

ANT.: Fiscalización del cumplimiento de las medidas de mitigación impuestas en la adquisición de activos de Petróleos Trasandinos y Operaciones y Servicios Terpel por parte de Quiñenco S.A.

Rol F14-2013.

MAT.: Informe de archivo.

Santiago, 02 OCT. 2014

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : SUBFISCAL NACIONAL (S)

Por medio del presente, remito a usted informe relativo a la fiscalización de las medidas de mitigación impuestas por la Excm. Corte Suprema en la adquisición de activos de Petróleos Trasandinos S.A. (“**Petrans**”) y Operaciones y Servicios Terpel Ltda. (“**Opese**”) por parte de Quiñenco S.A. (“**Quiñenco**”), mediante sentencia de fecha 2 de enero de 2013 (Rol 3993-2012). En base a las razones que a continuación se exponen –y sin perjuicio de las importantes prevenciones que en su oportunidad se formulan– se recomienda archivar la investigación del Antecedente.

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 10 de noviembre de 2011, previo a su materialización, Organización Terpel Chile S.A. y, posteriormente, Quiñenco, formularon consulta al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“**TDLC**”) acerca de la adquisición de los activos de las empresas Petrans y Opese por parte Quiñenco (la “**Operación**”), sosteniendo que la misma no importaba infracción a las normas del Decreto Ley N° 211 de 1973¹. Dicha operación

¹ DFL N° 1/2004 Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (“Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973”), en adelante referido simplemente como “**Decreto Ley 211**” o “**DL 211**”.

–ejecutada y consultada al H. Tribunal en cumplimiento de lo dispuesto en su Resolución 34/2011²– importaba una operación de concentración de carácter horizontal, toda vez que Enex S.A. (“Enex”), filial de Quiñenco, participa, entre otros, del negocio de comercialización y distribución de combustibles líquidos –en el segmento minorista, a través de estaciones de servicio operadas bajo la marca Shell, de la cual dicha empresa es licenciataria–. Las empresas cuyos activos se adquirirían, a su vez, participaban del mismo negocio –en el segmento minorista, a través de estaciones de servicio operadas bajo la bandera Terpel–.

2. En el marco del procedimiento iniciado con motivo de dicha consulta (Rol NC 399-11 TDLC), esta Fiscalía evacuó informe sobre los efectos que la Operación importaba para la competencia, solicitando que su aprobación se condicionara al cumplimiento de determinadas medidas de mitigación. En específico, solicitó la desinversión estaciones de servicio en determinadas comunas en que se producían importantes niveles de concentración a consecuencia de la Operación y que se tomaran las medidas necesarias para dar opción a terceros de requerir capacidad instalada de almacenamiento de combustibles en determinados contratos celebrados por Terpel con ENAP y Oxiquim.
3. Con fecha 26 de abril de 2012 el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictó la Resolución 39/2012, declarando, entre otros, que la Operación consultada era contraria a las normas de libre competencia³.
4. En contra de dicha resolución, Terpel Chile S.A., Petrans, Quiñenco y Enex S.A. (“Enex”) interpusieron sendos recursos de reclamación, solicitando se declarase, entre otros, que la entonces proyectada adquisición de activos se ajustaba a las normas de la libre competencia.

² TDLC. Resolución N°34/2011 (26 mayo 2011). Dicha Resolución –relativa a la “Consulta de Copec S.A. sobre los efectos en Chile de su participación en la propiedad de Terpel Colombia y Medidas de Mitigación” (Rol NC 380-10)–, estableció como condición de licitud de lo consultado por Copec S.A., entre otras, la enajenación de la totalidad de los activos tangibles e intangibles que conformaban el patrimonio de Organización Terpel Chile Limitada y que son propios del giro de dicha empresa (Condición Primera) y la consulta previa al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en caso de que dichos activos se enajenasen a alguna empresa participante del mercado de la refinación o de la distribución de combustibles líquidos, o a sus matrices o personas relacionadas (Condición Tercera).

³ La decisión fue aprobada con el voto en contra de los ministros Sres. Menchaca y Peña, quienes estuvieron por aprobar la operación consultada pura y simplemente (sin establecer medidas de mitigación).

5. Pronunciándose sobre dichos recursos, la Excm. Corte Suprema resolvió aprobar la operación de concentración consultada (sentencia de 2 de enero de 2013, Rol 3993-2012⁴), condicionándola al cumplimiento de determinadas medidas de mitigación en los siguientes términos (Considerando trigésimo tercero):

a) En primer término se debe efectuar la desinversión de estaciones de servicio en todas aquellas comunas en que operan tanto Enx como Terpel y en las que, producto de la operación consultada, la variación del índice de concentración supera los umbrales establecidos en la Guía sobre Operaciones de Concentración elaborada por la Fiscalía Nacional Económica. Tal desinversión deberá ser realizada mediante una licitación pública, sin precio de reserva, en el plazo de 6 meses contados desde que se lleve a cabo la operación consultada.

b) Además, en lo referente a los contratos de arrendamiento y capacidad de almacenamiento celebrados por Terpel Chile, ellos deben ser finiquitados en el mismo plazo señalado para la desinversión, de manera que cualquier persona natural o jurídica pueda requerir capacidad de almacenamiento en dichas instalaciones para utilizarlas en sus operaciones.

6. Con el objeto de fiscalizar el cumplimiento de estas medidas, con fecha 11 de junio de 2013 esta Fiscalía dio inicio a la investigación de Rol F14-2013, en el marco de la cual se evacúa este informe.
7. Previamente, durante enero del mismo año, se había determinado –con aceptación de las empresas obligadas al cumplimiento de las medidas de mitigación– que eran 61 las comunas del país en que se superaban, a consecuencia de la Operación, los umbrales HHI establecidos en la Guía ($HHI > 2500$ y $\Delta IHH < 100$, valores indicativos de un mercado altamente concentrado)⁵. El listado de dichas comunas –en las que procedía efectuar desinversión de una estación de servicio conforme a lo dispuesto en la letra a) del Considerando trigésimo tercero de la sentencia de la Excm. Corte– y

⁴ En adelante, también "la sentencia de la Corte Suprema" o, simplemente, la "Sentencia".

⁵ Fiscalía Nacional Económica. "Guía Para el Análisis de Operaciones de Concentración". Octubre 2012 (la "Guía"). Disponible en: www.fne.cl. Véase la sección I.2.4. "Concentración y umbrales", letra c.

sus respectivos Índices HHI, puede consultarse en el Anexo N°1 de este informe.

