

ANT.: Adquisición de activos de Inversiones e Inmobiliaria Río Deva Limitada y don José Luis Cisternas Zañartu por parte de Compañía de Petróleos de Chile Copec S.A. Rol FNE F227-2020.

MAT.: Informe de aprobación.

Santiago, 25 de marzo de 2020.

A : FISCAL NACIONAL ECONÓMICO

DE : JEFA DE DIVISIÓN DE FUSIONES

De conformidad a lo establecido en el Título IV del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N°211, y sus modificaciones posteriores (“**DL 211**”), presento a usted el siguiente informe, relativo a la operación de concentración del antecedente (“**Operación**”), recomendando la aprobación de la misma de manera pura y simple, por las razones que a continuación se exponen:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 15 de enero de 2020, mediante documento correlativo ingreso N°00176-20 (“**Notificación**”), Inversiones e Inmobiliaria Río Deva Limitada y don José Luis Cisternas Zañartu (“**Arrendador**”), por una parte, y Compañía de Petróleos de Chile Copec S.A. (“**Copec**” y, con el Arrendador, “**Partes**”), por la otra, notificaron una operación de concentración de aquellas mencionadas en el artículo 47 letra d) del DL 211.
2. Mediante resolución de fecha 28 de enero de 2020, esta Fiscalía declaró la Notificación incompleta, en atención a la existencia de errores u omisiones que era necesario subsanar conforme al artículo 50 del DL 211, lo que las Partes cumplieron en presentación de fecha 31 de enero de 2020, correlativo ingreso N°00459-20.
3. En resolución de fecha 12 de febrero de 2020, la Fiscalía ordenó el inicio de la investigación, bajo el rol FNE F227-2020 (“**Investigación**”).
4. Compañía de Petróleos de Chile Copec S.A. es una filial de Copec S.A., sociedad anónima cerrada dedicada a la comercialización y distribución de combustibles, lubricantes y servicios afines o complementarios y, en general, todo tipo de servicios relacionados con combustibles, lubricantes y su distribución, así como servicios relacionados con la carga eléctrica o electro movilidad.

5. Copec opera 668 estaciones de servicio a lo largo del país, que son explotadas y administradas por terceros bajo las modalidades de concesión y consignación (577 estaciones) o, en menor medida, en forma directa por la filial Administradora de Copec (91 estaciones)¹.
6. Inversiones e Inmobiliaria Río Deva Limitada es una sociedad de responsabilidad limitada, dedicada a la inversión en bienes muebles e inmuebles. Don José Luis Cisternas Zañartu, por su parte, es una persona natural dedicada a la inversión en el negocio inmobiliario y en otro tipo de sociedades².
7. La Operación consiste en el arrendamiento a largo plazo de un inmueble sobre el cual se encuentran construidas instalaciones propias de una estación de servicio y una tienda de conveniencia. Dicho arrendamiento fue prometido mediante escritura pública de fecha 2 de diciembre de 2019, otorgada en la Notaría de Santiago de don Félix Jara Cadot, y en ella se pactó que el arrendamiento tendrá una duración de 20 años.
8. El arrendamiento versa sobre un inmueble ubicado en calle Tobalaba número 1895, comuna de Providencia, Región Metropolitana, dentro del cual se encuentra construido un local comercial de aproximadamente 120 metros cuadrados, una marquesina y las instalaciones propias de una estación de servicio, como son los surtidores, tótem de precios y estanques³ (todo, “Estación Objeto”).

II. INDUSTRIA, MERCADO RELEVANTE Y PARTICIPACIONES DE MERCADO

9. De acuerdo a lo indicado en la Notificación, Copec participa en la venta minorista de combustibles a través de estaciones de servicio, misma actividad para la que se empleaba la Estación Objeto hasta el año 2019.
10. La distribución minorista de combustibles líquidos implica, desde el punto de vista del mercado de producto, su venta en estaciones de servicio, con una segmentación respecto a los tipos de combustibles comercializados. Lo anterior, principalmente en razón de las distintas preferencias de los consumidores y a la imposibilidad de sustituir por el lado de la demanda -al menos en el corto plazo- entre gasolinas y diésel⁴, así como a restricciones regulatorias⁵.

¹ Notificación, p. 6.

² Notificación, p. 10.

³ Cláusula primera del contrato de promesa de arrendamiento celebrado entre Inversiones e Inmobiliaria Río Deva Limitada y Compañía de Petróleos de Chile Copec S.A., mediante escritura pública de fecha 2 de diciembre de 2019, en la 21ª Notaría de Santiago de don Félix Jara Cadot, repertorio número 36.062-2019.

⁴ Informe de aprobación “Operación de concentración entre Compañía de Petróleos de Chile Copec S.A. e Inmobiliaria Ramírez y Ramírez SpA”, rol FNE F147-2018, p. 3. En el mismo sentido, el informe que aporta antecedentes presentado por la Fiscalía Nacional Económica al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia con fecha 20 de diciembre de 2011, en los autos caratulados “Consulta de Organización Terpel Chile, relativa a la adquisición por parte de Quiñenco S.A. de los activos de las sociedades Petróleos Trasandinos S.A. y Operaciones y Servicios Terpel Limitada”.

