía Nacional Económica, la capacidad de refinación de cada una de las refinerías de Enap, es inferior a la EME. Esto podría indicar de que para ingresar al mercado nacional, no necesariamente una nueva refinería debe cumplir con la EME. Sin embargo, cabe notar que las dos principales plantas de refinación de Enap –Aconcagua y Bío Bío– totalizan entre sí una capacidad de refinación mayor a los 200.000 bbl/d; además de contar con una buena ubicación al encontrarse cerca del centro de consumo más importante de Chile, que es la zona central.
13. Por lo tanto, debido a que el proceso de refinación presenta elevadas barreras a la entrada, que Enap puede abastecer un 60% de la demanda interna y que el tamaño del mercado nacional no puede absorber aún la producción de una nueva refinería, la instalación de una nueva refinería en Chile no es económicamente viable. De esta manera, el tamaño del mercado interno estaría actuando como una “barrera natural” a la entrada en este segmento, tornándolo en un sector sin competencia al interior del mismo.
14. Si bien no existe competencia al interior del sector de refinación, el eventual poder de mercado que Enap pueda tener y ejercer, estaría limitado por la posibilidad de importación de productos refinados. Esto determina que el análisis relevante de competencia pasa por analizar si la importación de productos refinados constituye efectivamente competencia para Enap.

III.1.2. IMPORTACIÓN DE GASOLINAS

15. La libertad de importación de petróleo y sus derivados que impera en Chile constituye, en principio, un límite al poder de mercado que pudiera ejercer

Enap como único refinador. En la importación de productos refinados participa Enap junto con las compañías distribuidoras Copec, Shell y Petrobras.

16. En relación a las gasolinas, Enap es superavitaria en la producción de las mismas, es decir es capaz de abastecer toda la demanda del mercado interno.
17. De acuerdo a los datos que maneja la Fiscalía Nacional Económica, la importación de gasolinas realizada por las compañías de distribución mayorista de combustibles líquidos representó en promedio 13% del consumo nacional de este combustible.⁵
18. El bajo nivel de importación de gasolina que se observa por parte de las compañías distribuidoras puede ser consistente con un mercado que opera de forma eficiente y competitiva, donde Enap sería una empresa tomadora de precios de un mercado competitivo, los cuales se reflejan en el mercado interno, situación que determina que en el mismo no existan incentivos para la importación de gasolina.
19. Sin perjuicio de ello, el bajo nivel de importación también podría indicar que la libre importación de gasolinas no es una condición suficiente para garantizar la competencia, ya que el proceso de importación de productos refinados tiene asociado así el requerimiento de infraestructura logística (terminales marítimos y plantas de almacenamiento) y el ahorro en costos por la importación de grandes volúmenes. Sin embargo, las grandes compañías de distribución (Copec, Petrobras y Shell) cuentan con infraestructura necesaria y apropiada para la importación de combustibles líquidos. En particular, la empresa Copec, que no solamente cuenta con la infraestructura necesaria, sino también que dicha infraestructura le permite aprovechar las economías de escala asociadas a la importación de productos refinados⁶.
20. Por lo tanto, el bajo nivel de importación que se observa en el mercado de gasolinas estaría asociado a un funcionamiento competitivo del mismo, donde

⁵ Realizado en base a información de los últimos cuatro años (2006-2009).

⁶ Esto se evidencia en la alta participación con que cuenta Copec en la importación de diesel.

las compañías no tendrían incentivos para la importación directa de este producto. Con todo, la Fiscalía Nacional Económica no cuenta con evidencia para aseverar que exista un posible comportamiento estratégico de Enap para limitar la importación de gasolinas, ni de un posible acuerdo, en ese mismo sentido, entre esta empresa y las compañías distribuidoras mayoristas de combustibles. Esto es consistente con lo que señalaron las principales compañías de distribución (Copec, Shell y Petrobras) en sus respuestas a la Fiscalía Nacional Económica: que Enap cobraría precios competitivos en el mercado interno.

21. Como se ha podido observar, Enap cuenta con altas participaciones de mercado en la refinación e importación de gasolinas. En efecto, con producción propia, esta empresa abastece en promedio el 74% de la demanda. Considerando, además, la importación que realiza Enap de este producto, su participación de mercado llega al 92% en promedio⁷.