8. El 27 de junio de 2013 Quiñenco comunicó a la Superintendencia de Valores y Seguros a través de hecho esencial que con esa misma fecha materializaba la Operación. Por lo anterior, ese día comenzó a correr el plazo establecido por la Corte Suprema para cumplir con las medidas de mitigación establecidas, cumpliéndose, en consecuencia, el 27 de diciembre de 2013.

II. ACCIONES REALIZADAS EN CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE MITIGACIÓN Y EVALUACIÓN DE SU SUFICIENCIA

A. Terminación de contratos de arrendamiento de infraestructura destinada al almacenamiento de combustibles líquidos (Considerando trigésimo tercero letra b, sentencia Excma. Corte Suprema)

9. En línea con lo que esta Fiscalía informara frente al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Excma. Corte Suprema en su oportunidad, los contratos de arrendamiento de instalaciones para el almacenamiento de combustibles líquidos que corresponden a los aludidos en la letra b) del considerando trigésimo tercero de la sentencia de la Corte Suprema son aquellos celebrados entre Petrans y Oxiquim S.A. (“**Oxiquim**”) –para los depósitos de combustibles de dicha empresa ubicados en las localidades de (i) Quintero y (ii) Coronel– y entre Petrans y la división de refinerías de la Empresa Nacional de Petróleo (Enap Refinerías S.A., “**Enap Refinerías**”) –para los depósitos de combustibles de dicha empresa ubicados en las comunas de (iii) Maipú y (iv) Linares–. Tal como esta Fiscalía expusiera, el objeto de tal medida es que terceros (competidores o potenciales competidores de la entidad fusionada) pudieran requerir la capacidad de dichas empresas para el almacenamiento de combustibles.
10. Conforme a la información acompañada al expediente durante el procedimiento de fiscalización, el contrato mediante el cual Petrans requería capacidad para el abastecimiento de combustibles de Oxiquim en el depósito de Quintero expiró antes del plazo otorgado por la Corte Suprema⁶. A su vez, a esta Fiscalía se ha hecho presente que Petrans remitió oportunamente

⁶ Véase la Nota 3 del Anexo Confidencial de este Informe.

carta a Oxiquim con el objeto de poner término –a partir del 27 de diciembre de ese año–, al acuerdo mediante el cual se requería la capacidad de almacenamiento de esta empresa para los depósitos de Coronel⁷.

11. De modo análogo, Petrans envió oportunamente cartas de término a Enap Refinerías, mediante las cuales manifestó su voluntad de poner término –a partir del 27 de diciembre de ese año–, a los contratos de almacenamiento de combustibles líquidos en las plantas de Maipú y Linares⁸. Enap Refinerías, a su vez, acusó recibo de dichas cartas, manifestando su disposición a dar liquidación y finiquito a los respectivos contratos, de conformidad a las condiciones pactadas en ellos⁹.
12. Consultada sobre el particular, Enex manifestó con fecha 26 de diciembre haber cesado completamente sus operaciones en los aludidos depósitos de Oxiquim y Enap Refinerías¹⁰.
13. Posteriormente, en el curso del mes de mayo del presente y en respuesta a oficios enviados con el objeto de realizar una nueva verificación, tanto Oxiquim como Enap Refinerías han confirmado que ni Petrans, ni Enex ni sus relacionadas, utilizan su infraestructura para el almacenamiento de combustibles líquidos en dichas instalaciones. Ello fue, a su vez, confirmado por Enex a la misma época¹¹.
14. Atendido lo anterior, cabe estimar que la entidad fusionada ha cumplido satisfactoriamente con lo establecido en la letra b) del Considerando trigésimo tercero de la sentencia de la Excm. Corte Suprema, sobre lo que se volverá en la Conclusión (*infra*, párrafos 60 ss.).

⁷ Véase la Nota 4 del Anexo Confidencial de este Informe.

⁸ Véase la Nota 5 del Anexo Confidencial de este Informe.

⁹ Véase la Nota 6 del Anexo Confidencial de este Informe.

¹⁰ Véase la Nota 7 del Anexo Confidencial de este Informe.

¹¹ *Idem*.

B. Desinversión de Estaciones de Servicio en comunas en que se superan los umbrales de la Guía producto de la Operación (Considerando trigésimo tercero letra a, sentencia Excma. Corte Suprema)

i. Licitación/Remate de Estaciones de Servicio desarrollado por Enex/Macal. Bases y contenido

15. Desde principios del mes de julio de 2013, Enex anunció a través de la prensa escrita nacional, mediante avisaje, la realización de un proceso de "licitación y posterior remate" de 61 estaciones de servicio (en adelante, también, "EDS"), ubicadas, cada una, en una de las 61 comunas del país en que se determinó que se superaban los umbrales establecidos en la Guía¹² (*supra*, párrafo 7).
16. Dichos anuncios daban cuenta de una licitación por unidad (i.e. cada estación de servicio ofrecida en lotes separados) y sin precio de reserva¹³, elementos que constan también en las respectivas bases del proceso (las "Bases")¹⁴⁻¹⁵. Conforme al procedimiento contemplado en ellas, los interesados debían formular ofertas y otorgar determinadas garantías de seriedad en la Etapa I ("licitación pública"), pudiendo participar de la Etapa II ("remate") las cinco mejores ofertas recibidas en la primera fase.
17. La conclusión de la Etapa I se estableció a las 9:30 horas del día 4 de septiembre de 2013 (fecha límite de formulación de ofertas) y la realización de la Etapa II (remate) se dispuso a las 12:00 hrs. del mismo día en las dependencias de Remates Macal Limitada ("Macal").
18. En cuanto al contenido específico de los activos ofrecidos por Enex o Petrans, la parte general de las Bases dio cuenta que el objeto del proceso

¹² A efectos de facilitar la individualización de las estaciones de servicio objeto de desinversión, las mismas son aludidas, en adelante, refiriendo sólo la comuna en que se emplazan. La individualización de cada EDS desinvertida puede consultarse en el Anexo N°2 de este Informe, al que se alude en el cuerpo del texto más abajo.

¹³ Véase por ejemplo El Mercurio, 7 de julio 2013, B-28.

¹⁴ Enex/Macal. "Bases de Licitación Pública de Estaciones de Servicio de Empresa Nacional de Energía Enex S.A. o de Petróleos Trasandinos S.A. Miércoles 4 de septiembre de 2013 a las 12:00 horas". Las bases debían comprarse a un precio de \$50.000.- en oficinas de Macal por los interesados en participar del proceso.