⁵ La distribución de combustibles líquidos está sujeta a exigentes regulaciones técnicas y a la supervigilancia de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, conforme al artículo 2° de la Ley N° 18.410. Asimismo, la normativa regula específicamente todos los aspectos técnicos y de construcción de las estaciones de servicio, exigiéndose certificaciones, estudios y características específicas, todo conforme al Decreto Supremo N°160 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, de fecha 7 de julio de 2009, que

11. En lo que respecta al mercado geográfico, se ha señalado que éste es eminentemente local, con una ampliación del área geográfica de competencia a través de cadenas de sustitución⁶, cuyo efecto se disipa en la medida que la distancia es mayor, por lo que existiría un punto en que la presión competitiva de una estación de servicio determinada sobre otra deja de ser relevante⁷. En casos anteriores, esta Fiscalía ha considerado que el mercado geográfico se formaría por un radio medido desde la respectiva estación, con una circunferencia de cinco o tres kilómetros a la redonda⁸.
12. Sin perjuicio que para el análisis particular de la Operación esta División considera innecesario el ejercicio de definir el mercado relevante – tanto de producto como geográfico – al no variar las conclusiones del presente informe, a continuación se presentan de modo descriptivo la ubicación y participaciones de los actores presentes en el radio de tres kilómetros, medidos como una circunferencia que tiene como centro la Estación Objeto.
13. En cuanto a los actores que participan en la industria, en el señalado radio, podemos indicar que además de Copec se encuentran presentes estaciones de servicio de bandera *Shell* (correspondiente a Empresa Nacional de Energía S.A. “**Enex**”) y de bandera *Petrobras* (correspondiente a Esmax Distribución SpA). Lo anterior puede observarse en la siguiente imagen:

Aprueba Reglamento de Seguridad para las Instalaciones y Operaciones de Producción y Refinación, Transporte, Almacenamiento, Distribución y Abastecimiento de Combustibles Líquidos.

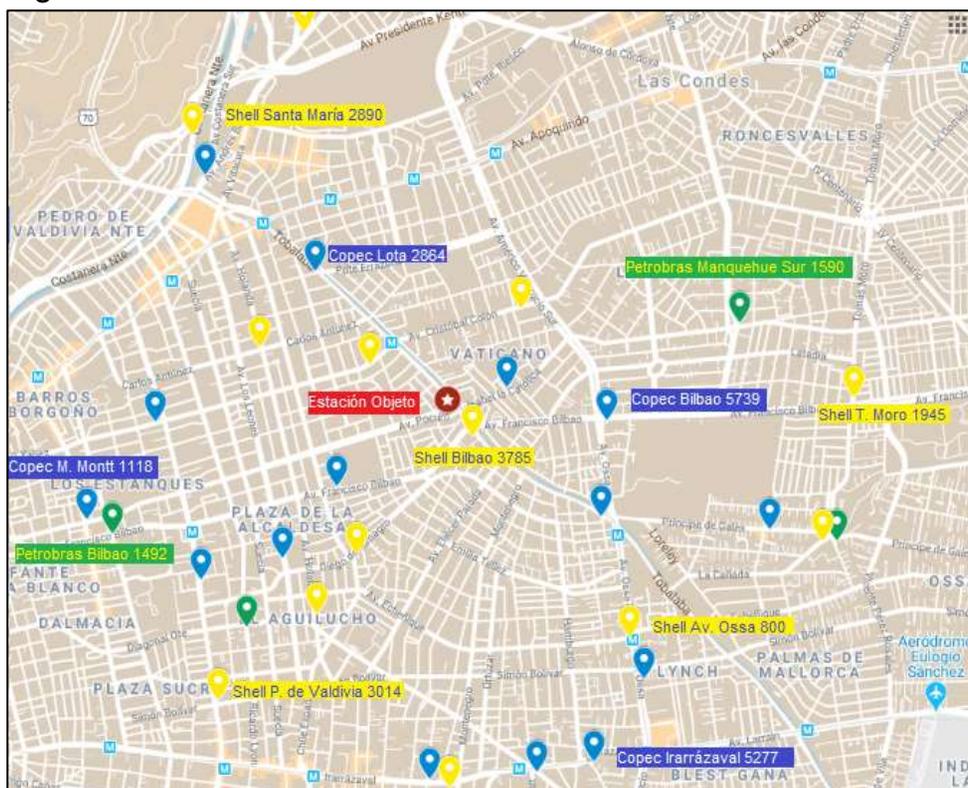
⁶ El pie de página 8 del Informe de aprobación “Operación de concentración entre Compañía de Petróleos de Chile Copec S.A. e Inmobiliaria Ramírez y Ramírez SpA”, rol FNE F147-2018, ubicado en la página 3, señala: *“por ‘cadena de sustitución’ se entiende el mecanismo por medio del cual las decisiones competitivas irradian sus efectos, y tiene que ver con que una acción competitiva de un determinado actor afecta las decisiones de un competidor cercano, que toma decisiones a modo de respuesta, y que a su vez afectan a otro actor que no era cercano del primero, pero sí del segundo, que también va a reaccionar, y así sucesivamente”*.