22. Al respecto, si bien Enap goza de una posición cuasi-monopólica en la refinación e importación de combustibles en nuestro país, el eventual poder de mercado que Enap pueda tener y ejercer, está limitado por la posibilidad de importación de productos refinados por parte de las empresas mayoristas de combustibles. En efecto, en caso que Enap intentara explotar su posición dominante en este mercado, mediante el incremento de los precios, las empresas distribuidoras mayoristas podrían efectuar importaciones directas de estos productos⁸.

23. Sin perjuicio de lo señalado, en consideración a la importante posición que goza Enap en el mercado nacional, su estable participación en la refinación e importación de gasolinas y las posibles limitaciones para la libre importación de

⁷ Ibíd. 5.

⁸ Esta amenaza de importación es creíble, en particular, al considerar a un actor como Copec, que cuenta con una alta participación de mercado e infraestructura logística apropiada, por lo que si, por ejemplo, Enap decidiera aumentar los precios, una empresa como Copec podría importar y convertirse en una alternativa a los productos de Enap.

tales combustibles⁹, este Informe asumirá que Enap goza de una posición dominante en el mercado relevante definido, por lo que se estudiarán los fundamentos de la conducta denunciada y si la misma es constitutiva de abuso de posición dominante por parte de Enap.

III.2. INCENTIVOS DE ENAP PARA APLICAR EL DESCUENTO

24. Para la semana del 12 al 18 de agosto de 2010, Enap anunció que las bencinas iban a bajar \$3 por litro en la Región Metropolitana, pero las mismas subirían \$1 por litro en el resto del país.

25. Según un comunicado público de la empresa, de 10 de agosto de 2010, la diferencia se explicaba por la aplicación de un descuento estipulado en los contratos de suministro de clientes, con el objeto de liquidar inventarios y traspasar el beneficio a los consumidores finales.

26. Como se expondrá, la conducta desplegada por Enap puede ser explicada por dos circunstancias¹⁰: (i) la diferencia entre las gasolinas que se comercializan en la Región Metropolitana y las de regiones, producto de la aplicación de las normas medioambientales y; (ii) los costos de mantenimiento de los inventarios, como son, entre otros, el de almacenamiento y de obsolescencia.

III.2.1. NORMATIVA MEDIOAMBIENTAL APLICADA A LAS GASOLINAS

27. La gasolina que se comercializa en la Región Metropolitana es un producto diferente al comercializado en el resto del país, ya que la exigencia de calidad de las gasolinas es heterogéneo, siendo de mayor calidad las gasolinas comercializadas en la Región Metropolitana.

⁹ A este respecto, la calidad de las gasolinas exigidas en Chile por las normativas medioambientales -en especial para la Región Metropolitana-, puede dificultar la importación de combustibles por parte de las empresas mayoristas y limitar sus posibilidades de ser una alternativa a los combustibles comercializados en Chile por la Enap.

¹⁰ Estas explicaciones son corroboradas por información aportada por Enap a este expediente, como se verá en este Informe.

28. En efecto, el Plan de Prevención y Descontaminación Atmosférica de la Región Metropolitana, introdujo en el año 2004 los requisitos que debía cumplir la gasolina que se comercialice en esta región del país. Este plan se revisó mediante el Decreto Supremo N° 66, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 16 de abril de 2010, que “Revisa, reformula y actualiza plan de prevención de descontaminación atmosférica para la RM (PPDA)”.
29. Este Decreto Supremo establece los requisitos a las gasolinas que se expendan en la Región Metropolitana, a contar de su fecha de publicación. Estos requisitos se presentan en el Cuadro N° 3.