¹⁵ En lo que respecta a la inexistencia de precio mínimo, ella está expresamente consagrada en el Capítulo II de las Bases, sin perjuicio haberse reservado las empresas licitantes la facultad de declarar desierta la licitación si, en los casos en que la enajenación de una EDS comprendía la propiedad del inmueble en el que se ubica, se cumplían los presupuestos establecidos en el artículo 1889 del Código Civil (relativos a la lesión enorme en la compraventa de bienes raíces).

En lo que respecta al carácter público del proceso de licitación/remate, se estableció que podría participar del mismo "cualquier persona natural o jurídica de derecho público o privado, constituida o no en Chile" (Vid. Bases, Capítulo IV).

era dar cumplimiento a las medidas de mitigación impuestas por la Excm. Corte¹⁶ y que, en concordancia con ello, los licitantes lo realizaban *“para que se produzca real y efectivamente la transferencia a terceros de la posición y calidad jurídica que detentan actualmente Enex o Petrans, ambas distribuidoras y comercializadoras de combustibles líquidos a través de estaciones de servicio”*¹⁷. Conforme a los distintos modos de operar EDS por parte de las empresas obligadas a cumplir con las medidas de mitigación, esa posición jurídica podía variar notablemente para las distintas estaciones ofrecidas.

19. Así, en lo que respecta a su modo de explotación, Enex o Petrans podían desarrollar la actividad propia del establecimiento comercial por sí o a través de terceros concesionarios, operadores, consignatarios y/o distribuidores de combustibles bajo licencia. A su vez, respecto del inmueble donde operaba cada estación de servicio, las licitantes podían tener la propiedad, ser arrendatarias o usufructuarias de las del inmueble donde éstas operaban o, en último término, podían no tener derechos sobre el inmueble dedicado al funcionamiento de la estación.
20. Conforme a lo anterior –y expuesto de modo sintético– el conjunto de activos licitados para cada estación de servicio comprendieron: (i) los derechos que las licitantes tenían para desarrollar actividades en el inmueble donde operaba la EDS, cuando existían (transferencia de la propiedad; cesión de derechos de usufructo; cesión de contratos de arrendamiento o subarrendamiento); (ii) en algunos casos, la cesión de los otros contratos que vinculaban a las licitantes con terceros para la explotación de las EDS (v.gr. contratos con terceros licenciarios o distribuidores de combustibles); y (iii) los equipos y demás bienes muebles emplazados en cada estación de servicio, propios del giro y necesarios para su operación (dispensadores/surtidores, estanques, mobiliario de oficinas o tiendas de conveniencia, marquesinas, compresores de aire, etc.)¹⁸⁻¹⁹.

¹⁶ Véanse las Bases del proceso de licitación/remate (Introducción, numerales 1 y 2).

¹⁷ Véanse las Bases del proceso de licitación/remate (Introducción, numeral 4).

¹⁸ Se excluyó, no obstante, el *stock* de combustibles, lubricantes y mercaderías que podía hallarse en las EDS, y las patentes o permisos que podrían llegar a requerirse (Bases, Cap. X, 2), no obstante se informaba respecto de ellas en las Bases Especiales (relativas a cada EDS en particular).

¹⁹ Vale establecer que no comprendían la transferencia de bienes muebles, por evidentes razones, aquellas EDS en que las licitantes no eran propietarias de los utilizados en la respectiva EDS

21. En el Anexo N°2 de este informe puede consultarse la forma de desinversión de cada EDS enajenada –individualizada conforme a su dirección– en relación al inmueble donde opera (propiedad; usufructo; cesión de contratos de arrendamiento o subarrendamiento; cesión de contratos de suministro –casos en que las licitantes solo era suministradores de combustibles a terceros–), que corresponde, con las prevenciones que se formularán (*infra*, Capítulo III), a los derechos que efectivamente determinaban la posición y calidad jurídica de Enx o Petrans respecto dichas EDS.
22. Vale hacer presente que el conjunto de EDS ofrecidas comprendía tanto algunas que eran de propiedad de Enx (operadas bajo la bandera “Shell”) como de Petrans o sus relacionadas²⁰ (operadas bajo bandera “Terpel”)²¹. Conforme a las Bases, en el caso de aquellas estaciones que operaban con bandera “Terpel”, las licitantes ofrecieron la suscripción, a solicitud del adjudicatario (i.e. con carácter opcional), de un contrato de licenciamiento gratuito de la marca Terpel, de tres años de duración, otorgado por Organización Terpel S.A. (“**Terpel Colombia**”)²².
- ii. **Realización del remate de 4 de septiembre de 2013 y posterior realización de un segundo remate con fecha 23 de octubre**
23. A las 12:00 hrs. del día 4 de septiembre de 2013 se realizó el proceso de remate de EDS organizado por Enx/Macal. En dicha fecha fueron adjudicadas al mejor postor 59 de las 61 estaciones de servicio ofrecidas²³.
24. Producto de lo anterior, con fecha 23 de octubre de 2013 –también a través de la empresa Macal y con bases análogas en todo lo fundamental a las ya descritas– se realizó un segundo proceso de licitación, ofreciéndose y

(casos en que las licitantes eran solo suministradoras de combustibles a un tercero que utilizaba bajo licencia sus banderas).

²⁰ En particular, de Operaciones y Servicios Terpel Limitada (Opese).

²¹ El ya citado Anexo N°2 de este Informe indica la bandera con que operaban cada una de las EDS enajenadas previo a la desinversión.

²² Véanse las Bases del proceso de licitación/remate (Capítulo X, numeral 7).

²³ El remate se declaró desierto respecto de dichas EDS conforme a los establecido en el Capítulo II de las Bases (*supra*, nota 16). Atendido el hecho de que el segundo proceso de licitación/remate se realizó dentro del plazo establecido en la Excm. Corte y que, considerado el monto de las mejores ofertas recibidas en el proceso de 4 de septiembre por dichas EDS, la configuración de los presupuestos del artículo 1889 del Código Civil parece plausible (considerando su monto de adjudicación en el segundo proceso), no hay razones de peso para plantear objeciones a este respecto desde la perspectiva del cumplimiento de la medida de mitigación impuesta.

adjudicándose las EDS de servicio no adjudicadas en el primero (estaciones ubicadas en las comunas de Maipú y Paillaco).