⁷ Informe de aprobación “Operación de concentración entre Compañía de Petróleos de Chile Copec S.A. e Inmobiliaria Ramírez y Ramírez SpA”, rol FNE F147-2018, párrafo 9, página 3. En este texto se señala: *“respecto a la dimensión geográfica del mercado, la jurisprudencia nacional y comparada ha señalado que ésta es eminentemente local. En ese sentido, si bien las consecuencias que tienen las distintas decisiones de precio que toma cada una de las EDS se irradian hacia el resto de las EDS por medio de una ‘cadena de sustitución’, dicho efecto se disipa en la medida que la distancia es mayor, por lo que existiría un punto en que la presión competitiva que una EDS determinada ejerce sobre otra deja de ser relevante”*.

⁸ La Resolución N°39 dictada por el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de fecha 26 de abril del 2012, en autos carátulados “Consulta de Organización Terpel Chile, relativa a la adquisición por parte de Quiñenco S.A. de los activos de las sociedades Petróleos Trasandinos S.A. y Operaciones y Servicios Terpel Limitada” (“**Resolución N°39/2012 H.TDLC**”), en su párrafo 8.5, página 34, señala: *“En cuanto al mercado relevante geográfico para el sector minorista, es necesario tener presente que los consumidores toman sus decisiones considerando las alternativas que poseen para sustituir el consumo en alguna estación de servicio determinada. De este modo, pese a que los consumidores eventualmente podrían viajar cientos de kilómetros buscando una estación de servicio sustituta, el elevado costo de búsqueda hace razonable pensar en un ámbito geográfico comunal o local para el mercado de distribución a través de estaciones de servicio, como ha sido también considerado por las consultantes y por la Fiscalía en su informe”*.

A esto, el informe de archivo “Adquisiciones estaciones de servicio por Empresas Copec”, rol FNE F72-2016 añade en su párrafo 22, página 6, que *“las características particulares de cada zona son las que determinan definitivamente el alcance geográfico de la presión competitiva entre los actores presentes en el mercado. El estar ubicado en autopista, en una zona urbana y/o en una zona de alto tráfico de consumidores sensibles al precio, entre otras opciones, determinan dicho alcance según la combinación de las características para cada ubicación en particular”*, para continuar en el párrafo siguiente señalando que *“para efectos de los ejercicios cuantitativos que se realizaron en esta investigación, se definió un área de influencia promedio para todas las EDS de Chile, que en muchos casos puede estar alejada del tamaño del área de influencia competitiva real de un área en específico”*. Usualmente se atribuye en tres kilómetros el radio de influencia, pudiendo ampliarse o reducirse de acuerdo a las características del área analizada.

Imagen 1: Localización de estaciones de servicio radio de tres kilómetros



Fuente: Elaboración propia, en base a datos aportados a la investigación⁹.

14. Adicionalmente, en la Tabla 1 a continuación es posible apreciar las participaciones de mercado en base a las ventas mensuales durante el año 2019 (habida cuenta que el operador anterior de la Estación Objeto, la sociedad Transportes y Comercializadora Santa Elena Limitada (“**SESA**”) salió del mercado en agosto de ese año). Si bien es posible notar que Copec es el principal actor en dicha zona, es posible descartar riesgos sustanciales a la competencia producto de esta Operación, por las razones que se exponen en la siguiente sección.

Tabla 1: Participaciones de mercado mensual 2019¹⁰

| | Copec | Shell | Petrobras | SESA |
|------------|--------------|--------------|------------------|-------------|
| ENERO | [50% - 60%] | [30% - 40%] | [0% - 10%] | [0% - 10%] |
| FEBRERO | [50% - 60%] | [30% - 40%] | [0% - 10%] | [0% - 10%] |
| MARZO | [50% - 60%] | [30% - 40%] | [0% - 10%] | [0% - 10%] |
| ABRIL | [50% - 60%] | [30% - 40%] | [0% - 10%] | [0% - 10%] |
| MAYO | [50% - 60%] | [30% - 40%] | [0% - 10%] | [0% - 10%] |
| JUNIO | [50% - 60%] | [30% - 40%] | [0% - 10%] | [0% - 10%] |
| JULIO | [50% - 60%] | [30% - 40%] | [0% - 10%] | [0% - 10%] |
| AGOSTO | [50% - 60%] | [30% - 40%] | [0% - 10%] | |
| SEPTIEMBRE | [50% - 60%] | [30% - 40%] | [0% - 10%] | |

⁹ En azul se muestran las estaciones de servicio con bandera de Copec, en amarillo las de Shell y en verde las de Petrobras. En rojo se muestra la estación objeto de la Operación.

¹⁰ [Nota Confidencial 1]

| | | | | |
|-----------|-------------|-------------|------------|--|
| OCTUBRE | [50% - 60%] | [30% - 40%] | [0% - 10%] | |
| NOVIEMBRE | [50% - 60%] | [30% - 40%] | [0% - 10%] | |
| DICIEMBRE | [50% - 60%] | [30% - 40%] | [0% - 10%] | |

Fuente: FNE en base a información acompañada por terceros.