Cuadro N° 3
Especificaciones Gasolinas Sin Plomo Región Metropolitana

Requisitos	Unidad	Límite		Método de Ensayo
		Máximo	Mínimo	
Destilación				ASTM D 86
	10%	°C(°F)	70 (158)	
	50%	°C(°F)	121 (250)	
	90%	°C(°F)	177 (351)	
	PFE	°C(°F)	225 (437)	
	Residuo	%V/V	2	
Presión de Vapor Reid				ASTM D323, D4953, D5191
	kPa(Psi)		55(8) (i)	
	kPa(Psi)		69(10) (ii)	
Valor por Líquido				
Razón V/L a Temperatura ensayo 47°C (117° F) máximo	V/L		20	ASTM D4814
Corrosión Lámina de Cobre	N°		1	ASTM D130
Goma existente	Mg/100MI		5	ASTM D381
Estabilidad a la Oxidación	Minutos		240	ASTM D525 ASTM D4053, D3606, D5580
Benceno	%V/V		1	
Fósforo			Informar (iii)	ASTM D3231 ASTM D6293, D1319, D6839
Aromáticos	%V/V		38	ASTM D6293, D1319, D6839
Olefinas	%V/V		12	ASTM D6293, D4815
Oxígeno	%MM		2 (iv)	
MTBE	%V/V		Informar	
DIPE	%V/V		Informar	
Plomo	Gr/Lt		0,013	ASTM D3237, D5059 ASTM D5453, D7039, D2622
Azufre	PPM		15 (v)	
Número Octano Research	N°		(vi)	ASTM D2699
Número Octano Motor	N°		Informar	ASTM D2700

(i) Verano 1° septiembre a 31 marzo.

(ii) Invierno 1° Abril a 31 agosto.

(iii) No deben agregarse compuestos fosforados a la gasolina; para casos de arbitraje debe usarse el metodo ASTM D3231.

(iv) El uso de gasolinas con estos componentes estará sujeto a la aprobación del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, previa consulta a los organismos componentes. Los certificados de calidad instruidos por resolución de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, deberán identificar el o los compuestos oxigenados utilizados, señalando, además su porcentaje de mezcla.

(v) Hasta tres meses contados desde la publicación del presente Decreto en el Diario Oficial, el parámetro permitido será del 30 ppm máximo

(vi) Valor mínimo según rotulación Gasolina 93, 95 0 97.

30. Por otra parte, las gasolinas sin plomo que se expenden en regiones distintas a la Región Metropolitana, deberán cumplir con las siguientes especificaciones, según el Decreto Supremo N° 319, del Ministerio de Economía (de 17 de enero de 2006), a partir de marzo del año 2006.

Cuadro N° 4
Especificaciones Gasolinas Sin Plomo Resto País

Requisitos	Unidad	Límite Máximo / Mínimo		Método de Ensayo
Destilación				ASTM D 86
	10%	°C(°F)	70 (158)	
	50%	°C(°F)	121 (250)	
	90%	°C(°F)	177 (351)	
	PFE	°C(°F)	225 (437)	
	Residuo	%V/V	2	
Presión de Vapor	kPa (Psi)		69 (10)	ASTM D323, D4953, D5191
Razón Valor por Líquido				
Razón V/L a Temperatura ensayo 47°C (117° F) máximo	V/L		20	ASTM D4814
Corrosión Lámina de Cobre	N°		1	ASTM D130
Goma Existente	Mg/100ml		5	ASTM D381
Estabilidad a la Oxigenación	Minutos		240	ASTM D525 ASTM D4053, D3606, D5580
Benceno	%V/V		1	ASTM D3231
Fósforo			Informar (i)	ASTM D6293, D1319, D6839
Aromáticos	%V/V		38	ASTM D6293, D1319, D6839
Olefinas			20	ASTM D6293, D1319, D6839
Oxígeno	%M/M		2	D4815
MTBE	%V/V		Informar	
DIPE	%V/V		Informar	
Plomo	Gr/Lt		0,013	ASTM D3237, D5059
Azufre	%M/M		0,003	ASTM D5453, D7039, D2622
Número de Octanos Research	N°		(ii)	ASTM D2699
Número Octano Motor	N°		Informar	ASTM D2700

(i) No deben agregarse compuestos fosforados a la gasolina; para casos de arbitraje debe usarse el método de ASTM D3231

(ii) Valor mínimo según rotulación Gasolina Ultraverde 93, 95 o 97.