25. En el Anexo N°2 de este informe puede consultarse tanto la identidad de los respectivos adjudicatarios de cada EDS como el monto de la respectiva adjudicación.

iii. **Suscripción de contratos por adjudicatarios de estaciones de servicio**

26. Conforme a las bases de los procesos de Remate/Licitación descritos, la firma de los contratos a través de los cuales se produjo la desinversión de cada Estación de Servicio debía realizarse en los 42 días siguientes a la fecha realización del respectivo remate, venciendo el día 16 de octubre de 2013 –para el primer proceso– y el 4 de diciembre –para el segundo (relativo a las EDS ubicadas en las comunas de Maipú y Paillaco)–. Para la mayoría de las EDS ofrecidas, el plazo de suscripción de los respectivos contratos fue cumplido sin retardos graves por los respectivos adjudicatarios y las licitantes, encontrándose celebrados, en consecuencia, antes del 27 de diciembre de 2013²⁴.
27. Excepción a lo anterior constituyen los contratos a través de los cuales se produjo la desinversión de las estaciones de servicio ubicadas en las comunas de San Bernardo y Maipú.
28. Respecto de la primera, Enex acompañó antecedentes al proceso de fiscalización que daban cuenta de la interposición –con fecha 16 de enero de 2014– de una demanda en sede arbitral para el cumplimiento forzado de la obligación de suscribir los respectivos contratos (conforme a las bases del proceso de licitación/remate) por parte del adjudicatario, lo que da cuenta de un actuar diligente orientado conseguir la efectiva desinversión de dicha EDS en un plazo breve²⁵. Posteriormente, durante el curso del mes de mayo del presente, Enex dio cuenta de haber llegado a conciliación con el demandado

²⁴ Excluyendo los casos de Maipú y San Bernardo –tratados en el cuerpo principal del texto–, existe un conjunto menor de contratos suscritos entre el 28 de diciembre de 2013 y el 15 de enero de 2014 (EDS ubicadas en Paillaco, Peñalolén, Castro, San Felipe, Parral, Talca, Temuco Illapel, Buin y Paine). Dado que en dichos casos Enex habría estado llano a su suscripción desde el vencimiento del plazo establecido en las Bases del proceso de licitación/remate y dada la muy breve dilación respecto del plazo final establecido para su cumplimiento, no es permitente, a efectos de este informe, ahondar sobre el particular.

²⁵ Véase la Nota 8 del Anexo Confidencial de este Informe.

en el curso del mes de abril y de haberse transferido la estación de servicios, conforme al acuerdo alcanzado, a un tercero designado por el adjudicatario²⁶.

29. Respecto de la EDS ubicada en la comuna de Maipú, Enex excusó el retardo en la suscripción de los respectivos contratos por parte del adjudicatario en demoras del banco de aquél (quien financiaría la adquisición) derivadas del estudio de los títulos respectivos²⁷. Aunque bajo un criterio de fiscalización estricto podría considerarse que las licitantes debieron tomar acciones análogas a las descritas en el párrafo anterior para lograr la pronta desinversión de la estación de servicio, la suscripción de los respectivos contratos en el curso del mes de marzo del presente²⁸ y el horizonte temporal esperado para dar solución efectiva al problema a través de un juicio arbitral, justifican no plantear reparos sobre particular a las empresas objeto de fiscalización.

iv. Evaluación del conjunto de EDS seleccionadas para desinvertir conforme a su vinculación con Enex o Petrans

30. La medida contenida en la letra a) del Considerando trigésimo tercero de la Sentencia no estableció las EDS específicas que Enex o Petrans debían desinvertir, como tampoco listó un conjunto de opciones disponibles para las obligadas a su cumplimiento²⁹. Ello supuso, en alguna medida, un desafío para el proceso de fiscalización, puesto que los diferentes modos de explotación de las estaciones de servicio (*supra*, párrafo 19) y los derechos más o menos intensivos (o la ausencia de derechos) para usar y gozar del inmueble donde opera cada EDS, abría espacio para una posible selección estratégica de aquéllas que se desinvertirían (v.gr. privilegiando aquellas con las que existían vínculos más débiles).
31. Sin perjuicio que durante la fiscalización –atendido el tenor de lo resuelto por la Excma. Corte–, se ha entendido que esta Fiscalía no podía determinar por

²⁶ *Idem*.

²⁷ Véase la Nota 9 del Anexo Confidencial de este Informe.

²⁸ *Idem*.

²⁹ La medida propuesta originalmente por esta Fiscalía ante el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia solicitaba la desinversión de la estación de servicio con mayor volumen de ventas en la respectiva comuna. No obstante, el tenor de lo dispuesto por la Excma. Corte (*supra*, párrafo 5) no refiere EDS específicas.

si la EDS específica que correspondía desinvertir en cada comuna, se solicitó información a Enx con el objeto de descartar una posible selección estratégica –al menos sistemática– de EDS con las que existían vínculos más débiles. Conforme a dicha información, la proporción EDS desinvertidas que eran de propiedad de Enx o Petrans en las 61 comunas donde procedía la desinversión, de aquellas en las que era arrendataria o usufructuaria del inmueble y de aquéllas que eran propiedad de terceros (generalmente de los propios distribuidores) se corresponde con las proporciones respectivas del conjunto de EDS de las redes de Enx o Petrans³⁰ previo a la desinversión, pudiendo descartarse, en consecuencia, dicho riesgo.

III. PREVENCIÓNES CON RESPECTO AL CUMPLIMIENTO OPORTUNO Y SUFICIENTE DE LA MEDIDA DE MITIGACIÓN CONSISTENTE EN LA DESINVERSIÓN DE ESTACIONES DE SERVICIO

23. Conforme a lo descrito en la sección precedente (*supra*, párrafo 15 ss.), cabe estimar que, en términos generales, se ha dado cumplimiento oportuno a la medida de desinversión de estaciones de servicio establecida por la Corte Suprema (Considerando Trigésimo Tercero letra a de la Sentencia). Sin perjuicio de lo anterior, es preciso formular algunas prevenciones que revelan problemas específicos, según se da cuenta a continuación.

i. Persistencia de vínculos entre los adjudicatarios y Enx o Petrans respecto de determinadas EDS (Casos de desinversión incompleta)

32. Si bien, como se consignara (*supra*, párrafos 19-20), mediante el proceso de licitación/remate Enx o Petrans transferirían a terceros la posición y calidad jurídica que detentaban respecto a las estaciones de servicio a desinvertir y, consecuentemente, todos los activos a través de los cuales efectuaban su explotación, durante el proceso de fiscalización se han detectado cinco casos en que el conjunto de activos transferidos por dichas empresas no

³⁰ Véase la Nota 10 del Anexo Confidencial de este Informe. En efecto, Enx sostuvo (*idem*) que el primer criterio para seleccionar las EDS a desinvertir fue la exclusión de aquellas en que la cesión de contratos en virtud de los cuales detentaba la respectiva EDS no estaba permitida o estaba expresamente prohibida y, el segundo, el intento de reflejar las proporciones de EDS de las que dicha empresa o Petrans eran propietarias, usufructuarias, arrendatarias o respecto de las cuales no tenía vínculo. A lo anterior agregó otros, como el intento de formular una oferta atractiva para potenciales interesados, el hecho de que estuvieran en funcionamiento las EDS licitadas y, finalmente, la optimización de su propia red.

corresponde exactamente a (la totalidad de) aquellos de los que eran titulares.