III. ANÁLISIS DE LA OPERACIÓN

III.1 Naturaleza jurídica de la Estación Objeto

15. Como cuestión previa al análisis de los efectos para la competencia de la Operación, es necesario determinar si el arrendamiento de la Estación Objeto corresponde o no a una operación de concentración, de aquellas descritas en el artículo 47 d) del DL 211, esto es, si constituye una adquisición de control sobre los activos de un agente económico.
16. En consecuencia, lo que debe determinarse es, en primer lugar, si la Estación Objeto constituye o no un agente económico. En segundo lugar, si el conjunto de los activos que conforman la Estación Objeto son activos relevantes para competir. Y, por último, deben examinarse las características particulares del contrato de arrendamiento, que permiten un cambio de control de los activos.
17. En cuanto a lo primero, esta División estima que debe considerarse a la Estación Objeto como un agente económico en sí mismo, con la potencialidad de constituirse en un competidor respecto de los demás actores del mercado, a pesar de no serle atribuible un determinado volumen de ventas por encontrarse en desuso. Analizados los activos que componen la Estación Objeto, éstos no son meros factores productivos que Copec podría haber adquirido en forma aislada en el mercado¹¹ sino que, por el contrario, los activos considerados en su conjunto (todos destinados a la prestación de servicios de provisión minorista de combustibles, con una ubicación

¹¹ Estando lejos de constituir lo que en la jurisprudencia se conoce como 'activos desnudos'. Al respecto, resulta ilustrativo el fallo de la Corte Suprema del Reino Unido, al señalar la utilidad de la distinción entre "Enterprise" (símil a la noción de agente económico del DL 211) y activos desnudos (o "bare assets"): "[...] la finalidad de distinguir entre "activos desnudos" y activos sumados a una "empresa", es prevenir que el régimen de control de fusiones revise la adquisición de activos que simplemente sirven como factores de producción en una nueva empresa, o como medios de crecimiento orgánico. Está diseñado para distinguir un caso donde el adquirente adquiere un negocio explotando una combinación de activos del caso donde adquiere no más de lo que podría haber adquirido en el mercado, comprando equipamientos, contratando trabajadores, y así, separadamente [...] Así, para que los activos a adquirir sean considerados una "empresa", (i) deben proveer más que aquellos que podrían haber sido adquiridos en el mercado, comprando factores de producción; y (ii) este extra debe ser atribuible al hecho de que los activos fueron previamente empleados combinadamente en las "actividades" de la empresa adquirida [...] Claramente, mientras mayor sea el intervalo entre el cese de los negocios de la empresa adquirida y la adquisición del control de sus activos, es menos probable que se cumpla cualquiera de estos criterios". Traducción libre del inglés: "The object of distinguishing between "bare assets" and assets amounting to an "enterprise" is to prevent the merger control regime from capturing an acquisition of assets which simply serve as factors of production in a new enterprise or as a means of achieving organic growth. It is designed to distinguish a case in which the acquirer acquires a business exploiting a combination of assets and a case where he acquires no more than he might have acquired by going into the market and buying equipment, hiring employees, and so forth separately. [...] So if the assets of which he acquires control are to be regarded as constituting an "enterprise", (i) they must give him more than he might have acquired by going into the market and buying factors of production, and (ii) the extra must be attributable to the fact that the assets were previously employed in combination in the "activities" of the target enterprise [...] Plainly, the longer the interval between a target enterprise's cessation of trading and the acquisition of control of its assets, the less likely it is that either criterion will be satisfied".

estratégica de la Estación Objeto¹² y reconocimiento de la clientela¹³) y el escaso tiempo que llevan en desuso¹⁴, otorgan a dicha estación la capacidad de ejercer y continuar una actividad económica, como un agente económico.

18. En específico respecto de la ubicación de la Estación Objeto es relevante mencionar que, tal como se ha identificado por el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en algunas ciudades existiría poca disponibilidad de terrenos para construir nuevas estaciones de servicio, atendida a la existencia de regulación comunal y competencia para el uso de terrenos para otro tipo de actividad¹⁵. Aquello convierte la ubicación de la Estación Objeto en un activo no fácilmente replicable por otros terrenos existentes.
19. Lo anterior es coincidente con la definición de agente económico contemplada en el artículo 47 del DL 211, que precisamente aborda dicha prospección, al señalar que *“se entenderá por agente económico toda entidad, o parte de ella, cualquiera que sea su forma de organización jurídica o aun cuando carezca de ella, que ofrezca o demande bienes o servicios. Se considerará asimismo como un agente económico el conjunto de activos tangibles o intangibles, o ambos, que permitan ofrecer o demandar bienes o servicios”* (énfasis añadido).
20. En segundo lugar, se tiene que los activos que deben considerarse dentro del concepto de operación de concentración son aquellos que son *relevantes y sustanciales*, capaces de producir un impacto en el mercado y en la competencia, permitiendo el desarrollo de una actividad económica continua, conforme reconoce la Guía de Competencia de esta Fiscalía¹⁶.
21. De conformidad con dichos lineamientos, para que uno o más activos puedan cumplir con el criterio de relevancia y sustancialidad, deben: (i) tener capacidad de desarrollar una actividad económica durable, aun cuando no exista una organización o estructura corporativa sobre dichos activos; y (ii) poder producir un impacto en la competencia, como cuando dichos activos otorgan al adquirente la posibilidad de desarrollar o reforzar su posición competitiva. La relevancia económica y competitiva de los activos será determinada en concreto, analizando el mercado específico, las características propias de su proceso competitivo y la determinación de cuáles son los activos críticos o clave dentro del mismo¹⁷.
22. Lo anterior es consistente con lo resuelto recientemente por la Excelentísima Corte Suprema, la que ha especificado que para que la adquisición de un conjunto de activos sea considerada una operación de concentración, dichos activos – además de cumplir con los requisitos anteriores – deben permitir el desarrollo de una actividad económica continua, esto es, la posibilidad de darle continuidad al giro asociado a los

¹² La Estación Objeto está ubicada en una esquina donde históricamente se ha ubicado una estación de servicio.