31. Por lo tanto, las especificaciones exigidas por el plan de descontaminación de la Región Metropolitana, determinan que la gasolina comercializada en esta región sea un producto diferente al comercializado en el resto del país. En efecto, de acuerdo a la información contenida en el Cuadro N° 3 y en el Cuadro N° 4, se observan diferencias en los siguientes requisitos: presión de vapor; olefinas y azufre.
32. De esta manera, y cumpliendo con la referida normativa medioambiental, tanto Enap como las compañías distribuidoras mayoristas deben comercializar dentro de la Región Metropolitana las gasolinas especificadas para la misma.
33. Por otra parte, se debe tener en consideración que existe un aspecto de la normativa sobre la calidad de las gasolinas, que se aplica temporalmente, según si se está en época de “verano” o “invierno”. En efecto, en las especificaciones del Plan de Descontaminación para la Región Metropolitana, se observa para el requisito “presión de Vapor Reid”¹¹ una diferenciación temporal, vale decir, existe una especificación para verano (desde el 1° de septiembre hasta el 31 de marzo) y otra para la época de invierno (desde el 1° de abril hasta el 31 de agosto). Para el caso de esta denuncia, se debe tener presente que a partir del 1° de septiembre de cada año entra en vigor la normativa de especificación de verano para las gasolinas¹².
34. Como consecuencia de lo expuesto, vale decir, el hecho de existir una normativa diferente de gasolinas para la Región Metropolitana en relación a las demás regiones del país y al hecho de haber estado pronta la entrada en vigencia de la norma de especificación de gasolinas para la temporada de verano, Enap vio como alternativa comercial la liquidación de sus inventarios de gasolinas con especificación de invierno entre sus clientes de la Región Metropolitana, con objeto de reducir al máximo sus inventarios de tales

¹¹ La presión de vapor Reid es una medida de la facilidad de evaporación de las fracciones livianas de una gasolina.

¹² Ver Cuadro N° 3, que indica las especificaciones de gasolinas sin plomo para la Región Metropolitana.

productos y poder cumplir con la normativa medioambiental que entraría en vigencia.

III.2.2. ALTERNATIVAS COMERCIALES DE ENAP¹³

35. Las alternativas comerciales de Enap a la aplicación del descuento a gasolinas en la Región Metropolitana, eran la comercialización de estas gasolinas en Regiones o la exportación de las mismas a mercados internacionales. Como se explica a continuación, éstas dos alternativas eran menos rentables para Enap que la liquidación de sus inventarios en la Región Metropolitana, traspasando en última instancia el beneficio al consumidor final¹⁴.
36. Enap indicó a esta Fiscalía que las gasolinas con especificaciones de invierno y para la Región Metropolitana se encontraban almacenadas en los estanques de la Refinería Aconcagua, en Concón, y en los estanques de la Planta Almacenadora de Maipú.
37. Como se observa en la Cuadro N°5, ante la alternativa de Enap de comercializar las gasolinas en Regiones, dicha empresa hubiese tenido que movilizar las gasolinas almacenadas en los estanques de Maipú de vuelta a sus instalaciones en Concón, para luego comercializar las mismas en la Quinta Región. Se considera la Quinta Región, puesto que Enap distribuye sus productos para esta Región en la refinería Aconcagua y por lo tanto, no tiene que incurrir en costos logísticos de transporte. Al comercializar las gasolinas con especificación Región Metropolitana en Regiones, Enap hubiera tenido que aplicar el precio correspondiente a Regiones, en este caso al de la Quinta Región, el cual es menor al precio de los productos en Maipú.¹⁵ Por lo tanto, al sumar estos gastos/perdidas potencialmente incurridos por Enap, era más

¹³ Elaborado en base a respuesta confidencial que entregó Enap a la Fiscalía Nacional Económica con fecha 8 de noviembre de 2010.

¹⁴ De acuerdo al sondeo de precios de combustibles que realiza el Sernac en forma semanal para la Región Metropolitana, se observa que los precios para las gasolinas para el día 16 de agosto de 2010 eran menores en comparación a los precios del día 9 de agosto de 2010.

¹⁵ Cabe indicar que el mayor precio de Enap para las gasolinas en la Región Metropolitana se debe no sólo a los costos de transporte sino también a las especificaciones particulares de la gasolina que se comercializa en la Región Metropolitana.

eficiente para la empresa ofrecer el descuento en la Región Metropolitana, puesto que con este descuento la empresa incurría en una pérdida de \$■ por litro, en tanto al comercializarlas en regiones incurría en aproximadamente \$■ por litro. Además con esta alternativa comercial no se aumentaba el bienestar social, puesto que los consumidores de la Región Metropolitana no hubieran accedido a menores precios y Enap hubiera incurrido en mayores pérdidas.