33. Ello sucede, en efecto, respecto de las estaciones licitadas ubicadas (cada una) en las comunas de Ñuñoa, Peñalolén, Melipilla, Castro y La Calera. Respecto de la primera, siendo Enex usufructuaria del inmueble donde opera la EDS, se ofreció sólo la celebración de (y se celebró) un contrato de arrendamiento con el adjudicatario.
34. Por otra parte, respecto de las EDS ubicadas en las comunas de Peñalolén³¹, Melipilla, Castro y La Calera, siendo Enex o Petrans arrendatarias del inmueble donde respectivamente operaban, sólo se ofreció suscribir (y se celebraron) contratos de subarrendamiento con los respectivos adjudicatarios (o, en su defecto, se cedieron contratos de subarrendamiento previamente constituidos).
35. Durante el proceso de fiscalización –consultada al respecto– Enex explicó esta situación debido a la limitación a ceder el derecho de usufructo convenida originalmente con el nudo propietario, en el primer caso, y por no permitir su cesión los contratos de arrendamiento primitivos (celebrados entre Enex o Petrans y el los propietarios de los inmuebles donde opera cada EDS), en los demás. Ello ha sido corroborado examinando los respectivos instrumentos primitivos convenidos entre las empresas obligadas y dichos terceros³².
36. A su vez, los contratos efectivamente cedidos o celebrados por Enex o Petrans a/con los adjudicatarios de dichas EDS, dan cuenta que éstos se limitaron a reproducir los términos esenciales del respectivo contrato primitivo, estableciéndose la misma renta o canon pagados por dichas empresas a los

³¹ El caso de la EDS seleccionada para desinvertir en la comuna de Peñalolén es, en rigor, más complejo. El inmueble en que se emplaza es de propiedad de un tercero y Petrans hace uso de él en virtud de un contrato de arrendamiento que contempla una opción de compra a su término. El terreno arrendado, no obstante, cubre un área considerablemente mayor que aquélla en la cual se emplaza la estación de servicios. El área restante (mayor en extensión) es subarrendada a otro tercero, quien lo utiliza para explotar una sala de ventas comercial. Por lo mismo, si bien en este caso es del todo comprensible que no se haya cedido el contrato primitivo con el tercero para desinvertir la EDS, lo que resulta difícil de justificar es que, dada esta dificultad, no se haya elegido otra EDS de la comuna para desinvertir (véase *infra*, párrafo 37).

³² Véase la Nota 11 del Anexo Confidencial de este Informe.

terceros dueños del inmueble y vinculándose la terminación de los primeros a la terminación de estos últimos³³.

37. Pese a que lo indicado en los dos párrafos precedentes permite descartar abierto oportunismo por parte de las empresas obligadas al cumplimiento de la medida de desinversión, ello no constituye, a juicio de esta División, una razón suficiente para eximirse del cumplimiento íntegro de misma, como tampoco un antecedente que permita desvirtuar la conclusión de que, bajo un criterio estricto de fiscalización, el cumplimiento de la medida de desinversión debiera considerarse, respecto de dichas EDS, no del todo satisfactorio. Las entidades obligadas por la medida pudieron buscar una alternativa de desinversión distinta dentro de la respectiva comuna (i.e. otra EDS de Enex o Petrans) respecto de la cual no se reproducían dificultades de la misma magnitud o respecto de la cual es esperable que éstas se hayan podido superar con un esfuerzo mediano por parte de las licitantes³⁴.
38. Pese a lo anterior, evaluando el cumplimiento de las medidas impuestas en su conjunto, atendiendo al carácter general de la medida impuesta por la Excma. Corte Suprema, a consideraciones de oportunidad en el actuar de este servicio y, sobre todo, con el objeto de no afectar la operación independiente de dichas EDS por los adjudicatarios a los que ya fueron (con las prevenciones en comento) transferidas, parece más razonable mantener una estricta vigilancia sobre los riesgos asociados a la situación descrita, antes que promover acciones tendientes a modificar los resultados de la licitación efectuada a este respecto. Dichos riesgos, en definitiva, consisten en que pueda afectarse o cesar en el tiempo –anticipadamente– la

³³ En estos casos se establecieron cláusulas tipo del siguiente tenor en los contratos celebrados con los respectivos adjudicatarios: *"El presente contrato de subarrendamiento comienza con esta fecha y terminará, en forma inmediata y sin necesidad de declaración judicial alguna en la misma fecha en que termine, por cualquier causa, el contrato de arrendamiento individualizado en la cláusula primera anterior [contrato primitivo entre Petrans, Enex o sus relacionadas con el tercero dueño del inmueble]"*.

³⁴ Véase la Nota 12 del Anexo Confidencial de este Informe. Si bien debe reconocerse que la mayoría de los contratos de arrendamiento relacionados a las otras EDS en cada comuna presentaban algunas dificultades (v.gr. los contratos podían cederse, pero el cedente continuaba como responsable frente al dueño ante cualquier eventualidad), al menos en el caso de La Calera, Melipilla, Peñalolén y Ñuñoa, existía una alternativa de desinversión de EDS de cuyo inmueble Enex o Petrans eran propietarias.

explotación independiente de dichas EDS por los terceros que ya se las adjudicaron (u otros que lo sucedan en dicha actividad)³⁵.

39. Por lo anterior, esta Fiscalía debería mantener bajo celosa y cuidada observación –adoptando inmediatamente medidas en caso que corresponda– cuestiones como (i) la eventual terminación anticipada de los respectivos contratos primitivos (que vinculan a Enex o Petrans con los terceros dueños de los inmuebles donde operan las EDS mencionadas) por voluntad de las empresas obligadas³⁶ o producto de acciones que estén dentro de su esfera de control, si ello afectase la continuidad de la explotación de la respectiva EDS por su adjudicatario u por otro tercero que lo suceda en ello; (ii) la imposición de trabas o eventuales injerencias indebidas en el potencial competitivo de las EDS adjudicadas, derivadas del ejercicio de las facultades propias de la condición de usufructuario o subarrendador; (iii) el regreso a la explotación de las EDS por parte las licitantes, ya sea por la eventual terminación anticipada del contrato con el respectivo adjudicatario o, incluso, una vez una vez terminado aquél a consecuencia de la terminación del respectivo contrato primitivo³⁷.
40. Todo lo anterior, sin perjuicio de otras circunstancias (no previsibles) que, producto del deficitario modo de desinversión de estas EDS, pudieran afectar el desarrollo independiente de las mismas en el tiempo, circunstancias a las que debiera ser receptiva también la estricta vigilancia que se sugiere mantenga este servicio.