¹³ La Estación Objeto mantiene su marquesina y tótem de precios que caracteriza a las estaciones de servicio.

¹⁴ Según consta en el expediente de investigación, la Estación Objeto dejó de operar en julio del año 2019, no habiendo transcurrido más de un año desde su salida,

¹⁵ Véase Resolución N°39/2012 H. TDLC, párrafo 8.30 y siguientes.

¹⁶ Guía de Competencia, p. 26.

¹⁷ Guía de Competencia, p. 27.

activos¹⁸. En opinión de esta División, y según se expone a propósito del análisis competitivo de la Operación, los antecedentes de la Investigación dan cuenta que la Estación Objeto cumple con los parámetros examinados.

23. Adicionalmente, atendido que los activos que conforman la Estación Objeto no se encuentran actualmente en uso, resulta especialmente ilustrativo que la Excelentísima Corte haya considerado que “[...] *“la circunstancia de que los activos no sean usados o no vayan a serlo al tiempo de la adquisición, o el hecho que el vendedor haya cesado en sus actividades económicas, no resulta ser decisivo en la determinación de la relevancia de tales activos para la competencia. La capacidad de tales activos para poder continuar desarrollando la actividad económica debe mantenerse o, al menos, ser posible, dentro de un período razonable”*.
24. Finalmente, cabe añadir que el contrato de arrendamiento, como título de mera tenencia, tiene aptitud para otorgar control sobre activos, en la medida que impliquen un cambio estructural en el mercado de carácter permanente¹⁹. El arrendamiento en análisis, atendida su naturaleza y extensión, tiene la relevancia y durabilidad suficiente para causar dichos efectos en el mercado.

III.2. Análisis competitivo

25. Habiéndose concluido que la Estación Objeto constituye un agente económico, que los activos de la Estación Objeto son relevantes, que su adquisición implica una operación de concentración en los términos previstos por el DL 211, y que consecuentemente esta Fiscalía tiene competencia para analizar los efectos de la Operación, resta entonces examinar los efectos de la Operación en la competencia y bajo qué parámetros se efectuará dicho análisis.
26. Como cuestión preliminar, esta División estima adecuado considerar a los activos que pertenecieron a SESA como un agente económico potencial, debido a que es una entidad que no se encuentra comercialmente activa en el mercado, pero que tiene la potencialidad de volver a ejercer una actividad comercial, bajo ciertas condiciones. Lo anterior es factible toda vez que – como se ha señalado – la Estación Objeto

¹⁸ Se ha resuelto que “[p]ara que el cambio de control de activos dé lugar a una operación de concentración, es necesario que dichos activos sean relevantes y sustanciales como suficientes para producir un impacto en el mercado y en la competencia, otorgando al adquirente la posibilidad de desarrollar o reforzar su posición competitiva” [...] y que “[l]os activos adquiridos deben permitir el desarrollo de una actividad económica continua, cuestión que en la especie no solo es el resultado del lapso por el cual se pactó el contrato, sino también del carácter esencial que se le otorgó a la vigencia de los permisos administrativos, así como de aquellos de índole urbanística al momento de su celebración, todo lo cual otorga continuidad al giro que existía y que existirá en el local”. CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 24 de febrero de 2020 recaída en la causa rol N°315-2016 caratulada “Conadecus contra Cencosud S.A”, sobre el recurso de reclamación de la Sentencia N° 159 de fecha 9 de noviembre de 2017 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, pp. 21 – 22 (considerando primero).

¹⁹ Conforme a los lineamientos de la Guía de Competencia “[e]l control de activos puede ser adquirido por medios de facto o de jure, como, por ejemplo, derechos reales o personales que otorguen el dominio, la posesión o la mera tenencia, el uso o goce, o cualquier otra clase de derechos que permitan influir decisivamente en la explotación de los activos”. Guía de Competencia, p. 26, y CORTE SUPREMA, op. cit, considerando primero, p. 20. En este mismo sentido, en cuanto a reconocer relevancia para la competencia a aquellos acuerdos que implican la transferencia del derecho de uso de un conjunto de activos en forma durable en el tiempo, Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, O.J. L 2004/1 (2004) *European Union Merger Regulation*, Artículo 3(2)(a) y OCDE, “*Definition of Transaction for the Purpose of Merger Control Review*” (2013), sección 3.2.3.

constituye un agente económico en forma, cuya actividad sólo cesó hace siete meses y cuyos activos conservan la capacidad de continuar con la provisión de combustible a nivel minorista, de efectuarse ciertas inversiones y renovaciones.