Cuadro N°5
Alternativa Comercialización en Regiones¹⁶ (\$/litro)

Transporte Oleoducto Maipú-Concón (1)	■
Diferencia precio Enap a mayoristas entre Maipú y Concón (2)	■
Gastos y/o pérdidas incurridas por Enap (1+2)	■
Aumento precio en Regiones ¹⁷	■
Ganancia/Gastos (3-1-2)	■
Descuento en Región Metropolitana	■

38. Por otra parte, la otra alternativa comercial de Enap hubiera sido la exportación de las gasolinas con especificaciones Región Metropolitana. Esta alternativa implica para Enap mayores costos de logística, puesto que no sólo la empresa debía movilizar las gasolinas de vuelta a sus instalaciones en Quintero, sino que luego debía transportar las mismas hasta alguno de sus mercados de exportación, por ejemplo, ■, lo que significaba incurrir en costos de fletes y pagos por estadía en los terminales marítimos. Igualmente con esta alternativa comercial no se aumentaba el bienestar social.

III.2.3. AHORRO DE COSTOS LOGÍSTICOS¹⁸

39. Como se indicó en forma anterior, los inventarios tienen asociados a si costos de mantenimiento, que entre otros están los de almacenamiento, de obsolescencia y de oportunidad.

¹⁶ En base a datos estimados por la Fiscalía. El costo del transporte del oleoducto Maipú-Concón se estima en base a los datos informados por Enap sobre la estructura de precios de esta empresa a distribuidores mayoristas en Santiago. La diferencia de precios de Enap entre Maipú y Concón para distribuidores mayoristas, se calcula en base ■ de los precios en estos dos puntos de entrega informados por Enap a esta Fiscalía.

¹⁷ Se considera que Enap no hubiera disminuido los precios a nivel nacional, puesto que el stock de gasolinas con especificación Región Metropolitana, era precisamente relacionado a este mercado y no en relación al resto de las regiones, las cuales consumen gasolinas con otras especificaciones.

¹⁸ En base a respuesta confidencial que entregó Enap a la Fiscalía Nacional Económica con fecha 8 de noviembre de 2010.

40. Por lo tanto, la liquidación de inventarios significó para Enap:

- a. Un ahorro efectivo en el costo de almacenamiento del producto, al estar el mismo almacenado por un menor tiempo.
- b. Un ahorro en el costo de oportunidad de uso de los estanques. En efecto, al estar los estanques de almacenamiento ocupados con este tipo de gasolina -que cumplía una especificación normativa a punto de vencer, la de invierno-, significaba que Enap no podía almacenar las “nuevas” gasolinas -que cumplían con la norma de especificación de verano. Por lo tanto, Enap requería liberar capacidad de almacenamiento para almacenar gasolinas que cumplieran con las especificaciones de verano.¹⁹
- c. Evitar la obsolescencia del producto, por la entrada en vigencia de la normativa específica a la época de verano y el costo asociado a esta obsolescencia.²⁰

41. De esta manera, lo más eficiente para Enap era ofrecer dicho producto a un menor precio, de manera de poder incentivar una mayor demanda por parte de sus clientes situados en la Región Metropolitana.

42. Por lo tanto, el descuento aplicado por Enap tiene justificación económica, ya que la liquidación de inventarios representaba para esta empresa un ahorro en costos, ahorro que dicha empresa traspasó a sus clientes –compañías distribuidoras- mediante la aplicación de un menor precio.

IV. EL OTORGAMIENTO DE ESTE DESCUENTO NO ES ABUSIVO

43. Si bien ya se han señalado explicaciones para comprender las motivaciones de Enap para aplicar el descuento en estudio, ahora se debe determinar si la

¹⁹ Enap requería por lo menos liberar capacidad de los estanques de almacenamiento de Maipú con dos semanas de anticipación al 1º de septiembre. En efecto, si se considera que la fiscalización por parte de la SEC de la venta de gasolinas con especificación verano se puede realizar la primera semana de septiembre, las compañías de distribución de combustibles deben a lo menos realizar sus compras de este tipo de gasolina la última semana de agosto. Esto implica que Enap deba tener almacenado el producto en sus estanques de Maipú la tercera semana de Agosto, teniendo para ello que liberar los mismos de las gasolinas con especificación de invierno la primera o segunda semana de Agosto.