³⁵ En resumen, todos los riesgos asociados a este modo de desinversión insatisfactorio derivan del hecho de que las empresas obligadas al cumplimiento de las medidas de mitigación quedan en la posición de intermediarias en la relación que tienen los adjudicatarios de las cinco EDS individualizadas con los dueños de los respectivos inmuebles donde se emplazan. Si bien las empresas obligadas se limitan sólo pagar el mismo monto que reciben por concepto del subarrendamiento a los respectivos dueños, la permanencia de su posición genera todas las incertidumbres que típicamente se buscan evitar a través de la imposición de una medida estructural y generan como efecto negativo adicional aumentar los costos de fiscalización por parte de este servicio.

³⁶ Como se ha explicado (*supra*, nota 33), la terminación de los contratos primitivos (i.e. que vinculan a Enex o Petrans con los terceros dueños de los inmuebles donde operan las EDS mencionadas) acarrea la terminación de los contratos celebrados entre las licitantes y los respectivos adjudicatarios de dichas EDS.

³⁷ Una dificultad adicional que se presenta respecto de estas EDS es que las cláusulas de prórroga del plazo de arrendamiento (contemplada al menos en algunos contratos primitivos entre Enex o Petrans y los terceros dueños del inmueble) no han sido adquiridas por los adjudicatarios. Por lo anterior, se debe tener una cautela aún más estricta que la recomendada más abajo (*infra*, párrafo 42 ss.) respecto de la generalidad de las EDS cuyos contratos terminan en un horizonte de corto o mediano plazo.

IV. CONSIDERACIONES ADICIONALES QUE JUSTIFICAN MANTENER BAJO VIGILANCIA A LAS EMPRESAS OBLIGADAS AL CUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS DE MITIGACIÓN

41. Existe una serie de cuestiones adicionales a las descritas que sin guardar necesariamente relación con el cumplimiento o incumplimiento de la medida de desinversión impuesta, justifican mantener vigilancia sobre el comportamiento de las entidades fiscalizadas en el mediano plazo. Ellas derivan del modelo de negocios propio de la distribución minorista de combustibles líquidos, de la complejidad de ejecución de la medida de mitigación estructural impuesta en este contexto y de las acciones particulares que realizaron las empresas obligadas a ella para cumplirla.

i. **Duración remanente de los contratos de arrendamiento y suministro cedidos y de los derechos de usufructo transferidos para materializar la desinversión**

42. Dado que el objeto de la desinversión de EDS corresponde, en definitiva, a todos los activos que las constituyen como establecimientos de comercio y que solo en 23 de las 61 estaciones de servicio enajenadas dichos activos comprendían la propiedad del inmueble donde opera la respectiva EDS, es preciso considerar, en todos los demás casos, la fecha de terminación de los contratos y derechos reales cedidos sobre dichos inmuebles para juzgar la efectividad de tales desinversiones. Lo anterior, porque la terminación próxima de algunos de los contratos cedidos –en un contexto en que las empresas obligadas al cumplimiento de la medida tenían otras alternativas de desinversión en cada comuna– podría frustrar su efecto, por ejemplo, si las propias enajenantes disputaren la posición que los adjudicatarios de las EDS licitadas tienen una vez terminados los contratos adjudicados que actualmente les permiten explotarla.

43. Por lo anterior, es preciso que esta Fiscalía mantenga una actitud vigilante respecto de tal eventualidad en el futuro, sobre todo cuando se considera que un número no menor de los contratos cedidos para materializar la desinversión de determinadas EDS termina en un horizonte de corto plazo (sin perjuicio de las cláusulas de prórroga por períodos breves que en varios

casos contemplan)³⁸. Así, de producirse eventos como los descritos, este servicio debiera adoptar las acciones o medidas correspondientes sin dilación.

ii. **Posibilidad de desarrollo de vínculos futuros con los adjudicatarios a través del suministro de combustibles u otros mecanismos**

44. Conforme lo abordara el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en su Resolución N°34/2011³⁹, los distribuidores mayoristas y minoristas de combustibles líquidos se vinculan básicamente –en lo que resulta prioritario para un análisis de competencia– a través de dos tipos de relaciones: (a) aquéllas en las que el distribuidor minorista simplemente revende combustibles que adquiere del mayorista (determinando por sí el precio de venta) y (b) aquéllas en las que el distribuidor minorista es, en rigor, consignatario del mayorista, siendo este último quien determina el precio de venta al público (o tiene una injerencia determinante en él) y remunera al minorista a través de comisiones y/o porcentajes de los volúmenes vendidos o la recaudación.
45. Atendido lo anterior, si las empresas obligadas al cumplimiento de las medidas de mitigación desarrollasen en el futuro vínculos de esta última clase (u otros análogos) con los adjudicatarios de las EDS enajenadas, se frustraría el objeto de la medida de desinversión, puesto que la entidad fusionada mantendría la misma incidencia en el mercado de distribución minorista que su buscó, a través de ella, mitigar. De producirse aquello, en otras palabras, la medida de mitigación impuesta solo habría conseguido modificar la marca o imagen corporativa de las EDS desinvertidas, sin disminuir la incidencia de la entidad fusionada en los respectivos mercados geográficos relevantes de distribución minorista.

³⁸ Si bien un examen general de la duración de los contratos o derechos cedidos para materializar la desinversión muestra que estos terminan, en promedio, en el curso de 2020 (contratos de arrendamiento), en el curso de 2021 (derechos de usufructo) y en el curso de 2015 (contratos de suministro), un número muy relevante (al menos 13) terminan antes de tres años desde esta fecha (sólo por dar un ejemplo de horizonte temporal breve). Incluso dos de los contratos de suministro cedidos para materializar la desinversión (EDS de Buin y Coquimbo) terminan durante el curso de este año. Vale notar que en estos últimos casos (EDS desinvertidas mediante la cesión de contratos de suministro), dichos contratos son prácticamente el único activo enajenado para materializar la desinversión de esas EDS.

³⁹ Vid. TDLC. Resolución N°34/2011 (26 mayo 2011). Considerando 8.3.9 ss.