27. Adicionalmente, y tal como se mencionó previamente, en ciertas comunas, como la que se ubica la Estación Objeto, existen dificultades para instalar nuevas estaciones de servicio, principalmente relacionadas a la disponibilidad de terrenos aptos, lo que se constituiría en una barrera a la entrada adicional²⁰. Por lo tanto, bajo estos parámetros se analizará si la Estación Objeto cumple con ser un competidor potencial cuya adquisición podría reducir sustancialmente la competencia.
28. Las jurisdicciones comparadas han establecido requisitos que deben cumplirse para que una operación con un agente económico que sea considerado como un competidor potencial pueda reducir significativamente la competencia²¹. Dichos lineamientos exigen, por una parte, que el competidor potencial muy probablemente llegue a convertirse en un rival efectivo y, por la otra, que no existan potenciales competidores alternativos capaces de ejercer una presión competitiva relevante luego de la operación²².
29. Esta División considera que la Estación Objeto no cumpliría el primer requisito, toda vez que no tenía una alta probabilidad de convertirse en un competidor efectivo en el mercado.
30. La Estación Objeto estuvo operativa entre el 1° de septiembre de 2010 y el 31 de julio de 2019, fecha en que el Arrendador y el operador de ese entonces, SESA, acordaron poner término a la relación comercial que los unía²³. De acuerdo a los antecedentes que ha podido recabar esta División, dicha decisión se habría debido a la imposibilidad de SESA de seguir operando la estación de servicio, al haber caducado la vida útil de los estanques de combustible respectivos.
31. Dicho hecho se sustentó en la orden efectuada por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (“**SEC**”) con fecha 27 de marzo de 2019, ordenando el

²⁰ Véase, Resolución N° 39/2012 H. TDLC, párrafo 8.30 que cita la Sentencia N°18 del mismo H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: “[...] en las comunas de Santiago, así como en las de Valparaíso y Viña del Mar, existen zonas donde está prohibida la instalación de nuevos servicentros, las que normalmente corresponden a las de mayor atractivo comercial. Ello constituye una barrera a la entrada, aunque su relevancia no ha sido determinada”.

²¹ Véase, a tal efecto, las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas de la Comisión Europea (2004), párrafos 59 y 60.

²² Véase, a tal efecto, las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas de la Comisión Europea (2004), párrafo 60. “En primer lugar, debe tratarse de un competidor potencial que ejerza una presión competitiva significativa o que muy probablemente se hubiera convertido en un competidor efectivo. La Comisión puede llegar a esta conclusión si hay pruebas de que un competidor potencial tenía planeado penetrar con fuerza en el mercado. En segundo lugar, no debe haber un número suficiente de competidores potenciales alternativos que estén en condiciones de ejercer una presión competitiva suficiente tras la concentración”.

²³ El término se produjo un año antes de lo previsto, pues el contrato original duraba hasta el 31 de agosto de 2020. En dicho acuerdo de término, el Arrendador y SESA pusieron término al arrendamiento que los unía, se entregó la Estación Objeto al Arrendador y las partes se dieron finiquito. Es relevante mencionar que en dicho documento se declara el estado de los tanques obsoletos, describiéndolos como “tres estanques metálicos, de 14 metros cúbicos de capacidad cada uno de ellos, instalados y fabricados en el año 1987; y un canopy”.

cierre o extracción de los tanques y tuberías de la Estación Objeto en atención a que éstos superaban el tiempo de uso establecido por la regulación aplicable²⁴, sin perjuicio de la posibilidad de realizar un reemplazo de dichos activos previa autorización de la SEC²⁵. Por su parte, SESA decidió no efectuar dichas inversiones, habida cuenta de la rentabilidad esperada por la explotación de la Estación Objeto y el costo de dichos trabajos, que rondaría los 150 millones de pesos²⁶⁻²⁷.

32. A la luz de los hechos recabados en la Investigación, no resulta razonable considerar a la Estación Objeto -a pesar de su eventual capacidad de desarrollar una actividad económica- como un competidor potencial cuya adquisición pudiese ser apta para reducir sustancialmente la competencia. Los antecedentes dan cuenta que, en ausencia de la Operación, difícilmente la Estación Objeto hubiese dado lugar a un competidor efectivo.
33. Adicionalmente, la Investigación reveló que no existía otro agente económico capaz de adquirir los activos a fin de reincorporarlos al mercado fácilmente o que, de haber existido, la adquisición de la Estación Objeto por parte de ese otro agente económico hubiese producido efectos competitivos análogos a los derivados de su adquisición por parte de Copec.
34. En particular, consultado el Arrendador acerca de las ofertas que envió y/o recibió por la adquisición de la Estación Objeto, señaló sólo haber recibido una propuesta de Enex²⁸. Dicha adquisición no se perfeccionó finalmente por razones comerciales²⁹, pero de haberse materializado es razonable sostener que habría causado efectos similares a aquellos derivados de la Operación, toda vez que Enex tiene una especial cercanía competitiva con la Estación Objeto, en atención especialmente a la proximidad geográfica de una estación de servicio de bandera Shell a aproximadamente 340 metros de la Estación Objeto³⁰, y que captura el mismo flujo de vehículos al encontrarse en la misma dirección suroriente³¹.

²⁴ Mediante Oficio Ordinario N°6778 de fecha 27 de marzo de 2019, de la Unidad de Coordinación de Combustibles de la Región Metropolitana. Dicho oficio señala, en lo pertinente: “[...] *por petición excepcional de funcionamiento de las instalaciones [...] ubicadas en Av. Tobalaba N°1895 de la comuna de Providencia compuesta por 4 tanques enterrados [...] los tanques allí operando ya superan el tiempo de uso establecido mediante Resolución Exenta SEC N°1.12 de 1996, con una edad de 30 años desde la fecha de instalación de ellos en este caso año 1987 [...] por tanto procede sacar y reemplazar dichos tanques*”.