²⁰ Este costo está asociado a los requerimientos de logística necesarios retirar el producto de los estanques de almacenamiento de Maipú y comercializar el mismo en otros mercados.

aplicación del mismo ha dado lugar a una infracción al D.L. N° 211. En doctrina, una conducta abusiva, como lo puede ser la discriminación arbitraria, podría serlo desde dos perspectivas: exclusoria y explotativa. Como veremos a continuación, la conducta de Enap no puede ser considerada abusiva desde ninguna de las dos perspectivas.

44. Por una parte, el descuento aplicado no puede ser considerado como un abuso conducente a excluir competidores de este mercado. En efecto, no se observa de qué forma, como consecuencia de los hechos analizados, Enap pudiera estar en posición de impedir el acceso al mercado por parte de un potencial competidor o de restringir la competencia de otros actores del mercado, por ejemplo, por medio de limitar la posibilidad de importación de productos -en particular, al considerar lo limitado en el tiempo de los efectos del descuento aplicado. Por lo tanto, no es posible concluir que como consecuencia de la aplicación de este descuento se haya limitado la competencia en los mercados materia de este Informe y a los relacionados a ellos, en particular, los de importación y distribución mayorista de gasolin²¹. Además, cabe considerar que este descuento -menor precio- estaba disponible en las mismas condiciones para todos los clientes que Enap tiene en la planta de almacenamiento de Maipú.

45. Por otra parte, la conducta de Enap tampoco puede ser considerada como explotativa de su posición dominante, ya que, como se ha visto, la misma cuenta con razones económicas que permiten explicarla y descartar que la misma constituya una mera explotación de los consumidores, ni en la Región

²¹ Ahora bien, desde una perspectiva diferente, cabe indicar que Enap tiene como política comercial actual [REDACTED]. En efecto, la nueva política comercial de Enap, que entró en vigencia el primero de diciembre de 2009, contempla para sus clientes un descuento por programación en base a volúmenes contratados por plazos a un [REDACTED]. Con la implementación de esta política comercial Enap podría, eventualmente, incrementar su participación de mercado, [REDACTED]. Sin embargo, la Fiscalía Nacional Económica no cuenta, por ahora, con antecedentes para sostener que este descuento responda únicamente a razones estratégicas - como por ejemplo, restringir la competencia en el mercado-, lo que constituiría un abuso de posición dominante por parte de Enap, sino que el mismo podría responder a razones de eficiencia que benefician a la empresa (por ejemplo, la obtención de mejores precios en sus compras de crudo, mejor programación de sus refinerías, etc.).

Metropolitana, ni en provincias. Además, no se puede considerar este descuento como explotativo, ya que no se observan ganancias excesivas.

46. En efecto, debido a que en Chile existe libertad para la importación de combustibles líquidos y libertad de precios, éstos se rigen por sus cotizaciones internacionales a través de la paridad de importación. En términos generales, el precio de paridad se define como el costo alternativo de importar combustibles líquidos por parte de los agentes locales desde un mercado competitivo. Por lo tanto, dicho precio se convierte en una aproximación teórica que permite establecer un precio competitivo con el costo alternativo de importar.
47. Enap basaría su política de precios de productos refinados en la paridad de importación, intentando reflejar el costo real de importación. De acuerdo a lo indicado por las compañías distribuidoras mayoristas a la Fiscalía Nacional Económica, el precio de paridad de importación calculado por Enap reflejaría los costos de importación y, por lo tanto, sería un precio competitivo.
48. Esta política significa que los precios de los combustibles tanto en la Región Metropolitana como en el resto del país, tendrían como base para su cálculo el precio de paridad de importación, lo que implica que el descuento aplicado por Enap también tuvo su base en este precio.
49. Por lo tanto, ni el precio cobrado en la Región Metropolitana, ni el cobrado al resto de las regiones del país, podrían ser considerados como explotativos -ya que se calculan sobre una misma base, el precio de paridad de importación, precio considerado por los clientes de Enap como un precio competitivo y de mercado.
50. Cabe mencionar, además, que el descuento aplicado por Enap cumple con lo señalado por la jurisprudencia de los órganos de la Libre Competencia en materia de descuentos.