46. De este modo, debe estimarse que el cumplimiento de la medida de mitigación por parte de las empresas obligadas a ella implica necesariamente no reproducir vínculos que afecten la libre determinación del precio por los distribuidores minoristas adjudicatarios de las EDS desinvertidas. Así, de llegar a suministrar Enx combustibles líquidos a las EDS desinvertidas (como distribuidor mayorista)⁴⁰, este servicio deberá vigilar que ello no se realice mediante mecanismos de agenciamiento, venta en consignación ni contratos de suministro o abastecimiento exclusivos. Tampoco otorgando comisiones, incentivos por ventas, por recaudación u otros análogos que pudieran afectar el libre desenvolvimiento competitivo de las EDS desinvertidas o su capacidad para adquirir combustibles de ENAP o de otros distribuidores mayoristas.
47. De producirse tales eventos –como ya ha sido prevenido– este servicio debiera adoptar las acciones pertinentes en su oportunidad.

iii. **Subsistencia de la marca Terpel**

48. Tal como se indicara (*supra*, párrafo 22), para aquellas EDS desinvertidas que operaban bajo bandera Terpel al momento de su desinversión, las empresas obligadas al cumplimiento de las medidas de mitigación ofrecieron un licenciamiento gratuito por tres años a sus respectivos adjudicatarios otorgado por Terpel Colombia. Ello se justificó por el hecho de que la entidad fusionada cambiaría la bandera de todas las EDS que conservaría a "Shell" y porque la oferta de la marca a los adjudicatarios de dichas EDS (opcional⁴¹) podría aumentar su atractivo para los interesados en su adquisición y explotación comercial.
49. Sin discutir la corrección de dicho proceder, es preciso que esta Fiscalía mantenga cierta vigilancia al término del plazo de tres años indicado con el

⁴⁰ La alusión a tal riesgo es especialmente pertinente, puesto que Enx declaró que estaba en condiciones de ofrecer el servicio de suministro de combustibles líquidos para las EDS desinvertidas en las Bases de ambos procesos de licitación/remate. Al menos conforme a los datos solicitados durante el proceso de fiscalización, Enx no tendría celebrados contratos de suministro de combustibles más que con un adjudicatario (EDS de Purranque), limitándose a vender combustibles en forma *spot*. Examinado dicho contrato, el mismo no contempla cláusulas de exclusividad u otras que generen riesgos como los advertidos en el cuerpo del texto.

⁴¹ Conforme al seguimiento del destino de las EDS desinvertidas realizado (*infra*, Capítulo V), un número considerable de los adjudicatarios EDS desinvertidas de bandera Terpel suscribió el contrato de licenciamiento gratuito ofrecido como opción en las Bases del proceso de licitación/remate y proyecta mantener, en principio, dicha marca durante su vigencia.

objeto de verificar que dicha marca no se convierta en un vehículo para que la entidad fusionada o Terpel Colombia –controlada por Copec– vuelvan a establecer vínculos con las EDS desinvertidas –a través de licenciamientos de la marca a título oneroso o a través de relaciones más intensas–. Lo anterior, podría frustrar –evidentemente– la medida de mitigación, al afectar la independencia de los adjudicatarios respecto de dichas compañías.

V. SEGUIMIENTO DE ADJUDICATARIOS DE ESTACIONES DE SERVICIO DESINVERTIDAS Y PREVENIONES SOBRE LA EFECTIVIDAD DE LA MEDIDA DE MITIGACIÓN EN ALGUNAS COMUNAS

50. En los meses posteriores al vencimiento del plazo impuesto para el cumplimiento de las medidas de mitigación fiscalizadas se intentó realizar un seguimiento del destino de la EDS desinvertidas. Tal seguimiento estuvo orientado a verificar la continuidad de su operación, identificar los distribuidores mayoristas que le suministraban combustibles y la bandera con que operan en la actualidad.
51. Sin perjuicio que no se pudo establecer contacto con todos y cada uno de los adjudicatarios, es preciso consignar algunas prevenciones generales sobre la probable efectividad de la medida fiscalizada en determinadas comunas.
52. En primer término, debe considerarse que conforme a los antecedentes de que dispone esta Fiscalía, una mayoría de las EDS desinvertidas continuarían, en principio, desarrollando su giro en el corto plazo, lo que se corresponde con el objeto pretendido con la medida impuesta.
53. No obstante lo anterior, se sabe que al menos tres adjudicatarios (EDS ubicadas en las comunas de Concepción, La Reina y Santiago) es probable que destinen el inmueble adquirido a otro uso comercial. Adicionalmente, la EDS ubicada en la comuna de Santiago habría sido afectada parcialmente por una expropiación ordenada por la autoridad, no encontrándose operativa actualmente.
54. Por otra parte, es preciso notar que un número no despreciable de las EDS desinvertidas (al menos 16) fueron adjudicadas a agentes sin mayor experiencia en el rubro de distribución de combustibles líquidos. Ello, junto a

diferencias con Enx en el entendimiento de las condiciones de adjudicación y la entrega de dichas EDS, importó en definitiva que un número relevante de EDS fueran transferidas a terceros a poco tiempo. Pese a que, hasta donde se tiene conocimiento, la mayor parte de estos terceros continuarían con la explotación de la EDS bajo banderas propias, tales eventos pudieron afectar transitoriamente la competitividad de algunas estaciones.

55. Finalmente, debe prevenirse que en determinados casos se produjeron dificultades importantes en la continuidad operacional de las EDS desinvertidas por parte de los adjudicatarios. La mayoría de esas dificultades, hasta donde se tuvo conocimiento en la investigación, estuvieron asociadas a la negativa de antiguos franquiciados y/o distribuidores de Enx o Petrans para abandonar las EDS desinvertidas, por una parte, y al posible no entendimiento, por parte de algunos adjudicatarios, de que la cesión de la calidad jurídica de Enx o Petrans incluía, respecto de algunas EDS, la cesión de los contratos de dichas empresas con terceros distribuidores de combustibles que explotaban la respectiva estación servicios (en esos casos, para que se continuara explotando la respectiva EDS a través de ellos)⁴².
56. Tal situación llevó a la judicialización de algunos conflictos entre adjudicatarios y (antiguos) distribuidores u operadores, al menos en un caso⁴³. En otros –por ejemplo, en el caso de la EDS de Rancagua– se tiene conocimiento que dichas dificultades persisten incluso hasta este momento.