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ La relevancia de los trabajos que se necesitan viene dada por la proporción que representan estos costos de habilitación de los estanques en relación con los ingresos esperados de la Estación Objeto. En declaración ante esta División, con fecha 26 de febrero de 2020, el Gerente General de SESA señaló, consultado sobre el costo de las obras de habilitación de la Estación Objeto que “*yo creo que hoy día estamos alrededor de ciento cincuenta millones de pesos [...]*”. Adicionalmente Copec señaló que la inversión estimada por cada estaque sería entre 1.500 y 1.800 Unidades de Fomento cada uno (Declaración de Benjamín Westenek y Vinco Agüero, ejecutivos de Copec, de fecha 25 de febrero de 2020). Finalmente, tal como se señalará más adelante, Enex al ofertar por el arrendamiento de la Estación Objeto indicó la necesidad de realizar inversiones importantes: “[**Nota Confidencial 2**]”.

²⁷ Adicionalmente, el Arrendador no posee otras estaciones de servicio y no tiene planes de operar la Estación Objeto por sí mismo. Respuesta a oficios ordinarios N° 0349 y N° 0350.

²⁸ Presentación de Inversiones e Inmobiliaria Río Deva Limitada de fecha 21 de febrero de 2020, correlativo ingreso N°00828-20, en respuesta a oficios ordinarios N°0349 y N°0350.

²⁹ Presentación de Inversiones e Inmobiliaria Río Deva Limitada de fecha 21 de febrero de 2020, correlativo ingreso N°00828-20, en respuesta a oficios ordinarios N°0349 y N°0350.

³⁰ Ubicada en Francisco Bilbao N° 3785, comuna de Providencia.

³¹ La cercanía competitiva de la estación de bandera Shell con la Estación Objeto se observa al analizar las ventas del año 2019 de todas las estaciones de servicio ubicadas dentro del radio de un kilómetro alrededor

35. Con todo, a la luz de los antecedentes de la Investigación, bajo el contrafactual de que la Estación Objeto ha salido del mercado dado que los estanques requieren inversiones importantes para que éstos vuelvan a proveer servicios, se tiene que, de no materializarse la Operación, se produciría el cierre definitivo de la Estación Objeto, ante la falta de actuales interesados en su adquisición³². De esta forma, la Operación permitirá la reincorporación al mercado de activos en desuso, sin haber existido una alternativa menos gravosa para la competencia que la adquisición en examen, según se expuso.
36. Copec propone adquirir la Estación Objeto proyectando efectuar una mejora a las instalaciones existentes en términos de experiencia al cliente, variedad y calidad de los servicios ofrecidos, mediante una inversión en la distribución minorista de combustibles líquidos, en su red de productos y servicios adicionales a la distribución, y una tienda de conveniencia³³. En efecto, Copec proyecta una inversión en las instalaciones existentes y la provisión nuevos servicios, por lo que el perfeccionamiento de la Operación no sólo aumentaría la oferta disponible de estaciones de servicio sino que probablemente implicaría una mejora en la calidad de los servicios, lo que no sería posible en la situación contrafactual donde no opere la Estación Objeto.
37. A la luz de lo anterior, y considerando la situación contrafactual en que la Estación Objeto no opera, es razonable sostener que la reincorporación de los activos en el mercado sería beneficiosa para los consumidores. El perfeccionamiento de la Operación implica un aumento de la oferta disponible de estaciones de servicio, y los usuarios contarían con una alternativa adicional para el suministro de combustibles en su radio a través de una estación de servicio en una locación que tradicionalmente ha estado adscrita a dicho giro³⁴.

de la Estación Objeto, en donde se evidencia que la participación de la estación Shell se incrementó en forma importante una vez que cerró la estación de SESA en julio de 2019.

³² Como se mencionó, Enex estuvo interesado en adquirir la Estación Objeto, aunque las negociaciones no concluyeron favorablemente.

³³ Notificación, p.5, párrafo 17.

³⁴ Esto es consistente con lo resuelto por la predecesora de la autoridad de competencia del Reino Unido, (la *Office of Fair Trading* (“OFT”)) enfrentado también al contrafactual de la salida de los activos de agente económico en un mercado, quien ha señalado que “*consistente con la posición de la OFT en otras fusiones de cadenas de retail, la OFT ha considerado si es que la salida de las tiendas de St. Albans y la salida de sus activos del mercado relevante local - con los competidores restantes compitiendo por sus clientes - es sustancialmente mejor para la competencia que la adquisición de St. Albans por HRG. Sin embargo, la agencia no cree que éste pueda proveer un resultado más competitivo. Aceptar el cierre de St. Albans como contrafactual llevaría a una reducción de los actores de tres a dos, y también a una reducción en el suministro como una respuesta competitiva de PQRS, cuya capacidad fue sacada del mercado local. Frente a esta situación contrafactual, HRG propone operar tiendas de mejoramiento del hogar, preservando ese tipo de tiendas como una opción local para los consumidores, manteniendo la infraestructura del retail pero dedicándola a ventas de mejoramiento del hogar en el mercado local. No puede decirse que ese resultado sea sustancialmente menos beneficioso para los consumidores en el mercado local de mejoramiento del hogar que la ausencia de dichas tiendas. Basado en lo anterior, la agencia no cree que, contra el contrafactual relevante de cierre de las tiendas, la adquisición de los arrendamientos de St. Albans dé lugar a una posibilidad real de reducción sustancial de la competencia*”. (OFFICE OF FAIR TRADING, Caso ME/4327/07. *Completed Acquisition by Home Retail Group plc of 27 leasehold properties from Focus (DIY) Ltd.* 15 de abril de 2008. (traducción libre del inglés: “*Consistent with the OFT’s position in other retail chain mergers, the OFT has considered whether the closure of the St. Albans store and exit of these assets from retail DIY sales in the relevant local market—with the remaining competitors competing for its customers—is a substantially better competitive outcome than the acquisition of the St. Albans store by HRG. However, the OFT does not believe this would provide a more competitive outcome. Accepting closure of the St. Albans Focus as the relevant counterfactual would have led to a three to two fascia*”).