51. Estas decisiones señalan, básicamente, que los mismos deben cumplir con las siguientes condiciones para no ser calificados como contrarios a la libre competencia²²:

- a. El descuento no debe discriminar entre clientes que cumplan con las mismas condiciones, vale decir, los descuentos deben ser generales, objetivos y públicos. Al respecto, las condiciones asociadas al descuento otorgado por Enap están en concordancia con lo señalado por la jurisprudencia nacional en materia de descuentos, ya que -dentro de la discriminación geográfica de precios que realizó esta empresa-, no se ha observado una discriminación de precios entre las compañías de distribución mayorista, Enap habría cobrado el mismo precio a todas ellas. Por lo tanto, todos los clientes de Enap que cumplían las mismas condiciones (compra en Maipú) pudieron acceder a él.²³
- b. La diferencia en precios debe estar explicada por una diferencia en costos. En el caso en estudio, se identifica una justificación económica para la aplicación de descuento y un ahorro en costos de mantenimiento de inventarios, principalmente.
- c. El descuento no debe restringir la competencia en el mercado. Como ya se ha explicado, el descuento no representó un comportamiento estratégico por parte de Enap para limitar y/o mitigar la competencia en los mercados relacionados.

²² Por ejemplo, la H. Comisión Preventiva Central, en su Dictamen N° 139, de 18 de enero de 1976, señaló: *“Las diferencias de precios sólo deben emanar de antecedentes objetivos e impersonales derivados de la venta misma, aplicables de una manera general a todos los compradores o clientes de la empresa, como serían las diferencias de volumen o modalidades de pago. Toda discriminación de otra naturaleza, en los precios de venta es ilegítima”*. En mismo sentido, la misma H. Comisión, en su Dictamen N° 414, de 2 de mayo de 1984, señaló: *“Los descuentos por volumen son aceptables cuando responden a economías efectivas en los costos del proveedor y no son discriminatorios, esto es, si están estructurados en forma objetiva y lógica y no dan lugar a dudas respecto a su aplicación a clientes que cumplan las mismas condiciones. Son objetables, en cambio, los descuentos que permiten que los compradores más importantes compitan deslealmente con otros compradores, utilizando su poder en el mercado para solicitar descuentos por volumen que no corresponden a una efectiva economía para el proveedor, dejando fuera de competencia a competidores más pequeños o que recién ingresan al mercado relevante, por eficientes que sean”*.

²³ La Fiscalía Nacional Económica corroboró que todos los clientes de Enap enfrentaron el mismo precio de compra de gasolinas en la Región Metropolitana para la semana del 12 de Agosto de 2010.

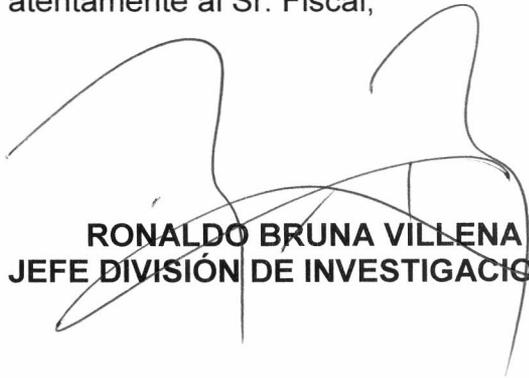
52. Por último, desde otra perspectiva, la conducta tampoco puede ser considerada como una discriminación arbitraria, ya que la misma ha contado con fundamentos económicos objetivos que permiten justificarla -la liquidación de inventarios de un producto con características particulares asociado a una zona geográfica específica y sometido a un vencimiento de la normativa que lo regía. Vale decir, si bien se puede sostener que ha existido una discriminación que privilegiaría a una región del país por sobre las demás, ésta no puede considerarse arbitraria, ya que la misma cuenta con argumentos que la explican racionalmente.

V. RECOMENDACIÓN

53. Del análisis de los antecedentes, se concluye que en este caso no existen elementos que den cuenta de eventuales infracciones al Decreto Ley N° 211 que justifiquen la apertura de una investigación, por lo que se recomienda al Sr. Fiscal, salvo su mejor parecer, el archivo de los antecedentes.

54. En particular, la conducta de Enap de aplicar un descuento a la comercialización de las gasolinas en la Región Metropolitana no puede ser catalogada como un acto de discriminación arbitraria constitutivo de abuso de posición dominante. Lo anterior, sin perjuicio que no es de competencia de esta Fiscalía determinar la ocurrencia de eventuales infracciones a la Constitución Política de la República.

Saluda atentamente al Sr. Fiscal,



RONALDO BRUNA VILLENA
JEFE DIVISIÓN DE INVESTIGACIONES



POS/PSM/BAY