⁴² Conforme a las Bases (Capítulo X, sección 7), "En caso de estar la EDS o parte de ella ocupada por un concesionario, operador, distribuidor, arrendatario, subarrendatario o tercero al momento de la entrega material y se incluya dentro de la adjudicación el contrato en virtud del cual dicho concesionario, operador, distribuidor, arrendatario, subarrendatario o tercero ocupa materialmente la EDS, la entrega [...] se realizará en forma ficta y el concesionario, operador, distribuidor, arrendatario, subarrendatario o tercero seguirá ocupando materialmente la propiedad en virtud del contrato cedido y bajo las condiciones establecidas en éste". A su vez, se estableció que "En caso de estar la EDS o parte de ella ocupada por un concesionario, operador, distribuidor, arrendatario, subarrendatario o tercero al momento de la entrega material y no se incluya dentro de la adjudicación el contrato en virtud del cual dicho concesionario, operador, distribuidor, arrendatario, subarrendatario o tercero ocupa materialmente la EDS o no existe un contrato que respalde dicha ocupación; la entrega se realizará en forma ficta y será responsabilidad del adjudicatario la entrega material de la EDS por parte de las personas nombradas". Aunque desde el sentido propio de una medida de mitigación estructural esta última solución resulta criticable –en tanto aumenta riesgos que pueden perjudicar su operatividad–, las dificultades a que se hace referencia en el cuerpo del Informe de las que se ha tenido conocimiento están vinculadas a EDS cuya desinversión comprendía los contratos con dichos terceros operadores, que ahora pasarían a operar sujetos a un contrato con los respectivos adjudicatarios.

⁴³ Así es el caso, por ejemplo, de la EDS de Concón, cuyo adjudicatario acompañó antecedentes al proceso de fiscalización.

57. Todo lo anterior invita a considerar conveniencia de evaluar más profundamente el resultado de la medida de mitigación impuesta en el mediano plazo, lo que podría ser objeto de un posible estudio de evaluación *ex post* de las medidas adoptadas por la Excma. Corte, según es hacer habitual de otras agencias en el mundo cuyas prácticas pueden servir de ejemplo.
58. Por otra parte, tales antecedentes ponen de manifiesto la necesidad de contar con importantes volúmenes de información para el diseño específico de medidas de desinversión estructurales y sobre todo, para el establecimiento de condiciones particulares que hagan probable su éxito, permitiendo la continuidad en el giro de los activos desinvertidos por agentes capaces de introducir competencia efectiva en el mercado.
59. Así, sin perjuicio de que la medida de desinversión se proyecta como eficaz en la mayor parte de las comunas donde corresponde su aplicación, debe recordarse en este caso que, dado que fueron las propias partes de la Operación las que consultaron directamente la misma ante el TDLC, esta Fiscalía no contó –en el breve plazo en que debió recabar y aportar antecedentes–, con información detallada sobre el modo de explotación de cada una de las estaciones de servicio de las Partes en la totalidad de comunas pertinentes. Visto en retrospectiva, ello podría haber servido para anticipar dificultades como las descritas durante la etapa de fiscalización o proponer el establecimiento de condiciones específicas que las hicieran menos probables. En ese sentido, puede considerarse que el perfeccionamiento del sistema de control de operaciones de concentración que rige en nuestro ordenamiento puede contribuir no sólo a una mejor y más oportuna evaluación de riesgos anticompetitivos de tales operaciones, sino también a una fiscalización más eficaz y estricta, por parte de este servicio, de las medidas de mitigación que se impongan a su respecto.

VI. CONCLUSIONES

60. Los antecedentes agregados al expediente de investigación permiten concluir que Enex ha cumplido satisfactoriamente con la medida de mitigación establecida en la letra b) del Considerando Trigésimo Tercero de la sentencia

de la Corte Suprema, relativa a la terminación de contratos de arrendamiento de infraestructura para el almacenamiento de combustibles líquidos en determinadas plantas de Enap Refinerías y Oxiquim.

61. Dichos antecedentes permiten concluir también que, en términos genéricos, se ha dado cumplimiento oportuno a la medida establecida en la letra a) del mismo considerando, relativa a la desinversión de estaciones de servicio en las 61 comunas en que se superaban, a consecuencia de la Operación, los índices de concentración establecidos en la Guía de esta Fiscalía.
62. No obstante lo anterior, se han detectado cinco casos (vid. *supra*, párrafos 32-40) en los que el modo de desinversión de EDS ejecutado por las empresas obligadas al cumplimiento de esta medida presenta problemas, puesto que los derechos enajenados no se corresponden exactamente con aquellos que tenía la entidad fusionada respecto del inmueble donde operan dichas EDS.
63. Aunque bajo un criterio estricto de fiscalización debe estimarse que la medida de mitigación en comento ha sido cumplida de un modo no del todo satisfactorio respecto de dichas comunas, evaluando el cumplimiento de las medidas de mitigación en su conjunto, atendiendo a consideraciones de oportunidad en el actuar de este servicio, al carácter general de las medidas impuestas por la Excma. Corte Suprema y, sobre todo, con el objeto de no afectar la operación independiente de dichas EDS por los adjudicatarios a los que ya fueron (deficitariamente) transferidas, es preferible mantener una estricta vigilancia sobre los riesgos asociados a la situación descrita, antes que promover acciones tendientes a modificar los resultados de la licitación efectuada a este respecto. Dichos riesgos consisten en que pueda afectarse o cesar en el tiempo la explotación independiente de dichas EDS por los terceros que ya se las adjudicaron (u otros que lo sucedan en dicha actividad) –en el extremo, volviendo a explotarlas la entidad fusionada–.
64. Junto con lo anterior, existe una serie de cuestiones propias del modelo de negocios de la distribución minorista de combustibles líquidos y del modo en que se ejecutó la medida de desinversión que justifican conservar, en el futuro, vigilancia sobre la relación que mantenga la entidad fusionada con la generalidad de las EDS desinvertidas. En particular, debe mantenerse observación sobre la eventual disputa –por parte de Enex– de la continuidad operativa de la EDS desinvertidas como agentes económicos independientes;

sobre los vínculos que Enex podría desarrollar respecto de dichas estaciones como distribuidor mayorista de combustibles líquidos; y, finalmente, sobre los riesgos asociados a la eventual continuidad de la marca Terpel, una vez concluido el período de licenciamiento gratuito otorgado a determinados adjudicatarios.

65. Conforme a lo expuesto, en caso de detectarse en el futuro comportamientos que frustren o tiendan a limitar los efectos de la medida de mitigación impuesta, esta Fiscalía deberá adoptar las medidas correspondientes en su oportunidad.

Saluda atentamente a usted,


MGB





MARIO YBAR ABAD
SUBFISCAL NACIONAL (S)