38. En consecuencia, considerando que la Estación Objeto no cumple los requisitos para considerarse como un competidor potencial cuya eliminación pudiese reducir sustancialmente la competencia y que a la luz del contrafactual, el perfeccionamiento de la Operación podría resultar en un beneficio para los consumidores, esta División concluye que la Operación no generaría riesgos sustanciales para la competencia.

IV. CONSIDERACIONES ADICIONALES

39. Finalmente, cabe destacar que esta División analizó los eventuales riesgos que la Operación pudiere generar para la libre competencia, sin indagar en las causales que llevaron a SESA a salir del mercado ni en el comportamiento de los distintos actores del mismo con anterioridad a esa salida. Lo anterior tiene su fundamento en que un análisis pormenorizado de dichas causas no es el objeto específico y concreto del análisis de los efectos de una operación de concentración en el mercado conforme al mandato y estándar legal contenido en el Título IV del DL 211, ni tampoco podría serlo atendida la exigüidad de los plazos legales conferidos para obtener un pronunciamiento de esta Fiscalía.
40. Sin embargo, cuando la salida de actores de un mercado puede eventualmente no haber sucedido como consecuencia natural del proceso competitivo y/o podría eventualmente ser posible no atribuirla a la sola y exclusiva voluntad de la entidad que cierra sus operaciones, indagar sobre la causa de dicha salida, en el marco de los procedimientos de investigación establecidos en el artículo 39, letra a) del DL 211 para la detección de potenciales ilícitos anticompetitivos, reviste suma relevancia para esta Fiscalía.
41. A este respecto, la resolución que aprueba una operación de concentración de conformidad al Título IV, si bien implica para las partes de la misma una autorización para materializar su transacción y confiere la certeza de que dicho perfeccionamiento no acarrea responsabilidad, conforme lo dispuesto en el artículo 32 del DL 211, ello no obsta en forma alguna a que esta Fiscalía pueda iniciar una investigación respecto de las causas que originaron la salida de la entidad adquirida del mercado, ni mucho menos conlleva una renuncia a ejercer las acciones que le confiere la ley y a solicitar todas las sanciones que fuesen pertinentes respecto de eventuales infracciones a la libre competencia, todo lo cual podría eventualmente configurar, asimismo, la existencia de nuevos antecedentes conforme al mismo artículo 32 del DL 211.
42. En lo que atañe a la Operación, fueron allegados a la Investigación antecedentes acerca de las eventuales causas por la que SESA cerró las operaciones de la Estación Objeto, las que podrían eventualmente haber impedido, restringido o entorpecido la libre competencia, conforme al artículo 3° del DL 211. Por lo anterior,

reduction but also a significant reduction in supply as one competing PQRS proposition and its capacity was taken out of the local market. Against that counterfactual, HRG propose to operate a Homebase DIY shed that preserves that store as a local option for DIY customers and maintains the net retail floor space devoted to DIY sales in the relevant local market. It cannot be said that such an outcome is substantially less beneficial for customers in the local DIY market than no DIY store whatsoever. Based on the above, the OFT does not believe that, against the relevant counterfactual of closure of the store, the acquisition of the St. Albans Leasehold property gives rise to a realistic prospect of substantial lessening of competition”).

esta División recomendará al señor Fiscal que dichas circunstancias sean investigadas por la División de Antimonopolios de la FNE.

V. CONCLUSIONES

43. En atención a los antecedentes y análisis descrito en este informe, se recomienda aprobar la presente operación de concentración de manera pura y simple, al no resultar apta para reducir sustancialmente la competencia, salvo el mejor parecer del señor Fiscal. Aquello sin perjuicio de la facultad de esta Fiscalía para velar permanentemente por la libre competencia de los mercados, de conformidad a las reglas del DL 211.
44. Atendido lo expuesto, se recomienda, asimismo, la remisión de los antecedentes de la Investigación a la División Antimonopolios, para que evalúe la pertinencia de iniciar una investigación respecto a las causas y condiciones que puedan haber llevado a SESA a cerrar las operaciones de la Estación Objeto y salir del mercado, salvo mejor parecer del señor Fiscal.



LLS

Francisca
Javiera Levín
Visic

Firmado digitalmente por
Francisca Javiera Levín
Visic
Fecha: 2020.03.25
19:43:33 -03'00'

FRANCISCA LEVIN VISIC
JEFA DE DIVISIÓN DE FUSIONES